



Università degli Studi di Catania
Facoltà di Giurisprudenza

Carmela Di Carluccio

La costruzione del sistema del risarcimento del danno alla persona tra istanze di compensazione e rischi di overcompensation

WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 56/2007



© Carmela Di Carluccio 2007
Facoltà di Giurisprudenza – Seconda Università di Napoli
carmendc@tin.it

ISSN – 1594-817X
Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo “Massimo D’Antona”
Via Crociferi, 81 – 95124 Catania (Italy)
Tel: + + 39 095 230464 – Fax: + +39 095 313145
centrostudidantona@lex.unict.it
www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/presentazione

La costruzione del sistema del risarcimento del danno alla persona tra istanze di compensazione e rischi di overcompensation

**Carmela Di Carluccio
Seconda Università di Napoli**

1. Premessa.	2
2.1 Il modello risarcitorio tradizionale, tra bipolarismo e rigorosa selezione dei danni risarcibili.....	5
2.2 La travagliata elaborazione giurisprudenziale in tema di danno biologico.	8
2.3 (segue): la "scoperta" del danno esistenziale, tra (presunta) crisi del danno biologico e (presunti) limiti del rimedio del risarcimento del danno non patrimoniale.	13
2.4 (segue) Un modello risarcitorio sbilanciato sul versato riparatorio.....	17
3.1 Il risarcimento del danno alla persona nel rapporto di lavoro.	20
3.2 Quale funzione per il risarcimento del danno?	26
4.1 L'articolazione delle voci di danno nella dequalificazione professionale.	28
4.2 (segue) Danno <i>in re ipsa</i> o rispetto rigoroso della regola dell'onere probatorio?	31
4.3 (segue) Il giudizio equitativo per il ristoro dei danni subiti. ...	38
5. Verso un nuovo sistema di responsabilità civile: un ritorno al modello bipolare?.....	42

1. Premessa

L'ordinamento del lavoro è permeato da elementi di diritto personale e di diritto patrimoniale inscindibilmente connessi¹. Nell'ambito della struttura del rapporto è presente, infatti, accanto all'elemento oggettivo (ovvero l'attività lavorativa in sé considerata), l'elemento soggettivo, in relazione al quale la "persona" viene in rilievo sotto due diversi profili, sia come artefice della prestazione lavorativa, sia come destinataria del potere di organizzazione e direzione di tale prestazione, potere riconosciuto dall'ordinamento in capo al datore di lavoro.

Il contratto di lavoro, nel suo complesso sviluppo storico, si è costruito proprio intorno all'"instabile equilibrio"² tra logica di scambio e logica di valorizzazione dell'elemento personale legato all'obbligazione lavorativa, equilibrio che emerge a partire dall'assetto contrattuale post-locativo, e che si palesa, in particolare, nel principio costituzionale di cui all'art. 36 co. 1 Cost.³.

Diversamente dal codice liberale del 1865 - plasmato su una società di proprietari (venendo tali considerati anche i prestatori di lavoro in relazione alle energie psico-fisiche erogate), impegnati ad accumulare ricchezze attraverso il libero scambio di beni sul mercato -, il codice civile del 1942, per un verso, costruisce il rapporto di lavoro come rapporto di scambio, dall'altro, nella disciplina del rapporto, comincia ad accogliere la logica di personalizzazione della prestazione lavorativa, mettendo in primo piano le esigenze di protezione connesse all'immanenza della persona nel lavoro, quanto meno per quanto concerne aspetti di particolare ed immediata rilevanza⁴.

La "specialità" del rapporto di lavoro, caratterizzato da una costante implicazione della persona e dalla prevalenza dei valori espressi dalla Costituzione, a fronte di quelli collegati alla tutela delle normali

¹ L. De Litala, *Il contratto di lavoro*, Torino, 1956, 54.

² M. Grandi, *Persona e contratto di lavoro. Riflessioni storico-critiche sul lavoro come oggetto del contratto di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, 331.

³ Il Costituente, nell'individuare il limite alla determinazione del livello di "giusta" retribuzione, associa ad un valore di mercato un valore personalistico: il lavoratore si pone alle dipendenze altrui per conseguire una retribuzione idonea a remunerare la quantità e qualità del lavoro prestato e comunque sufficiente a soddisfare le sue esigenze di vita.

⁴ In relazione al primo profilo l'art. 2094 cod. civ. contiene l'inciso, riferito al prestatore di lavoro, «si obbliga mediante retribuzione», che fissa uno dei termini del sinallagma contrattuale; quanto al secondo, l'art. 2087 cod. civ. riconduce nell'ambito del contratto di lavoro anche interessi non patrimoniali, aventi per oggetto la tutela dell'integrità psico-fisica del prestatore di lavoro, e l'art. 2110 cod. civ. prevede una tutela per il lavoratore in caso di infortunio, malattia, gravidanza o puerperio.

posizioni contrattuali, spiega la forte ingerenza della legge e della contrattazione collettiva rispetto all'autonomia negoziale individuale.

Laddove nel diritto civile il contratto è sia atto costitutivo del rapporto sia fonte primaria del regolamento negoziale, nel diritto del lavoro il contratto "crea l'obbligazione di lavorare, ma non la governa"⁵, essendo la stessa regolata soprattutto da fonti eteronome il cui fine ultimo è proteggere chi dal lavoro trae i mezzi per il proprio sostentamento.

Eppure, al lungo e tortuoso processo di tipizzazione dell'obbligazione lavorativa non si accompagna un parallelo sviluppo degli strumenti di tutela. Fino al 1970 la legge e la contrattazione collettiva non intervengono sugli istituti della responsabilità contrattuale, per cui la tutela del lavoratore, contraente debole, resta affidata quasi esclusivamente alla tecnica risarcitoria, rimedio sanzionatorio tipico nel diritto comune dei contratti. Solo negli anni successivi il diritto del lavoro, preso atto dell'insufficienza ed inadeguatezza dei tradizionali schemi per la protezione di alcuni diritti ed interessi connessi alla "persona" del lavoratore, cerca di superare i limiti derivanti dal sistema civilistico e processuale, costruendo un modello "alternativo" di tutele, le quali, tuttavia, pur quando indirizzate a realizzare una tutela "reale", non hanno mantenuto le promesse, rivelandosi ineffettive sul piano del rapporto individuale e finendo per assicurare, di fatto, una tutela meramente risarcitoria.

Per compensare il *deficit* di effettività emerso con riferimento alla tutela della persona del lavoratore si è lavorato principalmente sulla tecnica risarcitoria, mediante l'ampliamento della nozione di danno risarcibile e lo scivolamento verso il c. d. danno normativo, ovvero il danno inteso come elemento della fattispecie lesiva.

Siffatto processo di "allargamento" della nozione di danno risarcibile nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato riflette i mutamenti consumatisi, negli ultimi decenni, nell'ambito del sistema della responsabilità civile e, in particolare, del risarcimento del danno alla persona, ma, nello stesso tempo, rappresenta l'effetto dell'incapacità,

⁵ L. Mengoni, *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1990, 7. Sul punto v., altresì, C. Zoli, *Subordinazione e poteri dell'imprenditore tra organizzazione, contratto e contropotere*, in *Lav. dir.*, 1997, 242, il quale evidenzia come il rapporto di lavoro "nasce dal contratto, di per sé espressivo dell'antagonismo degli interessi in gioco, ma contiene un elemento che lo conduce al di là del contratto e che lo rende irriducibile alla libertà contrattuale propriamente intesa: il vincolo di subordinazione e l'assoggettamento ad altri per poter lavorare ed acquisire la fonte del proprio sostentamento".

reale o presunta, dell'ordinamento lavoristico di offrire al soggetto danneggiato una adeguata risposta sul piano processuale⁶.

Di qui scaturisce la necessità di proporre un'opzione metodologica nel leggere il sistema del risarcimento del danno alla persona del lavoratore che evidenzia le convergenze e le diversità rispetto al sistema civilistico, al fine di comprendere se, ed in quali termini, le vicende evolutive del sistema della responsabilità civile del danno alla persona abbiano condizionato le problematiche del danno alla persona del lavoratore.

Una tale riflessione - che è volta, almeno nell'intenzione di chi scrive, a proporre un confronto tra diritto civile e diritto del lavoro relativamente alla tutela del contraente che subisca danni alla persona, considerata soprattutto nella sua dimensione relazionale -, non può che prendere le mosse dalla considerazione dell'evoluzione giurisprudenziale in tema di responsabilità civile, che per un lungo periodo ha svolto una funzione di traino rispetto alla giurisprudenza lavoristica; passando poi ad esaminare le "tipicità" della vicenda del danno alla persona del lavoratore, quali principalmente la fisiologica e naturale propensione delle dinamiche del lavoro a generare fattispecie di danno, nonché la presenza dell'art. 2087 cod. civ., anche al fine di cogliere gli stimoli ed i segnali che i civilisti derivano dalla giurisprudenza lavoristica.

Il processo, come emergerà dal lavoro, è particolarmente ricco di risvolti problematici, anche di ordine processuale; di quest'ultime implicazioni peraltro nell'economia del lavoro non si potrà tener adeguatamente conto.

⁶ La dottrina e la giurisprudenza prevalenti hanno considerato infungibile l'obbligo datoriale di predisporre il substrato materiale della prestazione lavorativa, e, dunque, hanno escluso categoricamente la possibilità di dare esecuzione in forma specifica alla condanna giudiziale alla reintegrazione del prestatore nel posto di lavoro in ipotesi di licenziamento illegittimo (e alla condanna alla reintegrazione nelle precedenti mansioni o a mansioni equivalenti, in ipotesi di violazione dell'art. 2103 cod. civ.). Su tale profilo e sul tema più generale delle tecniche di tutela della "persona" del lavoratore v.: E. Ghera, *L'esecuzione diretta ed indiretta nel diritto del lavoro*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989, 1077 ss.; E. Ghera, *Le tecniche di tutela: Statuto dei lavoratori e innovazioni legislative*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1991, 633 ss.; A. Vallebona, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, Padova, 1995; L. Montuschi, *Rimedi e tutele nel rapporto di lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1997, 3 ss.; A. Pizzoferrato, *Il danno alla persona: linee evolutive e tecniche di tutela*, in *Contr. e impr.*, 1999, 1070 ss.; M. Barbieri, F. Macario, G. Trisorio Liuzzi (a cura di), *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Milano, 2004; I. Pagni, *Diritti del lavoro e tecniche di tutela: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, I, 489 ss.; L. Nogler, *La «deriva» risarcitoria della tutela dei diritti inviolabili della persona del lavoratore dipendente*, in *Quad. dir. lav.*, 2006, 63 ss.

2.1 Il modello risarcitorio tradizionale, tra bipolarismo e rigorosa selezione dei danni risarcibili

Fino ai primi anni settanta il sistema della responsabilità civile si caratterizza in quanto sistema "bipolare"⁷ - che distingue tra danno patrimoniale, sempre risarcibile, e danno non patrimoniale, riparabile in casi tipici - ed in quanto sistema "chiuso", che ammette la tutelabilità solo di diritti soggettivi assoluti.

