



# Saggi



*Filippo Aiello, Lisa Amoriello, Amos Andreoni, Giuseppe Ferraro,  
Fabrizia Garri, Roberto Rivero, Claudio Scognamiglio*

# **Il danno nel diritto del lavoro**

## **Funzione risarcitoria e dissuasiva**

*a cura di*

**Andrea Allamprese**

*prefazione di*

**Tiziana Orrù**



© Copyright by Ediesse, 2015  
Ediesse s.r.l.  
Viale di Porta Tiburtina, 36 - 00185 Roma  
Tel. 06/44870283 - 06/44870325  
Fax 06/44870335

[www.ediesseonline.it](http://www.ediesseonline.it)  
[ediesse@cgil.it](mailto:ediesse@cgil.it)

Progetto grafico e immagine di copertina:  
Antonella Lupi

## *Indice*

<i>Prefazione</i> <i>di Tiziana Orrù</i>	9
<i>Premessa</i> <i>di Andrea Allamprese</i>	13
<b>La funzione della condanna risarcitoria: la prospettiva del civilista e gli apporti del diritto del lavoro</b> <i>di Claudio Scognamiglio</i>	15
<b>Tecniche risarcitorie nella tutela del lavoro</b> <i>di Giuseppe Ferraro</i>	41
<b>Il risarcimento del danno da violazione della normativa dell'Unione Europea</b> <i>di Amos Andreoni</i>	67
<b>Il danno nel diritto del lavoro. L'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Cassazione</b> <i>di Fabrizia Garri</i>	103
<b>Il ruolo della giurisprudenza del lavoro per una tutela effettiva del diritto al risarcimento</b> <i>di Roberto Rivero</i>	119
<b>Il danno alla salute della persona del lavoratore. Il danno cosiddetto differenziale tra responsabilità civile e tutela previdenziale</b> <i>di Filippo Aiello</i>	145
<b>Alla ricerca della dissuasività. Il difficile percorso di affermazione dei principi dell'Unione in tema di danno non patrimoniale da discriminazione</b> <i>di Lisa Amoriello</i>	163



# **Il danno nel diritto del lavoro**





*Prefazione*  
*di Tiziana Orrù\**

La solenne affermazione del fondamento costituzionale del lavoro e la tutela accordata al lavoratore come persona hanno rappresentato il decisivo passaggio da una dimensione oggettiva del rapporto di lavoro ad una soggettiva ed hanno posto le fondamenta del diritto del lavoro.

Il dettato costituzionale esprime altresì l'ambivalenza dei diritti garantiti: da un lato l'impresa e l'imprenditore, da un altro lato il lavoro ed il lavoratore; nel contemperamento dei diversi interessi, il diritto del lavoro si è sviluppato come strumento di protezione del soggetto debole del rapporto.

Si è così prodotto nel tempo un vero e proprio mutamento culturale: la sfera soggettiva della tutela della persona del lavoratore e la correlata predisposizione di misure idonee alla salvaguardia della salute fisica e psichica hanno rappresentato un limite crescente alla libertà di iniziativa economica e all'organizzazione dell'ambiente e delle condizioni di lavoro.

Le intersezioni tra il diritto del lavoro ed il diritto dell'impresa sono però oggi molto cambiate. Le dinamiche e le forme dell'intreccio tra ragioni dell'economia ed esigenze di tutela della persona del lavoratore non rappresentano più solo un arricchimento della funzione garantista del diritto del lavoro, ma hanno assunto un ruolo decisivo nelle dinamiche di mediazione del conflitto sociale sul fronte della risposta dell'ordinamento alla violazione dei diritti dei lavoratori.

\* Consigliere di Corte d'Appello di Roma.

Il tema oggetto di analisi in questo volume si presta ad una trattazione tesa ad evidenziare tale mutamento culturale e consente una riflessione utile a mettere in relazione le categorie tradizionali, frutto di un lavoro scientifico decennale, con le emergenti analisi sulla natura e la funzione del danno nel diritto del lavoro.

Qualsiasi luogo di lavoro costituisce un ambiente potenzialmente produttivo di lesioni e patologie fisiche e psichiche che possono avere una grave ripercussione sull'esistenza del lavoratore, sia a causa delle condizioni spazio-temporali in cui si svolge l'attività lavorativa, sia in ragione delle relazioni intersoggettive – con i colleghi e con i superiori – che lo interessano quotidianamente.

L'intenso coinvolgimento della persona nello svolgimento dell'attività lavorativa rende perciò il rapporto di lavoro un terreno fecondo per la rilevazione di danni di natura biologica e/o morale, oltre che esistenziale.

Il tema del danno nel diritto del lavoro e del riconoscimento delle sue possibili e molteplici funzioni rappresenta perciò un percorso difficile e problematico dell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale sviluppatosi intorno alla tutela della salute del lavoratore coinvolto nei processi produttivi dell'impresa.

Gli ampi ed interessantissimi contributi qui raccolti dimostrano la perdurante attualità dell'opera ricostruttiva e delle riflessioni sulle principali tipologie di danno che evidenzia l'esperienza lavoristica anche e soprattutto nel confronto con le problematiche acquisizioni della giurisprudenza civile.

Attraverso un approfondimento della funzione del danno nel rapporto di lavoro viene affrontato il tema attualissimo delle tecniche di tutela di tipo preventivo, ripristinatorio o risarcitorio, comuni anche al rapporto di lavoro con riferimento sia al danno non patrimoniale che a quello di natura patrimoniale.

Con riferimento al danno di natura patrimoniale si osserva come alla responsabilità civile sia da sempre assegnato il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, mediante il pagamento di una somma di denaro che tende ad eliminare le conseguenze del danno arrecato.

Il risarcimento del danno non patrimoniale viene, invece, rappresentato solitamente come utilità sostitutiva, con funzioni variabili: satisfattiva, dissuasiva, punitiva.

Su questo fronte devono essere registrati rilevanti interventi della

giurisprudenza di merito e di legittimità di cui si darà conto negli scritti che seguono con riferimento al danno alla persona intesa nei suoi molteplici aspetti e possibili pregiudizi (salute, personalità, esistenza, sofferenza morale, professionalità) e soprattutto con riguardo al danno biologico (anche nella sua forma di danno differenziale).

Questi modelli di tutela patrimoniale, che rappresentano da sempre le forme tipiche di protezione processuale del lavoratore – soprattutto subordinato –, a seguito di recenti interventi del legislatore in materia hanno evidenziato l'esistenza di enormi limitazioni alla prospettiva della reintegrazione in forma specifica dei diritti, introducendo tecniche e forme di reintegrazione patrimoniale con carattere dissuasivo e deterrente.

Il legislatore è recentemente intervenuto con il cosiddetto *Jobs Act* tentando di mediare il conflitto sociale sul fronte della risposta dell'ordinamento alla violazione dei diritti dei lavoratori, anche prevedendo forme diverse di ristoro del danno subito come risposta ad una profonda crisi regolativa della legge; questa, sotto la crescente pressione dei diritti dei lavoratori, ha causato un'abnorme domanda di giustizia con una evidente ed eccezionale rilevanza dell'integrazione giurisprudenziale. Si pensi solo al fenomeno della illegittima reiterazione dei contratti a termine e alle false assunzioni con contratti autonomi (co.co.co., co.co.pro.) non solo nell'impiego privato, ma anche nel pubblico.

Numerose sono state le modifiche normative. Solo a titolo esemplificativo, con l'art. 32 della legge n. 183/2010 è stata fortemente attenuata la tutela ripristinatoria del danno in caso di conversione del contratto a termine in rapporto a tempo indeterminato.

La legge cosiddetta «Fornero», prima, ed il *Jobs Act*, subito dopo, hanno totalmente riscritto il catalogo delle sanzioni in caso di licenziamento illegittimo, relegando la tutela ripristinatoria della funzionalità del rapporto di lavoro ad un'ipotesi sempre più residuale.

Il quadro normativo attuale presenta perciò la tendenza ad affiancare alla funzione puramente risarcitoria del danno un compito di dissuasione, a volte quasi consolatorio, al fine di conferire effettività alla normativa sostanziale.

Tale diversa funzione attribuita al risarcimento del danno, che segna il passaggio da una finalità meramente rimediabile ad una sanzionatoria e, soprattutto, deterrente, costituisce un passaggio importante nel rafforzamento delle tecniche di tutela in una materia di

rilevante interesse anche nell'ambito lavoristico: il diritto antidiscriminatorio.

Uno specifico approfondimento sarà quindi dedicato alle ipotesi di risarcimento del danno quale forma di tutela del divieto di discriminazioni sul luogo di lavoro.

La condanna di un datore di lavoro a cessare un comportamento discriminatorio ed a rimuoverne gli effetti, anche con piani di eliminazione degli stessi elaborati dagli organismi di parità, costituisce oggi l'oggetto di molte pronunce dei giudici del lavoro italiani, spesso motivate anche con il richiamo al dettato della normativa europea.

La fonte sovranazionale attribuisce in molti casi allo strumento rimediabile del risarcimento del danno connotati necessari di effettività, rapportati, non solo alla gravità del danno, ma anche alla funzione dissuasiva e sanzionatoria della riparazione.

Capita così, in casi sempre più frequenti, che le categorie civilistiche del danno, incentrate sulle perdite subite e sui mancati guadagni, siano insufficienti a compensare voci di danno non patrimoniale e non siano idonee a sopperire ad esigenze specifiche di tutela.

È il caso della violazione del diritto dell'Unione Europea.

La novità del tema e la rilevanza sociale degli interessi coinvolti hanno rappresentato perciò l'occasione per un approfondimento delle questioni generali relative alla primazia del diritto dell'Unione in un confronto serrato con la giurisprudenza della Corte di Giustizia, quanto ai criteri di affermazione della responsabilità degli Stati, e con gli orientamenti dei giudici nazionali, quanto alla determinazione del risarcimento e alla liquidazione del danno.

Attraverso l'esame di fattispecie particolarmente significative sarà sviluppata una riflessione complessiva utile a comprendere il potenziale impatto delle decisioni giudiziarie sul contesto economico sociale del Paese.

I saggi seguenti aspirano così ad evidenziare le criticità e le necessità cognitive della protezione del lavoratore subordinato nella progressiva attuazione del modello costituzionale ed europeo del diritto del lavoro.

*Premessa*  
*di Andrea Allamprese*

Questo libro raccoglie le relazioni e gli interventi, rielaborati ed aggiornati, della Tavola rotonda su *Il danno nel diritto del lavoro: funzione risarcitoria e dissuasiva*, svoltasi il 17 dicembre 2014 presso il Tribunale Civile di Roma.

La tavola rotonda – organizzata da AGI Lazio, da Magistratura Democratica e dalla *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale* – si colloca all'interno di una serie di iniziative, a cadenza semestrale, volte a favorire un confronto aperto su «casi» o «temi» difficili e di grande impatto sociale, che ancora non abbiano trovato una soluzione consolidata nella giurisprudenza di merito e della Corte di Cassazione.

Capita sempre più di frequente che le categorie civilistiche del danno, incentrate sulle perdite subite e sui mancati guadagni, siano insufficienti a compensare voci di danno non patrimoniale e comunque inidonee a sopperire a casi di violazione del diritto dell'Unione Europea. Per questi, in un caso, il ricorso all'equità appare ondivago e, nell'altro, l'applicazione di criteri simili italiani sembra di difficile individuazione.

Sempre più spesso emerge, inoltre, la necessità di affiancare alla funzione risarcitoria quella dissuasiva, al fine di conferire effettività alla normativa sostanziale.

L'attualità dei temi è confermata dalla recente ordinanza interlocutoria della Corte di Cassazione n. 16363 del 2015, che ha rimesso gli atti al Primo presidente della Corte per l'assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite al fine di dirimere il contrasto giurisprudenziale in atto sulla questione concernente l'individuazione del criterio di liquidazione del risarcimento del danno ai sensi dell'art. 36,

comma 5, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, onde assicurarne la conformità ai canoni di adeguatezza, effettività, proporzionalità e dissuasività rispetto al ricorso abusivo alla stipulazione di contratti a termine da parte delle pubbliche amministrazioni, così come indicato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Il volume offre un approfondimento teorico e pratico dei temi trattati, tenuto conto della loro rilevanza sociale e del massiccio contenzioso giudiziario che affolla le aule di merito.

**La funzione della condanna risarcitoria:  
la prospettiva del civilista e gli apporti  
del diritto del lavoro  
di Claudio Scognamiglio\***

SOMMARIO: 1. Diritto civile e diritto del lavoro: la prospettiva delle tutele. 2. – Funzione compensativa e funzione deterrente del risarcimento del danno: quale modello di responsabilità civile?. – 3. Le condizioni d'uso di una funzione deterrente della responsabilità civile. – 4. Funzione deterrente della responsabilità civile ed elemento soggettivo dell'illecito. – 4.1. *Segue*. Funzione deterrente e criteri di liquidazione del danno. – 4.2. *Segue*. La prospettiva dell'analisi economica del diritto. – 5. Verso una funzione preventivo-sanzionatoria della condanna risarcitoria per danno morale. – 6. Le «funzioni» della responsabilità civile e le «strategie» rimediali.

*1. Diritto civile e diritto del lavoro: la prospettiva delle tutele*

Il diritto del lavoro ha svolto, in questi ultimi anni, e sta svolgendo tuttora, nei riguardi del diritto civile, la funzione preziosissima di inoculare, all'interno di esso, quelli che potremmo chiamare i germi – e si tratta di germi benefici – della complessità del reale<sup>1</sup>, costringendo il civilista a confrontarsi con questi ultimi e ad arricchire, dunque, le prospettive del suo discorso: e questo proprio perché, ancora di più del diritto civile della contemporaneità, «il diritto del lavoro è realtà impura, intriso com'è di fatti sociali ed economici, specchio fedele del divenire mutevolissimo della società»<sup>2</sup> e, pri-

\* Professore ordinario di Diritto privato presso l'Università Tor Vergata di Roma.

<sup>1</sup> Sulla complessità come categoria generale della scienza giuridica, cfr. A. Falzea, *Complessità giuridica*, in *Enc. Dir. Annali*, I, Milano, 2007, pp. 203 ss.

<sup>2</sup> Così P. Grossi, *Gino Giugni nella scienza giuridica italiana del Novecento*, in *Nobiltà del diritto – Profili di giuristi*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moder-*



ma ancora, anche in prospettiva diacronica, del diritto civile, il diritto del lavoro si sforza di sollevare il velo della forma giuridica al fine di individuare gli interessi concreti e le dinamiche reali di potere ad essi sottostanti. Ed è, del resto, probabilmente anche per questa ragione che il diritto del lavoro ha manifestato ben prima del diritto civile generale la propria insofferenza a restare ingabbiato dalla forma del codice civile<sup>3</sup>; e prima, oltre che più intensamente, del diritto civile generale ha modulato le proprie linee di sviluppo attraverso un dialogo intenso tra dottrina e giurisprudenza<sup>4</sup>.

In altre parole, il diritto del lavoro, ormai da tempo abbandonata la posizione di «insignificante pertinenza del venerato diritto civile», si delinea come un'officina o un cantiere al quale il civilista contemporaneo non può fare a meno di attingere, quando voglia davvero cercare di modellare le proprie categorie conoscitive e, soprattutto, le soluzioni ed i rimedi predisposti, sulla sostanza economica delle cose. In questa prospettiva, dunque, il rapporto tra il diritto privato generale ed il diritto del lavoro, riguardato come diritto cosiddetto secondo rispetto ad esso<sup>5</sup>, non pone capo soltanto alla necessità di controllare, «nell'ambito dei diritti secondi [gli] istituti giuridici e (le) categorie dogmatiche elaborati in seno al diritto primo», ma si delinea nei termini di un rifluire verso il diritto primo delle questioni trattate all'interno del diritto secondo.

Il problema delle dimensioni della tutela dei diritti, e della sua effettività, al quale ci riconduce il tema della funzione risarcitoria e dissuasiva del danno nel diritto del lavoro, costituisce uno degli aspetti con riferimento ai quali meglio si può cogliere il fenomeno da ultimo accennato. Infatti, non è seriamente revocabile in discussione che il diritto del lavoro, per la particolare qualità degli interessi (quelli del lavoratore subordinato, appunto) da esso tutelati, abbia costituito il terreno di elezione, a partire dagli anni ottanta

*no*, Milano, 2008, p. 693: nel testo, il giudizio è riferito alla situazione della scienza civilistica e di quella giuslavoristica italiana nei primi anni cinquanta del secolo scorso.

<sup>3</sup> Cfr. R. Scognamiglio, *Il codice civile e il diritto del lavoro*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, pp. 245 ss., in particolare, pp. 271 ss.

<sup>4</sup> Cfr. il quadro che di questa prospettiva di sviluppo del diritto del lavoro offre R. Scognamiglio, *Il dialogo tra la dottrina e la giurisprudenza nella evoluzione del diritto del lavoro*, in *Riv. infortuni malattie professionali*, 1998, pp. 391 ss.

<sup>5</sup> Secondo la nota terminologia proposta da C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, 3ª edizione, Milano, 2006, pp. 353 ss.

del secolo scorso, della riflessione relativa al problema della individuazione delle modalità e condizioni d'uso di una tutela effettiva dei diritti. E se, in questa prospettiva, l'orientamento per lungo tempo accreditato ha visto prevalere l'affermazione di primazia della tutela in forma specifica, è proprio il diritto del lavoro, soprattutto nelle sue più recenti, ed ancora in corso di attuazione, evoluzioni normative, a veder riemergere invece, ed in primo piano, le forme di tutela per equivalente degli interessi e dei diritti del lavoratore: anche se certamente non per la convinzione che esse siano più effettive di quelle in forma specifica, bensì per i condizionamenti stringenti imposti dal contesto economico di riferimento.

Ancora una volta, dunque, il diritto del lavoro sta svolgendo un ruolo, certo culturalmente fecondo, anche se tutto da interpretare, di precursore con riferimento al diritto privato generale: ed infatti, anche nell'ambito culturale di quest'ultimo, si sono delineate, assai di recente, ipotesi ricostruttive che sembrano revocare in discussione l'assunto – sul quale fino a poco tempo fa sembrava potervi essere un generale consenso – della più incisiva effettività caratteristica della tutela in forma specifica di un bene giuridico rispetto a quella per equivalente<sup>6</sup>.

In questa prospettiva, che attribuisce un rilievo ancora più pervasivo al rimedio della condanna risarcitoria, si può inserire il discorso sulla funzione risarcitoria e dissuasiva del danno nel diritto del lavoro, che siamo chiamati in questa sede a svolgere.

## *2. Funzione compensativa e funzione deterrente del risarcimento del danno: quale modello di responsabilità civile?*

La considerazione del tema della funzione risarcitoria e dissuasiva del danno nel diritto del lavoro sembra confermare il giudizio, autorevolmente formulato, secondo il quale la responsabilità civile (intesa in questa prospettiva in senso ampio e, dunque, comprensiva anche della responsabilità risarcitoria da inadempimento di un'ob-

<sup>6</sup> Cfr., in particolare, I. Pagni, *Il difficile rapporto tra tutela specifica e per equivalente alla prova del caso CIR – Fininvest*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, pp. 850 ss.; e ci si permetta anche il rinvio a C. Scognamiglio, *Effettività della tutela e rimedio risarcitorio per equivalente: la Cassazione sul caso CIR c. Fininvest*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, pp. 42 ss.

bligazione preesistente) costituisce l'istituto giuridico di primo impatto per mezzo del quale sono destinate ad emergere, ed a trovare un assetto normativo, le istanze di protezione di interessi e bisogni emergenti sul piano della realtà sociale<sup>7</sup>; e consente, anzi, di estendere la portata di quel giudizio formulando, più in generale, l'affermazione per cui la responsabilità civile, forse perché affidata essenzialmente, nella sua concretizzazione, all'opera del giudice<sup>8</sup>, rappresenta una sorta di sismografo dei mutamenti che si registrano al livello della struttura economico-sociale o della percezione collettiva dei bisogni, cogliendoli prima ancora che gli stessi abbiano potuto trovare una appena organica sistemazione normativa.

Infatti, ed a voler tentare una sempre discutibile opera di periodizzazione, la stagione della responsabilità civile (intesa, in questa fase del discorso, nella sua dimensione di responsabilità aquiliana) che inizia, nella nostra elaborazione dottrinale, negli anni sessanta del secolo scorso, potrebbe essere senz'altro definita come quella della solidarietà, non a caso posta a base della ricostruzione del problema della responsabilità civile che si deve a S. Rodotà<sup>9</sup> e che si risolve, dal punto di vista dell'individuazione delle funzioni della responsabilità civile, nell'affermazione della centralità di quella riparatoria del danno, lasciando, invece, sullo sfondo il concetto di illecito<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Si vedano, sul punto, S. Rodotà, *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 605; C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, 3ª ed., Milano, 2006, p. 100.

<sup>8</sup> Il ruolo del diritto giurisprudenziale nell'evoluzione della responsabilità civile, ma anche l'interazione tra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale in materia, sono oggetto della riflessione di C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., pp. 49 ss., nonché Id., *La responsabilità civile in Italia al passaggio del millennio*, in *Europa Dir. Priv.*, 2003, pp. 123 ss.

<sup>9</sup> Cfr., ovviamente, S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, *passim*.

<sup>10</sup> Decisamente in controtendenza, com'è noto, il contributo, pure quasi contemporaneo all'opera di Rodotà, di G. Cian, *Antigiuridicità e colpevolezza. Saggio per una teoria dell'illecito civile*, Padova, 1966, dove, già nella nota introduttiva (pp. VI-VII), si osserva che «nel sistema della responsabilità civile devono incidere non soltanto gli interessi del soggetto leso, ma anche quelli della persona cui si vorrebbe addossare il peso del risarcimento», precisandosi ulteriormente che «un sistema il quale si fondi sul presupposto della colpevolezza, e guardi all'obbligo del risarcimento non soltanto come ad un mezzo di riparazione ma anche come ad un male minacciato al trasgressore, costituisce, con il suo trattamento differenziato dei soggetti colpevoli e non colpevoli, un valido strumento di giustizia per indurre i singoli a quella condotta accorta

È stato, infatti, efficacemente notato che, alla base del rinnovamento degli studi sulla responsabilità civile, proprio della prima metà degli anni sessanta, vi era la percezione «dell'evoluzione funzionale della responsabilità civile da mezzo per la prevenzione e la sanzione del comportamento riprovevole dell'agente, a strumento che consenta di risarcire, con la maggiore intensità e nel maggior numero dei casi, la vittima del danno»<sup>11</sup>.

Come non di rado accade nella storia delle idee, spetta ad un Convegno segnare il momento culminante, e l'inizio della parabola discendente, di quella stagione della responsabilità civile: ed infatti, nel Convegno senese dell'ottobre 1985, non a caso intitolato a *Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria*, l'opzione metodologica di fondo, sottesa già alla relazione introduttiva<sup>12</sup>, e pur nella inevitabile diversità di contenuti dei singoli interventi, è proprio quella data dalla convinzione della possibilità di ricostruire l'intero istituto aquiliano intorno al momento riparatorio del danno.

La ricostruzione delle tappe della responsabilità civile, che si propone, in quella sede, imperniata sui tre momenti della responsabilità individuale per colpa, della responsabilità oggettiva e della sicurezza sociale<sup>13</sup>, appare allora come un processo ormai acquisito ed insuscettibile di inversioni di tendenza, bisognoso soltanto, almeno all'interno del sistema normativo italiano, di un definitivo invero nella prospettiva dell'acquisizione di obiettivi più ampi di sicurezza sociale e di più sicura e rapida riparazione dei danni, attenti anche alle possibilità in tale prospettiva offerte dai meccanismi di assicurazione obbligatoria<sup>14</sup>.

e prudente che può esimerli da responsabilità e rappresenta perciò sempre un forte mezzo di tutela preventiva degli interessi protetti; mentre un sistema che consideri semplicemente la causazione del danno, con l'inevitabile conseguenza del ricorso quasi necessario a forme varie di assicurazione, può anche risolversi, nel formarsi del costume, in una diminuita sorveglianza della propria condotta».

<sup>11</sup> Così, con particolare lucidità, C. Salvi, *Il paradosso della responsabilità civile*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1983, p. 12, il quale muove dall'analisi dello scritto di Rodotà già menzionato nonché delle opere di R. Scognamiglio sul concetto di danno (tra gli altri, *Il danno morale*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, pp. 277 ss.; *Appunti sulla nozione di danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, pp. 464 ss.).

<sup>12</sup> Cfr. M. Comporti, *Considerazioni introduttive e generali*, in M. Comporti e G. Scalfi (a cura di), *Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria*, Milano, 1988, pp. 5 ss.

<sup>13</sup> Così M. Comporti, *op. cit.*, p. 13.

<sup>14</sup> In questo senso, ancora, M. Comporti, *op. cit.*, pp. 16 s.

Non mancano, in realtà, già in quel Convegno, contributi più consapevoli circa l'impossibilità di esaurire il discorso sulla responsabilità civile, e sulla sua funzione, esclusivamente sul piano della riparazione del danno e che, in tale prospettiva, si soffermano in modo particolare proprio sul tema dei nuovi danni, del danno collettivo e del danno non patrimoniale,

È ancora attuale, come vedremo, in particolare, la riflessione di chi nota, con riferimento a queste, all'epoca definibili come nuove voci di danno, che, in esse, «il profilo sanzionatorio torna a presentarsi come una sorta di componente non eliminabile del sistema della responsabilità civile», sottolineando le perplessità che un uso a scopi sanzionatori delle tecniche di tutela civilistiche determina, nella misura in cui le stesse possano diventare «assai più pesanti e repressive»<sup>15</sup> persino delle tecniche di tutela penali.

È comunque proprio alla metà degli anni ottanta, grazie soprattutto all'opera di C. Salvi, che più consapevole si fa, nella nostra elaborazione dottrinale, il dibattito sulle funzioni della responsabilità civile, dibattito destinato ben presto ad approdare alla conclusione – come vedremo – per molti versi tuttora attuale, nel senso dell'impossibilità di ridurre la complessità dell'istituto aquiliano ad una funzione esclusiva ed unitaria oltre che della consapevolezza dei rischi sottesi alla pretesa di attribuire alla responsabilità civile un «carico» di compiti che la stessa non può essere in grado di fronteggiare.

Infatti, è all'Autore appena menzionato che si deve la constatazione di come «la crisi della responsabilità civile sia crisi funzionale, da eccesso di *input*», posto che «punire, prevenire, ristorare, rendere giustizia, vendicare, diluire il carico dei danni, ripartire le perdite ed i rischi, allocare le risorse nel modo più efficiente, controllare le attività produttive ed i servizi pubblici, garantire il funzionamento ottimale del mercato ed il valore primario della persona umana, sono compiti troppo numerosi e contraddittori non solo per il titolo IX del libro IV, ma per qualunque sistema positivo»<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Così S. Rodotà, *Le nuove frontiere della responsabilità civile*, in M. Comporti e G. Scalfi (a cura di), *Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria*, cit., pp. 30 s.

<sup>16</sup> Così C. Salvi, *Il paradosso della responsabilità civile*, cit., p. 128. Una particolare attenzione per il tema delle funzioni della responsabilità civile emerge anche dagli altri, importanti contributi di questo Autore al tema: cfr. C. Salvi, *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Napoli, 1985, in particolare, pp. 83 ss.; Id., *Responsabilità extracon-*

Non occorre molto, a questo punto, per giungere al passaggio logicamente successivo, che è quello della presa d'atto dell'inidoneità della funzione riparatoria a dare conto della pluralità dei criteri di imputazione, poiché, se davvero quella riparatoria fosse la dimensione funzionale esclusiva dell'istituto aquiliano, resterebbe da spiegare la ragione per la quale il danno non sempre sia risarcito<sup>17</sup>; e, conseguentemente, dell'accreditarsi di un modello ricostruttivo dell'istituto aquiliano, che era stato proposto, per la prima volta, già nei primissimi anni sessanta, tutto calibrato sulla dimensione irriducibilmente binaria della responsabilità civile, organizzata intorno alle due categorie, ciascuna, al suo interno, sostanzialmente unitaria, della responsabilità da atto illecito e della responsabilità oggettiva da rischio lecito<sup>18</sup>.

Tuttavia, anche questa impostazione sembra destinata ad essere superata, ove si consideri che, ancora in anni relativamente recenti, si è ipotizzato che «l'obiettivo principale dell'ordinamento giuridico non consiste in tale riparazione [...] ma nell'astensione dei consociati da quei comportamenti i quali, in quanto vietati, sono oggettivamente contrari all'ordine della società»<sup>19</sup>, un concetto, quale quello di oggettiva anti giuridicità del comportamento tenuto contro un divieto, che sembrava ormai consegnato alla storia della responsabilità civile.

*trattuale (dir. Vig.), in Enc. Dir., XXXIX, Milano, 1988, pp. 1187 ss.; Id., Risarcimento del danno, in Enc. Dir., XL, Milano, 1989, in particolare, p. 1085; C. Salvi, La responsabilità civile, in Trattato di diritto privato, a cura di G. Iudica e P. Zatti, 2ª ed., Milano, 2005, in particolare pp. 1 ss. Un'indagine sulle funzioni della responsabilità civile, in una prospettiva di evoluzione storica di ampio respiro, è quella di J.L. Gazzaniga, Les métamorphoses historiques de la responsabilité, in Les métamorphoses de la responsabilité. Colloque Commun aux Facultés de droit de l'Université de Montréal, de l'Université catholique de Nimègue et de l'Université de Poitiers, Presses Universitaires de France, Paris, 1997, pp. 3 ss.*

<sup>17</sup> Cfr., sul punto, ancora C. Salvi, *Il paradosso della responsabilità civile*, cit., p. 129.

<sup>18</sup> Secondo l'impostazione che si deve, principalmente, nella nostra esperienza giuridica, a P. Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961. Va rammentata, tuttavia, sul punto la recente posizione di M. Franzoni, *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da M. Franzoni, Milano, 2004, pp. 39 ss., il quale, sulla base della considerazione dell'esistenza di indicazioni normative in tal senso, propone di pervenire ad una nozione di illecito «che in via riassuntiva identifichi tutti i fatti produttivi di danno risarcibile», criticando, dunque, l'impostazione che contrappone alla responsabilità da illecito la responsabilità derivante dalla creazione di un rischio lecito.

<sup>19</sup> Così P. Sirena, Introduzione al Convegno su *La funzione deterrente della responsabilità civile*, Siena, 2007.

In altre parole, è forse proprio la constatazione, da tempo fatta propria in dottrina, e del resto suggerita già dalle fonti romane, anche se non giuridiche (*factum infectum fieri nequit*), dell'impossibilità di eliminare la perdita, cui pure lo strumento risarcitorio vorrebbe sopperire, perdita che può soltanto essere traslata da una sfera giuridico-patrimoniale all'altra, ad avere concorso a produrre l'esigenza di una rilettura dell'istituto aquiliano; mentre neppure può trascurarsi, alla base del discorso sull'articolazione funzionale dell'istituto della responsabilità civile (ed in termini che – come avremo modo di constatare – assumono un particolare interesse proprio nella materia del diritto del lavoro), la considerazione secondo la quale «l'ordinamento non può apparire neutrale ed indifferente rispetto alla violazione dei diritti e comunque rispetto al fenomeno di fatti che arrecano gravi pregiudizi di ordine economico, sociale ed affettivo ai soggetti»<sup>20</sup>.

Si tratta allora di verificare, dall'angolo visuale di una riflessione sulle figure di danno maggiormente accreditate, se un tentativo di ritrovare una dimensione funzionale unitaria della responsabilità civile possa essere affidato alla funzione dissuasiva o deterrente; ovvero se non si rischi, a tale stregua, ed ancora una volta, di dare ingresso ad una torsione funzionale – l'ultima, tra le tante che l'istituto ha conosciuto – della responsabilità extracontrattuale.

I passaggi del discorso che si cercherà qui di compiere attengono, in questa prospettiva, ed innanzi tutto: all'individuazione di un significato il più possibile esatto del concetto di deterrenza nell'ambito della responsabilità civile; alla verifica se, allo stato del diritto vivente della responsabilità civile, sia configurabile una funzione deterrente della medesima ovvero se sia necessario, al fine di formalizzarla, l'inserimento di una previsione normativa in tal senso, generale o speciale (e, dunque, limitata a singoli istituti o forme di responsabilità civile) ed infine se tale eventuale modifica (ovvero la lettura dell'istituto aquiliano nella prospettiva della funzione deterrente) sia davvero opportuna e «desiderabile», anche alla luce degli esiti del dibattito e dell'evoluzione normativa in altre esperienze giuridiche.

<sup>20</sup> Cfr. A Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, 3<sup>a</sup> ed., Milano, 2001, pp. 170 ss.

### 3. *Le condizioni d'uso di una funzione deterrente della responsabilità civile*

Non si può negare che in senso empirico, se non del tutto descrittivo, una funzione in senso lato deterrente o dissuasiva appaia propria di qualunque forma di condanna risarcitoria.

Infatti, il soggetto che, in base alle regole di responsabilità vigenti, sa di essere esposto, al compimento di un atto o di un comportamento, all'affermazione del proprio obbligo risarcitorio nei confronti di un altro soggetto potrà verosimilmente essere indotto ad astenersi da quegli atti o comportamenti che ne determinerebbero la condanna e che, dunque, lo esporrebbero al costo pecuniario del risarcimento.

È tuttavia evidente che, così intesa, la funzione deterrente della responsabilità civile si palesa affatto generica e inadatta a caratterizzare, in ipotesi ed anche a voler tralasciare quanto appena osservato sulle origini storico-etimologiche del concetto di danno, l'istituto aquiliano ovvero, più in generale, quello della responsabilità risarcitoria.

Appare allora opportuno stabilire quelle che potremmo definire le condizioni d'uso del concetto di funzione deterrente della responsabilità civile<sup>21</sup>; e qui va subito osservato che il concetto, a sua volta, si articola in modo differente a seconda che lo stesso sia letto in un contesto di responsabilità oggettiva ovvero in un quadro di responsabilità per colpa (o, a voler recepire la già menzionata bipartizione proposta da P. Trimarchi, per atto illecito).

Nell'ambito della responsabilità per atto illecito, potrebbe apparire allora pienamente coerente, almeno in tesi astratta e salva l'esigenza di coordinarla con il concreto assetto ordinamentale, l'affermazione, specificamente riferita alla categoria del danno non patrimoniale, secondo la quale la riparazione di quest'ultimo costituisce una pena privata<sup>22</sup>, avente la funzione di punire l'agente per avere tenuto una condotta colpevole e destinata ad operare, insieme

<sup>21</sup> Sul punto, in una suggestiva prospettiva comparatistica, si vedano le considerazioni di G. Ponzanelli, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bologna, 1992, in particolare pp. 243 ss., per l'individuazione delle ipotesi nelle quali, rispettivamente, prevalga *compensation* o *deterrence* ovvero le due funzioni si presentino su un piano di pari dignità.

<sup>22</sup> Secondo quanto ritenuto, sia pure con varie articolazioni, in dottrina, da G. Bonilini, *Danno morale*, cit., pp. 87 s. nonché – ma sull'articolazione del pensiero di quest'Autore si avrà modo di tornare tra breve – da G.B. Ferri, *Il danno alla salute e l'economia del dolore*, cit., pp. 823 ss.



ad apparati sanzionatori ordinamentali di altra natura (ad esempio, le sanzioni amministrative e penali), al fine della prevenzione generale delle condotte illecite<sup>23</sup>.

Diverso risulterebbe, invece ed in ogni caso, il discorso all'interno di ipotesi di responsabilità oggettiva, poiché, in tale contesto, il presupposto per l'innescio del meccanismo che conduce all'affermazione della responsabilità risarcitoria dell'agente prescinde da un giudizio di colpevolezza della condotta: cosicché si potrà in tali casi discutere semmai di una funzione, attribuita alla riparazione del danno non patrimoniale, di prevenzione ottimale delle attività che introducano un rischio per i beni della personalità umana<sup>24</sup>.

La riflessione intorno alla possibile funzione deterrente della responsabilità civile deve, dunque, essere articolata al suo interno, e tanto più se la si riferisca specificamente al danno non patrimoniale cui da ultimo si è fatto cenno, differenziando nettamente le ipotesi in cui la funzione deterrente, riferita a fatti di responsabilità per atto illecito, si possa configurare senz'altro come di natura sanzionatorio-punitiva da quelle nelle quali, invece, la deterrenza potrà risultare semmai affidata ad una valutazione comparata del costo sotteso alla condotta lesiva e della sua eventuale utilità sociale.

Chiarito questo aspetto preliminare del discorso, occorre, a questo punto, verificare se di una funzione deterrente della responsabilità civile sia dato coerentemente parlare all'interno del nostro sistema normativo.

#### *4. Funzione deterrente della responsabilità civile ed elemento soggettivo dell'illecito*

Tentando di cogliere le linee fondamentali di un'elaborazione ormai sufficientemente ricca, si può convenire sull'assunto che di funzione deterrente della responsabilità civile sia dato parlare o allorché l'affermazione della sussistenza, o meno, della responsabilità

<sup>23</sup> Cfr. G. Afferni, *La riparazione del danno non patrimoniale nella responsabilità oggettiva*, in *Resp. civ. prev.*, 2004, p. 870; P. Gallo, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996, in particolare pp. 61 ss., il quale differenzia la soluzione da adottare circa l'opportunità dell'introduzione di pene private in relazione al fatto che vengano in considerazione illeciti colposi, ipotesi di responsabilità oggettiva ed illeciti dolosi.

<sup>24</sup> Così G. Afferni, *op. ult. cit.*, p. 874.

sia subordinata ad una particolare qualificazione soggettiva della condotta dell'autore del fatto ovvero quando la medesima qualificazione soggettiva, o i vantaggi che l'autore del fatto deriva dal compimento del medesimo, siano presi in considerazione dall'ordinamento ai fini della determinazione del *quantum* della condanna del responsabile<sup>25</sup>; quest'ultima, in tal caso, viene, dunque, a sganciarsi da quella relazione di tendenzialmente esatta corrispondenza rispetto all'ammontare della perdita subita dalla vittima, che abbiamo visto essere la caratteristica principale dell'istituto aquiliano.

In altre parole, e come del resto dovrebbe essere evidente, non è sufficiente, al fine di concludere che la condanna cui pone capo il giudizio di responsabilità civile abbia un'efficacia deterrente o preventiva, affermare in tesi, come accade ad esempio nei *Principi di diritto europeo della responsabilità civile*, che «il risarcimento dei danni ha anche per scopo la prevenzione del danno» (art. 10: 101), occorrendo, ben di più, che il dato normativo di riferimento conformi la determinazione quantitativa della prestazione da porre a carico del candidato responsabile sulla base di criteri riconducibili a quelli poc'anzi passati in rassegna.

Quest'ultima considerazione induce a ritenere che, al di là della declamazione dell'efficacia preventiva del risarcimento del danno, che si legge nel già menzionato luogo dei *Principi*, il concreto assetto normativo da essi prefigurato non tenga in realtà conto appieno dei criteri che dovrebbero, a questo punto, essere applicati.

Infatti, è vero che, in linea di principio, l'art. 2: 102 (5) dei *Principi* afferma, in sede di determinazione degli interessi protetti, che «l'ambito della tutela può essere influenzato anche dalla natura della responsabilità», nel senso che «un interesse può trovare tutela più ampia contro lesioni dolose rispetto ad altre ipotesi»: e questa

<sup>25</sup> Secondo quanto accade – com'è noto ed in particolare – con l'art. 125, c. 1, del d.lgs. n. 30/2005 (Codice della proprietà industriale), per cui «il risarcimento dovuto al danneggiato è liquidato secondo le disposizioni degli artt. 1223, 1226 e 1227 del codice civile, tenendo conto di tutti gli aspetti pertinenti, quali le conseguenze economiche negative, compreso il mancato guadagno del titolare del diritto leso, i benefici realizzati dall'autore della violazione e, nei casi appropriati, elementi diversi da quelli economici, come il danno morale arrecato al titolare del diritto dalla violazione» e, più specificamente ancora, con la disposizione del 3° comma dell'art. 125, alla cui stregua «il titolare del diritto leso può chiedere la restituzione degli utili realizzati dall'autore della violazione, in alternativa al risarcimento del lucro cessante o nella misura in cui essi eccedono tale risarcimento».

scelta sembra appunto accreditare la soluzione secondo la quale la qualificazione soggettiva della condotta dell'autore può determinare la rilevanza del fatto di responsabilità civile.

Tuttavia, e proprio con specifico riferimento al tema del danno non patrimoniale e della sua valutazione, la disposizione dell'art. 10:301 (2), in materia di valutazione dei danni non patrimoniali, afferma che «nella valutazione di tali danni devono essere prese in considerazione tutte le circostanze del caso, compresa la gravità, la durata e le conseguenze del torto», con la precisazione che «la colpa del danneggiante deve essere presa in considerazione solo ove contribuisca in modo significativo alla offesa subita dalla vittima»: e, dunque, con un'esplicita qualificazione di eccezionalità della rilevanza dell'elemento soggettivo sotteso alla condotta del danneggiante.

Pure nel nostro sistema normativo, ed anche in presenza di una scelta all'apparenza inequivoca nel senso di predisporre un meccanismo di condanna pecuniaria in funzione deterrente di determinati comportamenti illeciti (secondo quanto accade con l'art. 4, comma 1. della legge 20 novembre 2006 n. 281)<sup>26</sup>, appare indubbio che la purezza della funzione deterrente sia incrinata dalla previsione, contenuta all'art. 4, comma 4 della stessa legge 281/2006 e secondo la quale «qualora sia promossa per i medesimi fatti di cui al comma 1 anche l'azione per il risarcimento del danno, il giudice tiene conto, in sede di determinazione e liquidazione dello stesso, della somma corrisposta ai sensi del comma 1»; ed è inevitabile il paragone con la – tecnicamente assai più puntuale – previsione dell'art. 1371 dell'*Avant projet de réforme du droit des obligations*, dove, al contrario, si ha cura di precisare che l'ammontare dei danni punitivi, se riconosciuti, deve essere distinto da quello degli altri danni accordati alla vittima.

#### 4.1. Segue. *Funzione deterrente e criteri di liquidazione del danno*

Non può d'altra parte negarsi che il piano dei criteri di liquidazione del danno sia di decisiva importanza al fine di definire la funzione della responsabilità civile: e questo aspetto si coglie in manie-

<sup>26</sup> Si tratta, com'è noto, della disciplina di «Conversione in legge, con modificazioni del decreto-legge 22 settembre 2006 n. 259, recante disposizioni urgenti per il riordino della normativa in tema di intercettazioni telefoniche».

ra particolarmente nitida proprio nella materia che costituisce l'oggetto del nostro dibattito odierno.

È stato osservato, a tale proposito, che, una volta assunta la premessa che la riparazione del danno morale abbia una «finalità privatamente afflittiva», occorre considerare, sul piano degli elementi utili per la determinazione pecuniaria della riparazione, «la gravità dell'elemento psicologico che informa l'illecito e le condizioni patrimoniali del danneggiante», potendone in tal modo derivare «una riparazione idonea a realizzare la funzione afflittiva, ma, prima ancora, a coadiuvare quel fine di deterrenza che gli istituti giuridici dovrebbero perseguire in via primaria»<sup>27</sup>.

La linearità del modello ricostruttivo che ravvisa nella riparazione del danno morale, in assenza di un pregiudizio patrimoniale obiettivamente riscontrabile, una valenza decisamente sanzionatoria è destinata, tuttavia, ad articolarsi nel momento in cui si accredita, come è accaduto ad opera della giurisprudenza della Corte Costituzionale<sup>28</sup> e della Corte di Cassazione<sup>29</sup>, l'affermazione secondo la quale l'evoluzione normativa, attraverso l'introduzione di casi di risarcibilità del danno non patrimoniale ai quali è estranea ogni funzione di carattere repressivo/sanzionatorio<sup>30</sup>, «ha fatto assumere all'art. 2059 cod. civ. una funzione non più sanzionatoria, ma soltanto tipizzante dei singoli casi di risarcibilità del danno non patrimoniale».

Infatti, una volta ammesso che i danni non patrimoniali (e, dunque, anche il danno morale in senso stretto), pure nei limiti in cui gli stessi non siano «coperti» dalla generale affermazione di risarcibilità di ogni danno derivante dalla lesione di diritti fondamentali della persona costituzionalmente garantiti<sup>31</sup>, possano essere risarciti

<sup>27</sup> Così G. Bonilini, *Danno morale*, cit., p. 88, il quale ne trae il corollario della legittimità del ricorso alle disposizioni dettate dagli artt. 133 e 133-bis cod. pen. in tema di fissazione dei criteri dei quali il Giudice deve tenere conto ai fini della determinazione della pena.

<sup>28</sup> Il riferimento è, ovviamente, a Corte Cost., 11 luglio 2003, n. 233.

<sup>29</sup> Cfr. Cass. 12 maggio 2003, n. 7281, in *Foro it.*, 2003, I, pp. 2274 ss.

<sup>30</sup> La Corte Costituzionale rammenta, in tale prospettiva, le ipotesi di azione per i danni derivanti da ingiusta privazione della libertà personale, art. 2 legge 117/1988, nonché la tutela risarcitoria per i danni derivanti dal mancato rispetto del termine ragionevole di durata del processo.

<sup>31</sup> Secondo la nota impostazione inaugurata da Cass. 31 maggio 2003 n. 8828. V. anche Cass. 31 maggio 2003, n. 8827, in *Foro it.*, 2003, I, pp. 2272 ss., con nota di E. Navarra.

anche in assenza di accertamento circa la ricorrenza di una concreta fattispecie di reato (e, dunque, di un comportamento colpevole), risulta difficile riconoscere all'art. 2059 cod. civ. una funzione sanzionatoria e non invece soltanto tipizzante dei singoli casi di risarcibilità del danno non patrimoniale<sup>32</sup>.

Se, dunque, si possono dare casi in cui alla risarcibilità del danno morale non osta l'assenza di un accertamento, in concreto, della colpevolezza del candidato responsabile (e cioè quando il dolore, la sofferenza o il patema d'animo siano il frutto della lesione di interessi della persona costituzionalmente garantiti), la concreta funzione sanzionatoria della condanna risarcitoria si attenua notevolmente, se non svanisce del tutto: ed infatti appare difficile sostenere, a meno di non voler accreditare meccanismi palesemente finzionistici, che una colpa semplicemente presunta, sulla base, ad esempio, della disposizione dell'art. 2054, comma 2, cod. civ., possa essere il termine di riferimento di un giudizio che implichi la riprovazione della condotta tenuta.

Un quadro non molto dissimile sembra, del resto, emergere dalle ancora relativamente recenti modificazioni normative, sul punto, del sistema tedesco: all'interno del quale – com'è noto – attraverso l'abrogazione del § 847 BGB, e la modifica del § 253 BGB, è stata introdotta una regola normativa nuova. Ed infatti, benché il tenore della disposizione inserita al § 253 sia formalmente analogo a quello dell'abrogato § 847, la norma assume – come è stato notato – un significato radicalmente innovativo, poiché estende il risarcimento del danno non patrimoniale alla responsabilità oggettiva (oltre che alla responsabilità contrattuale), mentre la norma abrogata, in quanto contenuta all'interno della disciplina delle *unerlaubte Handlungen*, lo limitava alla sola responsabilità per colpa<sup>33</sup>.

Né d'altra parte va trascurato che, come è stato puntualmente, ed anche da ultimo, rilevato in dottrina<sup>34</sup>, l'efficacia propriamente punitiva della condanna risarcitoria poteva risultare già ridotta, se non addirittura annullata, dalla pratica, o dall'obbligo dell'assicurazione di responsabilità civile; questa, sostanzialmente azzerando il costo

<sup>32</sup> Questa è, infatti, com'è noto, la conclusione cui perviene Corte Cost., 11 luglio 2003, n. 233, cit.

<sup>33</sup> Sul punto cfr. C. Castronovo, *La responsabilità civile in Italia al passaggio del millennio*, cit., p. 145, nota 39.

<sup>34</sup> Cfr. G. Afferni, *La riparazione del danno non patrimoniale*, cit., p. 879.

economico della condanna risarcitoria per il responsabile, elide, appunto, la valenza afflittivo-punitiva della condanna stessa<sup>35</sup>.

Se le considerazioni fin qui svolte colgono nel segno, l'affermazione di una (tendenzialmente generalizzata) funzione punitivo-sanzionatoria (e, dunque, di deterrenza) della condanna risarcitoria a fronte di un danno morale appare bisognosa di un'approfondita rimeditazione, nel senso che tale, ipoteticamente generale, funzione punitivo-sanzionatoria deve essere esclusa almeno nei casi in cui il risarcimento prescindia del tutto da un accertamento in concreto della colpevolezza del candidato responsabile, mentre può rinvenire il proprio terreno di elezione nella materia degli illeciti dolosi: ed in questo senso può costituire, in effetti, un modello suggestivo quello del più volte menzionato art. 1371 dell'*avant projet*, che prevede la possibilità per il Giudice di riconoscere il risarcimento dei danni punitivi solo in presenza di «*une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative*».

Un'indicazione analoga, sia pure in termini di maggiore generalità, sembra provenire anche dal *Code civil* del Québec, il quale, all'art. 1621, ponendo l'accento sulla funzione preventiva che al risarcimento dei danni punitivi deve attribuirsi, individua, quali criteri dei quali tenere conto ai fini della loro determinazione (in ogni caso circoscritta all'ambito sufficiente, appunto, ad assicurarne funzione preventiva), quello della gravità della colpa del debitore e della sua situazione patrimoniale<sup>36</sup>.

#### 4.2. Segue. *La prospettiva dell'analisi economica del diritto*

Una conclusione analoga è raggiunta anche, in dottrina, sulla base di percorsi di indagine attenti alle suggestioni dell'analisi economica del diritto e che escludono l'opportunità di dare ingresso al

<sup>35</sup> Del tutto coerentemente, allora, la disposizione dell'art. 1371 dell'*avant projet* prevede che i danni punitivi non siano assicurabili.

<sup>36</sup> Può essere interessante notare che, in prospettiva generale, la disciplina della responsabilità civile contenuta nel *code civil québécois* è stata descritta come caratterizzata, nel solco della tradizione giuridica nazionale, da una sorta di «ossessione della colpa come base della responsabilità civile» (cfr., sul punto, anche per qualche considerazione attenta ai principi generali che, sul punto, emergono nell'ambito della *Charte québécoise des droits et des libertés de la personne*, A. Popovici, *Tendances récentes du droit de la responsabilité civile au Québec*, in *Les métamorphoses de la responsabilité*, cit., in particolare p. 133.

meccanismo della condanna punitiva, o dell'applicazione di pene private, sia in presenza di ipotesi di responsabilità per colpa, sia nell'ambito della responsabilità oggettiva.

È stato, infatti, osservato che, assumendo quale scopo della responsabilità quello di minimizzare il costo sociale complessivo, «l'eventuale imposizione dell'obbligo di devolvere somme a titolo di penale condurrebbe ad un innalzamento dell'attività preventiva al suo livello ottimale»: infatti, «l'imposizione di una penale condurrebbe [...] ad un innalzamento del costo complessivo che deve essere risarcito (costo dell'incidente + somma a titolo di penale), inducendo, come conseguenza ulteriore, ad un innalzamento delle misure preventive di sicurezza pari esattamente all'entità della somma concessa a titolo di penale», con conseguenti «effetti disincentivanti e di iperdeterrenza che l'imposizione di una penale comporterebbe in relazione all'attività del soggetto agente»<sup>37</sup>.

Un discorso non dissimile viene proposto anche con riferimento alla materia della responsabilità oggettiva, poiché – sulla premessa che la funzione della responsabilità oggettiva sia quella di «consentire l'internalizzazione integrale del costo sociale complessivo conseguente la realizzazione di determinate attività produttive» – «imporre l'obbligo di devolvere penali produrrebbe un effetto di iperdeterrenza: con conseguente disincentivazione di attività d'impresa socialmente utile»<sup>38</sup>.

Non è questa la sede per riprendere il discorso sulle perplessità metodologiche che può suscitare, in generale, il ricorso agli strumenti dell'analisi economica del diritto: decisivo essendo comunque, al riguardo, il rilievo, già da tempo proposto in dottrina, secondo il quale l'utilizzazione dell'argomento economico presuppone una giustificazione a livello di diritto positivo e di gerarchia delle fonti che non può, ovviamente, esaurirsi nella mera presa d'atto della suggestione dell'uno o dell'altro approccio dell'analisi economica del diritto<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> Cfr. P. Gallo, *Pene private e responsabilità civile*, cit., pp. 62-63.

