

## I danni non patrimoniali nel diritto del lavoro e della previdenza sociale

Il volume approfondisce i numerosi aspetti della tematica del danno non patrimoniale sul piano del diritto del lavoro e della previdenza sociale negli ordinamenti giuridici italiano e brasiliano ed è frutto della collaborazione tra i professori del Centro Universitario del Distretto Federale di Brasilia e dell'Università degli Studi di Milano. Per rendere più agevole la lettura il volume è suddiviso in due sezioni rispettivamente dedicate all'analisi dei danni non patrimoniali nella prospettiva italiana e brasiliana. Il volume intende fornire un'approfondita comparazione dell'evoluzione dei danni non patrimoniali tanto sul piano dell'inquadramento delle singole voci di danno e delle relative condizioni di risarcibilità, quanto su quello dei criteri di liquidazione.

Giuseppe Ludovico, Professore Associato di Diritto del Lavoro nell'Università degli Studi di Milano. Coordinatore del Corso di Dottorato in Diritto comparato, privato, processuale civile e dell'impresa dell'Università degli Studi di Milano e coordinatore Didattico del Corso di Perfezionamento in Diritto del Lavoro della stessa Università. Dottore di Ricerca in Diritto del Lavoro nell'Università degli Studi di Bologna. Specialista in Diritto del Lavoro presso l'Università degli Studi di Parma. Laureato in Giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Milano.

Marcelo Borsio, Professore del *Centro Universitario do Distrito Federal-UDF* di Brasilia. Pos-dottore in Diritto della Sicurezza Sociale nell'Università Complutense di Madrid e visiting professor nell'Università degli Studi di Milano. Dottore di Ricerca in Diritto Previdenziale presso la Pontificia Università Cattolica di San Paolo. Specialista in Limiti Costituzionali dell'Investigazione nell'Università di Santa Catarina e in Diritto Tributario nell'Università Cattolica di San Paolo. Membro dell'Accademia Brasiliana di Diritto della Sicurezza Sociale. Presidente del Conselho de Recursos da Previdência Social.

Raimundo Simão de Melo, Professore Titolare del Master in Direito das Relações Sociais e Trabalhistas del *Centro Universitario do Distrito Federal-UDF* di Brasilia e del Corso di Specializzazione in Diritto e Rapporti di Lavoro della Facoltà di Diritto di San Bernardo do Campo. Dottore di Ricerca e Master in Direito das Relações Sociais presso la Pontificia Università Cattolica di San Paolo. Membro dell'Accademia Brasiliana di Diritto del Lavoro. Procuratore Regionale del Lavoro in pensione. Consulente giuridico e avvocato.

ISBN 978-88-255-2678-3



9 788825 526783

34,00 euro

RGL  
4I danni non patrimoniali nel diritto del lavoro e della previdenza sociale  
A cura di Ludovico, Borsio, De Melo

ARACNE

RIFLESSIONI  
GIURIDICHE  
SUL LAVORO 4

# I DANNI NON PATRIMONIALI NEL DIRITTO DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA SOCIALE

UNA COMPARAZIONE  
TRA GLI ORDINAMENTI GIURIDICI  
ITALIANO E BRASILIANO

A cura di  
Giuseppe Ludovico, Marcelo Borsio,  
Raimundo Simão De Melo



# RIFLESSIONI GIURIDICHE SUL LAVORO

*Direttore*

Silvia Ciucciovino  
Università degli Studi Roma Tre

*Comitato scientifico*

Anna Maria Alaimo  
Università degli Studi di Catania

Ilario Alvino  
Università degli Studi di Milano–Bicocca

Stefano Bellomo  
Università degli Studi di Perugia

Maria Teresa Carinci  
Università degli Studi di Milano

Luisa Corazza  
Università degli Studi del Molise

Pietro Lambertucci  
Università degli Studi dell’Aquila

Arturo Maresca  
Sapienza— Università di Roma

Roberto Romei  
Università degli Studi Roma Tre

Franco Scarpelli  
Università degli Studi di Milano–Bicocca

Patrizia Tullini  
Università di Bologna

Gaetano Zilio Grandi  
Università Ca’ Foscari Venezia

Giuseppe Santoro Passarelli  
Sapienza— Università di Roma

Vito Sandro Leccese  
Università degli Studi di Bari Aldo Moro

Raffaele De Luca Tamajo  
Università degli Studi di Napoli Federico II

Edoardo Ales  
Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale

Riccardo Del Punta  
Università degli Studi di Firenze

Antonella Occhino  
Università Cattolica del Sacro Cuore — Facoltà di Medicina e Chirurgia

## RIFLESSIONI GIURIDICHE SUL LAVORO



La collana vuole promuovere, in un momento di grande trasformazione della legislazione lavoristica, l'approfondimento e il dibattito scientifico plurale in materia di lavoro, anche in relazione ai profili evolutivi della materia. Per questo motivo la collana vuole dare spazio a una riflessione scientifica di ampio respiro ed estesa su diversi ambiti, anche al fine di riannodare i legami indispensabili tra la materia del rapporto di lavoro, dell'intervento pubblico nel mercato del lavoro, dei servizi per il lavoro, delle relazioni industriali, della previdenza e della sicurezza sociale. Dall'altro lato, la collana intende dare spazio e valorizzare riflessioni giuslavoristiche attente ai profili interdisciplinari e ai punti di contatto con altre discipline sociali limitrofe che si occupano del lavoro e che possono aiutare il giurista a comprendere e a dare forma alle norme. Nello spirito di massima partecipazione al dibattito, anche delle giovani generazioni di studiosi, la collana ospita monografie, opere collettanee, ricerche, studi tematici elaborati sulla base di *call for papers* periodiche lanciate alla comunità scientifica su specifici argomenti ritenuti di particolare interesse.

In "Riflessioni giuridiche sul lavoro" sono pubblicate opere di alto livello scientifico. Il direttore approva le opere e le sottopone a referaggio con il sistema del « doppio cieco » (« *double blind peer review process* ») nel rispetto dell'anonimato sia dell'autore, sia dei due revisori incaricati. I revisori rivestono o devono aver rivestito la qualifica di professore universitario di prima fascia nelle università italiane o una qualifica equivalente nelle università straniere. Ciascun revisore formulerà una delle seguenti valutazioni: *a)* pubblicabile senza modifiche; *b)* pubblicabile previo apporto di modifiche; *c)* da rivedere in maniera sostanziale; *d)* da rigettare, tenendo conto della: *a)* significatività del tema nell'ambito disciplinare prescelto e originalità dell'opera; *b)* rilevanza scientifica nel panorama nazionale e internazionale; *c)* attenzione adeguata alla dottrina e all'apparato critico; *d)* adeguato aggiornamento normativo e giurisprudenziale; *e)* rigore metodologico; *f)* proprietà di linguaggio e fluidità del testo; *g)* uniformità dei criteri redazionali. Nel caso di giudizio discordante fra i due revisori, la decisione finale sarà assunta dal direttore, salvo casi particolari in cui il direttore medesimo provvederà a nominare tempestivamente un terzo revisore a cui rimettere la valutazione dell'elaborato. Le schede di valutazione verranno conservate, in doppia copia, in appositi archivi. Il termine per la valutazione non deve superare i venti giorni, decorsi i quali il direttore della collana, in assenza di osservazioni negative, ritiene approvata la proposta. Sono escluse dalla valutazione gli atti di convegno, le opere dei membri del comitato e le opere collettive di provenienza accademica. Il direttore, su sua responsabilità, può decidere di non assoggettare a revisione scritti pubblicati su invito o comunque di autori di particolare prestigio.



# **I danni non patrimoniali nel diritto del lavoro e della previdenza sociale**

Una comparazione tra gli ordinamenti  
giuridici italiano e brasiliano

*A cura di*

Giuseppe Ludovico

Marcelo Borsio

Raimundo Simão De Melo





Aracne editrice

[www.aracneeditrice.it](http://www.aracneeditrice.it)  
[info@aracneeditrice.it](mailto:info@aracneeditrice.it)

Copyright © MMXX  
Gioacchino Onorati editore S.r.l. – unipersonale

[www.gioacchinoonoratieditore.it](http://www.gioacchinoonoratieditore.it)  
[info@gioacchinoonoratieditore.it](mailto:info@gioacchinoonoratieditore.it)

via Vittorio Veneto, 20  
00020 Canterano (RM)  
(06) 45551463

ISBN 978-88-255-3628-7

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,  
di riproduzione e di adattamento anche parziale,  
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie  
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: dicembre 2020

# Indice

- 11 *Prefazione*  
Fábio Zambitte Ibrahim
- 13 *Prefazione*  
Ney Maranhão
- 15 *Introduzione*  
Raimundo Simão de Melo

## Parte I

### **I danni non patrimoniali nel diritto del lavoro e della previdenza sociale italiani**

- 23 *Introduzione*  
Giuseppe Ludovico

- 29 Capitolo I

#### *L'evoluzione del danno non patrimoniale nel sistema generale della responsabilità civile*

Angela Santangelo Cordani, Alessandra Ingraio, Filippo Lattanzio, Giuseppe Ludovico, Davide Poli, Michele Squeglia

1.1. Un'impossibile conciliazione? Il risarcimento dei danni morali nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale in età postunitaria, 29 – 1.1.1. *Gli archetipi transalpini*, 29 – 1.1.2. *Una vivace querelle*, 34 – 1.2. Il danno non patrimoniale nel Codice civile del 1942: il requisito dell'ingiustizia del danno risarcibile nell'art. 2043 c.c., 48 – 1.3.

La risarcibilità del danno morale soggettivo nell'art. 2059 c.c.: il principio di tipicità del danno e la condizione penale della risarcibilità, 55 – 1.4. Il superamento della prospettiva tradizionale: l'elaborazione e affermazione del danno biologico nell'ambito dell'articolo 2043 c.c., 61 – 1.5. Le caratteristiche del danno biologico: oggettività, natura medico-legale, omnicomprensività, valutazione areddituale, 78 – 1.6. Dal danno biologico... al danno esistenziale, 85 – 1.7. La rilettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. e la costruzione di un sistema dei danni risarcibili su due norme dalla funzione identica, 89 – 1.8. La riunificazione del danno non patrimoniale e la negazione della categoria del "danno esistenziale", 96 – 1.9. Il valore non patrimoniale della "vita spezzata" e l'irrisarcibilità del danno cd. tanatologico, 106 – 1.9.1. *La risarcibilità del danno da perdita del prossimo congiunto iure proprio*, 106 – 1.9.2. *I danni non patrimoniali trasmissibili mortis causa ai chiamati all'eredità. Il danno biologico cd. terminale e il danno morale cd. catastrofale*, 000 – 1.9.3. *La questione della risarcibilità del danno cd. tanatologico. Quando la morte immediata non dà luogo a risarcimento del danno iure hereditatis*, 115 – 1.10. Le caratteristiche generali del danno non patrimoniale, 122

## 131 Capitolo II

### *Le funzioni del risarcimento del danno non patrimoniale*

Christian Romeo

2.1. Introduzione, 131 – 2.2. Il concetto di funzione nel diritto e l'utilità dell'indagine, 132 – 2.3. La funzione preventiva, 135 – 2.4. La funzione afflittiva, 136 – 2.5. La funzione satisfattiva, 139 – 2.6. La funzione compensativa, 142

## 147 Capitolo III

### *I danni non patrimoniali nel rapporto di lavoro*

Giuseppe Ludovico

3.1. La risarcibilità dei danni non patrimoniali nella prospettiva del rapporto di lavoro, 147 – 3.2. Il diritto del lavoro e la tesi della non risarcibilità dei danni non patrimoniali da inadempimento, 149 – 3.3. L'obbligo di sicurezza del datore di lavoro sancito dall'art. 2087 c.c., 152 – 3.4. L'utilizzazione dell'art. 2087 c.c. in chiave prevalentemente risarcitoria anziché prevenzionistica, 156 – 3.5. Il cumulo della responsabilità contrattuale e aquiliana, 161 – 3.6. L'incontrollata proliferazione delle voci di danno non patrimoniale come risposta ai limiti del sistema risarcitorio, 165 – 3.7. La distinzione tra danno e lesione: il superamento del danno *in re ipsa* e l'affermazione del danno-conseguenza, 169 – 3.8. La ricostituzione dell'assetto bipolare del sistema risarcitorio, 173 – 3.9. La serietà dell'offesa e il principio di tolleranza come presupposti di risarcibilità del danno non patrimoniale, 179 – 3.10. La riunificazione della categoria del danno non patrimoniale, 181 – 3.11. La conferma della risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento, 184 – 3.12. La prova del danno non patrimoniale nella responsabilità contrattuale, 186 – 3.13. Il risarcimento dei danni non patrimoniali nei recenti orientamenti della giurisprudenza lavoristica, 188 – 3.14. L'insufficienza del rimedio risarcitorio per la tutela dei diritti inviolabili della persona, 192

## 197 Capitolo IV

*Le fattispecie più frequenti di danni non patrimoniali nel rapporto di lavoro*

Matteo Avogaro, Gionata Golo Cavallini, Clemente Davide La Porta, Giulia Marchi, Gaia Morra

4.1. Danno non patrimoniale e demansionamento, 197 – 4.1.1. *Premessa: la nozione di demansionamento e la tutela della professionalità nell'art. 2103 c.c.*, 197 – 4.1.2. *Brevi cenni sulla riforma della disciplina delle mansioni ad opera del Jobs Act (d.lgs. n. 81/2015)*, 199 – 4.1.3. *L'an della responsabilità datoriale: il demansionamento*, 201 – 4.1.4. *Le conseguenze del demansionamento tra tutela in forma specifica e rimedi risarcitori*, 203 – 4.1.5. *I danni conseguenti al demansionamento tra dimensione patrimoniale e non patrimoniale*, 205 – 4.1.6. *Una nota finale*, 209 – 4.2. Danno non patrimoniale, molestie sessuali e *mobbing*, 210 – 4.3. Danno non patrimoniale e mancata fruizione dei riposi settimanali e delle ferie, 225 – 4.4. Danno non patrimoniale e licenziamento illegittimo, 237 – 4.5. Danno non patrimoniale e discriminazione, 242 – 4.6. Danno non patrimoniale e violazione del diritto alla *privacy*, 249

## 257 Capitolo V

*Prova e liquidazione del danno non patrimoniale nel diritto del lavoro*

Giorgio Treglia

5.1. Brevi note introduttive, 257 – 5.2. L'onere della prova in generale, 260 – 5.3. L'onere della prova dell'inadempimento dell'obbligazione contrattuale e la sua inversione, 263 – 5.4. La responsabilità del datore di lavoro in materia di salute e di sicurezza e i danni risarcibili, 264 – 5.5. L'onere della prova del risarcimento del danno non patrimoniale nel diritto del lavoro, 266 – 5.6. La prescrizione del diritto al risarcimento del danno, 274 – 5.7. La liquidazione del danno non patrimoniale: la valutazione equitativa del giudice per esigenze di personalizzazione e uniformità di risarcimento, 277 – 5.8. Le tabelle di liquidazione del danno non patrimoniale del Tribunale di Milano come strumento generale di liquidazione del danno non patrimoniale, 283

## 289 Capitolo VI

*Danni non patrimoniali e tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali*

Giuseppe Ludovico

6.1. Le origini dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro, 289 – 6.2. La distinzione tra assicurazione obbligatoria e responsabilità civile, 295 – 6.3. Il significato costituzionale dell'assicurazione obbligatoria e la progressiva contrazione della regola dell'esonero datoriale dalla responsabilità civile, 299 – 6.4. Il significato costituzionale dell'esclusione della piena cumulabilità tra prestazioni previdenziali e risarcimento civilistico, 302 – 6.5. Il danno biologico entra in contratto con l'assicurazione obbligatoria: gli interventi della Corte Costituzionale, 307 – 6.6. La

riforma introdotta dal d.lgs. 23 febbraio 2000, n. 38: l'inclusione del danno biologico nell'assicurazione sociale, 310 – 6.7. Il rapporto tra l'assicurazione obbligatoria e la responsabilità civile dopo il d.lgs. n. 38/2000, 315 – 6.8. Le ragioni dell'implicito superamento della regola dell'esonero datoriale dalla responsabilità civile, 318 – 6.9. Il confronto tra risarcimento e indennizzo ai fini della quantificazione del danno differenziale: confronto per singole voci di danno o per complessivi importi? 323 – 6.10. Interventi e ripensamenti del legislatore sul criterio di calcolo del danno differenziale, 329 – 6.11. L'assicurazione sociale tra l'obiettivo dell'adeguatezza e la prospettiva del risarcimento del danno esistenziale e morale, 333

### 337 **Capitolo VII**

#### *I danni non patrimoniali: uno sguardo oltre l'Italia*

Rossella Esther Cerchia, Valentina Jacometti, Barbara Vari, Lydia Velliscig

7.1. Premessa, 337 – 7.2. I danni non patrimoniali in Francia, 338 – 7.3. I danni non patrimoniali in Germania, 349 – 7.3.1 *I danni non patrimoniali nel sistema originario del BGB*, 350 – 7.3.2 *La riforma del 2002*, 355 – 7.3.3 *Il risarcimento dei danni non patrimoniali in capo ai danneggiati di rimbalzo*, 358 – 7.4. I danni non patrimoniali in Inghilterra, 361 – 7.4.1 *I danni non patrimoniali: la prospettiva in tort*, 361 – 7.4.2 *I danni non patrimoniali: la prospettiva in contract*, 370

## Parte II

### **I danni non patrimoniali nel diritto del lavoro e della previdenza sociale brasiliani**

### 381 **Capitolo I**

#### *I danni non patrimoniali nel diritto brasiliano fino al 1988*

Renata de Assis Calsing, Marcus Firmino Santiago, Pablo Malheiros da Cunha Frota

1.1. Una premessa sulla responsabilità giuridica, 381 – 1.2. In fondo, che cosa significa danno non patrimoniale?, 385 – 1.3. Le caratteristiche dei danni non patrimoniali, 389 – 1.4. Il danno non patrimoniale nel diritto brasiliano fino alla Costituzione Federale del 1988, 395

### 405 **Capitolo II**

#### *I danni non patrimoniali e la Costituzione Federale del 1988*

José Roberto Freire Pimenta, Ricardo José Macedo de Britto Pereira, Cláudio Jannotti da Rocha

2.1. Introduzione, 405 – 2.2. Sui danni non patrimoniali, 407 – 2.3. Conclusione, 417

## 421 Capitolo III

*I danni non patrimoniali nel diritto del lavoro brasiliano*

Lorena Vasconcelos Porto, Rúbia Zanotelli de Alvarenga, Guilherme Guimarães Feliciano, Olívia de Quintana Figueiredo Pasqualetto

Sezione I – La quantificazione del danno non patrimoniale e la riforma del lavoro, 421 – 3.1. Introduzione, 421 – 3.2. I danni non patrimoniali, 422 – 3.3. La riforma del lavoro in Brasile e le sue ripercussioni, 428 – 3.4. La quantificazione del danno non patrimoniale, 432 – 3.5. L'interpretazione sistematica conforme alla Costituzione Federale del 1988, 438 – 3.6. Controllo di convenzionalità, 443 – 3.7. Conclusione, 446 – Sezione II – I diritti della personalità, 447 – 3.8. Introduzione, 447 – 3.9. I diritti della personalità: concetto e classificazione, 448 – 3.10. I diritti della personalità e il diritto del lavoro, 456. – 3.10.1. *La dignità dell'essere umano come dimensione dei diritti della personalità*, 466 – 3.11. Conclusione, 474 – Sezione III – I danni non patrimoniali nel diritto del lavoro e la loro riparazione: analisi della quantificazione introdotta dalla riforma del lavoro in Brasile, 475 – 3.12. Introduzione, 475 – 3.13. I danni non patrimoniali nel diritto del lavoro, 475 – 3.14. La riparazione dei danni non patrimoniali nel diritto del lavoro e la quantificazione equitativa della riparazione pecuniaria, 478 – 3.15. Il danno non patrimoniale nella riforma del lavoro (Legge n. 13.467/2017), 480 – 3.16. Conclusione, 485

## 487 Capitolo IV

*Danni morali o non patrimoniali collettivi*

Maurício Godinho Delgado, Raimundo Simão de Melo

4.1. Il fenomeno della collettivizzazione del diritto, 487 – 4.2. Il diritto nella società del rischio, 489 – 4.3. Il riconoscimento del patrimonio immateriale collettivo nella Costituzione Federale del Brasile del 1988, 490 – 4.4. I diritti metaindividuali nella Costituzione Federale del Brasile del 1988, 493 – 4.5. Il concetto di danno morale o non patrimoniale collettivo, 495 – 4.6. La competenza sul danno morale o non patrimoniale collettivo, 496 – 4.7. Fondamenti giuridici del danno morale o non patrimoniale collettivo, 501 – 4.8. Casi di danno morale o non patrimoniale collettivo nel diritto del lavoro, 503 – 4.9. Posizione della dottrina e della giurisprudenza sul danno morale o non patrimoniale collettivo lavoristico, 504 – 4.10. Riparazione dei danni morali o non patrimoniali collettivi ambientali, 514 – 4.11. Forme di riparazione del danno morale o non patrimoniale nel diritto del lavoro, 515 – 4.12. Effetto punitivo del risarcimento del danno morale o non patrimoniale collettivo, 518 – 4.13. Determinazione equitativa del risarcimento del danno morale o non patrimoniale collettivo, 520 – 4.14. Destinazione dei risarcimenti del danno morale o non patrimoniale collettivo, 523 – 4.15. L'emblematico caso Shell Brasile come dimostrazione di gestione del risarcimento del danno morale o non patrimoniale collettivo, 528 – 4.15.1. Destinazione del risarcimento del danno morale o non patrimoniale collettivo nel caso Shell Brasile, 533

