

IL MOBBING IN GERMANIA: TUTELA GIURIDICA EX POST E VIOLAZIONE DEL FÜRSORGPFLICHT

di Delia Maria DE CARO*

Sommario: 1. Premessa. 2. Breve sintesi dei caratteri del Mobbing. 3. Diritti dei lavoratori e tutela giuridica ex post in caso di mobbing. 4. Conclusioni finali.

1. Premessa

Nella prima parte del lavoro concernente il fenomeno del mobbing in Germania e la sua tutela giuridica, si è visto chiaramente che tipo di protezione l'ordinamento teutonico è in grado di fornire in termini di prevenzione, ossia già in una fase di costruzione delle

fattispecie e di precisa individuazione degli interessi giuridicamente rilevanti e meritevoli di protezione: trattasi dunque di una tutela ex ante e sine dubio altamente efficace, posto che, tramite una valutazione a priori, l'ordinamento giuridico definisce gli interessi protetti e di conseguenza individua le condotte suscettibili di essere sanzionate in caso di lesione degli interessi de quibus. A tal proposito, norma cardine dell'ordinamento tedesco è l'art. § 241 BGB, il Fürsorgpflicht, una clausola generale valevole nell'ambito di tutti rapporti

*Laureata magistrale in Giurisprudenza, specializzata nelle Professioni Legali ed abilitata all'esercizio della professione forense.

obbligatori (e a fortiori in caso di rapporto giuridico tra datore di lavoro e lavoratore), attraverso cui si fissano a monte gli ambiti soggettivi potenzialmente suscettibili di lesione. Si è visto peraltro che la sola tutela ex ante, in realtà, non è sufficiente ad evitare in concreto la lesione degli interessi in gioco: accanto ad una tutela di questo tipo, l'ordinamento giuridico tedesco ha predisposto all'uopo una serie di tutele ex post, azionabili in caso di violazione dei suddetti obblighi ed in caso di lesione di posizioni giuridiche protette; tutela che sarà dettagliatamente analizzata e che costituisce l'oggetto del presente lavoro.

2. Breve sintesi dei caratteri del Mobbing¹

In precedenza si è constatato che nell'ordinamento tedesco esistono sostanzialmente due definizioni di mobbing, una generale, che si rifà alla definizione fornita da Leymann e una, per così dire, giuridica, utilizzata dagli operatori del diritto. Fondamentale risulta la definizione fornita dal Tribunale del Lavoro di Thuringen, che, come è stato sostenuto a più riprese, rappresenta la definizione giuridicamente accettata nell'ordinamento tedesco: perché *si possa parlare di mobbing, infatti, è necessario che vengano poste in essere delle condotte ostili, moleste, discriminatorie reiterate che non siano giu-*

¹ Per i contenuti del presente paragrafo v. prima parte del presente lavoro su Rivista scientifica Diritto dei Lavori, Anno XII n.2, Settembre 2018 e Rechtsanwalt Dr.Martin Hensche, Fachanwalt für Arbeitsrechts, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht Dr. Martin Hensche, Lützowstraße 32, 10785 Berlin, "Mobbing Definitionen"- https://www.hensche.de/Rechtsanwalt_Arbeitsrecht_Handbuch_Mobbing_WasIstDas.html

stificate dall'ordinamento e che siano suscettibili di ledere interessi meritevoli di tutela (diritti della personalità, diritto alla salute, ed altri diritti protetti). Imprescindibile il requisito temporale della durata delle condotte, nonché il nesso causale tra quest'ultime e il cambiamento delle condizioni di vita e/o salute della vittima, non essendo necessario, al contrario, il requisito soggettivo della premeditazione. E' evidente, dunque, che a fronte di due definizioni, una generale, l'altra giuridica, l'operatore straniero procede ad una lettura combinata di entrambe, al fine di comprendere per quanti e quali casi di mobbing vi sia una effettiva tutela giuridica. Ed è proprio su questa tutela all'uopo predisposta, che occorrerà focalizzare l'attenzione al fine di comprendere quali sono le azioni concretamente azionabili da parte del lavoratore vittima di mobbing.

