

**Corte di Cassazione – Sezione Lavoro - sentenza 17 gennaio 2014
n. 898 (Presidente Roselli; Relatore Amoroso; Pm Fresca)***

***Mobbing* - Responsabilità contrattuale del datore di lavoro - Onere di allegazione dei fatti costitutivi del *mobbing* - Onere della prova in ordine alla sussistenza degli elementi strutturali della fattispecie - Valutazione della sistematicità della condotta datoriale e della sussistenza dell'intento persecutorio - Idoneità offensiva della condotta datoriale e sua ispirazione all'ostilità nei confronti del lavoratore.**

Il mobbing consiste nella condotta del datore di lavoro che, con atteggiamento sistematico e reiterato, ispirato ad ostilità e ritorsività nei confronti del lavoratore, arrechi a quest'ultimo pregiudizi alla sua integrità psico-fisica ed alla sua personalità. Spetta al lavoratore l'onere di provare la sussistenza degli elementi strutturali della fattispecie: la finalità illecita della condotta datoriale tuttavia sarà apprezzata dal giudice, non già in base alla percezione del soggetto agente, quanto piuttosto in relazione all'idoneità offensiva della medesima condotta, rispetto ai beni fondamentali della persona del lavoratore.

★ ★ ★

* Il testo della sentenza è reperibile in www.editorialescientifica.com, nella pagina della rivista. La massima è stata redatta dall'autore.

Mario Cerbone

La nozione di *mobbing* nella giurisprudenza di legittimità

Sommario: **1.** I motivi di interesse della pronuncia: la funzione “ordinante” della Cassazione. **2.** Il difficile percorso di individuazione degli elementi strutturali della fattispecie. **3.** La rilevanza dell’elemento soggettivo ed i connessi problemi probatori. **4.** L’“ostilità” della condotta datoriale quale caratteristica costitutiva del *mobbing*. **5.** Una disciplina *per frammenti normativi* che consente al giudice di concorrere alla formulazione della fattispecie.

1. *I motivi di interesse della pronuncia: la funzione “ordinante” della Cassazione*

Con la sentenza in commento, la Cassazione interviene sul tema del *mobbing* nei rapporti di lavoro. L’interesse suscitato dalla pronuncia si coglie su un duplice piano: dal punto di vista pragmatico, la pronuncia serve a fissare gli elementi strutturali della fattispecie; operazione di grande utilità interpretativa in considerazione del fatto che il *mobbing* è (ancora oggi) privo di una nozione di derivazione legislativa¹ e, come tale, si trova ad essere esposto alle più disparate ricostruzioni giuridiche. Sul piano metodologico, ed in conseguenza del predetto profilo, essa consente di riaffermare, in linea ge-

¹ La nozione giuridica del *mobbing* è stata peraltro al centro dell’elaborazione interpretativa della Corte costituzionale, chiamata a regolare i confini del riparto di potestà normativa tra Stato e Regioni, ai sensi dell’art. 117 Cost. Va ricordata, in particolare, C. Cost. 19 dicembre 2003 n. 359, con la quale è stata dichiarata l’illegittimità della l.r. Lazio 11 luglio 2002 n. 16, recante “Disposizioni per prevenire e contrastare il fenomeno del *mobbing* nei luoghi di lavoro”: è precluso alle Regioni – si legge nella pronuncia – di “intervenire, in ambiti di potestà normativa concorrente, dettando norme che vanno ad incidere sul terreno dei principi fondamentali, che è quanto si è verificato nel caso di specie”. Per completezza, va detto che, con successive pronunce, la Consulta ha dichiarato invece l’infondatezza della questione di legittimità costituzionale, sollevata con riferimento a: l.r. Abruzzo 11 agosto 2004 n. 26, recante “Intervento della Regione Abruzzo per contrastare e prevenire il fenomeno *mobbing* e lo *stress* psico-sociale sui luoghi di lavoro” (C. Cost. 27 gennaio 2006 n. 22); l.r. Umbria 28 febbraio 2005 n. 18, recante “Tutela della salute psico-fisica della persona sul luogo di lavoro e contrasto dei fenomeni di *mobbing*” (C. Cost. 22 giugno 2006 n. 238); l.r. Friuli Venezia Giulia 8 aprile 2005 n. 7, recante “Interventi regionali per l’informazione, la prevenzione e la tutela delle lavoratrici e dei lavoratori dalle molestie morali e psico-fisiche nell’ambiente di lavoro” (C. Cost. 22 giugno 2006 n. 239). In questo caso, si tratta di interventi del legislatore regionale che, proprio sulla base delle indicazioni interpretative dei giudici costituzionali, si limitano a predisporre misure di prevenzione e/o contrasto al fenomeno del *mobbing*, come tali non esorbitanti dalle prerogative regionali, e non formulano una definizione di esso con valenza generale.

nerale, uno dei tratti genetici e caratterizzanti (e, per questo, anche più problematici) delle norme gius-lavoristiche, e cioè la matrice giurisprudenziale di esse². Il che implica la necessità di interrogarsi criticamente sugli spazi e sui limiti della funzione del giudice nella costruzione della fattispecie: funzione che, specie se svolta dalla giurisprudenza di legittimità, acquista una valenza razionalizzante ed ordinante, irrinunciabile per la compiutezza e per la coerenza dell'intero sistema regolativo. In quest'ottica, la nomofilachia della Suprema Corte³ dovrebbe, presumibilmente, contribuire alla certezza e prevedibilità delle decisioni in materia di *mobbing*, riducendo al minimo le occasioni di opportunismo decisionale⁴. In materia di *mobbing*, infatti, ci si confronta con una produzione giurisprudenziale sterminata, che si è sempre caratterizzata per un'accentuata vitalità, sia quanto alle pronunce di merito⁵, sia per le stesse pronunce della Cassazione⁶.

² Non si può non ricordare l'importante ruolo ricoperto, sul finire dell'Ottocento, da quella peculiare magistratura "non togata", costituita dai collegi dei probiviri, che, istituiti nel 1893 per dirimere equitativamente le controversie di lavoro nell'industria, finirono con il creare molte regole innovative, che si sarebbero poi imposte in futuro come vere e proprie norme di legge: al riguardo, v. GAETA, *I modelli del diritto del lavoro italiano dall'Ottocento al Novecento*, in A.A.V.V., *Istituzioni di diritto del lavoro e sindacale*, Giappichelli, 2013, p. 22. Con specifico riferimento al *mobbing*, si sostiene che "la responsabilità da *mobbing* si è imposta senza leggi, con la forza delle idee dei giudici, che hanno creato la norma, l'hanno perfezionata, l'hanno prudentemente delimitata": così MISCIONE, *Mobbing, norma giurisprudenziale (la responsabilità da persecuzione nei luoghi di lavoro)*, in *LG*, 2003, p. 305.

³ Secondo RUSCIANO, *Il controllo della Cassazione sulle norme generali* (risposta a quesito), in VALLEBONA (a cura di), *Colloqui giuridici sul lavoro*, 2013, p. 71, proprio nelle ipotesi di "norme elastiche" o, comunque, di norme dotate di una marcata variabilità assiologica, ove più si esprime l'assetto valoriale di un dato ordinamento giuridico, si renderebbe necessaria l'attività di unificazione interpretativa della Cassazione. In altra prospettiva, v'è chi ha messo in luce come, in concreto, la Cassazione tenda a limitare la propria funzione di nomofilachia "al solo controllo della premessa maggiore del sillogismo giuridico, per lo più rifiutandosi di verificare l'attività sussuntiva, così d'imperio degradata a inammissibile questione di fatto al fine di disincentivare un ulteriore aumento del già straripante numero di ricorsi": così VALLEBONA, *L'incertezza del diritto del lavoro e i necessari rimedi*, in *RIDL*, 2004, I, p. 6.