537 **Capitolo V***I danni non patrimoniali nella previdenza sociale brasiliana*

Marcelo Borsio, Fernando Maciel

5.1. Evoluzione normativa dei danni non patrimoniali nella previdenza dal punto di vista costituzionale, 537 – 5.1.1. *Contesto precedente alla Costituzione Federale del 1988*, 538 – 5.1.2. *Effetti della Costituzione Federale del 1988*, 544 – 5.2. La responsabilità civile dello Stato e la configurazione dei danni non patrimoniali in merito alle prestazioni sociali, 548 – 5.3. I diritti previdenziali come diritti fondamentali risarcibili in caso di responsabilità civile dell'Istituto brasiliano di Sicurezza Sociale (INSS) per i danni non patrimoniali, 551 – 5.4. Danni non patrimoniali provocati da errori nel riconoscimento delle prestazioni previdenziali da parte dell'INSS o per causa del datore di lavoro, 562 – 5.4.1. *Riparazione ad causam*, 563 – 5.4.2. *Competenza decisionale della sentenza*, 564 – 5.4.3. *Criteri oggettivi per la valutazione dei danni non patrimoniali*, 566 – 5.4.4. *Possibilità del risarcimento nell'erroneo riconoscimento della prestazione e del relativo importo*, 570 – 5.4.4.1. *Concessione tardiva e cessazione indebita*, 570 – 5.4.4.2. *Mancata assistenza dell'assicurato*, 571 – 5.4.4.3. *Riduzioni indebite delle prestazioni*, 572 – 5.4.4.4. *Violazione o inosservanza della decisione giudiziaria in materia previdenziale*, 574 – 5.4.4.5. *Smarrimento del fascicolo del procedimento di riconoscimento della prestazione*, 575 – 5.4.4.6. *Rifiuto ingiustificato dell'assegnazione del protocollo amministrativo*, 575 – 5.4.4.7. *Trattenuta indebita dei documenti*, 577 – 5.4.4.8. *Limitazione della difesa in caso di indebita cessazione della prestazione*, 578 – 5.4.4.9. *Ritardo nell'esame della richiesta di pensionamento o revisione*, 578 – 5.4.4.10. *Errori di calcolo della prestazione*, 580 – 5.5. Danni non patrimoniali in caso di cessazione indebita dell'indennità di malattia, 583 – 5.5.1. *Ragioni di condanna ed elementi di prova della sussistenza del danno*, 583 – 5.5.2. *Lesioni provocate agli assicurati durante la perizia medica*, 584 – 5.5.3. *Sospensione indebita della prestazione e ambito risarcitorio*, 585 – 5.6. Il danno non patrimoniale previdenziale in ambito infortunistico, 587 – 5.6.1. *Competenza giurisdizionale*, 589 – 5.6.2. *Termine di prescrizione*, 591 – 5.6.3. *Fattispecie incidenti sulle prestazioni sociali infortunistiche*, 592 – 5.6.4. *Danni non patrimoniali previdenziali derivanti da perdita di chance dopo l'infortunio*, 596 – 5.6.5. *Danno esistenziale previdenziale in materia infortunistica*, 597

\*\*\*

599 *I danni morali non patrimoniali lavoristici e previdenziali negli ordinamenti giuridici italiano e brasiliano*

Giuseppe Ludovico, Marcelo Borsio, Raimundo Simão de Melo

I danni non patrimoniali nell'ordinamento giuridico italiano, 599 – I danni non patrimoniali nell'ordinamento giuridico brasiliano, 605 – Sul danno non patrimoniale previdenziale tra Brasile e Italia, 615

619 **Bibliografia**681 **Gli Autori**

## Capitolo III

# I danni non patrimoniali nel rapporto di lavoro

GIUSEPPE LUDOVICO

SOMMARIO: 3.1. La risarcibilità dei danni non patrimoniali nella prospettiva del rapporto di lavoro. — 3.2. Il diritto del lavoro e la tesi della non risarcibilità dei danni non patrimoniali da inadempimento. — 3.3. L'obbligo di sicurezza del datore di lavoro sancito dall'art. 2087 c.c.. — 3.4. L'utilizzazione dell'art. 2087 c.c. in chiave prevalentemente risarcitoria anziché prevenzionistica. — 3.5. Il cumulo della responsabilità contrattuale e aquiliana. — 3.6. L'incontrollata proliferazione delle voci di danno non patrimoniale come risposta ai limiti del sistema risarcitorio. — 3.7. La distinzione tra danno e lesione: il superamento del danno *in re ipsa* e l'affermazione del danno-conseguenza. — 3.8. La ricostituzione dell'assetto bipolare del sistema risarcitorio. — 3.9. La serietà dell'offesa e il principio di tolleranza come presupposti di risarcibilità del danno non patrimoniale. — 3.10. La riunificazione della categoria del danno non patrimoniale. — 3.11. La conferma della risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento. — 3.12. La prova del danno non patrimoniale nella responsabilità contrattuale. — 3.13. Il risarcimento dei danni non patrimoniali nei recenti orientamenti della giurisprudenza lavoristica. — 3.14. L'insufficienza del rimedio risarcitorio per la tutela dei diritti inviolabili della persona.

### 3.1. La risarcibilità dei danni non patrimoniali nella prospettiva del rapporto di lavoro

Nell'ambito del diritto del lavoro la tematica dei danni non patrimoniali ha avuto inizialmente uno sviluppo poco coerente con la particolarità di un rapporto che avrebbe invece dovuto costituire un «punto di osservazione specialissimo e privilegiato»<sup>1</sup>. Il coinvolgimento personale del lavoratore nello svolgimento della prestazione, i rischi per la persona connessi all'adempimento dell'obbligazione lavorativa e le finalità di tutela sottese alle norme lavoristiche avrebbero dovuto elevare questo settore dell'ordinamento a naturale terreno di emersione ed elaborazione del danno alla persona<sup>2</sup>.

1. Così L. MONTUSCHI, *Problemi del danno alla persona nel rapporto di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, I, p. 322; L. MONTUSCHI, *Il risarcimento dei danni non patrimoniali: «personalizzare» si può*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, p. 901 ss.

2. Cfr. L. MENGONI, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, in L. MENGONI, *Diritto e valori*, Il Mulino, Bologna, 1985, p. 127; C. CASTRONOVO, *Danno*

Già agli inizi del secolo scorso Barassi aveva intuito che tra gli obblighi contrattuali del datore di lavoro vi era anche quello di preservare il lavoratore dai rischi connessi all'attività lavorativa al punto da garantire «un ambiente anche moralmente sano»<sup>3</sup>.

Le ragioni che hanno impedito inizialmente al diritto del lavoro di sviluppare le proprie potenzialità in materia di danni non patrimoniali sono numerose<sup>4</sup> e, tra queste, un certo ruolo ha indubbiamente giocato l'introduzione con la legge n. 80 del 1898 dell'obbligo assicurativo contro gli infortuni e le malattie professionali, il quale se, da un lato, ha garantito al lavoratore una pronta e immediata tutela contro gli eventi lesivi originati dall'attività lavorativa, dall'altro, al contempo, ha impedito che queste stesse istanze di tutela si sviluppassero pienamente sul piano risarcitorio nei confronti del datore di lavoro<sup>5</sup>.

Alcuni commentatori hanno sottolineato la forte valenza simbolica del meccanismo congegnato dal legislatore, il quale, interponendo l'istituto assicuratore tra il lavoratore e il datore, finiva di fatto per accreditare una «visione neutrale dell'infortunio», non più imputabile alla colpa dell'imprenditore, ormai sostituito dall'assicurazione, con l'effetto di rimuovere, in buona parte, le ragioni di conflittualità del contenzioso risarcitorio<sup>6</sup>.

*biologico. Un itinerario di diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 3, nt. 6; R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile e danno*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 413.

3. L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, I, Società Editrice Libreria, Milano, 1915, p. 657.

4. Sulle molteplici ragioni del ritardato sviluppo della tematica dei danni non patrimoniali nel diritto del lavoro v. R. DEL PUNTA, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, in AA.VV., *Il danno alla persona del lavoratore*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 19 ss.; M. PEDRAZZOLI, *Introduzione*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Danno biologico e oltre*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 27.

5. Cfr. G. LUDOVICO, *Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità civile del datore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 162 ss.

6. L. GAETA, *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile. Alle origini del diritto del lavoro*, Esi, Napoli, 1986, p. 141-142; L. GAETA, *L'influenza tedesca sulla formazione del sistema previdenziale italiano*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1992, p. 15; L. GAETA, *Le false inadeguatezze del diritto privato rispetto al primo diritto del lavoro: una storia esemplare*, in A. MAZZACANE, P. SCHIERA (a cura di), *Enciclopedia e sapere scientifico. Il diritto e le scienze sociali nell'Enciclopedia giuridica italiana*, Il Mulino, Bologna, 1990, p. 335-336; G.G. BALANDI, *Un caso di archeologia giuridica: ciò che resta oggi del "rischio professionale"*, in *Riv. giur. lav.*, 1976, III, p. 102 ss.; V. MARINO, *La responsabilità del datore per infortuni e malattie da lavoro*, F. Angeli, Milano, 1990, p. 25-26.

### **3.2. Il diritto del lavoro e la tesi della non risarcibilità dei danni non patrimoniali da inadempimento**

La ritardata valorizzazione della tematica dei danni non patrimoniali nel diritto del lavoro deve essere poi spiegata alla luce di altre ragioni di carattere più generale: da un lato, l'orientamento per lungo tempo dominante in dottrina e giurisprudenza che riteneva di dover escludere la risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento; dall'altro, la riduttiva concezione che limitava il danno non patrimoniale al solo danno morale soggettivo.

Con riguardo al primo aspetto, preme anzitutto ricordare le ragioni che per lungo tempo hanno condotto l'elaborazione dottrinale ad assumere la posizione che limitava la risarcibilità dei danni non patrimoniali alla sfera esclusiva della responsabilità aquiliana<sup>7</sup>. L'ostacolo principale all'ammissibilità dei danni non patrimoniali da inadempimento era certamente costituito dall'assetto non troppo perspicuo adottato dall'attuale Codice civile, il quale nella norma generale dell'art. 1174, intitolata «Carattere patrimoniale della prestazione», richiede che la prestazione oggetto dell'obbligazione contrattuale sia suscettibile di «valutazione economica», lasciando così intendere che gli interessi sottostanti dei contraenti debbano avere la stessa natura, escludendo di conseguenza la tutela risarcitoria degli interessi non patrimoniali<sup>8</sup>.

Ulteriori conferme in questa direzione erano rinvenute nell'art. 1223 c.c. che delimita il risarcimento del danno da inadempimento alla «perdita» e al «mancato guadagno» del creditore<sup>9</sup>, confermando in questo modo la natura necessariamente patrimoniale del danno risarcibile.

7. Per una ricostruzione del generale dibattito in materia: P. ZIVIZ, *I danni non patrimoniali*, Utet, Torino, 2012, p. 559 ss.; E. NAVARRETTA, D. POLETTI, *Il danno non patrimoniale e la responsabilità contrattuale*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *Il danno non patrimoniale. Principi, regole e tabelle per la liquidazione*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 51 ss.; M. MAGGIOLO, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, in S. DELLE MONACHE (a cura di), *Responsabilità civile. Danno non patrimoniale*, in *Trattato diretto da S. Patti*, Utet, Torino, 2010, p. 659 ss.; V. ZENOVICH, *Danni non patrimoniali e inadempimento* in G. VISINTINI (a cura di), *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 109 ss.

8. A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1946, p. 129 ss.; A. RAVAZZONI, *La riparazione del danno non patrimoniale*, Giuffrè, Milano, 1962, p. 228 ss.

9. Così espressamente Cass. 5 febbraio 2000, n. 1307, in *Orient. giur. lav.*, 2000, p. 95 ss., con nota di commento di G. LUDOVICO, secondo la quale «non essendo applicabile l'art. 2059 alla responsabilità contrattuale ed essendo improntato tutto il sistema della responsabilità contrattuale al risarcimento del danno patrimoniale, riguardato o come lucro cessante o come danno emergente, costituente conseguenza diretta e immediata dell'inadempimento (v. art. 1223 c.c.),

La tesi contraria al risarcimento dei danni non patrimoniali da inadempimento ha tratto poi alimento soprattutto dall'idea che la norma cardine in materia di risarcimento del danno non patrimoniale — l'art. 2059 c.c. — fosse riferibile unicamente alla responsabilità extracontrattuale<sup>10</sup>. Il rinvio di quella norma ai «casi determinati dalla legge» e, in particolare, all'art. 185, co. 2, c.p. era stato peraltro tradizionalmente interpretato nel senso di limitare la risarcibilità dei danni non patrimoniali ai soli casi di reato, sicché anche quanti ammettevano l'estensione analogica dell'art. 2059 alla responsabilità contrattuale, concludevano che il reato da inadempimento costituisce un'ipotesi piuttosto rara<sup>11</sup>.

Ad un esame più meditato, in verità, nessuno degli indici normativi appena indicati appare risolutivo. Così è a dirsi innanzitutto per l'art. 1174, il quale, pur richiedendo che la prestazione sia suscettibile di valutazione economica, ammette esplicitamente che la stessa possa corrispondere ad un interesse «anche non patrimoniale» del creditore<sup>12</sup>. Il che peraltro non costituisce un'automatica conferma della risarcibilità dei danni non patrimoniali derivanti dalla mancata realizzazione di quegli interessi, posto che l'interesse leso e i danni risarcibili si collocano su piani regolativi distinti<sup>13</sup>.

Detto in altri termini, l'art. 1174 non offre alcuna decisiva argomentazione né in senso positivo né in senso negativo. E non diversamente deve concludersi con riguardo all'art. 1223, posto che la dottrina ha giustamente rilevato come il termine «perdita» possa essere interpretato come privazione tanto di un bene economicamente valutabile, quanto di una utilità non suscettibile di valutazione economica<sup>14</sup>.

L'ambiguità degli indici normativi risulta ancora più evidente dalla

il danno alla salute o danno biologico per tale tipo di responsabilità poteva discendere o come esplicita previsione dell'inadempimento operata dalla legge ordinaria ovvero come conseguenza collegata all'inadempimento di un obbligo costituzionalmente previsto, anche se non sanzionato dal risarcimento, essendo la previsione delle sanzioni esclusa dalla tecnica della normativa costituzionale».

10. G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 231.

11. A. DE CUPIS, *op. cit.*, p. 129 ss.; M. COSTANZA, *Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 131.

12. G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, in V. ROPPO (diretto da), *Trattato del contratto diretto da*, Vol. V, Giuffrè, Milano, 2006, p. 976; M. COSTANZA, *op. cit.*, p. 128.

13. C. CASTRONOVO, *Danno esistenziale: il lungo addio*, in *Danno e resp.*, 2009, p. 5 ss.; E. NAVARRETTA, D. POLETTI, *op. cit.*, p. 62; E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 300 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, *Interesse del creditore e danno contrattuale non patrimoniale*, in *Riv. dir. comm.*, 1987, I, p. 80 ss..

14. G. BONILINI, *op. cit.*, p. 232.

disposizione specificamente dettata in materia di risarcimento dei danni non patrimoniali. Il riferimento è ovviamente all'art. 2059 c.c., la cui collocazione topografica nell'ambito della disciplina del fatto illecito ha offerto argomentazioni utili tanto per sostenere la sua applicazione analogica alla responsabilità contrattuale<sup>15</sup>, quanto la sua inutilizzabilità al di fuori dell'illecito aquiliano<sup>16</sup>.

Atteso il carattere non decisivo degli indici normativi, la questione in verità poteva essere risolta soltanto sul piano sistematico, verificando cioè le differenze e le analogie tra la responsabilità aquiliana e quella contrattuale onde verificare se le regole applicabili alla prima fossero in qualche modo estensibili, e in quale misura, alla seconda.

Il problema allora era comprendere se sussistono fondate ragioni sul piano sistematico per negare la risarcibilità dei danni non patrimoniali da inadempimento nelle ipotesi in cui è invece ammessa nella responsabilità aquiliana<sup>17</sup>. Riusciva difficile, infatti, giustificare tra i due ambiti della responsabilità civile una siffatta disparità di trattamento, tenuto conto che la responsabilità da inadempimento deriva da un «contatto sociale» tra le parti assai più intenso e programmato rispetto alla responsabilità extracontrattuale<sup>18</sup>.

Eventuali differenze tra le due responsabilità potevano allora giustificarsi soltanto in ragione del tipo di lesione, posto che, mentre nella responsabilità aquiliana si richiede la lesione di un qualunque interesse purché giuridicamente rilevante, in quella contrattuale la lesione dell'interesse del creditore si identifica nell'inadempimento della prestazione. La vera questione allora era l'esatta delimitazione di questa responsabilità in funzione dei contenuti del regolamento contrattuale

15. A. DE CUPIS, *op. cit.*, p. 59.

16. G. BONILINI, *op. cit.*, p. 230-231, per il quale «la volontà di esplicitamente considerare anche il danno non patrimoniale contrattuale avrebbe comportato che la previsione ora contenuta nell'art. 2059 fosse posta accanto alla disposizione dell'art. 1223 c.c.», con il risultato che «su di un piano meramente sistematico, quindi, sembrano sussistere sufficienti ragioni per credere che il limite risarcitorio concernente il danno non patrimoniale — tale per cui lo stesso è riparabile solo “nei casi determinati dalla legge” — copra soltanto l'area extracontrattuale». Nello stesso senso successivamente F.D. BUSNELLI, *Il danno biologico dal “diritto vivente” al “diritto vigente”*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 258. Tra i giuslavoristi L. NOGLER, *Danni personali e rapporto di lavoro: oltre il danno biologico?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, I, p. 301, il quale, escludendo in ambito contrattuale l'applicabilità dell'art. 2059 c.c., prospettava l'applicazione analogica degli artt. 1218 e 1223 c.c., e A. TURSI, *Il danno non patrimoniale alla persona nel rapporto di lavoro: profili sistematici*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, I, p. 297.

17. E. NAVARRETTA, D. POLETTI, *op. cit.*, p. 64; M. MAGGIOLO, *op. cit.*, p. 664.

18. C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 470.

onde evitare che la stessa potesse travalicare i confini dell'obbligazione assunta dai contraenti.

È interessante infatti notare come i maggiori contrasti in dottrina fossero emersi soprattutto con riferimento alla completa assenza nel regolamento contrattuale di previsioni in materia di danni non patrimoniali, ammettendosi invece la loro risarcibilità ove le stesse parti o, a maggior ragione, il legislatore avessero contemplato, esplicitamente o implicitamente, gli interessi non patrimoniali dei contraenti<sup>19</sup>.

### **3.3. L'obbligo di sicurezza del datore di lavoro sancito dall'art. 2087 c.c.**

Se nell'ambito generale della responsabilità civile il problema della risarcibilità dei danni non patrimoniali da inadempimento è stato risolto — come si vedrà — soltanto grazie a un deciso mutamento da parte della giurisprudenza della tradizionale lettura dell'art. 2059 c.c.<sup>20</sup>, nel diritto del lavoro la questione avrebbe potuto trovare facile soluzione nell'art. 2087 c.c.<sup>21</sup>, il quale pone in capo al datore di lavoro l'obbligo di «adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro».

Sebbene storicamente connotato da una forte matrice pubblicistica<sup>22</sup>, la dottrina e la giurisprudenza hanno ravvisato nella disposizione in parola un vero e proprio obbligo di natura contrattuale<sup>23</sup> che si inserisce a pieno titolo nel sinallagma contrattuale, condizionando la stessa causa negoziale<sup>24</sup>. Ciò significa — come giustamente rilevato in dottrina — che la prestazione di lavoro non si connota soltanto per la sua natura

19. C. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 472.

20. Vedi *supra* il Capitolo I, paragrafo 7.

21. C. AMATO, *Il danno non patrimoniale da contratto*, in G. PONZANELLI (a cura di), *Il "nuovo" danno non patrimoniale*, Cedam, Padova, 2004, p. 159; M. COSTANZA, *op. cit.*, p. 127 ss.; P. ALBI, *Art. 2087. Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona*, in *Il codice civile. Commentario* fondato e diretto da P. Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2008, p. 152.

22. M. FRANCO, *L'obbligo di sicurezza del datore di lavoro nell'età corporativa e dopo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, I, p. 91 ss, spec. 104.

23. L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Responsabilità dell'imprenditore*, in L. RIVA SANSEVERINO, G. MAZZONI (diretto da), *Nuovo Trattato di Diritto del Lavoro. Il rapporto di lavoro*, Vol. II, Cedam, Padova, 1971, p. 418.

24. L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, F. Angeli, Milano, 1989, p. 75 ss.

subordinata, ma anche per la sua sicurezza nel senso che una prestazione svolta in assenza di sicurezza «non è neppure deducibile nel contratto stante la sicura illiceità dell'oggetto»<sup>25</sup>.

La norma in esame, secondo una nota opinione, costituirebbe la trasposizione in ambito lavoristico del generale principio del *neminem laedere* di cui all'art. 2043 c.c.<sup>26</sup>, con la differenza che mentre i doveri extracontrattuali di non ledere la sfera giuridica altrui si connotano per la loro «genericità» in quanto previsti per la generalità degli individui<sup>27</sup>, l'obbligo di sicurezza si rivolge in modo specifico al datore di lavoro, imponendogli tanto obblighi positivi di fare consistenti nell'adozione di adeguate misure di sicurezza, quanto di obblighi di non fare nel senso di astenersi dall'adoptare condotte pregiudizievoli per il lavoratore<sup>28</sup>.

La riflessione dottrinale ha definitivamente accantonato dunque la risalente concezione che interpretava l'art. 2087 come norma impositiva di un dovere pubblicistico posto a tutela di un interesse generale<sup>29</sup>, riconoscendone pacificamente la natura contrattuale come obbligo posto in capo ad uno dei contraenti nei confronti dell'altro<sup>30</sup>.

25. L. MONTUSCHI, *op. ult. cit.*, p. 75.

26. L. MONTUSCHI, *Problemi del danno alla persona nel rapporto di lavoro, cit.*, p. 322; L. SPAGNUOLO VIGORITA, *loc. ult. cit.*

27. C. M. BIANCA, *Diritto civile. L'obbligazione*, Vol. 4, Giuffrè, Milano, 1993, p. 120.

28. In questo senso L. MENGONI, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, in AA.VV., *Il contratto di lavoro nel diritto dei paesi membri della Ceca*, Giuffrè, Milano, 1965, p. 478, il quale individuava il fondamento dell'obbligo di sicurezza nella finalità «puramente negativa, di conservazione dell'integrità personale» del prestatore di lavoro.

29. È la risalente tesi sostenuta da G. D'EUFEMIA, *Norme inderogabili ed interessi legittimi nel rapporto di lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 1969, I, p. 3 ss.; G. ZANOBINI, *Interessi legittimi nel diritto privato*, in *Studi in memoria di F. Ferrara*, Vol. II, Giuffrè, Milano, 1943, p. 702 ss. In senso parzialmente diverso V. SIMI, *Interesse pubblico ed attività amministrativa nella tutela della sicurezza del lavoro*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1969, p. 283; R. CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro*, Vol. III, Utet, Torino, 1969, p. 491. Riconoscevano, invece, la duplice natura, ad un tempo, privatistica e pubblicistica dell'obbligo di sicurezza: C. SMURAGLIA, *La sicurezza del lavoro e la sua tutela penale*, Giuffrè, Milano, 1962, p. 50; M. AZZALINI, *Istituzioni di diritto del lavoro e della prevenzione infortuni*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 546; C. LEGA, *La capacità lavorativa e la sua tutela giuridica*, Giuffrè, Milano, 1950, p. 225 ss.

