

ARTICOLO 26

Diritto alla dignità sul lavoro

§.1

Il quadro giuridico

Si riporta di seguito, in via preliminare, ad un fine puramente riepilogativo, il quadro normativo (nazionale e comunitario) di riferimento in materia di discriminazioni e di molestie sui luoghi di lavoro, aggiornato al periodo di riferimento 2009-2012.

– Legge 6 febbraio 1963, n.405

Ratifica ed esecuzione della Convenzione internazionale del lavoro n. 111, concernente la discriminazione in materia di impiego e di professione adottata a Ginevra il 25 giugno 1958.

– Legge 20 maggio 1970, n. 300 "Statuto dei lavoratori"

Norme sulla tutela della libertà e dignità dei lavoratori, della libertà sindacale e dell'attività sindacale nei luoghi di lavoro e norme sul collocamento.

– Legge 9 dicembre n. 903

Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro.

– Legge 14 marzo 1985, n.132

Ratifica ed esecuzione della convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna, adottata a New York il 18 dicembre 1979.

– Legge 10 aprile 1991, n. 125

"Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro".

– Direttiva 2000/43/CE del Consiglio, 29 giugno 2000

Attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica (art. 2).

– Direttiva 2000/78/CE del Consiglio, 27 novembre 2000

Stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro (art. 2).

– Decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151

"Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell'articolo 15 della legge 8 marzo 2000, n.53".

– Direttiva 2002/73/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, 23 settembre 2002

Modifica alla direttiva 76/207/CEE del Consiglio - relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro (art.1).

– Raccomandazione 93/131/CEE della Commissione, 27 novembre 1991, sulla tutela della dignità delle donne e degli uomini sul lavoro.

– Decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 216

"Attuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro".

– Decreto legislativo 30 maggio 2005, n. 145

"Attuazione della direttiva 2002/73/CE in materia di parità di trattamento tra gli uomini e le donne, per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionale e le condizioni di lavoro".

– Legge 24 febbraio 2006, n. 104

Modifica della disciplina normativa relativa alla tutela della maternità delle donne dirigenti.

– Decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198

"Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, a norma dell'articolo 6 della legge 28 novembre 2005, n. 246".

– Direttiva 2006/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, 5 luglio 2006

"Attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (art. 2)".

– Legge 3 agosto 2007, n. 123

Misure in tema di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro e delega al governo per il riassetto e la riforma della normativa in materia.

– Decreto legislativo 6 novembre 2007, n. 196

"Attuazione della direttiva 2004/113/CE che attua il principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura".

– Decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81

"Attuazione dell'articolo 1 della legge 3 agosto 2007, n. 123, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro".

– Decreto legislativo 25 gennaio 2010, n. 5

"Attuazione della direttiva 2006/54/CE relativa al principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (rifusione)".

Si evidenzia che la normativa da ultimo citata - **D.lgs n.5/2010** - di recepimento di una direttiva comunitaria, ha contribuito al completamento del quadro normativo sopra riportato e che, nel periodo di redazione dell'ultimo rapporto (2009), si trovava in fase di adozione.

Il precitato decreto, nell'estendere la nozione di discriminazione, vi ha incluso, oltre le molestie e le molestie sessuali, come già previsto nel d.lgs n. 145/2005 (le cui disposizioni sono confluite nel Testo Unico n. 198/2006), anche *"i trattamenti meno favorevoli subiti da una lavoratrice o da un lavoratore per il fatto di aver rifiutato i comportamenti di cui ai commi 1¹ e 2 o di esservisi sottomessi."* (art. 26, comma 2 bis, T.U. 198/2006, introdotto dall'art.1, comma 1, lett. q del d.lgs n.5/2010).

L'attenzione alla tematica delle molestie, e segnatamente delle molestie a sfondo sessuale

¹ Comma 1: Sono considerate come discriminazioni anche le molestie, ovvero quei comportamenti indesiderati, posti in essere per ragioni connesse al sesso, aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una lavoratrice o di un lavoratore e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo.

Comma 2: Sono, altresì, considerate come discriminazioni le molestie sessuali, ovvero quei comportamenti indesiderati a connotazione sessuale, espressi in forma fisica, verbale o non verbale, aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una lavoratrice o di un lavoratore e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo.

all'interno del luogo di lavoro, come già evidenziato in precedenza, va assumendo portata sempre maggiore, con importanti ricadute anche sulla casistica giudiziaria.

La maggiore sensibilità sull'argomento è anche frutto degli interventi normativi in materia sia lavoristica che penale (in quest'ambito si segnala la recente introduzione nell'ordinamento giuridico della fattispecie di *stalking*²) volti a punire in maniera giustamente severa determinate condotte, anche e soprattutto quando si verificano all'interno dei luoghi dove si lavora.

Le molestie sessuali sul luogo di lavoro, si ricorda, sono state oggetto di specifica definizione normativa, in ambito giuslavoristico, a seguito della Direttiva CEE n. 2002/73, che ha delineato in modo specifico le fattispecie di molestie sessuali in aggiunta a quelle di discriminazione (diretta e indiretta) e di molestie o “mobbing di genere”.

La definizione di molestia sessuale (così come quella di molestia morale) rileva sia sotto un profilo oggettivo, cioè in termini di verificazione di un dato comportamento oggettivamente indesiderato, che dal punto di vista soggettivo in quanto volta a perseguire il comportamento avente lo scopo di ledere la dignità della persona.

In ragione di tale ultima caratteristica, la molestia, sia di genere (o mobbing di genere) che sessuale, si può configurare anche quando non sia ravvisabile un'intenzionalità dell'autore e attraverso ogni ipotesi di comportamento, purché sia indesiderato: l'elemento soggettivo in capo all'autore della molestia pertanto non assume alcuna rilevanza in relazione alla concreta configurabilità della fattispecie, che può sussistere - come correttamente evidenziano le sentenze menzionate di seguito anche nel momento in cui l'autore della condotta denunciata riteneva che la stessa non costituisse né una forma di molestia, né una forma di molestia a carattere sessuale.