3. Diritti dei lavoratori e tutela giuridica ex post in caso di mobbing²

Dopo aver riassunto brevemente la definizione formale e sostanziale e la qualificazione giuridica del mobbing nel sistema tedesco, occorre analizzare quali sono i diritti che spettano al lavoratore e quali le azioni concretamente predisposte in termini di protezione del lavoratore.

Si è visto, infatti, a livello generale, che il termine mobbing include diverse forme di molestie, molte delle quali

² Per i contenuti ed i riferimenti in lingua tedesca del presente paragrafo v. Rechtsanwalt Dr.Martin Hensche, Fachanwalt für Arbeitsrechts, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht Dr. Martin Hensche, Lützowstraße 32, 10785 Berlin- "Mobbing: Rechte von Mobbingopfern"- https://www.hensche.de/Rechtsanwalt_Arbeitsrecht_Handbuch_Mobbing_Rechte.html

sono condotte già di per sé considerate a priori (ed a prescindere se inserite in un contesto mobbizzante) suscettibili di ledere situazioni giuridiche soggettive e come tali valutate negativamente dall'ordinamento giuridico, i.e. contrarie alle legge („Unter dem Begriff "Mobbing" werden viele verschiedene Formen von Schikane zusammengefaßt, die zum großen Teil schon für sich alleine genommen rechtswidrig sind"... „ohne daß man dafür wissen müßte, ob diese Schikanen in einem größeren Zusammenhang, d.h. als Bestandteil einer Mobbingkampagne vorgenommen werden"). È palese dunque che non siamo di fronte a una fattispecie unitaria e, non a caso, in tale direzione, si è espressa anche la giurisprudenza teutonica del Landesarbeitsgericht, la quale ha affermato in una sua nota sentenza che "il mobbing non è una fattispecie giuridica autonoma. La qualificazione giuridica delle condotte considerate mobbizzanti e come tali suscettibili di essere ricondotte in tale fattispecie si avrà esclusivamente se i presupposti giuridici previsti dalla norma saranno soddisfatti ed al verificarsi dei quali si avranno determinati effetti giuridici" („Bei dem Begriff Mobbing handelt es sich nicht um einen eigenständigen juristischen Tatbestand. Die rechtliche Einordnung der unter diesen Begriff zusammenfassenden Verhaltensweisen beurteilt sich ausschließlich danach, ob diese die tatbestandlichen Voraussetzungen einer Rechtsvorschrift erfüllen, aus welcher sich die gewünschte Rechtsfolge herleiten läßt"). Tanto premesso, a fronte di tale definizione, ci si chiede quali siano concretamente i diritti spettanti alle vittime di mobbing. A tal proposito, come sostenuto dall'operatore giuridico tedesco, tali diritti dipendono da un lato dall'in-

tensità e dalla qualificazione giuridica delle molestie (elemento oggettivo) e dall'altro da chi ha posto in essere le condotte discriminatorie (elemento soggettivo), a seconda cioè che si tratti di colleghi o del datore di lavoro. Ma non è tutto: si dovrà considerare altresì se la vittima deciderà di esercitare il proprio diritto nei confronti degli uni o dell'altro („Welche Rechte Mobbingopfer haben, hängt zum einen von der Intensität bzw. rechtlichen Qualität der Schikanen ab und zum anderen davon, wer sie verübt, d.h. ob das Mobbing von Arbeitskollegen oder vom Arbeitgeber ausgeht. Schließlich macht es einen Unterschied, ob der Betroffene seine Rechte gegenüber Arbeitskollegen oder gegenüber dem Arbeitgeber wahrnehmen möchte"). Alla luce di questi primissimi elementi, emerge prima facie che l'ordinamento tedesco si basa su un sistema di tutele crescenti, strutturato e calibrato a seconda delle condotte lesive poste in essere e dell'autore di tali azioni. Procedendo con ordine, vediamo quali sono i diritti che le vittime di mobbing possono esercitare nei confronti del datore di lavoro. Nei casi di molestie poste in essere dai colleghi, il lavoratore mobbizzato può chiedere al datore di lavoro di intervenire e adoperarsi per intimare ai colleghi un cambiamento del loro comportamento. Le modalità da utilizzare per intervenire sono rimesse al suo giudizio, ma è certo che l'intervento del datore di lavoro deve essere rapido ed effettivo („In den oben genannten Fällen von Schikanen durch Kollegen kann der Betroffene vom Arbeitgeber verlangen, daß dieser in geeigneter Weise auf die Kollegen einwirkt, um eine Änderung ihres Verhaltens herbeizuführen. Wie der Arbeitgeber dabei vorgeht, ist im Prinzip ihm selbst überlassen, doch