30. In dottrina, tra i primi, L. SPAGNUOLO VIGORITA, *op. cit.*, p. 418 ss.; L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro, cit.*, p. 71 ss.; Più di recente L. ZOPPOLI, *Il danno biologico tra principi costituzionali, rigidità civilistiche e tutela previdenziale*, in *Dir. rel. ind.*, 2001, p. 389 ss.; A. VISCOMI, *Il mobbing: alcune questioni su fattispecie ed effetti*, in *Lav. dir.*, 2002, p. 45 ss.; P. ALBI, *op. cit.*, p. 125 ss.; G. NATULLO, *La tutela dell'ambiente di lavoro*, Utet, Torino, 1995, p. 12 ss.; V. MARINO, *op. cit.*, p. 71 ss.; F. BIANCHI D'URSO, *Profili giuridici della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Jovene, Napoli, 1980, p. 41 ss.; S. EVANGELISTA, *Procedimenti e mezzi della tutela della salute in azienda*, Giuffrè, Milano, 1984. In giurisprudenza, tra le tante: Cass. 15 giugno 2017, n. 14865; Cass. 28 ottobre 2016, n. 21882; Cass. 5 novembre 2015 n. 22615; Cass. 27 febbraio 2015, n. 3989; Cass. 18 giugno 2014, n. 13863; Cass. 26

In merito ai contenuti di tale obbligo, l'opinione dominante è da tempo orientata a interpretare la disposizione in parola come generale norma di chiusura del sistema prevenzionistico che impone al datore di lavoro il continuo aggiornamento tecnologico delle misure di sicurezza<sup>31</sup>, indipendentemente dalla sussistenza di specifiche previsioni di fonte legale o contrattuale<sup>32</sup>.

Da qui la conclusione secondo la quale la norma codicistica si porrebbe in rapporto di semplice complementarietà con la ulteriore e più specifica disciplina in materia di sicurezza sul lavoro, nel senso che la puntuale osservanza delle disposizioni contenute nella normativa di dettaglio non esonera il datore di lavoro dalla responsabilità derivante dall'inosservanza del generale obbligo di sicurezza<sup>33</sup>.

Questa lettura particolarmente elastica dell'obbligo di sicurezza ha condotto la giurisprudenza a riconoscere la responsabilità del datore di lavoro non soltanto in caso di violazione di disposizioni specifiche, ma anche in ipotesi di mancata adozione di misure precauzionali suggerite da semplici nozioni di comune esperienza. È stata così riconosciuta la responsabilità del datore di lavoro per non aver adeguato l'organico

marzo 2012, n. 4804; Cass. 13 agosto 2008, n. 21590, in *Mass. giur. lav.*, 2009, p. 174; Cass. 7 novembre 2007, n. 23151; Cass. 8 maggio 2007, n. 10441, in *Mass. giur. lav.*, 2007, p. 730; Cass. 19 luglio 2006, n. 16535; Cass. 2 maggio 2000, n. 5491, in *Lav. giur.*, 2000, p. 830, con nota di S. NUNIN; Cass. 7 agosto 1998 n. 7772; Cass. 17 novembre 1993, n. 11351, in *Resp. civ. prev.* 1994, p. 689, con nota di L. ANGIELLO; Cass. 20 luglio 1993 n. 8062, in *Dir. prat. lav.* 1993, p. 1420; Cass. 5 aprile 1993 n. 4085, in *Giust. civ. mass.* 1993, p. 619; Cass. 20 gennaio 1993, n. 698, in *Mass. giur. lav.* 1991, p. 241; Cass. 14 dicembre 1991 n. 13499; Cass. 23 marzo 1991 n. 3115, in *Orient. giur. lav.* 1992, I, p. 174; Cass. 7 aprile 1988, n. 2737, in *Resp. civ. prev.* 1989, p. 327; Cass. 13 febbraio 1988, n. 1566, in *Foro it.* 1988, I, p. 2315; Cass. 6 febbraio 1985, n. 897; Cass. 8 agosto 1983, n. 5293; Cass. 27 maggio 1983, n. 3689; Cass. 2 marzo 1982, n. 1295; Cass. 2 maggio 1981, n. 2654; Cass. 5 gennaio 1980, n. 28, in *Giur. it.* 1980, I, p. 1599.

31. L. MONTUSCHI, *L'incerto cammino della sicurezza del lavoro fra esigenze di tutela, onerosità e disordine normativo*, in *Riv. giur. lav.*, 2001, p. 501; L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, cit., p. 76; C. SMURAGLIA, *op. cit.*, p. 86.

32. Cass. 21 settembre 2016, n. 18503; Cass. 30 giugno 2016, n. 13465; Cass. 5 novembre 2015 n. 22615; Cass. 3 febbraio 2015, n. 1918; Cass. 26 marzo 2012, n. 4804; Cass. pen. 16 settembre 2008, n. 38819; Cass. pen. 3 ottobre 2007, n. 44791; Cass. 14 luglio 2001 n. 9601; Cass. pen. 26 aprile 2000, n. 7402, in *Riv. trim. dir. pen. econ.* 2000, p. 1095; Cass. 17 marzo 1999 n. 2432, in *Riv. it. dir. lav.* 1999, II, p. 766; Cass. 2 giugno 1998 n. 5409, in *Riv. it. dir. lav.* 1999, II, p. 337; Cass. 1 settembre 1997 n. 8267, in *Mass. giur. lav.* 1997, p. 818, con nota di E. GRAGNOLI; Cass. 12 febbraio 1997 n. 3439, in *Riv. trim. dir. pen. econ.* 1997, p. 1383.

33. L. MONTUSCHI, *op. ult. cit.*, p. 80 ss.; G.G. BALANDI, *Il contenuto dell'obbligo di sicurezza, L'obbligazione di sicurezza*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1993, n. 14, p. 82.

aziendale al fine di evitare un eccessivo carico di lavoro<sup>34</sup> o ridurre la gravosità delle mansioni<sup>35</sup>, per non aver assegnato il lavoratore a mansioni compatibili con il suo stato di salute<sup>36</sup>, per non aver adottato misure idonee a garantire l'incolumità dei lavoratori contro le aggressioni criminose dei terzi<sup>37</sup>, oppure per non aver adottato precauzioni contro le immissioni acustiche<sup>38</sup> o il fumo passivo dei colleghi<sup>39</sup>.

Ulteriori corollari dell'obbligo di sicurezza sono stati individuati della giurisprudenza nella responsabilità del datore di lavoro per non aver adeguatamente informato i dipendenti circa i rischi presenti nell'ambiente di lavoro<sup>40</sup> o per non aver controllato e vigilato sull'effettivo e corretto uso dei dispositivi di sicurezza da parte dei lavoratori<sup>41</sup>.

34. Cass. 2 gennaio 2002 n. 5; Cass. 30 agosto 2000 n. 11427; Cass. 5 febbraio 2000 m. 1307, *cit.*; Cass. 1 agosto 1997 n. 8267, *cit.*; sul lavoro prestato nel sesto giorno consecutivo Cass. 4 marzo 2000 n. 2455, in *Orient. giur. lav.*, 2000, p. 413.

35. Cass. 5 novembre 2015 n. 22615.

36. Cass. 2 agosto 2001 n. 10574; Cass. 13 dicembre 2000 n. 15688; Cass. 30 agosto 2000 n. 11427; Cass. 12 febbraio 2000 n. 1575, in *Not. giur. lav.* 2000, p. 583; Cass. 3 luglio 1997 n. 5961, in *Mass. giur. lav.* 1998, p. 437, con nota di P. SCOGNAMIGLIO; Cass. 22 aprile 1997, n. 3455, in *Not. giur. lav.* 1997, p. 374 *contra* Cass. 10 novembre 1995, n. 11700, in *Mass. giur. lav.* 1996, p. 247; Cass. 6 novembre 1996, n. 9684, in *Riv. it. dir. lav.* 1997, II, p. 612; in caso di lavoratori invalidi: Cass. 24 novembre 1999, n. 13377, *Dir. prat. lav.* 2000, p. 70; Cass. 9 novembre 1995 n. 11681, in *Orient. giur. lav.*, 1996, p. 371; Cass. 15 dicembre 1994, n. 10769; Cass. 4 aprile 1989, n. 1626, in *Riv. giur. lav.* 1990, II, p. 99; in caso di attività intrinsecamente usurante v. Cass. 30 agosto 2000 n. 11427; Cass. 21 ottobre 1997 n. 10361.

37. Cass. 19 febbraio 2016, n. 3306; Cass. 6 febbraio 1998 n. 1241, in *Giur. it.* 1999, p. 29; Cass. 20 aprile 1998 n. 4012, in *Orient. giur. lav.*, 1998, I, p. 520; Cass. 3 settembre 1997 n. 8422, in *Giust. civ.* 1998, I, p. 79, con nota di V. MARINO; *contra* Cass. 5 dicembre 2001 n. 15350; Cass. 19 novembre 1998 n. 11710.

38. Cass. 13 aprile 2002, n. 5340, in *Giust. civ. mass.* 2002, p. 641; Cass. 5 aprile 1993, n. 4085, *cit.*; trib. Milano 21 ottobre 1999, in *Resp. civ. prev.* 1999, p. 1335, con nota di P. ZIVIZ.

39. Trib. Messina 2 febbraio 2011, n. 283, in *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 2113, con nota di E. LUCCHINI GUASTALLA; trib. Roma 20 giugno 2005, in *Lav. giur.*, 2005, p. 963; trib. Roma 4 ottobre 2001, in *Not. giur. lav.*, 2001, p. 736; Pret. Torino 7 marzo 1995, in *Riv. crit. dir. lav.* 1995, p. 967; Pret. Torino 20 febbraio 1995, in *Giur. it.* 1995, I, p. 916; Pret. San Remo 19 aprile 1994, in *Giur. it.* 1995, I, p. 226; Pret. Torino 8 febbraio 1993, in *Riv. it. dir. lav.* 1995, II, p. 124.

40. Cass. 20 ottobre 2011, n. 21694, in *Giust. civ. mass.* 2011, p. 1482; Cass. 11 luglio 2011, n. 15156, in *Foro it.* 2012, I, c. 2147; Cass. 7 gennaio 2009, n. 45, in *Giust. civ. mass.* 2009, p. 12; Cass. 18 maggio 2007, n. 11622, in *Resp. civ. prev.* 2007, p. 2293, con nota di M. BERTONCINI; Pretura Torino, 30 luglio 1996, in *Giur. piem.*, 1997, p. 379; Pret. Torino 2 maggio 1991, in *Giur. it.* 1992, II, p. 143.

41. Cass. 13 ottobre 2000 n. 13690; Cass. 11 marzo 1999 n. 792, in *Mass. giur. lav.*, 1999, p. 804; Cass. 7 agosto 1998 n. 7772; Cass. 16 luglio 1998 n. 6993; Cass. 17 febbraio 1998, n. 1687, in *Riv. it. dir. lav.* 1998, II, p. 516; in particolare nei confronti dei lavoratori più giovani Cass. 12 gennaio 2002, n. 326; Cass. 2 ottobre 1998, n. 9805

Per quanto la giurisprudenza sia solita escludere che l'art. 2087 configuri un criterio di responsabilità oggettiva<sup>42</sup>, l'inadempimento dell'obbligo di sicurezza in caso di infortuni o malattia professionale è stato di fatto escluso soltanto in alcune ipotesi circoscritte ovvero quando l'evento è stato direttamente causato da una condotta abnorme, eccezionale e imprevedibile dello stesso prestatore di lavoro<sup>43</sup>.

### 3.4. L'utilizzazione dell'art. 2087 c.c. in chiave prevalentemente risarcitoria anziché prevenzionistica

Questa lettura estensiva ed elastica dell'obbligazione di sicurezza ha decretato il perdurante successo dell'art. 2087 come norma invocata con funzione prevalentemente risarcitoria in palese contraddizione con la sua finalità prevenzionistica.

La «deriva risarcitoria» — come è stata criticamente definita in dottrina<sup>44</sup> — ha rappresentato in realtà la diretta conseguenza della mancata valorizzazione degli strumenti derivanti dall'affermata natura contrattuale dell'obbligo di sicurezza<sup>45</sup>.

Dall'obbligo contrattuale di sicurezza del datore di lavoro, infatti, avrebbe dovuto desumersi, per lo speculare diritto di credito del lavoratore, la priorità logica e giuridica dell'azione di adempimento rispetto alla tutela risarcitoria, tenuto conto che quest'ultima può realizzare soltanto l'interesse secondario del creditore alla riparazione del danno.

42. Così tra le più recenti: Cass. 13 ottobre 2017, n. 24217; Cass. 27 febbraio 2017, n. 4970; Cass. 3 marzo 2016, n. 4222; Cass. 23 dicembre 2014, n. 27364, in *Guida dir.*, 2015, 7, p. 62; Cass. 23 aprile 2015, n. 8297; Cass. 17 dicembre 2014, n. 26590; Cass. 19 giugno 2014, n. 13957; Cass. 13 gennaio 2015, n. 340, in *Guida dir.* 2015, 9, p. 61; Cass. 5 agosto 2013, n. 18626; Cass. 11 aprile 2013, n. 8855, in *Guida dir.* 2013, 22, p. 63; Cass. 11 aprile 2013, n. 8855; Cass. 12 marzo 2013, n. 6151; Cass. 29 gennaio 2013, n. 2038.

43. Cass. 16 aprile, 2013, n. 9167, in *Guida dir.*, 2013, 22, p. 63; Cass. 7 giugno 2012, n. 9199; Cass. 23 aprile 2012, n. 6337; Cass. 25 febbraio 2008, n. 4718, in *Giust. civ.* 2009, I, p. 483; Cass. 7 giugno 2007, n. 13309, in *Resp. civ. prev.* 2007, p. 2653; Cass. 23 marzo 2007, n. 7127, in *Giust. civ. mass.* 2007, p. 3; Cass. 14 marzo 2006, n. 5493, in *Giust. civ. mass.* 2006, p. 3; Cass. 17 aprile 2004, n. 7328, in *Giust. civ. mass.* 2004, p. 4; Cass. 23 maggio 2001, n. 7052; Cass. 13 ottobre 2000 n. 13690; Cass. 11 marzo 1999 n. 792, *cit.*; Cass. 17 marzo 1999, n. 2432, *cit.*; Cass. 17 febbraio 1998 n. 1687, *cit.*; Cass. 19 agosto 1996 n. 7636, in *Riv. inf. mal. prof.* 1996, II, p. 85.

44. L. NOGLER, *La deriva risarcitoria della tutela dei diritti inviolabili della persona del lavoratore dipendente*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2006, n. 29, p. 63 ss.; L. NOGLER, *Danno non patrimoniale e rapporto di lavoro*, in S. DELLE MONACHE (a cura di), *op. cit.*, p. 591 ss.

45. P. ALBI, *op. cit.*, p. 3 ss.

In ambito contrattuale la priorità dell'adempimento rispetto al risarcimento costituisce un principio ampiamente riconosciuto che trova esplicita conferma nel combinato disposto degli artt. 1218 e 1453 c.c., dai quali può desumersi la regola secondo la quale in caso di inadempimento il creditore ha diritto di pretendere l'adempimento o la risoluzione del contratto, rappresentando invece il risarcimento un rimedio che può operare alternativamente in funzione aggiuntiva o autonoma rispetto ai primi due<sup>46</sup>. A differenza della risoluzione, peraltro, l'azione di adempimento è ammessa anche quando l'inadempimento sia di «scarsa importanza» e non è condizionata alla prova della colpa del debitore che si ricava presuntivamente dallo stesso inadempimento, ferma restando la possibile dimostrazione da parte del debitore che l'inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile.

In questa logica, una parte minoritaria della dottrina lavoristica ha sostenuto che la priorità dell'adempimento rispetto al risarcimento costituirebbe una regola perfettamente compatibile con l'obbligo di sicurezza sancito dall'art. 2087<sup>47</sup>. L'azione di adempimento non sembra infatti impedita dalla presunta incoercibilità della condotta dovuta dal datore di lavoro che riguarda semmai soltanto le generali scelte organizzative dell'impresa, mentre non sembrano sussistere ostacoli all'utilizzazione degli strumenti processuali dell'esecuzione forzata «per imporre l'introduzione in fabbrica delle misure di prevenzione idonee»<sup>48</sup>.

46. Nei rapporti obbligatori la priorità dell'adempimento si ricava dal combinato disposto degli artt. 1218 e 1256 c.c.; sul punto v. L. MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, Vol. XXXIX, Giuffrè, Milano, 1988, p. 1096; L. MENGONI, *Intervento*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Vol. I, Jovene, Napoli, 1989, p. 151 ss. Più recentemente S. MAZZAMUTO, *IL contratto di diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 318 ss.; V. CUFFARO (a cura di), *Delle obbligazioni. Artt. 1218-1276*, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del Codice Civile*, Utet, Torino, 2013, p. 41; A. DI MAIO, *Le tutele contrattuali. Modelli e rimedi*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 125; I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente: situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa, del mercato, del rapporto di lavoro e dell'attività amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 21 ss.; C. ROMEO, *I presupposti sostanziali della domanda di adempimento*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 100 ss. Per una ricostruzione del dibattito in materia v. F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Jovene, Napoli, 2011.

47. S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Vol. XX, Utet, Torino, 1998, p. 336, nota 144; V. SPECIALE, *Situazioni delle parti e tutela in forma specifica nel rapporto di lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" n. 45/2004*, p. 39 ss.; O. MAZZOTTA, *Danno alla persona e rapporto di lavoro: qualche domanda, politicamente non corretta, alla giurisprudenza*, in *Lav. dir.*, 2004, p. 439 ss.; P. ALBI, *op. cit.*, p. 245 ss.

48. Così E. GHERA, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1979, p. 333.

In questo senso è stato affermato che l'installazione e la manutenzione delle misure necessarie a garantire la sicurezza e la salubrità dell'ambiente di lavoro costituisce un obbligo facilmente eseguibile in maniera forzata, tenuto conto che richiede l'esecuzione di attività materiali e l'applicazione di regole tecniche che non sono prerogativa esclusiva dell'imprenditore, oltre al fatto che non presuppongono scelte organizzative di carattere generale<sup>49</sup>. A ciò si aggiunga che anche un eventuale ingerenza nelle scelte organizzative del datore di lavoro non sarebbe un ostacolo insuperabile all'esecuzione in forma specifica dell'obbligo sancito dall'art. 2087 c.c., tenuto conto che la «tutela di interessi fondamentali come quello alla salute» «riguardano la persona umana» e «necessariamente prevalgono sul diritto al libero svolgimento dell'attività produttiva»<sup>50</sup>.

Senonché, nonostante queste aperture della dottrina, la tesi prevalente nel dibattito è stata quella che ha riconosciuto la completa infungibilità e conseguente incoercibilità della condotta dovuta dal datore di lavoro<sup>51</sup>, segnando in questo modo una netta frattura tra il diritto del lavoro e le regole generali in materia di obbligazioni. Non è difficile comprendere infatti come il dogma dell'infungibilità degli obblighi dell'imprenditore abbia posto quest'ultimo nella singolare condizione di debitore che detiene il potere di imporre al creditore-lavoratore il rimedio esclusivo del risarcimento in luogo dell'adempimento<sup>52</sup>.

Ha ottenuto invece alcuni, seppure limitati, risultati un altro rimedio civilistico ovvero l'eccezione di inadempimento di cui all'art. 1460 c.c., il quale sancisce che nei contratti a prestazioni corrispettive ciascun contraente può rifiutare l'adempimento se l'altro contraente non adempie la propria obbligazione. Il che significa con riguardo al rapporto di lavoro che il lavoratore ha diritto di rifiutare legittimamente l'esecuzione della

49. V. SPEZIALE, *op. cit.*, p. 40.

50. V. SPEZIALE, *op. cit.*, p. 40. Sul punto v. anche P. ALBI, *op. cit.*, p. 248 ss.

51. Riconoscono, seppure talvolta in senso critico, l'infungibilità degli obblighi dell'imprenditore: S. BERTOCCO, *La tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, in C. Cester (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, Vol. II, tomo I, Utet, Torino, 2007, p. 975; V. FERRANTE, *Potere e autotutela nel contratto di lavoro subordinato. Eccezione di inadempimento, rifiuto di obbedienza, azione diretta individuale*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 344-345; A. PIZZOFERRATO, *Mobbing e danno esistenziale, verso una revisione della struttura dell'illecito civile*, in *Contr. e impr.*, 2002, p. 310; M. T. CARINCI, *Una prospettiva: dal risarcimento all'inibitoria*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *op. cit.*, p. 187.

52. P. ALBI, *op. cit.*, p. 251.

prestazione lavorativa fino all'esatto adempimento dell'obbligazione di sicurezza da parte del datore di lavoro<sup>53</sup>.

È importante sottolineare che l'eccezione di inadempimento può essere indifferentemente esercitata tanto in sede giudiziale quanto stragiudiziale, potendo così rappresentare un efficace strumento di coazione all'adempimento o quanto meno di dissuasione dall'inadempimento<sup>54</sup>.

Richiamando esplicitamente l'art. 1460 c.c., la giurisprudenza ha riconosciuto pacificamente la legittimità del rifiuto opposto dal lavoratore all'esecuzione della prestazione richiesta dal datore di lavoro in mancanza di idonee misure di sicurezza<sup>55</sup> e ciò in quanto l'unica condizione richiesta per il legittimo esercizio dell'eccezione di inadempimento è che il rifiuto dell'adempimento risulti proporzionato e non «contrario alla buona fede»<sup>56</sup>.

È di tutta evidenza infatti che in presenza di una violazione dell'obbligazione di sicurezza la proporzionalità del rifiuto dell'adempimento da parte del lavoratore discende dalla particolare gravità dell'inadempimento del datore di lavoro, tenuto conto della fondamentale rilevanza

53. In dottrina pacificamente: M. LAI, *Il diritto della sicurezza sul lavoro tra conferme e sviluppi*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 24 ss.; P. ALBI, *op. cit.*, p. 266 ss.; V. FERRANTE, *op. cit.*, p. 260 ss.; M. FRANCO, *Diritto alla salute e responsabilità civile del datore di lavoro*, F. Angeli, Milano, 1995, p. 320; G. NATULLO, *op. cit.*, p. 112 ss.; G. LOY, *La capacità fisica nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 267 ss.; G. NICOLINI, *Tutela delle condizioni di lavoro*, Cedam, Padova, 1991, p. 74 ss.; G. SUPPIEJ, *Il diritto dei lavoratori alla salubrità dell'ambiente di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1988, I, p. 445 ss.; S. EVANGELISTA, *op. cit.*, p. 33 ss.; F. BIANCHI D'URSO, *op. cit.*, p. 88 ss.; C. SMURAGLIA, *op. cit.*, p. 60 ss.