Il modello della responsabilità civile, delineato dal codice civile del 1942, si fonda su due fattispecie: l'art. 2043 cod. civ., secondo cui «qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno», e l'art. 2059 cod. civ., per cui «il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge». La risarcibilità del pregiudizio patrimoniale è, quindi, condizionata dall'ingiustizia dello stesso, mentre per il danno non patrimoniale la risarcibilità è ammessa solo nelle ipotesi determinate dalla legge. E la previsione di cui all'art. 2059 cod. civ. è interpretata nel senso che la riserva di legge è esclusivamente riferita alla legge penale, più precisamente all'art. 185 cod. pen. che consente la riparazione del danno morale in presenza di fattispecie qualificabili come reato.

Le ragioni della limitazione alla risarcibilità del danno non patrimoniale, come è noto, vengono ricondotte non al tenore letterale della norma, ma ad argomentazioni di tipo storico e politico⁸. Si ritiene, infatti, che il risarcimento di tale voce di danno abbia una funzione punitiva-afflittiva e non riparatoria: la risarcibilità del danno non patrimoniale, che viene in essere quale espressione di una sanzione, è giustificata solo dalla presenza di un reato, in quanto, in tal caso, risulta più intensa la lesione dell'ordine giuridico e, di conseguenza si ritiene ammissibile un'eccezione rispetto alla regola generale del modello di responsabilità civile, ispirato ad una finalità compensativa. A ciò si aggiunge la circostanza che, secondo l'opinione tradizionale, il diritto

⁷ Le origini binarie del sistema sono antiche, in quanto risalenti a prima della nascita del Codice unitario. Il legislatore del 1942 ha guardato alle esperienze europee, in particolare a quella tedesca, che sperimenta l'esistenza della tipizzazione del danno non patrimoniale, ed a quella svizzera, che distingue tra danni alla persona sempre risarcibili e danni alla persona riparabili solo entro i tipici limiti fissati dal legislatore. Per una efficace sintesi illustrativa v. F. D. Busnelli, *Interessi della persona e risarcimento del danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, I, 4 ss.

⁸ Il quadro socio-politico entro cui matura l'interpretazione dell'art. 2059 cod. civ. è descritto, tra gli altri, da E. Navarretta, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996, 240 ss.

civile deve dirimere le controversie di tipo patrimoniale, mentre la tutela della persona compete al diritto pubblico, in particolare al diritto penale.

Il diritto positivo in queste sue primarie manifestazioni ignora la dimensione autonoma della tutela della persona come tale.

Ed infatti il sistema risarcitorio tradizionale, anche nel valutare il danno alla persona, riconosce rilievo esclusivamente alle conseguenze di tipo patrimoniale derivanti dall'evento lesivo. Il codice civile del 1942, di fatto, istituzionalizza il principio ottocentesco, espresso da Melchiorre Gioia attraverso la c.d. regola del calzolaio, che indica nel reddito lavorativo il parametro per determinare il risarcimento al soggetto leso⁹. Il risarcimento del danno alla persona, in base al principio patrimonialistico della stretta correlazione tra lesione dell'integrità fisica e guadagno, comprende così solo le conseguenze economiche della lesione fisica prodotta, in termini di danno emergente e di lucro cessante, a cui si somma il risarcimento del danno morale, quale ristoro per le sofferenze fisiche e psichiche ed i dolori patiti dal soggetto leso, limitatamente alle ipotesi in cui il fatto abbia anche un rilievo penale.

Si tratta di un sistema dotato di un "rigoroso apparato di selezione dei danni risarcibili"¹⁰, che comporta il ricorso a tre criteri principali: quello dell'ingiustizia, quello della causalità, quello delle conseguenze di danno. Quanto al primo, la selezione si realizza ammettendo la risarcibilità solo dei danni da lesione di diritti soggettivi, ovvero dei danni insiti nella lesione di un diritto primario; circa il secondo, quello della causalità, essa importa la risarcibilità solo dei danni che siano conseguenza immediata e diretta del fatto dannoso; in relazione al terzo criterio, quello delle conseguenze di danno, la selezione fa sì che il giudice possa concedere la tutela risarcitoria solo dopo aver valutato la sussistenza di un danno-conseguenza, riconducibile al danno patrimoniale e al danno morale soggettivo.

E' un sistema legato ad una visione patrimoniale del danno alla sfera individuale, che regge bene le spinte di una società preindustriale, la quale riconosce un rilievo preminente agli interessi proprietari¹¹.

⁹ Principio, secondo cui "un calzolaio, per esempio, eseguisce due scarpe e un quarto al giorno; voi avete indebolito la sua mano che non riesce più a fare che una scarpa: voi gli dovete il valore di una fattura di una scarpa e un quarto moltiplicato pel numero de' giorni che gli restano di vita, meno i giorni festivi". Così, M. Gioia, *Dell'ingiuria dei danni, del soddisfacimento e relative basi di stima avanti i Tribunali Civili*, Lugano, 1840, 167. Sul tradizionale sistema di risarcimento del danno alla persona v. , per tutti, G. Gentile, *Danno alla persona*, in *Enc. Dir.*, vol. XVI, Milano, 1962, 634 ss.

¹⁰ C. Bona, *La morte del danno evento*, in *Foro It.*, 2004, I, 783, nota a Cass., 24 ottobre 2003, n. 16004.

¹¹ Così S. Rodotà, *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 595.

Un sistema, per un verso, capace di selezionare i danni risarcibili - e perciò immune dai rischi di *overcompensation* -, ma, per l'altro, non in grado di soddisfare le esigenze di riparazione del danno, soprattutto per gli illeciti che coinvolgono i valori della persona non valutabili in termini puramente economici.

In particolare, il tradizionale meccanismo di valutazione del danno, fondato sulla mera efficienza lavorativa, risulta assolutamente inadeguato rispetto a tutte le ipotesi in cui la lesione all'integrità fisica non determini un mancato guadagno in capo al soggetto leso, o perché si tratta di lesione patita da soggetti che non percepiscono alcun reddito (anziani, disoccupati, minori), o perché si tratta di soggetti che svolgono un'attività lavorativa ma non hanno subito alcuna diminuzione reddituale. Tale inadeguatezza è avvertita dalla stessa giurisprudenza che, a partire dagli anni sessanta, in più occasioni¹² ammette un risarcimento anche per quei danni alla salute che non comportano una permanente impossibilità a percepire lo stesso reddito che il lavoratore avrebbe ottenuto in mancanza dell'evento lesivo: e ciò in contrasto con l'opinione giurisprudenziale prevalente che - coerente con il principio patrimonialistico di risarcibilità dei danni alla persona, restando nel solco della tradizione pre-codicistica e riconoscendo rilievo giuridico solo "all'efficienza produttiva della persona, alla tutela della proprietà, alla logica dello scambio"¹³-, afferma l'esistenza di "uomini senza alcun valore" perché "totalmente inetti a qualunque occupazione redditizia"¹⁴.

Peraltro, anche la dottrina manifesta apertamente una giustificata insofferenza per un sistema di regole insufficiente e non rispettoso dei valori espressi dalla Costituzione ed evidenzia la necessità di avviare la ricerca di una tutela allargata, che consenta la tutelabilità della persona nella sua realtà globale e nei valori che la connotano¹⁵.

¹² V. Cass., 16 dicembre 1968, n. 4004, in *Resp. civ. prev.*, 1969, 446, secondo cui l'insussistenza di un effettivo mancato guadagno è "un fattore del tutto contingente ed estraneo" che non inficia il diritto al risarcimento del danno all'integrità fisica subito. Cfr. altresì M. Cinelli, *Il ristoro del danno non patrimoniale alla persona del lavoratore tra diritto civile e diritto speciale*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2006, 269 ss., il quale evidenzia che la tendenza a tutelare, mediante la tecnica risarcitoria, interessi e beni riferibili alla persona diversi dalla capacità di produrre reddito, è emersa già a partire dagli anni trenta e quaranta quando la giurisprudenza di merito ha utilizzato la nozione di "danno alla vita di relazione".

¹³ F. D. Busnelli, U. Breccia (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, Milano, 1978, 4.

¹⁴ Trib. Firenze, 5 gennaio 1967, in *Arch. resp. civ.*, 1969, 130, che, in relazione alla menomazione fisica subita da una persona anziana, afferma che "il bene la cui compromissione costituisce la base del diritto al risarcimento non è l'organismo in sé, ma la sua efficienza, cioè l'insieme di quelle capacità che, se esplicate, possono produrre effetti economicamente utili".

¹⁵ R. Scognamiglio, *Il danno morale. Contributo alla teoria del danno extracontrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 272 ss. in part. 287.

2.2 La travagliata elaborazione giurisprudenziale in tema di danno biologico

L'assetto tradizionale del sistema civilistico della responsabilità civile, che aveva mostrato enormi difficoltà a tener campo già negli anni sessanta, "si sgretola definitivamente con le spinte sociali dei primi anni settanta, col progressivo passaggio dapprima ad una società industriale e poi ad una società post-industriale ed infine con la «riscoperta» della Costituzione"¹⁶. Si apre un'ampia riflessione sulla rilevanza della salute nei rapporti privati, sul danno alla persona e sulla nozione di patrimonio, da cui prende l'avvio un nuovo sistema di responsabilità civile che, a differenza di quello tradizionale, privilegia le esigenze di compensazione a svantaggio delle esigenze di selezione dei danni risarcibili.

Il primo elemento caratterizzante tale sistema è il carattere tripolare.

L'idea che la categoria del danno risarcibile non si esaurisca in quello patrimoniale e morale soggettivo, viene proposta per la prima volta in un noto saggio del 1956¹⁷; tale intuizione si concretizza, poi, nella nozione di "danno biologico", grazie ad un complesso percorso, seguito da dottrina e giurisprudenza, avviato dai giudici genovesi con una sentenza del 1974¹⁸, nella quale si osserva che, in ipotesi di lesione all'integrità psico-fisica della persona, si determina non solo un danno relativo alla capacità di guadagno del soggetto (a cui fanno riferimento le tabelle indennitarie per la copertura assicurativa), ma anche un c.d. danno biologico, inteso come "lesione dell'integrità psico-fisica in sé considerata", a prescindere dai riflessi eventuali sulla capacità lavorativa e di guadagno del danneggiato¹⁹.

Così, il danno alla persona non è più rappresentato solo dalle categorie del danno patrimoniale e del danno non patrimoniale, inteso come danno morale, ma può trovare espressione anche nell'ulteriore

¹⁶ C. Bona, *La morte del danno evento*, cit., 783.

¹⁷ R. Scognamiglio, *Il danno morale. Contributo alla teoria del danno extracontrattuale*, cit., che distingue tra danno morale soggettivo, ovvero il dolore o i patemi d'animo, ed il danno oggettivo ed effettivo, che può colpire il patrimonio, ma anche i beni-interessi della persona.

¹⁸ Trib. Genova, 25 maggio 1974, in *Giur. it.*, 1975, I, 2, 54.