<sup>38</sup> *Ivi*, pp. 63-64.

<sup>39</sup> Si vedano, sul punto, le notazioni di C. Salvi, *Il paradosso della responsabilità civile*, cit., p. 144; decisiva è, del resto, la considerazione, ampiamente argomentata, di nuovo, da quest'Autore, secondo la quale l'uso delle tecniche dell'analisi economica del diritto può di per sé condurre a conclusioni diametralmente opposte in ordine al modello di responsabilità che si intenda accreditare (cfr. *Id.*, *op. loc. cit.*).

È tuttavia significativo il convergere delle impostazioni fin qui esaminate verso la soluzione che esclude la seria configurabilità di una funzione sanzionatoria della condanna risarcitoria per danno morale tutte le volte che non sia possibile un accertamento circa la sussistenza di una concreta situazione di colpevolezza, in senso lato, e, dunque, comprensivo anche del dolo, del candidato responsabile.

### *5. Verso una funzione preventivo-sanzionatoria della condanna risarcitoria per danno morale*

Si possono, a questo punto, formulare le prime conclusioni in ordine ai limiti entro i quali sia dato configurare in effetti una funzione preventivo-sanzionatoria della condanna risarcitoria per danno morale.

Può ritenersi, innanzi tutto, che, in caso di fatto illecito doloso<sup>40</sup>, e che sia produttivo di un danno morale, la condanna del responsabile assuma in concreto anche una funzione sanzionatoria e possa produrre un effetto deterrente avverso la reiterazione di comportamenti analoghi.

Tuttavia, anche in questi casi, ed almeno allo stato attuale del diritto positivo, la condanna del responsabile non potrà prescindere dall'allegazione, e dalla prova, delle conseguenze pregiudizievoli dell'illecito, sia pure riferite, secondo la tradizionale fenomenologia del danno morale, al dolore, nell'afflizione e nel patema d'animo: secondo quanto è stato ritenuto, in epoca ancora non risalente, dalla Corte di Cassazione, in un caso, piuttosto insolito, di pretesa risarcitoria relativa all'asserito danno esistenziale discendente dalla lesione del legame di affezione con un cavallo<sup>41</sup>.

Il richiamo al rigore dell'onere probatorio<sup>42</sup>, suscettibile ovvia-

<sup>40</sup> Sul punto è, ovviamente imprescindibile il rinvio alle riflessioni, tuttora attuali, di P. Cendon, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Torino, 1974 nonché, più di recente, Id. *Danno imprevedibile e illecito doloso*, in G. Visintini (a cura di), *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1984, pp. 23 ss.

<sup>41</sup> Il riferimento è a Cass. 27 giugno 2007, n. 14846, inedita per quel che consta: la sentenza ha altresì escluso, concretizzando in termini sicuramente condivisibili il concetto di danno da lesione di diritti della persona costituzionalmente garantiti, che potesse essere considerato a tale stregua il danno derivante, appunto, dalla perdita di un cavallo.

<sup>42</sup> Sul punto è d'obbligo rammentare Cass., Sez. Un., 24 marzo 2006, n. 6572, in *Foro it.*, 2006, I, p. 2334, con note di Cendon e Ponzanelli.



mente di essere assolto anche mediante presunzioni<sup>43</sup>, desumibili dalla qualità del soggetto leso o, in caso di danno «di riflesso»<sup>44</sup>, dalle sue relazioni con la vittima primaria, costituisce, allo stato attuale, l'unico possibile correttivo, benché affidato, inevitabilmente, alla discrezionalità giudiziale, al pericolo di un'esuberanza sanzionatoria della condanna.

Tale pericolo si coglie, se non in modo particolare, anche sul piano della moltiplicazione di richieste di condanna risarcitoria ad opera di una pluralità di soggetti che si assumono danneggiati: con un evidente effetto distorsivo rispetto ad un modello di funzione sanzionatoria, ma anche rispetto ad un modello di semplice deterrenza, la quale, per essere tale, postula che l'autore dell'illecito sia in grado di rappresentarsi le conseguenze derivanti dal medesimo.

Da questo angolo visuale, la recentissima riapertura del dibattito giurisprudenziale sulle condizioni di risarcibilità del danno da morte<sup>45</sup> sembra effettivamente introdurre un elemento di forte complicazione nella ricostruzione della categoria del danno, sia sotto il profilo della riproposizione della categoria del danno-evento (considerato alla stregua di una semplice eccezione alla regola della necessità di una concreta conseguenza dannosa per innescare il rimedio risarcitorio), sia dall'angolo visuale della funzione stessa della responsabilità civile<sup>46</sup>. Viene in considerazione la costruzione di una categoria di danno evento, appunto il danno da perdita della vita: danno evento, perché tale da acquisirsi da parte della vittima istan-

<sup>43</sup> Secondo quanto opportunamente ricorda Cass. 12 giugno 2006, n. 13546, in *Danno resp.*, 2006, p. 843, con nota di Ponzanelli.

<sup>44</sup> Come accade nell'ipotesi di danno lamentato dai congiunti della vittima primaria, che ha assunto assai maggiore importanza pratica a partire dall'affermazione, ad opera di Cass. 23 aprile 1998, n. 4186, in *Danno resp.*, 1998, p. 687, della risarcibilità del danno morale dei congiunti della vittima primaria anche in caso di lesioni personali, e non di morte, di quest'ultima.

<sup>45</sup> Si tratta di Cass. 23 gennaio 2014, n. 1361, in *Danno e responsabilità*, 2014, pp. 363 ss. dove si trova anche pubblicata l'ordinanza di rimessione della questione alle Sezioni Unite del 4 marzo 2014, n. 5056.

<sup>46</sup> Basti pensare all'impostazione di N. Lipari, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, pp. 212 ss., che costituisce l'immediato antecedente della sentenza di Cass. 1361/2014, dove lo strumento teorico per superare il precedente orientamento giurisprudenziale in materia di danno da morte è quello di una rimeditazione della stessa categoria della soggettività giuridica, così da accreditare una sorta di tutela oggettiva del bene della vita, «meritevole di tutela nell'interesse della intera collettività».

taneamente al momento della lesione mortale, con una netta divaricazione rispetto ai principi affermati, un ventennio fa, da Corte Cost n. 372/1994 (e con la possibile prospettiva – che, se concretizzata, assumerebbe aspetti di straordinario interesse – dell'accreditarsi di un concetto di danno evento tutte le volte che venga in gioco il nucleo incompressibile della dignità umana). E la circostanza che questa possa essere in effetti una delle linee di tendenza dell'evoluzione, nell'immediato futuro, del problema del risarcimento del danno non patrimoniale si desume anche da una recente sentenza della Corte di Cassazione<sup>47</sup>, la quale ha cassato la sentenza di merito che aveva liquidato in maniera irragionevolmente modesta il danno subito da un soggetto discriminato in ragione del proprio orientamento sessuale, sulla premessa della natura di diritto fondamentale di quest'ultimo, attinente alla realizzazione della personalità dell'individuo, tutelato a livello nazionale e sovranazionale; nella motivazione della sentenza è possibile cogliere la consapevolezza che l'ascrivibilità del divieto di discriminazione a quello che potremmo definire il nucleo duro ed intangibile della libertà e dignità umana è tale da giustificare il riconoscimento di un livello particolarmente elevato di offensività e riprovevolezza del danno inflitto. Non a caso una recentissima dottrina, soffermandosi sulla sentenza di Cass. n. 1361/2014 (est. Scarano), ha osservato che «là dove sono in gioco valori che appartengono in modo più intimo alla persona – vita, salute, integrità, dignità, autodeterminazione – si deve ritenere, per l'insopprimibile appartenenza all'individuo che li contraddistingue, che la loro violazione contenga già tutti i presupposti del danno, di cui deve essere, però, dimostrata la concreta esistenza ed entità»<sup>48</sup>.

Si delinea, anche alla luce della sentenza da ultimo citata, il problema della funzione del risarcimento di questo danno, definita da Cass. 1361/2014, compensativa, ma forse più propriamente suscettibile di essere qualificata come simbolica, nel senso che la condanna risarcitoria intende in questo caso ripristinare, sia pure con il mezzo inadeguato dell'attribuzione di una somma di denaro, il valore della persona, che l'evento lesivo con effetti letali aveva azzerato; mentre sullo sfondo della sentenza «Scarano», ma ancora più chiaramente di Cass. 1126/2015, si delinea la ripresa di quota di

<sup>47</sup> Il riferimento è a Cass., Sez. III Civ., 22 gennaio 2015, n. 1126.

<sup>48</sup> Così R. Pucella, *Coscienza sociale e tutela risarcitoria*, cit., p. 273.

una possibile valenza extracompensativa della condanna risarcitoria, destinata, come tale, ad assumere una curvatura sanzionatoria del comportamento illecito altrui e, dunque, suscettibile di accrescersi in relazione alla particolare gravità e riprovevolezza del fatto illecito posto in essere dal responsabile.

In ogni caso, ed a voler scartare l'approccio più specificamente sanzionatorio, il risarcimento del danno da perdita della vita sarebbe chiamato ad espletare la funzione che è stata efficacemente definita di riconoscimento simbolico del valore attribuito alla persona (ed al presupposto stesso della sua esistenza, appunto la vita) e di affermazione, sul piano sociale, della ingiustizia della sua violazione<sup>49</sup>. E qui, forse, potrebbe essere il caso di riconsiderare, dopo tanti decenni di riflessione giustamente attenta alle suggestioni, per così dire, a livello di analisi strutturale, dell'analisi economica del diritto, la valenza simbolico-culturale degli istituti e dei rimedi giuridici. Infatti, ed a non voler ritenere che la condanna risarcitoria in materia debba risolversi in una – a questo punto, davvero strana – alchimia<sup>50</sup>, che consisterebbe appunto nell'estrarre (l'erede) monete dalla perdita della vita del proprio dante causa, il danaro non può assumere, in questo caso, il ruolo, che gli è normalmente proprio, di unità di misura dei valori di mercato, bensì, ed appunto, quello di ripristino dell'assetto di valori recepito dall'ordinamento<sup>51</sup>.

In questo senso, appare suggestiva la considerazione, proposta da una dottrina recente, secondo la quale una funzione sanzionatoria «presa sul serio» della condanna risarcitoria per danno morale postulerebbe, in ogni caso, «la certezza della pena, non già una reazione

<sup>49</sup> Cfr. G. Cricenti, *Persona e risarcimento*, Padova, 2005, pp. 190-191.

<sup>50</sup> L'espressione, riferita in generale alla liquidazione del risarcimento in danaro a fronte del danno morale, è di G. Viney, *Les obligations. La responsabilité: conditions*, Paris, 1982, p. 927, la cui posizione, sul punto, è rammentata da F.D. Busnelli, *Interessi della persona e risarcimento del danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, p. 4.

<sup>51</sup> Non sembra persuasivo, sul punto, l'argomento (cfr., in questo senso, N. Lipari, *Le categorie del diritto civile*, cit., pp. 212 ss.) di chi, anche da ultimo, ha ritenuto che la negazione della risarcibilità del danno da morte discenderebbe da «una sovrastruttura di tipo concettuale legata al modo di intendere il valore condizionante delle categorie classificatorie»: infatti, anche l'affermazione secondo la quale «il bene della vita non può essere radicalmente compromesso senza sanzioni (oltre che penali) anche civili» rischia di essere afflitta da una sovrastruttura, questa volta assiologica, laddove pone come premessa del ragionamento quella che ne dovrebbe essere semmai la conclusione, e che avrebbe necessità di essere mediata attraverso un ripensamento, da condursi nel rispetto del dato normativo, del rimedio risarcitorio.

indeterminata o basata su stime equitative»<sup>52</sup>; e le stesse obiezioni si possono muovere, come pure è stato puntualmente notato, alle teorie che ravvisano senz'altro nel risarcimento del danno non patrimoniale, e segnatamente di quello morale, una funzione preventiva, proprio perché, a sua volta, la deterrenza generale può funzionare solo attraverso la conoscenza e la certezza del costo del comportamento<sup>53</sup>.

Sotto quest'ultimo angolo visuale si delinea un limite intrinseco, per così dire, in prospettiva sanzionatoria, della condanna risarcitoria per danno morale, cosicché, a voler portare fino in fondo il discorso sulla funzione sanzionatoria, occorrerebbe sottrarre questa materia alla discrezionalità giudiziale ed ipotizzare un meccanismo di determinazione legislativa *a priori* degli importi suscettibili di essere posti a base della condanna, destinato, peraltro, ed a sua volta, a sfociare in una sorta di riedizione del guidrigildo, introdotto – com'è noto – dall'Editto di Rotari del 643: un esito applicativo che non sembra davvero desiderabile dal punto di vista del progresso degli istituti giuridici.

D'altra parte, e sempre a proposito di determinazione della condanna risarcitoria, nella elaborazione giurisprudenziale della materia del danno non patrimoniale contrattuale in ambito giuslavoristico, la scontata utilizzazione del criterio equitativo, come tecnica attraverso la quale pervenire alla concreta liquidazione del danno non patrimoniale, rifluisce, in particolare, quando il danno non patrimoniale lamentato discenda dalla sottrazione al lavoratore, in tutto o in parte, delle mansioni di sua pertinenza, nel concreto riferimento al parametro della retribuzione: riferimento che appare, tuttavia, intrinsecamente contraddittorio, ove si consideri che la condanna risarcitoria per danno non patrimoniale dovrebbe invece essere volta a compensare perdite di utilità personali che sfuggono, ontologicamente, alle griglie di valutazione offerte dal mercato.

Da questo angolo visuale si impone, dunque, e senz'altro, l'utilizzazione anche in ambito giuslavoristico degli stessi criteri accreditati nell'area del diritto civile generale, così come fissati dalla recente giurisprudenza della Corte di Cassazione<sup>54</sup>: si rammenti, in parti-

<sup>52</sup> Cfr. G. Cricenti, *Persona e risarcimento*, cit., p. 186.

<sup>53</sup> Così ancora G. Cricenti, *op. ult. cit.*, p. 187.

<sup>54</sup> Cfr. Cass. 7 giugno 2011, n. 12408, in *Corr. giur.*, 2011, pp. 1075 ss., con nota di M. Franzoni; Cass. 30 giugno 2011, n. 14402, *ivi*, 2011, pp. 1081 ss.

colare, l'attribuzione alle cosiddette tabelle milanesi della natura di criteri utilizzabili su tutto il territorio nazionale di quantificazione del danno biologico, da intendersi quest'ultimo come comprensivo anche della relativa componente dinamico-relazionale. Pertanto, ed in presenza di dati normativi che consentono di sciogliere, attraverso la tecnica dell'interpretazione analogica, anche il nodo della determinazione del profilo di danno morale soggettivo<sup>55</sup>, non v'è ragione di ritenere che la quantificazione del risarcimento del danno non patrimoniale da violazione di obblighi discendenti dal rapporto di lavoro, quali, in particolare, quelli relativi all'art. 2103 cod. civ., debba essere affidato a criteri differenti e logicamente inadeguati all'essenza stessa della condanna risarcitoria per danno non patrimoniale.

## *6. Le «funzioni» della responsabilità civile e le «strategie» rimediali*

La considerazione da ultimo svolta, a proposito della funzione simbolica della condanna risarcitoria per danno morale, ci consente, a questo punto, di giungere alla conclusione del discorso, svolgendo qualche riflessione relativa alla soluzione di un'aporia del sistema della responsabilità civile, così come lo stesso ci è stato consegnato dalla tradizione, ed è definito, allo stato, a livello di assetti normativi attualmente vigenti.

Il riferimento è al caso del fatto illecito che, pur provocando una sofferenza morale e psicologica intensissima della vittima, non dia luogo ad alcun danno patrimoniale e si risolva invece in un arricchimento più o meno significativo dell'autore del fatto<sup>56</sup>.

<sup>55</sup> Il riferimento è al d.p.r. 3 marzo 2009, n. 37, il quale, conteneva, all'art. 5, c. 1, lett. c, un criterio di determinazione della percentuale del danno morale, «effettuata, caso per caso, tenendo conto della entità della sofferenza e del turbamento dello stato d'animo, oltre che della lesione alla dignità della persona, connessi e in rapporto all'evento dannoso, in una misura fino ad un massimo di due terzi del valore percentuale del danno biologico»; ed ancora al d.p.r. 30 ottobre 2009, n. 181, il quale contiene, all'art. 1, c. 1, lett. b, una definizione di danno morale inteso come «pregiudizio non patrimoniale costituito dalla differenza soggettiva cagionata dal fatto lesivo in sé considerato» nonché, all'art. 4, c. 3, lett. c, un criterio di determinazione della percentuale del danno morale, del tutto coincidente con quello posto dal d.p.r. n. 37/2009.

<sup>56</sup> Il problema era stato colto, con la consueta, acuta sensibilità, da R. Sacco, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959; più di recente, si veda anche il

In ipotesi del genere, e fin tanto che non intervenga il legislatore con una norma specifica<sup>57</sup>, l'unico modo, sul versante della responsabilità civile, per tenere conto del profitto conseguito dall'autore dell'illecito, sarebbe quello di accreditare, tra i criteri dei quali il giudice si possa avvalere in sede di liquidazione (necessariamente equitativa) del danno morale, anche, ed appunto, quello del profitto conseguito dall'autore dell'illecito<sup>58</sup>.

Occorre tuttavia domandarsi se questa soluzione non rischi di essere una manifestazione ulteriore di quella che è stata efficacemente definita come l'inclinazione a ritenere la responsabilità civile come una sorta di Colonne d'Ercole oltre le quali vi sia il nulla<sup>59</sup>; mentre, sulla premessa della consapevolezza che la responsabilità civile sia soltanto una delle tecniche di tutela civile dei diritti, si potrà ritenere che le utilità conseguite dall'autore del fatto illecito dovranno essere restituite alla vittima, perché lo spostamento patrimoniale a tale stregua determinatosi non risulta sorretto da una giustificazione adeguata sulla base dei criteri di valutazione recepiti dall'ordinamento.

In altre parole, ragionare su casi del genere di quelli che si sono appena evocati attraverso lo strumento del risarcimento del danno e, dunque, in un contesto normativo caratterizzato dalla regola posta dall'art. 1223 cod. civ. e dal principio di effettività della perdita, di utilità personali o patrimoniali, che all'illecito si possa causalmente ricollegare, equivarrebbe a precludere l'esito, che pure ognuno avverte come soltanto congruo rispetto alla sostanza del problema che si intende regolare, dell'adozione, a carico del responsabile, di una condanna che gli imponga di restituire il profitto conseguito.

contributo di P. Trimarchi, *L'arricchimento derivante da fatto illecito*, in *Studi in onore di R. Sacco*, II, Milano, 1994, pp. 1149 ss.

<sup>57</sup> Secondo quanto è accaduto con l'art. 125, c. 3, del d.lgs. n. 30/2005: su tale disposizione si veda P. Pardolesi, *Profitto illecito e risarcimento del danno*, Trento, 2005, pp. 153 ss.

<sup>58</sup> Si veda, tuttavia, sul punto la rassegna, attenta particolarmente al dato giurisprudenziale, di M. Franzoni, *Il danno risarcibile*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da M. Franzoni, Milano, 2004, pp. 562 ss., il quale individua, tra i criteri accreditati, la gravità del fatto e del relativo elemento soggettivo, le condizioni economiche delle parti e segnatamente del danneggiato, nonché, se del caso, il proporzionamento del danno al dolore patito *tout court* che può desumersi dalla lesione psicofisica accertata, senza che possa venire in considerazione, pur nell'ampiezza del potere equitativo del giudice, un parametro quale quello, appunto, del profitto conseguito dall'autore dell'illecito.

<sup>59</sup> Così C. Castronovo, *La responsabilità civile in Italia al passaggio del millennio*, in *Europa dir. priv.*, 2003, p. 154.

Il discorso rifluisce, in questo modo, sul piano della riflessione circa l'area, anche di recente oggetto di indagini approfondite e feconde di sviluppi, dei rapporti tra illecito ed arricchimento<sup>60</sup>.

Da questo angolo visuale, se non sono certo applicabili senz'altro alla materia della determinazione quantitativa della condanna alla restituzione del profitto conseguito da colui che abbia altresì, con il suo illecito, cagionato un danno morale, criteri di ricostruzione sistematica originati da ipotesi di privazione della titolarità o della lesione del diritto sotto il profilo del potere di disposizione<sup>61</sup>, la proposta di soluzione che si sta delineando appare sicuramente confortata, dal punto di vista metodologico, dallo sforzo di operare una distinzione tra l'area all'interno della quale possa operare la categoria del danno aquiliano e l'area dove, al contrario, una corretta qualificazione della vicenda postula il ricorso ad altre tecniche di soluzione.

Si potrà allora ipotizzare, in presenza di un fatto illecito, che si risolva, ad esempio, nella lesione di un bene della personalità<sup>62</sup>, il concorso del rimedio risarcitorio, commisurato, dal punto di vista quantitativo, alla perdita di utilità personali o patrimoniali di vita discendenti dalla lesione, con un rimedio restitutorio<sup>63</sup>, per mezzo del quale lo spostamento patrimoniale realizzatosi in favore dell'au-

<sup>60</sup> Il riferimento è, in particolare, al contributo di A. Nicolussi, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento. Un'indagine sul danno non aquiliano*, Milano, 1998; nonché a quello di P. Sirena, *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, Torino, 1999.

<sup>61</sup> Si veda, per questa impostazione, A. Nicolussi, *op. cit.*, p. 11, che, nel solco del pensiero di Castronovo, individua la *regula juris* delle ipotesi in cui il danno consista nella privazione della titolarità o nella lesione del diritto, sotto il profilo del potere di disposizione, nell'istituto dell'arricchimento ingiustificato.

<sup>62</sup> Si consideri il caso dell'utilizzazione economica abusiva dell'immagine o del nome altrui, laddove questi illeciti non siano in grado di dare luogo ad un danno patrimoniale (per l'impossibilità di provare che il soggetto titolare del diritto usurpato avrebbe in effetti inteso utilizzarlo in quel modo). Non casualmente, del resto, una delle ipotesi dalle quali aveva preso le mosse R. Sacco, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, cit., p. 3, era proprio quella cui si è appena fatto cenno, con riferimento alla quale l'A. precisava, correttamente, che «il danno morale non va confuso con l'arricchimento».

<sup>63</sup> Cfr., sul «concorso integrativo del risarcimento del danno con i rimedi restitutori», sia pure in una prospettiva, benché assai suggestiva, non del tutto coincidente con quella evocata nel testo, P. Sirena, *La gestione di affari altrui*, cit., p. 148. Sul punto, fondamentale è anche il contributo di A. di Majo, *La tutela civile dei diritti*, cit., pp. 301 ss. (e si veda anche, da ultimo, P. Pardolesi, *Profitto illecito e risarcimento del danno*, cit., in particolare, in un'interessante prospettiva comparatistica, pp. 15 ss.).

tore del fatto illecito sarà caducato, con la restituzione del profitto conseguito alla vittima dell'altrui condotta.

Né deve sembrare del tutto incongruo l'accostamento della questione che si sta qui trattando con i problemi cui danno luogo i fatti di lesione del potere di disposizione: ed invero le ipotesi in cui può venire in considerazione un problema di restituzione del profitto conseguito dall'autore della violazione di un diritto altrui sono, a ben vedere, casi in cui l'autore del fatto incide sul potere di disposizione che spetta al titolare del diritto, usurpandolo anche quando egli non avrebbe voluto comunque «disporne».

Ma anche nelle ipotesi in cui non sia possibile parlare di usurpazione del diritto offeso dalla condotta dell'autore del fatto<sup>64</sup> viene, comunque, in considerazione la *ratio* della regola sopra accennata, proprio per l'impossibilità di ravvisare una giustificazione patrimoniale adeguata allo spostamento di ricchezza – il profitto conseguito dal responsabile – che pure la vicenda realizza.

Trova allora conferma, anche dall'angolo visuale del nostro tema, la necessità di evitare che alla responsabilità civile sia fatto carico della soluzione di esigenze di tutela che essa, almeno allo stato della disciplina positiva, non è in grado di soddisfare: ed è questa un'istanza metodologica<sup>65</sup> che, nel momento presente dell'evoluzione dell'istituto aquiliano, induce semmai a rimettere all'intervento del legislatore scelte (a loro volta, se attuate, opinabili, laddove tali da stravolgere la fisionomia sistematica della responsabilità civile) che non possono comunque essere perseguite senz'altro attraverso l'opera del giudice<sup>66</sup>.

Ed in questa prospettiva non si può fare a meno di osservare che l'ancora recente introduzione dell'art. 614-*bis* cod. proc. civ., con l'esclusione – invero davvero difficilmente comprensibile – della sua

<sup>64</sup> Si consideri il caso in cui l'impresa giornalistica consegua ingenti profitti dalla pubblicazione di notizie lesive dell'onore o della reputazione della persona.

<sup>65</sup> Più volte richiamata da C. Castronovo: *La nuova responsabilità civile*, cit., *passim* e, tra l'altro, pp. 555 ss.; Id., *La responsabilità civile in Italia al passaggio del millennio*, cit., pp. 153 ss.

<sup>66</sup> Da quest'angolo visuale, il tema oggetto di indagine costituisce un'ulteriore occasione per richiamare l'attenzione, nel solco di un recente, autorevole ammonimento, sulla necessità di evitare una confusione di ruoli tra giudice e legislatore, nel senso che quest'ultimo non pretenda «di risolvere nel suo prodotto l'interno normativo», mentre il primo non formuli le proprie «sentenze in prospettiva legiferante» (così C. Castronovo, *La responsabilità civile in Italia al passaggio del millennio*, cit., p. 169).



**applicazione all'area delle controversie in materia di lavoro subordinato, pubblico e privato, e dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa contemplati dall'art. 409 cod. proc. civ., rappresenta un'autentica occasione perduta, nella ricerca di tecniche rimediali davvero effettive e nel tentativo di evitare utilizzazioni dello strumento risarcitorio che trasformino l'indubbia ricchezza della sua dimensione funzionale in ambiguità della medesima.**

# Tecniche risarcitorie nella tutela del lavoro

di Giuseppe Ferraro\*

SOMMARIO: 1. Il dibattito civilistico sul danno alla persona e i riflessi nei rapporti di lavoro. – 2. La protezione assicurativa del danno biologico. – 3. I limiti di operatività dell'esonero assicurativo. – 4. Il *mobbing* e gli effetti risarcitori. – 5. Il danno alla professionalità. – 6. L'indennità forfetaria per i contratti a termine illegittimi e la sanzione amministrativa per la violazione del limite percentuale. – 7. Il contratto di somministrazione ed altri contratti temporanei. – 8. La violazione della disciplina sul contratto a termine nel settore pubblico. – 9. I trattamenti risarcitori nella nuova disciplina dei licenziamenti illegittimi. – 10. Il trattamento risarcitorio dei diritti correlati ai tempi di lavoro. – 11. Riflessioni di sintesi sulla proliferazione delle istanze risarcitorie. – 12. In particolare, sul confronto fra la dottrina civilista e quella lavorista.

## *1. Il dibattito civilistico sul danno alla persona e i riflessi nei rapporti di lavoro*

Il tema è molto ampio e problematico, sottende un dato empiricamente rilevabile inerente alla diffusione delle tecniche risarcitorie nei rapporti di lavoro, segnatamente nel contenzioso giudiziario, e implica un interrogativo da soddisfare: se cioè esse assumono una valenza aggiuntiva rispetto alle tecniche tradizionali, spesso tipiche del diritto del lavoro, o se hanno una funzione, almeno in parte, sostitutiva; in ogni caso impongono un bilancio complessivo per stabilire se il saldo finale è positivo o negativo nella tutela degli interessi del mondo del lavoro.

\* Professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università di Napoli «Federico II».

Tralascio il dibattito civilistico in continua e tormentata evoluzione sul danno non patrimoniale inferto ai valori e ai diritti fondamentali della persona<sup>1</sup>, quali rilevabili direttamente dalla Carta costituzionale (specie artt. 2, 3, 32, 38 Cost.), in guisa tale da ripercuotersi immediatamente nei rapporti privati, essendo peraltro alcuni dati ampiamente consolidati: *sia* sulla lettura costituzionalista dell'art. 2059 cod. civ., che intrinsecamente contempla la risarcibilità dei danni arrecati ai diritti inalienabili della persona di rilevanza costituzionale (art. 2 Cost.), anche a prescindere dalla sussistenza di una fattispecie criminosa (*ex* art. 185 cod. pen.), *sia* sulla risarcibilità del danno non patrimoniale nell'ambito dei rapporti obbligatori, travalicando così una netta separazione tra il danno contrattuale e quello non contrattuale, la cui portata operativa va sempre più attenuandosi<sup>2</sup>.

Restano tuttavia ancora molti margini di incertezza, ad iniziare dalla tipologia dei danni riconducibili all'ampia categoria dei danni non patrimoniali una volta superata l'assimilazione degli stessi al danno morale (da intendersi anch'esso come mera sottospecie, secondo taluni marginale), contrapponendosi tuttora un orientamento favorevole a un sistema binario o bipolare, che ingloba nel danno

<sup>1</sup> Nella vasta letteratura v. per tutti E. Navarretta (a cura di), *Il danno non patrimoniale. Principi, regole e tabelle per la liquidazione*, Milano, 2010; G. Visintini (diretto da), *Il risarcimento del danno contrattuale*, Padova, 2009; P. Cendon (diretto da), *Trattato dei nuovi danni*, Padova, 2011; S. Patti (diretto da), *Responsabilità civile e danno non patrimoniale*, Torino, 2010.

<sup>2</sup> Appena si ricorda che la Corte di Cassazione nella ben nota pronuncia n. 8827/2003, e in quella immediatamente successiva 8828/2003, ha precisato che «la tradizionale restrittiva lettura dell'art. 2059, in relazione all'art. 185 cod. pen. come diretto ad assicurare tutela soltanto al danno morale soggettivo, alla sofferenza contingente, al turbamento dell'animo transeunte determinati da fatto illecito integrante reato [...] non può essere ulteriormente condivisa. Nel vigente assetto dell'ordinamento, nel quale assume posizione preminente la Costituzione – che, all'art. 2, riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo – il danno non patrimoniale deve essere inteso come categoria ampia, comprensiva di ogni ipotesi in cui sia leso un valore inerente alla persona». Ma non si può trascurare l'avversa prospettazione di un illustre Maestro per il quale da tempo «risulta evidente che l'art. 2043 cod. civ. individua l'oggetto e la misura dell'obbligo di risarcimento del danno, spoglio di qualsiasi aggettivazione, tranne il connotato essenziale di 'ingiusto' che ne segna la rilevanza giuridica», R. Scognamiglio, *Il danno non patrimoniale innanzi alle sezioni unite*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II, pp. 486 ss., spec. p. 490; dello stesso v. già numerosi saggi sulla responsabilità civile ora nel volume *Responsabilità civile e danno*, Torino, 2010; Id., *Danno biologico e rapporto di lavoro subordinato*, in *Arg. dir. lav.*, 1997, pp. 1 ss.; v. pure L. Nogler, *Danni personali e rapporti di lavoro: oltre il danno biologico*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, I, p. 287.

biologico la maggior parte delle figure di danno non patrimoniale elaborate dalla fertile produzione giurisprudenziale, quali sottocategorie riconducibili a una matrice unitaria<sup>3</sup>, e una tendenza pluralista, che continua a prefigurare modelli aggiuntivi di danni, alcuni dei quali con una precisa identità anche ai fini risarcitori (ci si riferisce in particolare al danno esistenziale, al danno morale soggettivo e oggettivo, a quello tanatologico, ecc.)<sup>4</sup>.

Nella riflessione che andiamo a svolgere è centrale l'effettiva incidenza di questo dibattito sulla protezione lavoristica quale strutturata attorno alla fattispecie del contratto di lavoro subordinato che, nonostante tutto, resta ancora centrale nell'impianto protettivo<sup>5</sup>.

Indubbiamente tale dibattito civilistico ha favorito un processo di rivisitazione e dilatazione della portata regolativa dell'art. 2087 cod. civ., che si è sviluppata *sia* sul piano dei contenuti obbligatori, *sia* sul piano dei valori protetti, *sia* su quello degli effetti che scaturiscono dalla lesione degli obblighi di protezione<sup>6</sup>. È del resto significativo che la maggior parte delle rivendicazioni dei lavoratori riscontrabili in sede giudiziaria, per lo più conseguenti ad atti illegittimi di gestione del personale da parte del *management* aziendale, presenti a corredo un elenco di danni patrimoniali e non patrimoniali da risarcire, il cui fondamento viene per lo più ricondotto alla violazione

<sup>3</sup> V. Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974, 26975, su cui v. L. Montuschi, *Il risarcimento dei danni non patrimoniali: personalizzare si può*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II, p. 895; R. Del Punta, *Il nuovo regime del danno non patrimoniale*, *ivi*, 2009, II, p. 510; R. Scognamiglio, *Il danno non patrimoniale...*, cit., pp. 486 ss.; v. pure A. Vallebona, *Danno non patrimoniale e rapporti di lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2010, n. 1, p. 1145. Da ultimo v. pure Cass. 25 luglio 2014, n. 17006. Per una critica analitica a tale indirizzo v., oltre ai saggi di R. Scognamiglio citati nella nota precedente, P.G. Monateri, *Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 56; P. Ziviz, *Il danno non patrimoniale: istruzioni per l'uso*, *ivi*, 2009, p. 94.

<sup>4</sup> L'indirizzo pluralistico affiora di frequente nella più recente elaborazione della Cassazione in argomentazioni non sempre lineari, v. Cass. n. 1362/2014; Cass. n. 21917/2014; Cass. n. 22585/2013; Cass. n. 16041/2013; Cass. n. 20292/2012.

<sup>5</sup> Su tale problematica v. per tutti M. Cinelli, *Il danno non patrimoniale alla persona del lavoratore: un excursus su responsabilità e tutele*, in AA.VV., *Il danno alla persona del lavoratore*, Milano, 2007, pp. 115 ss.; R. Del Punta, *Il diritto della persona e contratto di lavoro*, *ivi*, p. 19.

<sup>6</sup> Come efficacemente sintetizzato, «sul versante lavoristico, il generale principio del *neminem laedere* si materializza ed assume la forma giuridica di un'autonoma obbligazione contrattuale, così confermando l'esistenza di un *periculum* reale ed immanente nella relazione giuridica che nasce dal contratto di lavoro subordinato», L. Montuschi, *I problemi del danno alla persona nel rapporto di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, I, p. 317.

dell'obbligo di sicurezza sancito dall'art. 2087 cod. civ. Norma che in tal guisa assume un peso centrale, con ampie implicazioni dogmatiche, nel coacervo degli interessi e degli obblighi derivanti dal contratto di lavoro, in quanto sottende implicitamente l'incorporazione nella struttura causale della relativa fattispecie di un'ampia responsabilità sociale dell'impresa connessa al mero esercizio della funzione imprenditoriale<sup>7</sup>.

È altrettanto significativo che un tale processo rivendicativo venga in qualche modo «contenuto» dalla giurisprudenza, non tanto sul piano dei presupposti teorici della sua formulazione, quanto piuttosto sul piano delle tecniche processuali, richiedendo una prova dei danni effettivi sempre più rigorosa, ovvero con riferimento ai criteri di quantificazione del danno, che viene spesso determinato sulla base di parametri alquanto riduttivi.

## *2. La protezione assicurativa del danno biologico*

In questo contesto problematico in continua evoluzione, un peso centrale assume la copertura assicurativa per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, specie dopo la protezione accordata al danno biologico in virtù dell'art. 13 del d.lgs. n. 38/2000, in raffronto al risarcimento del danno che è consentito rivendicare sulla base dei canoni civilistici<sup>8</sup>. Questione di notevole complessità, ma anche

<sup>7</sup> La portata espansiva della norma è all'origine della convinzione, ampiamente diffusa nella letteratura civilistica, che nel settore specifico non fosse affatto richiesta una rilettura dell'art. 2059 in chiave costituzionalista, giacché l'obbligo di proteggere la sfera psicofisica e morale del lavoratore trova autonoma ed esaustiva esplicazione nella formula dell'art. 2087 cod. civ. «in grado di abbracciare ogni voce di danno alla persona, patrimoniale e non patrimoniale, che il lavoratore abbia subito in occasione di lavoro», C. Castronovo, *Danno alla persona nel rapporto di lavoro*, in AA.VV., *Il danno alla persona...*, cit., pp. 181 ss.; Id., *Danno alla persona nel rapporto di lavoro*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, pp. 1341 ss.

<sup>8</sup> Non si possono non segnalare le sentenze del 1991 con le quali la Corte costituzionale ha dato avvio al processo destinato all'inserimento del danno biologico nell'assicurazione obbligatoria degli infortuni sul lavoro: sent. n. 356/1991, n. 485/1991, n. 87/1991, su cui ampiamente L. Ludovico, *Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità civile del datore di lavoro*, Milano, 2012. La più circostanziata definizione del danno biologico, anche nei profili relazionali, è notoriamente contenuta nell'art. 38, c. 2, lett. a, Codice delle assicurazioni, che lo qualifica come «la lesione temporanea o permanente dell'integrità psicofisica della perso-

di elevato spessore teorico, perché consente di testare puntualmente i limiti e le modalità secondo cui l'elaborazione civilistica sui danni alla persona sia suscettibile di riflettersi nelle relazioni di lavoro pur in presenza di una disciplina speciale. In questa vasta area tematica, alcuni interrogativi restano privi di una soddisfacente e definitiva soluzione, mentre altri vengono affrontati *ora* in modo del tutto intuitivo al di fuori di un affidabile percorso logico-ricostruttivo, *ora* in modo pragmatico, empirico o casistico.

Tralasciando i vari profili processuali (pregiudizialità della denuncia all'INAIL, litisconsorzio necessario), ovvero quelli strettamente contabili (sulle varie tabelle a punti adottabili<sup>9</sup>), restano pregiudizialmente incerti i limiti entro cui è possibile richiedere l'intervento previdenziale per danno biologico in tutti quei casi in cui la lesione degli interessi personali del lavoratore risulta determinata da atti organizzativi o gestionali dell'imprenditore non conformi ai parametri di legalità prescritti: si pensi all'illegittimo esercizio del potere disciplinare e persino dello stesso licenziamento, specie allorquando assume una conformazione ingiuriosa e/o persecutoria, agli atti di dequalificazione, demansionamento ed emarginazione del lavoratore, al mancato rispetto dei vincoli in materia di riposi e di orario di lavoro, che si riflettono quasi automaticamente sulle condizioni di salute e di stress dei lavoratori implicati. In termini più generali si potrebbe richiamare la legislazione antidiscriminatoria di prima e seconda generazione, quella sulle molestie morali e sessuali ovvero quella a tutela dell'immagine, della dignità e della *privacy* del lavoratore.

Sul punto si tornerà successivamente quando si esaminerà la questione con riferimento a una fattispecie emblematica, quella del *mobbing*; per ora ci si può limitare a rilevare un atteggiamento al-

na suscettibile di accertamento medico-legale che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di produrre reddito»; su tale definizione v. Cass. 18 febbraio 2010, n. 3906.

<sup>9</sup> Appena si evidenzia che con riferimento alla tabella in vigore presso il Tribunale di Milano, la Corte di Cassazione, Sez. III Civ., con sent. n. 12048 del 7 giugno 2011, ha ribadito che i valori di riferimento per la liquidazione del danno alla persona adottati dal predetto Tribunale «costituiranno d'ora innanzi, per la giurisprudenza di questa Corte, il valore da ritenersi equo, e cioè quello in grado di garantire la parità di trattamento ed applicare in tutti i casi in cui la fattispecie concreta non presenti circostanze idonee ad aumentarne o ridurne l'entità».

quanto ondivago della giurisprudenza in materia, non sempre adeguatamente argomentato, eppure tendenzialmente favorevole a consentire la copertura assicurativa anche per gli effetti dannosi derivanti dai predetti comportamenti, in tal modo debordando dai limiti e dai presupposti dell'intervento assicurativo prescritto dalla disciplina in materia. Processo certamente favorito da quella elaborazione della Corte costituzionale (per tutte, sent. n. 179/1988) che ha esteso la copertura assicurativa anche alle malattie non tabellate, aprendo così le porte alla tutelabilità di qualsiasi malattia di cui sia provata la derivazione eziologica dal contesto di lavoro.

### *3. I limiti di operatività dell'esonero assicurativo*

Ancora più interessante è poi l'ampia problematica che si concentra sui limiti di operatività dell'esonero assicurativo, tuttora garantito dai primi commi dell'art. 10, d.p.r. n. 1124/1965, che consentono la risarcibilità dei danni non patrimoniali soltanto in presenza di reati perseguibili d'ufficio (oltretutto per fatto di coloro di cui il datore di lavoro debba rispondere *ex art.* 1228 e art. 2049 cod. civ.).

Sul punto scarso peso assume ormai l'opinione, del tutto minoritaria, che ancora si concentra sul carattere transattivo, e in qualche modo alternativo ed esaustivo, dell'esonero assicurativo, consentendo l'accertamento della responsabilità civilistica soltanto in presenza di una conclamata condanna penale (sul ridimensionamento dell'esonero, v. già le sentenze nn. 22/1977, 102/1981, 118/1986, 372/1988, 459/1995). Sebbene si potrebbe supporre, come ipotizzato da taluni<sup>10</sup>, che una tale prospettazione risulterebbe rilanciata, *per un verso* dall'inclusione del danno biologico tra gli eventi protetti, *per altro verso* dalla portata onnivalente di tale fattispecie suscettibile di inglobare la maggior parte dei danni non patrimoniali secondo l'orientamento prevalente della Corte di Cassazione.

Ma anche una volta acquisito che la tutela previdenziale e quella civilistica operano su piani diversi e per obiettivi in gran parte eterogenei – la tutela assicurativa, di stampo indennitario, è volta a proteggere da uno stato di bisogno in un'ottica sostanzialmente pubblicistica e solidaristica (art. 38 Cost.), mentre la tutela civilistica

<sup>10</sup> L. Montuschi, *Il risarcimento dei danni non patrimoniali*, cit., p. 895.

ha una funzione sostanzialmente riparatoria dei danni provocati<sup>11</sup> – restano posizioni difformi sia sui presupposti del danno differenziale, sia sui parametri di quantificazione (specie con riferimento al calcolo del danno biologico differenziale nell’alternativa tra una comparazione voce per voce ovvero in un’ottica complessiva)<sup>12</sup>.

Si mantiene ancora nell’ambito del circuito regolamentare definito dal T.U. sulle assicurazioni obbligatorie quella posizione teorica che ammette la risarcibilità del danno non patrimoniale allorché la responsabilità del datore di lavoro venga ricostruita in sede civilistica secondo i parametri stringenti della colpa e della responsabilità penale, specie se si pone l’accento sul particolare nesso causale richiesto per un tale accertamento per rimanere coerenti con il disposto normativo<sup>13</sup>.

Travalicina in gran parte la portata della disciplina previdenziale, invece, quella posizione che, insistendo sulla completa autonomia dei due comparti, fa leva sulla responsabilità obbligatoria a carico dell’imprenditore, quale desumibile dal combinato disposto degli artt. 2087 e 1218 cod. civ., che sottende un’ampia responsabilità aziendale a tutela della salute sino a sfiorare in qualche caso i limiti di una responsabilità oggettiva per rischio d’impresa<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> Così Corte cost. 21 novembre 1997, n. 350.

<sup>12</sup> Si ricorda che una volta incluso il danno biologico nella tutela assicurativa restano ancora estranei alla stessa: il danno morale, il danno per micro-permanenti inferiori al 6%, il danno biologico temporaneo, il danno biologico soggettivo o personalizzato, il danno biologico *iure proprio* degli eredi, il danno esistenziale, ove non inglobato nel danno biologico. Su tali profili v. ampiamente A. De Matteis, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Milano, 2011; G. Ludovico, *Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro...*, cit.

<sup>13</sup> M. Casola, *Esonero da responsabilità del datore di lavoro e conseguenze processuali in tema di danno differenziale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, I, pp. 99 ss.; P. Scognamiglio, *Il danno differenziale rispetto alla prestazione INAIL*, in *Mass. giur. lav.*, 2011, p. 256; A. Vallebona, *Prestazione previdenziale e risarcimento dei danni per infortunio sul lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2010, p. 268. In giurisprudenza v. Cass. 22 aprile 2011, n. 9290; Cass. 2 febbraio 2011, n. 2464.

<sup>14</sup> La tesi estensiva fa ampiamente leva sulla sentenza della Cassazione n. 9817/2008, secondo cui «la responsabilità del datore di lavoro ex art. 2087 c.c. è di carattere contrattuale, perché il contenuto del contratto individuale di lavoro risulta integrato per legge (ai sensi dell’art. 1374 cod. civ.) dalla disposizione che impone l’obbligo di sicurezza e lo inserisce nel sinallagma contrattuale. Ne consegue che il riparto degli oneri probatori nella domanda di danno da infortunio sul lavoro si pone negli stessi termini che nell’art. 1218 cod. civ. sull’inadempimento delle obbligazioni; da ciò discende che il lavoratore che agisca per il riconoscimento del danno differenziale da infortunio sul lavoro, deve allegare e provare l’esistenza dell’obbligazione lavorativa, del danno, e il



Evidentemente la risoluzione della problematica in esame non è agevolata dalla distinzione convenzionale tra «danno differenziale» e «danno complementare» (o differenziale qualitativo), quest'ultimo relativo alle aree non coperte dalla tutela assicurativa, atteso che ipotesi restrittive nei confronti della prima categoria devono rendere conto del fatto che quando si tratta di danno non coperto dalla tutela assicurativa (danno complementare) operano integralmente i parametri civilistici proiettati a garantire una tutela integrale del danno arrecato. Del resto uno scompensamento ancora maggiore si realizzerebbe per tutte quelle ipotesi in cui il risarcimento del danno biologico arrecato al lavoratore non trovi copertura alcuna nella tutela assicurativa e sia quindi rimesso esclusivamente ad una quantificazione relazionata alla disciplina generale.

A ben vedere è proprio questa dinamica evolutiva della giurisprudenza civilistica sul danno alla persona, strettamente agganciata a una lettura costituzionale dei valori e diritti della persona che vi sono implicati<sup>15</sup>, che si pone alla radice di quelle posizioni più radicali che tendono a ipotizzare un avvenuto superamento, in termini di effettività e di legittimità, della regola dell'esonero assicurativo<sup>16</sup>. Ad attenersi a tale opinione, vi sarebbero «fortissimi dubbi che la regola dell'esonero, nella sua interezza, riferita sia al danno patrimoniale che non patrimoniale, sia compatibile con l'evoluzione del sistema di tutela del danno alla persona e dei nuovi sistemi indenni-

nesso causale di questo con la prestazione, mentre il datore di lavoro deve provare che il danno è dipeso da causa a lui non imputabile, e cioè di avere adempiuto al suo obbligo di sicurezza, apprestando tutte le misure per evitare il danno». E tuttavia molti Autori contestano che la predetta sentenza abbia affrontato consapevolmente la questione sui limiti di operatività della disciplina previdenziale che contempla l'esonero, v. R. Rivero, *Esiste ancora l'esonero del datore di lavoro dalla responsabilità civile dell'art. 10 TU 1124/65?*, in *Lav. giur.*, 2008, p. 1083; P. Scognamiglio, *op. cit.*; F. Amendola, *Oneri allegativi probatori nelle domande di risarcimento del danno per inadempimento del datore di lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2010, n. 11, p. 780; M. Casola, *op. cit.*

<sup>15</sup> L'ipotesi di un sistema giuridico della previdenza sociale costituzionalmente orientato è posta a fondamento dell'elaborazione della più qualificata dottrina previdenzialista: v. M. Persiani, *Il sistema giuridico della previdenza sociale*, Padova, 2010, sp. articolo introduttivo; Id., *Commento all'art. 38 Cost.*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla costituzione*, Bologna-Roma, 1979, p. 232; M. Cinelli, *Diritto della previdenza sociale*, Torino, 2013, XI, sp. pp. 5 ss.

<sup>16</sup> S. Giubboni, *Note di attualità in tema di risarcimento del danno da infortunio sul lavoro*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2009, n. 1; Id., *La crisi della regola dell'esonero nell'assicurazione infortuni*, *ivi*, 2012, n. 2, pp. 273 ss.; G. Ludovico, *Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro*, *cit.*, p. 301.

tari di bisogni e in qualche modo riconducibili all'art. 38 Cost., non esistenti al tempo in cui la regola dell'esonero fu posta»<sup>17</sup>.

A tralasciare il percorso tecnico-giuridico che alimenta una tale tesi, è abbastanza diffusa la convinzione che non si siano affatto determinati i presupposti giuridici per una completa liberalizzazione della regola dell'esonero nonostante alcune fughe in avanti di una parte della dottrina e della giurisprudenza<sup>18</sup>.

Senza alcuna pretesa di prendere posizione su un dibattito con molte sfaccettature, si può appena rilevare una ricorrente sovrapposizione dei piani dell'indagine: se è indubbiamente vero che l'obbligo di protezione comporta un'elevata responsabilità del datore di lavoro che può ritenersi pregiudizialmente responsabile dell'evento lesivo, salvo prova contraria, è altrettanto vero che tale paradigma non è meccanicamente declinabile in presenza di una copertura assicurativa di carattere obbligatorio che determina un regime in qualche misura speciale<sup>19</sup>. Nell'ambito dell'area protetta, impregiu-

<sup>17</sup> A. De Matteis, *Infortuni sul lavoro...*, cit., pp. 1099 ss.; v. pure F. Amendola, più cauto, *Oneri allegativi probatori...*, cit., 2010, n. 11, p. 780; decisamente simpatetico S. Giubboni, *op. ult. cit.*

<sup>18</sup> La protezione costituzionale della salute del lavoratore quale bene fondamentale da proteggere all'interno di una relazione obbligatoria improntata dalla subalterità di uno dei contraenti (artt. 32 e 38 Cost.), non sembra di per sé sufficiente a travolgere la regola dell'esonero assicurativo e del connesso principio di rivalsa dell'ente previdenziale, neppure in una «visione di sistema» sviluppata sulla base di alcuni indirizzi giurisprudenziali che esaltano i meccanismi presuntivi della colpa in ragione di una lettura combinata dell'art. 2087 e dell'art. 1218 cod. civ. Come dovrebbe desumersi dalla perdurante operatività dell'art. 11, T.U., che regola la rivalsa dell'INAIL nei confronti del datore di lavoro e di altri responsabili: su cui v. Cass. 15715/2012, ove è ribadito che l'INAIL debba farsi carico dell'onere di provare la colpa a carico dei responsabili. Peraltro v'è pure chi si interroga se dopo le sentenze gemelle del 2008, che hanno elaborato un modello e una categoria unitaria di danno non patrimoniale, abbia ancora un senso il *distinquo* fra il danno differenziale quantitativo e quello qualitativo, «o se per caso non si sia ampliata surrettiziamente l'area dell'esonero del datore di lavoro nella stessa misura in cui il danno morale e quello esistenziale sono stati attratti e costretti nell'area del danno biologico, identificandosi le sofferenze soggettive ed esistenziali nelle lesioni psichiche», L. Montuschi, *Il risarcimento dei danni non patrimoniali*, cit., p. 895.

<sup>19</sup> Non può considerarsi argomento decisivo ai fini del superamento della regola dell'esonero l'art. 26, c. 4, d.lgs. n. 81/2008, ove si contempla la responsabilità solidale dell'imprenditore-committente con l'appaltatore e i subappaltatori per i danni patiti dai dipendenti di quest'ultimo in occasione di infortunio o a causa di tecnopatia. La norma è sostanzialmente neutra rispetto alla questione controversa configurando una responsabilità del committente che opera nei limiti e secondo le modalità gravanti sull'appaltatore (o subappaltatore), sicché la questione ritorna al punto di partenza.

dicati i profili di responsabilità, subisce una torsione il regime probatorio configurandosi più stringente l'impegno del lavoratore danneggiato nell'individuare il comportamento colpevole che ha determinato (o concorso a determinare) l'evento dannoso<sup>20</sup>.