muß die Einflußnahme auf die mobbenden Kollegen schnell und effektiv sein"). Concretamente potranno verificarsi interventi di tale tipologia:

- Colloqui tra le parti coinvolte (datore di lavoro, autore delle condotte mobbizzanti e vittima), „Gespräche zwischen den Beteiligten, Arbeitgeber, Mobber, Mobbingopfer“;
- Esortazioni „Ermahnungen“;
- Ammonizioni „Abmahnungen“;
- Trasferimenti o, in casi estremi, il licenziamento del lavoratore autore delle condotte „Versetzen oder in extremen Fällen auch die Kündigung des für das Mobbing verantwortlichen Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber“.

Quid iuris, se le condotte lesive sono poste in essere direttamente dal datore di lavoro? Cosa potrebbe fare in tal senso il lavoratore? Nel caso in cui sia proprio il datore di lavoro l'autore delle azioni moleste ed in particolare nel caso di:

- Insulti „Beleidigungen“;
- Diffusione di notizie dirette a disprezzare la persona interessata, „die Verbreitung von Gerüchten, die den Betroffenen verächtlich machen“;
- Violenza fisica „Tätlichkeiten (Anwendung körperlicher Gewalt)“;
- Violenza sessuale „eine sexuelle Nötigung“;
- Molestie sessuali ai sensi dell'art. § 3 Abs.4 AGG o in generale in caso di molestia ai sensi § 3 Abs.3 AGG „sexuelle Belästigungen im Sinne von § 3 Abs.4 AGG oder eine Belästigung im Sinne von § 3 Abs.3 AGG“

la persona vittima di tali condotte ha la possibilità di chiedere la cessazione di tali comportamenti nonché perseguire penalmente il datore di lavoro per i reati di offesa, calunnia (diffamazione), aggressione o violen-

za sessuale („...hat der Betroffene die Möglichkeit, den Arbeitgeber auf Unterlassung in Anspruch zu nehmen und zudem strafrechtlich zu belangen, d.h. Strafanzeige wegen Beleidigung, übler Nachrede, Körperverletzung oder sexueller Nötigung zu erstatten“). Nel caso poi ci si trovi dinanzi ad una condotta che integri gli estremi di una vera e propria molestia ai sensi dell'art. § 3 Abs.3 AGG, ossia ad esempio in caso di scherzo o insulto a carattere sessuale o per il colore della pelle, la possibilità di avvalersi dei mezzi di tutela indicati pocanzi dipende dalla gravità del caso in questione e dalla sussistenza o meno dell'elemento psicologico dell'intenzionalità dell'offesa („Im Falle einer Belästigung im Sinne von § 3 Abs.3 AGG, d.h. zum Beispiel der Verspottung wegen des Geschlechts, der Hautfarbe etc., hängen diese rechtlichen Möglichkeiten - Unterlassungsanspruch, Strafanzeige wegen Beleidigung- davon ab, wie gravierend der Vorfall war bzw. ob eine ehrverletzende Absicht offensichtlich ist“). Ma vi è di più: se vi è assegnazione di compiti inutili o non corrispondenti a quanto statuito dal contratto di lavoro („der Zuweisung sinnloser oder dem Arbeitsvertrag offensichtlich nicht entsprechender Aufgaben“), o assegnazione di compiti sempre nuovi, ingestibili, o revoca completa delle mansioni lavorative, il lavoratore può richiedere l'assegnazione delle mansioni corrispondenti secondo quanto è previsto dal contratto di lavoro („der Zuweisung immer neuer, nicht zu bewältigender Aufgaben oder des vollständigen Entzug von Arbeitsaufgaben durch den Arbeitgeber oder durch einen Vorgesetzten kann der Betroffene vom Arbeitgeber die Zuweisung einer dem Arbeitsvertrag entsprechenden Beschäftigung verlan-