54. Sul punto v. P. ALBI, *op. cit.*, p. 272; V. FERRANTE, *op. cit.*, p. 347-348;

55. Cass. 19 gennaio 2016, n. 836, in *Dir. rel. ind.*, 2016, p. 838, con nota di V. FERRANTE; Cass. 1 aprile 2015, n. 6631; Cass. 7 maggio 2013, n. 10553, in *Foro it.* 2013, I, p. 1863; Cass. 7 maggio 2013 n. 10553; Cass. 5 novembre 2012, n. 18921, secondo la quale è giustificato il rifiuto di eseguire la prestazione in presenza di amianto sul luogo di lavoro; Cass. 10 agosto 2012, n. 14375, in *Giust. civ. mass.* 2012, p. 1080; Cass. 18 maggio 2006, n. 11664, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, p. 882 ss., con nota di A. SITZIA, relativamente al rifiuto di due lavoratori di continuare a prestazione l'attività in un reparto di cromatura a causa delle condizioni di pericolosità dell'ambiente di lavoro; Cass. 7 novembre 2005, n. 21479, in *Dir. lav.*, 2006, II, p. 155 ss., con nota di F. GIROLAMI, che ha ritenuto legittima la mancata prestazione di un lavoratore addetto a mansioni di cassiere presso un casello autostradale in ragione delle ripetute rapine subite durante l'attività lavorativa; Cass. 9 maggio 2005, n. 9576, in *Orient. giur. lav.*, 2005, I, p. 401.

56. Così in generale: Cass. 5 marzo 2015 n. 4474; Cass. 7 maggio 2013 n. 10553; Cass. 5 settembre 2012 n. 14905; Cass. 11 novembre 2011 n. 23673, in *Riv. crit. dir. lav.* 2011, p. 915; Cass. 22 febbraio 2008 n. 4673; Cass. 12 febbraio 2008 n. 3304; Cass. 5 dicembre 2007 n. 25313, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, p. 470, con nota di L. CAVALLARO; Cass. 16 maggio 2006 n. 11430, in *Giust. civ. mass.*, 2006, p. 5; Cass. 7 novembre 2005 n. 21479, *cit.*; Cass. 19 agosto 2003 n. 12161, in *Riv. it. dir. lav.* 2004, II, p. 378, con nota di G. DEL BORRELLO; Cass. 15 maggio 2003, n. 7599, in *Orient. giur. lav.* 2003, I, p. 371; Cass. 12 luglio 2002, n. 10187, in *Giust. civ. mass.*, 2002, p. 1212; Cass. 1 marzo 2001, n. 2948, in *Foro it.* 2001, I, p. 1869.

sul piano costituzionale degli interessi alla cui tutela è finalizzata l'obbligazione sancita dall'art. 2087 c.c.<sup>57</sup>. A ulteriore conferma della legittimità del rifiuto del lavoratore sarebbe peraltro sufficiente osservare che in mancanza di condizioni minime di sicurezza la prestazione di lavoro — come più sopra ricordato — non potrebbe neppure essere richiesta in quanto illecita nell'oggetto e come tale irrimediabilmente estranea all'obbligazione stessa del lavoratore.

Dal legittimo rifiuto del lavoratore discendono importanti effetti a suo favore: da un lato, il rifiuto della prestazione in risposta all'inadempimento del datore di lavoro non comporta alcuna perdita del diritto alla retribuzione piena; dall'altro, l'eventuale licenziamento irrogato dal datore di lavoro a causa della mancata prestazione del lavoratore risulterà privo di qualunque giustificazione<sup>58</sup>.

In termini analoghi dispone anche l'art. 44, co. 2, del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81<sup>59</sup>, il quale stabilisce che «in caso di pericolo grave, immediato e che non può essere evitato» il lavoratore, allontanatosi «dal posto di lavoro o da una zona pericolosa, non può subire pregiudizio alcuno e deve essere protetto da qualsiasi conseguenza dannosa».

È appena il caso di rilevare che questa norma si fonda su presupposti diversi rispetto a quelli dell'art. 1460 c.c., dal momento che l'art. 44 prescinde dall'inadempimento del datore di lavoro, mentre richiede la presenza di un pericolo grave, immediato e inevitabile che potrebbe verificarsi anche in assenza dell'inadempimento dell'obbligo di sicurezza<sup>60</sup>.

La dimostrazione del pericolo «grave» e «immediato» potrebbe invero sollevare alcune difficoltà per il lavoratore, sebbene il diritto sancito dall'art. 44 non sia alternativo ma aggiuntivo rispetto all'eccezione di inadempimento del Codice civile. Si può quindi concludere che in caso di inadempimento dell'obbligo di sicurezza il lavoratore potrà sempre esperire, anche in assenza di un pericolo grave e immediato, il

57. V. FERRANTE, *op. cit.*, p. 283.

58. Vedi le pronunce citate *supra* alla nota 54.

59. La norma riproduce testualmente il contenuto del precedente art. 14 del d.lgs. 19 settembre 1994, n. 626.

60. M. LAI, *op. cit.*, p. 27; C. LAZZARI, *L'organizzazione del sistema aziendale di prevenzione: soggetti ed obblighi tecnici*, in G. NATULLO (a cura di), *salute e sicurezza sul lavoro*, Utet, Torino, 2015, p. 773; A. LASSANDARI, *Commento agli artt. 43-46*, in C. ZOLI (a cura di), *I principi comuni*, in L. MONTUSCHI (diretto da), *La nuova sicurezza sul lavoro*, Vol. I, Zanichelli, Bologna, 2011, p. 501-502; R. DEL PUNTA, *Diritti e obblighi del lavoratore: informazione e formazione*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 188 ss.; M. FRANCO, *Le responsabilità del datore e del prestatore di lavoro in materia di sicurezza nel d.lgs. 19 settembre 1994, n. 626*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, I, p. 287.

rimedio dell'art. 1460 c.c., mentre in presenza di un pericolo grave e immediato il lavoratore potrà sempre esercitare, anche in assenza di inadempimento, il diritto ad allontanarsi dal luogo di lavoro previsto dall'art. 44<sup>61</sup>.

Sennonché, i ripetuti tentativi della dottrina di ribadire la priorità dell'adempimento sul risarcimento del danno, soprattutto in considerazione degli interessi fondamentali della persona coinvolti nel rapporto di lavoro, non hanno sortito particolari effetti dinanzi alla marcata tendenza ad enfatizzare l'importanza del rimedio risarcitorio, il quale da strumento meramente aggiuntivo rispetto alla condanna all'adempimento, ha assunto di fatto la funzione di principale, se non addirittura esclusivo, strumento di reazione all'inadempimento.

Questo risultato diventa ancora più paradossale nel rapporto di lavoro dove in capo al datore di lavoro sussiste un preciso obbligo di tutela dei diritti involabili della persona che imporrebbe a maggior ragione la priorità dell'adempimento rispetto all'eventuale e aggiuntivo risarcimento del danno. Al contrario, la particolare enfasi riposta dalla giurisprudenza sul rimedio risarcitorio ha finito per attribuire a questo strumento una funzione punitiva e sanzionatoria della violazione dei diritti fondamentali della persona, alimentando in questo modo l'erronea ma persistente convinzione che quei diritti non possano essere protetti, ma soltanto risarciti in caso di loro violazione<sup>62</sup>.

### **3.5. Il cumulo della responsabilità contrattuale e aquiliana**

Se l'asserita infungibilità della condotta dovuta dal datore di lavoro ha impedito il ricorso all'esecuzione in forma specifica in caso di violazione dell'obbligo di sicurezza, il dogma della irrisarcibilità dei danni non patrimoniali da inadempimento ha costituito invece il principale ostacolo alla realizzazione di una piena tutela risarcitoria del lavoratore in caso di lesione dei diritti fondamentali della persona.

Nell'intento di aggirare i limiti imposti da questo principio dogmatico, la giurisprudenza lavoristica ha così elaborato una soluzione particolarmente raffinata e condivisa da una parte della dottrina: il cumulo della responsabilità contrattuale con quella aquiliana.

61. M. LAI, *op. cit.*, p. 28; R. DEL PUNTA, *op. cit.*, p. 190-191.

62. Cfr. L. MONTUSCHI, *Problemi del danno alla persona nel rapporto di lavoro, cit.*, p. 337.

In caso di danno alla persona, infatti, la giurisprudenza ha ammesso per lungo tempo che il lavoratore potesse ricorrere in giudizio al fine di ottenere il relativo risarcimento non soltanto a titolo di responsabilità contrattuale per violazione dell'obbligo di sicurezza di cui all'art. 2087 c.c., ma, al contempo, anche a titolo di responsabilità aquiliana per violazione del principio generale del *neminem laedere* dell'art. 2043 c.c.<sup>63</sup>.

I giudici erano soliti ritenere che, in mancanza di una esplicita scelta del danneggiato, dovesse ritenersi proposta l'azione di responsabilità extracontrattuale, mentre doveva configurarsi l'azione di responsabilità contrattuale ove la domanda fosse stata fondata sull'inosservanza degli obblighi nascenti dal rapporto negoziale<sup>64</sup>.

Tra i due regimi di responsabilità sussistono ovviamente radicali differenze sul piano innanzitutto della imputabilità del fatto produttivo di danno e della relativa prova, dal momento che, mentre nella responsabilità contrattuale incombe al creditore-lavoratore soltanto la prova del fatto e del nesso di causalità, spettando al debitore-datore di lavoro la prova della non imputabilità dell'inadempimento dell'obbligazione di sicurezza, nella responsabilità aquiliana invece incombe al danneggiato la dimostrazione del danno ingiusto e della sua imputabilità alla condotta colposa o dolosa del danneggiante.

Ulteriori differenze derivano dalla regola posta dall'art. 1225 c.c. che nell'ambito della responsabilità contrattuale limita il risarcimento ai soli danni prevedibili al momento dell'insorgenza dell'obbligazione purché siano conseguenza immediata e diretta del fatto del debitore. E diversi sono anche i termini di prescrizione che nella responsabilità contrattuale hanno durata decennale, mentre in quella aquiliana durata quinquennale.

Ebbene, nonostante queste profonde differenze, la giurisprudenza non ha avuto difficoltà ad ammettere il cumulo delle due azioni in presenza di danni alla persona derivanti dalla violazione dell'obbligo di

63. Tra le tante: Cass. 27 giugno 2011, n. 14107, in *Giust. civ.* 2012, I, p. 2395; Cass. 11 maggio 2007, n. 10830, in *Giust. civ. mass.* 2007, p. 5; Cass. 1 giugno 2006, n. 13130, in *Giust. civ. mass.* 2006, p. 6; Cass. 24 febbraio 2006, n. 4184, in *Giust. civ. mass.*, 2006, p. 2; Cass. 4 febbraio 2005, n. 2272, in *Foro it.*, Rep. 2005, voce *Responsabilità civile*, n. 339; Cass. 6 agosto 2002, n. 11766, in *Orient. Giur. lav.*, 2002, I, p. 816; Cass. 20 giugno 2001, n. 8381, in *Danno e resp.*, 2002, p. 141; Cass., s.u., 12 marzo 2001, n. 99, in *Danno resp.*, 2001, p. 580, con nota di M. BONA; Cass. 20 gennaio 2000, n. 602, in *Foro it.*, Rep., 2000, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1362; Cass. 10 maggio 1997, n. 4097, in *Giust. civ. mass.* 1997, p. 708; Cass. 26 ottobre 1995, n. 11120.

64. Cass., s.u., 23 gennaio 2004 n. 1248; Cass., s.u., 5 agosto 2002, n. 11756; Cass., s.u., 14 dicembre 1999, n. 900, in *Danno e resp.*, 2000, p. 628; Cass. 4 maggio 2004, n. 8438, in *Mass. giur. lav.*, 2004, p. 554.

sicurezza quale utile espediente al fine di garantire al lavoratore la massima tutela risarcitoria senza contraddire il principio della irrisarcibilità dei danni non patrimoniali da inadempimento.

In senso favorevole alla giurisprudenza si è espressa anche una parte della dottrina lavoristica, secondo la quale il concorso o la cumulabilità della responsabilità aquiliana con quella contrattuale sono «dati di fatto, immanenti» alla regola per cui «l'inadempimento, se sorretto da un apprezzabile elemento soggettivo (almeno la colpa, se non il dolo), costituisce pure un fatto illecito»<sup>65</sup>.

Alcune conferme in questo senso sembrerebbero rivenirsi anche nella dottrina civilistica, secondo la quale il concorso tra la responsabilità aquiliana e contrattuale si configura in generale in due distinte situazioni: quando la condotta del debitore lede interessi del creditore estranei alla prestazione, dando così luogo anche ad un fatto illecito, oppure quando l'inadempimento integra esso stesso un fatto illecito<sup>66</sup>.

È utile ricordare che in generale l'inadempimento non sarebbe qualificabile di per sé anche come fatto illecito, venendo meno altrimenti la stessa distinzione tra responsabilità contrattuale e aquiliana<sup>67</sup>.

Senonché, sussistono alcune ipotesi nelle quali la condotta del debitore integra, al contempo, gli estremi dell'inadempimento e dell'illecito e ciò si verifica quando l'inadempimento è idoneo di per sé a ledere anche la sfera soggettiva del creditore a causa del suo personale coinvolgimento nel contratto, verificandosi in questo modo una sovrapposizione tra i due titoli di responsabilità<sup>68</sup>.

65. Così M. PEDRAZZOLI, *Introduzione*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *I danni alla persona del lavoratore nella giurisprudenza*, Padova, Cedam, 2004, p. XLIX; R. SCOGNAMIGLIO, *Danno biologico e rapporto di lavoro subordinato*, in *Arg. dir. lav.*, 1997, p. 23; A. GENTILI, *Lesione, responsabilità, risarcimento nella teoria del danno biologico*, in *Dir. lav.*, 1994, I, p. 396 ss.. Nella dottrina civilistica ammettono in generale il cumulo di entrambe le responsabilità: D. POLETTI, *Danno alla salute e diritto del lavoro*, in M. BARGAGNA, F.D. BUSNELLI (a cura di), *La valutazione del danno alla salute*, Cedam, Padova, 1988, p. 269 ss.; P.G. MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Analisi comparata di un problema*, Cedam, Padova, 1989, p. 15 ss.; F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 29 ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile. La responsabilità*, Vol. 5, Giuffrè, Milano, 1994, p. 551 ss.; P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, Utet, Torino, 1998, p. 679 ss.; M. FRANZONI, *L'illecito*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 376 ss.; D. FREANDA, *Il concorso di responsabilità contrattuale e aquiliana*, Cedam, Padova, 2013, p. 198 ss..

66. C. CASTRONOVO, *La responsabilità e altre forme di tutela civile*, in C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 555 ss.

67. C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, p. 566.

68. C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, p. 567. In senso contrario però L. MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 371, secondo il quale il

In questa logica si dovrebbe allora concludere che il cumulo tra i due titoli di responsabilità è destinato a realizzarsi soprattutto nell'ambito del rapporto di lavoro in ragione del fatto che la prestazione dovuta dal lavoratore deve essere adempiuta attraverso il diretto coinvolgimento della sua persona.

Senonché, la stessa dottrina civilistica non ha mancato di sottolineare come proprio nell'ambito del rapporto di lavoro non vi sarebbe in ragione alcuna ragione in realtà per ricorrere all'espedito del cumulo della responsabilità contrattuale e aquiliana, posto che «l'art. 2087 c.c. è in grado di abbracciare ogni voce di danno alla persona, patrimoniale e non patrimoniale, che il lavoratore abbia subito in occasione di lavoro»<sup>69</sup>. Più esplicitamente, nel rapporto di lavoro la responsabilità extracontrattuale non è in grado di aggiungere nulla alla responsabilità contrattuale proprio «per la portata normativa, che più ampia non potrebbe essere, dell'art. 2087 c.c.»<sup>70</sup>, il quale — come già ricordato — impone al datore di lavoro di tutelare non soltanto l'integrità fisica ma anche la «personalità morale» del lavoratore.

Ciò significa che il «pur meritorio tentativo»<sup>71</sup> della giurisprudenza di offrire al danneggiato la massima tutela risarcitoria possibile, aggirando attraverso il cumulo delle responsabilità il principio dell'irrisarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento, non era in realtà necessario nell'ambito del rapporto di lavoro, tenuto conto che l'obbligo di protezione imposto al datore di lavoro è di per sé idoneo a fondare la responsabilità di quest'ultimo per qualunque danno, patrimoniale e non patrimoniale, subito dal lavoratore a causa della mancata adozione di idonee misure di sicurezza.

concorso di responsabilità deve essere come logica conseguenza del fatto che nelle obbligazioni destinate a svolgersi sulla persona del creditore l'interesse di protezione è completamente assorbito dall'interesse alla prestazione. Contrari nella dottrina civilistica all'ammissibilità del cumulo S. MAZZAMUTO, *Il mobbing*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 49-50; S. MAZZAMUTO, *Ancora sul mobbing*, in AA.VV., *Il danno alla persona del lavoratore*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 214; R. DE MATTEIS, *Il cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: una regola di formazione giurisprudenziale*, in G. VISINTINI (a cura di), *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 402 ss.

69. C. CASTRONOVO, *Danno alla persona nel rapporto di lavoro*, in AA.VV., *op. ult. cit.*, p. 189. In senso analogo nella dottrina lavoristica L. MONTUSCHI, *L'incerto cammino della sicurezza del lavoro fra esigenze di tutela, onerosità e disordine normativo*, in *Riv. giur. lav.*, 2001, p. 509; M. VINCIERI, *Responsabilità contrattuale o aquiliana?*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *op. ult. cit.*, p. 106-107

70. C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, p. 189.

71. S. MAZZAMUTO, *Il mobbing*, *cit.*, p. 49-50.

### **3.6. L'incontrollata proliferazione delle voci di danno non patrimoniale come risposta ai limiti del sistema risarcitorio**

L'evoluzione della tematica dei danni non patrimoniali nel diritto del lavoro — come già sottolineato — ha seguito percorsi non sempre lineari nell'intento, da un lato, di fornire al lavoratore la massima tutela risarcitoria possibile e, dall'altro, di sanzionare l'inosservanza dell'obbligo di sicurezza dinanzi alla difficoltà, teorica e pratica, di garantire un ambiente di lavoro privo di rischi per l'integrità psicofisica del lavoratore.

In questa logica, l'ambigua distinzione tra danni di diversa natura ha fornito alla giurisprudenza ulteriori soluzioni per garantire al lavoratore una tutela risarcitoria comprensiva anche dei diversi aspetti non patrimoniali del pregiudizio subito. Non è difficile infatti ravvisare nella giurisprudenza più risalente la tendenza ad una incontrollata proliferazione delle voci risarcitorie o ad un altrettanto indeterminata confusione tra pregiudizi di natura diversa. Particolarmente emblematica da questo punto di vista è stata l'evoluzione del danno biologico, il quale, dopo il suo riconoscimento da parte del giudice costituzionale<sup>72</sup>, è stato spesso impiegato dalla giurisprudenza lavoristica come utile contenitore attraverso il quale garantire il risarcimento di ulteriori e distinti pregiudizi legati alla sfera esistenziale, sociale e culturale del lavoratore<sup>73</sup>.

Nel variegato panorama giurisprudenziale che ha fatto seguito all'intervento del giudice costituzionale, non sono mancate pronunce che, pur nella completa assenza di qualunque lesione psicofisica obiettivamente valutabile sul piano medico-legale, hanno liquidato a titolo di risarcimento del danno biologico i «perturbamenti alla sfera emotiva»<sup>74</sup>, il «danno alla vita di relazione»<sup>75</sup>, i pregiudizi alla «specificità soggettività» del lavoratore<sup>76</sup>, le sofferenze culminate in crisi di pianto e tremori<sup>77</sup> fino ad arrivare alle lesioni «della personalità morale, in

72. Vedi *supra* i paragrafi 4 e 5 del Capitolo I.

73. P. ALBI, *op. cit.*, p. 289 ss.

74. Pret. Trento 22 febbraio 1993, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 55, con nota di A. RAFFI.

75. Cass. 16 aprile 1996, n. 3565, in *Danno e resp.*, 1996, p. 711, con nota di C. AMATO; Cass. 18 aprile 1996, n. 3686, in *Giur. it.*, 1997, I, p. 926, con nota di F. GIAMMARRIA; Cass. 28 maggio 1996, n. 4909, in *Danno e resp.*, 1996, p. 785; Cass. 28 aprile 1997, n. 3635, in *Resp. civ. prev.*, 1998, p. 435, con nota di F. MARTINI; Cass. 9 febbraio 1998, n. 1324, in *Giur. it.*, 1998, p. 2043, con nota di M.P. SUPPA; Cass. 17 novembre 1999, n. 12741, in *Danno e resp.*, 2000, p. 844, con nota di M. BONA.

76. Pret. Milano 14 dicembre 1995.

77. Trib. Milano 14 giugno 2001, in *Not. giur. lav.*, 2001, p. 470.

particolare della libera esplicazione della personalità anche nel luogo di lavoro e della dignità in genere, professionale ed extraprofessionale»<sup>78</sup>.

Il danno biologico, almeno in una prima fase, è stato utilizzato come indistinta categoria alla quale ricondurre diversi pregiudizi alla sfera esistenziale del lavoratore<sup>79</sup>, snaturandone così il significato di danno all'integrità psicofisica obiettivamente verificabile sul piano medico-legale. In altri termini, la giurisprudenza lavoristica è stata inizialmente ispirata dall'obiettivo di fornire una risposta alle diverse richieste risarcitorie senza curarsi troppo dell'esigenza di collocare le diverse tipologie di pregiudizio all'interno di un razionale e coerente ordine teorico<sup>80</sup>.

Questa «anarchia del dopo principio» — come è stata definita da autorevole dottrina<sup>81</sup> — non ha interessato però soltanto il danno biologico.