#### 4. *Il mobbing e gli effetti risarcitori*

Nell'ambito del discorso sin qui condotto, un peso non trascurabile va assegnato alla questione del *mobbing*, che ha contribuito ad inflazionare le aule giudiziarie con richieste spesso astronomiche e che presenta tuttora un *trend* di crescita esponenziale<sup>21</sup>. Non è facile stabilire sino a che punto la nuova sensibilità dimostrata dalla Corte costituzionale e dal Giudice di legittimità sui valori della persona costituzionalmente garantiti abbia contribuito alla definizione e delimitazione di questo istituto, le cui manifestazioni si estrinsecano sul piano teleologico nell'intento di arrecare un pregiudizio alla persona del lavoratore nell'ambiente di lavoro in cui si trova collocato<sup>22</sup>. Tuttavia non è revocabile in dubbio che la riconduzione a una fattispecie unitaria di autonomi comportamenti gestionali, leciti o non leciti che siano, trovi il punto di raccordo (e lo stesso presupposto per la sua legittimazione) nell'effetto dannoso che esplicano nei confronti di beni fondamentali del lavoratore, quali la salute, la dignità, la professionalità, tali da giustificare la configurazione di una fattispecie unitaria e la massimizzazione del risarcimento richiesto. Non certo a caso, proprio nel contenzioso in materia, si riscontra solitamente un'elencazione analitica e talora indifferenziata dell'intero decalogo dei danni alla persona.

Sul tema resta di grande interesse la circolare INAIL n. 71 del 17

<sup>20</sup> Sul regime probatorio si diffonde ampiamente A. De Matteis, *Infortuni sul lavoro...*, cit., pp. 1205 ss.

<sup>21</sup> Con riferimento alla problematica in esame v. S. Mazzamuto, *Ancora sul mobbing, in Il danno alla persona del lavoratore*, cit., pp. 193 ss.; v. pure il volume a cura di M. Pedrazzoli, *Vessazioni e angherie sul lavoro*, Torino, 2007, specie i saggi di L. Corazza, *Mobbing e discriminazioni*, pp. 81 ss.; E. Gragnoli, *Il mobbing tra contratto collettivo e sistemi di prevenzione*, pp. 115 ss.; M. Pedrazzoli (a cura di), *I danni alla persona del lavoratore nella giurisprudenza*, Padova, 2004, v. spec. Introduzione.

<sup>22</sup> Per una definizione più tecnica, v. da ultimo Cass., Sezione Lavoro, 23 agosto 2013, n. 19814; Cass. 18 settembre 2013, n. 21344; ma v. pure Cass. 25 settembre 2014, n. 20230; Cass. 31 maggio 2011, n. 12048; Cass. 26 marzo 2010, n. 7382.

dicembre 2003, che aveva espressamente previsto la copertura assicurativa del danno biologico derivante da costrittività organizzativa ovvero da *mobbing* strategico<sup>23</sup>, lasciando emergere una inusitata sensibilità per il danno psichico o psicofisico quale autonomo evento protetto. Ma altrettanto interessante è il successivo intervento della giustizia amministrativa, e in specie del Consiglio di Stato (sent. sez. VI, 17 marzo 2009, n. 1570), che ha annullato la predetta circolare «in quanto non rientrante, nella elencazione di cui all'art. 1, d.p.r. 1124/1965, la generalizzata rilevanza delle malattie psichiche riconducibili all'organizzazione aziendale dell'attività lavorativa quale categoria di rischio assunta nella sua globalità, prevista dall'impugnata circolare». La sentenza è stata accolta con un certo fastidio dagli studiosi della materia con repliche puntuali eppure non sempre convincenti<sup>24</sup>.

Quest'ultima sentenza resta significativa, non solo per il movente di evitare eccessi regolamentari da parte dell'Istituto previdenziale, ma perché fornisce una ricostruzione «tradizionalista», del tutto opinabile eppure non priva di una sua intima coerenza, del sistema protettivo pubblico quale derivante dalla disciplina contenuta nel T.U. sull'assicurazione del danno biologico, riconfermandone l'operatività nonostante i processi evolutivi nel frattempo intervenuti<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> È importante altresì ricordare che le situazioni di «costrittività organizzativa» selezionate dall'INAIL sono analiticamente descritte, sia pure con «un elenco che riveste un imprescindibile valore orientativo per eventuali situazioni assimilabili» e si traducono in: «marginalizzazione dell'attività lavorativa; svuotamento delle mansioni; mancata assegnazione dei compiti lavorativi, con inattività forzata; mancata assegnazione degli strumenti di lavoro; ripetuti trasferimenti ingiustificati; prolungata attribuzione di compiti dequalificanti rispetto al profilo professionale posseduto; prolungata attribuzione di compiti esorbitanti o eccessivi, anche in relazione a eventuali condizioni di handicap psicofisici; impedimento sistematico e strutturale all'accesso a notizie; inadeguatezza strutturale e sistematica delle informazioni inerenti all'ordinaria attività di lavoro; esclusione reiterata del lavoratore rispetto ad iniziative formative, di riqualificazione e aggiornamento professionale; esercizio esasperato ed eccessivo di forme di controllo». Su tale problematica v. *amplius* M. Pedrazzoli, *Vessazioni e angherie sul lavoro*, cit. Su una fattispecie collaterale v. pure E. Menegatti, *Stress lavoro correlato e responsabilità risarcitoria del datore di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2014, I, pp. 972 ss.

<sup>24</sup> S. Giubboni, *Note d'attualità in tema di risarcimento...*, cit., 2009, p. 1.

<sup>25</sup> In questa chiave di lettura, «patologie derivanti dal fattore ambientale-organizzativo, ed in particolare i disturbi psichici da costrittività sul lavoro, non sono legittimamente inseribili, allo stato della legislazione vigente, tra le malattie di cui alla tabella, periodicamente aggiornata, ai sensi dell'art. 3, d.p.r. cit.» (così sent. cit.).

## 5. Il danno alla professionalità

La stessa evoluzione giurisprudenziale innanzi evocata si riflette in termini non del tutto coincidenti su tutta la sfera dei diritti dei lavoratori ed in primo luogo su quelli sanciti dallo Statuto dei lavoratori, ormai al centro di una radicale opera di revisione (v. in particolare *Jobs Act 1* e *Jobs Act 2*).

Ciò vale innanzitutto per quanto riguarda il danno alla professionalità, solitamente conseguente ad atti di dequalificazione, demansionamento o emarginazione del lavoratore. Danno che, dopo una fase di controversa configurazione, specie per quanto riguarda la quantificazione risarcitoria dello stesso, si è andato evolvendo nella direzione di individuare una fattispecie autonoma di responsabilità per «danno alla professionalità» e/o per «perdita di *chance*». E ciò sul presupposto che, seppure sia opinabile la sussistenza, in termini generali, di un vero e proprio «diritto a lavorare», l'obbligazione lavorativa non si esaurisce nella mera messa a disposizione delle energie lavorative, in quanto «il lavoro non solo è un mezzo di guadagno, ma costituisce un mezzo prevalente di estrinsecazione della personalità di ciascuno» (Corte cost., sent. n. 113/2004).

Piuttosto viene più volte rimarcata la necessità di fornire una prova puntuale e rigorosa dei pregiudizi inferti e del relativo nesso di causalità, anche attraverso le presunzioni, che costituiscono pur sempre un qualificato strumento probatorio<sup>26</sup>. E tuttavia anche sul tema la giurisprudenza è meno compatta di quanto potrebbe apparire, ove si consideri che recenti pronunzie della Corte di Cassazione<sup>27</sup>

<sup>26</sup> Particolarmente incisiva risulta sul tema la sent. della Corte Cost. n. 113 del 6 aprile 2004 che rimarca l'autonoma risarcibilità ex art. 2087 cod. civ. di quei «danni a quel complesso di capacità e di attitudini che viene definito con il termine professionalità, con conseguente compromissione delle aspettative di miglioramento all'interno o all'esterno dell'azienda; danni alla persona e alla sua dignità, particolarmente gravi nell'ipotesi, non di scuola, in cui la mancata adibizione del lavoratore alle mansioni cui ha diritto si concretizza nella mancanza di qualsiasi prestazione, sicché egli riceve la retribuzione senza fornire alcun corrispettivo», con conseguenti «danni alla salute psichica e fisica», ma v. pure Cass., Sez. Un., 24 marzo 2006. n. 6572. Su tale problematica, oltre ai citati commenti alla sentenza delle Sezioni Unite, v. C. Scognamiglio, *Il danno patrimoniale. Danni ai beni, perdite e mancati guadagni*, in G. Visintini, *Il risarcimento...*, cit., pp. 203 ss.

<sup>27</sup> Per tutte Cass. 16 febbraio 2012, n. 2257.

di fatto recuperano una fattispecie di danno, se non *in re ipsa* o danno-evento, strettamente correlato all'estrinsecazione dei comportamenti perseguibili<sup>28</sup>.

### *6. L'indennità forfettaria per i contratti a termine illegittimi e la sanzione amministrativa per la violazione del limite percentuale*

Ma se è vero che l'elaborazione della Corte di Cassazione e del Giudice delle leggi sul danno alla persona ha influito su alcuni processi risarcitori derivanti da atti di gestione dell'impresa, è anche vero che in alcuni settori, e con riferimento ad alcuni istituti, il divario tra i canoni generali e quelli speciali è divenuto particolarmente accentuato. Ci si riferisce innanzitutto ai danni derivanti dai contratti a termine illegittimi e alla forfettizzazione degli stessi nei termini prescritti dall'art. 32 della legge n. 183/2010, che all'evidenza prefigura un indennizzo del tutto eterogeneo rispetto ai pa-

<sup>28</sup> Eloquente è il passo in cui la sentenza riporta testualmente la famosa pronunzia delle Sezioni Unite (sent. n. 6572/2006), secondo cui il risarcimento del danno professionale, biologico o esistenziale, «va dimostrato in giudizio con tutti i mezzi consentiti dall'ordinamento, assumendo peraltro precipuo rilievo la prova per presunzione, per cui dalla complessiva valutazione di precisi elementi dedotti (caratteristiche, durata, gravità, conoscibilità all'interno e all'esterno del luogo di lavoro dell'operata qualificazione, frustrazione di precisate e ragionevoli aspettative di progressione professionale, eventuali reazioni poste in essere nei confronti del datore comprovanti l'avvenuta adesione dell'interesse relazionale, effetti negativi dispiegati nelle abitudini di vita del soggetto) – il cui artificioso isolamento si risolverebbe in una lacuna del procedimento logico – si possa, attraverso un prudente apprezzamento, coerentemente risalire al fatto ignoto, ossia all'esistenza del danno, facendo ricorso, ai sensi dell'art. 115 c.p.c., a quelle nozioni generali derivanti dall'esperienza, delle quali si serve nel ragionamento presuntivo e nella valutazione delle prove». Su tali premesse, la Corte riforma la sentenza appellata in quanto «non solo ha rilevato il carattere illecito del demansionamento subito», «bensì ha altresì chiaramente accertato, con ampia motivazione in fatto, che per effetto della variazione di mansioni il ricorrente aveva subito una perdita rilevante sia sul piano dell'autonomia e rilevanza delle proprie incombenze, sia del potere di coordinamento, ossia dei tratti qualificanti che caratterizzano la professionalità del lavoratore di secondo livello». Di guisa che indebitamente «la Corte ha respinto la domanda risarcitoria senza considerare che gli elementi di fatto emersi (a cominciare dalla prolungata e sistematica adibizione a mansioni nettamente inferiori nel concreto ambiente di lavoro e nelle circostanze emerse) ben potevano essere valutati ai fini della prova presuntiva del danno alla dignità e professionalità».

rametri civilistici (peraltro già in precedenza applicati con una certa disinvoltura)<sup>29</sup>.

La questione è stata ampiamente vagliata nella famosa sentenza della Corte costituzionale n. 303/2011, che resta un documento utile, sia per misurare la distanza tra il danno lavoristico e il danno civilistico su un tema specifico di grande attualità, sia per ricostruire le giustificazioni di un trattamento predeterminato che può apparire in contrasto con i principi di equità e di giustizia sostanziale. La sentenza esalta oltremodo i vantaggi della forfettizzazione, per non essere il relativo trattamento assoggettato alla detrazione dell'*aliunde perceptum*, e per la prefigurazione di un regime semplificato sul piano probatorio, tanto più che il beneficio economico si connette a un'operazione di stabilizzazione del rapporto.

Eppure le argomentazioni non sono apparse affatto convincenti e sono state anzi fermamente contestate da un ampio settore della dottrina e della giustizia del lavoro, trattandosi all'evidenza di argomenti prevalentemente fattuali, che secondo la stessa giurisprudenza della Corte non dovrebbero rilevare in un giudizio di legittimità, anche perché estremamente variabili da caso a caso. Le richiamate perplessità si sono andate a concentrare in alcune importanti ordinanze di rinvio pregiudiziale della specifica questione dinanzi alla Corte di Giustizia (nonostante il chiarimento testuale da parte del legislatore nell'ambito della legge n. 92/2012)<sup>30</sup>. Quest'ultima si è limitata per lo più a rilevare che la clausola 4.1 dell'Accordo quadro europeo sul contratto a tempo determinato «deve essere interpretata nel senso che non impone di trattare in maniera identica l'indennità corrisposta in caso di illecita apposizione di un termine ad un contratto di lavoro e quella versata in caso di illecita interruzione di un contratto di lavoro a tempo indeterminato», così eludendo il problema di fondo e lasciando trasparire di condividere, più che la legittimità/conformità alla Direttiva n. 99/70 della so-

<sup>29</sup> Il carattere onnicomprensivo dell'indennità è stato confermato dall'art. 28, c. 2, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81.

<sup>30</sup> Per una ricostruzione del dibattito con ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali v. F.M. Putaturo Donati, *Il risarcimento del danno nel contratto a termine*, in *Il contenzioso del lavoro*, a cura di M. Cinelli, G. Ferraro, Torino, 2011, p. 291; V. Speciale, *Il contratto a termine: nuove disposizioni e regime risarcitorio*, in *Rapporto individuale e processo del lavoro*, a cura di L. Fiorillo, A. Perulli, Torino, 2014, II, p. 139; L. Zappalà, *La Consulta e la ponderazione degli interessi nel contratto a termine: stabilizzazione versus indennità risarcitoria forfettizzata*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, p. 74.

luzione adottata, l'opportunità contingente della stessa, rimessa alla valutazione discrezionale del legislatore nazionale (Corte di Giustizia 12 dicembre 2013, C-361/12, *Carratù*)<sup>31</sup>.

Peraltro nel recente d.lgs. n. 81/2015, che ha confermato la acausalità dei contratti a termine per i primi tre anni, il tentativo di contrastare un'utilizzazione abusiva degli stessi, in conformità alla clausola 5.1 della Direttiva n. 99/70, viene integralmente rimesso alla tenuta del limite percentuale del 20% calcolato sull'organico aziendale, per la cui trasgressione è prevista una sanzione meramente amministrativa (v. ora art. 23, c. 4, d.lgs. n. 81/2015)<sup>32</sup>. Nonostante opinioni più ottimistiche, non sono certo che alla fine prevarrà la tesi della cumulabilità della predetta sanzione amministrativa con i rimedi civilistici, che dovrebbero comportare la nullità dei contratti in eccedenza, a nulla valendo l'apparente reticenza della circolare ministeriale n. 18/2014, che si comprende prudenzialmente in attesa di una pronuncia della Commissione europea sull'argomentata denuncia presentata dalla CGIL contro la totale liberalizzazione dei contratti a termine. Due fattori concorrono nel senso della esclusività della sanzione amministrativa, e cioè la filosofia di fondo della riforma, che guarda all'organico aziendale nella sua complessità più che alla posizione del singolo lavoratore, e le difficoltà applicative, giacché la nullità dei contratti in esubero rispetto al limite percentuale verrebbe a privilegiare i lavoratori da ultimo assunti vanificando così il diritto di precedenza che dovrebbe favorire invece i contratti antecedenti. Se così fosse, vi sarebbe molto da discutere sul radicale mutamento delle tecniche sanzionatorie in una materia decisiva per l'assetto complessivo dei rapporti di lavoro.

## 7. *Il contratto di somministrazione ed altri contratti temporanei*

Oltretutto la tecnica evocata, di forfettizzazione dei danni in misura onnicomprensiva, rivela una sua progressiva tendenza espansi-

<sup>31</sup> Per un ampio commento, cfr. G. Gentile, *Corte di Giustizia e contratto a termine: la legittimità dell'indennità forfettaria e la natura di ente pubblico delle società partecipate dallo Stato*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, n. 2, pp. 480 ss.

<sup>32</sup> Sul contratto acausale nella più recente legislazione, v. M. Magnani, *La disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato: novità e implicazioni sistematiche*, in *WP CSDL E «Massimo D'Antona.it»*, n. 212, 2014.



va essendo stata applicata ad istituti originariamente non considerati, come nel caso dei contratti di somministrazione, con riferimento ai quali la giurisprudenza sembra ormai in prevalenza favorevole ad utilizzare lo stesso parametro forfettario di quantificazione dei danni prescritti per i contratti a termine, e ciò in virtù della progressiva assimilazione delle due fattispecie negoziali alimentata dalle recenti riforme sui contratti a termine acausali<sup>33</sup>.

Acquisito tale risultato con riferimento ai contratti di somministrazione (*sia* quelli con il committente *sia* quelli con l'agenzia), quel trattamento forfettario si candida ineluttabilmente ad essere generalizzato ad ulteriori tipi o sottotipi di rapporti temporanei, siano essi con una matrice parasubordinata o autonoma, siano con valenze formative, non essendo sostenibile un regime differenziato in situazioni così affini.

Del resto, già l'art. 50, legge n. 183/2010 ha stabilito che il lavoratore formalmente autonomo, che non abbia aderito alla procedura di stabilizzazione propositagli dal datore entro il 30 settembre 2008, ai sensi della legge 27 dicembre 2006, n. 296, e che, all'esito vittorioso del giudizio intentato, abbia ottenuto il riconoscimento della natura subordinata del rapporto, ha diritto unicamente ad un indennizzo di importo compreso tra un minimo di 2,5 e un massimo di 6 mensilità di retribuzione, qualora il datore gli abbia ulteriormente proposto la stipulazione di un contratto di lavoro subordinato. Il dettato della norma introduce una speciale misura sanzionatoria che deroga all'ordinario regime applicabile in caso di accertamento della natura subordinata di un rapporto di lavoro formalmente configurato come di collaborazione coordinata e continuativa ovvero a progetto. La sanzione consiste nel pagamento di una mera indennità economica, di importo contenuto nei parametri indicati, con una portata esaustiva, essendo espressamente qualificata dalla legge come unica conseguenza che si produce a carico del datore in caso di accertamento dell'abusivo ricorso a collaborazioni

<sup>33</sup> In questi termini v. Cass. 3 aprile 2013, n. 8120; Cass. 17 gennaio 2013, n. 1148; Cass. 29 maggio 2013, n. 13404. Il riportato orientamento non risulta condiviso da Corte cost. n. 303/2011 che, sia pure in un rilievo incidentale, per smentire la discriminazione che subirebbero i lavoratori a termine rispetto ad altre categorie di precari, osserva che «esse risentono della obiettiva eterogeneità delle situazioni. Ed infatti il contratto di lavoro subordinato con una clausola viziata (quella appositiva del termine) non può essere assimilato ad altre figure», tra cui «la somministrazione irregolare di manodopera».

autonome, con la pretesa dunque di sostituirsi a tutte le normali conseguenze che derivano dall'accertamento della natura subordinata di un rapporto di lavoro, tra i quali il risarcimento degli eventuali danni derivanti dall'inadempimento e dall'ingiustificata estromissione da parte del datore<sup>34</sup>.

### *8. La violazione della disciplina sul contratto a termine nel settore pubblico*

Del resto in materia una grave anomalia in termini di parità di trattamento da tempo sussiste con riferimento alla normativa sui contratti a termine stipulati nel settore pubblico, non solo con riferimento ai motivi giustificativi, che restano temporanei ed eccezionali, ma ancor più per avere limitato ogni sanzione all'eventuale riconoscimento di un trattamento risarcitorio (art. 36, c. 5, d.lgs. n. 165/2001), secondo parametri integralmente delegati alla valutazione giudiziaria<sup>35</sup>.

Sul punto si registrano da tempo pronunzie molto difformi già relativamente al profilo pregiudiziale della specificazione del danno da risarcire: quello connesso all'atto illegittimo del datore pubblico, oppure quello derivante dalla preclusione a disporre la reintegrazione in mancanza di una procedura concorsuale di carattere obbligatorio (art. 97 Cost.), oppure il risarcimento che si accompagna solitamente alla «conversione» del rapporto nel settore privato? Altri Giudici, piuttosto che approfondire le ragioni sostanziali della predetta erogazione, sembrano più interessati ad individuare un parametro costante per affinità o analogia (trattamento prescritto nei licenziamenti illegittimi, ovvero quello relativo ai contratti a termine, ecc.).

<sup>34</sup> L'ampiezza della formula lascerebbe intendere che il Giudice non possa condannare il datore a null'altro in relazione all'intercorso rapporto neanche ad altro titolo, come ad esempio nel caso in cui restino accertate pendenze per crediti retributivi in relazione alla prestazione svolta (come differenze di retribuzione e TFR) e persino per crediti di altra natura (risarcimento danni da dequalificazione, mancato godimento delle ferie, ecc.), così M.M. Mutarelli, *Il risarcimento del danno per i collaboratori non stabilizzati*, in M. Cinelli, G. Ferraro (a cura di), *Il contenzioso del lavoro*, cit., pp. 302 ss.

<sup>35</sup> Per posizioni radicalmente difformi v. Cass. n. 9371/2013, che applica il trattamento di cui all'art. 32, legge n. 183, e Cass. n. 26951/2013, secondo cui il risarcimento andrebbe ragionevolmente quantificato nel tempo verosimilmente necessario per trovare un nuovo lavoro.

Le difficoltà delle premesse teoriche si riflettono meccanicamente sul regime probatorio, ove risulta sempre più accreditato l'orientamento recente della Corte di Cassazione<sup>36</sup> secondo cui, esclusa la sussistenza di un danno *in re ipsa*, «il risarcimento dei danni scaturiti dal rapporto lavorativo – quali ad esempio il danno biologico o quello di perdita di *chance* – va provato in giudizio con tutti i mezzi consentiti dall'ordinamento e, quindi, anche attraverso la prova per presunzione, sottoponendo alla valutazione del Giudice precisi elementi in base ai quali sia possibile risalire attraverso un prudente apprezzamento all'esistenza dei danni denunciati». La Corte si fa carico di ricordare che «la giurisprudenza costante della Corte di Giustizia europea – di recente ribadita da un'ulteriore pronuncia (sent. 1° ottobre 2010, causa *Affatato* C-3/10) – porta ad escludere nell'area del pubblico impiego, seppure privatizzato, l'applicazione del decreto legislativo n. 368/2001, art. 5, dal momento che nel nostro assetto ordinamentale si rinviene, con le disposizioni di cui al decreto legislativo n. 165/2001, art. 36, un sistema sanzionatorio capace – in ragione di una più accentuata responsabilizzazione dei dirigenti pubblici e del riconoscimento del diritto al risarcimento di tutti i danni in concreto subiti dal lavoratore – di prevenire, dapprima, e sanzionare, poi, in forma adeguata l'utilizzo abusivo da parte della pubblica amministrazione dei contratti o dei rapporti di lavoro a tempo determinato»<sup>37</sup>.

Peraltro la distanza tra i due settori è venuta ad accentuarsi in virtù dell'art. 4, d.l. n. 101/2013, conv. in legge n. 125/2013, il quale, non solo ha sostituito all'art. 36, c. 2, d.lgs. cit., le parole «per rispondere alle esigenze temporanee ed eccezionali» con quelle «per rispondere ad esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale», ma addirittura sembra orientato ad escludere qualunque risarcimento del danno aumentando per converso le responsabilità a carico del *management* pubblico (v. già art. 7, d.lgs. cit.).

La progressiva divaricazione della disciplina sui contratti a ter-

<sup>36</sup> Cass. 19 gennaio 2012, n. 392, su cui ampiamente S. Ciucciovino, *Idoneità dell'art. 36, d.lgs. n. 165/2001, a prevenire l'abuso del contratto a termine da parte della pubblica amministrazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, pp. 144 ss.

<sup>37</sup> V. anche Corte di Giustizia 4 luglio 2006, C-212/04, *Adelener*; Corte di Giustizia 7 settembre 2006, C-53/04, *Marrosu e Sardino*; Corte di Giustizia 7 settembre 2006, C-180/04, *Vassallo*.

mine dei due settori, in contrasto con la direttiva comunitaria applicabile indifferenziatamente ad entrambi, è all'origine della continua prospettazione di questioni pregiudiziali dinanzi alla Corte di Giustizia, con esiti peraltro abbastanza difformi, ma dalle indicazioni sempre meno perentorie (v. da ultimo sent. *Fiamingo contro RFI S.p.A.* e sent. *Carratù contro Poste Italiane S.p.A.*, del 12 dicembre 2013, C-361/12), se non in casi esacerbati come quello dei precari della scuola (v. sent. *Mascolo*, del 26 novembre 2014, C-22/13)<sup>38</sup>.

La Corte di Lussemburgo in più occasioni ha ritenuto compatibile con la Direttiva n. 99/70 un regime sanzionatorio differenziato per il settore pubblico e per quello privato, sempreché vengano adottate misure idonee a prevenire e sanzionare gli abusi, che cioè rivestano un carattere non soltanto proporzionato ma anche sufficientemente effettivo e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle norme adottate in attuazione della Direttiva<sup>39</sup>.

E tuttavia sembra alquanto difficile ritenere che, in mancanza della conversione<sup>40</sup>, l'assetto descritto nel settore pubblico venga a rappresentare «una misura dotata di garanzie effettive di protezione dei lavoratori per punire debitamente detto abuso e cancellare le conseguenze della violazione del diritto dell'Unione» (sent. *Angelidaki* e ordinanze *Affatato* del 1° ottobre 2010, C-3/10, e *Papalia* del 12 dicembre 2013, C-50/13, da ultimo *Fiamingo*). La verità è che le politiche liberiste delle autorità europee, specie sul versante lavoristico, pesano sempre più sugli orientamenti del Giudice europeo che

<sup>38</sup> Secondo la Corte di Giustizia la clausola 5.1 dell'Accordo-quadro «osta a una normativa nazionale, quale quella di cui trattasi nei procedimenti principali, che autorizzi, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale di ruolo delle scuole statali, il rinnovo di contratti di lavoro a tempo determinato per la copertura di posti vacanti e disponibili di docenti nonché di personale amministrativo, tecnico e ausiliario, senza indicare tempi certi per l'espletamento di dette procedure concorsuali ed escludendo qualsiasi possibilità, per tali docenti e detto personale, di ottenere il risarcimento del danno eventualmente subito a causa di un siffatto rinnovo. Risulta infatti che tale normativa, fatte salve le necessarie verifiche da parte dei giudici del rinvio, da un lato, non consente di definire i criteri obiettivi e trasparenti al fine di verificare se il rinnovo di tali contratti risponda effettivamente ad un'esigenza reale, sia idoneo a conseguire l'obiettivo perseguito e sia necessario a tal fine e, dall'altro, non prevede nessuna misura diretta a prevenire e sanzionare il ricorso abusivo ad una successione di contratti a tempo determinato».

<sup>39</sup> S. Ciucciovino, *L'idoneità dell'art. 36...*, cit., p. 148.

<sup>40</sup> Su cui v. Cass. 2 dicembre 2013, n. 26951; Cass. 13 gennaio 2012, n. 392.

ormai è costretto a veri e propri «salti mortali» per non contraddire precedenti prese di posizione.

### *9. I trattamenti risarcitori nella nuova disciplina dei licenziamenti illegittimi*

L'allontanamento dalle tecniche risarcitorie civilistiche si rivela addirittura plateale con riferimento alla disciplina dei licenziamenti individuali (e di riflesso collettivi), *sia* per il tendenziale superamento dell'effetto reintegratorio, che aveva qualificato la legislazione statutaria, *sia* per la parallela tendenza a pre confezionare un rimedio indennitario, strutturato in modo gradualistico rispetto alle varie ipotesi di licenziamento illegittimo (al di fuori di quello discriminatorio o per motivo illecito). Processo che sembra pervenuto ad un punto di non ritorno in virtù della delega concessa al Governo per una riforma complessiva del mercato del lavoro ed in particolare a seguito del d.lgs. n. 23 del 2015, che di fatto ha generalizzato il rimedio «monetarista», *sia* attraverso trattamenti indennitari graduati in ragione di vari fattori personali, ma essenzialmente in relazione all'anzianità di servizio, *sia* attraverso la predeterminazione dei costi di recesso nel caso di licenziamento economico (cosiddetto *firing cost*), specie nel caso in cui sia stata disposta la reintegrazione.

Nel passaggio dall'originaria disciplina contenuta nell'art. 18, legge n. 300/1970, sino alla legge Fornero, si è consumato un progressivo scivolamento da un trattamento risarcitorio rapportato alle retribuzioni perdute dalla data licenziamento sino alla reintegrazione (con eventuale detrazione dell'*aliunde perceptum*) – trattamento ancora preservato per il licenziamento discriminatorio e per motivi illeciti – ad un trattamento che ha natura tipicamente indennitaria, definito significativamente «indennità risarcitoria onnicomprensiva» (v. c. 5, art. 18). La predetta indennità viene determinata tra un minimo di 12 e un massimo di 24 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto (da 6 a 12 nell'ipotesi regolata dal c. 6 dell'art. 18 cit.), «in relazione all'anzianità del lavoratore e tenuto conto del numero dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento delle condizioni delle parti, con oneri di specifica motivazione a tale riguardo». Inoltre, non essendo il risarcimento sostitutivo del reddito perduto, non è neppure previsto

l'obbligo contributivo come pure si desume dal carattere «onnicomprensivo» dell'erogazione. L'allontanamento dal parametro retributivo modifica la natura dell'erogazione, non a caso definita indennitaria, anche se la valenza semantica del termine è talmente promiscua (e spesso casuale) da poter essere declinata nelle più disparate circostanze.

Un tale processo di allontanamento dalla matrice retributiva si è venuto ad accentuare con il d.lgs. n. 23/2015 in materia di contratto a tutele crescenti. Accantonata o marginalizzata sostanzialmente la reintegrazione in forma specifica, viene pressoché generalizzata la soluzione indennitaria, che *ora* assume una funzione genericamente compensativa, e in qualche misura anche sanzionatoria, del comportamento illegittimo del datore di lavoro (si prevede il pagamento di due mensilità per ogni anno di servizio con un tetto di 24 mensilità ed un minimo di quattro), *ora* costituisce il prezzo di un'opzione sostitutiva del diritto alla reintegrazione una volta che sia stato acclarato. È peraltro prefigurata sinanche una soluzione conciliativa preventiva nei licenziamenti economici, con riferimento ai quali è prevista la possibilità per il datore di lavoro di offrire la cosiddetta «conciliazione *standard*» (che sarebbe mutuata dall'esperienza tedesca), nella misura di un mese per ogni anno di servizio con un tetto di 18 mensilità, con la finalità specifica di prevenire il contenzioso giudiziario.

In tutti i casi richiamati il trattamento indennitario verrebbe determinato in funzione dell'anzianità di servizio, e cioè in base ad un parametro del tutto scollegato dal comportamento vietato (o dalla sua gravità) e dagli effetti dannosi che ha concretamente determinato e che potrà determinare per il futuro (che evoca il regime della vecchia «indennità di anzianità», pur non assolvendo una funzione *lato sensu* previdenziale). Il che potrebbe comportare dei profili di irragionevolezza della soluzione adottata ove solo si consideri che in molti casi il licenziamento ingiusto è più dannoso per un giovane lavoratore che per un dipendente anziano semmai prossimo al trattamento di quiescenza. Senonché è ormai chiaro che il trattamento indennitario prescinde in buona misura dalle concrete responsabilità del soggetto che lo ha generato e dall'entità del danno effettivamente provocato essendo determinato secondo un criterio meramente convenzionale, non diversamente da quanto avviene con l'art. 32 della legge n. 183 in materia di contratto a termine illegittimo (sulla cui legittimità la Consulta non ha avuto alcunché da eccepire).

Né vale segnalare che una tale soluzione covava da tempo sotto le ceneri avendo avuto un'embrionale manifestazione esplicita con il c. 5 dell'art. 18 Stat. lav., quale introdotto dalla legge n. 108/1990, con la facoltà riconosciuta al dipendente di optare, in luogo della reintegrazione, per il pagamento di un'indennità rapportata a 15 mensilità della retribuzione globale di fatto, giacché ora la svolta è ben più radicale, specie se tale opportunità venga riconosciuta anche alla parte inadempiente che ha adottato il provvedimento illegittimo. È quasi superfluo a questo punto aggiungere che in nessun altro settore dell'ordinamento lavorista, come in quello richiamato, la monetizzazione dei costi del recesso investe un diritto fondamentale del lavoratore, che si traduce nel diritto al lavoro e nel diritto a non subire un licenziamento ingiustificato, come prescritto sinanche nelle Carte internazionali (v. ad es. l'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea)<sup>41</sup>.

### *10. Il trattamento risarcitorio dei diritti correlati ai tempi di lavoro*

Non mi azzardo neppure a ripercorrere i complessi procedimenti logici che hanno definito il trattamento sanzionatorio spettante al lavoratore nel caso di trasgressione della disciplina d'ordine pubblico in materia di lavoro domenicale, festivo, notturno e feriale, che si incrocia con importanti direttive dell'Unione Europea ancora di controversa implementazione; così come non mi soffermo sul trattamento prescritto con riferimento ad alcuni istituti tipici, quali ad esempio la violazione dell'obbligo di preavviso, che pure consentirebbe di rimeditare le sottostanti premesse teoriche dell'indennità di mancato preavviso nell'alternativa tra un risarcimento per *mora credendi*, rispetto a quello per violazione degli obblighi contrattuali. Più produttivo mi sembra invece cercare di portare a sintesi i molti dati sin qui evocati.

<sup>41</sup> Si ricorda che l'elaborazione giurisprudenziale sui presupposti di maturazione del diritto all'opzione (v. Cass. n. 15519/2012; Cass. n. 20420/2012) è stata contraddetta dalla nuova formulazione del c. 3 dell'art. 18 Stat. lav. (art. 1, c. 42, legge n. 92) secondo cui la mera richiesta da parte del lavoratore determina la risoluzione del rapporto di lavoro, anche nell'ipotesi di inadempimento del datore di lavoro (v. Cass., Sez. Un., n. 18353/2012).

## 11. Riflessioni di sintesi sulla proliferazione delle istanze risarcitorie

A volere abbozzare alcune sintetiche osservazioni conclusive sulle tecniche risarcitorie nel quadro delle forme di tutela del lavoro dipendente, emerge un panorama molto frastagliato con evidenti zone d'ombra e insanabili incoerenze. A fronte di una diffusione e lievitazione delle istanze risarcitorie in sede prevalentemente contenziosa, sull'onda dell'elaborazione civilistica sui danni non patrimoniali inferti alla persona, occorre subito rilevare che un tale processo non ha valenze univoche e non segna necessariamente una nuova frontiera nel sistema protettivo.

A parte che tale processo si inquadra in una fase storica di arretramento complessivo dei livelli di tutela nel mondo del lavoro, *sia* sul piano sostanziale *sia* sul piano processuale, è palese che ci consegna un quadro di indagine casistico, parcellizzato, individualista, in continua trasformazione, anche per le incertezze della magistratura superiore, e quindi con elevati margini di imprevedibilità e ambiguità applicativa.

Al contempo deve pure rilevarsi che la riscoperta del «pianeta» risarcitorio trova qualche riscontro persino sul piano legislativo, ma in termini semplificati, riduttivi, trasfigurati, e si accompagna molto spesso al ridimensionamento di tutele sanzionatorie ben più incisive di carattere ripristinatorio o reintegratorio. Sicché, *per un verso* si rileva una traslazione dalla logica risarcitoria a quella meramente indennitaria, che ha tutt'altre finalità e giustificazioni, *per altro verso* ci si allontana sempre più da una tutela effettiva accontentandosi di rimedi soltanto surrogatori e convenzionali.

È troppo facile vedere in questi processi un segno dei tempi, che si esprime in una tendenza alla mercificazione dei valori della persona, assimilati a beni materiali suscettibili di quantificazione mercantile secondo parametri prestabiliti. In realtà il fenomeno è più complesso ed esprime la crisi ormai irreversibile di un modello di tutela del lavoratore dipendente connessa alla perdita di centralità del lavoro nell'ordinamento giuridico.

D'altro canto ad un tale risultato ha anche concorso una crisi di credibilità e di effettività di tecniche più incisive di stampo collettivista e che purtroppo registrano *ora* una strutturale difficoltà di implementazione, come nel caso delle azioni promozionali e repressi-



ve con finalità antidiscriminatorie, ora una perdita di attualità, ad iniziare dalla procedura di repressione della condotta antisindacale (art. 28 Stat. lav.), che pure ha avuto un momento di effervescenza nel corso del contenzioso tra FIOM-CGIL e FIAT, ma per una vicenda del tutto speciale e circoscritta.

In questo quadro certamente si può discettare di una individualizzazione delle tecniche di tutela, di un riflusso personalistico nel contenzioso giudiziario, assecondato da un ceto forense famelico e iperattivo, di una logica conflittuale parcellizzata che esaspera le relazioni di lavoro. E tuttavia il saldo complessivo di un tale fenomeno rimane molto problematico, anche alla luce di un atteggiamento prudente, se non diffidente, della magistratura, che cerca in tutti i modi di contenere un fenomeno, in certi casi eloquentemente definito «bagatellaro», che rischia sempre di sfuggire di mano e di determinare effetti inflazionistici sul tormentato contenzioso del lavoro.

## *12. In particolare, sul confronto fra la dottrina civilista e quella lavorista*

Se quindi è indubbiamente vero che le tecniche di tutela di stampo civilistico hanno ormai debordato nel contenzioso del lavoro, è anche improprio accusare la cultura lavoristica di insipienza e scarsa lungimiranza per essersi fatta aggirare dall'elaborazione civilistica pur disponendo di norme di tutela ad alta potenzialità espansiva<sup>42</sup>, che già avrebbero consentito una protezione a tutto campo della persona del lavoratore assicurandogli il risarcimento della vasta gamma di danni non patrimoniali che possono scaturire dalla violazione di diritti fondamentali.

L'accusa è superficiale e anche astorica, giacché, da una parte, non tiene conto del tradizionale impegno degli studiosi e degli operatori di settore a sperimentare tutele effettive di stampo ripristina-

<sup>42</sup> Per tutti si rinvia al dibattito sul *Danno alla persona del lavoratore: civilisti e lavoristi a confronto*, con interventi di C. Castronovo, p. 181; S. Mazzamuto, p. 193; M. Pedrazzoli, p. 227; P. Tosi, p. 243, ora in *Il danno alla persona del lavoratore*, cit., Milano, 2007; ma v. pure R. Scognamiglio, *Il codice civile e il diritto del lavoro*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 245; Id., *Il diritto civile e del lavoro ancora a confronto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, I, spec. p. 194; L. Mengoni, *I diritti sociali*, in *Arg. dir. lav.*, 1998, pp. 1 ss.

torio e reintegratorio, ovvero ad assecondare deterrenti forti, persino attraverso forme inusitate di coercizione indiretta e di *astreinte* (che pure hanno trovato esplicitazione in altri settori del diritto: v. art. 614-*bis* cod. proc. civ.), in un'ottica spesso promozionale e solidarista – da cui l'atteggiamento diffidente nei confronti di procedure meramente «liquidatorie», che tutt'al più avrebbero dovuto assolvere una funzione subalterna e ancillare –, da un'altra parte, trascura la complessità degli interessi invischiati nelle relazioni del lavoro, che inducono inevitabilmente a soluzioni compromissorie che registrano i livelli di potere economico e politico riscontrabili nella società civile<sup>43</sup>.

Il diritto del lavoro ha svolto in passato un ruolo promozionale nella tutela dei beni e diritti fondamentali della persona introducendo tecniche di tutela d'avanguardia, ad iniziare dal processo del lavoro, successivamente recepite in altri rami del diritto. Oggi, in una difficile congiuntura regressiva sul piano economico e sociale, la legislazione del lavoro lascia trapelare un'evidente difficoltà ad assicurare gli stessi standard di tutela che sembrano garantiti dalla disciplina generale sulla responsabilità civile sempre più proiettata, per i numerosi apporti giurisprudenziali, ad assicurare un risarcimento integrale del danno arrecato ai beni della persona nelle sue molteplici componenti e manifestazioni. Incombe su tutta la disciplina una logica economicista, che si esprime efficacemente nella tendenza alla predeterminazione o forfettizzazione dei costi arrecati al lavoratore dai comportamenti illegittimi del datore di lavoro, in una misura onnicomprensiva ed esaustiva che consente di determinare preventivamente il prezzo dell'illegalità. In questa dimensione il costo della trasgressione perde qualunque valenza risarcitoria, sanzionatoria e dissuasiva e si converte in una delle tante poste economiche del costo del lavoro.

Pensare che la drammatica crisi in corso abbia ripercussioni immediate e dirette nel complessivo riassetto protettivo costituisce evidentemente una banalità su cui è superfluo dilungarsi, ma la stessa imponderabile congiuntura economica rappresenta anche una ra-

<sup>43</sup> In questa chiave di lettura si iscrive l'esaltazione sul piano legislativo, solo apparentemente ideologica, dei valori dell'impresa e si esplicitano limiti sempre più stringenti ai poteri valutativi del Giudice precludendogli di sindacare nel merito le scelte aziendali.

**gione non secondaria di processi regressivi, come la tendenza diffusa a rifugiarsi nel rivendicazionismo spicciolo di stampo individualista nell'ingenua ricerca di un'ultima frontiera di protezione rispetto a un sistema di tutele che sembra franare da tutte le parti.**

# Il risarcimento del danno da violazione della normativa dell'Unione Europea

*di Amos Andreoni\**

SOMMARIO: 1. La primazia del diritto dell'Unione Europea. – 2. Il diritto al risarcimento del danno: la responsabilità dello Stato. – 3. La determinazione del risarcimento e la liquidazione del danno. – 4. Sulla prescrizione. – 5. Il caso dei medici specializzandi. – 6. Il risarcimento del danno da abuso dei contratti a termine nel settore pubblico. – 7. Sul contratto a termine a-causale nel settore privato. – 7.1. – La violazione della direttiva 1999/70/CE. – 7.1.1. Violazione della regola del contratto a tempo indeterminato come «forma comune» dei rapporti di lavoro. – 7.1.2. Violazione delle regole di causalità dei contratti e di «ragioni oggettive». – 7.1.3. Violazione del principio della impossibilità di utilizzare i contratti a termine per soddisfare esigenze «permanenti e durevoli» del datore di lavoro. – 7.2. Violazione dell'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali e dell'art. 24 della Carta Sociale Europea. – 7.3. Violazione della direttiva 2000/78/CE (discriminazione fondata sull'età) e della direttiva 2006/54/CE (parità di trattamento fra uomini e donne). – 7.4. Violazione del «principio di non regresso».

## *1. La primazia del diritto dell'Unione Europea*

I Trattati istitutivi delle Comunità europee (oggi, dell'Unione) non sono comuni accordi internazionali in forza dei quali gli Stati contraenti si impegnano a rispettare specifiche obbligazioni reci-

\* Professore di Diritto del lavoro presso la Sapienza Università di Roma.

proche, ma rappresentano gli atti costitutivi di un nuovo ordinamento, dotato di propri organi normativi, esecutivi e giudiziari capaci di agire stabilmente e, soprattutto, idonei a produrre atti giuridici (anche normativi) validi ed efficaci negli ordinamenti dei singoli Stati membri dell'Unione indipendentemente da qualsiasi loro consenso ulteriore.

Si tratta di un fenomeno assai peculiare ed innovativo sia per il diritto internazionale sia per quello degli Stati membri. Dal primo punto di vista, va considerato che, di regola, l'efficacia delle fonti internazionali è condizionata da specifici atti nazionali di recepimento. Dal secondo punto di vista, l'assetto statutale delle fonti ha dovuto fare i conti con la prevalenza di queste fonti esterne. Il diritto comunitario, infatti, tende al ravvicinamento e all'unificazione dei diritti nazionali, per cui non può ammettere che esistano norme nazionali in grado di resistere alla *primauté*, altrimenti l'esigenza di uniformità verrebbe compromessa.

Il primato del diritto comunitario opera, inoltre, anche nei confronti delle autorità amministrative e degli organi legislativi. Nei confronti di questi ultimi, peraltro, non nel senso di creare un obbligo di vera e propria disapplicazione, ma piuttosto nel senso di *imporre la non adozione di atti in contrasto con norme comunitarie*, anche rispetto alle direttive non ancora recepite, *precludendo l'emanazione di disposizioni che possano comprometterne il risultato*<sup>1</sup>.

La giurisprudenza comunitaria ha rilevato, inoltre, che qualsiasi disposizione di diritto interno deve essere disapplicata se contrasta

<sup>1</sup> La Corte di Giustizia ha precisato che «in forza del principio della preminenza del diritto comunitario, le disposizioni del trattato e gli atti delle istituzioni, qualora siano direttamente applicabili, hanno l'effetto, nei loro rapporti con il diritto interno degli Stati membri, non solo di rendere 'ipso jure' inapplicabile [...] qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale preesistente, ma anche [...] di impedire la valida formazione di nuovi atti legislativi nazionali, nella misura in cui questi fossero incompatibili con norme comunitarie»: cfr. sentenza 9 marzo 1978 causa C-106/77, *Simmenthal*, punto 17, nonché sentenza 18 dicembre 1997, causa C-129/96, *Inter-Environnement Wallonie ASBL/Region Wallonne*, punto 45; analogamente, sentenza 22 giugno 2000, causa C-318/98, *Fornasar e a.*, punto 41; sentenza 5 febbraio 2004, causa C-157/02, *Rieser Internationale Transporte*, punto 66; sentenza 22 novembre 2005, *Werner Mangold c. Rudiger Helm*, punto 28. In dottrina cfr. V. De Michele, *Trattato di Lisbona e diritto del lavoro nazionale: un nuovo sistema costituzionale delle fonti e delle tutele*, in R. Foglia, R. Cosio, *Il diritto del lavoro nell'Unione Europea*, Milano, 2011, pp. 53-156.

con il diritto comunitario, a prescindere dal grado gerarchico e, quindi, che *il primato* (pertanto, il potere-dovere di disapplicazione) opera rispetto alle norme costituzionali<sup>2</sup>, alle disposizioni non soltanto di rango legislativo, ma anche di natura amministrativa<sup>3</sup>, ai contratti collettivi di lavoro<sup>4</sup> e anche ad una mera prassi<sup>5</sup> o ad un orientamento della giurisprudenza di legittimità interna che ha creato una situazione di giudicato in contrasto con il diritto dell'Unione Europea<sup>6</sup>.

Per quanto riguarda gli atti comunitari che comportano l'obbligo di disapplicazione, la giurisprudenza comunitaria riconosce la diretta applicabilità rispetto a tutto l'ambito del diritto comu-

<sup>2</sup> «Il diritto nato dal trattato, che ha una fonte autonoma, per sua natura non può infatti trovare un limite in qualsivoglia norma di diritto nazionale senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che sia posto in discussione il fondamento giuridico della stessa Comunità. Di conseguenza, il fatto che siano menomati vuoi i diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione di uno Stato membro, vuoi i principi di una Costituzione nazionale, non può sminuire la validità di un atto della comunità né la sua efficacia nel territorio dello stesso Stato», così sentenza CGCE, 17 dicembre 1970, causa C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH*, punto 3; nonché, sentenza 2 febbraio 2004, T-231/02, *Gonnelli e AIFO*, punto 57.

<sup>3</sup> CGCE, 29 aprile 1999, causa C-224/97, *Ciola*, punti 30/34. Ad esempio, si è così esteso l'obbligo di disapplicazione anche ai bandi di gara: sentenza 27 febbraio 2003, causa C-327/2000, *Santex*.

<sup>4</sup> CGCE, 20 marzo 2003, causa C-187/00, *Kutz-Bauer*, punti 74 e 75.

<sup>5</sup> CGCE, 28 giugno 2001, causa C-118/00, *Larsy*.

<sup>6</sup> Cfr. Corte di Giustizia, Grande Sezione, sentenza 13 giugno 2006, in causa C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*. Su una questione risolta dalla Cassazione italiana in contrasto con il diritto comunitario, la CGUE così ha risposto al Tribunale di Genova su cui pendeva azione di risarcimento dei danni nei confronti dello Stato italiano per il «presunto» errore interpretativo della Corte di legittimità: «Il diritto comunitario osta ad una legislazione nazionale che escluda, in maniera generale, la responsabilità dello Stato membro per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto comunitario imputabile a un organo giurisdizionale di ultimo grado per il motivo che la violazione controversa risulta da un'interpretazione delle norme giuridiche o da una valutazione dei fatti e delle prove operate da tale organo giurisdizionale. Il diritto comunitario osta altresì ad una legislazione nazionale che limiti la sussistenza di tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave del giudice, ove una tale limitazione conducesse ad escludere la sussistenza della responsabilità dello Stato membro interessato in altri casi in cui sia stata commessa una violazione manifesta del diritto vigente».

nitario direttamente applicabile e, cioè, ai Trattati<sup>7</sup>, ai regolamenti<sup>8</sup>, alle direttive<sup>9</sup>, alle decisioni<sup>10</sup>.

La Corte di Giustizia ha, tuttavia, ampliato il grado di vincolatività degli atti *non-self executing* negli ordinamenti statali e, così, accanto alla condanna degli Stati inadempienti ai sensi degli artt. 226 (ora art. 258 del Trattato sul Funzionamento dell'UE) e 228 (ora art. 260 TFUE) TCE e alla possibilità di produrre effetti diretti, si sono affermati la responsabilità patrimoniale degli Stati nei confronti dei singoli per i danni provocati dalla mancata (o cattiva) attuazione<sup>11</sup>, l'obbligo dei giudici nazionali di interpretazione conforme della normativa nazionale anche alla luce delle direttive non attuate<sup>12</sup>, l'esigenza per

<sup>7</sup> CGCE, 5 febbraio 1963, causa C-26/62, *Nv Algemene Transport – En Expeditie Onderneming Van Gend En Llos*; nonché, sentenza 6 giugno 2000, causa C-281/98, *Roman Angonese c. Cassa di Risparmio di Bolzano S.p.A.*: «La Corte ha così concluso, quanto ad una disposizione del Trattato avente natura imperativa, che il divieto di discriminazione riguarda del pari tutti i contratti che disciplinano in modo collettivo il lavoro subordinato, come pure i contratti fra privati [...] (punto 34). Si deve quindi considerare che il divieto della discriminazione in base alla cittadinanza, enunciato dall'art. 48 del Trattato, si applica anche ai privati», punto 36.

<sup>8</sup> CGCE, 17 maggio 1972, causa C-93/71, *Orsolina Leoneso c. Ministero dell'Agricoltura e Foreste della Repubblica Italiana*, punti 22, 24, 26 e 28.

<sup>9</sup> Si tratta di una giurisprudenza che prende origine dalla sentenza 6 ottobre 1970, causa C-9/70, *Franz Grad c. Finanzamt Traunsteins*, e 17 dicembre 1970, causa C-33/70, *SACE c. Ministero delle Finanze*, e viene sviluppata nella sentenza 4 dicembre 1974, causa C-41/74, *Van Duyn c. Home Office*. Come sostenuto dalla Corte di Giustizia in detta sentenza, se l'art. 249 (ex art. 189) del Trattato attribuisce efficacia diretta ai regolamenti, «da ciò non si può inferire che le altre categorie di atti contemplati dal suddetto articolo, non possono mai produrre effetti analoghi»; perché venga riconosciuta l'immediata efficacia di altri atti comunitari bisogna «esaminare, caso per caso, la natura, lo spirito e la lettera della disposizione». La Corte nella citata sentenza ha anche affermato che «L'art. 177 del Trattato, che autorizza i giudici nazionali a domandare alla Corte di Giustizia di pronunciarsi sulla validità e sull'interpretazione di tutti gli atti compiuti dalle istituzioni, senza distinzione, implica il fatto che i singoli possono far valere tali atti dinanzi a detti giudici. È quindi opportuno esaminare, caso per caso, se la natura, lo spirito e la lettera della disposizione di cui trattasi consentano di riconoscerle efficacia immediata nei rapporti fra gli Stati membri ed i singoli». Sugli effetti diretti orizzontali delle direttive cfr. inoltre: CGCE, 19 gennaio 1982, causa C-8/81, *Ursula Becker c. Finanzamt Muenster-Innenstadt*, punti 20 e 21; CGCE, 26 febbraio 1986, causa C-152/84, *M.H. Marshall c. Southampton and South West Hampshire Area Health Authority*, punto 48; CGCE, 14 luglio 1994, causa C-91/92, *Faccini Dori c. Recreb srl*.