gen"). E' chiaro che, come sostenuto dall'operatore tedesco, a fronte della possibilità di richiedere diverse tipologie di provvedimenti, occorrerà pur sempre valutare le circostanze concrete e naturalmente considerare se le condotte poste in essere costituiscono vere e proprie violazioni di norme contrattuali o violazione di altre norme giuridiche („...Diese Frage ist hier schwieriger zu beantworten als bei den zuvor genannten Fällen, die eindeutig eine Verletzung des Arbeitsvertrages oder anderer Rechtsnormen darstellen. Hier dagegen kommt es auf eine Würdigung aller Umstände des Einzelfalls an"). Infatti, l'esistenza o meno di una norma contrattuale, i.e. di una chiara violazione di una disposizione contrattuale o normativa, ha effetti giuridici, in termini pratici, piuttosto differenti. In particolare, nel caso in cui vi sia una lacuna normativa (sia di natura civile, penale o contrattuale) e, dunque, in mancanza di una base giuridica di riferimento, la norma generale da tenere in considerazione in questi casi è l'art. § 75 Abs.2 Satz 1 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) („Liegt keine eindeutige Verletzung des Arbeitsvertrages oder spezieller zivil-oder strafrechtlicher Rechtsvorschriften vor, kann man sich als Arbeitnehmer auf § 75 Abs.2 Satz 1 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) berufen”).

Lampante è quindi l'importanza di tale norma che agisce come una vera e propria clausola generale in mancanza di altri paradigmi normativi. Tale disposizione statuisce infatti che “Il datore di lavoro e il consiglio di fabbrica devono proteggere e promuovere il libero sviluppo dei lavoratori impiegati in azienda” - „Arbeitgeber und Betriebsrat haben die freie Entfaltung der Persönlichkeit der im Betrieb beschäftig-

ten Arbeitnehmer zu schützen und zu fördern”. Va detto, inoltre, che in tutti i casi su menzionati il prestatore di lavoro ha diritto di presentare un reclamo al datore di lavoro (cd. Beschwerderecht), diritto che è riconosciuto dall'art. § 84 Abs.1 Satz 1 BetrVG („In allen oben genannten Fällen besteht die Möglichkeit, sich beim Arbeitgeber zu beschweren. Dieses Recht folgt aus § 84 Abs.1 Satz 1 BetrVG”). La norma stabilisce che: “Ogni lavoratore ha il diritto di sporgere denuncia presso le autorità competenti dello stabilimento se si sente sfavorito o trattato ingiustamente o danneggiato dal datore di lavoro o dai dipendenti dello stabilimento” - „Jeder Arbeitnehmer hat das Recht, sich bei den zuständigen Stellen des Betriebs zu beschweren, wenn er sich vom Arbeitgeber oder von Arbeitnehmern des Betriebs benachteiligt oder ungerecht behandelt oder in sonstiger Weise beeinträchtigt fühlt”. Individuate, dunque, le prime azioni di tutela, che potremmo definire azioni di primo livello, occorre focalizzare l'attenzione su cosa il lavoratore potrebbe materialmente fare a fronte di continue condotte discriminatorie verso la sua persona. Ci si chiede, in particolare, se possa rifiutarsi di lavorare e se tale azione sia giuridicamente ammessa. In tal senso, norma centrale del sistema giuridico tedesco è l'art. § 273 Abs.1 BGB, che è norma di carattere generale applicabile a qualsiasi rapporto giuridico. Più dettagliatamente, il dipendente, vittima di continue e reiterate aggressioni (e sempre se il datore di lavoro è a conoscenza di tali condotte e non è intervenuto per porre fine a tali azioni), può rifiutarsi di svolgere la propria prestazione, fin quando perdura l'azione lesiva nei suoi confronti: si parla in tal senso di un vero e proprio diritto di