¹⁹ Tra le prime pronunce v. Trib. Genova, 30 maggio 1974, in *Resp. civ. prev.*, 1975, 416, con nota critica di M. Pogliani; Trib. Genova, 20 ottobre 1975, in *Resp. civ. prev.*, 1976, 466, con nota di G. Scalfi; Trib. Genova, 15 dicembre 1975, in *Foro It.*, 1976, I, 1977. Per una ampia prospettazione del nuovo indirizzo giurisprudenziale v. il saggio dei giudici genovesi V. Monetti, G. Pellegrino, *Proposte per un nuovo metodo di liquidazione del danno alla persona*, in *Foro It.*, 1974, V, 159. Cfr. altresì, G. Alpa, *Danno "biologico" e diritto alla salute. Un'ipotesi di applicazione diretta dell'art. 32 Cost.*, in *Giur. It.*, 1976, I, 2, 443.

componente del danno biologico. Componente che nella giurisprudenza pretorile genovese è circoscritta solo all'aspetto c.d. statico - considerandosi rilevante ai fini risarcitori solo la lesione all'integrità psico-fisica -, ma nel filone che trova espressione nella giurisprudenza pisana risulta ampliata fino ad includere l'aspetto c.d. dinamico o comportamentale, ammettendosi la risarcibilità anche con riferimento alle possibili ripercussioni sulle attività extralavorative, sociali, culturali del danneggiato²⁰.

Il nuovo sistema risarcitorio risulta finalmente rispettoso del principio di uguaglianza ex art. 3 Cost., principio disatteso dall'uso dei vecchi criteri di valutazione del danno alla persona che lo quantificavano in rapporto al diverso ammontare del reddito. E' esplicita sul punto la pronuncia del Tribunale di Genova del 25 maggio 1974²¹ in cui si precisa che "il motivo fondamentale per cui la prassi interpretativa tradizionale deve essere abbandonata (...) va identificato in una profonda ragione di equità che appare chiara se solo si consideri quello che in base a questa prassi accade di norma. Se uno stesso danno biologico (non incidente quindi sulla rispettiva capacità di lavoro-guadagno) colpisce due persone le quali godono di redditi da lavoro di diversa entità, queste, per il fatto stesso che il danno è definito in termini di incapacità lavorativa e quindi scorrettamente riferito ai rispettivi redditi da lavoro, riceveranno a parità di danno un trattamento risarcitorio diversissimo". In relazione a siffatto profilo, mentre i giudici genovesi ritengono che tale danno vada risarcito in misura uniforme, in relazione al reddito medio nazionale *pro capite* accertato al momento della sentenza, i giudici di Pisa propongono, invece, un criterio di liquidazione che ha come base di calcolo i punti medi di invalidità²².

Il tratteggiato indirizzo giurisprudenziale costruisce un sistema risarcitorio che rivaluta fortemente l'art. 32, co. 1, Cost., ciò in quanto la salute delle persone, tutelata dalla norma costituzionale, "non costituisce solo un interesse della collettività o una direttiva programmatica per il legislatore ordinario, ma rappresenta un diritto fondamentale

²⁰ Trib. Pisa, 10 marzo 1979, in *Resp. civ. prev.*, 1979, 356; Trib. Pisa, 4 giugno 1984, in *Resp. civ. prev.*, 1984, 677. In dottrina cfr. C. Salvi, *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Napoli, 1985; A. Giusti, A. Nannipieri, *Verso un modello uniforme della liquidazione del danno alla persona*, in M. Bargagna, F. D. Busnelli (a cura di), *La valutazione del danno alla salute*, Padova, 1988, 73; F. Mastropaolo, *La nozione di "danno biologico". (Lesione corporale in sé o menomazione delle potenzialità realizzatrici della persona umana?)*, in *Giust. civ.*, 1991, II, 275.

²¹ Trib. Genova, 25 maggio 1974, cit.

²² Sui diversi metodi di quantificazione del danno biologico cfr. V. Monetti, G. Pellegrino, *Proposte per un nuovo metodo di liquidazione del danno alla persona*, cit., 165; P. G. Monasteri, A. Bellero, *Il "quantum" nel danno alla persona*, Milano, 1989, 121.

dell'individuo, dalla cui lesione scaturisce il diritto al risarcimento del danno"²³.

La stessa giurisprudenza di legittimità²⁴ in quegli anni si esprime sul diritto alla salute strutturandolo come un diritto soggettivo fondamentale tutelato, oltre che nei confronti dello Stato, nei rapporti tra privati in maniera assoluta ed incondizionata.

Nel 1979 la Corte Costituzionale legittima tali interpretazioni riconoscendo nella prerogativa tutelata dall'art. 32 Cost. "un diritto primario ed assoluto, pienamente operante nei rapporti fra privati (...) da ricomprendere tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione", e rinvenendo nell'art. 2059 cod. civ. il fondamento per la risarcibilità di qualsiasi danno non patrimoniale (inteso come ogni tipo di pregiudizio "che si contrapponga, in via negativa, a quello patrimoniale, caratterizzato dall'economicità dell'interesse leso"), non solo il danno morale, ma "ogni danno non suscettibile direttamente di valutazione economica, compreso quello alla salute"²⁵.

Negli stessi termini si esprime nel 1981 la Corte di Cassazione nel suo primo intervento in materia di danno biologico²⁶.

In sostanza, la giurisprudenza, raccolta dalla realtà sociale l'istanza di protezione della persona e dei suoi diritti ed interessi, modella il dato codicistico rispetto ai precetti della Costituzione "materiale". Operazione che può dirsi pienamente realizzata solo a partire dalla storica sentenza n. 184 del 1986 della Corte Costituzionale, nota come sentenza Dell'Andro²⁷: qui il Giudice delle leggi, diversamente da quanto sostenuto

²³ Trib. Genova, 20 ottobre 1975, cit. Così anche Trib. Roma, 14 luglio 1981, in *Resp. civ. prev.*, 1983, 258, con nota di A. De Cupis. La dottrina - escluse alcune voci contrarie, legate alle tesi prospettate nei primi anni di vigenza della Costituzione - ha accolto positivamente la riscoperta dell'art. 32 Cost. nei rapporti interprivati. Cfr. M. Bessone, E. Roppo, *Diritto soggettivo alla salute, applicabilità diretta dell'art. 32 Cost. ed evoluzioni della giurisprudenza*, in *Pol. dir.*, 1974, 767; G. Alpa, *Danno "biologico" e diritto alla salute. Un'ipotesi di applicazione diretta dell'art. 32 Cost.*, cit., 443; C. Castronovo, *"Danno biologico" senza miti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 26.

²⁴ Cfr. Cass. sez. un., 21 marzo 1973, n. 796, in *Foro It.*, 1975, I, 689; Cass., 6 ottobre 1975, n. 3164, in *Foro It.*, 1976, I, 385; Cass. sez. un., 6 ottobre 1979, n. 5172, in *Resp. civ. prev.*, 1979, 715.

²⁵ Corte Cost., 26 luglio 1979, n. 88, in *Foro It.*, 1979, I, 2542 o in *Giust. Civ.*, 1980, I, 534 ss., con nota di A. De Cupis.

²⁶ Cass., 6 giugno 1981, n. 3675, in *Giust. civ.*, 1981, I, 1903, con nota di G. Alpa. A breve distanza di tempo la Corte di Cassazione interviene nuovamente sul tema affermando la natura non patrimoniale del danno biologico, ma riconducendolo nell'ambito dell'art. 2043 cod. civ., dove "il sintagma danno ingiusto sembra consentire la sussunzione anche del danno non patrimoniale, diverso da quello morale": così Cass., 6 aprile 1983, n. 2396, in *Giur. It.*, 1984, I, 537.

²⁷ Corte Cost., 14 luglio 1986, n. 184, in *Foro It.*, 1986, I, 2053 ss., con nota di G. Panzanelli.

nel 1979, riconduce la tutela risarcitoria del danno biologico nell'ambito del combinato disposto art. 32 Cost.-art. 2043 cod. civ.

La Corte, in particolare, chiarisce che l'art. 2059 cod. civ. è costituzionalmente legittimo, se ed in quanto i relativi limiti debbono intendersi riferiti al solo danno morale soggettivo; là dove l'art. 2043 cod. civ. va necessariamente esteso fino a comprendere il risarcimento, non solo dei danni in senso stretto patrimoniali, ma di tutti i danni che, almeno potenzialmente, ostacolano le attività realizzatrici della persona umana.

La nozione di "patrimonio" risulta così ampliata per comprendere, oltre ai "valori di scambio", i "valori d'uso" entro cui collocare le espressioni della stessa capacità psico-fisica dell'individuo²⁸. In questa prospettiva la menomazione dell'integrità psico-fisica va considerata di per sé come danno "ingiusto", giacché provoca la lesione del diritto alla salute; ne deriva che il fondamento del risarcimento del danno biologico è la tutela in sé del bene di rilievo costituzionale, a prescindere dalle conseguenze patrimoniali dovute alla lesione. La nuova figura consente di superare le anguste limitazioni imposte dall'art. 2059 cod. civ., e le enormi difficoltà incontrate nel tentativo di inquadrare il danno alla persona nell'ambito del danno non patrimoniale, ma così "costruita" alimenta il rischio di una sostanziale mercificazione dell'organismo²⁹.

La Corte Costituzionale precisa che il c.d. danno biologico costituisce l'«evento» di cui il soggetto leso deve dare la prova. Il ragionamento si fonda essenzialmente sulla distinzione penalistica tra danno-evento e danno-conseguenza. Come è noto, un fatto illecito è composto da tre elementi che devono necessariamente sussistere perché sussista il fatto stesso: la condotta, l'evento naturalistico, il nesso causale tra condotta ed evento. A seguito della commissione del fatto possono, inoltre, realizzarsi conseguenze eventuali ulteriori, che discendono dal fatto illecito, ma sono esterne allo stesso, a differenza dell'evento naturalistico. Nella ricostruzione operata dalla Consulta il danno biologico è un danno-evento, giacché "la menomazione dell'integrità psico-fisica dell'offeso costituisce l'evento interno al fatto illecito, legato all'altra componente interna del fatto, il comportamento, da un nesso di causalità"; il danno morale ed il danno patrimoniale in senso stretto, costituiscono danni-conseguenza, perché eventuali ed ulteriori conseguenze esterne al fatto che possono o meno verificarsi. Mentre con riferimento al danno-evento non è richiesta la prova della sussistenza della lesione – in quanto l'*an* è già determinato mediante il principio

²⁸ V., per tutti, F. Galgano, *Le mobili frontiere del danno*, in *Contr. e impr.*, 1985, 24.

²⁹ Per tali considerazioni v. M. Franzoni, *L'illecito*, Milano, 2004, 375 ss.

dell'equivalenza causale – ma solo della sua entità, nel caso di danno-conseguenza occorre provare la sussistenza del nesso causale tra condotta ed evento, e tra evento e danno, danno che per poter essere risarcito deve essere "conseguenza" immediata e diretta dell'evento, in base al criterio della regolarità causale, o rientrare nelle conseguenze normali ed ordinarie del fatto.