<sup>10</sup> CGCE, 16 luglio 2005, causa C-105/03, *Pupino*.

<sup>11</sup> Secondo l'orientamento avviato con la sentenza 19 novembre 1991, cause C-6/90 e 9/90, *Francovich c. Repubblica italiana*.

<sup>12</sup> Si tratta dei cosiddetti effetti indiretti delineati a partire dalla sentenza 13 novembre 1990, causa C-106/89, *Marleasing SA c. La Comercial Internacional Alimentacion*.

gli Stati di astenersi dall'adottare disposizioni che possano gravemente compromettere la realizzazione del risultato indicato dalla direttiva, fino ad ammettere profili di «pre-conformazione»<sup>13</sup>.

La capacità della giurisprudenza comunitaria di interagire e incidere sul diritto nazionale in termini rafforzamento dei poteri del Giudice interno per la maggior tutela dei diritti sociali ed economici ha subito una progressiva accelerazione ed un sicuro rafforzamento a seguito dell'entrata in vigore dal 1° dicembre 2009 del Trattato di Lisbona, ora Trattato dell'Unione Europea (TUE).

In particolare l'art. 6 del TUE statuisce il principio secondo cui «1. L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 7.12.2000, adottata il 12.12.2007 a Strasburgo, che ha *lo stesso valore dei Trattati*. 2. L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (CEDU). 3. I diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali».

Il riconoscimento della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (o Carta di Nizza) come insieme di norme primarie del diritto dell'Unione, cioè di diretta applicazione negli ordinamenti interni, ne ha imposto *la cogenza diretta sul piano orizzontale delle relative regole* (in particolare, gli artt. 20 sulla parità di trattamento e l'uguaglianza davanti alla legge, 21 sul principio di non discriminazione, 30 sulla tutela in caso di licenziamento ingiustificato, 31 sulle condizioni di lavoro eque e giuste e 47 sul diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo e ad un giudice imparziale), quando si tratti di controversie tra privati che entrano nel campo di applicazione del diritto dell'Unione Europea, a partire dalla sentenza *Kücükdeveci*<sup>14</sup> fino alla sentenza *Zambrano*<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Dalla sentenza 18 dicembre 1997, causa C-129/96, *Inter Environment Wallonie ASBL*, la Corte afferma che per gli Stati, in pendenza del termine posto dalla direttiva stessa per la propria trasposizione, sussiste l'obbligo di astenersi dall'adottare disposizioni che possano gravemente compromettere la realizzazione del risultato che la direttiva prescrive.

<sup>14</sup> Corte di Giustizia, Grande Sezione, sentenza 19 gennaio 2010, causa C-555/07 *Kücükdeveci*.

<sup>15</sup> Corte di Giustizia, Grande Sezione, sentenza 8 marzo 2011, causa C-34/09 *Zambrano*.



In questo percorso si segnala, in particolare, quanto precisato dalla Corte di Giustizia nella 2<sup>a</sup> causa *Fuß* del 25 novembre 2010<sup>16</sup> al punto 41: «Secondo la giurisprudenza della Corte, ne consegue che qualora non possano procedere ad un'interpretazione ed un'applicazione conformi alle prescrizioni del diritto dell'Unione, i giudici nazionali e gli organi dell'amministrazione hanno l'obbligo di applicare integralmente il diritto dell'Unione e di tutelare i diritti che quest'ultimo attribuisce ai singoli, disapplicando, se necessario, qualsiasi contraria disposizione del diritto interno».

A tal proposito, importantissimo, sempre nel solco della primazia del diritto comunitario, è il principio (ri)affermato dalla Corte di Giustizia nella sentenza del 5 ottobre 2010<sup>17</sup>, secondo cui «il diritto dell'Unione osta a che un organo giurisdizionale nazionale, al quale spetti decidere a seguito di un rinvio ad esso fatto da un organo giurisdizionale di grado superiore adito in sede di impugnazione, sia vincolato, conformemente al diritto nazionale di procedura, da valutazioni formulate in diritto dall'istanza superiore qualora esso ritenga, alla luce dell'interpretazione da esso richiesta alla Corte, che dette valutazioni non siano conformi al diritto dell'Unione».

Sulla diretta applicabilità delle norme comunitarie ha avuto modo di pronunciarsi anche la Corte Costituzionale<sup>18</sup>. L'importanza della sentenza *Granital* n. 170/1984 non si è esaurita nella sola enunciazione del principio della prevalenza delle norme comunitarie rispetto a quelle nazionali (in relazione a possibili contrasti su questioni di rilevanza comunitaria), ma ha interessato anche i limiti della competenza giurisdizionale della Corte costituzionale in favore della competenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> Corte di Giustizia, II Sezione, sentenza 25 novembre 2010, in causa C-429/09. La 1<sup>a</sup> sentenza tra le stesse parti è del 15 ottobre 2010, in causa C-423/09.

<sup>17</sup> Corte di Giustizia, Grande Sezione, sentenza 5 ottobre 2010, causa C-173/09 *Elchinov*.

<sup>18</sup> Corte Costituzionale, sentenza 8 giugno 1984, n. 170.

<sup>19</sup> In base a tale decisione (seguita, poi, dalle sentenze nn. 47 e 48/1985), spetta al giudice ordinario accertare che la specie cada sotto il disposto della disciplina prodotta dagli organi della CEE e sia immediatamente applicabile nel territorio dello Stato: in questo caso la regola comunitaria riceve necessaria ed immediata applicazione, pur in presenza di incompatibili statuizioni della legge ordinaria dello Stato, non importa se anteriore o successiva. Il risultato così raggiunto è generalmente accolto negli ordinamenti interni degli Stati membri della CEE, risponde all'esigenza di garantire uniformità e certezza di criteri applicativi del diritto comunitario in tutta l'area del Mer-

In particolare, l'effetto diretto delle sentenze interpretative della Corte di Giustizia secondo l'art. 267 (ex art. 234) del TFUE è quello di vincolare il giudice *a quo* (indicato spesso anche come «giudice della causa principale») a conformarsi, nel decidere il caso concreto, alle soluzioni dei problemi di diritto in essa contenute, con efficacia *erga omnes*<sup>20</sup>. I principi enunciati nelle decisioni della Corte di Giustizia si inseriscono, infatti, direttamente nell'ordinamento nazionale, con il valore di *ius superveniens*, condizionando e determinando i limiti in cui la norma interna conserva efficacia e deve essere applicata anche da parte del giudice interno<sup>21</sup>.

Sul diritto dell'Unione Europea di diretta applicazione (norme primarie del Trattato) in relazione all'art. 47 della Carta di Nizza, si è pronunciata la Corte costituzionale con la sentenza n. 80 dell'11 marzo 2011, confermando che se le norme primarie della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea entrano nel campo di applicazione della normativa «derivata» comunitaria (Direttive, ad esempio), non è ammissibile la questione di legittimità costituzionale, ma è necessario che il Giudice ordinario dia diretta applicazione dei principi europei, salvo, in caso di dubbio, sollevare questione di pregiudizialità ex art. 267 Trattato TFUE.

Sulla prevalenza del diritto comunitario, peraltro, si è espressa anche la Corte di Cassazione<sup>22</sup> affermando che «*la corretta applicazione del diritto comunitario deve avvenire anche d'ufficio e anche per la prima volta in sede di legittimità*, in forza del principio di effettività del diritto comunitario e del suo rango sovraordinato a quello nazionale, espressamente ribadito dal nuovo testo dell'art. 117, comma 1, Cost., il quale pone al legislatore nazionale un espresso vincolo di diritto comunitario».

cato Comune e va inteso in stretta connessione con il fondamentale criterio che, secondo la giurisprudenza della Corte, governa i rapporti fra l'ordinamento dello Stato e quello della comunità: i due sistemi sono reciprocamente autonomi e, al tempo stesso, coordinati secondo le previsioni del Trattato di Roma, la cui osservanza forma oggetto, in forza dell'art. 11 Cost., di una specifica, piena e continua garanzia.

<sup>20</sup> CGCE, 13 dicembre 1983, causa C-222/82 *Apple and Pear*; 13 marzo 1997, causa C-385/95, *Modellato*.

<sup>21</sup> Corte cost., sentenza n. 113 del 19 aprile 1985; Corte cost., ord. n. 255 del 23 giugno 1999; Corte cost., ord. n. 62 del 14 marzo 2003; Corte cost., ordinanza n. 252 del 28 giugno 2006.

<sup>22</sup> Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 29 dicembre 2006, n. 27619.

## 2. Il diritto al risarcimento del danno: la responsabilità dello Stato

È essenzialmente con la sentenza *Francovich*<sup>23</sup> che può ritenersi iniziata a livello europeo una sistematica ricostruzione dell'istituto in argomento e del relativo regime giuridico. Nei Trattati di Roma, infatti, non era prevista alcuna sanzione specifica nell'ipotesi di violazione degli obblighi comunitari da parte di uno Stato membro, essendo individuate le sole procedure per l'accertamento giurisdizionale delle infrazioni.

È proprio con il progredire e con il consolidarsi del processo di integrazione che si è avvertita maggiormente l'esigenza di garantire un'applicazione uniforme del diritto dell'Unione in tutti i Paesi membri e quindi evitare una disfunzione del sistema nel suo insieme e nelle sue articolazioni, nonché una situazione di discriminazione tra i cittadini. Infatti, la violazione di uno Stato finisce col scalfire la parità di trattamento e la solidarietà all'interno dell'Unione e col creare uno sbilanciamento disarmonico in un sistema giuridico che vede tra i suoi obiettivi fondamentali quello dell'interpretazione e dell'applicazione uniforme delle regole comuni.

Su queste argomentazioni si è innestato l'intervento della Corte di Giustizia europea con la citata sentenza *Francovich*, con cui si è affermato il principio della responsabilità dello Stato per i danni causati ai singoli da violazioni del diritto dell'Unione ad esso imputabili; principio inerente al sistema dei Trattati, atteso che sarebbe messa a repentaglio la piena efficacia delle norme comunitarie e sarebbe infirmata la tutela dei diritti da esse riconosciuti se i singoli non avessero la possibilità di ottenere un risarcimento ove i loro diritti siano lesi da una violazione del diritto dell'Unione imputabile, beninteso, allo Stato membro medesimo.

Dopo avere affermato *l'esistenza di un vero e proprio principio di responsabilità* inerente ai Trattati, la Corte prosegue il suo iter argomentativo affermando le condizioni per dare attuazione concreta a tale principio.

<sup>23</sup> CGCE, 19 novembre 1991, C-6/90 e C-9/90, *Andrea Francovich/Repubblica Italiana e Danila Bonifazi e altri/Repubblica Italiana*. Tale sentenza è relativa alle conseguenze della mancata attuazione di una direttiva da parte di uno Stato membro: nella fattispecie, si trattava di una direttiva, mai trasposta dall'Italia, che, a tutela dei lavoratori in caso di insolvenza del datore di lavoro, imponeva agli Stati membri di istituire un meccanismo di garanzia per i crediti retributivi maturati.

La prima di queste condizioni è che il risultato prescritto dalla direttiva implichi *l'attribuzione di diritti* in favore dei singoli; la seconda è che *il contenuto di tali diritti possa essere individuato* sulla base delle disposizioni della direttiva; la terza ed ultima condizione consiste nell'*esistenza di un nesso di causalità* tra la violazione dell'obbligo a carico dello Stato membro ed il danno subito dai soggetti lesi (*Franco-vich*, punto 40).

Tali tre condizioni, secondo la Corte, sono sufficienti per far sorgere a vantaggio dei singoli un diritto ad ottenere un risarcimento, che trova direttamente il suo fondamento nel diritto dell'Unione (*Franco-vich*, punto 41).

In merito, poi, al significato da attribuire al requisito della preordinazione della norma violata a conferire tali diritti ai singoli, il problema interpretativo che si pone attiene alla necessità di stabilire se vi sia o meno coincidenza tra lo stesso e la nozione di efficacia diretta.

Dalla giurisprudenza comunitaria si evince che certamente tali sono le norme direttamente applicabili all'interno degli Stati, in quanto per definizione conferiscono direttamente ai singoli diritti che il giudice nazionale è tenuto a tutelare.

Il che, tuttavia, non implica che la norma di cui trattasi debba essere necessariamente dotata di efficacia diretta, essendo sufficiente che questa comporti l'attribuzione di diritti a favore dei singoli e che il contenuto degli stessi sia identificabile con sufficiente precisione, sulla base delle disposizioni della norma medesima. Può ben esservi il caso di una norma priva di tale efficacia diretta e tuttavia tale da poter essere interpretata in chiave di attribuzione di diritti. L'assenza di efficacia diretta, infatti, non significa che l'effetto voluto dal diritto comunitario non sia quello di attribuire diritti ai singoli, bensì solo che tali diritti non sono sufficientemente precisi e incondizionati affinché possano essere fatti valere dal punto di vista sostanziale e applicati senza ulteriori misure.

Va, inoltre, precisato che non è necessario che la norma violata abbia come suo unico scopo la tutela dei singoli: anche qualora vi siano disposizioni che perseguano altri obiettivi, ciò non esclude che esse possano interpretarsi nel senso di attribuire diritti anche ai singoli.

La sussistenza dei diritti viene dalla Corte ricollegata, pertanto, ad un'indagine sulle finalità della norma, che non si attesta tuttavia sulla sua «direzione» soggettiva, ma sulle istanze di tutela che essa

rappresenta, mettendo in risalto la rilevanza dell'interesse del cittadino sul piano risarcitorio anche quando esso non sia l'unico o esclusivo fine perseguito.

Di particolare interesse è anche *la sentenza Brasserie*<sup>24</sup> che ha perfezionato il discorso iniziato dalla *Francovich*, soprattutto avuto riguardo alla seconda condizione richiesta ai fini della sussistenza della responsabilità.

Ed infatti, dopo *Francovich* ci si era interrogati se la responsabilità patrimoniale dello Stato membro potesse essere fatta valere soltanto alla presenza di norme dell'Unione prive di un effetto diretto, per essere cioè queste non invocabili dinanzi all'autorità giudiziaria nazionale, ovvero se la violazione riguardasse anche norme aventi efficacia e quindi azionabili direttamente innanzi al giudice nazionale.

La Corte di Giustizia con la sentenza *Brasserie*, dopo avere compiuto una distinzione tra i casi in cui lo Stato nazionale ha maggiore o minore discrezionalità (v. punti 46 e 47), ha inequivocabilmente sottolineato come sia presente, sia nell'ordinamento dell'Unione che in quello degli Stati membri, il principio in forza del quale *un'azione o un'omissione illegittima comporta l'obbligo della riparazione del danno arrecato*.

Da ciò consegue l'obbligo, incombente sulla pubblica autorità, qualunque sia l'organo di quest'ultima la cui azione od omissione ha dato origine alla trasgressione, di risarcire i danni cagionati nell'esercizio delle sue funzioni, a prescindere dalle norme interne dello Stato membro sulla ripartizione delle competenze tra i poteri costituzionali (v. punti 29, 32 e 33).

Nel richiamare le condizioni necessarie perché possano soddisfarsi le esigenze della piena efficacia delle norme dell'Unione e dell'effettiva tutela dei diritti da esse garantiti e nel precisare la seconda di tali condizioni, la Corte afferma che deve trattarsi di una *violazione sufficientemente caratterizzata*, laddove il criterio decisivo per considerare una simile sufficiente caratterizzazione della violazione consiste nella *violazione manifesta e grave, da parte di uno Stato membro, dei limiti posti al suo potere discrezionale*.

<sup>24</sup> CGCE, 5 marzo 1996, C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du pêcheur SA/Repubblica Federale di Germania* e *The Queen/Secretary of State for Transport (Factorame Ltd e altri)*. In dottrina v., di recente, F. Ferraro, *La responsabilità risarcitoria degli Stati per violazione del diritto dell'Unione*, Milano, 2012.

Al riguardo, fra gli elementi che il Giudice competente può eventualmente prendere in considerazione, vanno sottolineati il grado di chiarezza e di precisione della norma violata, l'ampiezza del potere discrezionale che tale norma riserva alle autorità nazionali, il carattere intenzionale o involontario della trasgressione commessa o del danno cagionato, la scusabilità o l'inescusabilità di un eventuale errore di diritto, la circostanza che i comportamenti adottati da un'istituzione comunitaria abbiano potuto concorrere all'omissione, all'adozione o al mantenimento in vigore di provvedimenti o di prassi nazionali contrari al diritto dell'Unione.

In ogni caso, una violazione del diritto dell'Unione è manifesta e grave quando continua nonostante la pronuncia di una sentenza che ha accertato l'inadempimento contestato, di una sentenza pregiudiziale o di una giurisprudenza consolidata della Corte in materia, dalle quali risulti l'illegittimità del comportamento in questione.

Sulla terza condizione relativa al nesso causale, anche nella sentenza *Brasserie* la Corte rimanda ai Giudici nazionali: fermo restando che il diritto al risarcimento trova direttamente il suo fondamento nel diritto dell'Unione, nell'ambito delle norme del diritto nazionale relative alla responsabilità lo Stato è tenuto a riparare le conseguenze del danno provocato; resta inteso che *le norme nazionali in materia di risarcimento* dei danni: 1) *non possono essere meno favorevoli* di quelle che riguardano reclami analoghi di natura interna; 2) *non possono essere tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento*; 3) *devono avere portata dissuasiva*.

È evidente, dunque, come con la sentenza *Brasserie* la Corte abbia modificato il proprio indirizzo giurisprudenziale passando a sanzionare lo Stato non più soltanto per il mancato esercizio della sua discrezionalità e quindi per una condotta omissiva come nella sentenza *Franovich*, ma anche per il cattivo esercizio della sua discrezionalità e quindi per una vera e propria condotta commissiva.

Un altro carattere della responsabilità extracontrattuale dello Stato membro per violazione del diritto dell'Unione Europea è quello della sua *oggettività*, ossia l'obbligo di risarcire i danni cagionati ai singoli non può essere subordinato ad una condizione, ricavata dalla nozione di condotta imputabile a dolo o colpa. La prescrizione, infatti, di una simile condizione, ulteriore rispetto a quella della sussistenza di una violazione manifesta e grave, si risolverebbe nel rimettere in discussione l'intero regime giuridico del diritto al risarcimen-

to, che trova il suo fondamento nell'ordinamento dell'Unione. Infatti, la nozione di colpa non ha lo stesso contenuto nei diversi ordinamenti giuridici, per cui subordinare il diritto al risarcimento alle diverse nozioni di colpa presenti nei vari Stati finirebbe col compromettere l'uniforme applicazione ed interpretazione del diritto dell'Unione e pregiudicare i principi fondamentali della parità di trattamento e di solidarietà su cui si regge l'Unione Europea.

Altro corollario dell'esigenza di garantire tutela effettiva ed uniforme del diritto al risarcimento è dato dal fatto che non rileva a quale organo sia imputabile la violazione, così come è irrilevante l'organizzazione interna di ciascuno Stato membro.

### 3. La determinazione del risarcimento e la liquidazione del danno

Quanto ai criteri che devono informare la determinazione dell'entità e della forma del risarcimento, i quali non devono essere meno favorevoli di quelli riguardanti reclami analoghi fondati sul diritto interno ed essere tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile il risarcimento medesimo, la Corte ha posto il principio dell'*adeguatezza al danno subito*, escluse le ripercussioni patrimoniali negative che il privato avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza.

In virtù di quanto stabilito dalla Corte anche in materia di illecito della Comunità, sarà risarcibile il *danno materiale* ma anche il *pregiudizio morale*<sup>25</sup>, il *danno emergente* e il *lucro cessante*.

In merito, in particolare, al lucro cessante, si è affermato che la sua totale esclusione dal danno risarcibile non può essere ammessa in caso di violazione del diritto comunitario imputabile allo Stato, in quanto ciò, soprattutto in tema di controversie di natura economica, renderebbe di fatto impossibile il risarcimento del danno medesimo. Diversamente, si contraddirebbe quanto affermato sulla necessità che il risarcimento del danno debba essere integrale<sup>26</sup>. La liquidazione del danno comprende, altresì, in base al principio del trattamento nazionale, *le pene*, risarcitorie in senso lato, eventualmente comminate dai singoli ordinamenti, in quanto ne sussistano i presupposti in base al diritto nazionale.

<sup>25</sup> V. CGUE, sent. *Grifoni, Leitner e Garrido*.

<sup>26</sup> V. CGUE, sent. *Marshall II*.

In particolare, la Corte si è espressa in merito alla possibilità della concessione di un *risarcimento «esemplare»* previsto dal diritto anglosassone, precisando, in proposito, che «tale misura di riparazione, fondata nel diritto nazionale sull'accertamento che le pubbliche autorità interessate abbiano operato in maniera vessatoria, arbitraria o incostituzionale, può essere riconosciuta nei limiti in cui comportamenti così caratterizzati possano costituire una violazione di diritto comunitario»<sup>27</sup>.

Il danno può anche essere *risarcito in forma specifica*. Sul punto si è ritenuto che l'adeguamento retroattivo alle disposizioni comunitarie da parte del legislatore nazionale possa essere inteso come una forma di risarcimento, in quanto consente, in linea di massima, di rimediare alle conseguenze pregiudizievoli della violazione del diritto comunitario<sup>28</sup>. Tuttavia, il principio di adeguatezza del risarcimento impone comunque di ammettere la risarcibilità del danno non reintegrato o di quello ulteriore eventualmente subito per non aver potuto fruire, a suo tempo, dei vantaggi garantiti dalla norma: il maggior danno, in tal caso, dev'essere oggetto di specifica prova.

Con altra decisione<sup>29</sup> si è anche ammesso che il danno risarcibile possa consistere nel solo *versamento di interessi* su somme dovute e *nella rivalutazione delle stesse somme* con adeguamento al valore corrente della moneta. Se ne desume che tali poste di danno debbano essere considerate quali accessori da liquidarsi contestualmente al danno emergente e lucro cessante eventualmente subiti.

#### 4. Sulla prescrizione

Il diritto al risarcimento del danno per il mancato, integrale e tempestivo adeguamento della normativa interna alla normativa europea soggiace all'ordinario termine decennale di prescrizione.

Infatti, per consolidato orientamento giurisprudenziale (cfr., tra le ultime, Cass. n. 11941/2013 che richiama Cass., Sezioni Unite, n. 9147/2009) «In caso di omessa o tardiva trasposizione da parte del legislatore italiano, nel termine prescritto, delle direttive co-

<sup>27</sup> *Brasserie*, cit., punti 89-90.

<sup>28</sup> V. sent. *Bonifaci e Berto*; v. altresì sent. *Maso*.

<sup>29</sup> Sent. *Sutton*.



munitarie (nella specie, le direttive n. 75/362/CEE e n. 82/76/CEE, non autoesecutive, in tema di retribuzione della formazione dei medici specializzandi) sorge, conformemente ai principi più volte affermati dalla Corte di Giustizia, il diritto degli interessati al risarcimento dei danni che va ricondotto – anche a prescindere dall'esistenza di uno specifico intervento legislativo accompagnato da una previsione risarcitoria – allo schema della responsabilità per inadempimento dell'obbligazione *ex lege* dello Stato, di natura indennitaria per attività anti giuridica, dovendosi ritenere che la condotta dello Stato inadempiente sia suscettibile di essere qualificata come anti giuridica nell'ordinamento comunitario ma non anche alla stregua dell'ordinamento interno. Ne consegue che il relativo risarcimento, avente natura di credito di valore, non è subordinato alla sussistenza del dolo o della colpa e deve essere determinato, con i mezzi offerti dall'ordinamento interno, in modo da assicurare al danneggiato un'adeguata compensazione della perdita subita in ragione del ritardo oggettivamente apprezzabile, restando assoggettata la pretesa risarcitoria, in quanto diretta all'adempimento di una obbligazione *ex lege* riconducibile all'area della responsabilità contrattuale, all'ordinario termine decennale di prescrizione».

### *5. Il caso dei medici specializzandi*

Alla luce di tali principi, la giurisprudenza CGUE e quella nazionale hanno ormai sanzionato in favore dei medici specializzandi il loro diritto al risarcimento dei danni subiti per effetto dell'inadempimento parziale e/o tardivo adempimento dello Stato italiano alle relative direttive, configurandosi il d.lgs. n. 368/1999 (come successivamente modificato dal d.lgs. n. 517/1999 e dalla legge n. 266/2005), nella parte in cui prevede che le disposizioni di cui agli articoli da 37 a 42 si applichino soltanto a decorrere dall'a.a. 2006-2007, come un atto legislativo di adempimento soltanto parziale e tardivo della direttiva 93/16/CEE, in quanto ha finito col privare di adeguata remunerazione tutti coloro che hanno frequentato le Scuole di Specializzazione nel periodo precedente.

Nel caso di specie, infatti, sussistono tutte le condizioni richieste dalla CGUE affinché possa sorgere il diritto al risarcimento del danno:

- a) tutte le norme europee violate sono state introdotte con lo scopo di riconoscere ai medici specializzandi un determinato *status* giuridico-economico. Il contenuto di tale *status*, sia sotto il profilo normativo che sotto il profilo economico, è facilmente delineabile attraverso le specifiche previsioni di cui al d.lgs. n. 368/1999 e il d.p.c.m. 7 marzo 2007;
- b) sussiste una violazione sufficientemente grave, dal momento che la direttiva 93/16/CEE, ha reso trasparente e sufficientemente dettagliato l'obbligo imposto allo Stato, il quale, tuttavia, ha persistito nell'inadempimento pur a seguito delle pronunce della CGCE intervenute successivamente al d.lgs. n. 257/1991. In effetti, lo Stato italiano, nel momento in cui emanava il d.lgs. n. 368/1999 di attuazione della citata direttiva, non avrebbe dovuto e potuto sospendere il trattamento giuridico-economico previsto in favore dei medici specializzandi dagli articoli da 37 a 42;
- c) a causa del sopradescritto comportamento dello Stato italiano agli specializzandi *ante* 2006 è derivato un danno non solo patrimoniale, ma anche professionale: infatti, non solo essi hanno percepito l'inferiore trattamento economico previsto dall'art. 6 d.lgs. n. 257/1991, ma il loro rapporto non ha ricevuto alcun riconoscimento dal punto di vista giuridico e previdenziale;
- d) conseguentemente, la Repubblica Italiana è stata ripetutamente condannata al risarcimento dei danni commisurati alle differenze di trattamento economico tra quanto percepito a titolo di borsa di studio, *ex art.* 6 d.lgs. n. 257/1991 e quanto invece dovuto in applicazione della citata direttiva europea e del d.lgs. n. 368/1999, secondo gli importi definiti dal successivo d.p.c.m. 7 marzo 2007.

## *6. Il risarcimento del danno da abuso dei contratti a termine nel settore pubblico*

Ove dovesse ritenersi oramai perentoria la stabilizzazione prevista dalle due finanziarie 2007-8 (art. 1, c. 519, legge n. 296/2006 e art. 3, c. 90, legge n. 244/2007) e assodata l'impossibile riqualificazione del rapporto di lavoro a termine ultra triennale in rapporto a tempo indeterminato, teoricamente spettante in base al d.lgs. n. 368/2001

(art. 5 c. 4-*bis*) in conformità alla direttiva 1999/70/CE<sup>30</sup>, in ragione dell'invalicabile divieto posto dall'art. 36 d.lgs. n. 165/2001, gli «impenitenti precari» certamente avrebbero diritto al risarcimento del danno, genericamente previsto dalla stessa norma.

Tale danno è stato variamente quantificato dalla giurisprudenza di merito.

Un primo filone giurisprudenziale, rimanendo nei circoscritti ambiti della nozione tradizionale di risarcimento del danno, ha ricondotto il danno alle comuni categorie civilistiche, con specifici obblighi di deduzione e di prova dei danni concretamente riportati, giungendo al rigetto della domanda in mancanza del tempestivo adempimento di tali oneri.

In particolare questa giurisprudenza riconduce la sanzione risarcitoria prevista nel settore pubblico in caso di illegittimo plurimo ricorso al contratto a termine alla regola generale del *neminem laedere* stigmatizzata dall'art. 2043 cod. civ.<sup>31</sup>.

A una tale liquidazione del danno consegue l'applicazione dei criteri di quantificazione dello stesso dettati dal codice civile, con una specificazione in termini di perdita subita e di mancato guadagno.

Questa ricostruzione comporta che il lavoratore sia gravato dall'onere di provare il pregiudizio subito, la violazione in cui è incorsa l'amministrazione ed il nesso causale che lega la violazione al danno, con la conseguenza che nessun risarcimento potrà essere riconosciuto qualora il dipendente non sia in grado di fornire una simile dimostrazione<sup>32</sup>.

Questa riconduzione del risarcimento ai soliti schemi della responsabilità civile di diritto interno, dal punto di vista concreto, crea enormi difficoltà in capo al dipendente leso, il quale si deve cimentare con oneri di allegazione e prova al limite della cosiddetta «pro-

<sup>30</sup> Per la stabilizzazione v. però CGUE *Vitari* e sent. del 26 giugno 2001, C-212/99 (lettori universitari). Per la giurisprudenza nazionale v. i noti casi decisi da Trib. Siena 27 settembre 2010 in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, p. 360; Trib. Pisa 13 luglio 2010, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2011, p. 128; Trib. Trani 20 dicembre 2010 e Trib. Livorno 25 gennaio 2011, in *Riv. giur. lav.*, 2011, II, pp. 43 e 416. Da ultimo v. Cass., Sezione Lavoro, 23 dicembre 2014, n. 27363, ined.; Trib. Napoli 21 gennaio 2015, *Racca c. MIUR* e altri, ined.

<sup>31</sup> Cfr. per le prime pronunce Trib. Foggia 6 novembre 2006, in *Lav. pubbl. amm.*, 2007, pp. 1153 e ss; Trib. Trapani 2 dicembre 2008, in *Giur. mer.*, 2009, n. 5, p. 1278.

<sup>32</sup> Come poi è effettivamente avvenuto nel caso esaminato dal Tribunale di Foggia 6 novembre 2006, citato; ma v. anche Corte d'Appello di Messina, sent. 3 febbraio 2014, ined.

va diabolica», atteso che deve allegare e provare, ad esempio, che, a causa del termine illegittimamente apposto al proprio contratto, ha perduto la possibilità di conseguire un posto di lavoro a tempo indeterminato, atteso che, se fosse stato bandito il relativo concorso, avrebbe avuto serie *chances* di superarlo.

Questa impostazione del problema ha poi la pecca di *non tenere in alcun conto la nozione del danno a livello comunitario* e le tre connotazioni che il risarcimento deve cumulare, secondo la Corte di Giustizia, in questa materia, e cioè: 1) *avere effettiva efficacia dissuasiva*, il che consente un risarcimento anche in favore del lavoratore a termine ancora in servizio in ragione dei ripetuti abusi nella reiterazione dei contratti; 2) comportare *conseguenze di non minore favore* rispetto al settore privato (principio di equivalenza: tale principio impone di ricercare il lavoratore comparabile che, similmente, abbia riconosciuto un diritto alla monetizzazione della mancata stabilizzazione); 3) *non rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti* tutelati dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività<sup>33</sup>: quest'ultimo principio consente al giudice nazionale di liquidare il danno anche in via forfettaria).

<sup>33</sup> Degno di considerazione è il caso *Papalia* deciso dalla CGUE nei termini seguenti: «A questo proposito, il sig. Papalia sostiene che l'unica forma di tutela esistente per i lavoratori del settore pubblico assunti con contratto a durata determinata in Italia sarebbe il risarcimento del danno sofferto, dato che l'articolo 35, quinto comma, del d.lgs. n. 165/2001 prevederebbe un diritto alla riqualificazione di un contratto a durata determinata in un contratto a durata indeterminata solo a beneficio dei lavoratori del settore privato. Ebbene, secondo l'interpretazione elaborata dalla Corte suprema di cassazione, per un lavoratore del settore pubblico sarebbe impossibile fornire le prove richieste dal diritto nazionale al fine di ottenere un siffatto risarcimento del danno, poiché gli si imporrebbe di fornire, segnatamente, la prova della perdita di opportunità di lavoro e quella del conseguente lucro cessante. Una prova siffatta non sarebbe imposta dalla giurisprudenza della Corte, la quale preciserebbe soltanto che il danno risarcibile a causa della violazione di una norma contenuta nella direttiva 1999/70/CE deve derivare immediatamente e direttamente dalla violazione delle norme finalizzata alla tutela dei lavoratori precari [...] 32. Nel caso di specie, secondo la decisione di rinvio, la prova richiesta in diritto nazionale può rivelarsi difficilissima, se non quasi impossibile da produrre da parte di un lavoratore quale il sig. Papalia. Pertanto, non si può escludere che questa prescrizione sia tale da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio, da parte di questo lavoratore, dei diritti attribuitigli dall'ordinamento dell'Unione e, segnatamente, del suo diritto al risarcimento del danno sofferto, a causa dell'utilizzo abusivo, da parte del suo ex datore di lavoro pubblico, di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato».

Sulla base di questi tre concomitanti principi la conseguenza che ne deriva è che, aderendo a quel filone interpretativo, la normativa italiana in materia di ricorso abusivo a contratti a termine con la pubblica amministrazione si paleserebbe non conforme alla direttiva, con conseguente illegittimità costituzionale, per violazione dell'art. 117 Cost., dell'art. 36, comma 5, d.lgs. 165/2001.

Si ricollega in qualche modo a questo orientamento anche chi<sup>34</sup>, ritenendo che non possa farsi ricorso ad un indennizzo uguale per tutti (quindi svincolato dall'accertamento di un danno), ma debba essere adottato un risarcimento che abbia più propriamente una funzione ristoratrice, parametrata il danno liquidabile in questi casi al trattamento retributivo contrattuale non erogato nei periodi di intervallo fra i contratti a termine intercorsi tra le parti; così come chi riconosce istituti contrattuali nella stessa misura che sarebbe spettata qualora l'assunzione fosse stata a tempo indeterminato, o chi<sup>35</sup>, in un caso di proroga illegittima, riconosce le maggiorazioni retributive per l'intera durata dell'illegittima prosecuzione del rapporto; o infine, ancora, chi<sup>36</sup> ha quantificato il risarcimento nella misura delle retribuzioni perdute per il periodo compreso tra la messa in mora e la pronuncia giudiziale.

Altra soluzione<sup>37</sup> ritiene che «il danno risarcibile debba essere individuato con riferimento ai periodi lavorati da considerarsi soggetti non al regime (illegittimo) del contratto a tempo determinato di fatto applicato, ma a quello (legittimo) del contratto a tempo indeterminato. Tale danno quindi andrà individuato calcolando la differenza tra quanto effettivamente percepito dal lavoratore e quanto lo stesso avrebbe percepito qualora fosse stato da subito inquadrato quale lavoratore a tempo indeterminato ossia con l'assunzione in ruolo. Il calcolo dovrà essere fatto con riferimento a tutti gli istituti influenti sulla retribuzione, calcolando quindi anche l'effetto dell'incremento retributivo determinato dall'anzianità di servizio» (è il cosiddetto criterio della ricostruzione della carriera): soluzione quest'ultima, che se, sotto il profilo teorico, appare scevra da censure non sembra, tuttavia, garantire, nei suoi esiti applicativi, un reale

<sup>34</sup> Così ad es. Trib. Catania 19 gennaio 2007, in *Foro it.*, 2008, I, p. 350.

<sup>35</sup> Trib. Milano 12 gennaio 2007, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2007, p. 182.

<sup>36</sup> Trib. Trapani sentenza 30 gennaio 2007.

<sup>37</sup> Trib. Treviso 21 settembre 2009, est. Galli; Trib. Treviso 14 aprile 2010, est. De Luca.

effetto dissuasivo conducendo, nella maggior parte dei casi, a forme di ristoro poco più che simboliche. D'altra parte tale filone limita il risarcimento al solo profilo della clausola 4 dell'Accordo Quadro (principio di non discriminazione) e non lo estende anche alla clausola 5 (divieto di abuso).

Secondo altro filone giurisprudenziale, invece, il lavoratore dovrebbe sempre ritenersi esentato dall'onere di provare quale sia esattamente il danno subito, potendosi questo identificare sempre e comunque nella perdita del posto di lavoro, derivante dalla violazione di norme imperative (quelle poste in materia di contratto a termine), e questo dovrebbe consistere in un trattamento forfettario (di stampo sostanzialmente indennitario), piuttosto che in un ristoro in senso tecnico.

Si inserisce in questo filone quella giurisprudenza<sup>38</sup>, secondo cui il danno da illegittima reiterazione dei contratti a termine nel pubblico impiego è riconoscibile *in re ipsa* anche in assenza di specifiche allegazioni e deve essere liquidato equitativamente<sup>39</sup>.

Altra giurisprudenza<sup>40</sup>, invece, quantifica il danno ricorrendo ad un meccanismo risarcitorio parzialmente forfettizzato e predeterminato, il quale tiene conto della perdita del posto di lavoro e della perdita di retribuzioni conseguenti utilizzando come parametro normativo interno quello fornito dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, unico istituto attraverso il quale il legislatore ha monetizzato il valore del posto di lavoro assistito dalla cosiddetta stabilità reale, quale è quello alle dipendenze della pubblica amministrazione (5 mensilità quale indennizzo sanzionatorio previsto dall'art. 18, comma 4, legge n. 300/1970 + 15 mensilità quale misura sostitutiva della reintegra ai sensi dell'art. 18, comma 5, legge n. 300/1970), decurtato tuttavia dell'*aliunde perceptum* per ragioni di natura equitativa.

Questo orientamento, pur avendo il pregio di tenere in considerazione le indicazioni date dalla Corte di Giustizia in materia di risarcimento effettivo, non pare condivisibile là ove deduce l'*aliunde perceptum*, atteso che quest'ultimo istituto ha ragione di sussistere là

<sup>38</sup> Cfr. App. Milano 14 marzo 2006, in *Lav. prev. oggi*, 2008, suppl. 6, p. 906, secondo un indirizzo ora accolto da Cass., Sezione Lavoro, 30 dicembre 2014, n. 27481.

<sup>39</sup> Alle stesse conclusioni giunge anche Trib. Foggia 17 ottobre 2008, in *Guida al lavoro*, 2009, n. 9, p. 47.

<sup>40</sup> Trib. Genova 14 dicembre 2006, in *Riv. giur. lav.*, 2008, II, p. 446.

ove viene in gioco un effettivo accertamento del danno secondo i criteri classici, e non ove si proceda ad una quantificazione di tipo indennitario, di tal che mescolare i due istituti dà quale conseguenza un meccanismo di quantificazione del danno ibrido, non presente nel nostro ordinamento (l'art. 18, comma 4, legge n. 300/1970 infatti non lo prevede).

Maggiormente coerente appare pertanto quell'orientamento<sup>41</sup> che, alla luce della direttiva comunitaria 1999/70/CE e delle decisioni della Corte di Giustizia, ritiene che l'unica interpretazione dell'art. 36 d.lgs. 165/2001 compatibile con il diritto comunitario – e precisamente con i canoni di adeguatezza, effettività e dissuasività della tutela offerta in caso di abusi, oltre che con il criterio di equivalenza della stessa con le misure offerte per analoghe situazioni che si verificano nel settore privato – sia quella offerta dall'art. 18, commi 4 e 5, St. Lav. (e quindi delle 5 + 15 mensilità), senza procedere ad alcuna decurtazione dell'*aliunde perceptum*.

La Cassazione ha originariamente respinto tale impostazione richiedendo la rigorosa prova civilistica del danno effettivamente ed attualmente sofferto (v. sent. n. 392/2012).

Tale orientamento non può essere condiviso: qui si tratta di comminare un risarcimento non solo secondo i canoni dell'ordinamento italiano bensì anche secondo i criteri comunitari, difettando i quali risorge il diritto alla riqualificazione del rapporto come unica misura «equivalente».

Non si può infatti contemporaneamente negare la stabilizzazione e rendere aleatorio il diritto al risarcimento del danno: le due proposizioni sono incompatibili in una logica attuativa della direttiva comunitaria.

È dunque vero quanto affermato dalla giurisprudenza di merito (di contro a Cass. n. 392/2012): il risarcimento deve essere certo, agevole e di notevole portata in modo da avere un reale effetto dissuasivo rispetto all'abuso del contratto a termine ed alla sistematica violazione della direttiva comunitaria. Né può essere soggetto a prove eccessivamente difficoltose ben potendo farsi riferimento ad elementi presuntivi e ad indici forfettari.

<sup>41</sup> *Ex plurimis* Trib. Foggia 5 novembre 2009 e Trib. Genova 25 marzo 2011; App. Genova 9 gennaio 2009, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, n. 1, p. 133.

Sulla stessa linea si è collocata la Commissione europea nelle osservazioni scritte della causa *Papalia* C-50/13, poi convalidate dalla Corte di Giustizia con l'ordinanza del 12 dicembre 2013: la mancanza di tutela riguarda l'effettività dell'art. 36, comma 5, d.lgs. 165/2001, norma inattuabile perché priva di criteri di quantificazione; in conseguenza, per la Commissione, l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato «deve essere interpretato nel senso che si oppone ad un regime nazionale che subordini a condizioni di prova discriminatorie rispetto ad altre analoghe fattispecie di diritto interno o, comunque, eccessivamente onerose il risarcimento del danno dovuto al lavoratore illegittimamente assunto a termine tramite il ricorso abusivo ad una successione di contratti a tempo determinato, ove il risarcimento del danno sia la sola misura prevista dall'ordinamento interno per prevenire e reprimere tale abuso».

La Corte di Giustizia (Ottava Sezione) ha poi dichiarato nella stessa causa che: «l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato [...] osta ai provvedimenti previsti da una normativa nazionale, quale quella oggetto del procedimento principale, la quale, nell'ipotesi di utilizzo abusivo, da parte di un datore di lavoro pubblico, di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, preveda soltanto il diritto, per il lavoratore interessato, di ottenere il risarcimento del danno che egli reputi di aver sofferto a causa di ciò, restando esclusa qualsiasi trasformazione del rapporto di lavoro a tempo determinato in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, quando il diritto a detto risarcimento è subordinato all'obbligo, gravante su detto lavoratore, di fornire la prova di aver dovuto rinunciare a migliori opportunità di impiego, se detto obbligo ha come effetto di rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio, da parte del citato lavoratore, dei diritti conferiti dall'ordinamento dell'Unione.

Spetta al giudice del rinvio valutare in che misura le disposizioni di diritto nazionale volte a sanzionare il ricorso abusivo, da parte della pubblica amministrazione, a una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato siano conformi a questi principi».

Nelle ulteriori osservazioni scritte depositate il 22 maggio 2013 la Commissione europea ha così proposto di rispondere ai *quesiti pregiudiziali* (sostanzialmente condividendo i dubbi interpretativi sollevati dal Tribunale di Napoli) *nelle cause riunite Mascolo, Forni, Racca e*



*Russo* C-22/13, C-61/13, C-62/13 e C-63/13 rispetto alla (in)compatibilità della normativa scolastica rispetto alla disciplina europea: «Non può ritenersi obiettivamente giustificata [...] una legislazione nazionale che consente il rinnovo di contratti a tempo determinato non solo per la sostituzione di personale temporaneamente assente ma anche per la copertura di vacanze nell'organico del personale docente e ausiliario tecnico amministrativo della scuola statale in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale di ruolo, senza che vi sia alcuna certezza sul momento in cui tali procedure saranno espletate e, pertanto, senza prevedere criteri obiettivi e trasparenti per verificare se il rinnovo dei contratti in questione risponda effettivamente ad un'esigenza temporanea reale, sia atta a raggiungere lo scopo perseguito e necessaria a tal fine. Spetta al giudice nazionale verificare se tali condizioni ricorrano nel caso di specie. La clausola 5 dell'accordo quadro non osta a che gli Stati membri prevedano, per tutto il settore pubblico, incluso il settore scolastico, un regime per il ricorso abusivo a contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi diverso da quello applicabile al settore privato, purché le misure previste nell'ambito di tale regime siano sufficientemente effettive e dissuasive per garantire la piena efficacia delle norme adottate in attuazione dell'accordo quadro, non meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe di natura interna e tali da non rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento dell'Unione».

Conformemente alla Commissione la CGUE nella sentenza del 26 novembre 2014 ha dichiarato non conforme alla direttiva 1999/70/CE la normativa italiana sulle assunzioni del personale scolastico.

Il che significa che l'art. 4, legge n. 124/1999 collide con l'ordinamento UE. Altrettanto dicasi per gli artt. 399 e 401, d.lgs. n. 297/1994.

L'effetto immediato è quello di rinviare alla Corte Costituzionale la questione per la declaratoria di illegittimità dell'art. 4 cit. Questione già rimessa alla Corte per effetto di ordinanze di rinvio dei Tribunali di Roma e di Lamezia Terme.

Sugli effetti della sentenza della CGUE esistono due scuole di pensiero:

- a) *secondo la prima* la sentenza *Mascolo* non crea diritti lavoristici per i singoli ma si limita a interpretare la normativa comunitaria e a sanzionare lo Stato italiano. Quest'ultimo tuttavia potrà essere

chiamato in causa (in persona della Presidenza del Consiglio, o dello stesso MIUR) dal singolo per il risarcimento dei danni derivanti dalla violazione della direttiva. Tale conclusione è certamente condivisibile;

- b) *secondo altra interpretazione* la sentenza crea diritti lavoristici e dunque consente la stabilizzazione: essa è vincolante anche per quanto riguarda l'interpretazione del diritto interno come offerta dal Giudice rimettente e convalidata dalla Corte di Giustizia in quanto conforme alla direttiva. Tale interpretazione è per ora minoritaria<sup>42</sup>.

<sup>42</sup> In tal senso si potrebbe invocare il punto 55 (ed ancor prima il punto 52) della sentenza CGUE *Mascolo*. Essi sono del seguente tenore: «Tuttavia, dall'ordinanza di rinvio nella causa C-63/13 risulta che il contesto sia di fatto che di diritto relativo a tale causa è distinto da quello di cui trattasi nelle altre tre cause, poiché, secondo il giudice del rinvio, la sig.ra Russo, in qualità di educatrice impiegata in asili nido e in scuole materne comunali, non è soggetta, a differenza delle sig.re Mascolo, Forni e Racca, nonché, del resto, dei ricorrenti nel procedimento principale nella causa C-418/13, alla normativa nazionale applicabile alla scuola statale risultante dalla legge n. 124/1999, ma resta sottoposta alla normativa generale prevista, in particolare, dal decreto legislativo n. 368/2001. [...]»

Lo stesso Tribunale di Napoli, infatti, constata, nella sua ordinanza di rinvio nella causa C-63/13, che la ricorrente nel procedimento principale beneficia, a differenza delle ricorrenti nei procedimenti principali nelle cause C-22/13, C-61/13 e C-62/13, dell'applicazione dell'articolo 5, comma 4-bis, del decreto legislativo n. 368/2001, disposizione che prevede la trasformazione dei contratti a tempo determinato successivi di durata superiore a 36 mesi in contratto di lavoro a tempo indeterminato. Da tale constatazione detto giudice rileva, giustamente, che la citata disposizione costituisce una misura che, nei limiti in cui previene il ricorso abusivo a siffatti contratti e implica l'eliminazione definitiva delle conseguenze dell'abuso, è conforme ai requisiti derivanti dal diritto dell'Unione (v., in particolare, sentenza *Fiamingo* e a., C-362/13, C-363/13 e C-407/13, EU:C:2014:2044, punti 69 e 70, nonché giurisprudenza ivi citata).

Oltre al citato punto 55 (e 52) della sentenza anche i punti 14 e 15 della sentenza aiutano tale interpretazione, ora fatta propria da Trib. Napoli 21 maggio 2015, *Racca*, cit.

Essi sono del seguente tenore: «Secondo le ordinanze di rinvio, il lavoro a tempo determinato nella pubblica amministrazione è altresì soggetto al decreto legislativo del 6 settembre 2001, n. 368, recante attuazione della direttiva 1999/70/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'UNICE, dal CEEP e dal CES (GURI, n. 235, del 9 ottobre 2001; in prosieguo: il 'decreto legislativo n. 368/2001)».

L'articolo 5, comma 4-bis, di tale decreto legislativo è formulato come segue: «ferma restando la disciplina della successione di contratti di cui ai commi precedenti, e fatte salve diverse disposizioni di contratti collettivi stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, qualora per effetto di successione di contratti a termine per

In definitiva, l'applicazione di sanzioni effettive sui contratti successivi diventa dirimente. E le 20 mensilità *ex art. 18, legge n. 300 del 1970* costituiscono l'approdo maggioritario cui è giunta la giurisprudenza di merito: così si è pronunciata del resto la Corte di Appello di Roma con sent. n. 270/2012.

D'altra parte anche nel diritto civile recenti sviluppi legislativi, nonché nuovi indirizzi giurisprudenziali tendono, in alcuni casi, ad assegnare alla responsabilità civile una multifunzionalità, in considerazione soprattutto del recupero, per quanto circoscritto, di una sua *funzione sanzionatoria*, in termini di pena privata, con l'effetto anche di produrre per il danneggiato un arricchimento, altrimenti ingiustificato. Nella prima direzione possono collocarsi: a) la nuova stesura dell'art. 1815, comma 2, cod. civ. che sanziona la violazione del divieto di usura con la gratuità del mutuo; b) l'art. 125 del codice della proprietà industriale il cui comma 1 dispone che, in caso di violazione della proprietà industriale, il risarcimento del danno «è liquidato secondo le disposizioni degli artt. 1223, 1226, 1227 cod. civ., tenuto conto di tutti gli aspetti pertinenti, quali le conseguenze economiche negative, compreso il mancato guadagno, del titolare del diritto leso, i benefici realizzati dall'autore della violazione e, nei casi appropriati, elementi diversi da quelli economici, come il danno morale arrecato al titolare del diritto»; inoltre, fermo restando che «il lucro cessante è comunque determinato in un importo non inferiore a quello dei canoni che l'autore della violazione avrebbe dovuto pagare qualora avesse ottenuto una licenza dal titolare del diritto leso» (così il comma 2 del medesimo articolo), il successivo comma 3 stabilisce che «in ogni caso il titolare del diritto leso può chiedere la restituzione degli utili realizzati dall'autore della viola-

lo svolgimento di mansioni equivalenti il rapporto di lavoro fra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore abbia complessivamente superato i trentasei mesi comprensivi di proroghe e rinnovi, indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono tra un contratto e l'altro, il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato [...]».

Dunque per CGUE non solo il Tribunale di Napoli bensì anche la Corte Costituzionale ritiene applicabile l'intero disposto normativo sopra citato, con l'effetto di rendere applicabile la stabilizzazione.

In tal senso depone anche la mancata indicazione dell'art. 97 Cost. nel preambolo della sentenza dedicato al contesto normativo ed il punto 111 della stessa laddove si sottolinea la possibile immissione in ruolo del personale insegnante abilitato ma non vincitore di concorso.

zione, in alternativa al risarcimento del lucro cessante o nella misura in cui essi eccedono tale risarcimento»; c) l'art. 158 della legge 633/1941, sulla tutela del diritto d'autore, come modificato dal d.lgs. 140/2006, per il quale, ai fini del risarcimento del danno conseguente alla violazione del diritto di utilizzazione economica spettante al titolare, il lucro cessante è valutato anche tenuto conto degli utili realizzati in violazione del diritto, potendo altresì il giudice liquidare il danno in via forfettaria sulla base quanto meno dell'importo dei diritti che avrebbero dovuto essere riconosciuti in caso di autorizzazione del titolare all'utilizzazione del diritto; d) l'art. 4 della legge 20 novembre 2006 n. 281, in materia di intercettazioni telefoniche, il quale prevede la possibilità per il danneggiato dalla divulgazione di intercettazioni illegali di ottenere (dal direttore responsabile e dall'editore) una riparazione non inferiore a 20.000 euro: somma di cui si deve però tenere conto in caso di giudizio ordinario ai fini della liquidazione del danno risarcibile; e) l'art. 709-ter del cod. proc. civ. per il quale, in caso di inadempienze ai provvedimenti adottati in materia di potestà dei genitori, il giudice può tra l'altro disporre il risarcimento dei danni a carico di uno dei genitori nei confronti del minore ovvero a carico di uno dei genitori nei confronti dell'altro.