⁴ Sul problema della instabilità delle decisioni giurisprudenziali, in tema di *mobbing*, v. PEDRAZZOLI, *Tutela della persona e aggressioni alla sfera psichica del lavoratore*, in ID. (opera diretta da), *Vessazioni e angherie sul lavoro. Tutele, responsabilità e danni nel mobbing*, Zanichelli, 2007, p. 7.

⁵ Tra le più recenti, v. Trib. Milano 14 luglio 2014; App. Potenza 10 luglio 2014; Trib. Bari 2 luglio 2014; App. Bologna 20 giugno 2014, tutte in *Banca dati De Agostini Professionale*.

⁶ Soprattutto negli ultimi mesi si contano diverse sentenze: si segnalano, in particolare: Cass. 8 gennaio 2014 n. 172; Cass. 15 gennaio 2014 n. 687; Cass. 21 gennaio 2014 n. 1149; Cass. 15 aprile 2014 n. 8804; Cass. 14 maggio 2014 n. 10424; Cass. 19 giugno 2014 n. 13959; Cass. 9

In questo contesto giurisprudenziale, la decisione in esame, per la linearità motivazionale e la pregnanza degli argomenti utilizzati, può essere considerata, a pieno titolo, un punto di assestamento e consolidamento interpretativo⁷. Ma, al contempo, come si vedrà, essa mantiene significativi “confini mobili” dell’interpretazione, che ci forniscono l’occasione per una riflessione più ampia in materia.

2. *Il difficile percorso di individuazione degli elementi strutturali della fattispecie*

Ebbene, seguendo l’ordine logico delle questioni affrontate dalla Suprema Corte, dalla sentenza in oggetto si possono enucleare tre profili e su di essi ci si concentrerà, nelle pagine che seguono: a) la fissazione degli elementi strutturali della fattispecie *mobbing*; b) il rilievo dell’elemento soggettivo quale fattore *costitutivo* della fattispecie; c) il problema della prova: affrontato soprattutto dal lato soggettivo dell’intento persecutorio, non trascurando (sia pure, nei limiti della presente analisi) qualche accenno al versante dell’inadempimento datoriale *ex art. 2087 cod. civ.* o del fatto illecito del soggetto agente, del nesso causale, dei danni subiti dal lavoratore.

È evidente che le predette questioni non possono essere scisse, in quanto presentano tutte strette interconnessioni tra di loro.

Esse comunque conducono l’interprete ad un non facile esercizio ermeneutico, che ribalta quello che si potrebbe definire lo schema classico di esegesi di un dato fenomeno giuridico. Nel caso del *mobbing*, l’assenza di un testo normativo di legge, infatti, impedisce la fissazione *ab origine* della nozione di riferimento, su cui l’interprete possa operare con le consuete metodologie sussuntive, con la ovvia conseguenza che questa non potrà che

settembre 2014 n. 18965; Cass. 19 settembre 2014 n. 19782; Cass. 25 settembre 2014 n. 20230, tutte reperite in *Banca dati De Agostini Professionale*. Si tratta di pronunce (alcune anche successive alla n. 898), che, in coerenza con quanto affermato dalla decisione che si commenta, investono il tema del *mobbing*, in taluni casi soltanto in via incidentale, senza presentare quella organicità che si ritrova invece nella sentenza n. 898. Ad ogni modo, nel corso dell’analisi, si terrà conto, ove il richiamo si rivelerà pertinente, anche delle predette sentenze.

⁷ La sentenza n. 898 si pone nel solco di un orientamento interpretativo della Cassazione che, negli ultimi anni, si va consolidando: in alcune precedenti pronunce, la Suprema Corte, infatti, aveva già esplicitato lo schema argomentativo, poi successivamente riproposto (anche in Cass. 25 settembre 2014 n. 20230, cit.): v., ad esempio, Cass. 17 febbraio 2009 n. 3785 e Cass. 26 marzo 2010 n. 7382, in *Banca dati De Agostini Professionale*.

derivare – con un procedimento logico che parte dal caso per risalire alla regola – da un’attenta e puntuale verifica in ordine alla sussistenza di tutti i profili innanzi riportati.

L’oggetto del giudizio su cui la Cassazione si pronuncia si presta bene ad evidenziare la necessità metodologica di seguire siffatto processo cognitivo per arrivare alla nozione. Ed infatti la Suprema Corte dapprima *describe* la struttura del *mobbing*, intorno a quattro elementi portanti: a) la reiterazione e sistematicità dei comportamenti vessatori, adottati dal datore di lavoro a carico del lavoratore⁸; b) l’evento lesivo della salute o della personalità del dipendente; c) il nesso eziologico tra condotta datoriale e pregiudizio all’integrità psico-fisica del lavoratore; d) la prova dell’elemento soggettivo.

Subito dopo, essa si esprime sulla correttezza del percorso logico-argomentativo utilizzato dal giudice d’appello in ordine alla decisione di non dare ingresso nel processo alle istanze istruttorie, così come articolate nell’atto introduttivo dalla lavoratrice ricorrente: segnatamente in quanto sarebbe mancata la specificazione delle circostanze di luogo, di tempo e dei singoli soggetti che avrebbero realizzato i comportamenti denunciati. È mancato nel ricorso introduttivo – si legge ancora nella sentenza – “ogni riferimento alla correlazione tra la professionalità precedentemente acquisita e le nuove mansioni. In particolare, la ricorrente nulla ha detto sulla personalizzazione e specifica discriminazione in suo danno rispetto ai colleghi”.

Ma è soprattutto in questa seconda parte della sentenza che l’interprete può rintracciare gli elementi per ricostruire la nozione: nell’*iter* seguito dalla Cassazione, è la questione probatoria a stagliarsi immediatamente quale priorità logico-giuridica, in grado di condizionare anche le successive (ed eventuali) fasi dell’accertamento giudiziale.

Con i riportati passaggi, infatti, la Cassazione entra subito sul punto-chiave della vicenda sottoposta alla sua cognizione: a parere dei giudici, è imprescindibile isolare nella condotta datoriale (che può concretizzarsi nelle forme più disparate) la componente soggettiva che la permea nel suo sviluppo complessivo e nella sua ispirazione di fondo. Ad essa deve corrispondere una reazione emotiva (o, comunque, una reazione che evidenzi una

⁸ La pronuncia prende in considerazione unicamente le condotte lesive provenienti dal “datore di lavoro o dal superiore gerarchico”, tralasciando le condotte assunte, nell’ambiente di lavoro, da altri dipendenti.

rilevanza lesiva della salute) del lavoratore, che si collochi al di là della soglia della mera soggettivizzazione rispetto alla contraria condotta datoriale⁹.

Questa prima operazione logica deve accompagnarsi al superamento di un accurato *test* a fini probatori a cui deve essere sottoposta la domanda introduttiva del giudizio. Più in particolare, l'emersione giuridico-processuale del fenomeno del *mobbing* dipenderà da un'adeguata allegazione in fatto delle circostanze costitutive della condotta, prima ancora che da altrettanto adeguate richieste istruttorie.

Ciò spiega l'estrema difficoltà di successo delle domande giudiziali, il più delle volte dichiarate inammissibili per carenze riguardanti proprio i predetti profili.

La Cassazione mette così subito in risalto la questione di fondo, da riferire al *mobbing*, e cioè se, ed in quale misura, il problema dell'acquisizione della prova delle condotte che si asseriscono mobbizzanti per il lavoratore sia in grado di incidere, in ultima istanza, sulla convenienza stessa del ricorso a siffatta fattispecie, ed al connesso apparato di tutele¹⁰.