Il legislatore italiano, si ribadisce, recependo le linee guida comunitarie, ha statuito che sono considerate come discriminazioni le molestie sessuali, ossia *“quei comportamenti indesiderati a connotazione sessuale, espressi in forma fisica, verbale o non verbale, aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una lavoratrice o di un lavoratore e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo”* (art. 2 comma 1c) del D.lgs. n. 145/2005, ora trasfuso nel d.lgs. 11 aprile 2006, n° 198, o Codice delle Pari opportunità, all'art. 26, comma 2°, che replica pedissequamente la formulazione comunitaria e a cui si è aggiunto il comma 2 bis, introdotto, come sopra indicato dal d.lgs n.5/2010).

Da una parte, quindi, le molestie in senso lato sono caratterizzate da comportamenti motivati da ragioni riguardanti il genere (art. 26, comma 1°, D.lgs 198/06), quali – frequenti nella casistica giudiziaria - *la marginalizzazione al rientro della maternità, il mobbing conseguente al matrimonio, il mobbing conseguente al rifiuto di un invito a cena, ecc.*, mentre dall'altra le molestie sessuali consistono in comportamenti aventi come contenuto proprio *il sesso e la sfera dell'intimità sessuale della persona*.

Dunque le molestie sessuali sono comportamenti che assumono rilevanza sotto molteplici aspetti (poiché non interessano solo il diritto del lavoro, ma anche il diritto civile, il diritto penale, il diritto amministrativo, il diritto internazionale, ecc.); non catalogabili a priori;

² Termine inglese qui inteso per indicare una serie di atteggiamenti tenuti da un individuo che affligge un'altra persona, perseguitandola e generandole stati di ansia e paura, che possono arrivare a compromettere il normale svolgimento della quotidianità. Questo tipo di condotta è penalmente rilevante in molti ordinamenti; in quello italiano la fattispecie è rubricata come atti persecutori (articolo 612-bis del Codice penale), riprendendo una delle diverse locuzioni con le quali è tradotto il termine *stalking*.

plurioffensivi (offendendo, al tempo stesso, una pluralità di beni giuridici, quali la dignità personale, la libertà individuale, la libertà sessuale e quella di autodeterminarsi, non ultime l'integrità psicofisica, la salute e l'esistenza di un individuo); sono, infine, comportamenti illeciti di per sé (nel senso che l'offensività del lavoro molestato va rinvenuta in sé, a prescindere dal suo carattere discriminatorio).

Nell'esperienza concreta, la fattispecie di molestie sessuali si associa di frequente ad una più generale situazione di aggressione psicologica del lavoratore inquadrabile nel c.d. *mobbing* (del quale si tratterà più approfonditamente in riferimento al paragrafo 2).

Sono i casi in cui l'atteggiamento persecutorio tenuto nei confronti del lavoratore da parte del datore di lavoro o di altro collega o superiore gerarchico ha trovato origine nel rifiuto opposto alle avances o agli atteggiamenti a connotazione sessuale. La mancata condiscendenza alle richieste di carattere sessuale del superiore gerarchico è ripagata spesso da una pressione psicologica e da una sistematica opera di boicottaggio del lavoro svolto nei confronti della vittima, con frequente irrogazione di sanzioni disciplinari e conseguente arresto della carriera, fino ad arrivare alla definitiva estromissione della vittima dal contesto lavorativo, che nel caso di licenziamento assume un carattere discriminatorio e ritorsivo.

Nei casi più gravi tale situazione di molestia può proseguire anche nella vita privata della persona; si tratta in questi casi di *"stalking occupazionale"*, intendendosi per tale una forma di stalking in cui l'effettiva attività persecutoria si esercita nella vita privata della vittima, ma la cui motivazione proviene invece dall'ambiente di lavoro, dove lo stalker ha realizzato, subito o desiderato una situazione di conflitto, persecuzione o mobbing. Sono i casi, ad esempio, in cui il rifiuto di avances non viene accettato dal datore di lavoro o dal superiore gerarchico della vittima, la quale comincia ad essere *"tempestata"* di telefonate anche dopo l'orario di lavoro, o pedinata nel tragitto casa lavoro o seguita in ogni spostamento, subendo un pregiudizio alle sue abitudini di vita associato a sofferenza psichica o paura per la propria incolumità.

Gli strumenti di tutela

Già ben prima dell'entrata in vigore delle disposizioni richiamate, si è registrato un attivismo giudiziario volto a definire ed individuare le tecniche più appropriate per la tutela del lavoratore o della lavoratrice (nella maggior parte dei casi, purtroppo, tali condotte hanno come vittime proprio le donne), che subiscano comportamenti molesti quali quelli sopra esemplificati.

In assenza di una disciplina specifica, la giurisprudenza, come noto, ha svolto, per lungo tempo, un ruolo di supplenza rispetto al legislatore nell'elaborazione dei precetti giuridici e delle relative sanzioni, richiamandosi fondamentalmente ai principi generali dell'ordinamento che tutelano la dignità e la libertà di autodeterminazione della persona umana.

Soprattutto la giurisprudenza di merito ha svolto una funzione di guida alla qualificazione giuridica delle molestie, procedendo attraverso un'analisi sulla gravità e sull'idoneità offensiva dei fatti addebitati alla luce dei diritti fondamentali della persona, come il diritto alla salute (art. 32 Cost) e il diritto alla dignità umana (art. 41 Cost.).

Gli strumenti utilizzati dal giudice per accordare protezione alle vittime di molestie

sessuali sono molteplici, come di seguito evidenziato.