ritenzione della prestazione lavorativa „Zurückbehaltungsrecht“. Letteralmente la norma de qua afferma: „Hat der Schuldner aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger, so kann er, sofern nicht aus dem Schuldverhältnis sich ein anderes ergibt, die geschuldete Leistung verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird (Zurückbehaltungsrecht)“ - ossia “Se il debitore, in base al rapporto giuridico che è fonte del suo obbligo, vanta un diritto previsto nei confronti del creditore e sempre che non sia diversamente disposto dal rapporto giuridico sottostante, può rifiutarsi di eseguire la sua obbligazione fino a quando la prestazione che gli spetta non venga a sua volta eseguita”. Conditio sine qua non affinché il lavoratore possa esercitare il suo diritto è la necessità che il datore di lavoro sia preventivamente informato (preferibilmente in forma scritta) della sua intenzione di esercitare il diritto di ritenzione e di non presentarsi al lavoro. Ratio della norma infatti è consentire al datore di lavoro, prima dell’esercizio del diritto di ritenzione, di intervenire e porre fine agli abusi („Bei der Ausübung des Zurückbehaltungsrechts ist allerdings Vorsicht geboten, da man dem Arbeitgeber zuvor - am besten schriftlich - mitgeteilt haben muß, wegen welcher Vorfälle man von seinem Zurückbehaltungsrecht Gebrauch machen bzw. nicht mehr bei der Arbeit erscheinen wird. Außerdem muß der Arbeitgeber zuvor, d.h. vor Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch den Betroffenen, die Möglichkeit gehabt haben, die Mißstände abzustellen“). Se questo è vero, è altresì vero che, nel caso in cui tali presupposti vengano rispettati, e dunque in caso di

esercizio legittimo del diritto di ritenzione, il datore di lavoro è obbligato a continuare a corrispondere la retribuzione al lavoratore che esercita il suo diritto. Base normativa di tale obbligo è l’art. § 615 BGB. („Im Falle der berechtigten Ausübung des Zurückbehaltungsrechts bleibt der Arbeitgeber auch für die Zeit, während der der Arbeitnehmer nicht bei der Arbeit erscheint, zur Fortzahlung der Vergütung verpflichtet. Dies ergibt sich aus § 615 BGB“), a cui si affianca una norma di carattere speciale che parimenti riconosce al lavoratore il diritto di interrompere la prestazione di lavoro senza perdita della retribuzione. La norma di carattere speciale è la disposizione contenuta nell’art. § 14 AGG che si applica in caso di molestie sessuali sui luoghi di lavoro ai sensi dell’art. § 3 Abs.4 AGG. („Bei sexuellen Belästigungen am Arbeitsplatz im Sinne von § 3 Abs.4 AGG ist das Recht zur Einstellung der Arbeit ohne Verlust des Arbeitsentgeltes speziell geregelt, nämlich in § 14 AGG“). Tale disposizione afferma che: “Se il datore di lavoro non adotta alcun provvedimento o predispone inadeguate misure per prevenire molestie o molestie sessuali sul posto di lavoro, i lavoratori interessati hanno il diritto di interrompere il lavoro senza perdita della retribuzione, nella misura in cui tale azione risulti essere necessaria per la loro tutela. Fermo restando l’art. 273 BGB” - „Ergreift der Arbeitgeber keine oder offensichtlich ungeeignete Maßnahmen zur Unterbindung einer Belästigung oder sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz, sind die betroffenen Beschäftigten berechtigt, ihre Tätigkeit ohne Verlust des Arbeitsentgeltes einzustellen, soweit dies zu ihrem Schutz erforderlich ist. § 273 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bleibt un-