⁹ La giurisprudenza di merito si dimostra molto rigorosa nel delimitare i confini della fattispecie, precisando che è sempre necessario, in ogni vicenda, stabilire se quanto prospettato dal lavoratore/ricorrente "... possa effettivamente ricondursi ad un comportamento illecito del datore di lavoro o non sia frutto, piuttosto, di una soggettivizzazione degli effetti di atti e comportamenti non finalisticamente orientati a violare diritti fondamentali del lavoratore: è di tutta evidenza, infatti, che non ogni comportamento del datore di lavoro, lesivo di interessi o di aspettative del lavoratore, si presti per ciò solo ad essere classificato come *mobbing*" (così Trib. Napoli 4 gennaio 2005, in *Banca dati De Agostini Professionale*). Anche la dottrina ha sempre posto attenzione alla necessità di tenere distinta la "persecuzione" dalla "soggettiva insoddisfazione" del lavoratore, per cui "anche in presenza di danni materiali apprezzabili, andrebbe prestata molta attenzione al profilo della plausibilità, in un determinato contesto socio-aziendale, dei comportamenti lesivi e, soprattutto, al profilo della rappresentazione auto-suggestiva (pur se sincera) di tali danni quando sono di natura psicologica": così TOSI, *Il mobbing: una fattispecie in cerca d'autore*, in *ADL*, 2003, p. 663; secondo DEL PUNTA, *Il mobbing: l'illecito e il danno*, in *LD*, 2003, p. 545, "è opportuno riservare la valutazione di illiceità alle situazioni più gravi di patologia dell'organizzazione, al netto delle ipersensibilità soggettive, e questo richiede indagini delicate e complesse, rispetto alle quali il suggerimento empirico di focalizzarsi sulle condotte frequenti e ripetitive conserva indubbiamente un'utilità"; ma v. anche MANNACIO, *Il mobbing ancora una volta in Cassazione*, in *LG*, 2008, p. 1235 ss., il quale distingue il *mobbing* come fatto dal *mobbing* come fattoide, cioè come erroneo convincimento dell'esistenza di un episodio mobbizzante, vero e proprio frutto di fantasia. Sicché occorre una estrema cautela nello stabilire se un certo fatto a struttura complessa realizzi davvero *mobbing* o non sia, piuttosto, *vissuto come tale*.

¹⁰ Questione che si acuisce quando la condotta mobbizzante ha il suo epilogo in un li-

In altre parole, vista da una diversa angolazione, mi pare chiara l'opzione di metodo che l'interprete è tenuto ad assumere, e cioè quella di una nozione di *mobbing* che sia però radicata su elementi nitidi e solidi in grado di sciogliere e/o comunque attenuare la pregiudiziale probatoria. La costruzione di una nozione giuridica priva delle predette caratteristiche e che non parta dunque da questa intrinseca necessità renderebbe velleitario ogni sforzo interpretativo. La stessa effettività delle tutele che il magistrato avrebbe a disposizione, nel caso in cui ritenesse eventualmente di apprestarle, ne risentirebbe. E mi pare che questa sia una prima e fondamentale chiave di lettura della decisione in esame: una rigorosa indagine sull'acquisizione della prova in ordine agli elementi strutturali della fattispecie, *in primis* l'elemento soggettivo, rappresenta il punto cruciale dell'interpretazione.

È in questa peculiare logica che va inserita la qualificazione che la Cassazione fornisce del *mobbing*, come “una condotta del datore di lavoro che, in violazione degli obblighi di protezione di cui all'art. 2087 cod. civ., consiste in reiterati e prolungati comportamenti ostili, di intenzionale discriminazione e di persecuzione psicologica, con mortificazione ed emarginazione del lavoratore”¹¹.

3. La rilevanza dell'elemento soggettivo ed i connessi problemi probatori

Orbene, sull'elemento soggettivo, la sentenza n. 898 è estremamente chiara nell'affermare la necessità di provare, con onere a carico del ricorrente, l'“intento persecutorio”: al lavoratore spetta l'onere di provare gli elementi della fattispecie, che implicano la “necessità di una *valutazione rigorosa* della sistematicità della condotta e della *sussistenza* dell'intento emulativo o persecutorio che deve sorreggerla”. Chi prospetta la domanda giudiziale deve fornire al giudice elementi in fatto che, una volta provati, andrebbero a con-

enziamento, inteso quale punto più grave, sul piano degli effetti relativi al rapporto di lavoro, della condotta datoriale: al riguardo, sia consentito il rinvio a CERBONE, *Profili processuali della tutela antidiscriminatoria: il ruolo della giurisprudenza italiana*, in A.A.V.V., *Diritto del lavoro e società multiculturali*, Editoriale Scientifica, 2011, p. 134 ss., specie per le questioni di intreccio dei sistemi probatori tra “licenziamento” e “discriminazione” (questione assimilabile, pur con le dovute differenze, a quella del *mobbing* determinato da motivi discriminatori).

¹¹ In questi termini, la sentenza in commento: alla condotta vessatoria deve pertanto collegarsi, in via causale, l'evento lesivo della salute o della personalità del dipendente.

cretizzare il nucleo essenziale della fattispecie. Il “motivo vessatorio” pertanto retroagisce sulla definizione della fattispecie, nel senso di richiedere che la condotta persecutoria sia intenzionale, sia assistita almeno da un dolo generico o addirittura sia indirizzata, con dolo specifico, all’espulsione del lavoratore dall’organizzazione di lavoro¹².

Ora, è evidente che la perentorietà di siffatta affermazione di principio, stante l’oggettiva difficoltà (per il lavoratore) di acquisire la prova richiesta, apra gravi questioni in ordine alla scarsa effettività della tutela dei lavoratori nelle ipotesi di *mobbing*.

Il punto allora è capire se la scarsa effettività che si prospetta sia soltanto il risultato ermeneutico (deludente) riferito ad una fattispecie (purtroppo) ancora ambigua, quanto alla sua collocazione ordinamentale, o se, piuttosto, ad essa si possano opporre argomenti, di segno diverso, rintracciabili nel sistema normativo vigente, in grado di attenuare gli aspetti più radicali della descritta conclusione interpretativa. In altre parole, alla luce del pronunciamento della Suprema Corte, occorre intendersi su come si articola in concreto l’onere del lavoratore di provare l’intento persecutorio: nei termini restrittivi di un’indagine orientata alla sfera volitiva dell’agente o piuttosto nei limiti dell’evidenziazione dell’idoneità lesiva e persecutoria della condotta datoriale?

Ebbene, restando sempre alla sentenza, a me pare che gli assunti della Cassazione (riproposti con la medesima formulazione lessicale anche nelle altre pur recenti pronunce) richiedano al di là di tutto di essere maggiormente articolati, e possano comunque tradursi in esiti interpretativi di maggiore apertura per i soggetti che agiscono in giudizio.

L’acquisizione della prova sul profilo soggettivo delle condotte, se irreggimentata nel solco della regola generale di cui all’art. 2697 cod. civ., si traduce in una evidente penalizzazione per la parte attrice, presunta vittima della condotta mobbizzante. La prova del *mobbing* difficilmente entra nel processo per la via documentale. Essa, al limite, può presentarsi quale mero indizio della illegittimità di una determinata condotta datoriale, la cui fondatezza o meno è affidata al complicato, e sempre imprevedibile, gioco

¹² In questa ottica, v. PIZZOFERRATO, *Mobbing e danno esistenziale: verso una revisione della struttura dell’illecito civile*, in *CI*, 2002, p. 307 ss.; LOY, *Il mobbing: profili giuslavoristici*, in *DL*, 2005, I, pp. 268 e 269, invece, pur rimarcando la necessità di ancorare la nozione ad un “dolo specifico”, non condivide la tesi che ritiene lo scopo del *mobbing* necessariamente coincidente con quello dell’espulsione dall’azienda.

delle allegazioni in fatto e delle richieste di articolazione dei mezzi istruttori, provenienti dalla parte ricorrente¹³.