La molestia sessuale è illecita anche se non qualificabile come discriminazione in senso stretto, purché abbia violato:

- 1) un diritto fondamentale della persona (nel qual caso sorgerà una responsabilità extracontrattuale, ossia relativa all'area delle controversie tra privati, ex art. 2043³);
- 2) o una norma contrattuale (nel qual caso sorgerà una responsabilità contrattuale, ossia relativa all'area delle controversie di lavoro, ex art. 2087⁴ c.c., in tutti quei casi in cui la molestia sessuale sia riconducibile direttamente, in quanto autore, o indirettamente, a titolo di responsabilità *in vigilando*, al datore di lavoro).
- 3) o la previsione di cui all'art. 2049⁵c.c (nel qual caso sorgerà una responsabilità del datore di lavoro per il danno arrecato dal fatto illecito compiuto da un suo dipendente, nell'esercizio delle incombenze cui è adibito).

Le prime due fattispecie, responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c e responsabilità contrattuale ex art. 2087 c.c., possono, comunque, coesistere tra loro, dal momento che tutelano posizioni differenti, dalla cui violazione viene fatta discendere l'illiceità in sé della molestia sessuale.

In particolare, mentre in base all'art. 2043 c.c. è tenuto al risarcimento chiunque abbia commesso un fatto illecito, produttivo di un danno per la vittima, consentendo in tal modo di colpire il piano orizzontale del lavoro molestato, ossia i casi in cui il comportamento molesto sia attuato da colleghi di pari grado o di grado inferiore, rispetto ai quali non potrebbe, evidentemente, operare l'obbligo di cui all'art. 2087 c.c.; la responsabilità contrattuale ex art. 2087 c.c. è, invece, riferita al solo datore di lavoro, andando a coinvolgere l'azienda in tutti quei casi in cui l'imprenditore non abbia adeguatamente tutelato l'integrità fisica e la personalità morale dei suoi dipendenti. Ovviamente, affinché il datore di lavoro possa essere chiamato al risarcimento del danno in base a questa disposizione, è necessaria la sussistenza di un nesso causale riferibile, a qualunque titolo, al datore di lavoro.

Le opinioni di dottrina e giurisprudenza, giova ribadire, si sono orientate prevalentemente nel ricondurre le molestie sessuali poste in essere sul luogo di lavoro alla violazione dell'obbligo di sicurezza e di protezione dei lavoratori ex art. 2087 codice civile (di cui si è già riferito nei rapporti precedenti).

In particolare, considerato che tale norma tutela non solo l'integrità fisica, ma anche la "personalità morale" del lavoratore, l'applicazione in campo lavoristico del generale principio del *neminem laedere* (dal latino "non danneggiare alcuno") fa assumere a tale

³ Art. 2043 Risarcimento per fatto illecito

Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno (Cod. Pen. 185).

⁴ Art. 2087 Tutela della condizioni di lavoro

L'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro.

⁵ Art. 2049 Responsabilità dei padroni e committenti

I padroni e i committenti sono responsabili per i danni arrecati dal fatto illecito dei loro domestici e commessi nell'esercizio delle incombenze a cui sono adibiti

principio la forma giuridica di un'autonoma obbligazione contrattuale in capo al datore di lavoro.

Sul punto la prevalente giurisprudenza, principalmente di merito, ha statuito che se il datore era a conoscenza o doveva ragionevolmente sapere delle molestie e non è intervenuto per far cessare tali condotte, egli non può esimersi da responsabilità, da cui deriva il diritto al risarcimento del danno non patrimoniale per il lavoratore, data la natura costituzionale dei beni lesi.

In base a tale orientamento, ai sensi dell'art. 2087 c.c. l'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa tutte le misure necessarie a tutelare non solo l'integrità fisica ma anche la personalità morale dei dipendenti; tale obbligo di protezione impone al datore di lavoro, cui sia noto il compimento di molestie sessuali nell'ambito dell'impresa, di intervenire, adottando tutte le misure, anche di natura disciplinare e organizzativa, necessarie a garantire la tutela dei dipendenti.

Con riferimento alla tutela risarcitoria, la giurisprudenza ha accordato alla vittima di molestie sessuali il diritto al risarcimento di tutti i tipi di danno, compresi quelli non patrimoniali, nelle componenti di danno biologico, morale ed esistenziale.

Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, l'obbligo di risarcire tali danni grava cumulativamente sia sull'autore del fatto lesivo sia sul datore di lavoro.

Nel caso in cui non si possa accertare che il datore di lavoro abbia violato gli obblighi di protezione di cui all'art. 2087 c.c., la giurisprudenza ritiene che lo stesso potrebbe essere ritenuto responsabile in via extracontrattuale ai sensi dell'art. 2049 c.c. sopra citato per il fatto illecito commesso dal proprio dipendente nello svolgimento delle funzioni assegnate e in solido con lo stesso. Sotto tale profilo, è stata ammessa la prova liberatoria del datore solo nel caso in cui il dipendente autore del fatto illecito abbia agito con dolo e al di fuori di un rapporto di occasionalità necessaria con le proprie mansioni, ossia qualora l'evento lesivo si sia verificato sul luogo di lavoro solo in via del tutto accidentale e casuale. Infatti, il solo dolo del dipendente, di per sé, non esclude il rapporto di occasionalità necessaria con le mansioni affidategli, quando l'illecito venga reso possibile oppure agevolato dal rapporto di lavoro con il datore di lavoro, il quale, quindi, ne risponde ai sensi dell'art. 2049 c.c.

Ribadito quanto sopra, occorre richiamare, in relazione ai temi in esame, così come riguardo al mobbing di genere, oltre che tutta la normativa già sopra citata, anche quella in tema di sicurezza.