Un'altra categoria dai contorni ancora più incerti è stata quella del «danno alla professionalità» alla quale sono stati spesso ricondotti, in caso di assegnazione a mansioni inferiori<sup>82</sup>, diversi pregiudizi di natura indistintamente patrimoniale e non patrimoniale. Il danno alla professionalità o da demansionamento ha rappresentato, infatti, una categoria disomogenea e di difficile inquadramento sistematico<sup>83</sup>, che è stata spesso utilizzata per garantire il risarcimento non soltanto dei danni patrimoniali causati dalla lesione alle capacità professionali o alle aspettative di carriera del lavoratore, ma anche di ulteriori e differenti pregiudizi, quali il danno alla «personalità morale»<sup>84</sup>, alla «vita di relazione»<sup>85</sup>,

78. Trib. Treviso 9 maggio 2000, in *Rass. giur. lav. Veneto*, 2000, n. 2, p. 30.

79. Cfr. Cass., 26 gennaio 1999, n. 704, in *Resp. civ. prev.*, 1999, p. 389.

80. P. ZIVIZ, *I danni non patrimoniali*, cit. p. 66.

81. F.D. BUSNELLI, *Quale futuro per il danno alla salute?*, in M. BARGAGNA, F.D. BUSNELLI (a cura di), *La valutazione del danno alla salute*, Cedam, Padova, 1995, p. 4.

82. Vedi *infra* par. 1 del Capitolo IV.

83. Sul punto vedi Cass. 11 agosto 1998, n. 7905, in *Danno e resp.*, 1998, p. 1159; Cass. 7 luglio 2001, n. 9228, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2001, p. 999; trib. Milano 30 maggio 1997, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1997, p. 789; trib. Milano 10 giugno 2000, in *Orient. giur. lav.*, 2000, p. 367.

84. Cass. pen. 7 febbraio 2008, n. 12738; Cass. 17 dicembre 2007, n. 26561, in *Giust. civ.* 2008, I, p. 2176, con nota di F. BUFFA; Cass. 6 marzo 2006, n. 4774, in *Riv. it. dir. lav.* 2006, II, p. 562, con nota di M. PARPAGLIONI; Cass. 8 novembre 2002, n. 15749, in *Giur. it.* 2004, p. 2084; trib. Pisa 12 ottobre 2001, in *Foro tosc.* 2002, p. 63; trib. Pisa 25 luglio 2001, in *Lav. giur.*, 2002, p. 91; trib. Treviso 13 ottobre 2000, in *Riv. giur. lav.* 2002, II, p. 332.

85. Così Cass. 16 dicembre 1992, n. 13299, in *Giur. it.*, 1995, I, p. 168, con nota di P. CAMPANELLA; Cass. 10 aprile 1996, n. 3341, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, II, p. 72, con nota di L. CALAFÀ; Cass. 18 aprile 1996, n. 3686, cit.; Cass. 5 novembre 1999, n. 12339, in *Orient. giur. lav.*, 2000, p. 391, con nota di G. LUDOVICO; Cass. 14 novembre 2001, n. 14199, in *Riv. giur. lav.*, 2002, II, p. 238, con nota di F. MILLI; Cass. 2 gennaio 2002, n. 10, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, p. 58, con nota di C. QUARANTA; trib. Viterbo 30 aprile 2003, in *Dir. lav.*, 2004, II, p. 45, con nota di L. CALAFÀ; trib. Trieste 10 dicembre 2003; trib. Siena 19 aprile 2003; trib. Roma 13 marzo 2003;

«all'immagine»<sup>86</sup>, alla «dignità»<sup>87</sup>, all'«identità personale»<sup>88</sup> e alla «personalità»<sup>89</sup> del lavoratore<sup>90</sup>.

La premessa dalla quale muoveva tale orientamento risiedeva — come noto — nell'idea che il lavoro non rappresenti soltanto un mezzo di sostentamento, ma anche un'importante occasione di espressione della personalità dell'individuo, con la conseguenza che le violazioni delle regole poste a tutela dei diritti del lavoratore comportano anche una compromissione della sua sfera esistenziale<sup>91</sup>.

La dottrina, del resto, ha da tempo sottolineato come l'assegnazione del lavoratore a mansioni inferiori in violazione dell'art. 2013 c.c.<sup>92</sup> costituisce una condotta plurioffensiva che si pone in contrasto anche con l'obbligo di sicurezza sancito dall'art. 2087 c.c. nella parte in cui fornisce protezione anche alla «personalità morale» del lavoratore<sup>93</sup>.

Nello stesso senso si è espresso il giudice costituzionale, il quale ha riconosciuto come dall'assegnazione del lavoratore a mansioni inferiori possano derivare pregiudizi di natura diversa: il danno al «complesso di

trib. Torino 28 gennaio 2003, in *Giur. piem.*, 2003, p. 92; trib. Milano 22 agosto 2002, in *Orient. giur. lav.*, 2002, p. 536; C. App. Salerno 17 aprile 2002; trib. Milano 26 aprile 2000, in *Orient. giur. lav.*, 2000, p. 375.

86. Cass. 10 aprile 1996, n. 3341, *cit.*; Cass. 14 novembre 2001, n. 14199, *cit.*; trib. Roma 3 gennaio 1996, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1997, p. 117; trib. Bergamo 24 maggio 2000, in *Arg. dir. lav.*, 2000, p. 851; trib. Milano 17 marzo 2001, in *Orient. giur. lav.*, 2001, p. 47

87. Trib. Milano 17 marzo 2001, *cit.*; trib. Trieste 10 dicembre 2003.

88. Cass. 10 aprile 1996, n. 3341, *cit.*;

89. Cass. 2 gennaio 2002, n. 10, *cit.*; Cass. 6 novembre 2000, n. 14443, in *Dir. prat. lav.*, 2001, p. 1203; Cass. 18 ottobre 1999, n. 11727, in *Not. giur. lav.*, 1999, p. 2801; Cass. 16 dicembre 1992, n. 13299, *cit.*; C. App. Salerno 17 aprile 2002; trib. Trieste 10 dicembre 2003; trib. Milano 26 aprile 2000, *cit.*

90. Sul punto in generale P. ALBI, *op. cit.*, p. 291 ss.; G. MARANDO, *Vecchi e nuovi problemi in tema di demansionamento e danno alla professionalità: il percorso giurisprudenziale*, in *Resp. civ. prev.*, 2000, p. 58 ss.; F. PASQUINI, *Adibizioni a mansioni inferiori, impedimento della prestazione e mancate promozioni*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *op. ult. cit.*, p. 51 ss.; A. RAFFI, *Danni alla professionalità e da perdita di "chances"*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Danno biologico e oltre. La risarcibilità dei pregiudizi alla persona del lavoratore*, *cit.*, p. 61 ss.

91. Sul punto vedi Cass. 26 maggio 2004, n. 10157, in *Danno e resp.*, 2005, p. 401; Cass. 27 aprile 2004, n. 7980, in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 3204; Cass. 22 febbraio 2003, n. 2763, in *Orient. giur. lav.*, 2003, p. 311; Cass. 12 novembre 2002, n. 15868, in *Riv. giur. lav.*, 2003, II, p. 540; Cass. 2 novembre 2001, n. 13580, in *Orient. giur. lav.*, 2002, p. 35; Cass. 2 gennaio 2002, n. 10, *cit.*; Cass. 14 novembre 2001, n. 14199, *cit.*; Cass. 6 novembre 2000, n. 14443, *cit.*; Cass. 18 ottobre 1999, n. 11727, *cit.*

92. Il riferimento è al vecchio testo dell'art. 2103 c.c., il quale, prima delle modifiche da ultimo introdotte dall'art. 3 del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, vietava l'assegnazione del lavoratore a mansioni inferiori rispetto a quelle di assunzioni o alle ultime effettivamente svolte.

93. G. PERA, *Sul diritto del lavoratore a lavorare*, in *Riv. it. dir. lav.*, II, p. 388; L. MONTUSCHI, *Problemi del danno alla persona nel rapporto di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, I, p. 326.

capacità e di attitudini che viene definito con il termine professionalità»; i «danni alla persona ed alla sua dignità», specialmente in caso di imposizione di una condizione di completa inattività; e infine i «danni alla salute psichica e fisica»<sup>94</sup>.

Sennonché, la tendenza giurisprudenziale ad utilizzare l'ambigua categoria del danno alla professionalità per garantire il risarcimento anche delle lesioni di interessi e beni di natura esistenziale ha condotto a risultati non sempre coerenti dal punto di vista sistematico e applicativo.

Alcuni elementi di dubbia razionalità emergono anzitutto da quelle pronunce che, dopo aver confermato la natura patrimoniale del danno alla professionalità nonché il relativo criterio di liquidazione ancorato alla retribuzione percepita, non hanno avuto difficoltà — come già detto — a ricomprendere in questa voce risarcitoria anche danni di natura non patrimoniale, come il danno alla vita di relazione, alla personalità morale e alla dignità del lavoratore<sup>95</sup>. E analoghe critiche possono estendersi a quelle decisioni che hanno riconosciuto, viceversa, la natura non patrimoniale del danno alla professionalità, senza però discostarsi dal criterio che ne determina l'ammontare in funzione di una percentuale della retribuzione<sup>96</sup>.

Le posizioni assunte dalla giurisprudenza possono essere spiegate con l'intento, più o meno esplicito, di offrire alla vittima una riposta risarcitoria anche per le conseguenze non patrimoniali dell'evento, dilatando a tale scopo una categoria di danno di natura tipicamente patrimoniale.

Una soluzione — quella della "patrimonializzazione" dei danni non patrimoniali — che è stata chiaramente ispirata dall'obiettivo di superare il principio della irrisarcibilità dei danni non patrimoniali in ambito contrattuale. Una soluzione tuttavia che ha comportato una indebita confusione tra danni di natura diversa e che poteva essere evitata, con indubbia maggiore razionalità sul piano sistematico, semplicemente accogliendo la tesi che ammetteva la risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento<sup>97</sup>.

94. C. cost. 6 aprile 2004, n. 113, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, p. 476 ss., con nota di M. CORTI.

95. Per una puntuale ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali vedi F. PASQUINI, *op. cit.*, p. 51 ss.

96. Trib. Milano 26 aprile 2000, *cit.*; trib. Viterbo 30 aprile 2003, *cit.*; trib. Torino 10 agosto 2001, *cit.*; trib. Forlì 15 marzo 2001, in *Lav. giur.*, 2002, p. 552, con nota di R. NUNIN.

97. M. LANOTTE, *Il danno alla persona nel rapporto di lavoro*, Giappichelli, Torino, 1998, p. 148; P.G. MONATERI, M. BONA, U. OLIVA, *Mobbing. Vessazioni sul lavoro*, Giuffrè, Milano,

Non era difficile infatti concludere che la rilevanza costituzionale di determinati beni e interessi fondamentali della persona imponeva un'adeguata risposta risarcitoria in caso di loro violazione, specialmente ove tali interessi e beni siano espressamente recepiti nella disciplina del contratto<sup>98</sup>. L'art. 2087 c.c. costituisce, infatti, una norma sufficientemente ampia ed elastica che, in ragione del suo riferimento alla «personalità morale» del lavoratore, avrebbe potuto facilmente giustificare, in caso di inadempimento, la risarcibilità di qualunque pregiudizio non patrimoniale. Né poteva deporre in senso contrario la regola sancita dall'art. 1225 c.c., che limita il risarcimento del danno da inadempimento al solo danno prevedibile al momento della stipulazione del contratto<sup>99</sup>, tenuto conto che, specialmente nel rapporto di lavoro, il personale coinvolgimento del lavoratore nell'esecuzione della prestazione rende qualunque danno non patrimoniale «per sua natura interamente prevedibile»<sup>100</sup>.

### **3.7. La distinzione tra danno e lesione: il superamento del danno *in re ipsa* e l'affermazione del danno-conseguenza**

La tendenza della giurisprudenza a piegare le logiche del sistema risarcitorio ad una funzione sanzionatoria dell'illecito o di coazione indiretta all'adempimento emerge in modo palese anche dalla nota e controversa contrapposizione tra danno-evento e danno-conseguenza.

Questa distinzione risale — come noto — alla pronuncia con cui la Corte Costituzionale ha riconosciuto il diritto fondamentale al risarcimento del danno alla salute sulla base del combinato disposto dell'art. 32 Cost. e dell'art. 2043 c.c.<sup>101</sup>.

2000, p. 82-83; A. PIZZOFRERATO, *Molestie sessuali sul lavoro. Fattispecie giuridica e tecniche di tutela*, Cedam, Padova, 2000, p. 255; A. TURSI, *op. cit.*, p. 297.

98. R. DEL PUNTA, *Il mobbing: l'illecito e il danno*, in *Lav. dir.*, 2003, p. 548-550; A. VI-SCOMI, *Il mobbing: alcune questioni su fattispecie ed effetti*, in *Lav. dir.*, 2002, p. 59-60.

99. Così A. TURSI, *op. cit.*, p. 305

100. In questo senso L. NOGLER, *La deriva risarcitoria della tutela dei diritti involabili della persona del lavoratore dipendente*, *cit.*, p. 77; P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, Vol. II, Giuffrè, Milano, 2003, p. 101; A. LASSANDARI, *L'alternativa fra fondamento contrattuale o aquiliano della responsabilità e delle sue ripercussioni*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *op. ult. cit.*, p. 126 ss.

101. Sulla sentenza della Corte Costituzionale 14 luglio 1986, n. 184, vedi *supra* i paragrafi 4 e 5 del Capitolo I.

Uno dei passaggi più dibattuti della sentenza n. 184 del 1986 è stato quello in cui la Corte Costituzionale, accogliendo una prospettiva dell'illecito di matrice più penalistica che privatistica, ha operato l'artificiosa distinzione tra «l'evento del fatto lesivo» e le sue «conseguenze dannose», qualificando il danno alla salute come «danno-evento» a differenza del danno morale che era stato invece ricondotto alla categoria del «danno-conseguenza».

Secondo questa prospettazione, la lesione dell'integrità psicofisica costituiva l'evento causato dalla condotta illecita, mentre le altre tipologie di danno rappresentavano la conseguenza dello stesso illecito. In altri termini, la risarcibilità della lesione del bene costituzionale della salute sussisteva indipendentemente dal fatto che la lesione avesse provocato una perdita effettiva. Ad essere risarcita pertanto era la lesione in sé dell'interesse costituzionalmente protetto.

È inutile dire che questa distinzione tra danno-evento e danno-conseguenza è stata fortemente criticata da una parte della dottrina civilistica per la semplice ragione che nel diritto civile l'illecito si configura nella misura in cui sussiste un danno e non viceversa<sup>102</sup>.

È l'ingiustizia del danno, in poche parole, che qualifica l'atto come illecito, con la conseguenza che, in mancanza di un danno effettivo e concreto, la semplice lesione della salute non potrebbe configurare alcun illecito<sup>103</sup>.

La distinzione in parola in realtà era funzionale all'obiettivo di ricondurre il danno biologico, inteso come danno-evento, alla categoria del danno ingiusto dell'art. 2043 c.c., sottraendolo ai limiti risarcitori dell'art. 2059 che continuavano così ad applicarsi al solo danno morale<sup>104</sup>.

102. G. SCALFI, *Reminiscenze dogmatiche per il c.d. danno alla salute: un ripensamento della Corte costituzionale*, in *Resp. civ. prev.*, 1986, p. 535; G. PONZANELLI, *La Corte costituzionale, il danno non patrimoniale e il danno alla salute*, in *Foro it.*, 1986, I, p. 2053; A. PULVIRENTI, *Il danno all'integrità psico-fisica (cosiddetto danno biologico) nella più recente sentenza della Corte costituzionale*, in *Giur. It.*, 1986, I, 1, p. 401; P.G. MONATERI, *La costituzione ed il diritto privato: il caso dell'art. 32 cost. e del danno biologico* («*Staatsrecht vergeht, Privatrecht besteht*»), in *Foto it.*, 1986, I, p. 2986 ss.; G. GUSSONI, *Il danno biologico o alla salute come danno-conseguenza*, in *Ass.*, 1987, I, p. 348; C. CASTRONOVO, *Danno biologico. Un itinerario di diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 25; M. FRANZONI, *Fatti illeciti. Art. 2043, 2056-2059*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja Branca*, Zanichelli-II Foro It., Bologna-Roma, 2004, p. 401 ss.; V. SCALISI, *Danno e ingiustizia nella teoria della responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 811

103. C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, p. 25.

104. Vedi *supra* i paragrafi 4 e 5 del Capitolo I.

La configurazione del danno biologico come danno-evento non era ovviamente priva di effetti sul piano probatorio, giacché la sola dimostrazione della lesione dell'interesse costituzionalmente protetto era sufficiente a fondare il diritto al risarcimento indipendentemente dall'effettiva sussistenza del danno.

Sebbene la distinzione tra danno-evento e danno-conseguenza sia stata oggetto di successivo ripensamento da parte della stessa Corte costituzionale<sup>105</sup>, quella concezione è stata inizialmente recepita in alcune pronunce della Cassazione e lo stesso ragionamento poté essere facilmente esteso ad altre lesioni di interessi costituzionalmente protetti.

Nell'ipotesi di demansionamento, alcune pronunce, facendo leva sulla plurioffensività della condotta del datore di lavoro, avevano ritenuto che la dimostrazione del danno fosse necessaria soltanto per i pregiudizi di natura patrimoniale e non anche per le lesioni arrecate al «valore superiore della professionalità, direttamente collegato a un diritto fondamentale del lavoratore e costituente sostanzialmente un bene a carattere immateriale»<sup>106</sup>.

La tesi del danno-evento ha trovato ulteriori applicazioni anche nella giurisprudenza in materia di danni derivanti da mancato godimento delle ferie e dei riposi settimanali<sup>107</sup>.

Si tratta, in particolare, del danno da usura psicofisica provocato dall'ininterrotto svolgimento della prestazione in violazione dell'art. 36, co. 3, Cost. che riconosce il diritto irrinunciabile al riposo settimanale e alle ferie annuali retribuite<sup>108</sup>.

Secondo la giurisprudenza, l'inosservanza della disciplina in materia di orario di lavoro, riposi e ferie assume rilievo anche come violazione dell'obbligo di sicurezza dell'art. 2087 c.c., dal momento che i limiti

105. C. cost. 27 ottobre 1994, n. 372, in *Giust. civ.*, 1994, p. 3029.

106. Così Cass. 2 gennaio 2002, n. 10, *cit.*.

107. Vedi *infra* il paragrafo 9 del Capitolo IV.

108. Sul punto in generale vedi G. LELLA, *La natura del compenso per il lavoro domenicale e per il lavoro prestato oltre il sesto giorno*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, p. 124 ss.; G. LUDOVICO, "Superlavoro" e demansionamento: due pronunce della Cassazione in tema di danno biologico e rilevanza delle concause naturali, in *Orient. giur. lav.*, 2000, p. 395 ss.; E. GRAGNOLI, *Responsabilità datoriale per infarto del dipendente e potere organizzativo*, in *Mass. giur. lav.*, 1997, p. 818 ss.; M. MEUCCI, *Sugli obblighi di cooperazione datoriale per il corretto espletamento della prestazione* in *Lav. Prev. Oggi*, 2000, p. 367 ss.; M. MANGIONI, *Il danno alla salute nel rapporto di lavoro e il potere organizzativo dell'impresa* in *Resp. civ. prev.*, 1998, p.407 ss.; F. GIAMMARRIA, *Lavoro straordinario, ferie non godute e danno biologico: la Cassazione si pronuncia ma resta una perplessità*, in *Giur. it.*, 1998, p. 1822 ss..

imposti alla durata della prestazione hanno anche la funzione di tutelare l'integrità psicofisica del lavoratore<sup>109</sup>.

Dal mancato godimento di ferie e riposi possono derivare ovviamente numerosi pregiudizi qualificabili non soltanto come danno biologico, ove l'usura psicofisica abbia provocato una vera e propria lesione della salute<sup>110</sup>, ma, al contempo, anche come danno esistenziale in ragione della compromissione delle abitudini di vita personale e familiare del lavoratore<sup>111</sup>.

Anche in questo caso non sono mancate le pronunce che specialmente con riguardo al danno esistenziale, hanno configurato il danno *in re ipsa* o hanno riconosciuto una presunzione di danno *iuris et de iure*, identificando cioè il danno con la violazione del diritto al riposo e alle ferie<sup>112</sup>.

Più in generale, occorre comunque osservare come le affermazioni del danno *in re ipsa* abbiano trovato una decisa smentita nell'orientamento maggioritario della stessa giurisprudenza lavoristica, la quale, prima ancora del risolutivo intervento delle Sezioni Unite<sup>113</sup>, aveva già ribadito — non soltanto con riguardo al danno biologico, ma anche con riferimento ai pregiudizi alla personalità e alla sfera esistenziale del lavoratore — la necessaria distinzione tra la lesione del diritto e il danno che ne deriva<sup>114</sup>.

Con maggiore coerenza sul piano sistematico, i giudici del lavoro avevano già confermato che «il pregiudizio di un diritto inviolabile della personalità deve essere da colui che lo invoca allegato e provato» «nei suoi caratteri naturalistici» e «nel nesso di causalità»<sup>115</sup>.

109. Cass. 1 settembre 1997, n.8267, *cit.*; Cass. 5 febbraio 2000, n. 1307, *cit.*

110. Cass. 1 settembre 1997, n.8267, *cit.*; Cass. 26 gennaio 1999, n. 704, *cit.*; Cass. 5 febbraio 2000, n. 1307, *cit.*

111. Cass. 4 marzo 2000 n. 2455, *cit.*; Cass. 3 luglio 2001, n. 9009, in *Lav. prev.*, 2001, p. 1396.

112. Così Cass. 5 maggio 1999, n. 4497, in *Orient. giur. lav.*, 1999, I, p. 716; Cass. 4 marzo 2000 n. 2455, *cit.*; Cass. 7 marzo 2002, n. 3298, in *Foro it.*, 2002, I, p. 2756; trib. Milano 19 luglio 2006, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2006, p. 1161, con nota di P. CAPURRO; trib. Torino 22 giugno 2005, in *Giur. piem.*, 2006, p. 94; t.a.r. Campania, Napoli, sez. II, 6 maggio 2004, n. 8235; t.a.r. Campania, Napoli, 4 novembre 2003, n. 13262, in *Foro amm. TAR*, 2003, p. 3315; Cass. 11 luglio 1996, n. 6237, in *Giust. civ.*, 1996, p. 977.

113. Vedi *infra* il paragrafo 12 di questo Capitolo.

114. Cass. 8 novembre 2003, n. 16792, in *Foro it.*, Rep. 2003, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 987; Cass. 4 giugno 2003, n. 8904, in *Orient. giur. lav.*, 2003, I, p. 523; Cass. 14 maggio 2002, n. 6992, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, p. 326.

115. Cass. 3 luglio 2001, n. 9009, *cit.*

### **3.8. La ricostituzione dell'assetto bipolare del sistema risarcitorio**

L'elaborazione del danno non patrimoniale nel diritto del lavoro deve essere comunque inquadrata all'interno della più generale evoluzione di quella tematica nell'ambito della responsabilità civile.