berührt". Si è visto dunque che nel sistema tedesco a fronte di condotte mobbizzanti il lavoratore colpito ha a disposizione una serie di strumenti di tutela di intensità crescente, che partono da semplici reclami fino a giungere ad un vero e proprio diritto di "ritenzione" della prestazione lavorativa. È pur sempre doveroso però chiedersi se, a fronte di un vero e proprio riconoscimento giuridico del diritto di ritenzione (il cui esercizio è pur sempre connotato dal carattere della necessità), il lavoratore possa persino interrompere il rapporto di lavoro unilateralmente e definitivamente a seguito di azioni lesive. Anche in questo caso, il sistema tedesco interviene predisponendo una base normativa chiara nella sua formulazione: l'art. § 626 BGB. Infatti, se la situazione all'interno dell'azienda è diventata insostenibile e il datore di lavoro, nonostante sia a conoscenza delle molestie, decida di non intervenire, il lavoratore può recedere dal contratto per giusta causa e senza preavviso ai sensi dell'art. § 626 BGB („Wenn die Situation im Betrieb unerträglich geworden ist und der Arbeitgeber trotz Kenntnis der Schikanen mögliche und zumutbare Abhilfemaßnahmen nicht ergreift, kann der betroffene Arbeitnehmer gemäß § 626 BGB aus wichtigem Grunde ohne Einhaltung einer Frist kündigen"). Inoltre, il lavoratore risulta tutelato in misura ancora maggiore se si verificano le condizioni previste dall'art. § 628 Abs.2 BGB: il dipendente potrà infatti richiedere anche il risarcimento del danno al datore di lavoro, danno causato dalla perdita colpevole del proprio posto di lavoro, se la straordinaria risoluzione contrattuale risulterà essere legittima, essendo giustificata a monte da una ragione meritevole di riconoscimento giuridico

(„Ist die außerordentliche Kündigung gerechtfertigt, d.h. liegt eine wichtiger Grund vor, kann der Arbeitnehmer weiterhin gemäß § 628 Abs.2 BGB Schadensersatz wegen Auflösungsverschuldens, d.h. wegen des durch den Arbeitgeber verschuldeten Verlustes des Arbeitsplatzes verlangen"). Tale norma statuisce difatti: "Se la risoluzione è causata da una violazione contrattuale dell'altra parte, quest'ultima è tenuta a risarcire il danno corrispondente causato dalla cessazione del rapporto di lavoro"- „Wird die Kündigung durch vertragswidriges Verhalten des anderen Teiles veranlaßt, so ist dieser zum Er satze des durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entstehenden Schadens verpflichtet". È lapalissiano che, solo al verificarsi di entrambi i presupposti della norma, ossia violazione contrattuale da una parte e sussistenza di un danno causalmente riconducibile a tale violazione dall'altra, si potrà parlare eventualmente di risarcimento quale conseguente effetto giuridico. Va detto inoltre che sull'esatta natura giuridica del danno, la giurisprudenza tedesca è intervenuta a più riprese stabilendo che l'indennizzo che deve essere versato dal datore di lavoro è dato dalla compensazione tra il cd. "danno prematuro" o "danno anticipato" (Verfrühungsschaden)³, ossia il danno cau-

³ Cosa si intende per "Verfrühungsschaden" o cd. "danno prematuro o danno anticipato"? Nell'ambito del danno contrattuale tedesco, con il termine Verfrühungsschaden si fa riferimento al danno causato dalla risoluzione del rapporto contrattuale ad opera di una parte contraente prima della scadenza del periodo di preavviso. („Mit Verfrühungsschaden wird im Vertragsschaden der Schaden bezeichnet, der dadurch entsteht, dass ein Vertragspartner vor Ablauf der Kündigungsfrist das Vertragsverhältnis beendet"). In pratica, ciò si verifica quando il lavoratore non inizia la sua prestazione dopo che il contratto è stato concluso. Il danno prematuro