In particolare la legge 123 del 2 agosto 2007 ("Misure in tema di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro e delega al governo per il riassetto e la riforma della normativa in materia") promuove, tra l'altro, la valorizzazione anche tramite rinvio legislativo, di *accordi aziendali, territoriali e nazionali* nonché su base volontaria, dei *codici di condotta ed etici e delle buone prassi*, che orientino i comportamenti dei datori di lavoro anche secondo i principi della responsabilità sociale, dei lavoratori e di tutti i soggetti interessati, ai fini del miglioramento dei livelli di tutela definiti legislativamente, attraverso, dunque, la pubblicizzazione e l'informazione diffusa.

Numerosi datori di lavoro si sono adeguati a tale indicazione, introducendo regolamenti

o codici di condotta (di cui si sono già citati esempi) volti a prevenire, tra l'altro, le molestie sessuali sui luoghi di lavoro.

E così, ad esempio, inserire all'interno di un codice etico aziendale la definizione di molestie, declinare una procedura interna di denuncia delle stesse e specificare le sanzioni disciplinari ad esse associate costituisce un'azione preventiva ed anche uno strumento di reazione particolarmente incisivo rispetto a tali condotte illecite.

Anche il precitato decreto n.5/2010, introducendo l'art. 50 bis, seguente all'art. 50 del d.lgs n. 198/2006, ha così disposto: *"I contratti collettivi possono prevedere misure specifiche, ivi compresi codici di condotta, linee guida e buone prassi, per prevenire tutte le forme di discriminazione sessuale e, in particolare, le molestie e le molestie sessuali nel luogo del lavoro, nelle condizioni di lavoro, nonché nella formazione e crescita professionale"*.

Tanto premesso, in risposta al Comitato che chiede *se il datore di lavoro è ugualmente responsabile in caso di molestie sessuali subite dai dipendenti qualora siano commesse da personale non dipendente (es. lavoratori autonomi, clienti, visitatori), che si trovino nei luoghi di lavoro sotto la sua responsabilità, si fa presente quanto segue.*

Come già evidenziato, anche nel caso rappresentato dal Comitato, il datore di lavoro rimane responsabile "in primis" ai sensi delle disposizioni di cui all'art. 2087, incorrendo in responsabilità contrattuale indiretta (*culpa in vigilando* – secondo cui il datore di lavoro è **obbligato** a garantire che l'ambiente di lavoro sia tale da salvaguardare non solo l'incolumità fisica e la salute psicologica, ma anche la dignità dei lavoratori), nonché in base alla normativa in materia di salute e sicurezza sul lavoro, ai sensi degli articoli riguardanti, in particolare, la valutazione dei rischi, art.17 (*Obblighi dei datori di lavoro non delegabili*), art.28 (*Oggetto della valutazione dei rischi*) e art.29 (*Modalità di effettuazione della valutazione dei rischi*) del Decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81⁶.

In tale circostanza, rileva in particolare l'art. 28, il quale prescrive di valutare tutti i rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori, "ivi compresi quelli riguardanti gruppi di lavoratori esposti a rischi particolari, tra cui quelli collegati allo stress lavoro-correlato, secondo i contenuti dell'accordo europeo dell'8 ottobre 2004, alle differenze di genere....". Il legislatore ha dunque dedicato specifica attenzione e menzione ai rischi collegati alle differenze di genere e tra questi rientrano sicuramente i rischi di patologie legate alle molestie sessuali, la cui valutazione diviene necessaria ed obbligatoria.

La valutazione dei rischi è un processo dinamico, che consente alle aziende e alle organizzazioni di mettere a punto una politica proattiva di gestione dei rischi sul lavoro. Per queste ragioni è fondamentale che ogni tipo di azienda, di qualsiasi dimensione, effettui regolarmente la valutazione dei rischi.

Un'adeguata valutazione del rischio consiste, tra le altre cose, nell'assicurarsi che siano esaminati tutti i rischi pertinenti, non solo quelli ovvi o immediati, ma anche quelli, tra gli altri, ragionevolmente prevedibili, che possano provenire, per esempio, da aggressioni di terzi sui luoghi di lavoro (come verosimilmente può accadere in caso di lavoro notturno

⁶ Testo Unico in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro

femminile).

L'omissione di tali iniziative da parte di dirigenti o preposti espone l'azienda, eventualmente anche in solido con il dirigente, a possibili azioni di responsabilità ai sensi, principalmente, dell'art. 2087 c.c.

Analogo discorso vale per l'omissione di formazione e di controllo nonché per l'omissione di misure adeguate nel caso in cui il datore di lavoro, il dirigente (o in generale, il superiore gerarchico) apprendano di situazioni di disfunzioni gravi del lavoro, quali appunto le molestie sessuali e lo stalking occupazionale, e non intervengano adeguatamente per impedire il reiterarsi di tali condotte: sempre a mente dell'art. 2087 congiuntamente al codice delle pari opportunità (d.lgs. 196/1998) possono essere chiamati solidalmente a rispondere dei danni.

E' importante ricordare che l'art. 40 D.Lgs. 198/2006 introduce, nell'ambito delle controversie aventi ad oggetto l'accertamento di condotte discriminatorie e/o di molestie (posto che queste sono equiparate alle discriminazioni fondate sul genere), un regime probatorio agevolato, dal momento che per il dipendente sarà sufficiente allegare elementi idonei a fondare quantomeno una presunzione dell'esistenza delle condotte stesse; grava invece sul datore di lavoro l'onere della prova circa la insussistenza delle molestie e delle discriminazioni ovvero della sua assoluta ignoranza delle stesse.

Le molestie di genere e le molestie sessuali in alcune recenti pronunce della magistratura del lavoro.

I principi descritti nel corso del presente elaborato sono stati ampiamente applicati nell'ambito di alcune recenti sentenze della magistratura del lavoro di Milano, che si illustrano ai fini di una dimostrazione, nella pratica, di quanto sopra esposto.

Tali sentenze si segnalano poiché hanno in comune l'oggetto della controversia (condotte riconducibili alle fattispecie di molestie di genere e molestie sessuali, con conseguenti licenziamenti), l'espressione del particolare regime probatorio segnalato e l'affermazione della responsabilità solidale tra azienda e preposto; in tutte le sentenze, inoltre emerge la valorizzazione delle testimonianze ed il loro utilizzo al fine di fondare quella "presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso".