Come detto, in non pochi casi, le pronunce dei giudici tecnicamente sono di inammissibilità della domanda, nella parte in cui essa ipotizza la sussistenza del *mobbing*, in quanto al magistrato non si offre (o, almeno, non con la necessaria adeguatezza) nemmeno il quadro fattuale a cui andrebbero ad agganciarsi le richieste istruttorie del ricorrente.

Questa “condizione processuale” della vittima del presunto *mobbing* – molto ricorrente, come si evince dalla mole di sentenze a disposizione – potrebbe trovare un primo bilanciamento nell’attività del giudice, segnatamente nei poteri istruttori d’ufficio *ex art. 421, co. 2, cod. proc. civ.*, a questi intestati. Tuttavia, occorre essere avvertiti del fatto che si tratta pur sempre di un intervento ancorato all’impulso della parte, onerata della allegazione in giudizio dei fatti costitutivi della situazione sostanziale oggetto del giudizio, nelle modalità prima dette. Esso pertanto concettualmente viene dopo l’attività del ricorrente e solo ove questi abbia correttamente soddisfatto le richieste di allegazione prescritte¹⁴. Mai il giudice potrà “sostituirsi” alla parte, né potrà fare uso della sua *c.d. scienza privata* (ovverosia della conoscenza che dei fatti di causa abbia acquisito al di fuori del processo), pena la clamorosa violazione dei principi fondamentali del processo.

In effetti, al di là di questo specifico percorso endo-processuale, mi pare che a svelare la autentica e concreta traduzione della richiamata formula sulla “prova dell’elemento soggettivo” sia la stessa Cassazione che, in precedenti pronunce – a cui la sentenza in commento si riporta – ha mostrato di propendere per un’accezione, per così dire, attenuata della prova dell’elemento soggettivo, fondata precipuamente sulla “idoneità offensiva della condotta del datore di lavoro, che può essere dimostrata, per la sistematicità e durata dell’azione nel tempo, dalle sue caratteristiche *oggettive*”¹⁵. In ciò mostrando

¹³ Molto chiara è la Suprema Corte nel ribadire che la complessità e specificità della figura del *mobbing* escludono ogni possibilità di dedurre la sussistenza “implicitamente”: così Cass. 25 settembre 2014 n. 20230, cit.

¹⁴ È questo un punto costantemente ribadito dalla giurisprudenza, con riferimento, ad esempio, al carattere “non esplorativo” della consulenza tecnica disposta d’ufficio dal giudice: nella stessa sentenza n. 898, si afferma che “la richiesta di *c.t.u.* aveva effettivamente natura inammissibilmente esplorativa – come ritenuto dai giudici di merito – e non poteva valere a colmare le carenze in termini di allegazione di circostanze di fatto astrattamente significative della lamentata condotta di *mobbing*”.

¹⁵ In questi termini Cass. 31 maggio 2011 n. 12048, che richiama Cass. 6 marzo 2006 n.

aderenza con le ricostruzioni dottrinali che opportunamente respingevano l'idea di una prova a carico del lavoratore rigidamente incentrata sulla sfera volitiva del danneggiante. La finalità illecita pertanto verrà apprezzata dal giudice non già in base alla percezione del soggetto agente ovvero al significato che egli intendeva attribuire al proprio comportamento, ma piuttosto in relazione all'idoneità lesiva dei beni della persona e all'intrinseca *ratio* discriminatoria¹⁶.

Ed infatti si è sostenuto, facendo leva su questa giurisprudenza, che, lungi dal pretendere la prova diretta dell'*animus nocendi* del datore o dei colleghi, nella "realtà effettuale" del processo, i giudici si limitano per lo più ad esigere che il lavoratore, provati gli elementi oggettivi della fattispecie, ne deduca *per presunzioni*¹⁷ la presenza dell'elemento soggettivo nel soggetto agente¹⁸.

4774; ma si veda anche Cass. 27 dicembre 2011 n. 28962 e, più di recente, Cass. 15 gennaio 2014 n. 687, tutte in *Banca dati De Agostini Professionale*.

¹⁶ Così TULLINI, *Mobbing e rapporto di lavoro. Una fattispecie emergente di danno alla persona*, in *RIDL*, 2000, I, p. 257. Nella stessa direzione, ZOLI, *Il mobbing: brevi osservazioni in tema di fattispecie ed effetti*, in *LG*, 2003, p. 339, il quale valorizza le clausole di correttezza e buona fede, per la loro idoneità ad introdurre limiti, ulteriori rispetto a quelli espressamente previsti dal legislatore, agli atti di esercizio dei poteri imprenditoriali; VISCOMI, *Il mobbing: alcune riflessioni su fattispecie ed effetti*, in *LD*, 2002, p. 50; LOY, *Il mobbing: profili giuslavoristici*, cit., p. 267, il quale sottolinea come "l'intenzionalità pura, l'*animus nocendi*, anche ove potesse essere dimostrato, sarebbe irrilevante se non accompagnata da una condotta obiettivamente idonea a realizzare il danno che si intende arrecare alla vittima". Forse l'unico caso in cui si potrebbe considerare la prova sull'elemento soggettivo vincolata alla stregua di una penetrante indagine sui motivi dell'agente si potrebbe avere se si accostasse la condotta mobbizzante all'ipotesi del licenziamento dettato "da motivo illecito determinante" (licenziamento inteso quale esito di una reiterata condotta mobbizzante), ai sensi dell'art. 1345 cod. civ., prevista dall'art. 18, co. 1, l. 20 maggio 1970 n. 300, come modificato dalla l. 28 giugno 2012 n. 92.

¹⁷ Le presunzioni non costituiscono uno strumento probatorio di rango secondario nella gerarchia dei mezzi di prova e più debole rispetto alla prova diretta o rappresentativa e possono anche costituire l'unica fonte del convincimento del giudice: in questi termini, Cass. 6 luglio 2002 n. 9834, richiamata da SIMEOLI, *Dal danno alla "persona" al danno al "lavoratore"*, in questa rivista, 2006, p. 398; ma v. pure, più di recente, Cass. 5 novembre 2012 n. 18927, in *Banca dati De Agostini Professionale*, nella quale si chiarisce che, nel nostro ordinamento processuale, già prima dell'entrata in vigore dei decreti legislativi n. 215 e n. 216 del 2003, "era previsto che, nel rito del lavoro, il principio dispositivo dovesse essere contemperato con quello della ricerca della verità materiale, con l'utilizzazione da parte del giudice anche di poteri officiosi oltre che della prova per presunzioni". Al riguardo, v. altresì PANARIELLO, *Spunti di riflessione sul mobbing*, in AIDLASS, *Il danno alla persona del lavoratore*, Atti del Convegno nazionale, Napoli, 31 marzo-1 aprile 2006, Giuffrè, 2007, p. 445.

¹⁸ Conclusione ricavata da Cass. 6 marzo 2006 n. 4774, cit. (più di recente, ribadita da Cass. 15 gennaio 2014 n. 687, cit.), opportunamente messa in evidenza da FERRARIO, *Mobbing*

È allora necessario, a questo punto, fare chiarezza su un altro profilo che nella pronuncia in oggetto resta, in verità, un po' in ombra: ci si riferisce alle conseguenze della riconducibilità delle condotte datoriali vessatorie, prese a riferimento in caso di *mobbing*, nell'alveo dell'inosservanza degli "obblighi di protezione" di cui all'art. 2087 cod. civ.¹⁹, in ragione di quanto espressamente riportato dalla stessa Cassazione in apertura della sua motivazione.