sato dalla perdita anticipata del reddito a seguito della mancata osservanza del termine di preavviso da parte del lavoratore e una sorta di componente retributiva dovuta in base alle norme generali contro i licenziamenti ingiustificati, art. §§ 9, 10 Kündigungsschutzgesetz (KSchG), calcolata su un importo pari a 18 entrate mensili („Nach der Rechtsprechung besteht der vom Arbeitgeber zu leistende Schadensersatz zum einen in dem Ausgleich des Verfrühungsschadens, d.h. des aus dem Einkommensverlust aufgrund der Nichteinhaltung des vom Arbeitnehmer im Falle einer ordentlichen Kündigung zu beachtenden Kündigungsfrist, sowie darüber hinaus, jedenfalls bei durch Vorschriften des Kündigungsschutzes geschützten Arbeitsverhältnissen, aus einer Art von Abfindungskomponente, die in Anlehnung an §§ 9, 10 Kündigungsschutzgesetz (KSchG) in Höhe von einem bis maximal 18 Monatsverdiensten anzusetzen ist“). Last but not least, ci si chiede se le vittime di mobbing possano chiedere un risarcimento per i danni alla salute causati dalle azioni lesive. All'uopo il lavoratore potrà chiedere un risarcimento danni per una malattia eziologicamente riconducibile a quella condotta lesiva e sempre se tale azione sia imputabile lato sensu al datore di lavoro, e cioè, o perché posta in essere direttamente o perché dolosamente o colposamente non ha impe-

dito tale azione da parte dei colleghi („Schließlich kann der betroffene Arbeitnehmer vom Arbeitgeber auch Schadensersatz wegen einer durch das Mobbing bedingten Krankheit verlangen, wenn den Arbeitgeber an dem Mobbing ein Verschulden trifft, d.h. wenn er selbst gemobbt hat oder es vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, das von Kollegen ausgehende Mobbing zu unterbinden“). Inoltre, la richiesta di risarcimento sarà diretta da un lato al risarcimento dei costi di cura sostenuti, costi inizialmente sostenuti dall'assicurazione sanitaria („Der Schadensersatzanspruch ist zum einen auf Ersatz der Heilungskosten gerichtet und wird insoweit in der Regel kraft übergegangenen Rechts von der Krankenkasse oder Krankenversicherung geltend gemacht, die die Kosten zunächst aufgewendet hat“) e, dall'altro, al risarcimento del danno per una malattia causalmente riferibile al mobbing subito, e sempre se il dipendente sia stato riconosciuto malato e dunque incapace di lavorare per più di sei settimane, ricevendo così un'indennità di malattia dall'assicurazione sanitaria. In tal caso la richiesta di risarcimento avanzata è diretta a compensare la differenza tra la normale retribuzione e l'indennità di malattia erogata dall'assicurazione („Zum anderen kann aber auch der Arbeitnehmer von diesem Ersatzanspruch wegen mobbingbedingter Krankheit profitieren, nämlich dann, wenn er länger als sechs Wochen arbeitsunfähig krank ist und Krankengeld von der Krankenkasse bezieht. In einem solchen Fall geht der dem Arbeitnehmer zustehende Schadensersatzanspruch auf Ersatz der Differenz zwischen dem normalen Arbeitsentgelt und dem von der Krankenkasse gezahlten Krankengeld“).

consiste dunque nel danno che non si sarebbe verificato in relazione ad una risoluzione ordinaria del rapporto lavoro. („In der Praxis kommt dies vor allem vor, wenn ein Arbeitnehmer nach Vertragsschluss eine Stelle nicht antritt. Verfrühungsschaden ist dann der Schaden der im Vergleich zu einer vertragsgemäßen Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht entstanden wäre“). Per il contenuto di questa nota v. <http://www.lexexakt.de/index.php/glossar/verfruehungsschaden.php>