Le frequenti incertezze e contraddizioni della giurisprudenza lavoristica nell'inquadramento di questi tipi di danni, nella sovrapposizione tra pregiudizi patrimoniali e non patrimoniali e nella mancata distinzione tra lesione e danno devono essere in qualche modo ricondotti all'esigenza — come più volte sottolineato — di garantire al lavoratore una piena tutela risarcitoria, aggirando in questo modo i limiti risarcitori imposti dall'art. 2059 c.c. e il principio della irrisarcibilità dei danni non patrimoniali da inadempimento. È stata sempre negata, infatti, la configurabilità in ambito lavoristico di danni ulteriori e diversi rispetto a quelli generalmente elaborati nel diritto civile<sup>116</sup>, con l'effetto che sarà necessario attendere l'evoluzione del generale sistema risarcitorio civilistico per assistere ad una conseguente razionalizzazione della tematica del danno non patrimoniale anche dal versante lavoristico.

Una tappa fondamentale di questo processo evolutivo deve essere senza dubbio individuata nella radicale svolta interpretativa, con la quale dapprima la Cassazione e successivamente la Corte Costituzionale hanno definitivamente ristabilito l'assetto bipolare del sistema risarcitorio, ricomponendo all'interno dell'art. 2059 c.c. l'intera fattispecie del danno non patrimoniale. Quest'ultimo — unitariamente inteso nelle sue diverse componenti biologiche, morali ed esistenziali — è così ritornato alla sua naturale sede rappresentata dall'art. 2059 c.c., superando l'artificioso inquadramento del danno biologico nell'art. 2043 c.c., al quale la Consulta era stata costretta nel 1986 al fine di sottrarne il risarcimento alle limitazioni previste dall'art. 2059<sup>117</sup>.

Le condizioni che hanno permesso di inaugurare questo nuovo corso interpretativo devono essere individuate nella prepotente affermazione della figura del danno esistenziale, inteso come pregiudizio alla sfera esistenziale della vittima che determina un peggioramento delle sue condizioni di vita e una generale compromissione della personalità<sup>118</sup>.

116. P. TULLINI, *Mobbing e rapporto di lavoro. Una fattispecie emergente di danno alla persona*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, I, p. 261 ss.

117. Vedi *supra* i paragrafi 4 e 5 del Capitolo I.

118. Sulla figura del danno esistenziale la vastità della bibliografia impone di limitarci ai riferimenti essenziali. Tra i sostenitori di questa figura di danno: P. ZIVIZ, *Alla scoperta del*

L'elaborazione di questa nuova categoria di danno muove dall'idea, fondata su importanti pronunce del giudice costituzionale<sup>119</sup>, secondo la quale l'evento lesivo è in grado di provocare non soltanto una compromissione dell'integrità psicofisica della vittima — il c.d. danno biologico — oppure una reazione emotiva di ansia, spavento e sofferenza — il c.d. danno morale —, ma al contempo anche un'alterazione negativa delle sue condizioni di vita<sup>120</sup>.

Di queste alterazioni si farebbe carico il danno esistenziale che deriva dalla lesione del diritto fondamentale della persona alla libera espressione della sua personalità tutelato dall'art. 2 Cost.. Tra le attività realizzatrici della persona la dottrina e la giurisprudenza sono solite farvi rientrare le relazioni affettive familiari, i rapporti sociali e le attività di carattere religioso nonché gli svaghi e i divertimenti<sup>121</sup>.

Il fondamento della risarcibilità di questa nuova voce di danno fu inizialmente ravvisato nell'art. 2043 c.c. al fine di sottrarne la riparazione alla condizione penalistica della necessaria sussistenza del reato dedotta dall'art. 2059 c.c..

*danno esistenziale*, in P. CENDON (a cura di), *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, Tomo II, Giuffrè, Milano, 1994, p. 1299 ss.; P. ZIVIZ, *La tutela risarcitoria della persona*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 411 ss.; P. CENDON, *Non di sola salute vive l'uomo*, in AA.VV., *Studi in onore di Pietro Rescigno*, vol. V, Giuffrè, Milano, 1999, p. 135 ss.; P. CENDON, *Prospettive del danno esistenziale*, in *Dir. fam.*, 2000, p. 257 ss.; P. CENDON, P. ZIVIZ (a cura di), *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2000; P. CENDON, *Esistere e non esistere*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, p. 1251 ss.; M. FRANZONI, *Il danno esistenziale come sottospecie del danno alla persona*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, p. 777; P. CENDON, *Chi ha paura del danno esistenziale?*, in *Resp. civ. prev.*, 2002, p. 807 ss.; P. Cendon, *Voci del verbo fare*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, p. 1267 ss.. Fortemente critici verso il danno esistenziale: F.D. Busnelli, *Il danno biologico dal "diritto vivente" al "diritto vigente"*, *cit.*, p. 224 ss.; G. PONZANELLI, *La "forza" del sistema bipolare*, in G. PONZANELLI (a cura di), *Critica del danno esistenziale*, Cedam, Padova, 2003, p. 7 ss.; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno ingiusto (Dall'ermeneutica "bipolare" alla teoria generale e "monocentrica" della responsabilità civile). Parte I. Ingiustizia, patrimonialità e risarcibilità del danno nel "law in action" e Parte II. Ingiustizia, patrimonialità, non patrimonialità nella teoria del danno risarcibile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 9 ss e p. 219 ss.; G. PONZANELLI, *Il danno esistenziale prima della svolta costituzionale del 2003*, in G. PONZANELLI (a cura di) *Il risarcimento integrale senza il danno esistenziale*, Cedam, Padova, 2007, p. 11 ss.; D. MESSINETTI, *Pluralismo dei modelli risarcitori. Il criterio di ingiustizia "tradito"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, p. 555 ss.

119. C. cost. 27 ottobre 1994, n. 372, *cit.* e C. cost. 22 luglio 1996, n. 293, in *Resp. civ. prev.*, 1996, p. 910.

120. Cfr. E. NAVARRETTA, *I danni non patrimoniali nella responsabilità extracontrattuale*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *I danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 43 ss.

121. P. ZIVIZ, *I danni non patrimoniali*, *cit.*, p. 67 ss.

Senonché, la collocazione sistematica del danno esistenziale è radicalmente mutata nel momento in cui la Corte di Cassazione e il giudice costituzionale hanno operato una profonda rilettura dei generali limiti imposti dal Codice civile alla risarcibilità del danno non patrimoniale<sup>122</sup>. Ad essere ridimensionati, con immediate ricadute sul piano applicativo, sono stati anzitutto gli effetti derivanti dal combinato disposto degli artt. 2059 c.c. e 185 c.p., così come interpretato dal tradizionale orientamento secondo il quale la risarcibilità del danno non patrimoniale era ammessa unicamente in caso di sussistenza di una fattispecie di reato.

Al rigore invero eccessivo di questa impostazione, i giudici di legittimità, opportunamente confermati dal giudice costituzionale<sup>123</sup>, hanno così opposto una diversa e più equilibrata lettura, precisando che il riferimento dell'art. 2059 c.c. ai «casi determinati dalla legge» non deve essere inteso con esclusivo riguardo all'art. 185 c.p., dovendosi invece procedere, secondo una «lettura costituzionalmente orientata», alla disapplicazione di quel limite ove la «lesione abbia inciso su un interesse costituzionalmente protetto», tenuto conto che il rinvio alla legge «ben può essere riferito, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, anche alle previsioni della legge fondamentale» che in questo senso «configura un caso determinato dalla legge, al massimo livello, di riparazione del danno non patrimoniale»<sup>124</sup>.

L'art. 2059 c.c. è stato così restituito alla sua originaria funzione di norma generale di ogni danno non patrimoniale risarcibile, ponendo le premesse per una migliore funzionalità dell'intero sistema che ritorna in questo modo ad un più chiaro assetto bipolare: l'art. 2043 c.c. come

122. Vedi *supra* i paragrafi 6, 7 e 8 del Capitolo I.

123. C. cost. 11 luglio 2003, n. 233, in *Giur. it.*, 2003, p. 1777, con nota di P. CENDON, P. ZIVIZ, *Vincitori e vinti (... dopo la sentenza n. 233/2003) della Corte costituzionale*; in *Foro it.*, 2003, I, c. 2201 ss, con nota di E. NAVARRETTA, *La Corte costituzionale e il danno alla persona "in fieri"*; in *Danno e resp.*, 2003, p. 939 ss, con nota di M. BONA, *Il danno esistenziale bussa alla porta e la Corte Costituzionale apre (verso il "nuovo" art. 2059 c.c.)*, di G. PONZANELLI, *La Corte Costituzionale si allinea con la Corte di Cassazione* (p. 962 ss), di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il sistema di responsabilità civile dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 233/03* (p. 964 ss). Negli stessi termini successivamente C. cost. 12 dicembre 2003, n. 356, in *Giur. it.*, 2004, p. 1129, con nota di M. BONA.

124. Cass. 31 maggio 2003, n. 8827 e 8828, in *Danno e resp.*, 2003, p. 816 ss, con nota di F.D. BUSNELLI, *Chiaroscuri d'estate. La Corte di Cassazione e il danno alla persona*, di G. PONZANELLI, *Ricomposizione dell'universo non patrimoniale: le scelte della Corte di Cassazione* (p. 829 ss) e di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'art. 2059 c.c. va in paradiso* (p. 831 ss). Su queste sentenze vedi anche P. CENDON, *Anche se gli amanti si perdono l'amore non si perderà. Impressioni di lettura su Cass.8828/2003*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, p. 685 ss.

fondamento normativo del risarcimento dei danni patrimoniali e l'art. 2059 c.c. come norma risarcitoria dei danni non patrimoniali.

La categoria del danno non patrimoniale è stata così unitariamente ricomposta nell'art. 2059 c.c., superando l'artificiosa soluzione che aveva condotto all'inquadramento del danno biologico nell'art. 2043. A seguito dell'«interpretazione costituzionalmente orientata» dell'art. 2059 c.c., questa norma si pone, infatti, come unica previsione idonea a regolare il risarcimento di

ogni danno di natura non patrimoniale derivante da lesione di valori inerenti alla persona: e dunque sia il danno morale soggettivo, inteso come transeunte turbamento dello stato d'animo della vittima; sia il danno biologico in senso stretto, inteso come lesione dell'interesse, costituzionalmente garantito, all'integrità psichica e fisica della persona, conseguente ad un accertamento medico (art. 32 Cost.); sia infine il danno (spesso definito in dottrina ed in giurisprudenza come esistenziale) derivante dalla lesione di (altri) interessi di rango costituzionale inerenti alla persona<sup>125</sup>.

Questa radicale svolta interpretativa ha sollevato ulteriori e delicate questioni che attengono, da un lato, alla concreta individuazione degli interessi costituzionalmente protetti della persona e, dall'altro, all'esatta distinzione tra le diverse tipologie di danno non patrimoniale.

Con riguardo al primo aspetto, occorre sottolineare come a seguito di queste pronunce il sistema risarcitorio dei danni non patrimoniali — biologico, morale ed esistenziale — sia radicalmente mutato nel senso che la riparazione di questi tipi di danno è ora ammessa anche in assenza di reato purché l'illecito abbia comportato una lesione di diritti inviolabili della persona.

L'intero sistema risarcitorio si sarebbe così riorganizzato secondo la fondamentale distinzione tra danni patrimoniali e non patrimoniali: mentre il risarcimento dei primi è caratterizzato dall'atipicità derivante dal requisito dell'ingiustizia del danno richiesto dall'art. 2043 c.c. che richiede soltanto la lesione di un interesse giuridicamente rilevante, il risarcimento di quelli non patrimoniali si contraddistingue invece per la sua tipicità in quanto ammesso unicamente nei casi determinati dalla legge oppure, in assenza di reato, in caso di lesione di specifici interessi inviolabili della persona.

125. Così C. cost. 11 luglio 2003, n. 233, *cit.*.

In altri termini, se l'ingiustizia del danno patrimoniale si riferisce alla lesione di qualunque interesse giuridicamente rilevante, rappresentando, come tale, un presupposto atipico ed aperto, i diritti inviolabili della persona costituiscono invece un presupposto tipico, riferendosi ad una particolare tipologia di interessi riconosciuti dall'ordinamento come fondamentali e inviolabili<sup>126</sup>.

Sul punto la dottrina pressoché unanime ha giustamente richiamato l'attenzione sulla necessità di distinguere concettualmente il danno dall'interesse inviolabile che sarebbe stato leso e ciò in quanto la risarcibilità non è riferita a qualunque danno non patrimoniale ma soltanto a quelli che derivano dalla lesione di interessi fondamentali della persona. Tenuto conto che la Costituzione non protegge di certo i danni, ma interessi e beni fondamentali, è da questi ultimi che occorre allora partire per accertare se il danno che deriva dalla loro lesione è risarcibile, mentre sarebbe scorretto ritenere che ogni danno esistenziale derivi automaticamente dalla lesione di interessi fondamentali della persona<sup>127</sup>.

La dottrina civilistica è mossa evidentemente dalla preoccupazione di evitare il cortocircuito secondo il quale, dimostrando il danno, sarebbe automaticamente provata anche la lesione dell'interesse fondamentale, con l'effetto contraddittorio di "costituzionalizzazione" i danni anziché tutelare i diritti fondamentali della persona<sup>128</sup>. Il richiamo degli interessi inviolabili comporta in altri termini che nessun danno non patrimoniale dovrebbe essere risarcito se non viene prima individuato dal giudice il diritto costituzionalmente garantito, la cui lesione avrebbe prodotto il danno di cui si chiede il risarcimento<sup>129</sup>.

Il problema ovviamente non si pone per il danno biologico, il quale, rappresentando una lesione patologica dell'integrità psicofisica, si configura esso stesso come una lesione del diritto fondamentale alla salute. Il problema si pone semmai per i danni esistenziali e morali che si prestano facilmente ad essere confusi con la lesione di diritti fondamentali della persona.

Al fine di evitare una incontrollata dilatazione del risarcimento dei danni non patrimoniali, la dottrina soprattutto civilistica ha iniziato

126. E. NAVARRETTA, *op. ult. cit.*, p. 17-18.

127. E. NAVARRETTA, *op. ult. cit.*, p. 10.

128. V. ROPPO, *La responsabilità civile, e l'anima*, in *Danno e resp.*, 2002, p. 101.

129. M. ROSSETTI, *Il danno alla salute*, Cedam, Padova, 2017, p. 320.

allora a interrogarsi sul significato dei diritti inviolabili della persona<sup>130</sup>, rilevando come le pronunce della Cassazione e del giudice costituzionale, pur nella diversa terminologia utilizzata, abbiano fatto riferimento non già a qualunque diritto costituzionalmente tutelato, ma soltanto a quelli essenziali e fondamentali che, ponendosi a fondamento della democrazia, non possono tollerare alcuna lesione<sup>131</sup>.

In quest'ottica, i «diritti inviolabili» dell'art. 2 Cost., esplicitamente richiamati dalla Corte Costituzionale, sono stati intesi dalla dottrina maggioritaria come una categoria senz'altro aperta e dinamica, ma pur sempre collegata ai diritti inviolabili tipizzati dalla stessa Costituzione<sup>132</sup>.

Si tratta, in definitiva, di diritti che, pur dotati della capacità espansiva derivante dall'evoluzione dei valori della società, non possono essere lasciati alla discrezionale individuazione dell'interprete, dovendo rappresentare diritti essenziali di tutela della personalità umana, senza entrare in conflitto con ulteriori diritti inviolabili anche di altri soggetti<sup>133</sup>. Ciò significa che l'art. 2 Cost. non impedisce l'individuazione di nuove tipologie di diritti inviolabili, oltre quelli già individuati dalle altre previsioni costituzionali, purché tali diritti siano strettamente collegati ai valori di dignità e libertà umana direttamente protetti dall'art. 2<sup>134</sup>.

In questa logica — come ampiamente riconosciuto dalla dottrina<sup>135</sup> — tra i diritti inviolabili della persona umana, oltre al diritto all'onore,

130. E. NAVARRETTA, *I danni non patrimoniali nella responsabilità extracontrattuale*, cit. p. 18 ss.; P. VIRGADAMO, *Danno non patrimoniale e ingiustizia conformata*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 122 ss.; M.A. ASTONE, *Art. 2059. Danni non patrimoniali*, in *Il codice civile. Commentario* fondato e diretto da P. Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2012, p. 125 ss.; G. VETTORI, *Danno non patrimoniale e diritti inviolabili*, in *Obbl. e contr.*, 2009, p. 103 ss.; F. GALGANO, *Danno non patrimoniale e diritti dell'uomo*, in *Contr. impr.*, 2009, p. 890 ss..

131. Sul punto vedi A. BALDASSARRE, voce *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XI, Istituto dell'Enciclopedia italiana, Roma, p. 1 ss.; A. PIZZORUSSO, *Artt. 1-4. Delle persone fisiche*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Libro I, *Delle persone e della famiglia*, Zanichelli-II Foro Italiano, Bologna-Roma, 1988, p. 30.

132. E. NAVARRETTA, *Il danno ingiusto*, in *La responsabilità e il danno*, Tomo III, in A. ZOPPINI (coordinato da), *Attuazione e tutela dei diritti*, Vol. IV, in N. LIPARI, P. RESCIGNO (diretto da), *Diritto Civile*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 150 ss.; E. NAVARRETTA, *Il danno non patrimoniale*, in S. DELLE MONACHE (a cura di), *op. cit.*, p. 9 ss.; M.A. ASTONE, *op. cit.*, p. 127 ss.; A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, il Mulino, Bologna, 2002, p. 60.

133. E. NAVARRETTA, *op. ult. cit.*, p. 10; M.A. ASTONE, *op. cit.*, p. 128; E. LAMARQUE, *Il nuovo danno non patrimoniale sotto la lente del costituzionalista*, in *Danno e resp.*, 2009, p. 368; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale. Introduzione allo studio dei diritti costituzionali*, Cedam, Padova, 2003, p. 27 ss.

134. M.A. ASTONE, *op. cit.*, p. 129.

135. Per una ricostruzione della giurisprudenza della Corte Costituzionale vedi S. MORELLI, *Tecniche di tutela dei diritti fondamentali della persona*, Cedam, Padova, 2003, p. 28 ss.

alla reputazione, alla riservatezza, alla libertà personale e alla famiglia, devono farsi rientrare, con specifico riguardo al rapporto di lavoro, anche quelli all'integrità psicofisica, all'ambiente salubre, alla professionalità e alla dignità, come diretta emanazione del diritto fondamentale alla salute e al lavoro di cui agli artt. 2 e 32 Cost..

### **3.9. La serietà dell'offesa e il principio di tolleranza come presupposti di risarcibilità del danno non patrimoniale**

Se i diritti inviolabili della persona costituiscono una categoria ampia e in continua evoluzione, il rischio che sembra allora profilarsi è che i danni non patrimoniali possano diventare una fattispecie «generalizzante»<sup>136</sup> attraverso la quale garantire il risarcimento di qualunque pregiudizio indipendentemente dal grado di serietà e offensività della lesione subita.

In assenza di espliciti criteri di selezione, parte della dottrina ha giustamente richiamato la necessità di sottoporre il risarcimento dei danni non patrimoniali ad un duplice filtro selettivo: l'obiettivo verifica della violazione degli interessi fondamentali della persona e l'accertamento in concreto della effettiva lesione di quei diritti nel loro contenuto essenziale<sup>137</sup>.

La funzione di questa duplice verifica è quella di evitare che pretese legate ad offese effettivamente sussistenti ma prive di minima rilevanza possano accedere al risarcimento.

È questo un punto fondamentale dell'intero sistema risarcitorio dei danni non patrimoniali, la cui funzione evidentemente non è quella di garantire la riparazione di qualunque lesione in grado di urtare la personale sensibilità di ciascuno, ma quella di risarcire soltanto i pregiudizi che, superando il limite della «tolleranza civile», sono in grado di ledere i diritti fondamentali della persona nel loro nucleo inviolabile<sup>138</sup>.

La dottrina — come già detto — si era già posta nella direzione di condizionare il risarcimento dei danni non patrimoniali alla serietà

136. S. PATTI, *Le Sezioni Unite e la parabola del danno esistenziale*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 415 ss.

137. E. NAVARRETTA, *Il danno alla persona tra solidarietà e tolleranza*, in *Resp. civ.*, 2001, p. 789 ss.; E. NAVARRETTA, *I danni non patrimoniali nella responsabilità extracontrattuale*, cit. p. 28 ss. Sul punto vedi anche M.A. ASTONE, *op. cit.*, p. 137 ss.

138. E. NAVARRETTA, *op. ult. cit.*, p. 29.

dell'offesa quando tale posizione ha ricevuto esplicita conferma nel 2008 da parte delle Sezioni Unite<sup>139</sup>, le quali, dopo aver condiviso la lettura evolutiva dei diritti inviolabili dell'art. 2 Cost.<sup>140</sup>, hanno chiaramente sancito che «per l'ammissione a risarcimento dei danni non patrimoniali alla persona» «il diritto deve essere inciso oltre una certa soglia minima, cagionando un pregiudizio serio», nel senso che «la lesione deve eccedere una certa soglia di offensività, rendendo il pregiudizio tanto serio da essere meritevole di tutela in un sistema che impone un grado minimo di tolleranza»<sup>141</sup>.

La giurisprudenza successiva si è prontamente uniformata ai criteri sanciti dalle Sezioni Unite, rilevando come nel sistema risarcitorio sussista un generale «principio di irrisarcibilità dei danni cc.dd. bagatelari» ovvero di quei danni «rientranti in una normale ed auspicabile dimensione di tollerabilità dovuta alla civile convivenza, come imposta dal contemperamento tra i principi costituzionali di solidarietà e tolleranza»<sup>142</sup>.

139. Cass. Sez. Un. 11 novembre 2008, n. 26972, 26973, 26974, 26975, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 38 ss, con nota di P.G. MONATERI, *Il pregiudizio esistenziale come voce di danno non patrimoniale* (p. 56 ss), di E. NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali* (p. 63 ss), di D. POLETTI, *La dualità del sistema risarcitorio e l'unicità della categoria dei danni non patrimoniali* (p. 84 ss), di P. ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale: istruzioni per l'uso* (p. 94 ss); in *Foro it.*, 2009, I, c. 120 ss., con nota di A. PALMIERI, *La rifondazione del danno non patrimoniale, all'insegna dell'atipicità dell'interesse leso (con qualche attenuazione) e dell'unitarietà*, di R. PARDOLESI, R. SIMONE, *Danno esistenziale e (sistema fragile): "die hard"*, di G. PONZANELLI, *Sezioni Unite: il «nuovo statuto» del danno non patrimoniale* (c. 134 ss); in *Danno e resp.*, 2009, p. 19 ss, con commenti di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni Unite: un "de profundis" per il danno esistenziale*; in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II, p. 465 ss., con nota di R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale innanzi alle Sezioni Unite* (p. 486 ss) e di R. DEL PUNTA, *Il nuovo regime del danno non patrimoniale: indicazioni di sistema e riflessi lavoristici* (p. 510 ss).