E' proprio a partire dalla sentenza Dell'Andro che si apre la strada per la concettualizzazione del c.d. danno normativo, ovvero del danno inteso come elemento della fattispecie lesiva e non come sua conseguenza. Infatti, dalla prospettazione della Corte Costituzionale "se n'è tratta, sul piano dogmatico, l'idea che il danno, inteso come contenuto-referente oggettivo dell'obbligazione risarcitoria, si identifichi con il diritto della persona protetto dalla norma violata: una sorta, insomma, di cortocircuito tra danno e anti-giuridicità"³⁰; laddove, a ben vedere, la Consulta si è limitata ad affermare che il danno biologico è un danno-evento, giacché le conseguenze dannose sono insite nella lesione psico-fisica, lesione necessaria affinché possa esserci l'evento.

Il Giudice delle leggi riesamina tali questioni, sotto diversi profili, nel 1991³¹ e, nel 1994, con la c.d. sentenza Mengoni³², la quale finisce per rendere più problematico il modello adottato dagli interpreti sulla base della precedente giurisprudenza costituzionale. Intervenuta in merito alla risarcibilità del danno alla salute subito dai familiari per la morte di un congiunto, dovuta al fatto illecito di un terzo, la Corte riconosce, infatti, l'esistenza di due tipologie di danno alla salute, entrambe meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento giuridico: un danno-evento, che si sostanzia nella lesione *in re ipsa* dell'integrità psico-fisica del danneggiato, riconducibile comunque all'interno dell'art. 2043 cod. civ., ed un danno-conseguenza, patito dai familiari della vittima, effetto diretto e patologico dei patemi d'animo prodotti dal comportamento illecito, afferente all'art. 2059 cod. civ.³³.

³⁰ A. Tursi, *Il danno non patrimoniale alla persona nel rapporto di lavoro: profili sistematici*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, I, 286.

³¹ Corte Cost., 25 febbraio 1991, n. 87, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, II, 3 ss., con nota di A. Avio; Corte Cost., 18 luglio 1991, n. 356, in *Giust. civ.*, 1992, I, 14 ss.; Corte Cost., 27 dicembre 1991, n. 485, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, II, 756 ss., con nota di S. Giubboni.

³² Corte Cost., 27 ottobre 1994, n. 372, in *Giur. It.*, 1995, I, 406 ss.

³³ La Corte cerca di fornire un fondamento alla sussistenza di un danno alla salute *iure proprio* dei familiari: ritenendo di non potersi riferire all'art. 2043 cod. civ., in quanto mancherebbe il criterio di imputazione soggettiva in capo al responsabile per l'imprevedibilità dell'evento lesivo, amplia la portata protettiva dell'art. 2059 cod. civ., fino ad estenderla a tutti i danni permanenti alla salute psichica che siano diretta conseguenza dei turbamenti psichici ed emotivi subiti per la perdita del congiunto. Per qualche interessante osservazione rispetto a tali conclusioni v. A. Pizzoferrato, *Il danno alla persona: linee evolutive e tecniche di tutela*, cit., 1070 ss.

L'ordinanza della Corte Costituzionale del 22 luglio 1996, n. 293³⁴, in linea con la sentenza Mengoni, ribadisce la richiamata distinzione categoriale e vi riserva un identico trattamento giuridico nella peculiare ipotesi in cui il danno alla salute segua il danno morale in quanto consolidamento patogeno originato dall'alterazione dello stato psichico del soggetto che subisca la perdita di un prossimo congiunto.

Enucleati i referenti normativi fondanti la risarcibilità del danno biologico, il dibattito dottrinario e giurisprudenziale si è spostato sul piano della delimitazione dei suoi caratteri e confini. In questa prospettiva, la giurisprudenza - soprattutto di merito -, rimarcata la necessaria sussistenza della lesione *in corpore* (cioè l'effettiva esistenza di una disfunzione anatomico-patologica di origine traumatica che riguardi il corpo e/o la psiche del soggetto) e la natura areddituale di tale voce di danno, ne ha valorizzato l'omnicomprensività, ossia la capacità di assorbire le diverse voci di danno emerse nella prassi applicativa già prima della sua "creazione", quali, ad esempio, il danno estetico, il danno alla vita sessuale, il danno alla vita di relazione, il danno alla personalità morale del lavoratore.

2.3 (segue): la "scoperta" del danno esistenziale, tra (presunta) crisi del danno biologico e (presunti) limiti del rimedio del risarcimento del danno non patrimoniale

Per rispondere alla proliferazione di nuove figure di danno che prescindono dalla lesione *in corpore* che connota il danno biologico, la giurisprudenza civilistica, risentendo dei contributi offerti dall'elaborazione sviluppatasi sul versante lavoristico, ha aggiornato il catalogo dei diritti fondamentali della persona facendo leva, in particolare, sull'art. 2 Cost. ed ha "costruito" una nuova categoria, quella del danno c.d. esistenziale.

In tal modo, si è inteso dar corpo e consistenza al diritto alla "dignità" della persona.

La nozione di danno esistenziale si è timidamente affacciata nel panorama giuridico italiano nei primi anni novanta³⁵, per poi affermarsi

³⁴ Corte Cost. (ord.), 22 luglio 1996, n. 293, in *Giust.civ.*, 1996, I, 2800.

³⁵ I primi riferimenti sono contenuti in un aggiornamento sulle novità giurisprudenziali: P. Cendon, L. Gaudino, P. Ziviz, *Responsabilità civile (rassegna di giurisprudenza)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 971 ss. Cfr. altresì le relazioni del convegno triestino del 13-14 novembre 1998 confluite nel volume P. Cendon, P. Ziviz (a cura di), *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, Milano, 2000.

gradualmente nel corso dell'ultimo decennio del secondo millennio, fino ad ottenere i primi riconoscimenti dalle Corti di merito³⁶ e di legittimità³⁷.

L'esigenza di ammettere il risarcimento di tale voce di danno trae origine dalla denuncia dei limiti propri del sistema risarcitorio tradizionale del danno alla persona³⁸, che, pur allargato, continuerebbe a non essere in grado di tutelare adeguatamente beni ed interessi nuovi. Di qui la proposta di creare una nuova voce di danno, quale ulteriore pilastro del modello del risarcimento del danno alla persona. Una figura di danno idonea a sopperire alle lacune del sistema risarcitorio quando non ricorrano nella fattispecie lesiva tutti gli elementi del reato e la violazione dei beni della persona non abbia causato una modifica patologica della salute del soggetto leso: in siffatte ipotesi, il pregiudizio ai valori fondamentali della persona – in base ai tradizionali criteri di accertamento e di valutazione – sarebbe rimasto privo di tutela.

I sostenitori del danno esistenziale³⁹ evidenziano le "crisi" che hanno interessato il danno alla salute e dal danno morale.

Quanto alla presunta crisi del danno alla salute, la stessa deriverebbe essenzialmente dalla considerazione che il danno biologico è stato riferito esclusivamente alle alterazioni della salute nel suo aspetto medico-legale: il che lascerebbe privi di tutela alcuni pregiudizi lesivi dello stato di benessere del danneggiato, ma non accertabili da un esame nosografico.

Quanto al danno non patrimoniale, inteso come danno morale, "la crisi viene dalla storia, cioè dal codice civile del 1942: l'incapacità dell'art. 2059 cod. civ. ad ospitare la riparazione di pregiudizi «areddituali»"⁴⁰. Tale incapacità si manifesterebbe sotto due profili diversi: in *primis*, la limitazione dell'art. 2059 cod. civ. renderebbe non utilizzabile tale norma in presenza di pregiudizi che nascono da meri illeciti civili; inoltre, l'art. 2059 cod. civ., offrirebbe riparazione solo al danno morale soggettivo,

³⁶ Le prime pronunce di merito sul danno esistenziale risalgono a metà degli anni novanta. Tra tante, cfr. Trib. Torino, 8 agosto 1995, in *Resp. civ.*, 1996, 282, con nota di P. Ziviz; Trib. Verona, 26 febbraio 1996, in *Dir. inf.*, 1996, 576; Trib. Milano, 20 ottobre 1997, in *Danno e resp.*, 1999, 82.

³⁷ Cass., 7 giugno 2000, n. 7713, in *Danno e resp.*, 2000, 835, con nota di P. G. Monateri e di G. Ponzanelli. Cfr., per alcuni successivi interventi della Cassazione a vario titolo riconducibili al dibattito sul danno esistenziale, P. Ziviz, *I «nuovi danni» verso la Cassazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, 1023.

³⁸ La crisi del sistema di responsabilità civile è delineata con chiarezza da G. Ponzanelli, *Una voce contraria alla risarcibilità del danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2002, 339.

³⁹ P. Ziviz, *Il danno non patrimoniale*, in P. Cendon (a cura di), *La responsabilità extracontrattuale*, Milano, 1994, 376 ss.; P. G. Monateri, *La responsabilità civile*, Torino, 1998, 299 ss.; P. Cendon, *Trattato breve dei nuovi danni. Il risarcimento del danno esistenziale: aspetti civili, penali, medico legali, processuali*, Padova, 2001.

⁴⁰ G. Ponzanelli, *La «forza» del sistema bipolare*, cit., 9.

inteso come patema d'animo, e non sarebbe perciò capace di proteggere situazioni più gravi e meno precarie sotto il profilo temporale. L'interpretazione tradizionale della norma codicistica - accettata inizialmente senza dar luogo a particolari problemi -, ha iniziato a vacillare quando la sensibilità sociale ha riconosciuto un valore centrale all'individuo ed ai suoi bisogni. I dubbi sulla portata della norma e sulla sua conformità rispetto alla Costituzione, come in parte già evidenziato, sono stati numerosissimi. E' a partire dalla fine degli anni settanta che la Corte Costituzionale è stata più volte chiamata ad intervenire circa la legittimità costituzionale della norma (sempre uscita indenne), utilizzando argomentazioni di tipo diverso e non sempre lineari, dirette a contemperare due opposte esigenze: tener conto delle istanze tese a valorizzare la sfera personale e soggettiva nel sistema risarcitorio, da un lato; mantenere intatto il sistema di responsabilità civile, evitando interventi drastici sull'art. 2059 cod. civ., dall'altro⁴¹.

Di qui la proposta, nata prima a Trieste e poi rilanciata a Torino, seppur con sfumature diverse⁴², del danno esistenziale nell'ottica di superare i limiti dell'art. 2043 cod. civ. e dell'art. 2059 cod. civ.

Il modello giuridico utilizzato è quello della sentenza n. 184 del 1986, cioè il combinato disposto tra art. 2043 cod. civ. ed una norma costituzionale diversa dall'art. 32: si ipotizza una miriade di danni-evento, paralleli ma distinti dal danno biologico. Il danno esistenziale viene costruito come conseguenza della lesione di un *civil right*, cioè di un diritto assistito da una garanzia costituzionale⁴³, e l'art. 2043 cod. civ. come una norma penale in bianco da abbinare ad un valore di rilievo costituzionale per consentire il ristoro di pregiudizi esistenziali allo stesso riconducibili.