Con la prima delle sentenze in commento, (Trib. Milano, Sez. Lavoro, sent. 3 novembre 2009, n. 4478), il Tribunale di Milano ha accertato i comportamenti molesti sul piano sessuale, allegati dalla ricorrente, che hanno trovato conferma in sede istruttoria e conseguentemente ha dichiarato la nullità del licenziamento successivamente comminato, poiché considerato ritorsivo e fondato su ragioni discriminatorie, riconoscendo altresì il diritto al risarcimento del danno non patrimoniale.

Le condotte accertate, concretatesi (per quanto riguarda specificamente l'ipotesi di "atti di molestia sessuale") in apprezzamenti sull'abbigliamento e sulla "moralità" della

lavoratrice, in approcci o tentativi di approccio respinti e in conseguente accanimento, sono state ricondotte – correttamente – al disposto dell'art. 26 D.Lgs. 198/2006, quali “comportamenti indesiderati a connotazione sessuale”.

L'elemento psicologico dell'autore delle condotte molestie pertanto non riceve alcuna valorizzazione, posto che la condotta è considerata da un lato nella sua connotazione soggettiva ed oggettiva, senza che assuma importanza il fatto per cui l'autore delle condotte non avrebbe avuto intenzioni “moleste” né offensive: quello che rileva, ai fini dell'applicazione della disciplina, è la circostanza che tali condotte, che l'agente può anche qualificare come “neutre”, siano indesiderate e idonee, nella vittima, a ledere la propria dignità.

Dall'accertamento dei fatti e dei danni in capo alla ricorrente, accertati con perizia medica, è poi derivata la dichiarazione della responsabilità solidale del datore di lavoro (ex art. 2087 c.c.) e dell'autore materiale delle condotte (ex art. 2043) al risarcimento dei danni.

La sentenza afferma altresì il carattere ritorsivo del licenziamento e la conseguente nullità del provvedimento espulsivo, perché fondato su un motivo illecito, avendo la ricorrente assolto all'onere probatorio, a suo carico, relativo alla sussistenza del rapporto di causalità tra le circostanze indicate e l'intento ritorsivo medesimo⁷.

La sentenza citata ha trovato integrale conferma in sede di appello (CdA Milano, Sez. Lavoro, sent. 20 dicembre 2010, n. 1044, Pres. Castellini), con la quale la Corte, adità per la riforma della sentenza in primo grado, ha confermato la correttezza logica delle motivazioni della sentenza di primo grado.

Con riferimento alla fattispecie concretamente sottopostale, pertanto, la Corte ha considerato corretta la valutazione delle testimonianze svolta dal Giudice di primo grado, sia in relazione al contenuto delle testimonianze, che alla luce dell'arco temporale in cui le condotte si sono realizzate.

Inoltre, sempre la Corte d'Appello ha ritenuto altresì corretta l'accertata responsabilità in capo, oltre che all'autore materiale delle condotte di molestia sessuale, anche del datore di lavoro in quanto sempre le testimonianze si erano rilevate concordi nel confermare la conoscenza della situazione da parte dello stesso datore di lavoro e la sua completa omissione di qualunque provvedimento volto a ripristinare la situazione di tutela della dignità personale e morale del prestatore di lavoro; anzi in particolare la Corte d'Appello evidenzia che il datore di lavoro pur, sapendo, ha sempre “*lasciato correre*”.

La Corte d'Appello ha altresì confermato la pronuncia in punto di illegittimità del licenziamento, rilevando come i motivi del recesso conseguissero alle rimostranze della ricorrente rispetto alle molestie subite.

Da ciò, la Corte afferma che un'interpretazione conforme della Direttiva CEE 73/2002, ancor prima del D.Lgs. 198/2006, art. 26 comma II, deve condurre all'affermazione del carattere discriminatorio di atti - quali il licenziamento - connessi al fattore sesso in questo caso motivo della discriminazione stessa.

⁷ In tal senso, il Tribunale di Milano si rifà alla copiosa giurisprudenza di legittimità in materia di licenziamento ritorsivo, ricordando appunto come sia onere del ricorrente allegare e dimostrare le circostanze e il nesso causale tra motivo - inteso quale circostanza concretamente determinatasi - e provvedimento espulsivo determinato da quella circostanza particolare.

La seconda sentenza intervenuta sul punto (Trib. Milano, Sez. Lavoro, sent. 12 agosto 2010, n. 3488) è meritevole di particolare attenzione poiché interviene nell'ambito di un rapporto di lavoro somministrato⁸: la lavoratrice, assunta con contratto di somministrazione, ha subito pesanti molestie e molestie sessuali da parte del responsabile (preposto) della società utilizzatrice.

Il giudizio, promosso nei confronti delle due società (di somministrazione e utilizzatrice) nonché del preposto, si è concluso con affermazione della responsabilità della utilizzatrice e del preposto, mentre non è stata riconosciuta in capo alla somministratrice, in quanto – con riguardo a questa ultima - non è stata ritenuta raggiunta la prova della conoscenza delle condotte moleste.

Il Giudice, dopo avere accertato i fatti allegati, ha ritenuto provata la conoscenza da parte della società utilizzatrice dei comportamenti posti in essere dal preposto (le cui condotte sono state possibili proprio in ragione della posizione di superiore gerarchico e dal rapporto di lavoro con la società utilizzatrice), affermando la responsabilità, a titolo contrattuale, ex artt. 23, D.Lgs. 276/2003 e 2087 c.c., per cui gli obblighi di tutela propri del datore di lavoro ricadono sull'utilizzatore nelle fattispecie di somministrazione di lavoro.