140. In questo senso, esplicitamente, Cass. s.u. 11 novembre 2008, n. 26972-26975, *cit.*, secondo le quali «La tutela non è ristretta ai casi di diritti inviolabili della persona espressamente riconosciuti dalla Costituzione nel presente momento storico, ma, in virtù dell'apertura dell'art. 2 Cost. ad un processo evolutivo, deve ritenersi consentito all'interprete rinvenire nel complessivo sistema costituzionale indici che siano idonei a valutare se nuovi interessi emersi nella realtà sociale siano, non genericamente rilevanti per l'ordinamento, ma di rango costituzionale attenendo a posizioni inviolabili della persona umana».

141. Secondo le s.u., in particolare, «Il filtro della gravità della lesione e della serietà del danno attua il bilanciamento tra il principio di solidarietà verso la vittima, e quello di tolleranza, con la conseguenza che il risarcimento del danno non patrimoniale è dovuto solo nel caso in cui sia superato il livello di tollerabilità ed il pregiudizio non sia futile. Pregiudizi connotati da inutilità ogni persona inserita nel complesso contesto sociale li deve accettare in virtù del dovere della tolleranza che la convivenza impone (art. 2 Cost.)».

142. Così Cass. 13 ottobre 2016, n. 20615, in *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 257. Nello stesso senso: Cass. s.u., 29 luglio 2016, n. 15815, in *Foro it.* 2017, I, p. 1712; Cass. 10 ottobre 2014,

Il criterio della serietà e non futilità della lesione pone tuttavia alcune questioni che sono state puntualmente affrontate dalla dottrina.

Occorre anzitutto sottolineare come il giudizio sulla gravità della lesione non sia distinto rispetto a quello sulla natura inviolabile dell'interesse leso, posto che la serietà dell'offesa costituisce un requisito intrinseco della stessa inviolabilità che deriva dal principio di tolleranza che governa il pluralismo dei diritti inviolabili.

Detto in altri termini, la gravità dell'offesa costituisce un connotato proprio della lesione degli interessi inviolabili nel senso che questi ultimi possono ritenersi lesi soltanto da offese gravi che siano in grado di incidere sul nucleo essenziale di quei diritti<sup>143</sup>.

Altra questione di particolare rilievo attiene invece alla individuazione della soglia di normale tollerabilità al di sotto della quale, in assenza di reato, il danno non patrimoniale rimane privo di risarcimento. Sul punto, pare del tutto condivisibile l'opinione di quanti hanno rilevato come la soglia di normale tollerabilità non possa essere individuata con riferimento al grado personale di sensibilità della vittima, ma debba essere valutata in ragione della sensibilità della persona media in modo da garantire un apprezzamento, per quanto possibile, uniforme e obiettivo<sup>144</sup>.

### **3.10. La riunificazione della categoria del danno non patrimoniale**

Le stesse pronunce con cui le Sezioni Unite hanno confermato il requisito della necessaria serietà dell'offesa ai fini del risarcimento dei danni non patrimoniali in assenza di reato, sono intervenute anche a chiarire i rapporti tra le diverse voci di danno. Per comprendere il senso di queste decisioni è necessario tornare brevemente alle sentenze del 2003 con cui la Cassazione e il giudice costituzionale hanno affermato la «lettura costituzionalmente orientata» dell'art. 2059 c.c., ammettendo il risarcimento del danno non patrimoniale, al di fuori dei casi espressamente previsti

n. 21415, in *Guida dir.*, 2015, p. 70; Cass. 12 settembre 2014, n. 19327; Cass. 15 luglio 2014, n. 16133, in *Dir. fam. pers.*, 2015, p. 830; Cass. 24 aprile 2014, n. 9283; Cass. 4 marzo 2011, n. 5237, in *Giust. civ. mass.* 2011, p. 355; Cass. s.u., 22 febbraio 2010, n. 4063, in *Giust. civ.*, 2010, p. 1884; Cass. 13 novembre 2009, n. 24030, in *Giust. civ. mass.* 2009, p. 1585; Cass. s.u., 19 agosto 2009, n. 18356, in *Giust. civ.* 2010, I, p. 936.

143. E. NAVARRETTA, *Il danno non patrimoniale*, cit., p. 21 ss..

144. Così M. ROSSETTI, *op. cit.*, p. 215.

dalla legge, in presenza di lesione di interessi della persona costituzionalmente rilevanti.

Come più sopra illustrato, quelle decisioni hanno avuto il merito di aver ricondotto l'intero danno non patrimoniale all'art. 2059 c.c., superando la precedente ed incongrua collocazione del danno biologico nell'art. 2043 c.c. e ristabilendo in questo modo l'originario assetto bipolare del sistema risarcitorio.

Senonché, quelle pronunce avevano sollevato numerosi dubbi principalmente legati alla distinzione tra le diverse componenti del danno non patrimoniale e, più in particolare, alla supposta autonomia della più recente voce risarcitoria rappresentata dal danno esistenziale.

Quest'ultimo era stato rappresentato nelle pronunce del 2003 come un pregiudizio ulteriore e distinto, tanto rispetto al danno biologico, quanto rispetto al danno morale. Si era così posto il dubbio se la categoria del danno non patrimoniale fosse unitaria, seppure articolata al suo interno in componenti diverse, oppure formata da tre autonome e distinte tipologie di danno<sup>145</sup>.

Da questa alternativa dipendevano evidentemente importanti e delicate questioni riguardanti le regole — unitarie o distinte per ciascun danno — in materia di prova dello stesso danno e di quantificazione del relativo risarcimento.

Con la pronuncia del 2008 le Sezioni Unite prendono esplicita posizione sulla questione, ricordando anzitutto come la figura del danno esistenziale fosse stata elaborata agli inizi degli anni '90 del secolo scorso con l'intento di ampliare la tutela risarcitoria dei danni non patrimoniali alla persona, svincolando il relativo risarcimento dai limiti sanciti dall'art. 2059 c.c.. Riproponendo la soluzione già adottata per il danno biologico, la dottrina civilistica aveva così proposto di ricondurre all'art. 2043 c.c. quei pregiudizi attinenti alla sfera reddituale ulteriori e distinti rispetto alle lesioni dell'integrità psicofisica rappresentate dal danno biologico e alla mera sofferenza interiore costituita dal danno morale.

La figura del danno esistenziale — definito come alterazione della vita di relazione o come perdita della qualità di vita — nasceva dunque dalla volontà di estendere la tutela risarcitoria ai pregiudizi alla sfera esistenziale, collocando questa tipologia di danno nell'art. 2043 al fine di superare i limiti imposti dall'art. 2059 c.c..

145. Sul punto vedi M.V. DE GIORGI, *Il danno esistenziale dopo la svolta del 2003*, in G. PONZANELLI (a cura di), *Il risarcimento integrale senza il danno esistenziale*, cit., p. 27.

Una volta chiarito, con le pronunce del 2003, che il danno non patrimoniale è unitariamente regolato da quest'ultima norma e che la stessa non può limitarne il risarcimento in caso di lesione dei diritti inviolabili della persona, non sussistono evidentemente ulteriori ragioni per configurare il danno esistenziale come autonoma categoria di danno.

È questo il ragionamento esplicitamente formulato nel 2008 dalle Sezioni Unite, le quali, dopo aver ribadito che la rilevanza costituzionale deve essere riferita all'interesse leso e non al danno, ha chiarito che «il danno non patrimoniale è categoria generale non suscettiva di suddivisione in sottocategorie variamente etichettate»<sup>146</sup>.

Ciò significa che, nell'ambito del danno non patrimoniale, le diverse tipologie di lesione assumono valenza soltanto descrittiva, mentre non può essere riconosciuta alcuna autonomia tanto al danno morale, che «non individua una autonoma sottocategoria di danno, ma descrive, tra i vari possibili pregiudizi non patrimoniali, un tipo di pregiudizio, costituito dalla sofferenza soggettiva cagionata dal reato in sé considerata», quanto a quello biologico, che rileva «solo a fini descrittivi» come ipotesi di lesione del diritto alla salute dell'art. 32 Cost., e a quello esistenziale, la cui figura «era stata proposta nel dichiarato intento di supplire ad un vuoto di tutela, che ormai più non sussiste» dopo la rilettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c.<sup>147</sup>.

L'intento di questa pronuncia era evidentemente quello di evitare duplicazioni risarcitorie tra le diverse componenti di danno ed in questa logica le Sezioni Unite hanno precisato che la sofferenza interiore — il c.d. danno morale soggettivo — può essere risarcita soltanto in assenza di lesioni patologiche, mentre in loro presenza si rientra nell'area del danno biologico che già comprende, per sua stessa natura, qualunque sofferenza fisica o psichica. Allo stesso modo, ove sia stato risarcito il danno morale, non potrà procedersi alla liquidazione anche di quello esistenziale, che costituisce nient'altro che una componente del complesso pregiudizio derivante dalla sofferenza patita a causa della lesione, e analogamente, in caso di lesione dell'apparato sessuale, non potrà procedersi al distinto risarcimento dei suoi riflessi esistenziali che sono già compresi nell'ambito del danno biologico «nel suo aspetto dinamico»<sup>148</sup>.

146. Cass. s.u. 11 novembre 2008, n. 26972-26975, *cit.*.

147. Cass. s.u. 11 novembre 2008, n. 26972-26975, *cit.*.

148. Cass. s.u. 11 novembre 2008, n. 26972-26975, *cit.*.

In definitiva, secondo le Sezioni Unite, il riferimento ai diversi tipi di pregiudizio — quali il danno biologico, morale ed esistenziale — «risponde ad esigenze descrittive, ma non implica il riconoscimento di distinte categorie di danno»<sup>149</sup>.

### **3.11. La conferma della risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento**

Con la stessa pronuncia le Sezioni Unite hanno preso posizione anche sull'annosa questione riguardante la risarcibilità dei danni non patrimoniali da inadempimento. Sono stati già illustrati i termini generali del dibattito che per lungo tempo ha indotto la prevalente dottrina a circoscrivere il risarcimento dei danni non patrimoniali alla sola area della responsabilità extracontrattuale, sebbene non siano mancate — come già visto — opinioni e argomentazioni dissenzienti. La questione può dirsi ormai definitivamente risolta a seguito dell'intervento delle Sezioni Unite, sebbene le premesse di tale cambiamento fossero già presenti nelle sentenze del 2003, tanto che, all'indomani di quelle pronunce, un'attenta dottrina aveva già rilevato la necessità di riconsiderare la tradizionale posizione dottrinale che configurava il danno non patrimoniale come una fattispecie tutta confinata all'illecito aquiliano<sup>150</sup>.

Proprio in ambito lavoristico, del resto, i giudici erano già pervenuti — come ricordato — al riconoscimento del danno non patrimoniale da inadempimento, sebbene al costo di alcuni espedienti, quali il concorso di entrambi i titoli di responsabilità o la patrimonializzazione di pregiudizi tipicamente non patrimoniali<sup>151</sup>. È su questa situazione che si innestano le pronunce con cui le Sezioni Unite, intervenendo sulla questione lasciata insoluta con le pronunce del 2003, hanno chiarito che «l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., consente ora di affermare che anche nella materia della responsabilità contrattuale è dato il risarcimento dei danni non patrimoniali»<sup>152</sup>.

Le Sezioni Unite muovono anzitutto dalla premessa per cui il principale ostacolo che aveva impedito in passato la risarcibilità dei danni

149. Cass. s.u. 11 novembre 2008, n. 26972-26975, *cit.*.

150. M. FRANZONI, *Fatti illeciti. Art. 2043, 2056-2059, cit.*, p. 568-569; M. BONA, *L'ottava vita dell'art. 2059 c.c., ma è tempo d'addio per le vecchie regole!*, in *Giur. it.*, 2004, p. 1147.

151. Vedi *supra* i paragrafi 5 e 6 di questo Capitolo.

152. Cass. s.u. 11 novembre 2008, n. 26972-26975, *cit.*.

non patrimoniali da inadempimento, era costituito dalla «mancanza, nella disciplina della responsabilità contrattuale, di una norma analoga all'art. 2059 c.c.». In verità — come rilevato in dottrina<sup>153</sup> — era proprio la presunta applicabilità di quella norma alla responsabilità contrattuale che limitava, in mancanza di reato, la risarcibilità del danno non patrimoniale.

Senonché, in parziale contraddizione con le premesse del ragionamento, le Sezioni Unite hanno confermato la risarcibilità dei danni non patrimoniali da inadempimento, facendo ricorso non già all'applicazione analogica dell'art. 2059 c.c., ma enfatizzando il riferimento dell'art. 1174 c.c. all'«interesse, anche non patrimoniale, del creditore». Secondo i giudici, questa norma conferma soltanto l'eventuale rilevanza degli interessi non patrimoniali nell'ambito contrattuale, mentre l'accertamento della loro effettiva sussistenza è affidata all'analisi della «causa concreta» del contratto ovvero alla verifica degli «interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare»<sup>154</sup>.

Ai fini qui considerati il passaggio più rilevante di queste pronunce è rappresentato dall'argomentazione che esclude la necessità dell'accertamento in concreto degli interessi non patrimoniali dei contraenti ove la loro presenza sia già direttamente confermata dalla legge. L'esempio più emblematico in questo senso è stato individuato dai giudici proprio nell'art. 2087 c.c., nel quale l'interesse non patrimoniale del lavoratore trova esplicito riconoscimento nell'obbligo del datore di lavoro di tutelarne l'integrità fisica e la personalità morale.

Una volta chiariti i presupposti per ammettere la rilevanza degli interessi non patrimoniali in ambito contrattuale, è facile allora concludere che, diversamente dalla responsabilità extracontrattuale, in quella contrattuale la risarcibilità dei danni non patrimoniali non dipende tanto dalla natura inviolabile dell'interesse leso, quanto piuttosto dal riconoscimento, legale o contrattuale, degli interessi non patrimoniali dei contraenti, con la conseguenza che, in caso di inadempimento, l'unico limite al risarcimento del danno non patrimoniale è costituito dalla sua prevedibilità ai sensi dell'art. 1225 c.c.<sup>155</sup>.

153. Così C. CASTRONOVO, *Danno esistenziale: il lungo addio*, cit., p. 8-9; E. NAVARRETTA, D. POLETTI, *op. cit.*, p. 56.

154. Cass. s.u. 11 novembre 2008, n. 26972-26975, cit..

155. Così A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *op. ult. cit.*, p. 39; A. TURSI, *op. cit.*, spec. p. 303 ss; C. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 477. Sul punto in generale M. MAGGIOLIO, *op. cit.*, p. 670

Un limite che assume comunque scarso rilievo specialmente nell'ambito del diritto del lavoro dove — come già visto — il danno non patrimoniale del lavoratore deve ritenersi, per sua natura, sempre prevedibile in ragione del coinvolgimento personale del lavoratore nell'adempimento della prestazione e dell'esplicito obbligo del datore di lavoro di tutelarne l'integrità fisica e la personalità morale<sup>156</sup>.

### **3.12. La prova del danno non patrimoniale nella responsabilità contrattuale**

Uno degli aspetti più delicati e controversi della tematica del danno non patrimoniale è costituito senza dubbio dalla dimostrazione del danno provocato dalla lesione. Si è già detto più sopra come in passato la giurisprudenza, sostenuta da una parte della dottrina, sia rimasta affascinata dalla prospettiva di sovrapporre il concetto di danno con quello di lesione, identificando il primo nel secondo<sup>157</sup>.

Questa prospettiva era funzionale all'obiettivo di sollevare la vittima dal difficile compito di dimostrare la sussistenza e l'entità del pregiudizio subito alla sfera personale, garantendo, al contempo, una sanzione pressoché automatica della condotta lesiva del danneggiante.

La questione assumeva ovviamente un significato tutto particolare nell'ambito della responsabilità contrattuale dove il danno è direttamente correlato all'inadempimento, potendo così presumersi che la violazione dell'obbligo contrattuale generi automaticamente un danno risarcibile, dovendo il danneggiato provare soltanto il danno e l'avvenuta stipulazione del contratto<sup>158</sup>.

Senonché, questa impostazione muoveva dall'erronea confusione tra il momento della lesione dell'interesse contrattuale all'adempimento e quello del danno risarcibile che non consegue automaticamente alla violazione dell'obbligo contrattuale e, come tale, dovrebbe essere puntualmente dimostrato. La dimostrazione della sussistenza del danno costituisce, in definitiva, un momento imprescindibile tanto della

156. Vedi *supra* il paragrafo 6 di questo Capitolo.

157. Vedi *supra* il paragrafo 7 di questo Capitolo.

158. E. NAVARRETTA, D. POLETTI, *I danni non patrimoniali nella responsabilità contrattuale*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *I danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, cit., p. 73.

responsabilità extracontrattuale, quanto di quella contrattuale e non può essere automaticamente dedotto dall'inadempimento.

In questo senso si sono espresse, ancora una volta, le Sezioni Unite della Cassazione<sup>159</sup>, le quali sono state chiamate ad intervenire su una fattispecie lavoristica al fine di dirimere il contrasto insorto tra l'orientamento che, in caso di demansionamento, riteneva *in re ipsa* il danno esistenziale subito dal lavoratore<sup>160</sup>, e l'indirizzo che, pur riconoscendo la capacità lesiva della condotta datoriale nei confronti degli interessi non patrimoniali del lavoratore, riteneva comunque necessaria la dimostrazione dell'effettiva sussistenza del danno<sup>161</sup>.

Le Sezioni Unite hanno aderito a quest'ultimo orientamento, ribadendo la regola generale, secondo la quale «dall'inadempimento datoriale non deriva» «automaticamente l'esistenza del danno», sicché anche nella responsabilità contrattuale, il danno non patrimoniale deve essere dimostrato dal danneggiato<sup>162</sup>.

La necessità della prova della effettiva sussistenza del danno si pone ovviamente soprattutto con riguardo a quello esistenziale, il quale, diversamente da quello biologico, non è suscettibile di obiettiva valutazione medico-legale, sicché — come rilevano giustamente le Sezioni Unite — questo tipo di danno non può essere automaticamente dedotto dal demansionamento, non potendosi escludere che «la lesione degli interessi relazionali, connessi al rapporto di lavoro, resti sostanzialmente priva di effetti, non provochi cioè conseguenze pregiudizievoli nella sfera soggettiva del lavoratore»<sup>163</sup>.

159. Cass., s.u., 24 marzo 2006, n. 6572, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, p. 696, con nota di R. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite sull'allegazione e la prova dei danni cagionati da demansionamento o dequalificazione*.

160. Cass. 16 dicembre 1992, n. 13299, *cit.*; Cass. 18 ottobre 1999, n. 11727, *cit.*; Cass. 6 novembre 2000, n. 14443, *cit.*; Cass. 2 novembre 2001, 13580, *cit.*; Cass. 12 novembre 2002, n. 15868, *cit.*; Cass. 29 aprile 2004, n. 8271, in *Not. giur. lav.*, 2004, p. 590; Cass. 26 maggio 2004 n. 10157, *cit.*.

161. 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.

162. In particolare, secondo Cass., s.u., 24 marzo 2006, n. 6572 *cit.*, la funzione del risarcimento è quella di reintegrare «l'effettiva diminuzione del patrimonio del danneggiato, attraverso il raffronto tra il suo valore attuale e quello che sarebbe stato ove la obbligazione fosse stata esattamente adempiuta», con la conseguenza che «ove diminuzione non vi sia stata (perdita subita e/o mancato guadagno) il diritto al risarcimento non è configurabile» e ciò in quanto l'attribuzione di una somma di danno in assenza di una effettiva dimostrazione del danno «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».

163. Cass., s.u., 24 marzo 2006, n. 6572 *cit.*.

Rinviando all'apposito capitolo per maggiori approfondimenti<sup>164</sup>, preme comunque segnalare come le regole generali in materia di oneri probatori nella responsabilità contrattuale siano piuttosto favorevoli al lavoratore<sup>165</sup>, il quale è tenuto unicamente a dimostrare la fonte contrattuale, il danno subito e la riconducibilità di quest'ultimo alla prestazione lavorativa, mentre grava sul datore di lavoro l'onere di provare l'adempimento dell'obbligo di sicurezza o che l'inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile<sup>166</sup>.

A ciò si aggiunga che le stesse Sezioni Unite hanno fortemente mitigato l'onere probatorio gravante sul lavoratore, ammettendo la possibilità di fornire la prova del danno con qualunque mezzo offerto dall'ordinamento processuale e in particolare attraverso le presunzioni, con il risultato che il danno alla sfera esistenziale e relazionale può essere agevolmente dedotto dalla semplice dimostrazione dei riflessi negativi che il demansionamento ha concretamente prodotto nelle abitudini di vita del lavoratore<sup>167</sup>.

In conclusione, la decisa affermazione del principio della necessaria dimostrazione del danno si pone come coerente e razionale svolgimento delle regole generali della responsabilità civile, permettendo di respingere le richieste pretestuose, senza limitare, al contempo, il giusto riconoscimento delle pretese risarcitorie dotate di un minimo fondamento.

### **3.13. Il risarcimento dei danni non patrimoniali nei recenti orientamenti della giurisprudenza lavoristica**

La più recente evoluzione della tematica del danno alla persona sul piano generale della responsabilità civile non ha lasciato indifferente la giurisprudenza lavoristica che si è prontamente uniformata alle

164. Vedi *infra* il Capitolo V.

165. Cass. s.u. 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Foro it.*, 2002, I, c. 769 ss, con nota di P. LAGHEZZA.

166. Così Cass. 2 marzo 2018, n. 4972; Cass. 15 giugno 2017, n. 14865; Cass. 29 gennaio 2013, n. 2038; Cass. 22 dicembre 2011, n. 28205; Cass. 21 dicembre 2010, n. 25865; Cass. 20 maggio 2010, n. 12351; Cass. 22 dicembre 2008, n. 29935; Cass. 13 agosto 2008, n. 21590; Cass. 2 luglio 2008, n. 18107; Cass. 23 aprile 2008, n. 10529, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, p. 795 ss., con nota di V. PASQUARELLA; Cass. 14 aprile 2008, n. 9817, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2008, p. 681; Cass. 25 maggio 2006, n. 12445, in *Not. giur. lav.*, 2006, p. 471 ss; Cass. 28 luglio 2004, n. 14270, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2004, II, p. 79 ss, con nota di D. VASSALLO; Cass. 1 ottobre 2003, n. 14645, in *Orient. giur. lav.*, 2003, I, p. 835 ss.