Nella seconda direzione, si iscrive innanzitutto l'orientamento giurisprudenziale emerso in sede di risarcimento di danni per lesione ai diritti della personalità (diritto all'immagine, al proprio nome) ovvero per concorrenza sleale in cui il danno da risarcire, più che commisurarsi all'effettiva perdita subita dal danneggiato (in molti casi di non facile dimostrazione), viene ancorato al profitto ottenuto dall'autore del fatto illecito e conseguito per il tramite di quest'ultimo. In tal modo, a ben vedere, si finisce con l'andare anche oltre quanto conseguibile secondo le tecniche restitutorie<sup>43</sup>.

Della necessità di un risarcimento forfettario si è avveduta la stessa Cassazione: con sentenza 21 agosto 2013 n. 19371, dopo aver ribadito che, in caso di violazione di norme poste a tutela dei diritti del lavoratore, è precluso il diritto alla trasformazione del rapporto, ha affermato che: «residua a favore del lavoratore soltanto la possibilità di ottenere il risarcimento dei danni subiti, per la cui determinazione

<sup>43</sup> V., in generale, sui rimedi restitutori, risarcitori e soddisfatti S. Mazzamuto, A. Plaia, *I rimedi nel diritto privato europeo*, Torino, 2012.

trova applicazione, d'ufficio ed anche nel giudizio di legittimità, l'art. 32, commi 5 e 7, della legge 4 ottobre 2010, n. 183, a prescindere dall'intervenuta costituzione in mora del datore di lavoro e dalla prova concreta di un danno, trattandosi di indennità forfettizzata e onnicomprensiva per i danni causati dalla nullità del termine».

La sentenza è un «ravvedimento (poco) operoso»; in effetti va condivisa l'opinione di chi ne contesta il rispetto del principio comunitario della *equivalenza* dell'apparato sanzionatorio.

È infatti vera l'affermazione di chi ritiene che la sentenza n. 19371/2013, laddove fa applicazione dell'art. 32, commi 5/7, della legge n. 183/2010, ne snaturi il senso; l'art. 32, comma 5, presuppone infatti la conversione del contratto di lavoro, per cui certamente il danno ivi liquidato non attiene alla perdita del posto di lavoro<sup>44</sup>; danno da perdita del posto viceversa spettante nel caso di cui qui si discute, quantificabile in 15 mensilità oltre al danno pregresso pari a 2,5/12 mensilità *ex art. 32 cit.*

Quest'ultimo orientamento della Cassazione appare un tentativo di arginare gli effetti della giurisprudenza della CGUE: se la riqualificazione va comunque esclusa e se il risarcimento del danno deve essere forfettizzato meglio ridurne al minimo l'entità<sup>45</sup>.

A questo danno da abuso, dovuto ai sensi della clausola 5 dell'Accordo quadro, vanno naturalmente aggiunte le differenze retributive eventualmente spettanti, per la mancata progressione in carriera, premi incentivanti, retribuzioni accessorie; competenze anch'esse dovute in base alla precedente clausola 4 direttamente applicabile anche nei confronti del datore di lavoro perché applicazione del principio fondamentale di non discriminazione; del resto ciò è convalidato anche dall'art. 2126 cod. civ. in caso di nullità del contratto.

D'altra parte la riformulazione dell'art. 36, d.lgs. n. 165/2001, realizzata dall'art. 4 del d.l. n. 101/2013 (conv. in legge n. 125/2013), non può estinguere il risarcimento dei danni, comunque dovuto in base a quel combinato disposto (clausola 5 e art. 2126 cod. civ.), prevalente rispetto alla legislazione ordinaria.

<sup>44</sup> V. le osservazioni critiche poste da Cass., sent. n. 27481/2014, cit.

<sup>45</sup> Sulla stessa linea riduttiva si colloca a ben vedere la stessa Cass. n. 27481/2014 laddove propone l'automatismo sanzionatorio con l'adozione del parametro *ex art. 8, legge n. 604/1966* e non già dell'art. 18, legge n. 300/1970.

Se per assurdo così non fosse, risorgerebbe il diritto alla riqualificazione del rapporto, ora reso più semplice dalla nuova condizione del lavoratore a termine, estratto dalle liste concorsuali degli idonei.

La parola passa di nuovo al giudice di merito. Continua dunque il Vietnam giudiziario e non è escluso un nuovo rinvio pregiudiziale davanti alla Corte di Giustizia, nonostante la sentenza Mascolo.

In termini psicoanalitici si può definire il tema come un caso di coazione a ripetere.

### *7. Sul contratto a termine a-causale nel settore privato*

Il tema del conflitto del cosiddetto «decreto Poletti» con l'ordinamento comunitario è stato evocato da svariate denunce per infrazione alla Commissione Europea.

In effetti il *decreto legge 20 marzo 2014, n. 34, convertito nella legge 16 maggio 2014, n. 78*, ha profondamente modificato la disciplina sul lavoro a tempo determinato perché:

- ha eliminato la causale temporanea del contratto a termine, che, nella disciplina preesistente, costituiva un forte argine all'utilizzazione abusiva dei rapporti precari grazie anche al controllo esercitabile dal giudice;
- il datore di lavoro potrà decidere, nel limite massimo di 36 mesi, se assumere a tempo determinato o con lavoro stabile sulla base di una scelta del tutto libera;
- nel limite massimo di 36 mesi, il contratto a termine è prorogabile liberamente per non più di 5 volte, «indipendentemente dal numero dei rinnovi». Quindi se dopo un contratto unico esteso 5 volte (e dopo aver rispettato l'intervallo di 10 o venti giorni previsto dalla legge) si stipuli un altro contratto a termine, anche questo potrà essere prorogato altre 5 volte;
- la nuova disciplina dunque permette di cumulare più contratti a termine, anche di brevissima durata e sempre prorogabili, nel limite complessivo dei 36 mesi senza causale giustificativa;
- inoltre, utilizzando la somministrazione di mano d'opera tra un contratto a termine e l'altro, il medesimo lavoratore potrà lavorare ininterrottamente per tre anni senza alcun intervallo tra un contratto e l'altro;

- il limite dei trentasei mesi vale per i contratti a termine riferiti alle stesse mansioni. Per mansioni diverse, finito il triennio, è possibile stipulare altri rapporti a termine per trentasei mesi;
- il lavoratore, sia nell'ambito dei 36 mesi, sia per quelli ulteriori per lo svolgimento di mansioni diverse, potrà essere assunto per soddisfare *esigenze stabili di lavoro*, in considerazione dell'assenza di qualsiasi causale giustificativa del termine;
- infine il limite dei trentasei mesi può essere derogato dalla contrattazione collettiva (anche aziendale, dove minore è la «forza contrattuale» del sindacato), ai sensi del comma 8 della legge 148/2011.

In conclusione, la riforma del 2014 si traduce in un'enorme estensione nell'uso dei contratti a termine privi di causale giustificativa nel settore privato.

La situazione descritta, tra l'altro, non può essere limitata dalla previsione di una semplice sanzione economica a carico del datore di lavoro che ecceda il limite massimo del 20% nelle assunzioni a termine. La nuova disciplina infatti modifica in modo sostanziale il regime sanzionatorio nel caso di superamento dei «tetti» percentuali che, prima della riforma del 2014, secondo la giurisprudenza prevedeva che i lavoratori assunti oltre i limiti numerici fossero convertiti in lavoratori stabili.

La sanzione economica, tra l'altro, è proporzionata alla durata del contratto e non potrà svolgere alcun effetto deterrente nel caso, assai probabile, di successione di rapporti a termine assai brevi.

## *7.1. La violazione della direttiva 1999/70/CE*

### *7.1.1. Violazione della regola del contratto a tempo indeterminato come «forma comune» dei rapporti di lavoro*

Il Preambolo dell'Accordo Quadro recepito nella direttiva 1999/70/CE e la CGUE sanciscono che il beneficio della stabilità dell'impiego è un elemento portante della tutela dei lavoratori<sup>46</sup>.

<sup>46</sup> V. sentenze *Mangola*, punto 64; *Adelener* punto 62; *Impact*, punti 86, 87, 88; *Angelidaki*, punti 73, 104 e 105; *Kucuk*, punto 25; *Mangold*, punto 64; *Samohano*, punto 41.

Il decreto legge 34/2014, convertito nella legge 16 maggio 2014, n. 78, elimina la causale giustificativa sia per quanto riguarda la stipulazione del primo contratto, sia per quanto attiene alle sue proroghe ed ai rinnovi. In tale contesto sarà possibile utilizzare il contratto a termine per soddisfare esigenze stabili di lavoro per periodi lunghissimi (i tre anni previsti dalla legge o il periodo temporale più esteso previsto dalla contrattazione collettiva o gli ulteriori tre anni nel caso di nuove assunzioni).

In questo modo: a) il contratto a termine diventa la «forma comune» di lavoro, in contrasto con quanto previsto dalla direttiva 1999/70/CE; b) viene messo in discussione il «beneficio della stabilità dell'impiego» e viene favorita la precarizzazione del rapporto di lavoro in contrasto con la fonte europea e la giurisprudenza della GUE.

### *7.1.2. Violazione delle regole di causalità dei contratti e di «ragioni oggettive»*

La Direttiva n. 1999/70/CE, tra le forme dirette ad evitare l'abuso nella successione dei contratti a termine, prevede «le ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo» dei rapporti a tempo determinato (art. 5, n. 1, lett. a).

Per la Corte di Giustizia, «la nozione di 'ragioni obiettive' esige che il ricorso a questo tipo particolare di rapporti di lavoro sia giustificato dall'esistenza di elementi concreti relativi in particolare all'attività di cui trattasi e alle condizioni del suo esercizio»<sup>47</sup>. Le sentenze della Corte qui citate in motivazione sono riferite ad una normativa greca di identico contenuto a quella italiana per quanto attiene all'assenza di ragioni obiettive che giustificano la stipula del contratto, la sua proroga ed i suoi rinnovi.

La nuova normativa italiana si espone, dunque, alle stesse censure di quella greca perché consente di assumere con contratti a termine in assenza di «fattori oggettivi relativi alle caratteristiche dell'attività interessata» ed in mancanza di qualsiasi «relazione con il contenuto concreto dell'attività considerata» (sentenza *Adelener*). Tra l'altro, secondo la Corte di Giustizia, queste carenze non sono compensabili dalla durata massima di due anni prevista dalla legge ellenica (anche più favorevole rispetto al triennio contemplato dalla legge n. 78/2014!).

<sup>47</sup> CGE, 4 luglio 2005, causa C-212/04, *Adelener*, confermata da molte altre decisioni.



La CGUE ha inoltre censurato una normativa greca che prevedeva, tra un contratto a termine e l'altro, un intervallo di venti giorni, perché tale periodo temporale avrebbe consentito una «utilizzazione abusiva» di questi rapporti (sentenza *Adelener*). La normativa italiana stabilisce intervalli di 10 e 20 giorni inferiori od uguali a quelli esaminati nel caso greco e, grazie alla acausalità dei contratti introdotta dalla legge 78/2014, incrementa il carattere abusivo dell'utilizzazione del contratto a tempo determinato.

### *7.1.3. Violazione del principio dell'impossibilità di utilizzare i contratti a termine per soddisfare esigenze «permanenti e durevoli» del datore di lavoro*

Secondo CGUE<sup>48</sup> l'esistenza anche di due delle misure previste dalla clausola 5 dell'Accordo quadro («ragioni obiettive» e «durata massima totale dei contratti o rapporti successivi») non è sufficiente a giustificare rapporti a termine che, concretamente, siano tali da soddisfare esigenze stabili del datore di lavoro<sup>49</sup>.

La normativa italiana: a) non introduce «ragioni obiettive» e consente contratti a termine (come pure proroghe e rinnovi) del tutto «acausali»; b) permette dunque di soddisfare con contratti precari esigenze «permanenti e durevoli» del datore di lavoro, in totale contrasto con gli obiettivi della direttiva e con la finalità di garantire «il beneficio della stabilità dell'impiego [che] è inteso come un elemento portante della tutela dei lavoratori»; c) prevede inoltre un «tetto» massimo di 36 mesi, di gran lunga eccedente i 24 e 18 mesi previsti dalla legislazione greca censurata dalla CGUE. Un periodo così lungo rafforza il carattere stabile delle esigenze lavorative.

### *7.2. Violazione dell'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali e dell'art. 24 della Carta Sociale Europea*

L'articolo 30 della Carta di Nizza stabilisce infatti che «ogni lavoratore ha diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato». Anche l'articolo 24 della Carta Sociale Europea vuole «assicurare l'effettivo esercizio del diritto ad una tutela in caso di licen-

<sup>48</sup> Causa C-378/2907, *Angelidaki*.

<sup>49</sup> V. anche *Samohano*, pp. 55 e 58-bis; *Kücüük*, pp. 36, 37 e 39; *Mascolo*, p. 100.

ziamento». La Corte Costituzionale italiana, infine, con molte sentenze, ha espressamente confermato il principio del recesso giustificato e dell'applicazione di sanzioni in caso di mancanza di giustificazione.

L'introduzione di rapporti a termine «acausali» per un periodo temporale assai lungo (tre anni o il più esteso arco temporale previsto dall'autonomia collettiva o comunque per ulteriori tre anni – o per periodi ancora più lunghi – nel caso di nuove mansioni) di fatto consente di svuotare la tutela in materia di licenziamenti individuali. Infatti, il datore di lavoro ha un vero e proprio potere di «recesso libero» del tutto in contrasto con le fonti normative europee e con i principi enucleati dalla Corte Costituzionale italiana.

D'altra parte questo spiega perché la direttiva 1999/70/CE preveda limiti oggettivi per la stipulazione del contratto e proibisca l'abuso della successione di tali rapporti. Se una finalità principale è quella di garantire la diffusione generalizzata del contratto di lavoro stabile come «forma comune», l'altro scopo fondamentale è quello di assicurare la protezione contro il licenziamento ingiustificato che, in caso di piena fungibilità tra lavoro a termine e a tempo indeterminato, verrebbe ad essere completamente vanificata.

### *7.3. Violazione della direttiva 2000/78/CE (discriminazione fondata sull'età) e della direttiva 2006/54/CE (parità di trattamento fra uomini e donne)*

La Corte di Giustizia, in coerenza con quanto previsto in molte direttive in materia, ha enucleato i seguenti principi: a) la parità di trattamento è un principio generale del diritto dell'Unione, che comporta l'assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta basata su uno dei motivi vietati e, per quanto qui interessa, in particolare dalle direttive 2006/54 e 2000/78 che vi danno attuazione; b) le disparità di trattamento fondate su criteri apparentemente neutri ma che possono mettere in una situazione di particolare svantaggio le persone sulla base di uno dei motivi vietati nonché le disparità di trattamento direttamente fondate sull'età non costituiscono discriminazione quando siano oggettivamente e ragionevolmente giustificate da una finalità legittima, compresi giustificati obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale;

c) i mezzi per il conseguimento di tale finalità devono essere appropriati e necessari.

I principi indicati sono stati espressi in numerose sentenze.

*La situazione di particolare svantaggio dei lavoratori assunti con contratto a termine*

Lo svantaggio consiste, secondo i criteri individuati della CGUE in *Mangola*, nel fatto che una particolare categoria di lavoratori rischia «di essere esclusa dal beneficio della stabilità dell'occupazione, elemento portante della tutela dei lavoratori» (punto 64).

Una prima categoria di lavoratori che subisce questo particolare svantaggio è costituita dai lavoratori con più di 55 anni. Infatti, in quanto esclusi dall'applicazione del limite massimo percentuale di lavoratori che possono essere assunti con contratto a termine (art. 10, c. 7), per essi risulta sempre possibile l'assunzione a tempo determinato con il solo limite della durata massima di tre anni (per di più derogabile dalla contrattazione collettiva). Tali lavoratori si trovano quindi nella stessa situazione già considerata nel caso *Mangold* (punto 64).

Il decreto legge n. 34/2014 ha poi un impatto indirettamente discriminatorio nei confronti delle donne e dei giovani. La possibilità di assunzione con contratto a termine concerne già un numero proporzionalmente più ampio di persone appartenenti a queste due categorie, che di conseguenza si trovano già maggiormente esposte al rischio di esclusione dal beneficio della stabilità del rapporto. La situazione di particolare svantaggio, desumibile dai dati statistici già disponibili, in assenza di disposizioni volte a limitare il ricorso al contratto a termine alla sussistenza di ragioni oggettive, rischia quindi di aggravarsi ulteriormente.

Per la Corte di Giustizia, al fine di valutare la discriminazione, occorre confrontare le proporzioni tra sesso maschile e sesso femminile<sup>50</sup>.

I dati statistici rivelano che:

- per quanto attiene ai giovani fino a 24 anni, la diffusione dei contratti a termine è enormemente superiore a quella delle altre classi di età;
- in relazione alle donne, i dati statistici rivelano «un divario meno consistente, ma perdurante e relativamente costante, nel corso di

<sup>50</sup> CGE, *Seymour - Smith e Perez*, punti 59 ss.; *Brachner*, punti 60 ss.

un lungo periodo, tra i lavoratori e le lavoratrici». Anche in questa situazione, dunque, si concretizza la situazione di particolare svantaggio a cui fa riferimento la Corte di Giustizia.

*La legittimità della finalità perseguita con la misura svantaggiosa*

Lo Stato italiano intenderebbe giustificare i potenziali effetti negativi che la riforma potrebbe avere per determinate categorie di lavoratori (giovani e donne) con finalità di modifica del mercato del lavoro e di incremento dell'occupazione.

Al contrario, i dati ISTAT sottolineano che le costanti riforme del contratto a termine realizzate nell'arco di oltre un decennio hanno aumentato la percentuale dei rapporti precari rispetto ai contratti a tempo indeterminato ma non hanno prodotto un rilevante incremento dell'occupazione.

*Il giudizio di adeguatezza e proporzionalità dei mezzi necessari per il raggiungimento degli obiettivi perseguiti dalla legge*

In ogni caso, il giudizio di proporzionalità e adeguatezza della misura che introduce un particolare svantaggio deve essere effettuato in modo rigoroso.

In primo luogo, non sono adeguate e proporzionali misure indiscriminate che si riferiscono ad una platea generalizzata di soggetti e che siano adottate indipendentemente da ogni altra considerazione legata alla struttura del mercato del lavoro di cui trattasi ed alla situazione personale dell'interessato (sentenza *Mangola*, cit., punto 65). L'adeguatezza e la proporzionalità, inoltre, non sussistono se non siano stati ponderati altri fattori quali l'esistenza di un'adeguata compensazione economica<sup>51</sup>.

Inoltre, «semplici affermazioni generiche, riguardanti l'attitudine di un provvedimento determinato a promuovere l'avviamento al lavoro, non sono sufficienti affinché risulti che l'obiettivo perseguito dalla norma controversa sia estraneo a qualsiasi discriminazione»<sup>52</sup>.

La riforma del contratto a termine del 2014:

<sup>51</sup> CGUE 16 ottobre 2007, C-411/05, *Palacios de la Villa*, punto 73; CGUE 12 ottobre 2010, C-45/09, *Rosenbladt*, punto 48 o in mancanza della considerazione tanto del danno che esse possono causare quanto dei vantaggi che se ne possono trarre (CGUE 2 novembre 2012, C-286/12, *Commissione c. Ungheria*, punto 66).

<sup>52</sup> CGUE, *Seymour-Smith e Perez, Kutz-Bauer, Stenicke; Age Concern England, Fuchs e Köhler*, punti 61-77; *Mangola*, punto 65.

- a) determina un'obiettiva situazione di svantaggio nei confronti di categorie particolari di lavoratori (giovani, donne, ultracinquantenni), comprovata da dati statistici e da una valutazione prognostica;
- b) persegue una finalità di politica sociale, priva di supporti empirici che, al contrario, depongono a favore della ineffettività delle misure;
- c) introduce misure che non superano il criterio di adeguatezza e proporzionalità.

#### *7.4. Violazione del «principio di non regresso»*

Secondo la Corte di Giustizia: a) la clausola 8 dell'Accordo limita non solo la normativa che recepisce la direttiva, ma anche le ulteriori disposizioni; b) la valutazione del peggioramento deve effettuarsi in rapporto all'insieme delle norme che regolano i contratti a tempo determinato e con riferimento al livello generale di tutela applicabile sia per lavoratori con contratti a termine successivi, sia nel caso di un primo ed unico contratto; c) la nuova regolamentazione deve avere carattere generale; d) la violazione della clausola di non regresso è esclusa se le misure peggiorative siano compensate dall'adozione di altre garanzie; e) una *reformatio in pejus* è comunque possibile quando persegue diversi obiettivi di politica sociale.

La riforma del 2014: a) ha un carattere generalizzato; b) introduce una pluralità assai ampia di modifiche peggiorative; c) incide sul livello generale di tutela; d) non prevede misure che possano compensare il peggioramento complessivo.

Peraltro, la finalità di incrementare l'occupazione non giustifica la riduzione delle tutele perché: a) la nuova legge contiene una frase del tutto generica e non supportata da alcun dato statistico che consenta di valutare se la liberalizzazione del contratto a termine potrebbe in effetti conseguire l'obiettivo perseguito; b) al contrario secondo numerose statistiche le varie riforme del contratto a termine sino ad oggi realizzate (in oltre un decennio!) non hanno prodotto un aumento dei livelli occupazionali.

D'altra parte, la mancata violazione della causa di non regresso non può fondarsi su mere enunciazioni, prive di qualsiasi dato empirico. In caso contrario, la sola dichiarazione contenuta nella legge e relativa ad un obiettivo di politica sociale – per quanto generico e

indeterminato (ad esempio, incrementare l'occupazione, aumentare le retribuzioni, ridurre il *dumping* sociale ecc.) – avrebbe l'effetto di consentire sempre il mancato rispetto della clausola 8, comma 3, dell'Accordo quadro. Con la conseguenza che il principio di non regresso sarebbe, di fatto, inapplicabile perché «superato» ogni volta da semplici «intenti» del legislatore inseriti nella legge di riforma, che consentirebbero agli Stati nazionali di evitare in ogni caso il controllo sul rispetto o meno del contenuto della clausola 8.

Se le censure dovessero essere ritenute fondate l'Italia si esporrebbe ad una condanna risarcitoria nei confronti della UE.

Al di là di tale vicenda, legata ad una valutazione ampiamente discrezionale della Commissione<sup>53</sup>, è realistico ipotizzare il ricorso in-

<sup>53</sup> Il carattere politico delle decisioni della Commissione appare evidente nel provvedimento di pre-archiviazione della denuncia della CGIL (*Chap-2014-2554*). La Commissione infatti (v. punto 11) dopo aver esposto le tesi del denunciante – «è stato sostenuto che la maggiore attrattiva del lavoro a tempo determinato è contraria allo spirito della direttiva 1999/70/CE e al suo preambolo, nonché alla considerazione generale dell'accordo quadro ad essa allegato ai sensi del quale i contratti di lavoro a tempo indeterminato continuano a essere la norma» – ha così replicato: «le disposizioni invocate a questo proposito non sono giuridicamente vincolanti». A ben vedere non è affatto scontato ritenere irrilevanti i *considerando* anteposti all'articolato dell'Accordo Quadro, recepito nella direttiva 1999/70/CE.

È vero che esiste giurisprudenza CGUE che ritiene irrilevanti i *considerando* ed attribuisce valore normativo solo all'articolato delle direttive.

Tuttavia la Corte ha affermato il contrario (e dunque la rilevanza del *considerando*) quando sussista un legame strutturale tra una disposizione ivi collocata ed altra norma successivamente posta nell'articolato.

A tale proposito vale la pena di notare che l'ambito oggettivo della direttiva, certamente focalizzato sulla parità di trattamento e sui limiti a proroghe/rinnovazioni, ricomprende innanzitutto la regola dell'ordinarietà del lavoro a tempo indeterminato e della specialità/temporaneità della clausola a termine (vedi 6°, 7° e 8° *considerando* dell'Accordo quadro recepito e allegato; vedi anche il Preambolo del medesimo; sul carattere precettivo dei *considerando*, anche di quelli non riprodotti nel successivo articolato, v. – *ex plurimis* – CGCE, *Grecia c. Commissione* 10 luglio 1990, 259, 334, 335/1987, in *Racc.*, 1990, I, p. 2845).

Insomma se dovessimo ritenere l'affermazione sul carattere ordinario del contratto a termine come semplice *desiderata* e dunque come semplice enunciato politico non si comprenderebbe l'esistenza stessa della clausola 5 sul divieto di abuso.

Dal legame inscindibile tra la clausola 5 – pacificamente precettiva per il legislatore nazionale – e i *considerando* 6-7-8 discende il carattere altrettanto precettivo di tali ultime norme.

D'altra parte la Commissione omette di considerare la novità del contratto a tutele crescenti che rischia di essere cannibalizzato dal contratto a-causale, comunque più conveniente perché del tutto esente da qualsiasi controllo giudiziale e facilmente utilizzabile per un sistematico ricambio di manodopera in prossimità della scadenza dei 36 mesi.

dividuale al giudice civile convenendo in causa lo Stato italiano per il risarcimento del danno da violazione della direttiva, nella misura posta dall'art. 8, legge n. 604/1966 e già ammessa dalla giurisprudenza di legittimità<sup>54</sup>.

Con esiti allo stato non scontati, salvo un nuovo prevedibile ricorso pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

In termini psicoanalitici anche questo tema si può definire come un caso di coazione a ripetere.

<sup>54</sup> Di nuovo si rinvia a Cass. n. 27481/2014. Il minor importo *ex art. 8* sembra qui giustificato (in luogo di quello *ex art. 18*, legge n. 300/1970) in ragione della durata infratriennale del contratto a termine a-causale.

**Il danno nel diritto del lavoro.  
L'evoluzione della giurisprudenza  
della Corte di Cassazione  
di Fabrizia Garri\***

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il danno non patrimoniale. – 3. Il danno non patrimoniale e il danno esistenziale: il secondo è una specificazione del primo?. – 4. La personalizzazione del danno. – 5. Il danno patrimoniale: la legge n. 183 del 2010 e la legge n. 92 del 2012. Il caso dell'opzione *ex art. 18, c. 5, legge n. 300 del 1970 (rectius c. 3 nel testo modificato dalla legge n. 92 del 2012)*. – 6. Alcune considerazioni conclusive.

*1. Premessa*

Il danno nel diritto del lavoro, argomento dalle innumerevoli sfaccettature, impegna quotidianamente la platea degli operatori pratici del diritto oltre che la riflessione scientifica della dottrina.

Questo intervento vuole offrire un quadro ricognitivo degli approdi ai quali è pervenuta la Suprema Corte negli ultimi anni sui temi di maggiore attualità. Esula dall'obiettivo proposto una ricostruzione degli orientamenti dottrinali che con tale materia si sono confrontati.

*2. Il danno non patrimoniale*

Una riflessione sull'evoluzione della giurisprudenza della Cassazione degli ultimi anni in materia di danno, ove pure limitata alla sola materia del lavoro, non può non prendere le mosse da uno dei temi in assoluto più dibattuti. Il danno non patrimoniale.

\* Consigliere della Sezione Lavoro della Corte di Cassazione.



Si tratta di un dibattito che nella giurisprudenza della Suprema Corte trova un punto di arrivo e di nuovo inizio nelle note sentenze delle Sezioni Unite dell'11 novembre 2008 n. 26972 e n. 26975<sup>1</sup>.

Esse costituiscono un punto di snodo nell'elaborazione delle categorie del danno risarcibile con specifico riferimento al danno non patrimoniale e si collocano come un momento di riordino del sistema attraverso la definizione di una serie di punti fermi:

- a) l'elaborazione di una nozione di ingiustizia del danno collegata alla lesione di diritti inviolabili della persona;
- b) la previsione della risarcibilità ancorata alla serietà della lesione e alla gravità del danno (con esclusione dei cosiddetti danni bagattellari);
- c) la risarcibilità del danno non patrimoniale anche in caso di inadempiamento contrattuale pur sempre nei limiti della lesione di diritti inviolabili della persona;
- d) la riaffermazione della necessità di allegare e provare, anche in via presuntiva, il pregiudizio;
- e) l'unitarietà della nozione di danno non patrimoniale.

Con riguardo a tale ultimo aspetto sembra interessante verificare quali sono stati gli sviluppi della giurisprudenza.

Facciamo un passo indietro.

Nell'elaborazione dei danni riconducibili a pregiudizi di natura non patrimoniale il danno esistenziale è stato identificato dalla giurisprudenza della Corte con quel pregiudizio (di natura non meramente emotiva ed interiore, ma oggettivamente accertabile) provocato sul fare areddituale del soggetto, che alteri le sue abitudini e gli assetti relazionali propri, inducendolo a scelte di vita diverse

<sup>1</sup> Il danno non patrimoniale, nell'estensione oggi conosciuta, trova la sua origine oltre che nella giurisprudenza di merito degli anni settanta, che ha individuato nuove figure di danno, anche e soprattutto nelle affermazioni contenute in sentenze ed ordinanze della Corte costituzionale che, in più occasioni, è stata chiamata a verificare la compatibilità con l'ordinamento costituzionale sia dell'art. 2059 cod. civ., che dell'art. 2043 cod. civ. Si ricordano in particolare: Corte cost. 12 luglio 1979, n. 87 e n. 88, Corte cost. 30 giugno 1986, n. 184 in generale con riguardo all'art. 2059 e 2043 cod. civ.; con riguardo agli artt. 2, 3 e 74, 10 e 11 del d.p.r. 30 giugno 1965, n. 1124 v. Corte cost. 28 gennaio 1991, n. 87, 11 luglio 1991, n. 356 e 18 dicembre 1991, n. 485; con riguardo al danno biologico da morte v. Corte cost. 24 ottobre 1994, n. 372.

quanto all'espressione e realizzazione della sua personalità nel mondo esterno<sup>2</sup>.

È stato notato come una forte valenza esistenziale sia insita nel rapporto di lavoro, dove allo scambio di prestazioni si aggiunge il diretto coinvolgimento del lavoratore come persona, di tal che alterazioni nel corretto svolgimento del rapporto (esemplificativamente: nel caso di discriminazioni, demansionamenti, *mobbing*, licenziamenti ingiuriosi) possono sconvolgerne la vita quotidiana anche nei suoi aspetti relazionali, privandolo di occasioni per esprimere all'esterno la sua personalità.

Si è sottolineata la natura non meramente emotiva ed ulteriore (propria del danno morale), ma oggettivamente accertabile del pregiudizio, attraverso, appunto, la prova di scelte di vita diverse da quelle che si sarebbero adottate se non si fosse verificato l'evento dannoso.

Di tale precisa affermazione si trova indicazione, ad esempio, nella citata sentenza a Sezioni Unite del 2006, la n. 6572, intervenuta a comporre il contrasto formatosi nella Sezione Lavoro con riguardo all'onere della prova dell'esistenza e della gravità del danno.

Le Sezioni Unite dell'11 novembre 2008 riconoscono nel «pregiudizio alle attività non remunerative della persona (che incide sul cosiddetto fare areddituale)» una componente del danno non patrimoniale risarcibile, al di fuori delle ipotesi di reato o di quelle espressamente previste dalla legge, secondo una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 cod. civ., nel caso in cui la lesione investa in maniera grave un diritto inviolabile della persona oggetto di tutela costituzionale. Si tratta di una componente descrittiva del danno non patrimoniale da liquidare secondo i criteri di personalizzazione, ma insuscettibile di autonoma quantificazione.

Ha valenza nominalistica, poiché i danni-conseguenza non patrimoniali che vengono in considerazione altro non sono che pregiudizi attinenti alla svolgimento della vita professionale del lavoratore, e quindi danni di tipo esistenziale, ammessi a risarcimento in virtù della lesione, in ambito di responsabilità contrattuale, di diritti inviolabili e quindi di ingiustizia costituzionalmente qualificata.

<sup>2</sup> Cass., Sez. Un., 24 marzo 2006, n. 6572.

### *3. Il danno non patrimoniale e il danno esistenziale: il secondo è una specificazione del primo?*

La ricordata giurisprudenza sembrerebbe aver chiuso ogni possibile costruzione del «danno esistenziale» con una sua consistenza autonoma.

In effetti si registra una diffusa riproposizione del tema centrale di quelle sentenze nelle decisioni degli ultimi anni che hanno sotto i più diversi profili dovuto confrontarsi con la liquidazione del danno non patrimoniale e, più specificamente, con il risarcimento di quei pregiudizi che investono i positivi riflessi dell'esistenza nel contesto sociale in cui il lavoratore si relaziona.

Si segnala ad esempio che nella sentenza n. 17006/2014 (dove si discuteva della richiesta di risarcimento del danno *ex art.* 2087 cod. civ. da parte degli eredi di un lavoratore deceduto a seguito di infortunio sul lavoro) si sono ribaditi gli indirizzi consolidatisi a seguito delle Sezioni Unite del 2008 e, nello specifico, si è ricordato che: «il danno non patrimoniale costituisce una categoria unitaria, sicché le tradizionali sottocategorie del 'danno biologico' e del 'danno morale' non possono essere invocate singolarmente per un aumento della relativa liquidazione, anche se continuano a svolgere una funzione solo descrittiva del contenuto pregiudizievole preso in esame dal giudice, al fine di parametrare la liquidazione del danno risarcibile»<sup>3</sup>.

Tuttavia tali decisioni rivelano l'esistenza di una oggettiva difficoltà, laddove, da un canto, precisano che il danno non patrimoniale costituisce una categoria unitaria ed assegnano alle tradizionali sottocategorie del «danno biologico» e del «danno morale» la funzione descrittiva del contenuto pregiudizievole preso in esame dal Giudice per parametrare la liquidazione del danno risarcibile, dall'altro, precisano che il danno conseguente ad una sofferenza psichica, ove imputato a danno biologico oltre che al danno morale,

<sup>3</sup> Cass. 25 luglio 2014, n. 17006, che richiama, a sua volta, un'altra sentenza della Sezione Lavoro, la n. 687 del 15 gennaio 2014, nella quale si osserva che la liquidazione del danno non patrimoniale deve essere complessiva e cioè tale da coprire l'intero pregiudizio a prescindere dai «*nomina iuris*» dei vari tipi di danno, i quali non possono essere invocati singolarmente per un aumento della anzidetta liquidazione.

integra una errata duplicazione del risarcimento, sempre che non si sia inteso riferirsi «a pregiudizi diversi»<sup>4</sup>.

Pare prefigurarsi il rischio che relegando nell'ambito della «descrizione» del danno non patrimoniale figure di «danno» che presentano una propria definita individualità e consistenza si generino commistioni col rischio di determinare appiattimenti nella personalizzazione dei risarcimenti.

Dalla lettura di alcune sentenze si ha l'impressione che si sia invertito il parametro di valutazione e la non patrimonialità ritorni ad essere una caratteristica descrittiva di pregiudizi differenziati (danno morale, danno biologico) da liquidare autonomamente «in ragione della differenza ontologica esistente tra essi» (v. Cass. n. 22585 del 2013 in *Foro it.*, 2013, I, 3433; ma anche Cass. n. 16041 del 2013).

Viene posta in rilievo la diversa incidenza del danno biologico e del danno morale; questi incidono su due momenti essenziali della sofferenza dell'individuo: «il dolore interiore e la significativa alterazione della vita quotidiana».

Si ribadisce così che una liquidazione del danno morale con criterio equitativo deve tener conto di tutte le circostanze del caso concreto. Si insiste sulla personalizzazione del danno che, però, tende a convertirsi nella selezione di autonomi pregiudizi da risarcire.

Una recente sentenza della Sezione Lavoro<sup>5</sup>, pur muovendosi, apparentemente, nella linea tracciata dalle più volte ricordate Sezioni Unite del 2008, esaminando la fondatezza delle richieste di risarcimento del danno morale subito dal *de cuius* e di quello «esistenziale» dei suoi familiari in un caso di decesso a seguito di malattia contratta in servizio ed a causa del lavoro svolto (si trattava di un medico specialista in gastroenterologia in servizio presso il Centro tumori di medicina nucleare), ricorda che il danno morale, pur costituendo un pregiudizio non patrimoniale al pari di quello biologico, non è ricompreso in quest'ultimo e va liquidato autonomamente (non solo in forza di quanto espressamente stabilito – sul piano normativo – dall'art. 5, lettera *c*), del d.p.r. 3 marzo 2009, n. 37), in ragione della differenza ontologica esistente tra di essi, corrispon-

<sup>4</sup> Cfr. Cass. 19 febbraio 2013, n. 4043, nonché Cass. n. 687 del 2014 citate in motivazione.

<sup>5</sup> Cass. 16 ottobre 2014, n. 21917.

dendo, infatti, tali danni «a due aspetti differenti, il dolore interiore e la significativa alterazione della vita quotidiana».

Quindi, nel rilevare che la domanda risarcitoria può ritenersi ritualmente proposta ove dal ricorso risulti inequivocabilmente la volontà di ottenere il risarcimento di «tutti i danni non patrimoniali», non essendo necessaria la proposizione di una specifica domanda relativa a tutti gli aspetti risarcitori purché i peculiari aspetti di tali danni risultino, seppur presuntivamente, provati con riferimento specifico al danno morale del *de cuius* – per effetto del lento progredire della malattia e della crescente consapevolezza del suo esito infausto –, la Cassazione precisa «che si tratta di voce risarcitoria distinta rispetto al danno biologico subito dal lavoratore, riguardando specificamente le sofferenze psicofisiche del danneggiato e non le conseguenze invalidanti dell'integrità psicofisica dello stesso»<sup>6</sup>.

Per riconoscere l'ammissibilità della domanda nei termini generali prospettati è necessario: avallare una nozione di danno non patrimoniale, quale quella espressa dalle Sezioni Unite dell'11 novembre 2008, da intendersi come categoria generale che è meramente descritta dalle singole voci di danno nella sua materiale consistenza; spostare l'attenzione sulla prova del danno desumibile presuntivamente da circostanze note allegare agli atti; concentrarsi sulla personalizzazione del danno come momento di specificazione della sua incidenza.

Diversa sembra però la posizione assunta da queste sentenze, che si preoccupano di segnalare le caratteristiche di ciascuna figura di danno e di descriverne le specificità.

La non patrimonialità diviene una descrizione del danno.

Il danno morale del *de cuius*, per effetto del lento progredire della malattia e della crescente consapevolezza del suo esito infausto, è una voce risarcitoria distinta rispetto al danno biologico dallo stesso subito. Esso investe specificamente le sofferenze psicofisiche del danneggiato e non le conseguenze invalidanti dell'integrità psicofisica dello stesso; e, pur costituendo un pregiudizio non patrimoniale al pari di quello biologico, non è ricompreso in quest'ultimo e va liquidato autonomamente in ragione della differenza ontologica esistente tra di essi. Si tratta di un danno che corrisponde

<sup>6</sup> Cfr. al riguardo Cass. 11 ottobre 2013, n. 23147, 30 novembre 2011, n. 25575 e 13 ottobre 2009, n. 21680 richiamate in motivazione.

ad aspetti differenti rispetto al danno biologico: il dolore interiore e la significativa alterazione della vita quotidiana.

Il danno cosiddetto «catastrofale» consegue alla sofferenza patita dalla vittima dell'evento dannoso che, a causa delle lesioni riportate, ha assistito – nel lasso di tempo compreso tra l'evento che le ha provocate e la morte – alla perdita della propria vita. Si tratta di un danno diverso da quello cosiddetto «tanatologico» connesso alla perdita della vita in sé come massima espressione del bene salute, un danno autonomamente risarcibile diverso anche da quello riven dicabile *iure hereditatis* dagli eredi della vittima dell'illecito, poi rivelatosi mortale, per avere il medesimo sofferto, per un considerevole lasso di tempo, una lesione della propria integrità psico-fisica costituente un autonomo danno «biologico», accertabile con valutazione medico-legale. Anche tale danno, da includere al pari degli altri nella categoria del danno non patrimoniale *ex art. 2059 cod. civ.*, è risarcibile in favore degli eredi del defunto, senza che per questo si determinino duplicazioni risarcitorie.

Il danno esistenziale da perdita del rapporto parentale è relativo ad alterazioni dell'esistenza futura del familiare superstite. Afferma la Cassazione che esso va tenuto distinto dal danno morale, il quale riguarda le mere sofferenze psichiche derivanti dal lutto, e, come tale va liquidato autonomamente senza che si incorra in pericoli di duplicazioni.

Mi sembra che nella pratica si stia arrivando ad una frattura del sistema unitario disegnato dalle Sezioni Unite. Le figure di danno sopra ricordate assumono connotazioni definite che implicano liquidazioni personalizzate sempre più dettagliate.

Occorre chiedersi, allora, se non si stia uscendo dai confini tracciati dalle Sezioni Unite. Ancora, se si stia procedendo alla temuta duplicazione delle poste risarcitorie o, piuttosto, si stia addivenendo ad una effettiva integrale ristorazione del danno.

Di recente si è poi rilevato che «duplicazioni risarcitorie si configurano solo allorquando lo stesso aspetto (o voce) viene computato due o più volte, sulla base di diverse, meramente formali, denominazioni, laddove duplicazioni non sussistono in presenza della liquidazione dei molteplici e diversi aspetti negativi causalmente derivanti dal fatto illecito o dall'inadempimento e incidenti sulla persona del danneggiato/creditore»<sup>7</sup>. In sostanza si ha duplicazione di

<sup>7</sup> Cass. 23 gennaio 2014, n. 1361.

risarcimento solo quando il medesimo pregiudizio sia liquidato due volte, sebbene con l'uso di nomi diversi<sup>8</sup>.

Sembra allora che la rigorosa ricostruzione delle Sezioni Unite del 2008 si incrina davanti a «descrizioni» del danno non patrimoniale così connotate da mostrare una individualità ben netta.

Nella sentenza di Cassazione n. 21917 del 2014 ritorna una definizione di danno esistenziale, ricavata da altre pronunce pure successive alle Sezioni Unite<sup>9</sup>. Vi rientra ogni pregiudizio, di natura non meramente emotiva ed interiore, ma oggettivamente accertabile, provocato sul fare reddituale del soggetto, che alteri le sue abitudini e gli assetti relazionali propri, inducendolo a scelte di vita diverse quanto all'espressione e realizzazione della sua personalità nel mondo esterno.

Forse qualcosa sta di nuovo cambiando.

#### *4. La personalizzazione del danno*

L'altra faccia del problema del danno non patrimoniale è costituita dalla sua liquidazione e dalla necessità di procedere ad una personalizzazione dell'incidenza del pregiudizio evitando le tanto temute duplicazioni.

Si tratta di materia di confronto quotidiano per il Giudice del lavoro e, pur nei limiti della sindacabilità delle scelte operate dai Giudici di merito, la Cassazione è sovente chiamata ad occuparsene.

Solo per trovare un punto di partenza non troppo remoto vanno qui ricordate quelle sentenze della Cassazione<sup>10</sup> che hanno posto in evidenza come il richiamo alle tabelle di Milano garantisca un'unità di trattamento di riferimento essendo il criterio di liquidazione predisposto dal suddetto Tribunale già ampiamente diffuso sul territorio nazionale tanto da assumere la valenza in linea generale di parametro di conformità della valutazione equitativa del danno biologico di cui agli artt. 1226 e 2056 cod. civ. È stato notato che «essendo l'equità il contrario dell'arbitrio, la liquidazione equitativa opera-

<sup>8</sup> Vedi anche Cass. 30 giugno 2011, n. 14402 e Cass. 6 aprile 2011, n. 7844, entrambe richiamate in motivazione.

<sup>9</sup> Cfr. Cass. n. 1361 del 2014 cit. e 19 dicembre 2008, n. 29832.

<sup>10</sup> Cass. 30 giugno 2011, n. 14402 e 7 giugno 2011, n. 12408.

ta dal giudice di merito è sindacabile in sede di legittimità (solamente) laddove risulti non congruamente motivata, dovendo di essa darsi una giustificazione razionale a posteriori»<sup>11</sup>.

Nell'elevare a parametro generale di liquidazione equitativa i cosiddetti aspetti relazionali propri del danno non patrimoniale si è preso atto del fatto che le tabelle milanesi tengono conto pure del cosiddetto «danno esistenziale», vale a dire dell'alterazione/cambiamento della personalità del soggetto che si estrinsechi in uno sconvolgimento dell'esistenza, e cioè in radicali cambiamenti di vita.

Pertanto nel procedere alla cosiddetta «personalizzazione» occorre riconsiderare i parametri adottati, avendo come riferimento le previsioni contenute nelle citate tabelle per garantire l'integrità del ristoro spettante al danneggiato.

Tuttavia anche queste «certezze» si incrinano.

Una recente sentenza della Corte di Cassazione, nel rammentare che «è ormai da tempo acquisita la condivisione dell'assunto che il principio dell'integrale risarcimento del danno non può subire restrizioni quando è in discussione la tutela dei diritti fondamentali ed individuali della persona (cfr. Corte cost. 485/1991) e che all'inderogabilità di tale tutela debba conseguire – come è stato osservato in dottrina – una consequenziale personalizzazione dei pregiudizi che tenga conto delle modalità del caso concreto e della sua specificità al fine di pervenire ad una totale restaurazione della persona», sottolinea che di tale personalizzazione deve essere dato atto nella motivazione della sentenza e che il Giudice del merito, pur non essendo tenuto a supportare la sua decisione con una motivazione minuziosa e particolareggiata, deve nella valutazione equitativa di detti danni *ex artt. 1226 e 2059 cod. civ.* individuare dei validi criteri di giudizio parametrati alla specificità del caso da esaminare e, conseguentemente, funzionalizzati ad una «personalizzazione» di detti danni<sup>12</sup>. Questa mi sembra la particolarità, non conseguibile attraverso standard valutativi delle tabelle normative (di cui all'art. 13 del d.lgs. n. 38 del 2000 e degli artt. 138 e 139 del d.lgs. n. 209 del 2005 e successive modifiche) o di quelle del Tribunale di Milano, che hanno trovato riconoscimento nella giurisprudenza di legittimità.

<sup>11</sup> Principi ribaditi e confermati da Cass. 8 luglio 2014, n. 15530.

<sup>12</sup> Cass. 17 dicembre 2014, n. 26590.



La Corte osserva che il «principio della personalizzazione del danno non patrimoniale» e, in primo luogo, del danno morale soggettivo richiede un'attenta valutazione delle modalità delle singole e individuali situazioni esistenziali in cui versa il danneggiato ed un esame delle possibili ricadute delle sofferenze sulla salute anche psichica di quest'ultimo. Ciò determina un graduale adattamento delle tabelle e la materia risulta difficilmente adattabile ai criteri di quantificazione da queste previsti. Se ne riscontra il limite per essere queste volte ad equiparare – al fine di garantire in tutto il territorio nazionale un uguale trattamento nella loro liquidazione – danni che, invece, per loro natura devono rimanere differenziati<sup>13</sup>.

Se tale indicazione dovesse trovare ulteriori conferme, alcune delle certezze (per qualcuno intese come rigidità) acquisite anche attraverso l'opera mediatrice di interpretazione della Cassazione mostrebbero evidenti limiti riemergendo dubbi forse mai sopiti.

La riflessione conclusiva è che, specialmente in settori come quello giuslavoristico – dove non di rado si assiste alla lesione di diritti primari dei lavoratori aventi copertura costituzionale –, appare auspicabile un progressivo allargamento dell'area della risarcibilità dei danni non patrimoniali, quali quelli morali, e la formulazione di un catalogo di diritti inviolabili al fine di garantire una piena tutela dell'integrità sia fisica che morale della persona; questa, quale espressione primaria della dignità umana, viene tutelata dall'art. 2 Cost. e dall'art. 1 della Carta di Nizza (che antepone la dignità finanche alla vita) ed ora dal Trattato di Lisbona ratificato dall'Italia con la legge 2 agosto 2007, n. 290).

*5. Il danno patrimoniale: la legge n. 183 del 2010 e la legge n. 92 del 2012. Il caso dell'opzione ex art. 18, comma 5, legge n. 300 del 1970 (rectius comma 3 nel testo modificato dalla legge n. 92 del 2012)*

Alcune considerazioni vanno fatte sulle modifiche apportate al sistema di risarcimento del danno patrimoniale nell'ambito dei rapporti lavorativi.

<sup>13</sup> Cfr. ancora Cass. n. 26590/2014, cit.

Si registra, infatti, sul piano legislativo una radicale inversione di tendenza. Da quello che è stato definito dalla giurisprudenza il «principio di effettiva realizzazione dell'interesse del lavoratore a non subire, o a subire al minimo, i pregiudizi conseguenti al licenziamento illegittimo» (anche definito principio «di effettività dei rimedi») ad una concezione più propriamente indennitaria<sup>14</sup>.

L'indizio del cambiamento si ricava, ad esempio, dall'esame dell'evoluzione della giurisprudenza in materia di opzione da parte del lavoratore per l'indennità sostitutiva della reintegrazione.

È a tutti noto il dibattito che si è sviluppato nella vigenza dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970, prima delle modifiche apportate dalla legge n. 92 del 2012.

Il punto di partenza è la nota sentenza della Corte costituzionale n. 81 del 1992<sup>15</sup> che ha ritenuto «più congrua» l'interpretazione dell'allora quinto comma dell'art. 18 dello Statuto nel senso che con l'opzione si esercitava la «facoltà alternativa» del creditore di chiedere l'indennità in luogo della reintegrazione. L'obbligazione si estingueva con l'adempimento consistente nel pagamento dell'indennità.

Tale affermazione è stata per lungo tempo intesa dalla giurisprudenza come un rafforzamento della tutela del lavoratore al quale erano dovute le retribuzioni fino al pagamento dell'indennità sostitutiva. Va in questo senso la copiosa giurisprudenza della Corte di Cassazione nell'ambito della quale le voci dissonanti erano ancorate a fattispecie particolari (si pensi al caso in cui l'opzione precede l'ordine di reintegrazione), che però hanno poi costituito la chiave per addivenire al mutamento di giurisprudenza consacrato nella sentenza a Sezioni Unite intervenuta nel 2014<sup>16</sup>.

La pronuncia dà atto del carattere quasi «storico» della questione che è chiamata a risolvere, ma non si sottrae al confronto con la disciplina sopravvenuta dettata dalla legge n. 92 del 2012 che, seppur residualmente alle ipotesi in cui la reintegrazione nel posto di lavoro è ancora prevista, disciplina ancora, al terzo comma del novellato art. 18, la possibilità per il lavoratore – assunto prima del 7 marzo

<sup>14</sup> Con riguardo al precedente orientamento cfr. Cass. 16 marzo 2009, n. 6342 ed anche 16 novembre 2009, n. 24199.

<sup>15</sup> Corte cost. 19 febbraio 1992, n. 81.

<sup>16</sup> Cass. 27 agosto 2014, n. 18353.

2015 – di chiedere, in luogo della reintegrazione, il pagamento di un'indennità sostitutiva.

La scelta delle Sezioni Unite è netta e ben definita nel senso che nessuna *astrainte* è configurabile e che l'unica conseguenza dell'inadempimento dell'obbligazione del datore di lavoro di pagare l'indennità sostitutiva della reintegrazione è l'obbligo di corrispondere gli interessi e la rivalutazione monetaria.

Viene così accantonata quella pur interessante indicazione ricostruttiva che, privilegiando l'esigenza di garantire che libertà, dignità e materiale sussistenza del prestatore di lavoro – affidate al datore dall'art. 36 Cost. – si realizzino in concreto, senza che residuino spazi di possibile o probabile elusione (artt. 24 e 11 Cost.), sottolinea come questa esigenza di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti di credito (in particolare, dei crediti risarcitori in caso di inadempimento) non sia compatibile con un limite fisso (nella specie, quindici mensilità) all'ammontare del risarcimento, quando la condotta illecita, nella specie il licenziamento, leda interessi individuali di primario rilievo costituzionale, con danno progressivamente aggravato dal trascorrere del tempo. In questi casi la condanna non può essere soltanto volta verso il passato onde eliminare gli effetti della violazione già compiuta, ma deve guardare anche al futuro onde impedire che la violazione sia continuata<sup>17</sup>.

In particolare, la sentenza n. 20420 del 2012, confrontandosi proprio con il nuovo testo dell'art. 18, quale risultante dalle modifiche apportate dalla legge n. 92/2012, rammenta che la sentenza della Corte costituzionale n. 303 del 2012 ha evidenziato come la previsione di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva per i contratti a termine (*ex art. 32 della legge n. 183 del 2010*), insensibile alla prosecuzione indefinita della condotta omissiva, intanto è costituzionalmente legittima in quanto si riferisca soltanto al danno verificatosi fino alla sentenza del giudice ordinante il ripristino del rapporto, di tal che il danno permanente successivo deve essere integralmente ristorato (indicazione seguita dal legislatore nella legge 28 giugno 2012, n. 92, art. 1, comma 13)<sup>18</sup>. Sotto altro profilo, la

<sup>17</sup> Cass. 17 settembre 2012, n. 15519 e 21 novembre 2012, n. 20420.