Il titolo di responsabilità accertato dal Tribunale è contrattuale anche con riferimento alla posizione del preposto-responsabile della società utilizzatrice, ex art. 19, D.Lgs. 81/2008 in materia di sicurezza e prevenzione sui luoghi di lavoro, articolo rubricato “obblighi del preposto” pone in capo direttamente a questo soggetto gli adempimenti di vigilanza rispetto agli obblighi di legge in materia di salute e sicurezza sul lavoro.

In ragione della peculiarità della fattispecie (molestie nell'ambito di un rapporto tra dipendente somministrato e società utilizzatrice) il Giudice ha evidenziato anche l'abuso, da parte del preposto autore delle condotte, della situazione di debolezza contrattuale del lavoratore somministrato, e della sua conseguente necessità di sottostare alla supremazia gerarchica: tale circostanza di fatto (la disparità contrattuale e la situazione di debolezza del lavoratore somministrato) è valorizzata anche ai fini probatori (non è richiesta alla ricorrente la prova del danno, fatto discendere dalle condotte illecite).

Da ultimo, si segnala Trib. Milano, Sezione Lavoro, 19 febbraio 2010, n. 793.

In particolare, con il ricorso introduttivo veniva chiesto l'accertamento delle condotte in capo al superiore gerarchico di molestie tanto gravi in quanto attuate non solo sul luogo di lavoro, ma portate altresì nella sfera privata della vittima, con telefonate sull'utenza

⁸ La **Somministrazione di lavoro** è una fattispecie complessa di rapporto di lavoro introdotta in Italia dal D. lgs. n° 276 del 2003 (*legge Biagi*), artt. da 20 a 28, sulla base della legge delega n° 30/2003, in sostituzione del lavoro interinale, e prevede il coinvolgimento di tre soggetti:

- il lavoratore
- l'utilizzatore, un'azienda pubblica o privata che necessita di tale figura professionale;
- il somministratore, un'Agenzia per il lavoro autorizzata dal Ministero del Lavoro che stipula un contratto con un lavoratore;

Tra questi tre soggetti vengono stipulati due diversi contratti: il contratto di somministrazione di lavoro, concluso tra somministratore e utilizzatore, e il contratto di lavoro concluso tra somministratore e lavoratore. In ogni caso, il rapporto lavorativo instaurato è tra il lavoratore e l'Agenzia per il lavoro, che per legge dovrà retribuire il lavoratore in maniera adeguata alla tipologia di contratto dell'azienda utilizzatrice.

privata, appostamenti sotto casa o alle fermate dei mezzi pubblici.

La sentenza citata ritiene sufficientemente provate le condotte di molestie e di molestie a carattere sessuale: la sussistenza della responsabilità del molestatore (Presidente della società) in questo caso è stata affermata sulla base di una testimonianza diretta e di testimonianze attendibili e concordanti, che hanno riferito sia i racconti della ricorrente che il peggioramento dell'umore (la stessa spesso piangeva sul luogo di lavoro, e questo è stato considerato e valorizzato quale elemento presuntivo a conferma delle condotte di molestie). Inoltre la sentenza pone l'accento, seppur implicitamente, sulla sopra descritta nozione soggettiva in capo alla vittima delle molestie: in particolare afferma che il ruolo di "segretaria personale" dell'autore delle condotte, in capo alla ricorrente, non legittimava "l'inseguimento continuo" che "appare esagerato e non giustificato da ragioni di lavoro". Anche in questo caso, pertanto, il Giudice ritiene provate le condotte moleste, sulla base delle presunzioni dell'esistenza dei fatti qualificati come discriminatori ex art. 40 D.Lgs. 198/2010, al fine dell'accertamento e della dichiarazione della responsabilità contrattuale del convenuto in ordine ai danni subiti dalla ricorrente.

§.2

In relazione alle molestie di carattere morale, oggetto del paragrafo 2 del presente articolo, con particolare riguardo alla nota fattispecie del "mobbing", si fa presente che a tutt'oggi non è stata ancora adottata una specifica disciplina normativa.

Tuttavia l'intenso dibattito nazionale, europeo ed internazionale registratosi in questi ultimi anni intorno alle problematiche del mobbing, ha stimolato anche il dibattito parlamentare, considerato che, su iniziativa di forze politiche, sono stati presentati, nel corso delle diverse Legislature, numerosi progetti, proposte e disegni di legge tesi alla regolamentazione di questo fenomeno, con differenti modalità di approccio.

Nel frattempo, come già rappresentato, in attesa di una specifica legge, diverse norme, costituzionali e civilistiche esistenti nell'ordinamento giuridico permettono di difendersi dai comportamenti persecutori che avvengono in ambito lavorativo, che possono integrare anche la fattispecie del mobbing.

Tali disposizioni sono le stesse riportate nel paragrafo 1 in riferimento alle molestie sessuali.

Le norme costituzionali a cui occorre far riferimento principalmente sono:

- l'art. 2 della Cost. che tutela i diritti inviolabili "anche nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità";
- l'art.32, il quale tutela la salute " come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività";
- l'articolo 41 che nel sancire al primo comma che l'iniziativa economica privata è libera", ne limita al secondo comma la portata, qualora tale iniziativa venga esercitata

in contrasto con “l’utilità sociale” e la “dignità umana” (Cassazione Penale; sez. VI -22 settembre 2010, n. 685).

Sotto il profilo civilistico, si applicano gli articoli 2087 c.c. e 2043 c.c, a secondo se, come noto, l’autore delle violenze psicologiche sia il datore di lavoro (cd. mobbing “verticale”), che risponde per inadempimento “contrattuale”, o sia un collega della vittima (cd. mobbing “orizzontale”), chiamato a rispondere per responsabilità “extracontrattuale” e nei cui confronti avanzare pretese risarcitorie, di natura sia patrimoniale che non patrimoniale.

In tale contesto complessivo si innestano, poi, le singole disposizioni civilistiche applicabili ai rapporti di lavoro.