Tale riferimento, incidentalmente riportato dalla pronuncia, appare come il presupposto logico (più che l'elemento strutturale) della fattispecie: il *mobbing* si sostanzia cioè in comportamenti ostili, adottati dal datore di lavoro o da altri dipendenti, con intento persecutorio e con sistematicità, *che si pongano in violazione degli obblighi di cui all'art. 2087 cod. civ.*

Ciò ha condotto taluni studiosi a ritenere che, se i contegni relativi hanno natura di inadempimento rispetto ai predetti obblighi, non occorre più la persecuzione: là dove sarà in grado di provare l'inadempimento della controparte, rispetto all'obbligo di cui all'art. 2087 cod. civ., il lavoratore avrà diritto alla tutela, anche senza che ricorrano le circostanze tipiche del *mobbing*²⁰. Tale conclusione tuttavia deve essere attentamente vagliata e, nel fare ciò, si avrà l'occasione di effettuare talune importanti precisazioni.

In effetti, se, da un lato, appare condivisibile respingere la tesi della prova

*e responsabilità datoriale: la Cassazione interviene nuovamente precisandone gli elementi costitutivi, in ADL, 2009, p. 467. Si segnala altresì Cass. 20 marzo 2009 n. 6907, in Banca dati De Agostini Professionale, che però fa un uso forse sin troppo disinvolto (che non si condivide) del regime probatorio delle presunzioni, giungendo a ricavare la sussistenza del *mobbing* da una sequenza di sanzioni disciplinari, applicate alla lavoratrice in un breve lasso di tempo. La pronuncia non si basa tanto sulla motivazione che le predette sanzioni fossero illegittime (o che lo fosse una parte di esse), quanto su quella che fossero eccessive e che, in realtà, fossero state irrogate per ragioni strumentali ed in maniera sostanzialmente pretestuosa, amplificando l'importanza attribuita a fatti di modesta rilevanza. Al riguardo, ci sembra pertinente il richiamo alle osservazioni di LUCIANI, *Danni alla persona e rapporto di lavoro*, Esi, 2007, pp. 154 e 155, sui rischi di un'inversione dei termini logico-giuridici nell'impiego della tecnica risarcitoria: la propensione a focalizzare l'attenzione sui pregiudizi e sugli effetti dannosi più che sulla situazione soggettiva protetta, oltre ad allargare in modo incontrollato le maglie della responsabilità civile, potrebbe condurre al paradosso che una condotta esplicitamente ammessa dal legislatore dia luogo alla tutela risarcitoria.*

¹⁹ Si segnala, sul punto, la posizione critica di parte della dottrina: per un'accurata esposizione delle varie opzioni dottrinali, v. LASSANDARI, *Il ruolo centrale dell'art. 2087 c.c.*, in PEDRAZZOLI (opera diretta da), *Vessazioni e angherie sul lavoro*, cit., sp. p. 73-74.

²⁰ È quanto prefigura LOY, *Il mobbing: profili giuslavoristici*, cit., p. 275, pur partendo dalla premessa, di segno contrario, volta ad accentuare l'elemento dell'intenzionalità.

diretta sull'intenzionalità (che assumerebbe le caratteristiche di una *probatio diabolica*), dall'altro lato, non mi pare si possa accreditare una ricostruzione che appiattisca la responsabilità per *mobbing* sull'inadempimento degli obblighi ex art. 2087 cod. civ. Il riferimento all'art. 2087 cod. civ., infatti, non può elidere la necessità di un *surplus* in termini probatori, che resta fermo ai fini della configurabilità del *mobbing*. L'assolvimento dell'onere della prova in capo al lavoratore si situa così, più precisamente, in uno spazio intermedio, a metà strada tra lo schema tracciato dall'art. 2087 cod. civ. e quello tipico della prova sull'elemento psicologico: è questo forse il punto di compromesso, o se si vuole di sintesi, della sentenza in esame, che segna il temperamento tra i contrapposti interessi delle parti nel contratto di lavoro.

Naturalmente, siffatta conclusione non muta per effetto della eventuale, e non pacifica, concorrenza di azioni e di titoli di responsabilità invocati dalla parte ricorrente²¹; anche se mi pare abbastanza chiaro che, alla luce di quanto detto, il *mobbing* andrà ad inserirsi nel canale della responsabilità contrattuale. Tuttavia, qualora, per scelta strategica o per necessità processuale (si pensi, ad esempio, all'ipotesi di mutamento del rito ex art. 427 cod. proc. civ.), il lavoratore chiami in giudizio il datore di lavoro a titolo di responsabilità extracontrattuale, si attiveranno i relativi meccanismi probatori di minore vantaggio per l'attore.

Il problema, che la sentenza non affronta esplicitamente, è invece quello riguardante il *mobbing* che si concretizza nella reiterazione di condotte datoriali, formalmente lecite (su cui v. *infra*). Anche qui, tuttavia, la forza espansiva dell'art. 2087 cod. civ. – nell'ambivalente riferimento all'"integrità fisica" ed alla "personalità morale"²² – sembra offrire maggiori garanzie rispetto ad

²¹ Sulla questione del "doppio canale" di tutela, contrattuale ed extracontrattuale, cfr. NATULLO, *Danni da mobbing: fine del "doppio canale" di tutela contrattuale ed extracontrattuale?*, in questa rivista, 2005, p. 199 ss.; SIMEOLI, *Dal danno alla "persona" al danno al "lavoratore"*, cit., p. 391 ss.; GAROFALO D., *Mobbing e tutela del lavoratore tra fondamento normativo e tecnica risarcitoria*, in LG, 2004, p. 536; LOY, *Il mobbing: profili giuslavoristici*, cit., p. 273, è molto critico sulla cumulabilità delle due responsabilità in capo al datore di lavoro, ritenendo che "la responsabilità extracontrattuale può certamente trovare applicazione anche nel *mobbing*, ma solo ove la condotta posta in essere dal datore di lavoro non possa essere ricondotta alla responsabilità contrattuale derivante dall'inadempimento degli obblighi scaturenti dall'art. 2087 cod. civ."

²² Il riferimento alla "personalità morale" funziona, in sostanza, come una clausola generale, costituendo una sorta di polmone, grazie al quale i valori della persona agglutinati nel contratto rilevano anche con riguardo alla risarcibilità: così PEDRAZZOLI, *Tutela della persona e aggressioni alla sfera psichica del lavoratore*, cit., p. 19. V. anche LAZZARI, *Il mobbing fra norme vigenti*

altri percorsi alternativi, come, ad esempio, quello dell'abuso del diritto²³, che non sembrano godere di un forte radicamento normativo.

La conclusione raggiunta segna in definitiva un limite di fondo che connota tutta la riflessione sul *mobbing* e che è stato adombrato nell'avvio di questo scritto: le strette interpretative, specie sul profilo della prova, pur con gli accorgimenti migliorativi proposti dalla dottrina, collocano l'istituto del *mobbing* in spazi interstiziali dell'ordinamento a forte rischio di sovrapposizione con altre fattispecie: ed, in particolare, la sua scarsa solidità strutturale, a cui la Cassazione cerca di porre rimedio, non potrà che indurre, nei fatti, un misurato ed accorto ricorso ad esso, se non altro per ragioni di convenienza giuridica²⁴.

Altre strade di temperamento della regola dell'art. 2697 cod. civ. possono individuarsi poi con riferimento ad elementi "esterni" al processo, formatisi cioè al di fuori di esso, su cui l'ordinamento potrebbe agire, al fine di "agevolare" l'emersione della prova della condotta mobbizzante.