<sup>18</sup> Vedi ora – dopo l'abrogazione di questa norma – l'art. 28, c. 2, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81.

medesima decisione ha evidenziato che la limitazione del risarcimento alle sole conseguenze previste dall'art. 429 cod. proc. civ. vanificherebbe, sostanzialmente, la tutela del danneggiato stante l'insufficienza a ristorare il «danno maggiore» di cui all'art. 1224 cpv. cod. civ.

La Cassazione n. 20420/2012 sottolinea ancora che in relazione ai crediti risarcitori o indennitari deve prevalere la finalità di effettivo ristoro del danno presente e futuro a carico del creditore, oltre che di dissuasione del debitore a persistere nell'inadempimento, di tal che al giudice è imposto – e, quando non si tratti di crediti di lavoro in senso stretto (retributivi), si manifesta la necessità – di adeguare il risarcimento all'entità del danno anche attraverso lo strumento equitativo (art. 1226 cod. civ.). D'altro canto, non si può consentire che il datore di lavoro, il quale ha già illegittimamente risolto il rapporto che non viene ricostituito, ingiustificatamente minimizzi gli effetti della scelta minore operata dal lavoratore ritardandone *sine die* l'adempimento.

Una tutela giurisdizionale effettiva contro il licenziamento illegittimo trova riscontro, anche sul piano dei valori e dei principi dell'ordinamento sovranazionale, nell'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Sebbene l'art. 30 della «Carta» sia norma non direttamente applicabile nei casi in cui la controversia non investa questioni applicative del diritto dell'Unione, tuttavia, secondo un'interpretazione emergente, può operare come fonte di «libera interpretazione» anche del dato normativo nazionale, in quanto esprime principi comuni agli ordinamenti europei e, quindi, in linea generale, operanti anche nei sistemi nazionali.

In questa prospettiva, la soluzione rafforza la garanzia di un pronto ristoro del danno in favore del lavoratore, dissuadendo il datore di lavoro da ritardi e dilazioni nel pagamento di una indennità dovuta per la lesione di un diritto fondamentale anche di matrice europea<sup>19</sup>.

<sup>19</sup> In relazione ad una prima affermazione del carattere espressivo di principi comuni agli ordinamenti europei della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea v. Corte cost. 13 febbraio 2002, n. 135. Sul rilievo della Carta come fonte interpretativa ancora con riguardo all'opzione cfr. Cass. 12 settembre 2012, n. 15519 ed i vi sentenze richiamate; sul richiamo alla Carta anche in caso non di «diritto comunitario» cfr. Corte cost. n. 93/2010, n. 81/2011, n. 31/2012.

## 6. *Alcune considerazioni conclusive*

La discussione sui temi ricordati rimane aperta. Ed anzi nel prossimo futuro dovranno essere affrontate altre questioni, già sul tappeto.

Rileva, anzitutto, il problema del risarcimento del danno nel caso dei contratti a termine di diritto pubblico.

La Corte di Giustizia ci ha rammentato che la normativa italiana in materia di assunzioni a termine nel pubblico impiego, e nello specifico con riguardo ai contratti conclusi nel settore della scuola, non contiene sanzioni sufficientemente efficaci e dissuasive che garantiscano la piena efficacia delle norme dell'accordo quadro europeo (clausola 5, punto 1), osservando che la direttiva n. 99/70 «osta a una normativa nazionale, quale quella di cui trattasi nei procedimenti principali, che autorizzi, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale di ruolo delle scuole statali, il rinnovo di contratti di lavoro a tempo determinato per la copertura di posti vacanti e disponibili di docenti nonché di personale amministrativo, tecnico e ausiliario, senza indicare tempi certi per l'espletamento di dette procedure concorsuali ed escludendo qualsiasi possibilità, per tali docenti e detto personale, di ottenere il risarcimento del danno eventualmente subito a causa di un siffatto rinnovo. Risulta, infatti, che tale normativa, fatte salve le necessarie verifiche da parte dei giudici del rinvio, da un lato, non consente di definire criteri obiettivi e trasparenti al fine di verificare se il rinnovo di tali contratti risponda effettivamente ad un'esigenza reale, sia idoneo a conseguire l'obiettivo perseguito e sia necessario a tal fine, e, dall'altro, non prevede alcun'altra misura diretta a prevenire e a sanzionare il ricorso abusivo ad una successione di contratti di lavoro a tempo determinato»<sup>20</sup>.

Occorrerà attendere la decisione della Corte costituzionale ma, salvo un intervento del legislatore, sarà necessario riesaminare la questione del risarcimento, in relazione alla quale la Cassazione si è pronunciata con la nota sentenza del 20 giugno 2012 n. 10127, anche alla luce del pronunciamento della Corte di Giustizia.

<sup>20</sup> Corte di Giustizia 26 novembre 2014, n. 22, cause riunite C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13, *Mascolo e a.*

Occorrerà interrogarsi se è ancora sostenibile l'affermazione, in quest'ultima sentenza contenuta, che nel succedersi dei contratti non è ravvisabile alcun abuso e dunque non è riconoscibile alcun risarcimento.

Diventerà di sempre maggiore attualità il tema della discriminazione in tutte le sue declinazioni possibili. Tale tema attraverserà la materia dei licenziamenti, dei demansionamenti, di trattamenti mobbizzanti o anche, semplicemente, vessatori.

Si registra una più ampia lettura dell'art. 2087 cod. civ., una visione più estesa dei doveri di protezione in capo al datore di lavoro a tutela dei suoi dipendenti.

Significativi indizi di questa rinnovata sensibilità si rinvencono in alcune sentenze della Corte di Cassazione nelle quali si è affermato, ad esempio, che il datore di lavoro è tenuto, nei limiti in cui i danni siano a lui ascrivibili, al risarcimento del danno all'integrità psicofisica patito dal lavoratore in conseguenza di una pluralità di comportamenti vessatori e mortificanti addebitabili allo stesso datore e ai colleghi di lavoro, anche se non sia ravvisabile quell'intento persecutorio che è idoneo ad unificare tutti gli episodi ed a configurare il mobbing<sup>21</sup>.

In un altro caso è stata ritenuta sussistente la responsabilità, ex art. 2087 cod. civ., del datore di lavoro in un caso in cui il dipendente, deceduto per infarto del miocardio, era stato costretto, ancorché non per sollecitazione diretta, a conformare i propri ritmi di lavoro all'esigenza di realizzare lo smaltimento delle proprie incombenze, nei tempi richiesti dalla natura e dalla molteplicità degli incarichi affidatigli<sup>22</sup>. La Corte ha affermato il principio che ai sensi dell'art. 2087 cod. civ. gli effetti della conformazione della condotta del prestatore ai canoni di diligenza cui all'art. 2104 cod. civ., coerentemente con il livello di responsabilità proprio delle funzioni e in ragione del soddisfacimento delle ragioni dell'impresa, non integrano mai una colpa del lavoratore; ai fini della responsabilità datoriale è irrilevante, da un canto, la circostanza che il lavoratore non si sia lamentato della gravosità dei compiti affidatigli e, dall'altro, l'ignoranza delle particolari condizioni in cui sono prestate le mansioni affidate ai dipendenti. Ferma la possibilità di una prova con-

<sup>21</sup> Cfr. Cass. 5 maggio 2012, n. 18927.

<sup>22</sup> Cfr. Cass. 8 maggio 2014, n. 9945.

traria, si deve presumere, infatti, che siano conosciuti dal datore di lavoro compiti, tempi, risultati programmati e attesi, in quanto espressione ed attuazione concreta dell'assetto organizzativo adottato dall'imprenditore.

D'altra parte l'attualità ci rivela l'esistenza di condizioni di lavoro spesso oltre i limiti dell'esigibilità: in un caso recentemente esaminato dalla Cassazione relativo ad una richiesta di risarcimento del danno per omesso versamento dei contributi in favore di un lavoratore straniero, la vicenda sullo sfondo descrive un rapporto di lavoro in ambito agricolo durato per sei anni con un orario giornaliero, anche nei festivi, di 16 ore con un'ora di pausa per il pranzo e senza il godimento delle ferie.

Ci si deve chiedere, realisticamente, quanto sia isolato un caso come quello appena descritto; esso rivela come testualmente annota la Corte, «la mancata percezione del disvalore umano e sociale della condizione di lavoro e di vita imposta al dipendente» e comporta anche «la omessa considerazione dell'impegno, risultante dall'art. 2, c. 3, del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), secondo cui ai lavoratori stranieri 'la Repubblica Italiana, in attuazione della convenzione dell'OIL n. 143 del 24 giugno 1975, ratificata con legge 10 aprile 1981, n. 158, garantisce [...] parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti rispetto ai lavoratori italiani' e anche del fatto che questo impegno – che è del nostro Paese e quindi di tutti i datori di lavoro che vi operano – trova la sua base, oltre che nell'art. 3 della Costituzione, nell'art. 14 della CEDU oltre che negli artt. 15, comma 3, e 21 della Carta dei diritti fondamentali UE, come rispettivamente interpretate dalle Corti di Strasburgo e Lussemburgo»<sup>23</sup>.

<sup>23</sup> V., per il virgolettato, Cass. 9 ottobre 2014 n. 21300.

# Il ruolo della giurisprudenza del lavoro per una tutela effettiva del diritto al risarcimento *di Roberto Riverso\**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La giurisprudenza positiva: a) la sentenza sul danno tanatologico. – 3. *Segue*. b) Altri esempi virtuosi recenti. – 4. La complessità della riparazione del danno subito dal lavoratore. – 5. Ripensare alla tutela reale dei beni. – 6. La competenza in materia di danni da lavoro. – 7. Una tutela risarcitoria di stampo preventivo. – 8. Un risarcimento più proporzionato rispetto al valore dei beni. – 9. Il danno da demansionamento. – 10. Il danno da ritardo nei confronti di enti previdenziali. – 11. Conclusione.

## *1. Premessa*

Il tema del danno alla persona rende sempre più essenziale il confronto, anche critico, con la giurisprudenza del lavoro in relazione all'aspetto del danno non patrimoniale. Non solo perché nessun altro settore dell'ordinamento quanto questo è soggetto al dinamismo creativo dell'elaborazione giurisprudenziale, nonostante vi sia ancora oggi chi propugna una più tranquillizzante e deresponsabilizzante condizione servente nel rapporto tra i Giudici e la legge. Ma anche perché questa è una materia dove i Giudici potrebbero fare di più nell'ottica dell'effettività della tutela risarcitoria che appare spesso incerta e meno scontata di quello che dovrebbe risultare in base ad una piana applicazione dei principi.

Capita spesso in questa materia che la correttezza della soluzione, la giustizia del caso concreto, rimanga sepolta sotto una coltre di

\* Giudice presso il Tribunale di Ravenna.



parole, un fiume di formule e di stilemi, atteggiamenti formalistici che rimangono sotto traccia e da cui fatica ad emergere la realtà della controversia. Qui più che altrove c'è il rischio di incorrere nel Giudice che, risolto il problema preliminare della responsabilità, svaluti le allegazioni delle parti sui pregiudizi, sui riflessi esistenziali dell'illecito, sulle modifiche della vita subite dalle persone e dai familiari, magari sostenendo superficialmente che se ne occuperà il CTU. C'è il rischio di incappare nel Giudice formalista che, in mancanza di formule normative – del tutto inessenziali –, non valorizzi comunque allegazioni su fatti e prove che risultano nel fascicolo. Capita pure che il Giudice non si rappresenti alcuna gerarchia nei valori offesi dall'illecito, appiattito com'è, sempre e comunque, su tabelle preconfezionate: così tradendo il corso più autentico della giurisprudenza che su questo fronte mette al centro della valutazione risarcitoria la persona reale e i suoi diritti, nonché il principio sovrano di equità, a cui tutti sono sottoposti e che, nella materia del risarcimento del danno non patrimoniale, implica una valutazione motivata di ogni caso (*iuxta alligata et probata*).

Perciò nella materia del danno alla persona c'è bisogno di Giudici che guardino di più al caso concreto, più dentro il fascicolo che dentro alle tabelle. Altrimenti a cosa serve il Giudice? Basterebbe un semplice liquidatore per calcolare i danni.

## 2. La giurisprudenza positiva: a) la sentenza sul danno tanatologico

Non mancano peraltro gli *input* per un rafforzamento della effettività delle tutele in questo settore, e provengono dai Giudici di merito come dalle Corti superiori. Anzitutto dalla bella sentenza n. 1361/2014, con cui la Cassazione ha inaugurato la svolta risarcitoria in materia di danno alla vita. Non ci dice forse questa pronuncia che bisogna abbandonare gli atteggiamenti concettualistici e che le categorie giuridiche devono servire alla giustizia e non viceversa? Ma come si fa a dire che – vigendo la concezione riparatoria della responsabilità civile o la categoria del danno conseguenza – chi viene ucciso immediatamente non subisca nessuna perdita perché quando arriva la morte il soggetto non c'è più (per maturare un diritto e trasmetterlo *iure hereditatis*)? Eppure è stato detto per circa cento anni, a partire dalle Sezioni Unite nel 1925, ed anche dalla

Corte cost. nel 1994 (con la sentenza del 27 ottobre 1994 n. 372), che questo sarebbe «un limite strutturale della responsabilità civile». Bene ha fatto allora la Cassazione a precisare esplicitamente che i concetti giudici devono tenere conto del caso concreto e della natura del bene leso; e che perciò non si può dire che chi ha perso la vita non ha perso niente quando in realtà ha perso proprio tutto.

La lesione mortale impedisce, infatti, la conservazione del diritto alla vita con tutto il compendio dell'utilità che esso comporta e sottende. Essa produce pertanto *disutilità e danni* impedendo la soddisfazione di ogni altro interesse e diritto<sup>1</sup>.

La sentenza n. 1361/2014 riempie un vuoto, anche nel settore del lavoro, se è vero che quello alla vita del lavoratore è danno complementare non indennizzato nemmeno dall'INAIL (Cass., Sez. III, n. 15760 del 2006); questo si occupa delle sole conseguenze patrimoniali che la morte del lavoratore produce per determinati congiunti, ai quali l'istituto eroga una rendita (per diritto *iure proprio* e non certo *iure successionis*).

Le obiezioni mosse alla sentenza n. 1361 cit. sono note e direi anzi consunte. Vedremo cosa diranno in proposito le Sezioni Unite interpellate a seguito di ordinanza della stessa Sezione III della Cassazione (v. ord. 4 marzo 2014, n. 5056).

Si è obiettato che qui la Corte avrebbe operato una scelta di politica del diritto riservata al legislatore<sup>2</sup>. In realtà quella effettuata dalla Corte potrà piacere o meno, ma non è certamente una soluzione scaturita all'improvviso, come Minerva dalla testa di Giove. È un'opzione esegetica che si inserisce all'interno di un lungo ed elaborato processo interpretativo e di precedenti giudiziari anche di tenore positivo provenienti dai Giudici di merito. Essa integra al tempo stesso un'operazione di sistemazione sotto il profilo della coerenza logica, sistematica e concettuale, di istituti già noti ed elaborati allo scopo dalla stessa Cassazione, ma gravidi di incongruenze (come il danno catastrofale o il danno terminale).

Il danno tanatologico, infatti, pur con diverse denominazioni era

<sup>1</sup> Se per aversi il danno giuridicamente rilevante occorre una disutilità che derivi dalla lesione di un interesse, come afferma Cass. n. 21401/2014, si può allora dire che qui la disutilità è totale.

<sup>2</sup> V. Filì, *Morte del lavoratore e danno non patrimoniale da perdita della vita*, in *Lav. giur.*, 2014, pp. 531 ss.

da tempo riconosciuto dalla Corte di Cassazione. E, ciò, a prescindere dal requisito della cosiddetta immediatezza dell'evento, ovvero dell'esistenza di un lasso di tempo breve, brevissimo o lungo entro cui sarebbe pervenuta la morte. L'unico criterio richiesto da ultimo dalla Cassazione per la risarcibilità della lesione era legato non al tempo dell'evento, ma alla consapevolezza dell'evento.

Ma il danno morale catastrofale contraddice, in maniera evidente, la dimensione del danno morale, la sua duplice natura legata non solo alla sofferenza interiore soggettiva, ma anche alla lesione della dignità della persona, la quale si consuma anche a prescindere dalla cosciente sensibilità del soggetto leso<sup>3</sup>.

Mentre la categoria del danno terminale (legato ad un calcolo di importo crescente per i giorni di sopravvivenza rispetto al fatto lesivo) comporta una palese aporia – nella prospettiva della lesione del bene vita –, assicurando un maggiore risarcimento quanto più a lungo duri la vita del soggetto leso.

Neppure è vero poi che il danno risarcito sia sempre conseguenza. Il danno biologico è un'eccezione vistosa al danno conseguenza, perché noi risarciamo la lesione alla salute in sé e per sé considerata; e non per le conseguenze che determina la lesione stessa. Scrive Massimo Bianca che nessuna valida giustificazione può essere adottata per accordare il risarcimento del danno in presenza del fatto stesso della lesione alla salute e negarlo in presenza del fatto stesso della lesione mortale. «E dunque: come il fatto stesso di subire una lesione che causa la perdita della salute dà luogo al diritto di risarcimento del danno, allo stesso modo, coerentemente, deve dar luogo al diritto di risarcimento del danno la lesione che causa la perdita della vita»<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> C.M. Bianca, *La tutela risarcitoria del diritto alla vita: una parola nuova della Cassazione attesa da tempo*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, pp. 493 ss.

<sup>4</sup> C.M. Bianca, *op. ult. cit.* D'altra parte il diritto alla vita è tutelato espressamente dall'art. 2 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo («Il diritto alla vita è tutelato dalla legge»). La CEDU è quantomeno parametro interposto per la violazione dell'art. 117 o comunque dell'art. 10 Cost. Se quindi vi è una posizione soggettiva come il diritto alla vita garantita dalla CEDU (secondo l'interpretazione che ne fa la Corte di Giustizia) si rischia di rendere costituzionalmente illegittimo il sistema risarcitorio (l'art. 2059 cod. civ.) per violazione degli artt. 117 e 10 Cost. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha infatti riconosciuto il diritto dell'erede (*iure successionis*) al danno risentito dal defunto a causa della sua uccisione nonostante la morte fosse av-

Peraltro la Corte di Cassazione sostiene che non sia nemmeno necessario superare («allo stato») l'assioma posto dalle Sezioni Unite nel 1998, secondo cui solo i danni conseguenza sono risarcibili ma non il danno evento, perché il risarcimento della perdita della vita è un'eccezione (ulteriore) che conferma la regola.

Neppure resiste alla critica l'obiezione fondata sulla concezione riparatoria della responsabilità civile, secondo cui il risarcimento del danno da perdita della vita finirebbe per essere soltanto una punizione nei confronti dell'autore ed arreca benefici solo agli eredi e non alla vittima. In realtà la responsabilità civile assolve a varie funzioni, anche differenti da quella puramente restitutiva o riparatoria. Il risarcimento del danno non patrimoniale in generale anzi non obbedisce mai alla funzione risarcitoria-compensativa dei beni, perché le perdite arrecate alla persona non possono essere mai ripianate in senso tecnico, cioè risarcite per equivalente nel loro controvalore (salute, onore, dignità ecc.). Tuttavia possono essere riparate nel senso che può essere data una soddisfazione alla vittima mediante una somma di danaro che le consentirà di vivere meglio e che quindi ha una funzione solidaristica e consolatoria.

Ebbene anche il risarcimento del danno alla vita obbedisce a questa funzione solidaristica-consolatoria, poiché è sicuramente più confortante per ciascun soggetto sapere (*ex ante*) se la propria vita riveste un valore per il diritto, piuttosto che nessuno, in caso di morte (immediata o senza consapevolezza). E che questo controvalore potrà andare a beneficio degli eredi, come per il controvalore di ogni suo bene patrimoniale (e non patrimoniale) maturato in caso di morte immediata (come per il danno all'automobile in caso di incidente mortale o la sottrazione del portafogli commessa insieme alla lesione mortale)<sup>5</sup>.

In secondo luogo – come nota la stessa Cassazione – la funzione compensativa risulta assolta anche ammettendo il risarcimento del diritto alla vita, siccome il credito della vittima *accresce comunque il suo patrimonio ereditario*, non diversamente da ogni altro caso di danno patrimoniale e non patrimoniale.

venuta immediatamente (sent. *Akkoc c. Turquie* 10 ottobre 2000, 136; e *Case of Gul v. Turkey* 14 febbraio 200, 110).

<sup>5</sup> Cfr. C.M. Bianca, *La tutela risarcitoria del diritto alla vita*, cit., pp. 493 ss., il quale alla nota 23 cita Carnelutti e l'esempio del portafoglio sottratto alla vittima nell'istante della morte.

### 3. Segue. *b) Altri esempi virtuosi recenti*

Grazie alla cocciutaggine di un Giudice di merito – che è andato di contrario avviso alla Corte Internazionale di Giustizia dell'ONU, alla Cassazione, alla stessa legge – nel 2014 abbiamo avuto la sentenza importante della Corte cost. n. 238/2014 sul risarcimento per i crimini di guerra, in cui la Corte ritorna a parlare di diritti fondamentali – incomprimibili (cfr. Corte cost. n. 309/1999) – e di limiti alla legge, e non più di meccanismi di bilanciamento dispiegati a tutto campo secondo una discrezionalità legislativa illimitata, come aveva fatto nella sentenza n. 85 del 2013 sull'ILVA di Taranto.

Ancora, un altro esempio recente da seguire è una chiara sentenza della sez. III civile della Cassazione (13 novembre 2014, n. 24201) che, annullando la decisione di merito, ha giustamente ribadito che il risarcimento del danno alla persona (o non patrimoniale) non deve tener conto delle condizioni socio-economiche e del valore della moneta dello Stato di residenza dell'avente titolo al risarcimento. Perché una valutazione differenziata risulterebbe in evidente contrasto con l'art. 3 Cost. e con le norme del diritto internazionale generalmente riconosciute; questa, nel garantire i diritti fondamentali della persona indipendentemente dall'appartenenza a determinate entità politiche, vietano discriminazioni nei confronti degli stranieri, legittimamente soggiornanti nel territorio dello Stato (v. la sentenza n. 306 del 2008, nonché, in relazione al diritto inviolabile alla salute, la sentenza n. 252 del 2001), indipendentemente dalla condizione di reciprocità (cfr. anche sentenza 11 gennaio 2011, n. 450)<sup>6</sup>. La sentenza in discorso quindi ci dice anch'essa come in materia di danno non patrimoniale quello che conta maggiormente è la natura del bene, il tipo di lesione, mentre

<sup>6</sup> Secondo la Corte, il risarcimento del danno deve avere come obiettivo fondamentale il ripristino del valore-uomo nella sua insostituibile unicità (v., tra le altre, le sentenze 20 novembre 2012, n. 20292, 22 agosto 2013, n. 19402 e 14 gennaio 2014, n. 531); e, anche se la morte rende impossibile tale ripristino, pur tuttavia il risarcimento che ne consegue non può differenziarsi per il fatto che il denaro erogato a tale titolo è destinato ad essere speso in un Paese nel quale il costo della vita è diverso da quello dell'Italia. Collegare al fatto che gli eredi, destinatari del risarcimento, risiedono in Tunisia una conseguenza significativa ai fini della liquidazione del danno morale significa introdurre nell'illecito un elemento del tutto estrinseco rispetto ad esso, con conseguenze inaccettabili.

è irrilevante sapere dove la riparazione è destinata ad operare in concreto.

Anche la sentenza della Corte costituzionale n. 235/2014 sul risarcimento delle micro permanenti da incidente stradale regolato dall'art. 139 del Codice delle assicurazioni va qui richiamata. Essa, nel respingere la questione di costituzionalità della norma – per la ritenuta non risarcibilità del danno morale da parte di quella legge che si occupa del danno biologico –, ha sostenuto l'erroneità della premessa dei Giudici *a quibus* ed ha riconosciuto autonoma rilevanza al danno morale (pur considerandolo nella limitata prospettiva della sofferenza conseguente al danno biologico di cui hanno parlato non senza ambiguità le sentenze di San Martino 2008 delle Sezioni Unite). Secondo la Corte cost. il danno morale è infatti risarcibile anche nel caso di lesioni micro permanenti da incidenti stradali e pertanto il Giudice deve operare un aumento del danno biologico, seppure nei limiti standard del quinto previsto dall'art. 139, comma 3 del Codice citato.

È una sentenza, quella di Giudici costituzionali in discorso, che merita di essere ricordata, perché ci sono Giudici del lavoro che ancora oggi non distinguono il danno biologico dal danno morale, benché siano intervenute dopo il 2008 decine e decine di sentenze della Cassazione per affermare questa autonomia concettuale. E benché questa sia una distinzione imprescindibile nel nostro campo siccome essenziale ai fini della corretta liquidazione dei danni differenziali, allorché la voce danno morale va sempre scomputata ed attribuita integralmente al lavoratore, non potendo rientrare nella falcidia dell'indennizzo delle prestazioni liquidate dall'INAIL che non contemplano danno morale (come il danno esistenziale, la personalizzazione biologica, il danno biologico temporaneo, pregiudizi definiti per questo più propriamente danni complementari).

A questo proposito andrebbe rimeditato anche il rapporto tra risarcimento del danno alla capacità lavorativa specifica (solitamente risarcito al lavoratore) e quello alla capacità lavorativa generica (che è invece indennizzato dall'INAIL). Se si tratta di due concetti diversi, esprimendo la prima la generale attitudine al lavoro e la seconda quella tipica della persona danneggiata (che ha anche un disoccupato), allora forse non dovrebbe nemmeno qui operarsi alcuna sottrazione differenziale, ma dovrebbe ragionarsi nell'ottica del danno complementare.

#### 4. La complessità della riparazione del danno subito dal lavoratore

Si conferma, in base a queste ultime considerazioni, che nel settore del lavoro la riparazione risarcitoria si rivela una funzione più complessa di quanto accada ordinariamente, proprio perché per alcune voci interseca la protezione sociale garantita dal sistema di assicurazione obbligatoria INAIL. E ciò richiede nel Giudice la capacità di effettuare valutazioni sistematiche e di adottare una prospettiva allargata a diversi saperi giuridici (diritto penale, diritto civile, medicina legale, previdenza sociale, diritto processuale civile e penale), non solo in relazione alla tipologia ed alle funzioni delle diverse riparazioni, ma anche con riferimento ai presupposti delle domande azionate in un giudizio che pure esse sono regolate in modo diverso. Basti considerare che il principio cardine dell'esonero del datore dalla responsabilità civile<sup>7</sup> è parziale – riguarda cioè soltanto le voci di danno oggetto di assicurazione INAIL – e che soltanto ai fini del suo superamento è postulata la presenza di una responsabilità penale, valutata anche *incidenter tantum*<sup>8</sup>. Mentre le altre differenti voci di danno sono sottoposte ai normali oneri di allegazione e prova valevoli in materia di responsabilità contrattuale.

Nel settore del lavoro il tema del danno presenta, inoltre, ele-

<sup>7</sup> Va respinta la suggestiva tesi secondo cui il principio dell'esonero non esisterebbe più nell'ordinamento pure essendo ancora lì, scritto nell'art. 10 del T.U.: norma speciale intesa a regolare la pretesa del lavoratore di ricevere dal datore esonerato il danno differenziale, ma solo in presenza di un fatto che costituisca illecito penale perseguibile d'ufficio (ritenuto oggi in via incidentale anche soltanto nella sede civile, autonomamente azionabile rispetto al giudizio penale; e ciò al termine di un lungo percorso tracciato dalla Corte Costituzionale con le sentenze nn. 22/1976, 102/1981, 118/1986). Si tratta di un assetto regolativo, la cui perdurante efficacia è dimostrata anche dal successivo art. 11 che in egual modo ed alle stesse condizioni regola la pretesa di rivalsa dell'Istituto assicuratore nei confronti del datore e di altri responsabili, come si ricava anche dalla sentenza 15715/2012 della Cassazione che pronunciandosi proprio ai fini dell'azione di regresso ha specificamente affermato che l'INAIL debba farsi carico dell'onere della prova della colpa; smentendo espressamente la precedente sentenza n. 10529/2008 laddove si sosteneva che l'onere dell'INAIL che agisse in regresso fosse regolato dalla presunzione ex artt. 1218 e 2087 e sostenendo che «tale affermazione non appare coerente con i principi che regolano la materia».

<sup>8</sup> Sia consentito rinviare per la relativa problematica a R. Rivero, *Esiste ancora l'esonero del datore di lavoro dalla responsabilità civile dell'art. 10 del T.U. 1124/1965?*, in *Lav. giur.*, 2008, pp. 1083 ss.

menti di maggiore complessità anche perché nel rapporto è normalmente coinvolta, oltre alla persona (fisica e psichica e quindi alla salute), anche la personalità morale, la dignità, la libertà stessa del prestatore di lavoro (come si evince dall'art. 41 Cost. ed anche dall'art. 2087 cod. civ.): una pluralità di interessi, di beni costituzionali, la cui offesa è spesso implicata nella medesima vicenda lesiva. E ciò pone sempre l'esigenza di una valutazione adeguata dei vari pregiudizi subiti dal lavoratore e la necessità di tracciare una linea di confine tra i medesimi beni. Una linea che, per quanto si presenti in perenne tensione (quanto più divenga estesa la concezione dell'uno o dell'altro bene coinvolto nel rapporto), assicuri comunque che a pluralità di lesioni recate a differenti beni protetti corrisponda un autonomo apprezzamento risarcitorio, anche se il fatto è unico, ma le offese ad interessi costituzionali o rivestite da tutela penale siano diverse.

Come ricorda costantemente la giurisprudenza di legittimità, il risarcimento dev'essere integrale e pertanto nessuna offesa rilevante sul piano dell'ordinamento deve rimanere sfornita di apprezzamento risarcitorio, quale che sia la tecnica adoperata ai fini della liquidazione (che può essere unica, oppure distinta per le singole voci, o sottovoci, o sottocategorie, o figure descrittive che dir si voglia). È questo del risarcimento integrale un imperativo categorico per ogni Giudice, cui fa da *pendant* il dovere di evitare una moltiplicazione risarcitoria puramente nominalistica dei pregiudizi. Il tutto all'interno della concezione costituzionale della protezione dei beni, premessa alla teorica oramai più che decennale del danno non patrimoniale che considera il risarcimento del danno la reazione minima dell'ordinamento dinanzi ad un fatto antiggiuridico.

### *5. Ripensare alla tutela reale dei beni*

La riflessione sulla tutela risarcitoria dei danni alla persona impone, soprattutto al giurista del lavoro, di ricordare: che l'ordinamento privilegia l'adempimento dell'obbligo fin quando sia possibile ai sensi dell'art. 2058 cod. civ. (munendo la condanna ad adempiere obblighi di fare o di non fare infungibili di una generale misura compulsoria dell'ottemperanza *ex art. 614-bis* cod. proc. civ.); che il risarcimento è tecnica di tutela secondaria, sempre più sosti-



tutiva e perciò non soddisfattiva dell'interesse protetto, il cui titolare deve accontentarsi di un equivalente monetario per l'eventuale lesione subita.

La tutela risarcitoria denuncia quindi la perdita di effettività dello scopo protettivo primario che la materia di cui ci occupiamo ha per sua naturale vocazione, rispetto ai beni del lavoratore (dignità, salute, personalità, libertà).

La vera protezione andrebbe perciò costruita nel rapporto e nella società dove il rapporto si svolge.

Ripensando una strategia in grado di ridurre – in mille modi diversi – lo scarto enorme che esiste tra la proclamazione dei principi (che ancora sono rimasti validi) e la loro effettiva applicazione in un Paese dalle diverse migliaia di morti sul lavoro all'anno (perché al numero di circa mille morti per infortuni va aggiunto il doppio di morti per malattie professionali, di cui spesso ci si dimentica anche nelle statistiche) e dai diversi milioni di lavoratori che ancora operano nell'illegalità con diverse gradazioni di colore, favorite dalle proteiformi e massicce dosi di flessibilità dispiegate a piene mani negli ultimi vent'anni su ogni versante del rapporto (dentro e fuori, in entrata e in uscita, nelle mansioni e nelle paghe, negli orari e nella disciplina collettiva, come nella legge e persino nella giurisprudenza).

È necessario perciò ripensare una più efficace funzione protettiva di natura reale, che eviti il danno e addirittura il pericolo di danno in sintonia con la missione essenziale della materia. Non ci può rassegnare ad un modello di rapporto, di ambiente, di vita in cui prevalga l'accettazione dell'illegalità, del rischio, dell'emarginazione e il sacrificio dei diritti come un'unica irredimibile prospettiva del rapporto di lavoro, al termine della quale si troverà al più – se ed in quanto verrà – lo scambio monetario assicurato dal risarcimento del danno, spesso incerto e di scarso ammontare; che è tipicamente non soddisfattivo dell'interesse protetto.

Peraltro, come insegnano la pratica di ogni giorno e la stessa giurisprudenza della Corte costituzionale degli anni sessanta-settanta in materia di prescrizione, per dare effettività ai diritti nel corso del rapporto sarebbe necessaria anzitutto una tutela forte contro i licenziamenti alla fine del rapporto, perché come sempre accade nel diritto del lavoro i diritti si tengono insieme ed è l'effettività della tutela processuale a dare contenuto ai diritti conquistati. Nel nostro

ordinamento invece l'area dei rimedi ripristinatori si va restringendo sempre di più, mentre aumentano non tanto le ipotesi di monetizzazione, quanto quelle di forfettizzazione del danno, di sua preeterminazione in una misura massima, fissa e quindi misurabile *ex ante*, tale da consentire al datore di lavoro di conoscere anticipatamente il costo massimo della sua violazione di legge.

Ciononostante i Giudici del lavoro non si possono consolare lecandosi le tante ferite che sono state loro inferte negli ultimi anni: con le peculiari limitazioni dei poteri contenute nelle legge n. 183/2010 anche sotto il profilo risarcitorio (si pensi appunto alla forfettizzazione del danno nei contratti a termine illegittimi) e i tentativi di promuovere un modello di Giudice conformista e formalista (sottomesso a qualificazioni contrattuali o a certificazioni operate *aliunde*), indifferente ai valori che hanno contrassegnato la nascita del ruolo. Si pensi soltanto cosa significhi (quale valenza può avere nella compressione della domanda di giustizia) l'applicazione in modo indifferenziato della disciplina sulle spese legali di cui all'art. 92 cod. proc. civ. modificata dalla legge n. 69/2009: una norma utilizzata talvolta anche in chiave di deterrenza, ai fini dell'amministrazione del dimensionamento dei ruoli processuali, sempre più inflazionati e gravosi. Sono modelli di Giudice ai quali non promettono di aggiungere nulla di buono, peraltro, le stesse ricorrenti minacce di responsabilità civile diretta del magistrato.

La giurisprudenza può, comunque, ancora oggi fare di più in un'ottica di maggiore effettività della tutela dei beni protetti dalla disciplina sostanziale: ad esempio, assicurando maggiore spazio all'azione di esatto adempimento che conduce alla condanna al fare specifico ricavabile sia dall'art. 2058 cod. civ. (risarcimento in forma specifica), sia dagli artt. 2931 e 2933 cod. civ.; approntando rapidità alla tutela reale attraverso la procedura d'urgenza ai sensi dell'art. 700 cod. proc. civ. dovendo essere più facile che altrove individuare nel nostro settore – che ha sempre al centro la persona – il *periculum in mora*; sollevando la questione di costituzionalità dell'art. 614-*bis* cod. proc. civ. che contempla l'odiosa (*ex art. 3, cc. 1 e 2, Cost.*) discriminazione ai danni del lavoratore, laddove esclude l'applicabilità alle controversie di lavoro – dove il problema dell'effettività è semmai più pressante – del meccanismo di *astreinte* previsto per tutti i casi in cui non venga eseguito un provvedimento di condanna del Giudice che abbia ad oggetto l'obbligo ad un fare infungibile o ad

un non fare; ancora superando la giurisprudenza, anche della Cassazione, in materia di *exceptio inadimplenti ex art. 1460 cod. civ.* e garantendo maggiore certezza e funzionalità all'autotutela del lavoratore il quale – in caso di violazione dei propri diritti (alla retribuzione, alla sicurezza, alla professionalità, alla sede di lavoro, alle mansioni) – rifiuti l'esecuzione della prestazione inesigibile perché illegittima e pertanto non dovuta.

La giurisprudenza dovrebbe poi accogliere un'interpretazione della normativa che conduca la materia sanzionatoria del lavoro nell'orbita della competenza del Giudice del lavoro sottraendola a quella del Giudice civile. La recente ordinanza benemerita della Cassazione (n. 24917 del 21 novembre 2014) in materia di esclusione dei soci lavoratori di cooperativa – sottratta all'alveo del cosiddetto tribunale delle imprese e ricondotta a quello del Giudice del lavoro – insegna qualcosa sul dovere di interpretare anche le regole di competenza tenendo la rotta ben orientata sulla Costituzione e sulle Carte dei diritti, e non ripiegandosi sull'esistente (soprattutto quando sia espressione di ideologie contrastanti con le prime).

A proposito di sanzioni, non va esente da critiche la recente sentenza della Corte costituzionale 13 novembre 2014, n. 254, che ha annullato la normativa in materia di sanzioni civili contributive (3.000 euro) dovute all'INPS o all'INAIL in caso di lavoro nero e ritenuta eccessiva perché disancorata dalla durata dell'inadempimento. Secondo la Corte, «poiché le sanzioni civili connesse all'omesso versamento di contributi e premi hanno una funzione essenzialmente risarcitoria, essendo volte a quantificare, in via preventiva e forfettaria, il danno subito dall'ente previdenziale, la previsione di una soglia minima disancorata dalla durata della prestazione lavorativa accertata, dalla quale dipende l'entità dell'inadempimento contributivo e del relativo danno, è arbitraria e irragionevole».

In realtà le somme in discorso hanno soprattutto una funzione di rafforzamento dell'obbligazione contributiva e non solo di prede-terminazione del danno. Quest'ultimo poi non dipende dalla durata dell'omissione e quindi del lavoro irregolare (poiché comunque l'INPS o l'INAIL devono recuperare i contributi e gli accessori che sono correlati alla durata dell'omissione) quanto dalla quantità degli accertamenti e dalla natura della irregolarità da sanzionare perché un conto è accertare un lavoro nero, un altro conto è accertare un lavoro grigio (ovvero illegittimamente qualificato).

## 6. La competenza in materia di danni da lavoro

Anche in ambito risarcitorio la giurisprudenza può far di più nell'ottica di assicurare maggiore efficacia preventiva all'ordinamento protettivo del lavoro. La riparazione risarcitoria, tanto più se certa, adeguata, rapida, può costituire anch'essa una remora all'inosservanza delle norme poste a protezione del lavoro ed essere coerente con i fini di prevenzione generale che presiedono alla disciplina della responsabilità civile, come riconobbero le Sezioni Unite della Cassazione con la sentenza n. 3288/2007 a proposito dell'azione di regresso dell'INAIL (azione pur essa risarcitoria di natura restitutiva).

Sotto questo profilo è essenziale anzitutto che i Giudici promuovano un'applicazione più logica e funzionale della normativa sulla competenza per connessione, che eviti anche ai sensi dell'art. 111 Cost. lo spezzettamento dei processi quando il danno (di cui il rapporto di lavoro costituisca presupposto necessario, pur non costituendone la *causa petendi* in senso tecnico) venga richiesto *iure proprio* e/o *hereditatis* oppure nei confronti del datore e/o di un terzo responsabile o corresponsabile (distaccatario, committente, ecc.), a titolo contrattuale e/o extracontrattuale.

## 7. Una tutela risarcitoria di stampo preventivo

Un'accentuazione della funzione dissuasiva della tutela risarcitoria potrebbe venire poi dall'avanzamento della soglia del risarcimento del danno alla messa in pericolo del bene. Non si tratta soltanto del risarcimento del danno esistenziale, che implica un peggioramento del modello di vita. Né soltanto del risarcimento del danno da paura o da stress, che pure alcune pronunce hanno vagliato come legittimo per soggetti esposti a sostanze nocive.

Si tratta, invece, di una protezione risarcitoria preventiva più generale che può essere accordata prendendo come punto di riferimento la dignità della persona che l'art. 1 della CEDU definisce inviolabile; riconoscendo che la messa in pericolo di un bene protetto (la salute, la professionalità, l'onore, la privacy, la libertà) implica una condizione di lavoro degradata che crea offesa alla dignità della persona, a prescindere da qualsiasi altra ripercussione biologica o esistenziale.

È una dimensione che si lega alla nuova ambivalente concezione del danno morale (come sofferenza soggettiva anche non transeunte ed offesa alla dignità morale della persona) oramai acquisita alla giurisprudenza di legittimità. Una dimensione che pare emergere meglio quando la relativa azione è esercitata nel processo penale in corrispondenza con imputazioni che assumono a proprio fondamento un fatto di pericolo. Come ad es. è avvenuto per il reato di omissione dolosa di presidi antinfortunistici nel caso Thyssen, dove la Corte d'Assise di Torino – anche in corrispondenza con le Sezioni Unite della Corte di Cassazione civile (n. 2515/2002) – ha riconosciuto il risarcimento del danno non patrimoniale derivante da un reato di pericolo, *sub specie* di danno morale, all'unica condizione (artt. 2059 cod. civ. e 185 cod. pen.) che sussista un perturbamento psichico della vittima cagionato da un reato (e dunque anche in assenza di danno biologico o di altro evento produttivo di danno patrimoniale). In quel processo i lavoratori – costituiti parti civili con riferimento all'art. 437 cod. pen. – sono stati riconosciuti soggetti che, per la loro particolare relazione – consistente nel caso di specie nell'aver lavorato nello stabilimento di Torino, come dipendenti, nel periodo di permanenza del reato (da giugno 2006 sino al momento precedente il verificarsi dell'evento aggravante 6 dicembre 2007) –, hanno subito «un pericolo astratto di attentato alla loro sfera individuale».

Un'ulteriore accentuazione della funzione dissuasiva potrebbe venire dal potenziamento della dimensione collettiva del danno attraverso la legittimazione di enti collettivi e sindacati. Ed ancora una volta basterebbe esportare al di là del processo penale – perfettamente fungibile in materia risarcitoria con quello civile (*ex art.* 74 cod. proc. pen. e ss.) – gli approdi della giurisprudenza in materia di costituzione di parte civile e di liquidazione del risarcimento del danno anche non patrimoniale a persone giuridiche ed enti, essendo sufficiente all'uopo che essi abbiano assunto come oggetto della propria attività e del proprio specifico scopo l'interesse collettivo leso da un reato od anche soltanto da un illecito civile.

La premessa sistematica di questo percorso sta anzitutto nel citato art. 74 cod. proc. pen., il quale legittima ogni soggetto (sia esso persona fisica, giuridica o associazione non riconosciuta), che abbia ricevuto dal reato un danno di qualsiasi natura, a costituirsi parte civile nel processo penale e reclamare il risarcimento. Essa sta, inol-

tre, nell'acquisita consapevolezza che tutte le lesioni degli interessi della persona (anche giuridica) o di enti collettivi protetti dall'ordinamento comportano un danno ingiusto e quindi quanto meno una protezione risarcitoria *sub specie* di danno non patrimoniale, quale che sia l'interesse non patrimoniale leso dall'illecito. Andando oltre la sola rivendicazione del danno morale prima ritenuto come esclusiva figura di danno non patrimoniale risarcibile.

### *8. Un risarcimento più proporzionato rispetto al valore dei beni*

C'è poi la necessità di un Giudice che recuperi un metro di maggiore proporzionalità con l'illecito che ha davanti, che abbia chiaro quali siano i contenuti e i limiti delle tabelle (i quali riguardano soltanto fatti standard; e comunque mai la lesione di beni diversi dalla salute), che parta dalla dimensione delle lesioni dei beni, dalle circostanze dell'illecito e che proceda all'effettiva personalizzazione del danno. Questa – come di recente ha dovuto ricordare la Cassazione (Sez. III, 6 marzo 2014, n. 5243) –, non significa mera declamazione di voler personalizzare il danno, ma soltanto tener conto delle circostanze del caso concreto, dare conto in motivazione di aver apprezzato le circostanze addotte dal danneggiato, effettuare una liquidazione del danno come riferibile a quel determinato soggetto leso e non ad altro, pur avente la stessa età e la stessa percentuale di invalidità.

Occorre soprattutto recuperare un rapporto di gerarchia tra una lesione e l'altra: ad es. tra salute e dignità della persona. Una breve malattia temporanea può associarsi a fatti dolosi gravissimi sotto il profilo dell'offesa della dignità della persona, come avviene nel *mobbing* o nel demansionamento, dove è evidente che sul piano risarcitorio andrebbe attribuito un valore preminente alla seconda offesa, che non può essere quindi liquidata soltanto con un tot di aumento dell'indennità di temporanea biologica erogata per la malattia. Tanto meno può apparire congrua una valutazione dei danni non patrimoniali da *mobbing* o da demansionamento attraverso il metro della retribuzione, che nulla ha a che fare con la violazione del valore morale di una persona di cui le stesse lesioni sono espressione.

È vero che in Italia non esiste l'istituto dei danni punitivi, ma i

Giudici del lavoro tendono comunque ad assestarsi sempre su cifre esigue anche per lesioni extratabellari ed al più a rapportare ogni valutazione alla retribuzione, anche quanto il bene che viene in gioco è appunto la dignità della persona e non ha natura patrimoniale. Il rischio sotteso all'ancoraggio del danno alla persona (professionalità, *mobbing*) alla retribuzione è di una «patrimonializzazione» della posta risarcitoria, legando la dignità del lavoratore alla sua capacità di produrre reddito.

In materia di proporzionalità monetaria tra risarcimento e gravità dell'offesa, abbiamo avuto un caso di cronaca che fa pensare. Al calciatore Bobo Vieri spiato illegittimamente dalla società di calcio per la quale giocava, il tribunale di Milano, con sentenza 2 settembre 2012, n. 9749, in persona del giudice Spera (che più di altri ha collaborato alla redazione delle tabelle milanesi), dopo aver del tutto escluso qualsiasi profilo di danno biologico e di danno patrimoniale, ha liquidato un danno di 1.000.000 di euro, avendo ritenuto provato, anche in via presuntiva, che dopo «l'apprendimento della notizia» dello spionaggio l'attore ha subito «un'indubbia sofferenza»<sup>9</sup>. Quindi l'unica conseguenza stimata come perdita risarcibile è stata lo stato di ansia dell'attore dopo il fatto (mentre non può essere ritenuta conseguenza, in tale ottica, la durata dell'attività illecita protrattasi per circa 4 anni).

Nell'ambito del nostro settore la morte di una persona per un grave infortunio professionale con indicibili sofferenze aveva portato il Tribunale di Fermo a liquidare 600 euro siccome avvenuta dopo 27 giorni (22 euro al giorno). Per il tribunale di Bologna in sede di rinvio la morte della stessa persona vale 16.200 euro (il criterio corretto sarebbe stato di 600 euro/*die*). La Corte d'Appello di Venezia per una morte di mesotelioma avvenuta dopo nove mesi ha riconosciuto 40.000 euro (150 euro al giorno). La Cass. 16 maggio 2003, n. 7632 ha confermato una pronuncia della Corte d'Appello

<sup>9</sup> Come scrive la sentenza cit. la somma in questione è stata infatti liquidata soltanto perché «Le prove testimoniali hanno comprovato che l'apprendimento della notizia di aver subito una rilevante violazione della propria vita privata ha comportato una indubbia sofferenza». Secondo il giudice «tale circostanza appare del resto *verosimile* in quanto può ritenersi *massima di comune esperienza* che un'indebita intromissione nella propria sfera privata da parte di soggetti estranei, tanto più quando viene effettuata in modo subdolo e con modalità illecite, ingenera nella vittima uno stato di sofferenza».

di Venezia che aveva riconosciuto un danno terminale (di dieci giorni) di euro 31.500 per un ragazzo di 17 anni. Neppure si capisce come possa essere logico e giusto che, nei casi di danno tanatologico pacificamente risarcibile (come per il danno terminale o catastrofe), i Giudici liquidino alla vittima (titolare del diritto poi trasmesso *iure hereditatis*) una cifra minore rispetto a quella che sarebbe o è liquidabile (a seconda che esistano o meno) ai prossimi congiunti per la perdita parentale in base alla tabella. In realtà il danno morale o terminale di chi muore non può mai essere minore di quello liquidabile per chi rimane in vita.

Insomma, in questo settore dei danni bisogna parlare di cause concrete perché il diavolo si nasconde nei dettagli. Se si vuole analizzare una sentenza in materia di danni bisogna scandagliare i dettagli, il gioco di proporzioni operato da chi ha il fascicolo sotto gli occhi e nelle mani e che si dovrebbe riflettere in obbligo di motivazione. Anche se quello vigente non è un sistema che favorisca la riflessione e l'approfondimento.

Si fa strada un Giudice produttivistico che rischia però di essere superficiale e conformista (esemplare in questo senso la modifica dell'art. 429 cod. proc. civ. che prescrive al Giudice, come regola ordinaria, di scrivere subito la motivazione della sentenza e di leggerla alle parti).

### *9. Il danno da demansionamento*

Ed è con lo stesso metodo che vanno riguardate soprattutto le sentenze in materia di demansionamento. Una fattispecie che dà luogo a molte dispute sotto il profilo del danno non patrimoniale in relazione alla natura, allegazione e prova. Qui non vengono in gioco solo problemi lessicali e nominalistici; c'è anche un'altalena interpretativa che occulta difficoltà concettuali di fondo, che neppure quattro sentenze delle Sezioni Unite sono state sufficienti a dipanare (Cass. Sez. Un. n. 6572/2006; n. 25033/2006; n. 26972/2008; n. 8893/2010).

Una babele che però non può servire a nascondere la reale essenza del danno non patrimoniale da demansionamento; la quale, anche sulla scorta della giurisprudenza della Corte costituzionale (sentenze n. 108 del 1989, n. 359 del 2003, n. 113 del 2004), è da ri-



condurre alla professionalità come aspetto inseparabile della personalità e della dignità del lavoratore, tutelate dalla Costituzione. La sua violazione dà luogo perciò ad un'ingiustizia qualificata, che comporta il risarcimento del danno alla persona, secondo il meccanismo della tipicità propugnato dalle Sezioni Unite nel 2008 con le cosiddette sentenze di San Martino.

Le Sezioni Unite avevano provato a mettere ordine nella materia del danno da demansionamento nel 2006, con la sentenza n. 6572. Ma questa sentenza, mentre è da seguire laddove prescrive la necessaria allegazione dell'oggetto della domanda (ovvero del tipo di danno) e delle circostanze da cui dedurlo secondo meccanismi probatori eminentemente inferenziali, risulta eccessivamente schematica e fonte di incongruenze su altri aspetti fondamentali.

Anzitutto laddove ricostruisce il danno non patrimoniale da demansionamento come danno esistenziale, sostenendo che il lavoratore lo debba provare in termini «di scelte di vita diverse da quelle che si sarebbero adottate se non si fosse verificato l'evento dannoso». Si tratta di un'astrazione che non trova riscontro valido nella esperienza della comune realtà, perché il più delle volte il lavoratore demansionato patisce una mortificazione ed una sofferenza sotto il profilo morale, sente offesa la propria personalità e dignità davanti ai colleghi, ai terzi, in famiglia, e non fa quindi nessuna *scelta di vita diversa*.

Tant'è che nel 2008 le Sezioni Unite (sentenza 11 novembre 2008, n. 26972 e ss.) liquidarono questa ricostruzione del danno da demansionamento come esistenziale, operata dalla sentenza n. 6572/2006, sostenendo che fosse stata adottata con «valenza prevalentemente nominalistica, poiché i danni-conseguenza non patrimoniali che vengono in considerazione altro non sono che pregiudizi attinenti alla svolgimento della vita professionale del lavoratore» (aspetto peraltro quest'ultimo che – secondo le precedenti Sezioni Unite del 2006 – avrebbe dovuto riguardare solamente il danno patrimoniale).

Oggi secondo un approccio più realistico, scevro da pregiudizi concettualistici, dovrebbe essere sufficiente ribadire, quanto alla natura del danno da demansionamento, che sotto il profilo non patrimoniale esso discende dalla lesione della personalità del lavoratore e comporta quindi un danno ingiusto risarcibile per definizione, ai sensi dell'art. 2059 cod. civ.