Così il lavoratore assegnato a mansioni inferiori o lasciato del tutto inattivo, che ha subito un *danno alla professionalità*, può, infatti, chiedere al giudice del lavoro (ex art. 2103⁹ c.c), non solo di accertare l’illecito e di dichiarare la nullità dell’atto datoriale invalido, ma anche di essere reintegrato nelle mansioni precedentemente svolte o in mansioni equivalenti.

Più raramente tali comportamenti sono stati oggetto di specifica valutazione anche da parte dei giudici penali mediante l’applicazione delle norme di cui all’art. 590 c.p. (lesioni personali colpose); art. 610 c.p. (violenza privata); art. 594 c.p. (ingiurie); art. 595 c.p. (diffamazione); articoli 609 bis e seguenti (violenza sessuale).

Occorre evidenziare che anche l’INAIL (Istituto Nazionale Infortuni sul Lavoro) che da tempo studia tale fenomeno, ha cominciato a considerare il mobbing come malattia professionale, inserendola tra le malattie (non tabellate) “lavoro-correlate” - in particolare nella tabella delle “*malattie psichiche e psicosomatiche da disfunzione dell’organizzazione del lavoro*”- che possono portare al riconoscimento di malattia professionale con tutte le implicazioni che ne conseguono per il lavoratore, ma anche per l’azienda in causa.

Quindi il lavoratore può chiedere il risarcimento, a titolo di liquidazione o di rendita, anche al suddetto Istituto, se pur con l’onere di dimostrare il “nesso causale”, ovvero l’origine lavorativa della malattia.

Stando all’ultimo monitoraggio dell’Ispesl, Istituto per la prevenzione e la sicurezza del lavoro, che sul mobbing ha aperto un centro “d’ascolto”, nel nostro Paese sono circa un milione e mezzo i lavoratori vittime di questa vessazione. Il problema è più diffuso al nord (65%) e colpisce maggiormente le donne (52%). Il 70% delle vittime lavora nella pubblica amministrazione, con una produttività che mediamente, in seguito ai primi episodi di

⁹ 2103 c.c. 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.

violenza, cala del 70 %. Tra le categorie più esposte gli impiegati (79%) e, tra questi, i diplomati (52%) e i laureati (24%).

Da recenti studi sullo sviluppo del fenomeno emerge con sorpresa che, il mobbing colpisce anche gli operai. Non più quadri e dirigenti, bensì addetti alle mansioni più semplici. Sarebbero loro le vittime preferite degli abusi psicologici in azienda.

Secondo l'ultimo rapporto Eurispes, i superiori restano i principali responsabili (87,6%), ma spesso l'aggressore (cd *mobber*) è un collega (39,2%). Si tratta del cosiddetto "mobbing orizzontale o trasversale" che, attraverso atti o pratiche dei pari grado, tende ad isolare il lavoratore.

Nell'Unione europea le vittime sono circa 12 milioni e in testa troviamo Inghilterra (16,3%), Svezia (10,2%), Francia (9,9%), Irlanda (9,4%) e Germania (7,3%).

L'Italia, col suo 4%, si pone, come evidente, abbastanza al di sotto della media europea.

"Il mobbing nella recente giurisprudenza civile"

Nel corso degli ultimi anni la giurisprudenza ha elaborato una definizione di mobbing che possiamo ormai definire consolidata. Tale quantomeno da definire, in assenza di una precisa previsione normativa, i requisiti che devono caratterizzare il comportamento del datore di lavoro, al fine di poter parlare dell'esistenza di una situazione di mobbing contro il lavoratore.

Per integrare una fattispecie di *mobbing*, almeno secondo gli orientamenti della nostra magistratura, la condotta deve:

- 1) *presentarsi in modo continuativo e protratto nel tempo;*
- 2) *essere tenuta nei confronti di un lavoratore nell'ambiente di lavoro;*
- 3) *concretizzarsi in comportamenti intenzionalmente ostili, reiterati e sistematici, nonché esorbitanti od incongrui rispetto all'ordinaria gestione del rapporto, espressivi di un disegno finalizzato alla persecuzione o vessazione del lavoratore, tale da fare conseguire un effetto lesivo sulla salute psicofisica dello stesso.*

È necessario inoltre dimostrare il nesso eziologico tra la condotta del datore o del superiore gerarchico e il pregiudizio all'integrità psico-fisica del lavoratore.

In tal senso la sentenza emessa dai Giudici della Sez. VI Consiglio di Stato n.3648/2011 in cui si è ripreso il tema, trattato sempre più frequentemente (la prima sentenza sul mobbing in Italia è stata emessa dal Tribunale di Torino il 16 novembre 1999), evidenziando che, nel valutare i casi di presunto mobbing, vanno considerate rilevanti "**la molteplicità e globalità di comportamenti a carattere persecutorio**, illeciti o anche di per sé leciti, posti in essere in modo miratamente sistematico e prolungato contro il dipendente secondo un disegno vessatorio".

Così anche Cassazione Civile Sezione Lavoro, 17 febbraio 2009, n. 3785 "Non può sussistere il fenomeno mobbing senza una precisa e determinata volontà finalizzata a perseguire il cd intento persecutorio".

Inizialmente, in riferimento ad una delle peculiarità della fattispecie del mobbing, "l'evento illecito", si riteneva che il mobbing sorgesse solo con le dimissioni del

dipendente o con la sua concreta emarginazione nel posto di lavoro (sentenza sopra citata Tribunale Torino 30 dicembre 1999).

La sussistenza del mobbing veniva, pertanto, indissolubilmente legata alla presenza di un evento oggettivamente dimostrabile: le dimissioni, o di un altro maggiormente soggetto a valutazioni di tipo discrezionale, “l’emarginazione nel posto di lavoro”.