167. Cass., s.u., 24 marzo 2006, n. 6572, *cit.*.

indicazioni espresse dalle giurisdizioni superiori, riuscendo in questo modo a garantire maggiore coerenza e razionalità al risarcimento del danno non patrimoniale nel rapporto di lavoro.

L'affermata risarcibilità dei danni non patrimoniali da inadempimento costituisce senza dubbio il profilo con maggiori ricadute sul versante lavoristico del nuovo corso della giurisprudenza civilistica in materia di danno alla persona.

L'esplicito riferimento all'art. 2087 c.c. come ipotesi emblematica di riconoscimento legislativo degli interessi non patrimoniali di un contraente ha sancito il definitivo abbandono dell'idea che il risarcimento dei danni non patrimoniali fosse confinato al solo ambito della responsabilità extracontrattuale<sup>168</sup>.

L'effetto immediato di questa svolta interpretativa è stato il graduale superamento degli espedienti elaborati dalla giurisprudenza lavoristica per garantire al lavoratore il risarcimento dei danni non patrimoniali.

Una volta affermata la tutela risarcitoria degli interessi non patrimoniali in ambito contrattuale, non sussistevano infatti ulteriori ragioni per continuare ad applicare il cumulo dei due titoli di responsabilità che è stato così superato, con maggiore coerenza dal punto di vista sistematico, dal riferimento al solo e più vantaggioso regime della responsabilità contrattuale<sup>169</sup>.

Il superamento della concezione esclusivamente extracontrattuale del danno non patrimoniale ha poi agevolato, nell'ambito della giurisprudenza lavoristica, una più chiara distinzione tra le diverse componenti di danno.

Sembra destinata, infatti, a perdere rilievo la tendenza ad utilizzare categorie di danno tipicamente patrimoniale per garantire il risarcimento di pregiudizi di natura prevalentemente non patrimoniale. Quello della "patrimonializzazione" dei danni non patrimoniali aveva costituito — come già visto — l'espediente utilizzato dalla giurisprudenza lavoristica per aggirare i generali limiti imposti al risarcimento di questo tipo di danni, sicché, una volta superati quei limiti attraverso la

168. G. LUDOVICO, *Sezione III. I danni da mobbing*, in C. BONORA, L. IMBERTI, G. LUDOVICO, F. MARINELLI, *Il mobbing nella giurisprudenza*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2006, n. 29, p. 143 ss.

169. Cass. 3 febbraio 2015, n. 1918; Cass. 6 agosto 2014 n. 17693; Cass. 10 febbraio 2014, n. 2886, in *Arch. circ. sin.*, 2014, n. 10, p. 50; Cass. 17 marzo 2009, n. 6454; Cass. 7 novembre 2007, n. 23162, in *Giust. civ. mass.* 2007, p. 11; Cass. 8 maggio 2007, n. 10441, in *Foro it.* 2007, I, p. 2701; Cass. 10 gennaio 2007, n. 238, in *Riv. crit. dir. lav.* 2007, p. 770; Cass. 24 febbraio 2006, n. 4184, in *Giust. civ. mass.* 2006, p. 2. Continua invece ad ammettere il concorso di titoli di responsabilità Cass. 23 marzo 2016, n. 5781.

«lettura costituzionalmente orientata» dell'art. 2059 c.c. e una volta riconosciuta altresì la risarcibilità dei danni non patrimoniali da inadempimento, non sussistono evidentemente ulteriori ragioni per continuare a confondere i diversi tipi di pregiudizi.

Nelle più recenti decisioni della giurisprudenza lavoristica si assiste infatti ad una maggiore chiarezza nella distinzione tra i profili di danno patrimoniale e non patrimoniale e ciò soprattutto con riguardo al danno alla professionalità che — come già visto — aveva costituito una indistinta categoria all'interno della quale erano stati fatti volutamente confluire tipologie di danno di natura diversa.

Viene così confermata, da un lato, la capacità della condotta illecita del datore di lavoro — come il demansionamento o il licenziamento illegittimo — di ledere tanto gli interessi patrimoniali del lavoratore, quanto quelli non patrimoniali, come l'immagine o la vita di relazione<sup>170</sup>, ma si esclude, dall'altro, che tali danni siano *in re ipsa*, imponendosi al lavoratore la dimostrazione, anche per presunzioni, della effettiva sussistenza del pregiudizio subito e del nesso causale tra quest'ultimo e la condotta del datore di lavoro<sup>171</sup>. Al contempo, le decisioni più recenti sottolineano la necessità di evitare nella liquidazione del danno qualunque duplicazione risarcitoria tra la componente non patrimoniale del danno alla professionalità e le altre tipologie di danno della stessa natura, come il danno esistenziale<sup>172</sup>.

La ricostituzione dell'assetto bipolare del sistema risarcitorio pertanto ha determinato, in ambito lavoristico, una maggiore chiarezza nella identificazione dei singoli danni, riducendo, di conseguenza, il rischio di duplicazioni e sovrapposizioni risarcitorie.

170. Cass. 2 marzo 2018, n. 4986; Cass. 10 gennaio 2018, n. 330; Cass. 12 giugno 2015, n. 12253, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, II, p. 998, con nota di U. GARGIULO; Cass. 30 settembre 2009, n. 20980; Cass. 11 settembre 2009, n. 19682, in *Riv. crit. dir. lav.* 2010, p. 238; Cass. 7 luglio 2009, n. 15915; Cass. 19 dicembre 2008, n. 29832, in *Giust. civ.* 2009, I, p. 1622; Cass. 10 giugno 2004, n. 11045, in *Giust. civ. mass.* 2004, p. 6.

171. Cass. 11 agosto 2015, n. 16690; Cass. 29 settembre 2014, n. 20473; Cass. 8 gennaio 2014, n. 172; Cass. 2 luglio 2013, n. 16508; Cass. 29 maggio 2013, n. 13414; Cass. 30 settembre 2009, n. 20980; Cass. 19 dicembre 2008, n. 29832, *cit.*; Cass. 28 novembre 2008, n. 28457, in *Foro it.* 2009, I, p. 1745; Cass. 26 novembre 2008, n. 28274, in *Giust. civ.* 2009, I, p. 2850; Cass. 17 dicembre 2007, n. 26561, *cit.*; Cass. 5 novembre 2003, n. 16626, in *Orient. giur. lav.* 2004, I, p. 57. *Contra* nel senso che anche in mancanza di allegazioni specifiche del lavoratore, il risarcimento del danno da dequalificazione professionale è comunque dovuto se lo stesso è desumibile dalla ricostruzione dei fatti: Cass. 12 luglio 2016, n. 14204.

172. Cass. 29 settembre 2014, n. n. 20473; Cass. 30 settembre 2009, n. 20980.

La riconosciuta unitarietà del danno non patrimoniale e il parziale superamento dei limiti previsti dall'art. 2059 c.c. hanno fatto venire meno, in poche parole, l'esigenza di distinguere, in modo talvolta artificioso, tra le diverse componenti di danno non patrimoniale. Potrebbe, infatti, non essere più così importante distinguere il danno morale soggettivo, inteso come turbamento della sfera interiore, da quello biologico psichico, e allo stesso modo potrebbe concludersi per la distinzione tra danno morale ed esistenziale oppure tra quest'ultimo e quello esistenziale, atteso che entrambi derivano da una lesione delle attività realizzatrici della persona<sup>173</sup>.

La tendenziale unificazione del danno non patrimoniale non è stata tuttavia l'unica ricaduta positiva derivante dalla ricostituzione dell'assetto bipolare risarcitorio. Sul piano concreto, la riaffermata distinzione tra danno patrimoniale e non patrimoniale ha avuto anche l'effetto di una maggiore coerenza nella scelta dei criteri di liquidazione del risarcimento, escludendo il ricorso al parametro della retribuzione — come talvolta accaduto in passato — per la quantificazione del risarcimento delle componenti di danno non patrimoniale<sup>174</sup>.

Al contrario, un rilievo decisamente minore ha assunto in ambito lavoristico il richiamo ai diritti inviolabili della persona come filtro selettivo per la risarcibilità dei danni non patrimoniali. Nelle pronunce del 2003 e del 2008 il riferimento ai diritti inviolabili rispondeva all'obiettivo di vincolare il risarcimento dei danni non patrimoniali ad un criterio di «ingiustizia costituzionalmente qualificata»<sup>175</sup> onde evitare l'incontrollato accoglimento di qualunque pretesa risarcitoria e nella stessa ottica si poneva il richiamo alla gravità dell'offesa come ulteriore filtro di meritevolezza della risarcibilità dei danni non patrimoniali.

Ebbene, nella prospettiva lavoristica il limite costituito dalla natura inviolabile del diritto leso assume un significato sicuramente meno pregnante rispetto ad altri settori dell'ordinamento, tenuto conto che il rapporto di lavoro implica per sua stessa natura il coinvolgimento dei diritti inviolabili del lavoratore. Ciò significa che la tipicità del danno non patrimoniale, derivante dal riferimento alla lesione di diritti inviolabili

173. P. CENDON, P. ZIVIZ, *op. cit.*, p. 1777 ss.; C. CASTRONOVO, *Il danno alla persona tra essere e avere*, in *Danno e resp.*, 2004, p. 237 ss.; A. TURSI, *op. cit.*, p. 283 ss.

174. Sul punto vedi Cass. 9 novembre 2017, n. 26593; Cass. 12 giugno 2015, n. 12253, *cit.*; Cass. 19 dicembre 2008, n. 29832, *cit.*; Cass. 26 novembre 2008, n. 28274, *cit.*; Cass. 17 dicembre 2007, n. 26561, *cit.*.

175. Così Cass. s.u. 11 novembre 2008, n. 26972, *cit.*

della persona, risulta alquanto sfumata in ambito lavoristico dove il lavoratore è sempre inevitabilmente esposto alla lesione dei suoi diritti fondamentali.

Sussistono peraltro ulteriori ragioni, puntualmente rilevate in dottrina, per cui la condizione dell'inviolabilità dell'interesse leso assume scarsa rilevanza nel rapporto di lavoro<sup>176</sup>. Ciò dipende dal fatto che l'interesse non patrimoniale del lavoratore trova già esplicito riconoscimento ad opera della legge attraverso l'art. 2087 c.c., rendendo di fatto superflua — come precisato dalla stessa Cassazione nel 2006 — ogni ulteriore indagine circa la rilevanza costituzionale dell'interesse leso<sup>177</sup>.

Quel che è certo, è che nel rapporto di lavoro l'interesse non patrimoniale del lavoratore, oltre ad assumere esplicita rilevanza sul piano della disciplina contrattuale, si arricchisce su quello costituzionale di ulteriori e più importanti significati che senza alcun dubbio non potrebbero tollerare alcuna limitazione della tutela risarcitoria<sup>178</sup>.

Con riguardo, invece, alla condizione della necessaria gravità della lesione, occorre sottolineare come la giurisprudenza lavoristica abbia tradizionalmente assunto un atteggiamento piuttosto equilibrato nella valutazione della entità del danno, rifuggendo dagli «eccessi imputabili ad altri filoni giurisprudenziali»<sup>179</sup> anche in ragione della propensione del lavoratore ad agire in giudizio soprattutto in caso di lesioni di particolare gravità.

### **3.14. L'insufficienza del rimedio risarcitorio per la tutela dei diritti inviolabili della persona**

In definitiva, l'evoluzione del sistema generale della responsabilità civile non ha lasciato indifferenti le regole risarcitorie del diritto del lavoro che, al di là di alcune peculiarità, si sono prontamente uniformate ai cambiamenti impressi a quelle regole dalla interpretazione costituzionalmente orientata delle Corti superiori.

Per quanto tali regole abbiano assunto un significato indubbiamente più coerente ai valori consacrati dalla Costituzione, superando la condizione del reato dell'art. 2059 ove vengano in rilievo lesioni di

176. Sul punto R. DEL PUNTA, *op. ult. cit.*, p. 514 ss.; M. PEDRAZZOLI, *op. cit.*, p. XXVI.

177. Cass., s.u., 24 marzo 2006, n. 6572 *cit.*...

178. In questi termini C. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 470.

179. Così R. DEL PUNTA, *op. ult. cit.*, p. 522.

interessi inviolabili della persona, resta comunque l'insanabile contraddizione tra un sistema proiettato alla massima tutela risarcitoria di quei valori e l'evidente inadeguatezza degli strumenti previsti dall'ordinamento per garantire a quegli stessi valori la piena effettività.

L'importanza che il rimedio risarcitorio è venuto assumendo nel diritto del lavoro, concentrando nella tutela per equivalente economico la garanzia dei valori fondamentali della persona, ha completamente offuscato il principio della priorità in ambito contrattuale dell'adempimento in forma specifica. Il che appare ancora più paradossale nella disciplina del rapporto di lavoro dove quei valori trovano la loro massima consacrazione attraverso l'obbligo espressamente posto in capo dal datore di lavoro di tutelare l'integrità fisica e la personalità morale del lavoratore.

E il paradosso aumenta ulteriormente ove si pensi che il diritto del lavoro si è caratterizzato nel corso della sua evoluzione per la previsione di rimedi volti a garantire l'adempimento in forma specifica da parte del datore di lavoro. Basti pensare alla sentenza di «reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro» in caso di licenziamento ingiustificato prevista dall'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori<sup>180</sup> oppure all'ordinanza di «cessazione del comportamento, della condotta o dell'atto discriminatorio»<sup>181</sup> che il giudice può adottare ove sussistano elementi idonei a far presumere l'esistenza di una discriminazione o di una molestia, anche sessuale<sup>182</sup>, definite come quei

comportamenti indesiderati [a connotazione sessuale, espressi in forma fisica, verbale o non verbale] aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo<sup>183</sup>.

Ebbene, se queste previsioni lasciano presumere uno spiccato favore della materia lavoristica per i rimedi volti a garantire l'adempimento in forma specifica, occorre prendere atto come più in generale lo strumento risarcitorio abbia assunto invece una centralità che si pone in evidente contraddizione con la natura inviolabile dei diritti che sono tutelati attraverso il risarcimento. E ciò in quanto — come autorevolmente

180. Art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300.

181. Art. 28 d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150.

182. Alle discriminazioni sono espressamente equiparate le molestie anche sessuali, ai sensi dell'Art. 26, co. 1 e 2, d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198.

183. Art. 2, co. 3, d.lgs. 9 luglio 2003, n. 213.

osservato — il rimedio risarcitorio costituisce uno strumento di tutela adeguato rispetto a situazioni di carattere esclusivamente patrimoniale, mentre quella stessa forma di tutela si presenta «affatto inadeguata ove il bene da garantire attenga a situazioni di vantaggio a carattere esclusivamente (o prevalentemente) non patrimoniale»<sup>184</sup>.

Il motivo dell'inadeguatezza è fin troppo evidente: la natura fondamentale e inviolabile dell'interesse di cui si richiede la tutela, impedisce che la sua protezione possa risolversi attraverso il pagamento di una semplice somma di denaro.

I pregiudizi arrecati agli interessi fondamentali della persona reclamano, in poche parole, ben altre forme di protezione, dal momento che la stessa «Costituzione impedisce di risolverli attraverso il comodo espediente della tutela per equivalente monetario»<sup>185</sup>.

L'esigenza di garantire ai valori fondamentali della persona una tutela piena ed effettiva che non si risolva nel semplice pagamento di un equivalente monetario, si pone ovviamente con maggiore evidenza nella disciplina del rapporto di lavoro dove la prestazione lavorativa non costituisce soltanto il mezzo di adempimento dell'obbligo contrattuale, ma soprattutto uno strumento di realizzazione della persona<sup>186</sup>.

Queste considerazioni hanno trovato autorevole conferma nelle pronunce delle Sezioni Unite della Cassazione, le quali, a proposito del diritto alla reintegrazione sancito dall'art. 18 dello Statto dei Lavoratori, hanno chiarito che

l'obbligazione di ricostruire la situazione di fatto anteriore alla lesione del credito rendendo così possibile l'esatta soddisfazione del creditore ... costituisce la traduzione nel diritto sostanziale del principio ... secondo cui il processo ... deve dare alla parte lesa tutto quello e proprio quello che le è riconosciuto dalla norma sostanziale<sup>187</sup>.

Ciò significa che la sostituzione dell'obbligazione risarcitoria in luogo della prestazione dovuta costituisce un'eccezione rispetto alla regola della tutela in forma specifica che trova fondamento nell'art. 24

184. Così A. PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Jovene, Napoli, 2003, p. 121, ma già A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, p. 1104 ss.

185. Così ancora A. PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, cit., p. 121.

186. V. SPEZIALE, *op. cit.*, p. 3; V. SPEZIALE, *Processo del lavoro, certezza del diritto ed effettività delle tutele*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"* n. 215/2014, p. 5-6.

187. Cass. s.u. 10 gennaio 2006, n. 141, in *Dir. lav.* 2006, II, p. 181.

Cost. e «questa conclusione valida sul piano generale serve a maggior ragione nel diritto del lavoro» «perché il diritto del lavoratore al proprio posto, protetto dagli artt. 1, 4 e 35 Cost., subirebbe una sostanziale espropriazione se ridotto in via di regola al diritto ad una somma»<sup>188</sup>.

Senonché, la realizzazione dei principi enunciati dalle Sezioni Unite ha trovato finora un ostacolo nella presunta infungibilità della condotta dovuta dal datore di lavoro e nella conseguente incoercibilità della stessa attraverso gli strumenti dell'esecuzione forzata degli artt. 612 e seguenti del Codice di Procedura Civile<sup>189</sup>. Ciò è dovuto alla diffusa convinzione che il datore di lavoro sarebbe insostituibile nella realizzazione della condotta richiesta dall'art. 2087, con il risultato della sua sostanziale immunità rispetto all'esecuzione in forma specifica.

La tendenza a privilegiare il rimedio risarcitorio in luogo della coazione all'adempimento si alimenta, tuttavia, di altre e più profonde motivazioni anche di carattere ideologico: da un lato, la convinzione che ritiene qualunque imposizione al datore di lavoro come un'indebita ingerenza nella libertà di iniziativa economica privata riconosciuta dall'art. 41, co. 1, Cost.; dall'altro, la presunzione altrettanto diffusa che in un'economia di mercato il risarcimento rappresenti la migliore forma di tutela di qualunque bene o valore<sup>190</sup>.

Entrambe queste affermazioni sono tuttavia inequivocabilmente smentite dall'evoluzione della disciplina a tutela del consumatore, la quale, anche per impulso del legislatore europeo, individua nell'esecuzione in forma specifica la migliore garanzia in favore dell'acquirente di un bene o di un servizio<sup>191</sup>.

È singolare allora che l'adempimento in forma specifica sia ritenuto poco compatibile con la libertà d'impresa quando a richiederlo è il lavoratore a tutela dei propri diritti fondamentali, mentre quella stessa

188. Cass. s.u. 10 gennaio 2006, n. 141, *cit.*. Nello stesso senso successivamente: Cass. 30 luglio 2014, n. 17372, in *Guida dir.* 2014, n. 38, p. 36; Cass. 18 giugno 2012, n. 9966; Cass. 18 giugno 2012, n. 9965, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2012, p. 815, con nota di L. FRANCESCHINIS; Cass. 18 novembre 2010, n. 23302.

189. Vedi *supra* il paragrafo 4 di questo Capitolo.

190. V. SPEZIALE, *Situazioni delle parti e tutela in forma specifica nel rapporto di lavoro*, *cit.*, p. 64.

191. L'art. 130 d.lgs. 6 settembre 2005, n. 205 (c.d. Codice del consumo) prevede che, in caso di difetti del bene, l'acquirente ha diritto alla riparazione o sostituzione dello stesso ovvero ad una riduzione adeguata del prezzo o alla risoluzione del contratto. Sulla priorità della garanzia in forma specifica nel codice del consumo vedi S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 397 ss, spec. p. 466 ss.

misura assume una posizione di centralità come principale forma di tutela degli interessi patrimoniali del consumatore<sup>192</sup>.

Se lo strumento dell'esecuzione forzata appare difficilmente utilizzabile rispetto a condotte che possono essere realizzate soltanto con la collaborazione attiva dello stesso datore di lavoro, non mancano tuttavia efficaci misure di coazione indiretta all'adempimento che consistono nell'imposizione al debitore del pagamento di una somma di denaro in caso di mancata esecuzione della condanna all'adempimento.

Si tratta del c.d. *astreinte* ovvero di una misura coercitiva indiretta volta a indurre il debitore all'adempimento che peraltro non è sconosciuta al diritto del lavoro, il quale, in materia di licenziamenti, prevede all'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori la condanna del datore di lavoro al pagamento della retribuzione dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione del lavoratore<sup>193</sup>. La sanzione economica costituita dal pagamento della retribuzione ha la funzione dunque di indurre il datore di lavoro ad eseguire spontaneamente l'ordine giudiziale di reintegrazione, con il risultato che quest'ultimo rimane formalmente libero di non adempiere, fermo restando il pagamento della retribuzione.

Queste misure economiche di coazione indiretta all'adempimento potrebbero rivelarsi dunque strumenti particolarmente efficaci per coniugare l'incoercibilità della condotta del datore di lavoro con la salvaguardia dei diritti fondamentali del lavoratore<sup>194</sup>.

Non pare invece coerente con la natura inviolabile di tali diritti continuare a privilegiare il ricorso allo strumento risarcitorio, facendo prevalere in questo modo la monetizzazione del diritto sulla sua effettiva realizzazione.

192. V. SPEZIALE, *op. ult. cit.*, p. 5-6.

193. Riconoscono che si tratta di una misura di *astreinte*: M. DELL'OLIO, *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1987, p. 467; E. GHERA, *Le tecniche di tutela nello Statuto dei lavoratori*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1991, p. 636 ss.; M.G. GAROFALO, *Le sanzioni contro il licenziamento illegittimo*, in P. CURZIO, R. SAVINO (a cura di), *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, Cacucci, Bari, 1991, p. 64 ss.; O. MAZZOTTA, *I licenziamenti*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 1011; L. MARAZIA, *Astreinte e altre misure coercitive per l'effettività della tutela civile di condanna*, in *Riv. esec. forz.*, 2004, p. 343; A. DI MAIO, *La tutela civile dei diritti*, Vol. III, Giuffrè, Milano, 2003, p. 316; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, Vol. III, Giuffrè, Milano, 2011, p. 234 ss.

194. V. SPEZIALE, *op. cit.*, p. 64-65; L. NOGLER, «Diritto contrattuale europeo»: il punto di vista del diritto del lavoro, in L. MONTUSCHI (a cura di), *Un diritto in evoluzione. Studi in onore di Yasuo Suwa*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 83-84.