Concludendo, una peculiarità del sistema giuridico tedesco e come tale degna di particolare menzione, concerne la possibilità di agire anche nei confronti del consiglio di fabbrica. Vediamo brevemente in che termini e quali sono i diritti che il lavoratore può avanzare nei confronti del Betriebsrat. Infatti, se nell'azienda vi è un consiglio di fabbrica, il dipendente ha diritto di presentare un reclamo al consiglio di fabbrica ai sensi dell'art. 5 85 Abs.1 BetrVG. Tale norma statuisce che "il consiglio riceve i reclami dei dipendenti e, se li ritiene legittimi, agisce in sinergia con il datore di lavoro per porvi rimedio", „Der Betriebsrat hat Beschwerden von Arbeitnehmern entgegenzunehmen und, falls er sie für berechtigt erachtet, beim Arbeitgeber auf Abhilfe hinzuwirken". Inoltre, il consiglio, così come si è visto per il datore di lavoro, è obbligato in base ad una norma di carattere generale, a tutelare e a promuovere il libero sviluppo dei dipendenti impiegati in azienda („Außerdem ist der Betriebsrat ebenso wie der Arbeitgeber dazu verpflichtet, die freie Entfaltung der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer zu schützen und zu fördern").

4. Conclusioni finali⁴

Dopo avere visto dettagliatamente quali sono gli strumenti di tutela ex post forniti dall'ordinamento giuridico tedesco in caso di condotte mobbizzanti che hanno lesa concretamente situa-

zioni giuridiche soggettive protette, è possibile tracciare alcune considerazioni finali. Alla luce di tale disamina è emerso, *ictu oculi*, una gradualità sempre più crescente degli strumenti di tutela, una sorta di scala a geometrie variabili, calibrata sia su parametri oggettivi, tenendo conto della natura e gravità della lesione, sia su parametri soggettivi, potendo il lavoratore agire nei confronti di diversi soggetti. Trattasi di un sistema indubbiamente forte sul piano teorico ma che presenta delle lacune nella misura in cui, in concreto, si debba fare un lavoro di esatta qualificazione giuridica dei fatti per poter accedere alla tutela prevista; qualificazione che in realtà può essere molto complessa in base alle circostanze del fatto storico. Proprio in tale ottica e per rendere più omogeneo il quadro delle tutele, si inseriscono leggi speciali dirette a fornire, dopo aver tipizzato a monte particolari fatti meritevoli di protezione, una maggiore e migliore garanzia in termini di tutela. È il caso della legge generale sulla parità di trattamento del 14.08.2006 - Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG)- entrata in vigore il 18.08.2006 che dispone maggiori garanzie per i lavoratori vittime di mobbing sul posto di lavoro („Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) vom 14.08.2006 ist am 18.08.2006 in Kraft getreten und enthält einige wesentliche Verbesserungen für Arbeitnehmer, die Opfer von Mobbing am Arbeitsplatz sind"). Trattasi di disposizioni che in seguito saranno ulteriormente prese in considerazione.

⁴ Per i contenuti e i riferimenti in lingua tedesca v.Rechtsanwalt Dr.Martin Hensche, Fachanwalt für Arbeitsrechts, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht Dr. Martin Hensche, Lützowstraße 32, 10785 Berlin https://www.hensche.de/Rechtsanwalt_Arbeitsrecht_Handbuch_Mobbing_AGG.html

Abstract

L'analisi degli strumenti di protezione ex post forniti dall'ordinamento tedesco in caso di condotte ostili, discriminatorie e mobbizzanti ha messo in evidenza un sistema di protezione a geometrie variabili, la cui intensità varia a seconda della gravità delle condotte poste in essere e della lesione subita. Di fondamentale importanza risulta dunque l'esatta qualificazione giuridica del fatto affinché il lavoratore vittima di mobbing possa ottenere una tutela efficace a fronte di azioni lesive nei luoghi di lavoro.

The analysis of the ex post protection tools provided by the German legal system in the case of hostile, discriminatory and mobbing conducts brought out an increasing effects protection system, whose intensity varies, according to the gravity of the conduct and the injury sustained. The exact legal classification of the fact so that the mobbing victim worker can obtain effective protection against harmful actions in the workplace, will be therefore of fundamental importance.