Qui allora il discorso converge verso la funzione svolta dalle organizzazioni sindacali e dagli altri soggetti istituzionali coinvolti nella tutela in senso ampio del benessere dei lavoratori e della sicurezza negli ambienti lavorativi. Sicuramente, l'apporto dei predetti soggetti può contribuire a ridurre e/o rimuovere gli ostacoli all'emersione della prova nel processo, favorendo un'at-

e prospettive di intervento legislativo, in *RGL*, 2001, I, sp. p. 62, che valorizza la natura di norma generale dell'art. 2087 cod. civ., ricavandone effetti positivi anche quanto all'onere probatorio in capo al lavoratore. Sul tema delle clausole generali e, comunque, sulle varie categorie giuridiche che ruotano attorno alla (maggiore) indeterminatezza (del testo) della norma, v. FABIANI, *Clausola generale* (Voce), in *ED*, 2012, p. 183 ss.

²³ GAROFALO D., *Mobbing e tutela del lavoratore*, cit., p. 530, ritiene, invece, che la categoria giuridica nella quale sussumere i comportamenti mobbizzanti sia proprio quella dell'"abuso del diritto" ed i parametri che soccorrono nella valutazione della condotta datoriale sono le clausole di correttezza e buona fede ed, ancor prima, un generale principio di ragionevolezza. Sul punto, v. altresì la posizione di LOFFREDO, *Il mobbing: frammenti di una fattispecie da completare*, in AIDCLASS, *Il danno alla persona del lavoratore*, Atti del Convegno nazionale, Napoli, 31 marzo-1 aprile 2006, cit., pp. 419 e 420, il quale, valorizzando i passaggi di C. Cost. 19 dicembre 2003 n. 359, ritiene che l'"abuso del diritto" possa costituire uno strumento di chiusura per rafforzare e rendere effettiva la tutela dei diritti fondamentali della persona all'interno del rapporto di lavoro, dato che nel nostro ordinamento mancano vie processuali speciali per la loro difesa, a differenza di altri paesi.

²⁴ Non si trascurino poi le difficoltà legate all'esecuzione dei provvedimenti giudiziari di condanna del datore di lavoro ed ai limiti delle tecniche inibitorie e ripristinatorie, nonché il connesso problema della (sempre possibile) reiterazione delle condotte ostili.

tività di controllo e monitoraggio delle condotte del datore di lavoro i cui esiti sarebbero, in linea di principio, “utilizzabili”, se non altro con qualche maggiore possibilità di successo, innanzi al giudice. Quindi, l’apporto di questi soggetti è essenzialmente di “integrazione” delle azioni giudiziarie: ciò in via teorica, in quanto, nella realtà, si coglie (soprattutto) nell’azione sindacale un certo effetto di spiazzamento rispetto ad una spiccata propensione alla soluzione giurisprudenziale dei contrasti presenti nell’organizzazione aziendale²⁵.

Se prendesse corpo un’attività di monitoraggio effettivo delle politiche aziendali sul benessere dei lavoratori, adottata in via stabile e duratura con l’apporto delle rappresentanze sindacali, allora il magistrato potrebbe attingervi, in sede di esercizio dei suoi poteri *ex art. 421 cod. proc. civ.* In caso contrario, la logica processuale (dell’uno contro uno) non potrà che agevolare chi si difende.

Eguale, è auspicabile che il giudice del lavoro faccia uso delle altre sue prerogative previste dalla legge, attivabili su impulso di parte o d’ufficio, quali ad esempio l’accesso sul luogo di lavoro e le ispezioni (art. 421, co. 3, cod. proc. civ.) o la richiesta di informazioni e osservazioni alle associazioni sindacali (art. 421, co. 2 e art. 425 cod. proc. civ.).

Non va poi trascurato che i soggetti collettivi ed istituzionali hanno ampi margini di azione sul versante della prevenzione, dimensione che rimane quella con maggiori margini di effettività²⁶.

4. L’“ostilità” della condotta datoriale quale caratteristica costitutiva del mobbing

Se la sentenza in esame si rivela particolarmente scrupolosa sui profili probatori, non meno interessanti, anche se meno sviluppate, appaiono le in-

²⁵ GRAGNOLI, *Il mobbing fra contrattazione collettiva e sistemi di prevenzione*, in PEDRAZZOLI (opera diretta da), *Vessazioni e angherie sul lavoro*, cit., p. 127.

²⁶ NATULLO, *Sicurezza del lavoro* (Voce), in *ED*, 2011, p. 1075 ss. Ancora meglio, poi, se la prevenzione contro il *mobbing* viene attuata attraverso la predisposizione di percorsi formativi specifici sul tema, che coinvolgano sia i lavoratori, sia i responsabili per la sicurezza: in questo senso, VISCOMI, *Il mobbing: alcune questioni su fattispecie ed effetti*, cit., p. 64; LAZZARI, *Il mobbing fra norme vigenti e prospettive di intervento legislativo*, cit., p. 70, già in riferimento al d.lgs. 19 settembre 1994 n. 626.

dicazioni sulla peculiarità del contenuto della condotta costitutiva del *mobbing*. E qui i passaggi della decisione impongono di chiarire un'altra caratteristica strutturale della fattispecie.

Il *mobbing* si presenta come uno schema aperto, in grado di accogliere al suo interno le più disparate condotte datoriali, tutte però astrette dai requisiti della sistematicità, della collegabilità in via causale ad eventi lesivi della salute o della personalità del dipendente, dell'intenzionalità persecutoria.

Ma quel che è altrettanto interessante sottolineare è che lo schema è in grado di accogliere sia condotte in sé legittime sia condotte illegittime, in quanto integranti discriminazione e/o molestia e/o altri illeciti. Ed il nucleo essenziale della fattispecie, che riconduce le condotte medesime al *mobbing* in luogo degli altri schemi giuridici contigui, risiede nell'intento persecutorio e nella sistematicità e reiterazione della condotta. È la combinazione di questi due fattori, in particolare, ad assumere una valenza davvero peculiare nel nostro caso. Essi si alimentano reciprocamente, nel senso che la reiterazione di condotte in danno del lavoratore da sola sarebbe sì rilevante per l'ordinamento, ma non per far scattare lo schema del *mobbing*²⁷: questo si attiva invece quando simultaneamente si percepisce l'intento persecutorio. Ma la dimostrazione della sussistenza dell'intento, a sua volta, discenderà, in via presuntiva, proprio dalla sistematicità delle condotte vessatorie²⁸.

L'intento persecutorio assume una particolare qualificazione ben racchiusa nel concetto di "ostilità", che la sentenza opportunamente mette in risalto.

Il significato giuridico/soggettivo del *mobbing* sta tutto nell'"atteggiamento ostile" del datore di lavoro: è questo il fulcro intorno al quale si costruisce la fattispecie. Parlare di atteggiamento ispirato a comportamenti ostili del datore di lavoro, e non semplicemente di comportamento illegittimo o antiggiuridico del datore di lavoro, può essere utile a cogliere una sfaccettatura rilevante della fattispecie. L'"ostilità" è il concetto che meglio esprime l'ope-

²⁷ Secondo PERA G., *Angherie e inurbanità negli ambienti di lavoro*, in *RIDL*, 2001, I, p. 295, anche sul requisito della protrazione nel tempo della persecuzione si possono avanzare dubbi e, comunque, ogni teorizzazione al riguardo è pericolosa: anche un singolo episodio, "per la sua oggettiva gravità, tutto concedendo alla particolare emotività della vittima, può essere scatenante, come largamente si attinge dall'immenso archivio storico della psichiatria".