Una lettura della ricca e multiforme giurisprudenza di merito incentrata sul riconoscimento del danno esistenziale consente di evidenziare la forza espansiva di questa voce di danno⁴⁴. La nuova figura

⁴¹ Sulla giurisprudenza costituzionale v. D. Poletti, *Le decisioni della Corte Costituzionale*, in M. Bargagna, F. D. Busnelli (a cura di), *La valutazione del danno alla salute, profili giuridici, medico-legali ed assicurativi*, Padova, 2001, 441 ss.; A. Giusti, *Il danno alla salute nella giurisprudenza costituzionale*, in M. Bargagna, F. D. Busnelli (a cura di), *La valutazione del danno alla salute, profili giuridici, medico-legali ed assicurativi*, cit., 189 ss.

⁴² Per un esame delle diverse posizioni in materia v. G. Pedrazzi, *Il danno esistenziale*, in G. Ponzanelli (a cura di), *La responsabilità civile. Tredici variazioni sul tema*, Padova, 2002, 41 ss.

⁴³ P. G. Monateri, *Alle soglie di una nuova categoria risarcitoria: il danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 1999, I, 8.

⁴⁴ Cfr. G. Cassano (a cura di), *La prima giurisprudenza del danno esistenziale*, Piacenza, 2002. Per qualche osservazione critica sulle "mobili frontiere del danno esistenziale" v. anche G. Pedrazzi, «*Lifting the veil*»: *il disvelamento del danno esistenziale*, in *Critica del danno esistenziale*, cit., 47 ss.

viene strutturata come un rimedio risarcitorio "pervasivo", che garantisce il ristoro di ogni tipo di pregiudizio, anche lieve, della sfera di attività realizzatrici della persona umana. Un danno areddituale, che si produce rispetto alle attività che realizzano la persona in sé e per sé considerata, cioè quelle attività non produttive di reddito, ma fonte di benessere e gratificazione per il soggetto leso. Un danno che differisce dal pregiudizio morale in quanto non si sostanzia in un semplice *patis*, momentaneo e destinato a scemare, ma consiste in un "non fare", in un male di vivere di durata indefinita, caratterizzato dal "perturbamento dell'agenda", dal non poter più porre in essere attività realizzatrici della personalità del soggetto leso, da un profondo disinteresse verso ciò che prima era fonte di piacere e compiacimento⁴⁵.

Tale voce di danno conosce due differenti linee ricostruttive: in una prima accezione, esplica la vocazione aggregante di categoria generale che sostituisce, inglobandolo, lo stesso danno biologico; in altra prospettazione, rappresenta, invece, un rimedio eccezionale legato alla riparazione di specifiche situazioni dannose, colmando un vuoto tra danno biologico e danno morale, con particolare riguardo alle ipotesi di eventi dannosi non costituenti reato⁴⁶. In ogni caso, l'approccio che prevale, sia in dottrina che in giurisprudenza, è di tipo "eventistico", per il quale la prova del fatto lesivo, riguardando diritti tutelati dalla Costituzione, coincide con la prova del danno stesso. A siffatta impostazione, si contrappone una lettura consequenzialistica del danno esistenziale che ricostruisce in termini più rigorosi l'assetto dell'onere probatorio: incentra la sua attenzione sull'alterazione della quotidianità del soggetto danneggiato provocata dalla condotta lesiva e sostiene la necessità che lo stesso provi come la lesione abbia condizionato il libero svolgimento della sua personalità e l'organizzazione della sua vita⁴⁷.

⁴⁵ Le espressioni tra virgolette sono di P. Cendon, *Esistere o non esistere*, in *Trattato breve dei nuovi danni*, cit., 1251 ss. Così anche P. Ziviz, *Danno biologico e danno esistenziale: parallelismi e sovrapposizioni*, cit., 418; C. Bona, *Mancata diagnosi di malformazioni fetali: responsabilità del medico ecografista e risarcimento del danno esistenziale da <<wrongful birth>>*, in *Dir. proc. civ.*, 2001, 735.

⁴⁶ Per la prima accezione v. P. Cendon, *Non di sola salute vive l'uomo*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, vol. V, Milano, 1999, 138 ss.; P. Cendon, *Esistere o non esistere*, cit., 10. Per la seconda cfr. P. G. Monasteri, M. Bona, U. Oliva, *Il nuovo danno alla persona*, Milano, 1999; P. G. Monasteri, *Alle soglie di una nuova categoria risarcitoria: il danno esistenziale*, cit., 8; Chiarloni, *Danno esistenziale e attività giudiziaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 761 ss.

⁴⁷ Sul regime probatorio del danno esistenziale v. Cassano, *Provare, risarcire e liquidare il danno esistenziale*, Milano, 2005, ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

2.4 (segue) Un modello risarcitorio sbilanciato sul versato riparatorio

La proposta rilettura della giurisprudenza costituzionale e di legittimità sul danno non patrimoniale consente di apprezzare la profonda evoluzione del diritto civile dalla tutela dei beni «patrimoniali» verso la tutela dei beni «personali», pervenendo all'affermazione della risarcibilità di tutte le situazioni «costituzionalmente garantite». Evoluzione che esprime altresì la profonda innovazione culturale realizzatasi nella società: il valore della persona prescinde finalmente "dalla sua dimensione puramente mercantile, per riflettere esigenze legate alla sua stessa esistenza, alla sua individualità"⁴⁸.

Nel delineato sistema di responsabilità civile i tre tradizionali canoni selettivi del risarcimento si dissolvono o vengono quantomeno ridimensionati: ogni perdita diventa integralmente risarcibile, prevalendo le esigenze di piena compensazione.

Quanto al criterio dell'ingiustizia, viene meno il principio per cui sono ristorabili solo i danni da lesione di diritti assoluti, riconoscendosi tutela anche ai diritti di credito⁴⁹, e - attraverso un articolato percorso giurisprudenziale -, consentendosi la risarcibilità dei danni prodotti dalla lesione di qualsiasi situazione meritevole di tutela, benché non qualificabile in termini di diritto soggettivo. In particolare, le Sezioni Unite della Cassazione, con la sentenza n. 500 del 1999⁵⁰, identificano il danno risarcibile mediante un connotato essenziale che è quello dell'ingiustizia desumibile solo dalle norme positive: compito del giudice, chiamato ad attuare la tutela *ex art. 2043*, è "quello di procedere ad una selezione degli interessi giuridicamente rilevanti, poiché solo la lesione di un interesse siffatto può dar luogo ad un danno ingiusto, ed a tanto provvederà istituendo un giudizio di comparazione degli interessi in conflitto, cioè dell'interesse effettivo del soggetto che si afferma danneggiato, e dell'interesse che il comportamento lesivo dell'autore del fatto è volto a perseguire, al fine di accertare se il sacrificio del soggetto danneggiato trovi o meno giustificazione nella realizzazione del

⁴⁸ O. Mazzotta, *Danno alla persona e rapporto di lavoro: qualche domanda, politicamente non corretta alla giurisprudenza*, in *Lav. dir.*, 2004, 439.

⁴⁹ Cass. sez. un., 26 gennaio 1971, n. 174, in *Foro It.*, 1971, I, 1284. Cfr. altresì F. D. Busnelli, *La tutela aquiliana del credito: evoluzione giurisprudenziale e significato attuale del principio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 273 ss.

⁵⁰ Cfr. Cass. sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro It.*, 1999, I, 2487, che sancisce la definitiva scomparsa della regola della risarcibilità dei soli danni da lesione di diritti soggettivi, dando luogo alla c.d. risarcibilità degli interessi legittimi.

contrapposto interesse dell'autore della condotta, in ragione della sua prevalenza".

Circa il secondo criterio selettivo, quello della causalità, la giurisprudenza a partire dalla seconda metà degli anni ottanta in diverse occasioni si pronuncia a favore della tutelabilità dei danni c.d. di riflesso o rimbalzo⁵¹ (ovvero dei danni conseguenza mediata della lesione di un diritto altrui), giungendo talora a qualificarli addirittura come danni diretti⁵². In ogni caso, l'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale, estendendo la legittimazione a soggetti diversi da colui che ha sofferto in via principale la lesione, determina un allargamento notevole della cerchia degli aventi diritto al risarcimento.

Dissolto risulta poi il criterio tradizionale delle conseguenze di danno. La categoria del danno conseguenza, dapprima messa in discussione dalle sentenze genovesi sul danno biologico e poi dalla pronuncia n. 184 del 1986 della Corte Costituzionale - che, come sopra precisato, secondo l'interpretazione dominante, fonda la risarcibilità del danno biologico sull'affermazione che il danno alla salute è un danno-evento, risarcibile in sé e per sé, a prescindere dall'allegazione e prova di danni-conseguenza -, è crollata definitivamente negli ultimi anni, giacché la prevalente giurisprudenza di legittimità utilizza gli stessi argomenti per

⁵¹ Cfr. Cass., 11 novembre 1986, n. 6607, in *Foro It.*, 1987, I, 833, con nota di A. M. Princigalli, sul danno da lesione del diritto ai rapporti sessuali subito dal prossimo congiunto della vittima dell'illecito; Cass., 16 dicembre 1988, n. 6854, in *Rep. Foro It.*, 1989, voce *Danni civili*, n. 97; Cass., 17 novembre 1997, n. 11396, in *Rep. Foro It.*, 1997, voce *Danni civili*, n. 108, sul danno morale dei prossimi congiunti della persona deceduta a seguito dell'illecito. V. altresì Cass., 1 dicembre 1998, n. 12195 (in *Foro It.*, 1999, I, 77), secondo cui "il danno va considerato causato dall'illecito quando, pur non essendo conseguenza diretta ed immediata di quest'ultimo, rientra pur sempre nel novero delle conseguenze normali ed ordinarie del fatto. Ne consegue che, qualora l'imperizia del medico impedisca alla donna di esercitare il proprio diritto all'aborto, e ciò determini un danno alla salute della madre, è ipotizzabile che da tale danno derivi un danno alla salute anche al marito, e ciò sotto il profilo del danno riflesso, dei prossimi congiunti".

⁵² Così Cass. sez. un., 1 luglio 2002, n. 9556, in *Foro It.*, 2002, I, 3060, che, in relazione ai danni morali sofferti dai prossimi congiunti del macroleso, afferma che "appare fuorviante parlare di danno riflesso o di rimbalzo, proprio perché lo stretto congiunto, convivente (..) con la vittima primaria riceve immediatamente un danno consequenziale di varia natura". Cfr. anche Cass., 10 maggio 2002, n. 6735, in *Foro It.*, 2002, I, 3115; Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, in *Foro It.*, 2004, I, 3327; Cass., 20 ottobre 2005, n. 20320, in *Dir. giust.*, 2005, 47, che esprimendosi con riferimento alla mancata interruzione della gravidanza, determinata dall'inadempimento colpevole del sanitario precisa che tale inadempimento produce un danno che "costituisce una conseguenza immediata e diretta" anche nei confronti del padre. Più di recente v. Cass., 12 giugno 2006, n. 13546, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 9, che ha qualificato come diretto il danno subito dagli stretti congiunti del defunto, in quanto "l'evento morte è plurioffensivo (..) determinando l'estinzione del rapporto parentale con i congiunti della vittima, a loro volta lesi nell'interesse all'intangibilità della sfera degli affetti reciproci e alla scambievole solidarietà che connota la vita familiare".

sostenere che, al pari del danno alla salute, qualsiasi altro danno da lesione di valori costituzionalmente rilevanti va considerato risarcibile in sé e per sé.