Accadeva nella realtà che la prima delle due ipotesi non si verificasse così spesso (la necessità della retribuzione al fine della sopravvivenza induce molto spesso i lavoratori a rimanere attaccati al proprio lavoro, almeno fino al momento in cui non riescono a reperire un’altra soluzione lavorativa) con l’effetto che in assenza dell’evento molte condotte mobbizzanti risultavano impunite.

Così, per evitare la creazione di una considerevole “zona franca”, dottrina e giurisprudenza hanno ritenuto che il fenomeno mobbing possa sussistere anche in assenza di un evento e con la sola estrinsecazione di reiterate condotte (oppure con una sola protratta nel tempo) aventi “caratteristiche oggettive di persecuzione e discriminazione risultanti specificamente da una connotazione emulativa e pretestuosa” (*ex pluribus*, Corte d’Appello Firenze Sez. lav. 17 novembre 2011, n. 1100).

In relazione all’aspetto riguardante il risarcimento del danno che la vittima può richiedere, si evidenzia quanto segue.

Il danno derivante da attività mobbizzante è idoneo a pregiudicare aspetti di natura patrimoniale e di natura non patrimoniale del soggetto leso.

Con riguardo ad una specifica categoria di danno non patrimoniale, entra in rilievo il cd. “danno esistenziale”, che, anche alla luce di recenti pronunce, sia di merito che di legittimità e sia di Giudici ordinari che amministrativi, ha ripreso forza e vigore (*ex pluribus* Corte dei Conti, 23 febbraio 2012; Cass. 24718/2001; Tar Lazio 12318/2010) riacquisendo, pertanto, lo status di indipendenza che dottrina e giurisprudenza le avevano correttamente conferito.

Il danno esistenziale, infatti, risulta particolarmente idoneo per ristorare tutta quella serie di pregiudizi sofferti che non sfociano in una vera e propria patologia psicofisica, ma che si riflettono sulla qualità della vita della vittima. L’insorgere di quadri clinici significativi nel soggetto mobbizzato non è fenomeno automatico e sintomatico dell’attività illecita subita: infatti, è ipotizzabile che per proprie caratteristiche psico-fisiche – quello che si suole definire carattere “particolarmente forte”- ciò che si manifesta nella vittima non è una malattia ma semplicemente un atteggiamento di rinuncia alla vita (che nelle forme più gravi assume con certezza la forma di patologia). Risulta chiaro che anche in questa prospettiva “il soggetto ,leso in conseguenza del comportamento illecito del proprio datore di lavoro o dei propri colleghi, subisca un danno e pertanto abbia diritto al ristoro, integrale, dello stesso”.

Le forme che può assumere il mobbing sono molteplici: dalla semplice emarginazione all’assegnazione di compiti dequalificanti, dalle continue critiche alla sistematica persecuzione; nei casi più gravi può arrivare anche al sabotaggio del lavoro e ad azioni illegali; o ancora alle avances a carattere sessuale di un datore di lavoro ai danni di una dipendente.

L'obiettivo finale è di porre il mobbizzato in una posizione di debolezza psicofisica e/o nell'estrometterlo dal contesto lavorativo inducendolo alle dimissioni o provocarne il licenziamento.

Riguardo il caso del lavoratore posto in una condizione di forzata inattività preordinata all'esclusione dello stesso dal contesto lavorativo, si segnala l'ordinanza del 18 maggio 2012, n. 7963, emessa dalla Corte di Cassazione, la quale (in realtà senza parlare chiaramente di mobbing) afferma che "il comportamento del datore di lavoro che lascia in condizione di inattività il dipendente, oltre a violare l'art. 2103 cod. civ. sopra citato, è lesivo del fondamentale diritto al lavoro, inteso soprattutto come mezzo di estrinsecazione della personalità di ciascun cittadino, nonché dell'immagine e della professionalità del dipendente. Tale comportamento implica una lesione di un bene immateriale per eccellenza, qual è la dignità professionale del lavoratore, intesa come esigenza umana di manifestare la propria utilità e le proprie capacità nel contesto lavorativo".

Pertanto, secondo la Corte, tale lesione produce automaticamente un danno suscettibile di risarcimento, anche attraverso una valutazione operata in via equitativa. Al contrario, se la violazione del diritto del lavoratore a svolgere la propria prestazione prescinde da uno specifico intento di svilire o declassare il lavoratore a mezzo della privazione dei suoi compiti, la responsabilità del datore di lavoro deve, però, ritenersi esclusa.

In una analisi delle condotte vessatorie, aggressive e discriminatorie un discorso a parte va fatto al c.d. "mobbing sessuale" che, in astratto, va distinto dalle molestie sessuali, le quali di per sé, non sono mobbing, ma sono legate ad esso da un doppio filo e ne possono costituire il preambolo.

Gli attacchi del mobbing sessuale sono caratterizzati da calunnie, voci e diffamazioni (frutto di mera fantasia) sulle abitudini sessuali della vittima, ma hanno un effetto devastante perché toccano la sfera sessuale della persona.

Proprio in materia di mobbing sessuale va ricordata la recente sent. della Cassazione civile sez. lav. del 19 maggio 2010 n. 12318, la quale confermando la sentenza della Corte territoriale su un ricorso proposto da una lavoratrice che lamentava *avances* da parte del datore di lavoro nel luogo di lavoro, ha sottolineato proprio la particolare gravità ed odiosità del comportamento lesivo e quindi la sua notevole capacità di offendere i beni personali costituzionalmente protetti indicati dalla lavoratrice come lesi, e conseguentemente ha ritenuto corretta la liquidazione equitativa del danno non patrimoniale sulla base di criteri, che alludono esplicitamente, all'odiosità della condotta lesiva, indotta soprattutto dallo stato di soggezione economica della vittima e per la parte concernente il c.d. danno esistenziale, al clima di intimidazione creato nell'ambiente lavorativo dal comportamento del datore di lavoro e al peggioramento delle relazioni interne al nucleo familiare del mobbizzato in conseguenza di esso (doppio mobbing).