Superato questo scoglio della tipologia del danno non patrimoniale, non meno insidioso nella pratica delle cause rimane l'altro relativo all'allegazione del danno. È questo un altro aspetto dove la sentenza n. 6572/2006 rivela elementi di eccessiva rigidità. Qui le Sezioni Unite dissero che il lavoratore dovesse allegare, cioè lamentare, di aver subito un pregiudizio specificandone la natura e la tipologia (danno alla salute, esistenziale, morale) ed inoltre indicare puntualmente le circostanze «durata, gravità, conoscibilità all'interno ed all'esterno del luogo di lavoro della operata dequalificazione, frustrazione di (precisate e ragionevoli) aspettative di progressione professionale, eventuali reazioni poste in essere nei confronti del datore comprovanti la avvenuta lesione dell'interesse relazionale, gli effetti negativi dispiegati nelle abitudini di vita del soggetto».

Sembrerebbe cioè che per le Sezioni Unite il lavoratore debba per forza di cose dedurre caratteristiche intrinseche ed esterne al fatto di demansionamento, provare specificamente i suoi riflessi interni ed esterni, che possano aiutare il Giudice a risalire all'esistenza del pregiudizio lamentato, inteso non già come danno *in re ipsa* ma come conseguenza dell'illecito.

In realtà, una volta assolta la prova del fatto di demansionamento e l'allegazione della natura non patrimoniale del danno subito, l'onere della prova deve ritenersi assolto (almeno in relazione alla dimensione morale, della sofferenza interiore e dignità delle persona) per presunzioni, attraverso le medesime circostanze relative allo stesso illecito. Dunque, salva la totale omissione dell'allegazione sulla natura del danno, non può esistere in concreto il problema della specificità dell'allegazione nel demansionamento, perché il Giudice dovrebbe valorizzare le stesse circostanze dell'illecito in chiave argomentativa dell'esistenza del danno.

Se un lavoratore sostiene che dalla dimostrata retrocessione o dalla forzata inattività ha tratto un danno all'immagine professionale nella cerchia dei colleghi, o anche soltanto una sofferenza personale sul piano morale, o una lesione della propria dignità ed onore, cosa può o deve dire di più per soddisfare l'onere di allegazione o la prova presuntiva del danno? Non ci sono formule sacramentali da pronunciare. Le stesse circostanze indiziarie da valorizzare non devono essere riferite in ordine logico o secondo cadenze precostituite; il Giudice può trarle da qualsivoglia affermazione contenuta in ricorso, anche se relativa alla fattispecie costitutiva, e non devono

essere ribadite a proposito della prova del pregiudizio. Se si deduce il demansionamento (o la prolungata inattività) ed il fatto è accertato, è impossibile non affermare elementi di fatto «relativi alla qualità e quantità della esperienza lavorativa pregressa, al tipo di professionalità colpita, alla durata del demansionamento, all'esito finale della dequalificazione», perché si tratta per lo più di elementi indispensabili ai fini dell'esistenza della fattispecie. Ma anche degli stessi elementi necessari ai fini della prova del pregiudizio, che però, appunto, non vanno per forza ribaditi. Basta che esistano in qualche punto del ricorso. Ed in qualche punto esistono necessariamente, altrimenti la dequalificazione non potrebbe essere mai affermata; e, anzi, lo stesso ricorso sarebbe molto probabilmente nullo.

Il principio elaborato dalle Sezioni Unite nel 2006 in materia di allegazione specifica del pregiudizio viene invece per lo più seguito in modo ottusamente rigido. Ad esempio la sentenza della Cassazione n. 172/2014, pur dinanzi ad un accertato periodo di *forzata inattività* di un dipendente pubblico dovuta al comportamento illegittimo di un Comune (tale da comportare un danno biologico da *mobbing*), ha ritenuto insussistente il differente danno da demansionamento allegato dal lavoratore *sub specie* di mortificazione morale ed emarginazione professionale. La Cassazione ha sostenuto che mancasse a fondamento della domanda «una specifica allegazione e prova» del pregiudizio, confondendolo però col «danno alla professionalità e cioè all'aspetto della sua prestazione e capacità lavorativa» e sostenendo che il lavoratore non avesse «ad es. provato nessun ostacolo alla progressione di carriera», senza però rispondere all'istanza del lavoratore il quale affermava bensì, anche nel ricorso in Cassazione, che il periodo di inattività subito e l'acclarato comportamento mobizzante messo in atto dal Comune gli avessero necessariamente provocato una sua mortificazione morale ed una sua emarginazione professionale.

Solo in alcuni casi i Giudici procedono in modo più logico e flessibile, come quando dalle circostanze (e dal significato stesso delle parole) sul demansionamento del lavoratore essi ricavano l'allegazione e la prova dei danni. Come, ad esempio, fanno le Sezioni Unite con le sentenze n. 3677/2009 e n. 8893/2010<sup>10</sup>. Nella prima deci-

<sup>10</sup> Paradigmatica la differenza di modello decisorio seguito in due casi identici. In Cass. 3 marzo 2011, n. 5138, il demansionamento esiste attraverso le argomentazioni

sione, la revoca di un incarico dirigenziale provoca un danno da demansionamento come conseguenza oggettiva dell'illecito, addirittura alla stregua di un *fatto notorio*. Nella seconda si afferma che, una volta accertato il demansionamento professionale del lavoratore, il Giudice del merito correttamente può desumere in modo presuntivo l'esistenza del relativo danno «riferendosi alle circostanze concrete della operata dequalificazione»; il danno risarcibile viene identificato negli «aspetti di vissuta e credibile mortificazione derivanti [...] dalla situazione lavorativa in cui si trovò ad operare», secondo una valutazione che si fonda sull'accertamento del nesso causale tra condotta illecita del datore e stato di mortificazione del lavoratore.

Dunque, anche su questo fronte delle allegazioni, oltre che su quello della natura del danno, andrebbero consolidati i passi avanti rispetto alle rigidità che contrassegnavano la pronuncia delle Sezioni Unite n. 6572/2006. E andrebbero confermati i seguenti sviluppi: a) il danno da demansionamento non è normalmente definibile in termini di danno esistenziale (né di danno biologico); b) per la sua allegazione non occorrono circostanze esterne al fatto di demansionamento; c) e non occorre la prova delle scelte di vita diverse; d) non è necessario avere riguardo a fatti diversi dallo stesso demansionamento. È sufficiente anche l'allegazione di una credibile mortificazione derivante dalla situazione lavorativa di demansionamento in cui il lavoratore si trova ad operare e bastano le circostanze concrete della operata dequalificazione. Certamente il danno da demansionamento va ancora allegato nella sua natura e tipologia con valenza descrittiva (morale, biologico, esistenziale), e continua ad essere conseguenza, ma può essere desunto dalle stesse caratteristiche del fatto di demansionamento globalmente valutate. Difficile dire quindi quanto specifica debba essere l'allegazione; dipende dal sentire del singolo magistrato. Ma non è pensabile che un lavoratore, una volta affermato quali siano le concrete circostanze in cui si è verifica-

concatenate secondo cui il passaggio da caposquadra a guardia giurata costituisce un danno perché inevitabilmente pregiudica la posizione di sviluppo di carriera, ma anche il suo prestigio e quindi la persona nei rapporti con i colleghi, essendoci su questo pure «un riscontro semantico di pronta percepibilità»! In un altro identico caso la Cassazione (4 marzo 2011, n. 5237) è invece approdata alla soluzione opposta, anche se in quel giudizio il lavoratore aveva pure specificamente dedotto il danno non patrimoniale (parlando appunto di danno all'immagine professionale), e senza affidarsi alla forza evocativa del linguaggio.

to il demansionamento di cui ha fornito prova e dopo aver allegato di aver patito pregiudizi morali (o alla reputazione, onore, dignità) come conseguenza degli stessi fatti, debba pure specificamente spiegare ad un Giudice in che termini egli ne ha sofferto interiormente, per vedersi riconosciuto il danno.

### *10. Il danno da ritardo nei confronti di enti previdenziali*

Sotto un diverso versante andrebbe affinata la tecnica di protezione risarcitoria del lavoratore nei confronti di enti previdenziali, anche nell'ottica della perdita di *chance*, intesa quale concreta occasione di poter conseguire un determinato risultato favorevole, suscettibile di un'autonoma valutazione economica.

Per risalente giurisprudenza, il diniego illegittimo del diritto a pensione (per errore o per altro motivo) produce un danno risarcibile da inadempimento contrattuale. Ma lo stesso danno non può essere negato quando il mancato riconoscimento del diritto a pensione sia dipeso dall'illegittimo diniego dei presupposti per ottenere una maggiorazione contributiva; come avviene troppo spesso per i lavoratori esposti all'amianto, costretti da INAIL ed INPS ad intraprendere un percorso giudiziario infinito, accidentato e lastricato di ostacoli ed incertezze ed obbligati, nel contempo, a rimanere al lavoro dove avranno *medio tempore* maturato altri contributi che andranno a prendere il posto di quelli che sarebbero stati maturati in virtù della pregressa esposizione, illegittimamente negata. Talché alla fine, se e quando verrà riconosciuto in via giudiziaria, il beneficio contributivo potrebbe servire a poco o addirittura a niente. Dunque in caso di azione in giudizio, il Giudice dovrebbe concedere al lavoratore danneggiato un risarcimento che vanifichi la condotta ed il ritardo dell'ente previdenziale. Esistono precedenti anche di legittimità, perché la Corte di Cassazione (sentenza 10 febbraio 2010, n. 3023) ha convalidato una soluzione simile. In un caso in cui si era verificato un pensionamento ritardato la Cassazione ha riconosciuto il danno non patrimoniale, liquidato equitativamente, per non avere potuto il lavoratore esercitare una legittima scelta di vita; questa, in quel caso, era rappresentata dall'inizio di una nuova attività, ma, all'occorrenza, come nella nostra ipotesi, potrebbe essere rappresentata anche da nessun'attività lavorativa, ossia dal non lavoro, dal diritto all'ozio ed al pensionamento.

Secondo la Corte di Cassazione (sent. n. 3023/2010) infatti il mancato esercizio di una legittima scelta di vita viola la Costituzione ed in particolare i diritti di libertà che costituiscono il fondamento e la base primaria della nostra Carta costituzionale, che dedica agli stessi la parte iniziale recante appunto l'intestazione «diritti fondamentali». Le tesi appena sostenute nei confronti dell'INPS e dell'INAIL sono avallate anche da pronunciamenti provenienti dalla Corte di Cassazione e dal Consiglio di Stato, i quali confermano che il danno procurato dalla pubblica amministrazione al cittadino va sempre risarcito. La prima, con sentenza n. 5120 del 3 marzo 2011, ha confermato che la pubblica amministrazione deve rispondere dei danni procurati al cittadino per atto illegittimo e per i comportamenti tenuti nella fase amministrativa. Ancora più interessante ai nostri fini è la decisione del Consiglio di Stato (Sez. V, n. 1271/2011), che, in relazione allo specifico danno alla salute (alterazione dello stato psichico) per ritardi imputabili alla pubblica amministrazione, ha riconosciuto la responsabilità di un Comune nel risarcimento dei danni derivanti dall'illegittimo ritardo nel rilascio del permesso di costruire richiesto dal privato.

## *11. Conclusione*

Della giustizia si parla troppo spesso come fattore di intralcio in relazione ai problemi che le sue disfunzioni creerebbero alle imprese ed ai loro investimenti. Mentre troppo poco si parla dei problemi che l'ineffettività della giustizia crea ai diritti delle persone ed alle protezioni dei lavoratori.

Il problema del danno – ma non soltanto del danno – è infatti che, mentre vi sono sentenze che provano ad aprire strade nuove ed a costruire tutele più efficaci, tante altre ne chiudono anche di vecchie e già collaudate. Una vera e propria odissea incontrano i lavoratori esposti all'amianto per ottenere la riparazione del danno civile, oltre che una tutela di natura penale e previdenziale (si tratta di ostacoli di varia natura: processuali, competenza, legittimazione passiva, individuazione di regole cautelari, oneri di allegazioni)<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> Vedi R. Rivero, *Viaggio di un lavoratore esposto all'amianto all'interno del pianeta giustizia*, in *Questione Giustizia on line*, 2014.

Ma tante sono le difficoltà anche in materia di demansionamento, danni morali, biologici, alla vita.

Basti osservare che ancora oggi vi sono sentenze che rigettano tutta la domanda azionata *iure proprio* da eredi perché non viene esplicitato in termini differenziali il *quantum* del danno non patrimoniale che si chiede rispetto a quello indennizzabile dall'INAIL: e ciò, pur essendo noto che agli eredi l'INAIL non eroga alcun indennizzo che abbia natura non patrimoniale, avendo la rendita agli eredi una valenza esclusivamente patrimoniale, e pur essendo certo che in ogni caso quello del danno solo differenziale (e dell'esonero del datore per quando assicurato presso l'INAIL) è un limite giuridico che attiene alla fondatezza della domanda e che deve essere fatto valere dal Giudice, anche d'ufficio.

Vengono inoltre rigettate domande di danno avanzate da lavoratori affetti da malattie professionali mentre sono ancora in vita, sostenendo che, dopo le sentenze di San Martino, qualsiasi riparazione (anche di natura morale o esistenziale) sia ricompresa nel danno biologico ed è dunque riparabile dall'INAIL, il cui indennizzo sarebbe assorbente sia del *quantum*, sia della varia tipologia dei pregiudizi.

C'è chi si ostina a non liquidare il danno morale, citando un passo ambiguo delle Sezioni Unite del 2008, e sostiene ancora oggi che esso sia compreso nel danno biologico. Come se dopo il 2008 non fossero state scritte decine, forse centinaia di sentenze per chiarire che il danno morale è categoria normativa distinta ed ha una duplice valenza che ha riguardo sia alla sofferenza soggettiva prodotta dall'illecito, sia all'offesa della dignità della persona.

Il problema dell'effettività della tutela risarcitoria pone a volte questioni tediose; si gioca, più che sui grandi principi, sul calcolo delle poste o su problemi di competenza o sulla «specificità» delle allegazioni (su questioni che a volte rappresentano per il Giudice una sorta di *commodus discensus*). Questioni di parole, di sintassi, di calcoli che rimangono spesso sotto traccia e che dovrebbero interessare invece tutti coloro che hanno interesse a far emergere la giustizia di una soluzione.

Occorre perciò ritornare a parlare di giurisprudenza e di orientamenti giurisprudenziali, perché, pur configurando una tecnica di tutela secondaria – in caso di fallimento dell'obiettivo prioritario della prevenzione del danno e persino del pericolo –, la riparazione

di ogni pregiudizio prodotto al lavoratore è un compito che richiede un nuovo protagonismo giudiziario. E richiede un Giudice sensibile ai valori della Costituzione e delle Carte dei diritti europee, disponibile all'ascolto e che rispetti il dolore delle persone, oltre che cosciente dei propri limiti, oggi sempre più censurabili anche dal controllo delle Corti europee.

Occorre che il nostro settore torni ad essere il terreno di elezione per tutte le problematiche che attengono alla tutela della persona, quello dove si preannunciano nuovi modelli di tutela validi per tutto il mondo del diritto.





**Il danno alla salute della persona del lavoratore.  
Il danno cosiddetto differenziale tra responsabilità civile  
e tutela previdenziale  
di Filippo Aiello\***

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Dalla teoria del rischio professionale alla transazione sociale. – 3. Il diritto sociale previsto dall'art. 38, c. 2 della Costituzione. – 4. L'art. 10 del T.U. n. 1125 del 1965. La regola dell'esonero di responsabilità. – 5. L'art. 13 del d.lgs. n. 38 del 2000. – 6. Il danno differenziale e/o il danno complementare dopo la copertura previdenziale del danno biologico. – 7. Le condizioni di risarcibilità del danno differenziale. – 8. Il tramonto della regola dell'esonero. – 9. Cenni sugli obblighi di protezione e sicurezza. L'art. 2087 cod. civ. – 10. I rischi connessi alle trasformazioni del lavoro: lo stress lavoro-correlato.

*1. Premessa*

Nel panorama delle tecniche risarcitorie operanti nell'ambito delle tutele del lavoro dipendente, caratterizzato da incoerenze e non riconducibile ad unità, lo scenario che si presenta all'interprete in tema di risarcimento del danno alla salute della persona/lavoratore appare contrassegnato da una chiara linea evolutiva che ci ha condotto, infine, ad un ampio sistema di tutele.

Per dare soluzione ad alcuni odierni quesiti, appare necessario esaminare le origini del nostro apparato di tutele, giacché solo in tal modo si potrà prendere posizione su alcuni temi che affaticano gli interpreti e si potrà valutare l'efficacia dissuasiva di una previsione del risarcimento del danno alla salute del lavoratore. Basti pensare che la regola dell'esonero, su cui ruota gran parte del tema in esame,

\* Avvocato in Roma.

è contenuta nella disposizione di cui all'art. 10 del d.p.r. 1124/1965 che, a sua volta, è la riproduzione anastatica della previsione contenuta nel r.d. 1765/1935, emesso in epoca antecedente alla nostra Carta costituzionale<sup>1</sup>.

Dal sistema ottocentesco caratterizzato nei fatti dall'assenza di tutele si è passati ad un primo apparato di tutela sociale costituito da una iniziale forma di assicurazione obbligatoria, favorita da un movimento dottrinale<sup>2</sup> che aveva sviluppato la teoria del *rischio professionale*, cui seguiva l'approdo ad una effettiva *transazione sociale* mediante la *socializzazione* del danno; questa si attuava, via via, con la previsione dell'automaticità delle prestazioni e la costituzione di un unico istituto di assicurazione sociale.

Il sistema subiva un importante mutamento con la previsione contenuta nell'art. 38, c. 2, Cost. con il quale si attuava il definitivo superamento della originaria transazione sociale caratterizzandosi l'intervento sociale con la necessità di assicurare mezzi adeguati alle esigenze di vita del lavoratore in caso di infortunio, malattia e invalidità. Si approdava, invero, ad una concezione solidaristica volta a sollevare il lavoratore dal bisogno generato dall'evento.

Il complesso di tutele veniva riordinato con il Testo Unico del 1965 nel quale era esplicitamente mantenuta la regola dell'esonero di responsabilità per il datore di lavoro. Ma tale apparato di tutele era fondato sul risarcimento del solo danno patrimoniale, cosicché esso subiva uno scossone con l'introduzione della rivisitazione giurisprudenziale del *danno non patrimoniale* e, in particolare, con l'introduzione di una definizione dinamica del danno biologico.

Il necessario adeguamento ai valori costituzionali veniva operato dalla Corte costituzionale, in particolare con tre importanti pronunce del 1991, che invitavano esplicitamente il legislatore ad adeguare il sistema. L'ultima tappa è costituita dalla previsione, nel 2000, di

<sup>1</sup> Per un ampio esame dell'evoluzione della materia, S. Giubboni, *Origini storiche e fondamenti costituzionali della tutela contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali*, in S. Giubboni, G. Ludovico, A. Rossi, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Padova, 2014, pp. 1 ss.; cfr. M. Cinelli, *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, 2013, pp. 2 ss.; cfr. S. Giubboni, *La crisi della regola dell'esonero nell'assicurazione infortuni*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2014, n. 3, p. 273.

<sup>2</sup> Cfr. G. Fusinato, *Gli infortuni sul lavoro e il diritto civile*, in *Riv. it. sc. giur.*, III, 1887, pp. 46 e 181 ss.

un indennizzo erogato dall'INAIL in presenza di un danno biologico patito dal lavoratore.

## 2. Dalla teoria del rischio professionale alla transazione sociale

I primi interventi che hanno segnato il percorso delle tutele in tema di infortuni sul lavoro e malattie professionali sono costituiti dalla legge 8 luglio 1883, n. 1473 e, soprattutto, dalla legge 17 marzo 1898, n. 80 con cui veniva introdotta la prima forma di assicurazione sociale obbligatoria.

Prima di tali interventi ci si trovava di fronte ad una sostanziale immunità del datore di lavoro giacché, in caso di infortunio sul lavoro, trovava applicazione il principio liberale della responsabilità civile per colpa. In particolare, la giurisprudenza faceva applicazione della regola contenuta nell'art. 1151 del codice civile del 1865 («Qualunque fatto dell'uomo che arreca danno ad altri, obbliga quello per colpa del quale è avvenuto, a risarcire il danno»), cosicché erano sformati di tutela gli infortuni cagionati da caso fortuito, forza maggiore e colpa del lavoratore<sup>3</sup>. Questi ultimi, a causa della nascente industrializzazione e non essendovi allora, a carico del datore di lavoro, l'obbligo di protezione e sicurezza, erano, secondo le statistiche dell'epoca, la stragrande maggioranza.

I giuristi dell'epoca elaborarono la *teoria del rischio professionale* volta alla codificazione della *responsabilità per colpa d'impresa*, connotata da una forte carica ideologica, che si fondava sull'osservazione secondo cui «al padrone [...] che dall'intrapresa attende il vantaggio, spetta di sopportare [...] anche le conseguenze degli infortuni avvenuti senza colpa d'alcuno, i quali non potendo dalla preveggenza umana venire evitati, è più equo che, fra i due contraenti, gravino sul padrone piuttosto che sull'operaio»<sup>4</sup>.

In sostanza si raffigurava una regola di responsabilità oggettiva a carico dell'imprenditore per i danni alla salute dei dipendenti fa-

<sup>3</sup> G. Ludovico, *La persona del lavoratore tra risarcimento del danno e tutela dal bisogno: la questione del danno differenziale*, in *Dir. rel. ind.*, 2013, n. 4, p. 1050; L. Gaeta, *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile. Alle origini del diritto del lavoro*, Napoli, 1986, pp. 53 ss.

<sup>4</sup> Così G. Fusinato, *op. ult. cit.*, p. 209. Cfr. S. Giubboni, *Origini storiche...*, cit., p. 7; M. Cinelli, *op. ult. cit.*, p. 31.

talmente connessi al fenomeno della moderna produzione industriale.

Per non contaminare la teoria della sola responsabilità per colpa che permeava il sistema, l'intervento legislativo avveniva sul fronte assicurativo optando per la scelta pubblicistica dell'assicurazione obbligatoria con conseguente esonero del datore di lavoro<sup>5</sup>.

Con la legge n. 80 del 1898, prima legge sociale italiana<sup>6</sup>, veniva adottata per la prima volta una effettiva *transazione sociale* giacché, da un lato, l'operaio vedeva un ristoro dei danni occasionati da infortuni anche se dovuti a forza maggiore, caso fortuito e sua stessa colpa, mediante un indennizzo forfettizzato e, dall'altro lato, l'imprenditore era esonerato da qualsivoglia responsabilità civile<sup>7</sup>; questa residuava in casi eccezionalissimi allorquando fosse intervenuta una condanna penale per reato d'azione pubblica (art. 22, cc. da 1 a 3) o per dolo del danneggiato (art. 23)<sup>8</sup>.

Il sistema veniva perfezionato con l'estensione della tutela al settore agricolo e la previsione del principio di automaticità della prestazione ovvero del beneficio assicurativo per il solo fatto di svolgere attività lavorativa (d.l.lgt. 1450/1917), con l'allargamento della tutela ad un numero chiuso di malattie professionali (r.d. 929/1929) e con l'affidamento ad un ente pubblico del monopolio legale dell'assicurazione degli infortuni (allora INFAL: Istituto Nazionale Fascista per le Assicurazioni degli Infortuni sul Lavoro) con il r.d.l. 264/1933<sup>9</sup>.

Tutto ciò trovava definitiva consacrazione nel r.d. 1765/1935; questo conteneva il Testo Unico in materia e consacrava definitivamente il principio di automaticità della prestazione, che ha costituito la base per la riforma di cui al d.p.r. 1124 del 1965.

<sup>5</sup> S. Giubboni, *op. ult. cit.*, p. 8.

<sup>6</sup> Cfr. L. Barassi, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, SEL, 1917, II, pp. 687 ss.; A. De Matteis, *Assicurazione infortuni: perché non esiste più la regola dell'esonero*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2011, pp. 356.

<sup>7</sup> L'art. 24 della legge 80/1898 recitava: «salvo i casi previsti dall'art. 22, i capi o esercenti di imprese, industrie o costruzioni di cui agli artt. 1 e 6 dopo stipulata l'assicurazione o dopo avere provveduto ai termini degli artt. 17 e 18, restano esonerati dalla responsabilità civile per gli infortuni sul lavoro».

<sup>8</sup> S. Giubboni, *op. ult. cit.*, p. 13.

<sup>9</sup> *Ivi*, pp. 16 ss.

### 3. Il diritto sociale previsto dall'art. 38, c. 2, della Costituzione

Con l'art. 38, c. 2, Cost. la tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e per le malattie professionali acquista un nuovo fondamento che trova radici nel principio solidaristico che permea la nostra carta fondamentale<sup>10</sup>.

La tutela previdenziale perde il fondamento costituito dalla teoria del rischio professionale (come rischio proprio dell'impresa) che l'aveva generata e viene giustificata dal riconoscimento del diritto sociale fondamentale del lavoratore, consacrato dalla norma costituzionale citata (art. 38, c. 2: «I lavoratori hanno diritto che siano previduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità...»).

L'infortunio e la malattia professionale vengono individuati nella Carta costituzionale quali eventi generatori di un bisogno socialmente rilevante cui deve far fronte lo Stato. In tal modo trova fondamento costituzionale la tutela previdenziale privilegiata del rischio professionale, non più dell'impresa ma del lavoratore, inteso quale mero ambito di applicazione individuato dagli eventi contemplati nella disposizione costituzionale.

In tal senso si è espressa la Corte costituzionale<sup>11</sup> affermando che oggetto della tutela previdenziale non è la pericolosità dell'attività considerata, ma il rischio cui è soggetto il lavoratore nello svolgimento dell'attività lavorativa.

Il distacco dalla teoria del rischio professionale quale rischio d'impresa (che permeava il sistema originato dalla legge n. 80/1898) e l'adeguamento al nuovo sistema di tutela costituzionale si sono avuti con una ulteriore decisione della Corte costituzionale<sup>12</sup>; con questa veniva eliminato il sistema tabellare chiuso di tutela delle malattie professionali, ammettendosi alla tutela tutte le malattie di cui poteva provarsi la causa di lavoro.

Un'ulteriore conferma di tale prospettazione viene dalla Corte di Giustizia che, con la pronuncia 22 gennaio 2002, causa C-218-2000,

<sup>10</sup> M. Cinelli, *Sicurezza sociale*, in *Enc. dir.*, 1990, XLII, pp. 499 ss.

<sup>11</sup> Corte cost. 2 marzo 1991, n. 100, in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 1115; Corte cost. 19 gennaio 1995, n. 17, in *Lav. prev. oggi*, 1995, p. 815.

<sup>12</sup> Corte cost. 179/1988, in *Giur. cost.*, 1988, I, p. 639; cfr. A. De Matteis, *op. ult. cit.*, p. 357; F. Agostini, *La tutela delle malattie professionali dopo la sentenza della Corte costituzionale del 18 febbraio 1988*, n. 179, in *Riv. giur. lav.*, 1988, III, pp. 3 ss.

occasionata dal rinvio pregiudiziale da parte del Tribunale di Vicenza che dubitava della legittimità del monopolio INAIL, ha riconosciuto la funzione di carattere esclusivamente sociale assolta dalla tutela indennitaria<sup>13</sup>.

#### *4. L'art. 10 del T.U. n. 1125 del 1965. La regola dell'esonero di responsabilità*

La prima riforma organica della materia, realizzata con il d.p.r. 30 giugno 1965, n. 1124 non era andata oltre un perfezionamento del sistema costituito dal precedente Testo Unico contenuto nel r.d. 1765/1935.

In particolare gli artt. 10 e 11 del T.U. del 1965 riproponevano integralmente gli artt. 4 e 5 del r.d. 1765/1935.

Cosicché l'art. 10 del d.p.r. n. 1124/1965 ha disegnato un sistema di tutele che sembra espressione della ormai annullata funzione transattiva dell'assicurazione obbligatoria, con la previsione:

- a) al c. 1, della regola dell'esonero dalla responsabilità civile per il datore di lavoro («L'assicurazione a norma del presente decreto esonera il datore di lavoro dalla responsabilità civile per gli infortuni sul lavoro»);
- b) al c. 2, dell'eccezione alla regola dell'esonero («Nonostante l'assicurazione predetta permane la responsabilità civile a carico di coloro che abbiano riportato condanna penale per il fatto dal quale l'infortunio è derivato»);
- c) ai cc. 6 e 7, nei casi in cui l'esonero non opera, della possibilità di azione da parte del lavoratore per il danno eccedente l'importo delle indennità previdenziali («Non si fa luogo a risarcimento qualora il giudice riconosca che questo non ascende a somma maggiore dell'indennità che, per effetto del presente decreto, è liquidata all'infortunato o ai suoi aventi diritto. Quando si faccia luogo a risarcimento, questo è dovuto solo per la parte che eccede le indennità liquidate a norma degli articoli 66 e seguenti»)<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Cfr. sul punto S. Giubboni, *op. ult. cit.*, p. 38.

<sup>14</sup> P. Scognamiglio, *Il danno differenziale rispetto alla prestazione dell'INAIL*, in *Mass. giur. lav.*, 2011, n. 4, pp. 258 ss.

Il primo intervento della Corte costituzionale si è avuto nel 1967<sup>15</sup> nella direzione dell'espansione della responsabilità civile del datore di lavoro, modificando la regola secondo cui il datore stesso era responsabile per l'infortunio derivato da reato, riconosciuto da sentenza penale, commesso dai soli incaricati della direzione o sorveglianza del lavoro<sup>16</sup>.

Un ulteriore intervento della Corte costituzionale si è avuto negli anni ottanta del secolo scorso, allorchando è stata smontata la regola della pregiudizialità penale per l'azione di risarcimento del danno del lavoratore<sup>17</sup>.

Nonostante ciò, il sistema manifestava una sua tenuta, giacché fondato su un'ottica di natura patrimonialistica concentrata sulla capacità lavorativa generica. In sostanza l'indennizzo, sotto forma di rendita, era previsto dall'art. 74 del T.U. n. 1124/1965 per la perdita o la riduzione permanente dell'attitudine al lavoro, sicché raramente venivano promosse in giudizio richieste di risarcimento di danni ulteriori rispetto a quanto previsto dalla tutela previdenziale.

Le novità introdotte dalla definizione, nell'area della generale responsabilità civile, di nuove tipologie di lesione e la scomposizione del risarcimento in differenti voci di danno (in particolare il danno biologico, il danno morale e il danno esistenziale) hanno generato uno squilibrio fra il sistema indennitario a carico dell'INAIL e il principio di integrale risarcimento del danno patito<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> Cfr. Corte cost., 9 marzo 1967, n. 22, in *Foro it.*, 1967, I, p. 685, con nota di De Cupis, che ha dichiarato l'incostituzionalità della regola contenuta nel terzo comma dell'art. 10 del d.p.r. n. 1124, trasferendo su tale disposizione la pronuncia emessa sull'art. 4 del r.d. 1765/1935.

<sup>16</sup> Affermando la responsabilità del datore di lavoro anche per fatto-reato commesso da qualunque compagno di lavoro di cui egli dovesse rispondere ex art. 2049 cod. civ. La stessa sentenza dichiarava l'incostituzionalità del quinto comma dell'art. 10 nella parte in cui consentiva al Giudice civile di accertare incidentalmente il fatto-reato soltanto nell'ipotesi di estinzione dell'azione penale per morte dell'imputato o per amnistia e non anche per prescrizione del reato.

<sup>17</sup> Corte cost. 30 aprile 1986, n. 118, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del c. 5 dell'art. 10 cit. nella parte in cui non consentiva che l'accertamento del fatto di reato potesse essere compiuto dal Giudice civile anche nel caso in cui, non essendo stata promossa l'azione penale nei confronti del datore di lavoro o di un suo dipendente, vi fosse un provvedimento di archiviazione ovvero il procedimento si fosse concluso con proscioglimento in sede istruttoria.

<sup>18</sup> G. Ludovico, *L'oggetto della tutela*, in S. Giubboni, G. Ludovico, A. Rossi, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Padova, 2014, pp. 168 ss.



La Corte costituzionale è, quindi, intervenuta con tre importanti sentenze<sup>19</sup> con cui sollecitava il legislatore ad ampliare la copertura assicurativa ed estrometteva il danno biologico dall'area dell'esonero di responsabilità sancito nell'art. 10, cc. 6 e 7, cit., esonero che riguardava a quel punto esclusivamente pregiudizi di natura patrimoniale, basandosi sul principio per cui «il danno biologico va risarcito in modo integrale e non limitabile»<sup>20</sup>.

Sino all'intervento con il quale il legislatore ha, quindi, allargato la tutela previdenziale anche al danno biologico, si era creata una situazione di inapplicabilità della regola dell'esonero alle richieste di risarcimento del danno biologico (e delle altre voci di danno riferibili al danno non patrimoniale); queste richieste, soggiacendo alle generali regole e, principalmente, all'art. 1218 cod. civ.<sup>21</sup>, erano estranee alla regola dell'esonero, che a tal punto riguardava esclusivamente l'area del pregiudizio di natura patrimoniale<sup>22</sup>.

### 5. L'art. 13 del d.lgs. n. 38 del 2000

Con l'art. 55, c. 1, lett. s, della legge n. 144/1999, il Parlamento delegava il Governo a prevedere «un'idonea copertura e valutazione indennitaria del danno biologico»; con l'art. 13 del d.lgs. n. 38 del 2000<sup>23</sup> si dava attuazione alla delega ponendo il danno biologico al centro del sistema previdenziale di tutela per gli infortuni e le tecnopatie e innestando nel sistema pubblicistico previsto dall'art. 38, c. 2, Cost. una tutela volta a realizzare l'art. 32 Cost.

<sup>19</sup> Corte cost., 15 febbraio 1991, n. 87; Corte cost., 18 luglio 1991, n. 356; Corte cost., 27 dicembre 1991, n. 485. In dottrina v. A. Andreoni, *Il danno biologico nel sistema INAIL e nella responsabilità civile*, in *Riv. giur. lav.*, 1991, III, p. 144.

<sup>20</sup> Cfr. G. Ludovico, *La persona del lavoratore...*, cit., pp. 1050 ss.; M. Cinelli, *Diritto della previdenza sociale*, cit., pp. 508 ss.

<sup>21</sup> M. Casola, *Esonero da responsabilità del datore di lavoro e conseguenze processuali in tema di danno differenziale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, I, p. 101.

<sup>22</sup> S. Giubboni, *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile*, in S. Giubboni, G. Ludovico, A. Rossi, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Padova, 2014, p. 387.

<sup>23</sup> M. Casola, *op. ult. cit.*, p. 115; L. La Peccerella, *Il danno alla persona tra indennizzo e risarcimento*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2008, I, n. 1, pp. 69 ss.; A. Andreoni, *L'azione del lavoratore per il risarcimento del danno biologico*, *ivi*, 2001, n. 6; D. Poletti, *Danni alla persona e infortuni sul lavoro (con osservazioni sul funzionamento della riforma INAIL)*, *ivi*, 2004, I, pp. 938 ss.; G. Ludovico, *La persona del lavoratore...*, cit., p. 1053.

In sostanza, con l'art. 23 del d.lgs. n. 38, si è determinato, in applicazione dell'art. 32 Cost., un nuovo parametro del bisogno sociale richiamato dall'art. 38, c. 2, cit.

La disposizione, la prima a contenere una definizione del danno biologico, sebbene solo ai fini della tutela dell'assicurazione obbligatoria in parola, quale «lesione all'integrità psicofisica, suscettibile di valutazione medico legale, della persona», sostituisce la vecchia rendita prevista dall'art. 66, c. 1, n. 2, T.U. 1124/1965 (art. 13, c. 2, d.lgs. n. 38).

È noto che l'art. 13 in discorso prevede un sistema di prestazioni variabili a seconda della gravità della menomazione. Si stabilisce che non vi è alcuna prestazione per menomazioni di grado pari o inferiore al 5%, un indennizzo in capitale per le menomazioni di grado pari o superiore al 6 per cento ed inferiore al 16 per cento, un indennizzo in rendita per le menomazioni di grado pari o superiore al 16 per cento nella misura indicata nell'apposita «Tabella indennizzo danno biologico» emanata con il d.m. 12 luglio 2000.

La disposizione non contiene un meccanismo di rivalutazione automatica della Tabella, cosicché il legislatore ha disposto un primo aumento solo con l'art. 1, c. 23, della legge 24 dicembre 2007, n. 247, nella misura dell'8,68% a decorrere dal 1° gennaio 2008. Successivamente, in occasione dell'emanazione della legge di stabilità 2014 (legge 27 dicembre 2013, n. 147), si è previsto, «in attesa della introduzione del meccanismo di rivalutazione automatica degli importi indicati nella Tabella indennizzo danno biologico», un ulteriore aumento che è stato fissato con il decreto interministeriale del 14 febbraio 2014 nella misura del 7,57%.

Inoltre, per le menomazioni di grado pari o superiore al 16% la rendita deve imputarsi, in parte, alle conseguenze di natura patrimoniale.

### *6. Il danno differenziale e/o il danno complementare dopo la copertura previdenziale del danno biologico*

Con la fattispecie di *danno differenziale*, di origine dottrinale e giurisprudenziale e priva di definizione legislativa, si dà risposta alla richiesta, del lavoratore danneggiato, di ottenere l'integrale ri-

storo del pregiudizio patito a seguito di infortunio sul lavoro o tecnopatia<sup>24</sup>.

Infatti, le prestazioni previdenziali risentono dei limiti di bilancio e forniscono una prestazione certa ma di contenuto limitato rispetto all'integrale risarcimento del danno sotto un profilo sia quantitativo, che qualitativo, essendovi ambiti privi di tutela previdenziale o per i quali la tutela è inferiore al ristoro integrale.

Sotto un profilo qualitativo (cosiddetto danno complementare) vengono in rilievo le voci di danno estranee all'oggetto dell'assicurazione, ad esempio le menomazioni di grado inferiore al 6%, il danno patrimoniale differenziale per il quale resta possibile agire nei confronti del datore di lavoro avvalendosi della presunzione di cui agli artt. 1218 e 2087 cod. civ., inoltre il danno biologico invocato *iure proprio* dai superstiti; mentre è dubbia la possibilità di comprendervi anche il danno morale e il danno esistenziale alla luce dei principi enunciati dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (nn. 26972, 26973, 26974 e 26975 del 2008), che hanno ricondotto ad unità il composito universo dei danni risarcibili<sup>25</sup>.

### *7. Le condizioni di risarcibilità del danno differenziale*

A seguito dell'intervento legislativo del 2000 sono emerse alcune posizioni fra loro contrastanti in ordine alle condizioni di risarcibilità del danno differenziale.

Una prima posizione, espressa da alcune pronunce di merito, nega la sussistenza del danno differenziale ritenendo che il lavoratore infortunato non possa più rivolgersi al datore di lavoro per ottenere il risarcimento del danno biologico, avendo legittimazione solo nei confronti dell'INAIL al fine di ottenere una tutela rapida e sicura, sia pure di carattere meramente indennitario<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> Cfr. G. Ludovico, *La persona del lavoratore...*, cit., p. 1055. V. pure P. Scognamiglio, *Il danno differenziale rispetto alla prestazione dell'INAIL*, in *Mass. giur. lav.*, 2011, n. 4, pp. 258 ss.

<sup>25</sup> Cfr. D. Chindemi, *Il «danno differenziale» dopo le sentenze di San Martino*, in *Altalex.it*.

<sup>26</sup> In tal senso Trib. Palermo 18 dicembre 2007, inedita a quanto consta (citata da P. Scognamiglio, *Il danno differenziale...*, cit.); Trib. Vicenza, 3 giugno 2004, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, II, p. 356 con nota di F. Rossi; Trib. Torino, 22 ottobre 2003, inedita a quanto consta).

Tale posizione è, evidentemente, frutto di una visione del sistema di tutele caratterizzato dalla funzione transattiva definitivamente superata dall'apparato solidaristico introdotto dalla Carta costituzionale. D'altra parte vi è un dato testuale: il richiamo ad opera dell'art. 13, c. 11, d.lgs. 38/2000 delle disposizioni del T.U. n. 1124/1965 riconduce alle regole di cui all'art. 10 del T.U. n. 1124 che prevedono il risarcimento del danno da parte del datore per la parte che eccede le indennità liquidate dall'INAIL (dapprima ai sensi degli artt. 66 e seguenti del T.U. cit. oggi sostituite dall'indennizzo di cui all'art. 13 del d.lgs. n. 38/2000).

Una differente posizione ha affermato la configurabilità del danno differenziale nell'ambito dei limiti e dalle condizioni previste dall'art. 10 del T.U. 1124/1965, ritenendo che anche con l'art. 13 del d.lgs. 38 cit. si sia rinnovato il patto transattivo originario cui consegue l'affermazione della regola dell'esonero come principio cardine del sistema di tutele apprestate.

La conseguenza è che, secondo tale prospettiva, si porrebbe a carico del lavoratore un onere di allegazione e prova aggravato rispetto alla generalità dei danneggiati che agiscono in un'ottica contrattuale, giacché il presupposto dell'esonero è costituito, ai sensi dell'art. 10 cit., dalla sussistenza della illiceità penale (per fatto-reato addebitabile al datore di lavoro – o ai suoi ausiliari – di cui risponde *ex artt. 1228 e 2049 cod. civ.*).

Secondo tale tesi il lavoratore dovrebbe dedurre e provare tutti gli elementi costitutivi della responsabilità penale, ovvero: la prova della colpa ed il nesso causale, nonché gli standard di certezza probatoria secondo la regola di cui all'art. 533, c. 1, cod. proc. pen. (*al di là di ogni ragionevole dubbio*). Mentre, in una prospettiva civilistica, egli fruirebbe delle presunzioni di cui agli artt. 1218 e 2087 cod. civ. con l'ulteriore considerazione che, per il nesso causale, sarebbe sufficiente che l'evento sia *più probabile che non*, giacché la regola probatoria che governa la ricostruzione del nesso causale nella prospettiva civilistica – secondo la giurisprudenza consolidata di legittimità – è quella della preponderanza dell'evidenza (cfr. Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 576; Cass. 20 ottobre 2014, n. 22225)<sup>27</sup>.

Quindi per la prova della colpa penale gli approdi giurispruden-

<sup>27</sup> R. Rivero, *Esiste ancora l'esonero del datore di lavoro dalla responsabilità civile dell'art. 10 del T.U. 1124/1965?*, in *Lav. giur.*, 2008, pp. 1083 ss.

ziali consentirebbero al lavoratore di affrontare tale onere anche con il richiamo alla violazione della sola misura di prevenzione generica<sup>28</sup>, sicché anche dalla sola violazione dell'obbligo di cui all'art. 2087 cod. civ. potrebbe trarre origine il titolo di responsabilità del datore di lavoro. Ma ciò che allarma di tale impostazione è la necessità di raggiungere uno standard di prova di stampo penalistico in tema di responsabilità, poiché la differenza tra la regola della prova «oltre il ragionevole dubbio» nel sistema penale e la regola della preponderanza dell'evidenza o «del più probabile che non» applicata nel sistema civile trova esclusivo fondamento nella diversità dei valori in gioco nel processo penale tra accusa e difesa, di fronte all'equivalenza dei valori di cui sono portatrici le parti contendenti nel processo civile.

Tale equivalenza verrebbe alterata dall'introduzione di una posizione deteriore in capo al lavoratore, che subirebbe un pregiudizio al suo diritto di difesa in virtù di una regola di esonero che trova fondamento in una norma formatasi in epoca antecedente all'emanazione della Carta costituzionale che ha rivoluzionato il sistema di tutela in esame.

### *8. Il tramonto della regola dell'esonero*

La soluzione a tale questione è offerta dalla Cassazione che, muovendosi in un'ottica permeata dal superamento dell'obsoleta concezione del patto sociale transattivo e valutando la differenza ontologica fra le prestazioni previdenziali e la tutela risarcitoria, ha stabilito<sup>29</sup> che la responsabilità *ex art.* 2087 cod. civ. è di carattere contrattuale, in quanto il contenuto del contratto individuale di lavoro risulta integrato (ai sensi dell'art. 1374 cod. civ.) dalla disposizione che impone l'obbligo di sicurezza e lo inserisce nel sinallagma contrattuale, sicché il riparto degli oneri probatori nella domanda di danno differenziale da infortunio sul lavoro si pone negli stessi termini che nell'art. 1218 cod. civ. sull'inadempimento delle obbligazioni. Ne consegue che il lavoratore deve allegare e provare l'esistenza dell'obbligazione lavorativa, del danno e il nesso causale di

<sup>28</sup> Secondo Cass. 19 settembre 2012, n. 15715, in essa sono insiti gli estremi della colpa penale di cui all'art. 41 cod. pen.

<sup>29</sup> Cfr. Cass. 14 aprile 2008, n. 9817; Cass. 17 febbraio 2009, n. 3788.

questo con la prestazione, mentre il datore di lavoro deve provare che il danno è dipeso da causa a lui non imputabile e cioè di avere adempiuto al suo obbligo di sicurezza, apprestando tutte le misure per evitare il danno<sup>30</sup>.

La tesi è stata confermata dalla successiva giurisprudenza di legittimità<sup>31</sup>. Nell'ambito dell'azione proposta dal lavoratore infortunato *ex art. 2087 cod. civ.* è necessario che costui dimostri il danno e la sua riconducibilità al titolo negoziale limitandosi ad allegare l'inadempimento del datore di lavoro, spettando all'imprenditore l'onere di dimostrare il proprio adempimento o che l'inadempimento è dovuto a causa a lui non imputabile.

Tale orientamento giurisprudenziale conferma come la rilevanza costituzionale del diritto alla salute ed all'integrale risarcimento del suo pregiudizio contenuto nell'art. 32 Cost. non possa subire limitazioni dalla regola dell'esonero del datore contenuta nell'art. 10 del T.U. n. 1124/1965; questa regola costituisce un precetto obsoleto che proviene da troppo lontano affinché possa sopravvivere integro alle mutate condizioni imposte dall'avvento della Carta costituzionale.

Inoltre la sopravvivenza di tale regola appare ancor più insostenibile alla luce della giurisprudenza sia costituzionale, sia di legittimità, che ha ricomposto nell'art. 2059 cod. civ. l'intera fattispecie del danno non patrimoniale<sup>32</sup> superando i vincoli che quella norma imponeva alla sua risarcibilità se letta esclusivamente accostandola all'art. 185 cod. pen.<sup>33</sup>. Ebbene appare certamente opportuna – ove necessaria – un'interpretazione analogica dell'art. 10 cit. con l'estensione a tale disposizione della regola dell'esenzione dalla condizione penale.

Sembra utilizzabile, quindi, una rilettura dell'art. 10 del T.U. n. 1124 che segua la proposta interpretativa formulata in dottrina secondo cui il c. 2 della disposizione va letta come se dicesse che permane la responsabilità civile per danno non patrimoniale in caso di colpa penale ovvero di lesione di diritti inviolabili della persona costituzionalmente protetti<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> M. Casola, *Esonero da responsabilità del datore di lavoro ...*, cit., p. 101.

<sup>31</sup> Cfr. Cass. 26 marzo 2012, n. 4804; Cass. 3 agosto 2012, n. 13956; Cass. 19 settembre 2012, n. 15715; Cass. 29 gennaio 2013, n. 2038.

<sup>32</sup> Cfr. D. Chindemi, *Il «danno differenziale»...*, cit., pp. 8 ss.

<sup>33</sup> Cfr. Cass. 12 maggio 2003, n. 7281, n. 7282, n. 7283; Corte cost. 12 dicembre 2003, n. 356.

<sup>34</sup> A. De Matteis, *Assicurazione infortuni...*, cit., p. 375.

Ma una conferma testuale di tale tesi proviene dalla lettura della previsione di cui all'art. 26, c. 4, del d.lgs. 81/2008, ove si disciplina la responsabilità solidale dell'imprenditore committente con l'appaltatore ed i vari subappaltatori per i danni patiti dai dipendenti di questi ultimi in occasione di un infortunio sul lavoro o a causa di una tecnopatia.

In tal caso la disposizione precisa che il committente è responsabile in solido per il risarcimento di tutti i danni per i quali il lavoratore non risulti indennizzato dall'INAIL senza alcun esonero.

Alla luce di tale disposizione apparirebbe anomalo che il committente possa essere convenuto in giudizio per rispondere secondo le regole di cui agli artt. 1218 e 2087 cod. civ., mentre per il responsabile principale sia applicabile una protezione dalla responsabilità. Del resto ai sensi dell'art. 1299 cod. civ. il committente condannato secondo le regole anzidette potrebbe agire in via di regresso verso il responsabile principale senza vedersi opporre alcuna eccezione di esonero.

Anche per tali ultime considerazioni sembra che la regola dell'esonero sia definitivamente tramontata dal panorama della responsabilità per infortunio sul lavoro o per malattia professionale.

### *9. Cenni sugli obblighi di protezione e sicurezza. L'art. 2087 cod. civ.*

In questa sede è possibile solo accennare all'enorme portata della disposizione di cui all'art. 2087 cod. civ. che costituisce, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, una «norma di chiusura del sistema antinfortunistico estensibile a situazioni ed ipotesi non ancora espressamente considerate e valutate dal legislatore al momento della sua formulazione»<sup>35</sup>.

Per costante giurisprudenza, costituisce ormai *jus receptum* che la responsabilità conseguente alla violazione dell'art. 2087 cod. civ. ha natura contrattuale, perché – come già ricordato – il contenuto del contratto individuale di lavoro risulta integrato per legge dalla predetta disposizione che impone l'obbligo di sicurezza, il quale entra così a far parte del sinallagma contrattuale<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> Cass., 6 settembre 1988, n. 5048.

<sup>36</sup> Cfr. Cass. 23 aprile 2008, n. 10529; Cass. 25 maggio 2006, n. 12445.

Inoltre, la mancata previsione di una specifica misura preventiva di sicurezza non esclude che il datore di lavoro debba adottare quella generica di prudenza, diligenza ed osservanza delle norme tecniche e di esperienza, giacché la misura specifica è meramente rafforzativa della seconda<sup>37</sup>.

Un ulteriore punto fermo nell'elaborazione giurisprudenziale è costituito dall'esonero dalla responsabilità del datore di lavoro solo in presenza di un *rischio elettivo*, ovvero allorquando si verifichi una deviazione, puramente arbitraria ed animata da finalità personali, dalle normali modalità lavorative, che comporta rischi diversi da quelli inerenti agli usuali modi di esecuzione della prestazione.

Tale genere di rischio, secondo la giurisprudenza di legittimità<sup>38</sup>, si connota per il simultaneo concorso dei seguenti elementi: a) presenza di un atto volontario ed arbitrario, ossia illogico ed estraneo alle finalità produttive; b) direzione di tale atto alla soddisfazione di impulsi meramente personali; c) mancanza di nesso di derivazione con lo svolgimento dell'attività lavorativa. Soltanto se nella condotta del lavoratore siano, in concreto, rinvenibili tutti tali elementi essa si può considerare idonea a comportare l'esonero totale del datore di lavoro da ogni responsabilità rispetto all'infortunio. Al contrario se l'incidente si sia verificato per *colpa esclusiva o concorrente del lavoratore*, tale situazione *non esclude la responsabilità del datore di lavoro*.

### *10. I rischi connessi alle trasformazioni del lavoro: lo stress lavoro-correlato*

Essendo partito da molto lontano è opportuno riequilibrare l'intervento con uno sguardo ai nuovi fenomeni che caratterizzano nuove frontiere di protezione della salute dei lavoratori.

Le grandi trasformazioni del lavoro e la sua crescente terziarizzazione hanno spostato l'attenzione della prevenzione dei rischi dall'attività fisica a quella psichica<sup>39</sup>.

L'Osservatorio europeo dei rischi, costituito nell'ambito dell'A-

<sup>37</sup> Cfr. Cass., 23 giugno 1986, n. 4171.

<sup>38</sup> Cfr. Cass. 14 ottobre 2014, n. 21647.

<sup>39</sup> L. Calafà, *Il diritto del lavoro e il rischio psico-sociale (e organizzativo) in Italia*, in *Lav. dir.*, 2012, p. 257.



genza europea per la sicurezza e la salute, ha evidenziato che lo stress correlato al lavoro è ormai causa di oltre la metà delle giornate di lavoro perse ogni anno<sup>40</sup>.