In altri termini, si traspone la teoria del danno-evento alla lesione di altri diritti inviolabili della persona, diversi dal diritto alla salute⁵³. In questi casi nella struttura dell'illecito manca l'evento naturalistico, per cui l'evento è inteso in senso giuridico quale offesa ad un bene immateriale insita nella stessa violazione del precetto: si perviene così a ribaltare la posizione tradizionale secondo cui la lesione dell'interesse appartarrebbe "ad un momento distinto e antecedente rispetto alle conseguenze dannose"⁵⁴.

Peraltro, la mancanza di un filtro idoneo a selezionare la meritevolezza delle istanze risarcitorie determina una proliferazione incontrollata di pretese risarcitorie variamente qualificabili e l'allargamento indiscriminato dell'area dei danni risarcibili favorisce le "letture disinvolute dell'ingiustizia del danno", requisito, invece, fondamentale nel sistema di responsabilità civile. Il sistema risulta, così, incontrollatamente aperto alla tutela di ogni interesse direttamente o indirettamente protetto dall'ordinamento e, seppur entro certi limiti, alla risarcibilità dei danni riflessi o di rimbalzo. In dottrina taluno ironicamente preconizza che, "acquisito il diritto al risarcimento in favore dei familiari (...) si comincerà a parlare delle altre categorie di possibili lesi di rimbalzo: amici, amanti, allievi, servitori, fidanzati. Si passerà poi a chi assista a incidenti impressionanti, secondo la tendenza del *common law*, che sicuramente noi, dopo averla recepita, porteremo all'esasperazione"⁵⁵.

Risultando dominante la tensione a risarcire sempre più nuovi diritti e nuove situazioni si rischia di finire per perdere di vista il senso stesso della responsabilità civile, con l'uscire dai suoi naturali confini, per sconfinare in un sistema che, se da un lato, "ha saputo accompagnare la

⁵³ La Corte di Cassazione, con una recente pronuncia a sezioni unite (Cass. sez. un., 21 febbraio 2002, n. 2515, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2003, I, 208 ss., con nota di Panetta-Marsicovetere), estende i confini della categoria del danno-evento fino a ricomprendervi il danno morale, che, diventa risarcibile *in re ipsa*, anche in assenza di una lesione dell'integrità psico-fisica. Nella sentenza, che riguarda un'ipotesi di violazione dell'art. 449 cod. pen. (reato colposo di pericolo presunto: disastro colposo) - con riferimento alla quale il danno morale avrebbe piuttosto e principalmente una idoneità, una potenzialità lesiva, potrebbe cioè anche non concretizzarsi in un danno "materialmente accertabile" -, la Suprema Corte precisa che "il pericolo e quindi il danno è implicito nella condotta e nessun'altra dimostrazione deve essere fornita circa l'insorgenza effettiva del rischio per la pubblica incolumità".

⁵⁴ R. Scognamiglio, *Appunti sulla nozione*, cit., 512.

⁵⁵ F. Gazzoni, *Dall'economia del dolore all'economia dell'infelicità*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, 400, n. 4.

società italiana in cambiamenti senza precedenti, assolvendo ad una necessaria funzione compensativa, prima sacrificata alle esigenze di selezione dei danni risarcibili”, dall’altro, non è risultato sempre lineare perchè “costretto a rincorrere i mutamenti sociali attraverso scelte dogmatiche discutibili” e con seri rischi di *overcompensation*⁵⁶. E’, infatti, evidente che un sistema che ritiene risarcibili i danni da lesione di ogni interesse direttamente o indirettamente tutelato dall’ordinamento – allentando il vincolo della causalità ed arrivando, nel caso degli interessi costituzionalmente rilevanti ad ammettere spesso un risarcimento a prescindere dalla sussistenza di un danno-conseguenza -, manifesta inevitabilmente una scarsa capacità selettiva.

3.1 Il risarcimento del danno alla persona nel rapporto di lavoro.

Il descritto *iter* giurisprudenziale e dottrinale del danno non patrimoniale alla persona - rappresentabile come una progressiva evoluzione che, dalla rottura della storica dicotomia tra risarcibilità dei danni patrimoniali *ex art. 2043 cod. civ.* e danni morali puri *ex art. 2059 cod. civ.*, è giunta prima all’iniziale affermazione di risarcibilità del danno biologico, e poi alla teorizzazione, e comunque all’utilizzazione in sede giurisprudenziale della nozione di danno normativo o *in re ipsa* -, si è riprodotto anche in ambito lavoristico.

Tuttavia, paradossalmente, “la cultura lavoristica, che per prima è stata capace di far germinare nell’ordinamento giuridico un’idea dell’uomo non circoscritta all’avere, ma estesa all’essere della persona, ha incontrato difficoltà, o ha rivelato, quanto meno, un certo imbarazzo, nel tematizzare la problematica dei danni alla persona del lavoratore”⁵⁷. Per più di un ventennio la dottrina non è, infatti, intervenuta intorno al dibattito sviluppatosi sulla categoria del danno biologico, forse perché impegnata a fronteggiare la lettura meramente risarcitoria che la giurisprudenza offriva dell’art. 2087 cod. civ.

Successivamente, sono stati accolti ed utilizzati i risultati e gli esiti dell’intenso ed articolato dibattito sviluppatosi tra gli studiosi della responsabilità civile. Nell’ambito lavoristico, si è registrata sia la tendenza allo scivolamento verso il danno normativo, sia la tendenza verso la eccessiva proliferazione di fattispecie giustificative e di effetti sanzionatori.

⁵⁶ C. Bona, *La morte del danno evento*, cit., 785.

⁵⁷ Così R. Del Punta, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2006, 195 ss.

I giuslavoristi hanno trasposto la categoria civilistica del danno, adattandola "con una certa approssimazione" all'impalcatura dei rapporti di lavoro, senza forse una "adeguata riflessione sui termini e contenuti del dibattito civilistico"⁵⁸.

L'impostazione seguita risulta, di conseguenza, "originale" innanzitutto perché il fondamento della responsabilità risarcitoria non è, secondo l'interpretazione prevalente⁵⁹, di natura extracontrattuale, bensì contrattuale: per riconoscere rilevanza ai diritti della persona del lavoratore, quali salute, riservatezza, dignità, professionalità, non si utilizzano i combinati disposti degli artt. 2043 cod. civ. e 32 Cost., ovvero artt. 2059 cod. civ. e 185 cod. pen., ma si mettono in relazione gli artt. 2, 3, 32, 36, 41 co. 2 Cost. con gli artt. 2087 cod. civ. e 2103 cod. civ.

Non è evidentemente questa la sede per ricostruire il complesso dibattito sviluppatosi intorno all'art. 2087 cod. civ., circa la natura contrattuale o extracontrattuale delle posizioni soggettive e delle connesse responsabilità correlate alla tutela dell'integrità psico-fisica del prestatore di lavoro. Basti qui segnalare che le prime interpretazioni che affermavano il carattere extracontrattuale della responsabilità derivante dalla violazione dell'art. 2087 cod. civ. - ricostruendo la situazione soggettiva dei lavoratori come mero interesse legittimo, o inserendo il diritto ex art. 2087 cod. civ. tra i diritti della personalità - sono state superate da letture tese a riconoscere la natura contrattuale delle posizioni soggettive connesse alla norma codicistica⁶⁰.

Pertanto, diversamente dall'elaborazione civilistica, sbilanciata sul versante extracontrattuale, l'art. 2087 cod. civ. ha fornito alla dottrina lavoristica un supporto volto ad attribuire al risarcimento una dimensione contrattuale.

La giurisprudenza, senza porsi troppi problemi ricostruttivi, con riferimento al danno biologico accoglie la ricostruzione in termini sia di responsabilità contrattuale che extracontrattuale: in diverse occasioni ha,

⁵⁸ P. Albi, *Il diritto all'integrità psico-fisica e alla personalità morale*, in *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, cit., 277.

⁵⁹ V., P. Albi, *L'obbligo di sicurezza del datore di lavoro tra inadempimento e danno*, in *Danno e resp.*, 2004, 60; C. Favilli, *La violazione degli interessi fondamentali del lavoratore e la quantificazione del danno non patrimoniale*, in *Danno e resp.*, 2004, 1243; L. Montuschi, *Problemi del danno alla persona nel rapporto di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, I, 321 ss.; A. Pizzoferrato, *Il danno alla persona: linee evolutive e tecniche di tutela*, cit., 1087 ss.; M. Lanotte, *Il danno alla persona nel rapporto di lavoro*, Torino, 1998, 136 ss. *Contra* C. Sorigi, *Il danno alla persona: cronaca di una morte mancata*, in *Lav. giur.*, 2004, 1130, secondo cui il risarcimento del danno biologico e del danno esistenziale "non potrà che avere come riferimento la responsabilità extracontrattuale", pur ipotizzando un concorso con quella contrattuale.

⁶⁰ Su tali problematiche v. G. Natullo, *La tutela dell'ambiente di lavoro*, Torino, 1995; M. Lai, *La sicurezza del lavoro tra legge e contrattazione collettiva*, Torino, 2002, 1 ss.

infatti, precisato che "sul datore di lavoro gravano sia il generale obbligo di *neminem laedere* espresso dall'art. 2043 cod. civ., sia il più specifico obbligo di protezione dell'integrità psico-fisica del lavoratore sancito dall'art. 2087 cod. civ. ad integrazione delle obbligazioni nascenti dal contratto. Conseguentemente il danno biologico, inteso come danno all'integrità psico-fisica della persona in sé considerato, a prescindere da ogni possibile rilevanza o conseguenza patrimoniale della lesione, può in astratto conseguire sia all'una sia all'altra responsabilità"⁶¹. In relazione al danno esistenziale la giurisprudenza, invece, sostiene spesso che l'obbligo risarcitorio nasce *ex novo* a titolo di responsabilità extracontrattuale.

E' evidente la divaricazione tra dottrina e giurisprudenza: mentre la giurisprudenza (segnatamente quella di legittimità) sembra orientata ad ammettere il concorso fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, con scelta rimessa al lavoratore, che opererà per il regime nel caso di specie più conveniente, prevale, in dottrina, l'opinione secondo cui il principio del *neminem ledere* "si «materializza» nel rapporto di lavoro, assumendo l'aspetto di un'obbligazione contrattuale – *in primis* dell'art. 2087 cod. civ. - dalla quale resterebbe in buona sostanza assorbita"⁶².