²⁸ Valorizzano, invece, la "sistematicità della condotta", quale tratto unificante e distintivo della fattispecie, DEL PUNTA, *Il mobbing, l'illecito e il danno*, p. 242; TURSI, *Il danno non patrimoniale nel rapporto di lavoro*, in *RIDL*, 2003, I, p. 307.

razione di inquadramento giuridico che sta dietro al *mobbing*, che si traduce nel trasferimento all'interno del sinallagma contrattuale delle relazioni di lavoro di una nozione elaborata in ambienti extra-giuridici. Nella sua capacità di sintesi, la formulazione assorbe la descritta bi-direzionalità delle condotte datoriali, che possono essere, come detto, lecite o anche illecite, ma comunque ostili, per l'appunto.

Questa peculiare accezione del contenuto della condotta connota, in conseguenza, anche il controllo giudiziale sugli atti del datore di lavoro: questo dovrà portarsi fuori dalla logica meramente formale ed estendersi ad una verifica che inferisca conclusioni rilevanti giuridicamente da dati ricavati da altri settori disciplinari, anche con l'ausilio delle presunzioni, come detto. Il giudice dovrà valutare la condotta delle parti, prima e dopo l'avvio delle presunte azioni di *mobbing*, ricorrendo all'ausilio di consulenti psicologici o altre figure professionali specializzate²⁹; dovrà analizzare il contesto lavorativo ed organizzativo nel suo insieme, soffermandosi sulla comparazione tra la vittima ed i lavoratori in condizioni analoghe, quanto ad eventuali disparità di trattamento (non a caso la sentenza in commento si sofferma anche su questo punto)³⁰.

Il comportamento datoriale è mobbizzante se si ispira all'ostilità nei confronti del lavoratore: questo è il tratto fondamentale del *mobbing*, a pre-

²⁹ Si potrebbe guardare alle esperienze di altri ordinamenti: per una trattazione approfondita, nell'ottica dell'analisi comparata, v. il contributo di BALANDI, CALAFÀ, *Il rischio psico-sociale e organizzativo nel diritto del lavoro. Un'analisi comparata. Il rischio da lavoro oggi*, in LD, 2012, p. 183, nel quale si segnala, ad esempio, il caso del Belgio, dove si instaura un'interessante interazione tra "giudici" e "mediatori" chiamati dalle aziende a trattare le questioni del rischio psico-sociale ed organizzativo.

³⁰ Per le pubbliche amministrazioni, la l. 4 novembre 2010 n. 183 ha affidato un ruolo molto importante al "Comitato unico di garanzia per le pari opportunità, la valorizzazione del benessere di chi lavora e contro le discriminazioni", che sostituisce i comitati per le pari opportunità e i comitati paritetici sul fenomeno del *mobbing* (art. 21): le attività di siffatto organismo potrebbero pertanto costituire un valido strumento, anche ai fini processuali. Specialmente l'azione di verifica, se accurata, potrebbe fare emergere importanti profili probatori – nell'ottica della trasparenza – che aiuterebbero la successiva, ed eventuale, fase processuale di acquisizione della prova. In questa prospettiva, i Comitati potrebbero esercitare una funzione ausiliaria rispetto al giudice, al fine di far conoscere le caratteristiche dell'ambiente di lavoro, la storia, i comportamenti pregressi dei lavoratori, le eventuali recidive, operando una sorta di monitoraggio permanente sugli ambienti di lavoro. Tra l'altro, non va sottovalutato il fatto che è proprio il settore pubblico a far registrare numerosi casi di *mobbing*, evidenziando altresì un'interessante interrelazione fra l'intensificarsi di condotte datoriali vessatorie e la "stabilità" del rapporto di lavoro: per questi spunti, v. LUCIANI, *Il danno alla persona nel rapporto di lavoro tra evento e conseguenze*, in AIDLASS, *Il danno alla persona del lavoratore*, Atti del Convegno nazionale, Napoli, 31 marzo-1 aprile 2006, cit., p. 305.

scindere dalla connotazione di illiceità degli atti datoriali medesimi. Tanto è vero che, come detto, operiamo una distinzione tra *mobbing* derivante da condotte già qualificate illecite³¹ e *mobbing* derivante da una pluralità di condotte formalmente lecite.

Guardando più da vicino le due situazioni, si osserva che, nella prima ipotesi, il *mobbing* si struttura attraverso una sequenza di condotte già di per sé contrarie a norme imperative (in quanto costituenti, ad esempio, una discriminazione). In questo caso, l'intento persecutorio, sul piano probatorio, si aggancerà ai moduli normativi già predisposti dal legislatore (ad esempio, in ipotesi di discriminazione per ragioni di sesso, l'art. 40 del d.lgs. 11 aprile 2006 n. 198 afferma la c.d. inversione parziale dell'onere della prova; nelle ipotesi di discriminazione per ragioni di razza o di origine etnica, si è instaurato un analogo regime in ordine alla prova, soprattutto all'indomani dell'emanazione del d.l. 8 aprile 2008 n. 59, convertito in l. 6 giugno 2008 n. 101), che segnano un forte alleggerimento dell'*onus probandi*. Non v'è motivo, infatti, di non trattare alla stessa maniera delle singole condotte discriminatorie (quanto ai regimi di prova) anche un progetto più ampio di discriminazione costituente il *mobbing*. Sicchè si potrà sostenere che la questione dell'intenzionalità del comportamento datoriale, in queste specifiche ipotesi, nei fatti scolorisce³².

Diversa è l'ipotesi del *mobbing* che si compone di una successione di condotte oggettivamente lecite, ma inserite in una strategia vessatoria (il *mobbing* autentico, che è poi quello più difficile da portare innanzi al magistrato). Qui, l'*animus nocendi* riacquista rilevanza ai fini della stessa esistenza della fattispecie del *mobbing*, ma comunque venendo ad essere declinato e vagliato nei termini innanzi riportati (come indicati da Cass. 6 marzo 2006 n. 4774, cit.), e cioè dando spazio al regime probatorio per presunzioni ed alla (sola) idoneità lesiva della condotta datoriale (idoneità che è data dalla concatenazione a fini vessatori degli atti, i quali singolarmente invece ne difettereb-

³¹ In questo caso, il *mobbing* costituirebbe circostanza aggravante di atti comunque illeciti, con una possibile ripercussione, eventualmente, sotto il profilo risarcitorio: così RAVELLI, *Licenziamento per superamento del periodo di comporta e mobbing, tra questioni di rito e di merito*, in *ADL*, 2013, p. 1136.

³² Anche se CORAZZA, *Mobbing e discriminazioni*, in PEDRAZZOLI (opera diretta da), *Ves-sazioni e angherie sul lavoro*, cit., p. 102, esprime dubbi sulla estensibilità al *mobbing* della "prova statistica" (peculiarità della disciplina della prova nei giudizi volti ad accertare la discriminazione).

bero³³). Se non si intendesse l'intenzionalità in questa maniera meno restrittiva per il lavoratore, oltre ad incidere negativamente sull'effettività delle tutele, si andrebbe a determinare un irragionevole distanziamento tra i due poli che strutturano la fattispecie del *mobbing*.

La soluzione proposta, invece, oltre a garantire maggiore equilibrio all'interno della fattispecie, mi pare che, in definitiva, non perda di vista i tratti identitari del diritto del lavoro del terzo millennio, evidenti anche sul piano delle tecniche processuali. Queste vanno orientate a neutralizzare la condizione di "debolezza" della "persona" del prestatore di lavoro subordinato e conferiscono concretezza ai diritti generali, costituzionali e comunitari, di azione e difesa in giudizio³⁴.