La regolamentazione del fenomeno è stata definitivamente apprestata con la previsione contenuta nell'art. 28 del d.lgs. n. 81/2008 con cui viene imposta la valutazione del rischio collegato «allo stress lavoro-correlato, secondo i contenuti dell'accordo europeo dell'8 ottobre 2004, e quelli riguardanti le lavoratrici in stato di gravidanza, secondo quanto previsto dal decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, nonché quelli connessi alle differenze di genere, all'età, alla provenienza da altri Paesi e quelli connessi alla specifica tipologia contrattuale attraverso cui viene resa la prestazione di lavoro»<sup>41</sup>.

L'Accordo europeo dell'8 ottobre 2004 – ripreso integralmente dall'Accordo interconfederale del 9 giugno 2008 – introduce, al punto 3, una nozione di *stress lavoro-correlato* che contiene, in sintesi, queste nozioni:

- a) lo stress è conseguenza del fatto che taluni individui non si sentono in grado di corrispondere alle richieste o alle aspettative riposte in loro;
- b) l'individuo è in grado di sostenere un'esposizione di breve durata alla tensione, che può essere considerata positiva, ma ha maggiori difficoltà a sostenere un'esposizione prolungata ad una pressione intensa;
- c) lo stress non è una malattia ma una situazione di prolungata tensione, può ridurre l'efficienza sul lavoro, può determinare un cattivo stato di salute e cambiamenti nel comportamento;
- d) lo stress lavoro-correlato può essere causato da fattori diversi come il contenuto del lavoro, l'eventuale inadeguatezza nella gestione dell'organizzazione del lavoro e dell'ambiente di lavoro, carenze nella comunicazione, ecc.

<sup>40</sup> Cfr. Agenzia europea per la salute e la sicurezza sul lavoro, *OSH in figures: stress at work-fact and figures*, 2009, p. 20. Le attività dell'Agenzia e dell'Osservatorio europeo dei rischi è consultabile nel sito web: <https://osha.europa.eu/it/riskobservatory>.

<sup>41</sup> In generale v.: R. Nunin, *La prevenzione dello stress lavoro-correlato. Profili normativi e responsabilità del datore di lavoro*, Trieste, 2012; A. Antonucci, M. Lepore (a cura di), *Lo stress lavoro-correlato ed i rischi psico-sociali*, in *Bollettino speciale ADAPT*, 2009, n. 16; AA.VV., *Stress e lavoro. Atti del Convegno di Roma, 7-8 giugno 2011*, in *Mass. giur. lav.*, n. 1-2, 2012; E. Menegatti, *Stress lavoro-correlato e responsabilità risarcitoria del datore di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2014, I, pp. 972 ss.

Nel successivo c. 1-*bis* dell'art. 28 del d.lgs. n. 81, si prevede l'emissione, da parte della Commissione consultiva permanente per la salute e sicurezza del lavoro, di indicazioni e metodologie necessarie per operare una corretta valutazione preventiva del relativo rischio.

La Commissione ha fornito le proprie indicazioni delineando un procedimento in due fasi. Dapprima, il rilevamento di indicatori oggettivi e verificabili riferiti ad *eventi sentinella* (indici infortunistici, assenze per malattia, lamentele formalizzate da parte dei lavoratori ecc.), nonché fattori di contenuto del lavoro (ambiente di lavoro, attrezzature, carichi e ritmi di lavoro, orario di lavoro e turni) e fattori di contesto del lavoro (autonomia decisionale e controllo, conflitti interpersonali, sviluppo di carriera). In tale fase è previsto l'ascolto dei lavoratori o, almeno, di un campione rappresentativo e degli RLS.

Se da tale fase emergono fattori di rischio, il datore di lavoro dovrà procedere all'indagine della percezione soggettiva dei lavoratori mediante questionari ed interviste.

Da tale quadro emerge che il datore di lavoro, il quale esegua correttamente la valutazione del rischio da stress lavoro-correlato, potrà essere ritenuto adempiente all'obbligo, contenuto nell'art. 2087 cod. civ., di adottare 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.

Cosicché il lavoratore che lamenti una situazione di stress imputabile al datore di lavoro dovrà, necessariamente, allegare e dimostrare – nel ricondurre eziologicamente la situazione dannosa al titolo dell'obbligazione – la nocività dell'ambiente lavorativo ovvero la presenza di indicatori oggettivi e verificabili non valutati dal datore di lavoro o, in presenza di questi, l'insufficienza delle misure adottate<sup>42</sup>.

Qualora il lavoratore allegli e dimostri tali circostanze unitamente alla situazione di stress, egli potrà chiedere al Giudice l'ordine di apprestare rimedio alle carenze organizzative del datore di lavoro esigendo l'adempimento della prestazione riguardante l'obbligo di protezione e sicurezza<sup>43</sup>.

Riguardo alle conseguenze dannose risarcibili si deve osservare che lo stress non è una malattia, bensì un fattore che, se prolungato, può condurre ad uno stato patologico.

<sup>42</sup> E. Menegatti, *Stress lavoro-correlato...*, cit., p. 988.

<sup>43</sup> *Ibidem*.

Sicché residuerebbe, secondo un'opinione dottrinaia, solo una situazione di pericolo potenzialmente lesiva ma di per sé non risarcibile perché priva di conseguenze patologiche medicalmente accertabili.

È stato però osservato<sup>44</sup> che la nozione di salute cui occorre far riferimento, nel definire il diritto fondamentale consacrato nell'art. 32 Cost. è quella contenuta nelle disposizioni positive che originano dalle indicazioni dell'OMS secondo cui «La salute è uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale e non semplicemente l'assenza di malattia e di infermità». Tale nozione è ripresa dal d.lgs. c.p.s. 4 marzo 1947, n. 1068 e dall'art. 2, c. 1, lett. o, d.lgs. n. 81/2008, sicché la sua lesione, qualora ecceda quei pregiudizi esclusi dall'area della risarcibilità dalla nota giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione<sup>45</sup> ovvero non siano futili e vadano oltre i meri fastidi, disagi, disappunti, potrà essere oggetto di risarcimento.

Infatti il richiamo contenuto nell'Accordo europeo dell'8 ottobre 2004 ai *cambiamenti nel comportamento* evoca la nozione di danno esistenziale quale componente del danno non patrimoniale come elaborato dalla giurisprudenza di legittimità; esso consiste nello sconvolgimento dell'esistenza che si sostanzia nello sconvolgimento delle abitudini di vita, con alterazione del modo di rapportarsi agli altri nell'ambito della comune vita di relazione – sia all'interno che all'esterno del nucleo familiare –, ed in fondamentali e radicali scelte di vita diversa. Esso, come detto, in presenza della prova della nocività dell'ambiente, potrà essere oggetto di risarcimento.

<sup>44</sup> *Ivi*, p. 990.

<sup>45</sup> Cfr. Cass. civ., Sezioni Unite, 11 novembre 2008, n. 26972.

**Alla ricerca della dissuasività.**  
**Il difficile percorso di affermazione dei principi**  
**dell'Unione in tema di danno non patrimoniale**  
**da discriminazione**  
*di Lisa Amoriello\**

SOMMARIO: 1. – Le indicazioni a livello UE e il diritto positivo interno. I riflessi sull'onere della prova e sui criteri di liquidazione. – 2. Panoramica giurisprudenziale. – 3. I condizionamenti della struttura del processo.

*1. Le indicazioni a livello UE e il diritto positivo interno.*  
*I riflessi sull'onere della prova e sui criteri di liquidazione*

È noto che le varie direttive UE di diritto antidiscriminatorio impongono agli Stati membri di predisporre una tutela avverso le discriminazioni che sia connotata da requisiti di effettività, dissuasività e proporzionalità. È altrettanto noto che le direttive si limitano ad indicare gli obiettivi cui gli atti di implementazione debbano essere intesi, lasciando invece ai singoli Stati, ciascuno portatore di proprie e peculiari tradizioni giuridiche, ampia libertà sui mezzi e le forme attraverso le quali perseguire il risultato.

Non v'è dubbio, per quanto si dirà, che i requisiti di dissuasività, proporzionalità ed effettività non riguardino soltanto la tutela complessivamente intesa, ma debbano coesistere, nello specifico, in *ciascuno degli strumenti* che compongono l'apparato rimediale, e dunque non solo quelli a contenuto inibitorio e ripristinatorio, ma anche quelli, laddove previsti, a carattere risarcitorio. Il che, sul piano interno, certamente è foriero di criticità, attesa la tradizionale refrattarietà dell'ordinamento civilistico a dare accesso a nozioni di ri-

\* Dottore di ricerca in Relazioni di lavoro internazionali e comparate presso l'Università di Modena e Reggio Emilia.

sarcimento del danno che non siano meramente compensative<sup>1</sup> del pregiudizio subito (e, sul piano della prova, concretamente dimostrato<sup>2</sup>) dall'attore.

Su tutte, v. Cass., Sezioni Unite, 24 marzo 2006, n. 6572, in tema di lesione alla dignità professionale cagionata da un demansionamento, ma con formulazioni di principio aventi portata ben più generale: «In altri termini la forma rimediale del risarcimento del danno opera solo in funzione di neutralizzare la perdita sofferta, concretamente, dalla vittima, mentre l'attribuzione ad essa di una somma di denaro in considerazione del mero accertamento della lesione, finirebbe con il configurarsi come somma-castigo, come una sanzione civile punitiva, inflitta sulla base del solo inadempimento, ma questo istituto non ha vigenza nel nostro ordinamento»<sup>3</sup>.

Che il risarcimento del danno, nell'ottica del legislatore eurounitario assolve, fra le altre, anche una funzione dissuasivo-punitiva, lo si può evincere dalle indicazioni delle direttive 2000/43 in tema di razza ed origine etnica e 2000/78 sui fattori religione, età, handicap, orientamento sessuale, convinzioni personali, che, rispettivamente agli artt. 15 e 17, espressamente inseriscono il risarcimento del danno fra le *sanzioni*<sup>4</sup>. Nello stesso senso può leggersi l'art. 18 della di-

<sup>1</sup> V. invece, per alcune aperture dottrinali ad ulteriori funzioni del danno, G. Bonilini, *Il danno non patrimoniale*, Milano, Giuffrè, 1983, pp. 297 ss.; A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 173 ss.; A. Donati, *Danno non patrimoniale e solidarietà*, Padova, Cedam, 2004, p. 82; C. Salvi, *La responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, pp. 37 ss.; C. Scognamiglio, *Danno morale e funzione deterrente della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, pp. 2485 ss.; E. Navarretta, *Funzioni del risarcimento e quantificazione dei danni non patrimoniali*, in *Responsabilità civile*, 2008, p. 505; P.G. Monateri, D. Gianti, L. Siliquini Cinelli, *Danno e risarcimento*, in *Trattato sulla responsabilità civile* (diretto da P.G. Monateri), Torino, Giappichelli, 2013.

<sup>2</sup> V., esemplificativamente, Cass. 11 agosto 1998, n. 7905; Cass. 19 marzo 1999, n. 2561; Cass. 4 giugno 2003, n. 8904; Cass. 18 novembre 2003, n. 16792; Cass. 28 maggio 2004, n. 10361.

<sup>3</sup> Per un'approfondita riflessione sulla tradizionale e paradossale difficoltà del diritto del lavoro nell'affrontare la tematica del risarcimento del danno alla persona del lavoratore e sui condizionamenti che ne sono derivati al diritto antidiscriminatorio «di prima generazione» v. R. Del Punta, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2006, pp. 195 ss.

<sup>4</sup> F. Malzani, *Mobbing e tutela penale. Alla ricerca di convergenze parallele*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2009, pp. 625 ss., in particolare *sub nota* 11, nonché A. Guariso, *Ancora sulle conseguenze del comportamento discriminatorio: nodi irrisolti anche dopo il d.lgs. 5/10*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2009, p. 976.

rettiva 2006/54 che, in materia di genere, richiede l'introduzione di misure necessarie per garantire un indennizzo o una riparazione reali ed effettivi, tali cioè da essere dissuasivi e proporzionati al danno subito, vietando al contempo la definizione a priori di massimali, fatta eccezione per l'ipotesi in cui il datore di lavoro riesca a dimostrare che l'unico danno derivante al lavoratore dalla condotta discriminatoria sia stato rappresentato dal rifiuto di prendere in considerazione la sua domanda<sup>5</sup>.

Dal quadro sin qui sommariamente tratteggiato, letto alla luce del principio del primato del diritto comunitario, si può derivare che le norme di diritto interno poste in applicazione del diritto antidiscriminatorio di matrice UE che impedissero il realizzarsi di una tutela risarcitoria, oltre che effettiva e proporzionata, anche dissuasiva, dovrebbero considerarsi non correttamente trasposte – poiché la violazione riguarderebbe l'*obiettivo* stesso perseguito dalla direttiva<sup>6</sup> – e analogamente dovrebbe ritenersi per gli orientamenti giurisprudenziali intesi a negare cittadinanza, nella specifica materia, alla peculiare nozione di danno in discorso, con riferimento al dovere di interpretazione conforme che si impone al giudice nazionale<sup>7</sup>.

Anche la Corte di Giustizia UE non ha mancato di pronunciarsi sul punto, per esempio nella sentenza 2 aprile 2013, causa C-81/12, *Asocia ia Accept c. Consiliul Na ional pentru Combaterea Discrimin rii*, in tema di discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale, precisando in relazione ai principi della direttiva 2000/78 che, per tutte

<sup>5</sup> Sulla non conformità ai principi comunitari in tema di discriminazioni di genere del massimale risarcitorio, v. anche Corte Giust. 2 agosto 1993, C-271/91, *Marshall c. Southampton South West*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, II, p. 3.

<sup>6</sup> In questo senso non pare condivisibile la ricostruzione di A. Guariso, *I provvedimenti del giudice*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, 2007, p. 603, secondo il quale l'introduzione di una tutela risarcitoria con funzione dissuasiva rappresenterebbe per gli Stati membri una mera facoltà e non un vincolo: il risarcimento è certamente solo uno dei possibili mezzi di tutela, ma una volta designato e prescelto dallo Stato membro come specifico strumento rimediabile in attuazione della direttiva, non v'è dubbio che debba assolvere le funzioni richieste da quest'ultima. In questo senso parrebbe anche Corte Giust., 22 aprile 1997, C-180/95, *Draehmpaehl c. Urania Immobilienservice ohg*, in *Lav. giur.*, 1997, p. 639, con nota di D. Izzi.

<sup>7</sup> In generale, sul dovere di interpretazione conforme, v. le sentenze Corte Giust. 10 aprile 1984, *Von Colson e Kamann*, C-14/83, punti 26 e 28; 13 novembre 1990, *Marleasing*, C-106/89, punto 8; 10 marzo 2005, *Nikoloudi*, C-196/02, punto 73, e 28 gennaio 2010, *Uniplex (UK)*, C-406/08, punti 45 e 46.

le misure che il diritto nazionale deve contemplare *ex art. 17* (e dunque ciò vale anche per il rimedio risarcitorio) «una sanzione meramente simbolica non può essere considerata compatibile con un'attuazione corretta ed efficace della direttiva».

Si pone allora il problema di verificare se e con quale grado di adesione le normative interne di diritto antidiscriminatorio abbiano recepito le indicazioni europee sulle caratteristiche che deve avere il danno, e quale sia l'atteggiamento della giurisprudenza rispetto a tali indicazioni.

Occorre innanzitutto ricordare che dal punto di vista interno la risarcibilità del danno non patrimoniale derivante da una condotta discriminatoria trova espresso fondamento *ex lege*; in ogni caso, attenendo la discriminazione alla lesione di un bene immateriale riferibile a diritti fondamentali della persona tutelati a livello primario e superprimario – segnatamente quello alla *dignità* che intitola anche il Capo I della Carta di Nizza, poi recepita dal Trattato di Lisbona – si tratta di fattispecie riconducibile sotto l'ombrello protettivo della lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 cod. civ. (artt. 2, 3, 4, 32 Cost.)<sup>8</sup>, secondo l'impostazione inaugurata da Cass. nn. 8827/2003 e 8828/2003, poi seguita da Cass. nn. 7181, 7182 e 7183/2003 e validata da Corte Cost. n. 233/2003, nonché, più recentemente da Cass. civ., Sezioni Unite, 11 novembre 2008, n. 26972 (in *Nuova giurisprudenza civile*, 2009, I, p. 102, con nota di E. Navarretta, G. Ponzanelli).

Si vedano, per la risarcibilità *ex lege*, il d.lgs. 286/1998, nella parte relativa all'azione civile contro le discriminazioni per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi (art. 44, comma 7), il d.lgs. n. 215/2003 di attuazione della direttiva 2000/43 sulla parità di trattamento in materia di razza ed origine etnica (art. 4, comma 4), il d.lgs. 216/2003 di implementazione della direttiva 2000/78 relativa ai fattori religione, età, handicap, convinzioni personali, orientamento sessuale (art. 4, comma 4); il d.lgs. 145/2005 posto in attuazione della diret-

<sup>8</sup> Per precedenti sul piano normativo, v. l'art. 2, comma 1, legge 117/1988 con il riconoscimento dei danni anche non patrimoniali cagionati nell'esercizio di funzioni giudiziarie e della responsabilità civile dei magistrati, l'art. 2, comma 1, legge 89/2001 sull'equa riparazione in caso di violazione del principio della ragionevole durata del processo, con la correlata modifica dell'art. 373 cod. proc. civ., l'art. 29, comma 9, legge 675/1996 (poi art. 15, comma 2, d.lgs. 196/2003) sulla lesione alla privacy derivante da modalità illecite di trattamento dei dati personali.

tiva 2002/73 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, che ha inserito la risarcibilità del danno non patrimoniale ai commi 9 e 10 dell'art. 4 legge 125/1991 (v. art. 2, comma 1, lett. *d* ed *e*) e all'art. 15, comma 1, legge 903/1977 (v. art. 3, comma 2) e, successivamente, il d.lgs. 198/2006, recante il cosiddetto «Codice delle pari opportunità tra uomo e donna» (artt. 37, comma 3, e 38, comma 1); la legge 67/2006 nella parte relativa all'azione civile contro le discriminazioni per ragioni di disabilità (art. 3, comma 3). Il riferimento più recente è contenuto nel d.lgs. 150/2011, che nel quadro della semplificazione dei riti civili ha assoggettato al rito sommario di cognizione le controversie in materia di discriminazione di cui all'articolo 44 d.lgs. 286/1998, quelle di cui all'art. 4 d.lgs. 215/2003 e all'art. 4 d.lgs. 216/2003, quelle di cui all'art. 3 legge 67/2006, e quelle di cui all'articolo 55-*quinquies* d.lgs. 198/2006 e che, all'art. 28, ha ribadito la facoltà, per il giudice, di condannare il convenuto, con l'ordinanza che definisce il giudizio, al risarcimento del danno anche non patrimoniale.

All'interno delle disposizioni citate, il possibile fondamento di una connotazione anche dissuasiva del rimedio risarcitorio può rinvenirsi nella formulazione degli artt. 4, comma 5, d.lgs. 215/2003 e 4, comma 6, d.lgs. 216/2003, oggi abrogati<sup>9</sup>, ma ripresi nel contenuto che qui interessa dall'art. 28, comma 6, d.lgs. 150/2011, che prevede che il giudice tenga conto, nella liquidazione del danno, del fatto che l'illecito possa aver costituito una *ritorsione* ad una precedente attività del soggetto leso volta ad ottenere il rispetto del principio di parità di trattamento. Come è stato efficacemente rilevato<sup>10</sup>, poiché è difficilmente sostenibile che il danno provocato da una discriminazione per ritorsione sia di per sé maggiore di quello cagionato da una condotta identica, ma perpetrata per ragioni non ritorse, evidentemente il maggiore apprezzamento richiesto al giudice deriva dal riconoscimento di una funzione del danno eminentemente sanzionatoria e non semplicemente compensativa.

<sup>9</sup> V., rispettivamente, art. 34, comma 33, lett. *b*, ed art. 34, comma 34, lett. *b*, d.lgs. 150/2011.

<sup>10</sup> V. A. Guariso, *I provvedimenti del giudice*, cit., p. 603, nonché, *ivi*, L. Curcio, *Le azioni in giudizio e l'onere della prova*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., p. 542.



Ma, a ben vedere, la prospettiva dissuasiva risulta implicita negli stessi tratti distintivi assunti nel nostro ordinamento dall'azione collettiva degli organismi portatori dell'interesse leso dalla discriminazione (che, nell'ambito della tutela del fattore-genere è demandata alla consigliera di parità e riveste addirittura carattere «pubblico»). Il che può assumere particolare significato laddove si consideri che l'introduzione di un'azione giudiziaria a carattere collettivo non è affatto istituito necessitato dalle direttive<sup>11</sup>, sul punto dovendosi forse, al contrario, ritenere che il legislatore italiano abbia provveduto autonomamente a colmare vistose lacune della disciplina comunitaria.

Come noto, l'ipotesi nella quale l'azione collettiva è in grado di dispiegare più pienamente la propria incisività è quella della discriminazione indiretta, in particolare nei confronti di un gruppo nel quale non siano immediatamente individuabili le vittime: si tratta del caso di discriminazione più «sistemico» e forse dell'unico davvero potenzialmente lesivo di tutti i membri della comunità presa a riferimento<sup>12</sup>. Addirittura, per i fattori diversi dal genere, quello in esame parrebbe l'unico caso possibile di operatività dell'azione collettiva, stante la (criticabile) formulazione letterale di cui all'art. 5, ultimo comma, del d.lgs. 215/2003 e del d.lgs. 216/2003, che sembra escludere le discriminazioni di gruppi di soggetti nominati<sup>13</sup>.

Non è dubitabile che, con riferimento a qualsiasi fattore di discriminazione esaminato dalle disposizioni, l'organismo che propone l'azione collettiva possa richiedere il risarcimento del danno non patrimoniale (per una casistica si rimanda a quanto *sub* § 2).

<sup>11</sup> A meno che non si voglia leggere implicitamente la sussistenza dell'obbligo dalle disposizioni che impongono, anche con riferimento alle discriminazioni indirette, la necessità di sanzioni proporzionate, efficaci e dissuasive, ma il percorso pare francamente arduo.

<sup>12</sup> Così F. Amato, *Azione individuale ed azione collettiva*, in M. Barbera (a cura di), *La riforma delle istituzioni e degli strumenti delle politiche di pari opportunità*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2003, p. 760. Per alcune considerazioni sulla nozione di azione collettiva in un'ipotesi non di genere v., recentemente, S. Borelli, *Il diritto antidiscriminatorio nella vicenda FIAT/Fabbrica Italia Pomigliano (FIP) - FIOM*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2012, pp. 369 ss., criticando la nota ordinanza di Trib. Roma, III Sezione Lavoro, 21 giugno 2012 sul caso Fabbrica Italia Pomigliano S.p.A./FIOM CGIL Nazionale.

<sup>13</sup> Per osservazioni sul tema, v. L. Curcio, *Le azioni in giudizio e l'onere della prova*, cit., p. 544.

L'ipotesi così congegnata, evidentemente, si pone in contrasto con un'idea del risarcimento meramente riparatoria; è peraltro evidente che, nominati o meno che siano i soggetti del gruppo, il danno non patrimoniale – come del resto l'azione collettiva in sé – rivesta qui un ruolo che trascende la sommatoria dell'interesse dei singoli, e sia strumentale alla stessa affermazione del principio di uguaglianza sostanziale. La ricostruzione ha certamente trovato conferma in giurisprudenza, in particolare da quando Cass., Sezione VI pen., 16 aprile 2009, n. 16031 (in *Notiziario di giurisprudenza del lavoro*, 2009, p. 305) ha ritenuto ammissibile la costituzione di parte civile nel processo penale *ex art. 74 cod. proc. pen.* della consigliera regionale di parità *jure proprio* come soggetto danneggiato dal reato, in un caso di maltrattamenti perpetrati da un preposto del datore ai danni di una collettività (individuata) di lavoratrici, con ciò riconoscendo che il danno risarcibile attraverso l'azione collettiva possa identificarsi con il pregiudizio agli scopi istituzionali dell'ente e all'azione di contrasto delle discriminazioni che esso si propone. Il che, per venire a ciò che qui interessa, conclama l'assoluta indeterminatezza dei risvolti risarcitori della vicenda discriminatoria, elemento certamente non irrilevante sotto il profilo della dissuasività<sup>14</sup>.

Le considerazioni che precedono mi pare peraltro conducano verso un ulteriore arricchimento della funzione del danno rispetto a quella dissuasiva o afflittiva nei confronti del singolo autore dell'illecito, e cioè verso un'idea addirittura *general-preventiva* e deterrente rivolta alla collettività dei consociati, specialmente nei casi nei quali alla misura risarcitoria si accompagni quella – parimenti prevista da numerose disposizioni di diritto antidiscriminatorio<sup>15</sup>, ma non ancora sufficientemente valorizzata<sup>16</sup> – della pubblicazione della decisione a spese del convenuto soccombente su un quotidiano a tiratura nazionale.

<sup>14</sup> Sulla funzione dissuasiva del danno *ex art. 37*, comma 3, d.lgs. n. 198/06 O. La Tegola, *Parità e non discriminazione per ragioni di genere*, in F. Carinci, A. Pizzoferrato (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, Torino, Utet, 2010, pp. 460 ss.

<sup>15</sup> V., in origine, l'art. 4, comma 6, d.lgs. n. 215/2003, e l'art. 4, comma 7, d.lgs. n. 216/2003, ed ora l'art. 28, comma 7, d.lgs. n. 150/2011.

<sup>16</sup> Per alcune considerazioni sulle peculiari funzioni della pubblicazione, sia consentito rinviare a L. Amoriello, *La discriminazione di genere nella fase di accesso al lavoro alle dipendenze della pa*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2010, II, p. 1063.

Sul piano delle conseguenze del nostro discorso sulla dissuasività, non è poi chi non veda come il superamento della tradizionale chiusura al danno sanzionatorio consenta di rivedere le impostazioni sin qui prevalenti sulla necessità di una prova in concreto del danno non patrimoniale come conseguenza dell'illecito, in aggiunta alla necessaria dimostrazione, a monte, della sussistenza di una discriminazione vietata.

Il tema meriterebbe ben altri approfondimenti, ma in sostanza, laddove il lavoratore ricorrente abbia dimostrato, anche attraverso i noti meccanismi di agevolazione, di aver subito un trattamento differenziale deteriore e la sussistenza di un collegamento fra quel trattamento e l'appartenenza al fattore vietato (in assenza di prova – stavolta a carico del datore – della presenza di una causa di giustificazione o di un'ipotesi derogatoria ai sensi della disciplina di riferimento o, a seconda delle ricostruzioni, di una ragione alternativa lecita), il risarcimento del danno non patrimoniale dovrebbe essere liquidato senza necessità di prova di fatti ulteriori e diversi rispetto a quelli che sono serviti a circostanziare la discriminazione, che è per definizione atto lesivo della dignità umana – umiliante a prescindere, verrebbe da dire – e risarcibile per espressa volontà di legge. Del resto, di quali fatti ulteriori e diversi, esterni alla discriminazione, chi si asserisce vittima sarebbe tenuto a fornire dimostrazione, è rimasta tuttora l'incognita, avendo mostrato tutta la loro artificiosità, nella materia in discorso, quelle ricostruzioni giurisprudenziali sul danno non patrimoniale tendenti ad imporre a chi propone la domanda di rappresentare lo specifico tipo di pregiudizio immateriale subito in termini di alterazione delle relazioni personali, di stravolgimento delle abitudini di vita, o di malessere psichico o fisico, e la sua qualificazione (esistenziale, morale, ecc.). Quest'ultima essendo, a mio avviso, solo apparentemente superata dall'approccio «unitario» di Cass. civ., Sezioni Unite, 11 novembre 2008, n. 26972, cit., comunque pregevole sotto il diverso profilo della valorizzazione della possibilità di una prova presuntiva del danno non patrimoniale.

La liquidazione non può essere che equitativa<sup>17</sup>, ma proprio l'osservanza del principio di dissuasività dovrebbe condurre a spostare

<sup>17</sup> Per una generale trattazione sul tema, v. L.A. Scarano, *La quantificazione del danno non patrimoniale*, Torino, 2013.

l'attenzione dalle sole conseguenze prodotte nella sfera giuridica della vittima alla persona del responsabile<sup>18</sup> e (per il combinato disposto con il principio di proporzionalità) alle caratteristiche della condotta, e al suo livello di antigiuridicità, in relazione alla quale potranno influire elementi come la rilevanza penale, la durata o la reiterazione, l'eventuale plurioffensività dei comportamenti, il grado di responsabilità/colpevolezza o di adesione psicologica dell'autore che, totalmente irrilevante ai fini dell'integrazione della fattispecie, sarebbe qui destinato a riacquisire importanza primaria. Non da ultimo, l'eventuale arricchimento, anche in termini di contenimento di costi, che questi abbia tratto dall'illecito<sup>19</sup>.

## 2. *Panoramica giurisprudenziale*

Le pronunce giurisprudenziali che si sono susseguite sui temi oggetto del presente scritto, anche se con alcune recenti e significative adesioni ai principi comunitari di cui si dirà, non sono ancora pienamente soddisfacenti in ordine all'accoglimento della prospettiva dissuasivo-sanzionatoria, e men che meno di quella general-preventiva.

Si registrano casi di liquidazione del danno non patrimoniale irrisoria, e dunque di scarsa o nulla efficacia deterrente, anche a fronte di casi di gravi discriminazioni a carattere collettivo, per i quali valga, su tutte, Trib. Varese 2 luglio 2008<sup>20</sup>; casi di discutibile interpretazione della funzione del rimedio risarcitorio, e delle finalità delle azioni collettive, come quello della nota ordinanza *ex art. 28* d.lgs. 150/2011, pur di estremo rilievo sotto diversi altri profili, di Trib.

<sup>18</sup> Nello stesso senso v. A. Guariso, *Il diritto antidiscriminatorio tra solennità dei principi e modestia dei rimedi*, nota a Trib. Varese 2 luglio 2008, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2008, pp. 947 ss. Sulla necessità di non demandare unicamente al giudice l'individuazione di rimedi sufficientemente dissuasivi v. dello stesso Autore, *Ancora sulle conseguenze del comportamento discriminatorio: nodi irrisolti anche dopo il d.lgs. 5/10*, cit., pp. 975 ss.

<sup>19</sup> Sul punto paiono condivisibili le conclusioni di P.G. Monateri, D. Gianti, L. Siliquini Cinelli, *Danno e risarcimento*, cit., p. 146: «[...] vi è una funzione preventiva, dissuasiva, deterrente e punitiva, e come tale sociale, della r.c., dalla quale in nessun caso è consentito astrarre. Per muoversi coerentemente in questa direzione è necessario riformulare un coerente statuto della r.c. capace di coordinare in modo efficiente l'ingiustizia del danno, i criteri di imputazione e le diverse modalità del danno risarcibile».

<sup>20</sup> Già citata *sub n. 18*, cui si rinvia per i riferimenti.

Roma, III Sezione Lavoro, 21 giugno 2012 sul caso Fabbrica Italia Pomigliano S.p.A./FIOM CGIL Nazionale, ove a fronte dell'accertata discriminazione verso l'intera collettività dei lavoratori ex FIAT iscritti alla FIOM<sup>21</sup> il danno non patrimoniale è stato liquidato soltanto ai 19 membri del gruppo rappresentati in giudizio tramite espressa delega al sindacato ricorrente, sulla base dell'assunto che «la volontà di agire da costoro manifestata costituisce prova sia della consapevolezza della discriminazione, sia del turbamento d'animo ad essa conseguente», per poi essere addirittura disconosciuto del tutto in secondo grado da App. Roma [ord.] 19 ottobre 2012 (in *Foro it.*, 2013, I, p. 1674, con nota di M. Militello) sia perché non sarebbe stato ritenuto provato in concreto il pregiudizio, sia perché, a detta della Corte, ad altri strumenti l'art. 28 demanderebbe la funzione dissuasiva e punitiva (sanzione penale e decadenza da specifici benefici), ma non al risarcimento del danno, che sarebbe connotato unicamente da finalità «riparatoria per equivalente» della lesione.

Sulla quantificazione in via equitativa emerge spesso la tendenza, che pare in dissonanza con la funzione dissuasiva, sia a trascurare la valutazione della condotta del soggetto agente che a parametrare la liquidazione sulla valutazione economica dell'occasione perduta dalla vittima: v. Trib. Prato, 10 settembre 2010 (v. i riferimenti *sub* n. 16) che, in un caso di lavoratrice discriminata da un ente pubblico all'atto della sottoscrizione di un contratto a termine con il rifiuto all'assunzione determinato dallo stato di gravidanza, ha commisurato la liquidazione all'importo delle retribuzioni che sarebbero state percepite nel caso in cui il rapporto fosse stato attivato negando peraltro la sussistenza di un interesse alla pubblicazione del provvedimento; in caso analogo, ma relativo a fattispecie di contratto a tempo indeterminato presso un datore di lavoro privato, App. Milano, 17 giugno 2009 (in *Rivista critica di diritto del lavoro privato e pubblico*, 2009, pp. 975 ss., con nota di A. Guariso), l'importo è stato calibrato sulla retribuzione di un'annualità come percepita da lavoratrice assunta con la stessa selezione dell'esclusa.

Per una pronuncia di interesse sui criteri di quantificazione, si veda Trib. Varese, sez. Luino, 23-27 aprile 2012 n. 31 (in *www.persona edanno.it*), relativo ad una fattispecie di aggressione violenta per ra-

<sup>21</sup> V. anche *sub* n. 12.

gioni razziali, che dopo aver disposto (per altro con corposa «personalizzazione») il risarcimento del danno biologico, ha condannato gli autori al risarcimento del danno non patrimoniale da discriminazione (più precisamente: per il pregiudizio all'«identità culturale e personale») ritenendolo meritevole di autonoma liquidazione, e determinandolo in misura pari a quella relativa al danno alla salute; da evidenziare, per ciò che qui interessa, il passaggio nel quale la pronuncia ha dato conto degli elementi presi in considerazione per la determinazione: «la modalità del fatto, la preordinazione dell'illecito; l'odiosa ostentazione delle finalità razziali; il fatto che l'offesa sia avvenuta in 'gruppo', con modalità aggressive, quindi, in cui la vittima era nella totale signoria degli aguzzini; il tipo di lesioni inferte (al capo), indicative di una intenzione esplicita ed espressa nel senso di cagionare i danni poi effettivamente provocati».

Per esempi di valorizzazione dell'azione collettiva e di liquidazione del danno non patrimoniale *jure proprio* all'organismo rappresentativo dell'interesse leso, si veda Trib. Bergamo [ord.] 6 agosto 2014, n. 791 (in [www.unar.it](http://www.unar.it)) che ha stabilito la discriminatorietà – *sub specie* di discriminazione diretta *ex art. 2, comma 1, lett. a, d.lgs. 216/2003* – delle dichiarazioni rese da un noto avvocato nel corso di un'intervista rilasciata in un programma radiofonico, e consistenti nella reiterata affermazione di non voler assumere nel proprio studio avvocati, altri collaboratori e/o lavoratori omosessuali. La pronuncia si segnala per aver espressamente qualificato il danno liquidato all'associazione ricorrente per i diritti *LGBT* come «sanzione», per aver affermato l'ammissibilità del risarcimento all'ente anche nei casi in cui non vi siano vittime identificabili, per il richiamo agli indirizzi UE sulla non conformità di liquidazioni simboliche, per l'associazione della misura risarcitoria con l'ordine di pubblicazione della pronuncia ai fini di un risultato «adeguatamente dissuasivo». La decisione è stata confermata integralmente da App. Brescia, 11 dicembre 2012 (in [www.studiodirittielavoro.it](http://www.studiodirittielavoro.it)), recante, fra l'altro, un interessante approfondimento della nozione di «interesse collettivo» valevole ai fini dell'art. 5, d.lgs. 215/2003.

Ed ancora, Trib. Pistoia 8 settembre 2012 (in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2013, I, p. 25, con nota di R. Del Punta), confermata da App. Firenze 11 luglio 2013, n. 968 (in *RGL*, 2014, n. 4, pp. 624 ss., con nota di D. IZZI), che ha liquidato il danno non patrimoniale sia alle singole ricorrenti che all'Ufficio della consigliera di parità

*jure proprio* in una causa avente ad oggetto molestie sessuali da parte del datore a danno di una collettività di lavoratrici (non tutte immediatamente individuabili), oltre a vari illeciti gestionali.

Sulla posizione della consigliera risaltano i significativi importi liquidati a titolo di danno non patrimoniale *jure proprio*, gli approfonditi richiami alla funzione dissuasiva richiesta a livello sovranazionale, e l'efficace connubio fra il rimedio risarcitorio e quello ripristinatorio – individuato nell'obbligo per il datore di notifica della pronuncia a tre lavoratrici rimaste fuori dal processo, ma i cui nominativi erano emersi in istruttoria, con l'avvertenza della facoltà di agire per il ristoro dei danni –, ma forse ancor prima la stessa ammissibilità dell'azione collettiva nel caso di atti di *molestia sessuale*, non ancora definitivamente data per scontata dalla dottrina, soprattutto con riferimento a casi di vittime non individuate<sup>22</sup>. Di interesse, in punto di prova del danno alla dignità personale, il passaggio nel quale il Tribunale ha ritenuto che – affermata l'astratta risarcibilità derivante dalla previsione *ex lege* – gli oneri incombenti sulle attrici dovessero considerarsi limitati all'affermazione ed alla dimostrazione delle molestie sessuali, peraltro rivelatesi nel caso di specie reiterate e commesse nell'ambito di rapporti di lavoro apparentemente precari e quindi in una condizione di speciale vulnerabilità delle persone offese<sup>23</sup>.

Sul piano dei criteri equitativi di liquidazione alle due ricorrenti, avvenuta in misura differente, la pronuncia di primo grado è altresì interessante per l'implicita ma evidente considerazione, fra i vari criteri di personalizzazione, del diverso regime di protezione dei vincoli lavorativi, con il riconoscimento di un risarcimento del danno non patrimoniale nettamente superiore alla lavoratrice non in

<sup>22</sup> V. L. Lazzeroni, *Molestie e molestie sessuali: nozioni, regole, confini*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., p. 404.

<sup>23</sup> Di rilievo, in relazione alle considerazioni sull'onere della prova contenute *sub* § 1 del presente scritto, la considerazione secondo la quale: «[...] Le condotte *de quibus* infatti, come sopra descritte, realizzano condizioni di fatto obiettivamente idonee a determinare nelle destinatarie delle condotte medesime, se non necessariamente l'insorgenza di una condizione qualificabile come malattia, comunque la causazione di una sofferenza la cui esistenza nell'*an* è immediatamente apprezzabile in dipendenza della natura dei beni lesi e delle caratteristiche della violazione (secondo una regola di giudizio non diversa da quella di cui si fa abitualmente uso per legare una sofferenza personale ad un lutto)».

grado di invocare, per essersi volontariamente dimessa, la tutela reintegratoria *ex art. 18 St. lav.*

In conclusione della presente, molto sommaria, casistica, occorre segnalare Cass. 30 dicembre 2014, n. 27481 (*in www.personaedanno.it*), una delle più recenti decisioni in materia di stipulazione abusiva di contratti a termine nella pubblica amministrazione, che ha compiuto affermazioni di principio di fondamentale importanza sui temi sin qui affrontati, dichiarando espressamente di aver attinto analogicamente ai principi UE in tema di discriminazione per ciò che concerne sia i connotati che la prova del danno non patrimoniale. La pronuncia ha tratto origine dal ricorso promosso da una lavoratrice a termine della Regione Val d'Aosta avverso la sentenza della Corte d'Appello di Torino che, sia pure confermando l'illegittimità dei contratti stipulati dalla ricorrente, in accoglimento dell'appello dell'amministrazione, aveva riformato il capo della sentenza di primo grado con la quale il Tribunale aveva condannato la Regione al risarcimento del danno corrispondente a 20 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, ritenendo che nessuna deduzione/allegazione fosse stata fornita in merito al danno patito. Il giudice di legittimità, con un espresso richiamo al dovere di interpretazione conforme, ha indicato quale nozione di danno da prendere a riferimento per il ristoro previsto dall'art. 36, comma 5, d.lgs. 165/2001 quella di «danno comunitario», precisando che la liquidazione deve osservare i canoni di adeguatezza, effettività, proporzionalità e dissuasività del diritto UE, e che esso «è configurabile come una sorta di sanzione *ex lege* a carico del datore di lavoro». In alcuni passaggi la pronuncia si è soffermata anche sulla questione della prova del danno, e richiamando la nota ordinanza Corte Giust. 12 dicembre 2013, *Papalia c. Com. Aosta*, C-50/13 (*in Rivista giuridica del lavoro*, 2014, II, p. 242 (m), con nota di R. Nunin), ha rammentato che il regime applicabile al caso di specie dev'essere analogo a quello delle fattispecie discriminatorie, concludendo che deve ritenersi sufficiente per il ricorrente provare mediante presunzioni l'illegittima e reiterata stipulazione di contratti a termine recanti non genuine esigenze straordinarie e temporanee, per addossare all'amministrazione convenuta la prova dell'insussistenza dell'abuso, e per far sì che il ricorrente sia esonerato, sul fronte risarcitorio, dalla costituzione in mora del datore e dalla prova di un danno effettivamente subito. Va detto che la sentenza, di estrema significatività per l'affer-



mazione del principio, ha finito però per arretrare notevolmente sul piano pratico, nella parte in cui, nel dettare i parametri ai quali la liquidazione del danno dovrebbe essere ancorata, ha indicato, in maniera non certo coerente con le premesse, quale «criterio tendenziale» quello di cui all'art. 8, legge 604/1966 e dunque una soglia certamente penalizzante rispetto a quella adottata da altre pronunce precedenti, che si erano basate per esempio, sull'applicazione analogica del sistema indennitario di cui all'art. 32 legge 183/2010 o del criterio *ex art.* 18 St. lav.<sup>24</sup>.

### *3. I condizionamenti della struttura del processo*

Non si può infine non accennare al fatto che, non solo la funzione dissuasiva, ma la stessa effettività della tutela, in generale, rischiano di essere radicalmente compromesse da modifiche processuali che, sotto dichiarati intenti di maggiore efficienza e celerità del processo decisionale, finiscono per imbrigliare – quando non talvolta inibire – l'opera di accertamento del giudice.

Al discorso che segue occorre fare una premessa, per rammentare, richiamando quanto già evidenziato in apertura, che l'ordinamento europeo in materia di discriminazioni non impone affatto agli Stati membri di introdurre procedimenti *speciali* attraverso i quali realizzare l'obiettivo di una tutela effettiva, dissuasiva e proporzionata: la normativa di riferimento si limita infatti ad imporre l'adozione di «procedure adeguate»<sup>25</sup>, che prevedano cioè un onere della prova agevolato per il ricorrente, con possibilità di ricorso alle presunzioni, che eventualmente consentano alle associazioni portatrici dell'interesse protetto, a seconda del caso, di promuovere azione giudiziale o di esperire intervento adesivo a supporto della vittima, che estendano la platea dei soggetti tutelati a coloro che, pur non direttamente discriminati, abbiano subito provvedimenti ritorsivi per essersi attivati a difesa del principio di pari opportunità (per esempio, rendendo testimonianza a favore del collega discriminato

<sup>24</sup> Per un riferimento all'indennità *ex art.* 32, legge 183/2010, v., anche più recentemente, Cass. 12 gennaio 2015, n. 262.

<sup>25</sup> V., ad esempio, i *considerando* nn. 28 e 29 della Direttiva n. 2006/54 sull'attuazione del principio di parità di genere.

in una controversia che ha visto il datore di lavoro in veste di convenuto), e tutte le ulteriori utilità che non è qui possibile analizzare in dettaglio.

Il giudizio, quale che sia il vestimento processuale dell'azione, deve tendere alla realizzazione dello scopo, come anche affermato in un passaggio da Corte Giust. 10 luglio 2008, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. Firma Feryn NV*, causa C-54/07<sup>26</sup>, relativamente al divieto di discriminazione per razza ed origine etnica: «L'art. 15 della direttiva 2000/43 impone quindi agli Stati membri l'obbligo di prendere nel loro ordinamento giuridico provvedimenti adeguati, idonei a raggiungere lo scopo della detta direttiva, e di garantire che tali provvedimenti possano essere effettivamente invocati dinanzi ai giudici nazionali in modo che la tutela giurisdizionale sia effettiva ed efficace».

Da ciò deriva non solo che non necessariamente debbano essere conati procedimenti speciali se l'ordinamento già prevede delle forme idonee, ma anche che – per contro – laddove fra gli strumenti procedurali che l'ordinamento contempla non ve ne sia nemmeno uno adeguato, in tutto o anche solo in parte, nei termini imposti dalle direttive UE, si debba concludere per la sussistenza di un difetto di conformità rispetto al livello sovranazionale.

E la seconda ipotesi mi pare si sia decisamente avverata da quando la riforma del mercato del lavoro attuata con la legge 92/2012 ha imposto, ogni qualvolta occorra impugnare un licenziamento invocando le conseguenze *ex art. 18 St. lav.*, e dunque senza dubbio quando si intenda far accertare la discriminatorietà del recesso datoriale, di introdurre la domanda con il rito speciale di cui all'art. 1, commi 47 e ss., della legge citata.

Rito ormai diffusamente ritenuto necessario e non alternativo a quello ordinario *ex art. 414 cod. proc. civ.*, e nel quale, per giunta, non è ammessa la proposizione di domande diverse da quelle fondate sui medesimi fatti costitutivi del licenziamento.

Chi osserva da pratico le fattispecie discriminatorie sa bene che la vicenda discriminatoria non dà quasi mai luogo ad una condotta «istantanea», che nasce e si esaurisce con il gesto del licenziamento, ma è al contrario quasi sempre una «storia», complessa, che viene

<sup>26</sup> Vedila in *Riv. giur. lav.*, 2008, II, p. 788, con nota di D. Izzi.

da lontano, di multiforme violazione della dignità del soggetto portatore del fattore protetto.

Attingendo, tanto per fare un esempio, alla fattispecie recentemente affrontata da Trib. Pistoia 8 settembre 2012, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2013, I, p. 25, e da App. Firenze 11 luglio 2013, n. 968 su un caso di molestie sessuali «collettive» disciplinato *ratione temporis* dalle regole processuali antecedenti la riforma Fornero, la giovane occupata, dopo un periodo di totale irregolarità, con contratto atipico, ma con iniziali prospettazioni di carriera, che poi viene licenziata per ragioni disciplinari pretestuose a seguito del rifiuto di sottostare alle *avances* del datore, alla fine di un percorso lavorativo funestato da attenzioni sessuali indesiderate, da retrocessioni ritorsive, dall'imposizione di lavoro extraorario non retribuito, dall'adibizione a lavori faticosi inconferenti rispetto ai compiti patuiti, dal tentativo di induzione alle dimissioni e da altri illeciti gestionali volti a fiaccarne la volontà, deve essere messa in grado di rappresentare la propria vicenda nella sua interezza al giudice e di domandare ogni necessario accertamento, al fine di ottenere una tutela risarcitoria e ripristinatoria piena ed effettiva, senza dover frammentare la domanda e gravarsi dell'onere (non solo economico, ma anche emotivo) di introdurre diversi giudizi, uno per il licenziamento e (almeno) un altro per tutto il resto.

E se, com'è avvenuto nello specifico caso, quel datore di lavoro si è rivelato un molestatore «seriale», avendo tenuto il medesimo comportamento nei confronti di più dipendenti, ciascuna con la propria personale storia di mortificazioni lavorative, magari esitata in maniera diversa dal licenziamento, per esempio, per dimissioni, laddove ricorrano i presupposti, dev'essere consentita la riunione dei procedimenti avviati con i singoli ricorsi individuali, per un pieno apprezzamento da parte del giudice del reale grado di disvalore della condotta.

Ed ancora, se fra le lavoratrici molestate ve ne sono alcune certamente esistenti, ma non immediatamente individuabili, o che non hanno avuto la forza per azionare i propri diritti, deve potersi dispiegare l'azione pubblica e autonoma della consigliera (e il discorso è analogo, nel caso di licenziamento discriminatorio riferibile a fattori diversi dal genere, per le associazioni legittimate), con possibilità di riunione o trattazione congiunta con il primo giudizio, non solo ai fini del piano di rimozione (che per la verità, nel caso speci-

fico, potrebbe anche non essere soluzione percorribile), ma anche del risarcimento del danno subito dall'Ufficio *jure proprio*, a fronte di condotte che oltre ad incidere pesantemente sulla sfera soggettiva di ciascuna vittima, sono, come quella in discorso, idonee ad inficiare la capacità rappresentativa dell'Ente in relazione all'interesse protetto e dunque ad indebolirne l'efficacia di azione a scapito dell'intera collettività.

Ecco la ragione per cui con l'assolvimento dei bisogni sin qui indicati, l'imposizione del rito Fornero per l'impugnativa di licenziamento non mi pare per niente compatibile, per la preclusione pressoché totale delle ipotesi ora esemplificate<sup>27</sup>: nei casi più articolati di licenziamento discriminatorio, che rappresentano una parte niente affatto esigua, il rischio è dunque quello di non poter sottoporre alla cognizione del giudice che uno spaccato parziale, frammentato, non correttamente messo a fuoco, e dunque che non ci siano sin dalla proposizione della domanda le condizioni adatte a giungere ad una tutela efficace, proporzionata e dissuasiva.

Non rimane, *rebus sic stantibus*, che tentare di affermare<sup>28</sup>, sotto la guida del principio di interpretazione conforme e dell'affermazione del primato del diritto europeo nella specifica materia, la perdurante esperibilità per il licenziamento discriminatorio – ad onta della formulazione letterale dell'art. 1, comma 47, legge 92/2012 – dei preesistenti rimedi processuali speciali disegnati in attuazione delle direttive europee, segnatamente quelli da ultimo convogliati attraverso l'art. 28 d.lgs. 150/2011 verso il rito sommario di cognizione *ex art. 702-bis* cod. proc. civ. e già elencati *sub* § 1. Ciò, non potendosi ritenere compatibile con l'ordinamento UE una norma di diritto interno che, su una fattispecie cruciale come quella del licenziamento, di fatto provoca una sterilizzazione degli strumenti rimediali predisposti dal legislatore in attuazione delle direttive comunitarie sui di-

<sup>27</sup> Si segnala Trib. Pisa [ord.], Sezione Lavoro, 9 settembre 2014, inedita per quanto consta, che ha ammesso l'intervento adesivo della consigliera in un procedimento introdotto da una lavoratrice con rito Fornero, ma al contempo escludendo l'accessibilità per la parte pubblica dell'azione *ex* legge n. 92/2012 come sostituto processuale della lavoratrice o del lavoratore interessati o con modalità che comportino l'estensione dell'oggetto del decidere.

<sup>28</sup> Per alcune ricostruzioni v. A. Guariso, *Legge Fornero n. 92 del 2012: le novità processuali* (in [www.studiodirittelavoro.it](http://www.studiodirittelavoro.it)), nonché, recentemente, E. Tarquini, *La discriminazione sul lavoro e la tutela giudiziale*, Milano, 2014, pp. 82 ss.

vieti di discriminazione. Il percorso è arduo, per l'incombenza dello spettro della inammissibilità e così della decadenza prevista dall'art. 6, comma 2, legge 604/1966 (così come modificato dall'art. 32 legge 183/2010 e dall'art. 1, comma 38, legge 92/2012), e del tutto desolante essendo, allo stato, il silenzio della giurisprudenza, se si fa eccezione – per quanto consta – per un'isolata pronuncia di merito<sup>29</sup>.

<sup>29</sup> V. Trib. Pistoia (ord.) 13 ottobre 2013, inedita, nella quale, nell'accogliere il ricorso ex art. 700 cod. proc. civ. di una lavoratrice licenziata in stato di gravidanza per la reintegrazione nel posto di lavoro, il Tribunale ha ritenuto possibile l'introduzione della successiva fase di merito attraverso il procedimento speciale ex art. 36 d.lgs. 198/2006, anziché con il rito Fornero: «Rappresenta dato notorio che la tutela giudiziaria contro le discriminazioni di genere è molto più ampia e vasta ai sensi dell'art. 18, nuovo testo, legge 300/1970. Anzi, peculiari procedure (di cui agli artt. 36 ss. codice p.o.) posseggono una originale struttura che nemmeno esclude la fase di urgenza [...]. Proprio in ragione dei profili discriminatori in precedenza trattati, la distinzione e l'autonomia processuale fra domande e riti si mostra del tutto evidente».





**Finito di stampare  
nel mese di settembre 2015  
dalla Tipografia Empograph,  
Via Venezia Tridentina, 1  
Villa Adriana - Roma**









A d a A a , ricercatore di Dirit-