Ulteriore elemento di differenziazione rispetto all'elaborazione civilistica è rappresentato dal più marcato scivolamento verso il danno normativo, per quanto si palesi con ritardo e risulti concentrato in un arco temporale più breve, manifestando una significativa accelerazione ed un tendenziale consolidamento in questi ultimi anni.

Nel diritto del lavoro, probabilmente, tale processo è alimentato da *inputs* peculiari: a quello di solito evidenziato negli studi civilistici, della «costituzionalizzazione» del diritto privato, con la conseguente irruzione dei valori della persona in un sistema giuridico orientato in senso patrimonialistico⁶³, si aggiunge l'intrinseco coinvolgimento della "persona" del lavoratore nel rapporto di lavoro. Un interessante contributo a questa accelerazione sembra concretizzarsi nella osservazione di "una relazione inversa tra l'irrompere della flessibilità – per via non soltanto normativa, ma anche e soprattutto attraverso la trasformazione del mercato del lavoro – e l'accettazione della prospettiva risarcitoria quale forma di

⁶¹ Cass., 21 dicembre 1998, n. 12763, in *Mass. giur. lav.*, 1999, 287. Così anche Cass., 8 aprile 1995, n. 4078, in *Not. giur. lav.*, 1995, 885; Cass., 17 luglio 1995, n. 7768, in *Giur. It.*, 1996, I, 1110; Cass. 22 marzo 2003, n. 4129, in *lav. giur.*, 2003, 746. Sul punto v. A. Lassandari, *L'alternativa fra fondamento contrattuale o aquiliano della responsabilità e le sue ripercussioni*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Danno biologico e oltre*, 1995, 118 ss.

⁶² C. Cester, *Intervento*, in *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, Milano, 2002, 378.

⁶³ A. Tursi, *Il danno non patrimoniale alla persona nel rapporto di lavoro: profili sistematici*, cit., 284.

tutela del lavoro dipendente, precedentemente osteggiata in quanto ritenuta deviante e pregiudizievole rispetto alla tutela del diritto primario ed alla prevenzione della sua lesione⁶⁴.

Ed infatti, l'emersione del fattore "flessibilità" condiziona profondamente il dibattito giuslavoristico e la produzione normativa, in quanto comporta l'abbandono dell'effettività come carattere strutturale del diritto del lavoro, trascurando la rilevanza costituzionale dell'implicazione della persona nel rapporto di lavoro ovvero non considerando che nello scambio contrattuale assume un rilievo centrale il limite della tutela piena della persona⁶⁵.

Dunque, soprattutto da quando la flessibilità ha conquistato nuovi spazi, ridimensionando la fiducia nella "valenza ed efficienza protettiva del diritto del lavoro", si è palesata in ambito lavoristico l'esigenza di promuovere la ricerca di diritti inviolabili «a risarcibilità garantita».

Passando nuovamente a considerare l'elaborazione del danno alla persona, occorre segnalare che la giurisprudenza lavoristica, "pur riconoscendo autonoma tutela giuridica a valori preminenti della persona, non abbandona del tutto lo schema del danno biologico, cui si riallaccia sia a scopi probatori sia per legittimare la pretesa risarcitoria"⁶⁶.

In numerose occasioni, si è, infatti, considerato il danno alla persona come un danno-evento, ossia presunto nella violazione normativa, ma lo si è giustificato in base alla compromissione dell'integrità psico-fisica. Siffatta operazione si è realizzata sia qualificando il danno come un vero e proprio danno biologico (anche se celava un pregiudizio ad altri valori della persona)⁶⁷, sia associando alla violazione dei valori personali una concomitante violazione della salute (facendo principalmente ricorso al criterio presuntivo ed al fatto di comune esperienza per provare che dalla lesione di alcuni valori personali consegue necessariamente una menomazione psico-fisica)⁶⁸.

Sul terreno lavoristico, l'esigenza di proteggere la «persona» del prestatore di lavoro, non solo nella sua integrità fisica, ma anche nella personalità morale e dignità, per un verso, conferma l'insufficienza dell'originaria contrapposizione tra danno patrimoniale e non; per l'altro,

⁶⁴ Così A. Tursi, *Il danno non patrimoniale alla persona nel rapporto di lavoro: profili sistematici*, cit., 284-285.

⁶⁵ Su tali questioni v. O. Mazzotta, *Il mondo al di là dello specchio: la delega sul lavoro e gli incerti confini della liceità dei rapporti interpositori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, I, 265 ss.

⁶⁶ A. Pizzoferrato, *Il danno alla persona: linee evolutive e tecniche di tutela*, cit., 1089.

⁶⁷ L. Montuschi, *Problemi del danno alla persona nel rapporto di lavoro*, cit., 328.

⁶⁸ M. Pedrazzoli, *Introduzione*, in *Danno biologico e oltre*, Torino, 1995, 33 ss.; P. Tullini, *Del licenziamento ingiurioso*, cit., 571.

offre alla stessa giurisprudenza civilistica gli spunti per una estensione notevole della categoria del danno «biologico».

Le argomentazioni dei giudici del lavoro confermano l'impressione che l'emergere della nuova tecnica risarcitoria costituisca una reazione consapevole all'irrigidimento della nozione del danno biologico e al suo collocarsi saldamente entro la formula giuridica dell'alterazione patologica provocata al bene salute: una formula che non tiene conto del profilo dinamico del pregiudizio alla persona nella sua concreta e complessa dimensione⁶⁹.

Il rapporto di lavoro, in quanto "occasione di scontro e di frizione pressoché quotidiana fra l'esercizio dei poteri privati e la «persona» del debitore di opere"⁷⁰ è risultato "un terreno particolarmente fertile per quei danni personali - consistenti nella privazione o diminuzione di beni riferibili alla persona nella sua dimensione relazionale - che restano esclusi dalla configurazione eccessivamente restrittiva del danno biologico, quale «danno suscettibile di apprezzamento medico-legale»"⁷¹.

Nella prospettiva del rapporto di lavoro, la riparazione del c.d. danno esistenziale è stata ammessa, con un approccio pragmatico, in tutti i casi di aggressione alla sfera della dignità del lavoratore insuscettibili di altra qualificazione risarcitoria.

La giurisprudenza ha prevalentemente giustificato la risarcibilità del danno esistenziale in relazione alla natura ed alla qualità delle conseguenze incidenti sulla vita del lavoratore, ossia ha identificato il pregiudizio esistenziale con la modificazione peggiorativa della vita lavorativa e personale, sostenendo di fatto la rilevanza costituzionale in sé delle conseguenze lesive.

Tale categoria di danno è stata quella più utilizzata per inquadrare le conseguenze pregiudizievoli derivanti dalle molestie sessuali, dalle discriminazioni, dalle vessazioni psicologiche. La tutela meramente risarcitoria si è altresì estesa (e va ancora ulteriormente estendendosi) ad ambiti nuovi del rapporto di lavoro, in cui si sviluppa un legame non sempre lineare con il diritto alla salute del lavoratore, ma che pur sempre consente di "contrattare" in sede giudiziaria la violazione sistematica delle regole in materia di mansioni, trasferimento, sicurezza sul lavoro, ferie, orario di lavoro, riposi, sulla base delle numerose voci di danno di cui si è arricchito il mercato giurisprudenziale⁷².

⁶⁹ P. Tullini, *I nuovi danni risarcibili nel rapporto di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, I, 574.

⁷⁰ L. Montuschi, *Problemi del danno alla persona nel rapporto di lavoro*, cit., 330.

⁷¹ Così L. Nogler, *Danni personali e rapporto di lavoro: oltre il danno biologico?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, I, 288 ss.

⁷² P. Albi, *Il diritto all'integrità psico-fisica e alla personalità morale*, cit., 279.

E' quanto accaduto, ad esempio, in materia di mancata fruizione dei riposi.

Già sul finire degli anni ottanta la giurisprudenza del lavoro ha riscontrato nella condotta del datore, che impedisce al lavoratore di fruire di un giorno di riposo settimanale, la lesione di diritti primari della persona, oltre al pregiudizio al bene salute⁷³.

In particolare, in relazione ai danni personali da soppressione del diritto al riposo settimanale la Suprema Corte distingue tra il "danno da usura psico-fisica, conseguente dalla mancata fruizione del riposo dopo sei giorni consecutivi di lavoro" e la possibile, ma non necessaria "infermità del lavoratore determinata dall'attività lavorativa usurante svolta in conseguenza di una continua attività lavorativa non seguita dai riposi settimanali"⁷⁴.

In quest'ottica la condotta datoriale priva il lavoratore di un'utilità relazionale, causando un danno personale che rende il lavoro maggiormente gravoso, a cui può accompagnarsi l'ulteriore danno della lesione corporea, cioè il «tradizionale» danno biologico.

La giurisprudenza prevalente sostiene che il danno alla salute deve essere rigorosamente provato, mentre il danno da usura deve ritenersi presunto⁷⁵: il che significa ammettere che ogni volta che il lavoratore presta la sua opera per sette giorni senza fruire di un giorno di riposo ha diritto alle retribuzioni per la giornata in più lavorata, alla maggiorazione per la penosità del lavoro domenicale, ed al risarcimento del danno da usura psico-fisica. La risarcibilità di per sé della lesione del diritto al riposo settimanale viene di norma collegata alla violazione dell'art. 36 co. 3 Cost., norma immediatamente precettiva ed inderogabile ad opera del contratto, individuale e collettivo⁷⁶.

In siffatta ricostruzione, il giudice di merito, esclusi i casi in cui la contrattazione collettiva preveda un compenso aggiuntivo⁷⁷, nel

⁷³ Cass. sez. un., 3 aprile 1989, n. 1607, in *Orient. giur. lav.*, 1989, 375; Cass., 27 aprile 1992, n. 5015, in *Dir. lav.*, 1993, II, 115.

⁷⁴ Cass., 4 marzo 2000, n. 2455, in *Not. giur. lav.*, 2000, 456.

⁷⁵ Nel senso che il danno da usura è in *re ipsa*: Cass., 4 marzo 2000, n. 2455, cit.; Cass., 5 maggio 1999, n. 4497, in *Orient. giur. lav.*, 1999, I, 716; Cass., 2 novembre 1998, n. 10958, in *Foro It.*, 1999, I, 893; Cass., 6 ottobre 1998, n. 9895, in *Foro It.*, 1999, I, 894; Cass., 15 settembre 1997, n. 9176, in *Foro It.*, 1999, I, 893 ss. ed ivi ulteriori rif. *Contra* Cass. 3 luglio 2001, n. 9009, in *Rass. dir. civ.*, 2002, 700.

⁷⁶ Cass., 11 luglio 1996, n. 6327, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, I, 113, con nota di L. Nogler; Cass., 26 agosto 1997, n. 8024, non mass.; Cass., 4 marzo 2000, n. 2455, cit.