5. *Una disciplina per frammenti normativi che consente al giudice di concorrere alla formulazione della fattispecie*

La duplice articolazione delle condotte datoriali prese a riferimento mette in risalto un ulteriore aspetto non secondario nella nostra indagine e che ci riporta, ancora una volta, alla questione probatoria ed alla sua centralità.

La richiamata divaricazione sul regime della prova in effetti può essere letta come la conseguenza di un altro aspetto (anch'esso strutturale) della fattispecie, questa volta relativo al regime giuridico sostanziale applicabile. L'individuazione della disciplina giuridica da applicare in caso di *mobbing*, proprio in ragione della struttura aperta della fattispecie, non è definita *a priori*, ma risulta affidata – ed ecco la centralità del giudice (ma, se si vuole, anche dell'avvocato³⁵) – alla scelta argomentativa del magistrato che, di volta in volta, e caso per caso, pur muovendosi necessariamente all'interno del *thema decidendum* come fissato dalle parti, farà ricorso a questo o a quel frammento normativo a disposizione nell'ordinamento, valorizzerà il segmento normativo che riterrà, in base al suo prudente apprezzamento. Su questo

³³ Secondo PROIA, *Alcune considerazioni sul cosiddetto mobbing*, in *ADL*, 2005, p. 833, occorre che i diversi atti della condotta datoriale siano coordinati tra loro in violazione dei criteri generali di buona fede e correttezza che devono ispirare il comportamento delle parti durante l'intera esecuzione del rapporto.

³⁴ SANTUCCI, *I tratti identitari del diritto del lavoro del terzo millennio*, in A.A.V.V., *Istituzioni di diritto del lavoro e sindacale*, Giappichelli, 2013, p. 36.

³⁵ GAROFALO D., *Mobbing e tutela del lavoratore*, cit., p. 543.

substrato si situerà il suo convincimento e su di esso, in definitiva, poggerà la disciplina del *mobbing*³⁶.

Ciò emerge agevolmente dalla disamina delle pronunce giurisprudenziali, ove il *mobbing* compare quasi sempre associato a (o addirittura incorporato in) richieste di danno che si riconducono ad altri titoli: ad esempio, alla dequalificazione professionale (la cui ricostruzione poggia sulla lesione dei beni protetti dall'art. 2103 cod. civ.) oppure alla tutela antidiscriminatoria (la cui disciplina è contenuta nel d.lgs. n. 198/06, per le discriminazioni di genere; nel d.lgs. 9 luglio 2003 n. 215, per le discriminazioni per motivi di razza e origine etnica; nel d.lgs. 9 luglio 2003 n. 216, per le discriminazioni per motivi concernenti l'occupazione e le condizioni di lavoro; nell'art. 44 del d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286, per quanto concerne le discriminazioni a carico degli immigrati).

Insomma, la variabilità strutturale della fattispecie è amplissima e non si arresta al tema della prova ma investe anche il tema della disciplina da applicare, secondo un elementare principio di rapporto *genus/species*, come detto per la questione probatoria. E così, anche in questo caso, se si versa in un'ipotesi esattamente riconducibile ad una disciplina *ad hoc* (ad esempio, in tema di discriminazioni), sarà questa a trovare applicazione. Nelle ipotesi non contemplate dalle esistenti discipline o comunque ad esse non riconducibili con certezza, riprenderà vigore l'istanza generale rappresentata dall'art. 2087 cod.

³⁶ È superfluo rammentare che appartiene alle regole del processo del lavoro il fatto che il giudice debba attenersi nella decisione alla (e non possa discostarsi dalla) prospettazione delle domande delle parti (c.d. principio dispositivo), articolate secondo i requisiti di cui all'art. 414 cod. proc. civ. e all'art. 416 cod. proc. civ., e cioè sulla base di elementi in fatto ed in diritto. Ma è pur vero che non manca alla ricchezza argomentativa di chi impianta un'azione giudiziaria, almeno nella maggior parte dei casi, l'accortezza (fosse anche per mera necessità difensiva) di articolare la stessa domanda (stesso discorso vale per la memoria difensiva del datore di lavoro) con varie richieste in via subordinata, offrendo così al giudice il più ampio ventaglio di opzioni, quanto alla disciplina giuridica da applicare al caso. Siffatte considerazioni giustificano pertanto la riportata tesi sulla centralità delle scelte del giudice: per un'esemplificazione al riguardo, v. Trib. Benevento 19 ottobre 2009 n. 3688, in *Banca dati De Agostini Professionale*, nella quale il magistrato fonda l'accoglimento della domanda sulla disciplina di cui al d.lgs. n. 215/03 ed al d.lgs. n. 216/03, intesi quali segmenti normativi specifici, da raccordare comunque con le tutele ex art. 2087 cod. civ. In effetti, il *mobbing*, come tipica patologia delle organizzazioni, può essere *trattato* soltanto da normative mirate sulle organizzazioni e sui fattori di rischio ad esse inerenti, quale, bene o male, è l'art. 2087 cod. civ. nella lettura affinata da una giurisprudenza di decenni: così DEL PUNTA, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, in AIDLASS, *Il danno alla persona del lavoratore*, Atti del Convegno nazionale, Napoli, 31 marzo-1 aprile 2006, cit., p. 48.

civ., sia pure con i più stringenti requisiti richiesti ai fini della prova. E mi pare che questa sia la impostazione che la Cassazione abbia inteso imprimere alla vicenda in quel passaggio argomentativo, benché sintetico, riportato nell'*incipit* della motivazione, dove scarta l'ipotesi dell'applicabilità dell'art. 4 del d.lgs. n. 216/03 (soltanto) per il profilo temporale.

In via conclusiva, mi pare assodato che quanto sin qui detto ci riporti una fattispecie estremamente elastica, in forza di una strutturale indeterminazione di contenuto normativo: compete principalmente al giudice l'essenziale funzione di "integrazione valutativa". Pur con questa caratteristica, il relativo contenuto normativo, che si andrà a specificare per il tramite dell'intervento giudiziale appunto, potrà iscriversi, con ogni probabilità, nell'alveo delle "norme inderogabili a precetto generico", individuate in dottrina, quali espressione di "una vera e propria delega del potere legislativo al potere giudiziario, che ne esce onerato e rafforzato quale protagonista della mediazione tra interessi contrapposti realizzata formalmente in via interpretativa, ma sostanzialmente attraverso giudizi di valori"³⁷. Siffatta mediazione – è bene però avvertire – per la pregnanza degli interessi coinvolti, non può essere lasciata a se stessa o comunque non può esserlo troppo a lungo. Per un'intrinseca energia del nostro sistema normativo, essa spinge per rientrare e collocarsi stabilmente in una più ampia parabola regolativa, la cui fissazione non può che spettare al legislatore³⁸.

Key words

Mobbing, responsabilità del datore di lavoro, intento persecutorio/prova, comportamenti sistematici, ostilità, personalità morale del lavoratore.

Mobbing, employer's liability, persecutive intention/burden of proof, deliberate and aggressive behaviours, retaliatory measures, employee's psychological and moral integrity.

³⁷ VALLEBONA, *L'incertezza del diritto del lavoro e i necessari rimedi*, cit., p. 6.

³⁸ Per "vedere tutto il diritto", occorre dare dimensioni e collocazioni appropriate alla legge, alla definizione dottrinale, alla massima giurisprudenziale, intesi quali "formanti" dell'ordinamento giuridico: compito del giurista è stabilire quale sia il grado di dissociazione dei formanti, ed in quale misura soprattutto le fonti formali di un paese, il diritto ivi applicato e la conoscenza che i giuristi hanno del proprio sistema si trovino in concordanza: così, nella prospettiva del metodo comparativo, SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, in ID. (diretto da), *Trattato di diritto comparato*, Utet, 1992, p. 49.