⁷⁷ Cass., 6 ottobre 1998, n. 9895, cit. Sul punto la Cassazione (Cass., 4 marzo 2000, n. 2455, cit.) ha precisato che "nell'ipotesi in cui l'indennità per il mancato riposo risulti prevista contrattualmente, il giudice del merito è chiamato soltanto a valutare se quella indennità risulti sufficiente a risarcire il danno subito dal lavoratore per il mancato riposo" e che si può anzi ipotizzare una presunzione di sufficienza in quanto la valutazione del danno

quantificare il danno utilizza come parametro un elemento variabile, la retribuzione giornaliera, alterando di fatto lo spirito egualitario sotteso alla tematica della risarcibilità del danno non patrimoniale alla persona. E, in talune pronunce, si determina l'entità del danno (rapportata sempre alla retribuzione) con riguardo non al singolo mancato riposo nel settimo giorno, ma anche in ragione dei successivi giorni fino a quello di godimento del riposo, in misura progressivamente crescente⁷⁸.

Altra ipotesi tipica di danni non patrimoniali esclusi dalla stretta configurazione del danno biologico è quella dei danni da comportamenti persecutori o mobbizzanti, che possono causare anche un pregiudizio relazionale⁷⁹.

Frequenti sono anche le ipotesi di licenziamento, o di altri provvedimenti disciplinari, che per la forma e le modalità con cui sono in concreto adottati, nonché per le conseguenze morali e sociali che da essi derivino, rappresentino un atto «ingiurioso», ovvero lesivo del decoro, della dignità, dell'onore del lavoratore⁸⁰. I casi più problematici risultano quelli in cui il datore riconosce rilievo ad assenze del lavoratore dovute ad eventi eccezionali e personalissimi come, ad esempio, la morte dell'unico figlio⁸¹.

3.2 Quale funzione per il risarcimento del danno?

La segnalata evoluzione dei meccanismi operativi del risarcimento nell'ambito del danno alla persona ha determinato "un progressivo allontanamento dalla funzione prettamente risarcitoria e l'acquisizione di

"provviene dalle organizzazioni sindacali contrapposte, di regola particolarmente idonee ad apprezzare il pregiudizio indennizzato".

⁷⁸ Pret. Milano, 9 settembre 1998, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1999, 190; Pret. Milano, 11 dicembre 1996, in *Foro It., Rep.*, 1998, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1100.

⁷⁹ Sul c.d. *mobbing* si segnalano, tra gli altri, A. M. Perrino, *Danno da «mobbing»: perplessità sulla categoria*, in *Foro It.*, 2005, I, 3356 ss.; S. Mazzamuto, *Il mobbing*, Milano, 2004; R. Scognamiglio, *A proposito del mobbing*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, I, 489 ss.; D. Garofalo, *Mobbing e tutela del lavoratore tra fondamento normativo e tecnica risarcitoria*, in *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, Milano, 2004, vol. I, I, 822 ss.; M. Meucci, *Danni da mobbing e loro risarcibilità: danno professionale, biologico e psichico, morale, esistenziale*, Roma, 2002; P. Tullini, *Mobbing e rapporto di lavoro. Una fattispecie emergente di danno alla persona*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, I, 251 ss.; V. Matto, *Il mobbing tra danno alla persona e lesione al patrimonio professionale*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1999, 491 ss.

⁸⁰ Cfr. Cass., 1 luglio 1997, n. 5850, in *Giur. lav.*, 1997, 18 ss.

⁸¹ Pret. Ferrara, 25 novembre 1993, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, II, 555, con nota di P. Tullini, sentenza poi riformata da Trib. Ferrara, 10 novembre 1995, in *Orient. giur. lav.*, 1996, 451. Pret. Bologna, 20 novembre 1990, in *Giur. It.*, 1991, I, relativa ad un caso di assenza dal lavoro per accudire il figlio affetto da neuroblastoma nei giorni immediatamente successivi al decesso del padre del lavoratore licenziato.

coloriture sempre più marcatamente indennitarie, soddisfattive, prevenzionistiche o punitive⁸².

La dilatazione dei confini del danno risarcibile è tale da imporre una riflessione sulla funzione del risarcimento, che, come sopra anticipato, rischia di "trasformarsi, da un sistema di traslazione del costo del danno con funzione compensativa, in uno strumento sanzionatorio (di coazione indiretta o di pena privata) del torto e cioè della violazione del diritto"⁸³.

Questo processo, che si manifesta in maniera molto evidente proprio nell'area del rapporto di lavoro dove si è fatto un ampio ricorso alla figura del danno alla persona, si impernia essenzialmente su tre fattori interdipendenti più volte richiamati: il primo è sintetizzabile nella tendenza normativa ed interpretativa alla oggettivizzazione della responsabilità e quindi alla attenuazione del profilo soggettivo della colpevolezza; il secondo si concretizza nell'indebolimento del nesso fra entità reale del danno e ammontare complessivo del risarcimento; il terzo, e più importante, si sostanzia nell'alleggerimento del carico probatorio sia in relazione all'*an* sia al *quantum* del danno⁸⁴.

I primi due profili non presentano particolari questioni interpretative; quanto all'ultimo, l'alleggerimento del carico probatorio si realizza innanzitutto attraverso l'utilizzo del concetto di danno-evento o di presunzioni semplici tratte dalla comune esperienza, nonché della nozione di danno "ingiusto" come clausola generale che non richiede la dimostrazione di un pregiudizio concreto da parte dell'offeso: l'obbligazione pecuniaria scatta automaticamente nell'ipotesi di comportamento lesivo di beni personali, a prescindere dall'accertamento reale del pregiudizio subito.

Inoltre, sul versante della prova del *quantum*, il favore per il danneggiato si materializza nel ricorso a valori tabellari predefiniti, costituenti, di fatto, una soglia minima di liquidazione, personalizzabile dal giudice tenuto conto delle circostanze soggettive ed oggettive del caso concreto solo «al rialzo». In particolare, il principio di riparazione integrale dei danni - per cui il risarcimento deve riportare il danneggiato nella medesima situazione economica precedente -, svolge la funzione di limite "minimo" ma non massimo al risarcimento del soggetto leso⁸⁵. Un'obbligazione risarcitoria di entità superiore all'evento dannoso si giustifica attraverso il meccanismo dell'equità giudiziale, grazie al quale la

⁸² A. Pizzoferrato, *Il danno alla persona: linee evolutive e tecniche di tutela*, cit., 1097.

⁸³ L. Nogler, *Danni personali e rapporto di lavoro: oltre il danno biologico?*, cit., 302.

⁸⁴ A. Pizzoferrato, *Il danno alla persona: linee evolutive e tecniche di tutela*, cit., 1097-1098.

⁸⁵ A. Pizzoferrato, *Il danno alla persona: linee evolutive e tecniche di tutela*, cit., 1100.

liquidazione economica tiene conto del rilievo del bene giuridico leso e della gravità della lesione.

Il danneggiato sembra, dunque, "affidato alle pulsioni del giudice, sperando che costui sia preda di complessi di colpa e, identificandosi con il danneggiante, voglia punirsi, largheggiando nel fissare la somma dovuta (..) o con il danneggiato stesso, sfogando così i suoi istinti vendicativi"⁸⁶.

In altri termini, nell'ambito del danno alla persona accanto alla funzione risarcitoria, di reintegrazione del patrimonio del danneggiato in misura equivalente alle perdite da lui subite, ed a quella satisfattiva-consolatoria, in relazione alle conseguenze psico-fisiche del pregiudizio subito, il risarcimento finisce per svolgere una funzione punitiva-dissuasiva che, per la parte eccedente rispetto al valore del bene personale leso, rappresenta una forma di deterrenza contro l'emulazione di comportamenti analoghi.

Una simile tendenza suscita non poche perplessità e pone non pochi problemi di compatibilità con il nostro sistema costituzionale, visto che trascura la "valenza superiore dei beni in gioco", finendo per ammettere la negoziabilità di diritti fondamentali del lavoratore⁸⁷.

4.1 L'articolazione delle voci di danno nella dequalificazione professionale

Particolarmente emblematica dei processi evolutivi in atto nella vicenda del risarcimento del danno alla persona nel rapporto di lavoro è la fattispecie del demansionamento, da tempo al centro di tensioni interpretative, rese più evidenti dai mutamenti delle organizzazioni del lavoro conseguenti allo sviluppo tecnologico, che rendono il contenuto della professionalità sempre più complesso e sfuggente.

La problematica risulta interessante sia per il profilo quantitativo, giacché è estremamente frequente la violazione dell'art. 2103 cod. civ., sia perché l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale sviluppatasi con riferimento a tale istituto tende a proiettare i suoi effetti sul tema del risarcimento del danno alla persona del lavoratore.

Questione preliminare è quella relativa all'individuazione dei diritti lesi dalla dequalificazione professionale, e dunque dei danni reclamabili dal lavoratore danneggiato.

Secondo la più recente giurisprudenza di legittimità, benché la nozione di danno da demansionamento non presenti contorni

⁸⁶ F. Gazzoni, *Dall'economia del dolore all'economia dell'infelicità*, cit., 401.

⁸⁷ R. Del Punta, *Ragioni economiche, tutela del lavoro e libertà del soggetto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, I, 401.

sufficientemente delineati, la dequalificazione presenta una valenza plurioffensiva: la condotta illecita del datore è, infatti, idonea a ledere più interessi e valori primari, che vanno dal patrimonio alla professionalità in senso stretto, alla personalità, all'immagine, alla dignità del lavoratore⁸⁸.

Prendendo a considerare la possibile lesione del patrimonio, occorre segnalare che, nel caso di assegnazione a mansioni inferiori o di completa sottrazione di mansioni, la retribuzione collegata alle mansioni di provenienza (che continua ad essere corrisposta al lavoratore) viene spesso salvaguardata solo nei suoi elementi principali, mentre vengono negati elementi retributivi accessori. Di fatto, il trattamento economico del lavoratore subisce una decurtazione che non è consentita in ipotesi di esercizio illegittimo dello *ius variandi*.

Inoltre, il lavoratore nel momento dell'assunzione, porta con sé all'interno dell'azienda il suo bagaglio professionale fatto di conoscenze teoriche, capacità pratiche, attitudini, esperienze. Bagaglio che è oggetto di tutela non solo come "strumento di lavoro", ma anche come "patrimonio" che il lavoratore deve poter sviluppare e arricchire, attraverso l'applicazione nella prassi lavorativa. Il c. d. diritto alla professionalità presenta, dunque, sia un aspetto statico che dinamico: la professionalità non deve essere impoverita ma piuttosto stimolata, incrementata, "evolversi di pari passo con i processi di modificazione dell'impresa"⁸⁹. E ciò soprattutto con riferimento all'esercizio di particolari professioni, soggette ad una continua evoluzione e quindi bisognose di costanti aggiornamenti⁹⁰.

⁸⁸ "Il demansionamento professionale di un lavoratore dà luogo ad una pluralità di pregiudizi solo in parte incidenti sulla potenzialità economica del lavoratore; esso, infatti, non solo viola lo specifico divieto di cui all'art. 2103 cod. civ., ma costituisce lesione del diritto fondamentale alla libera esplicazione della personalità del lavoratore nel luogo di lavoro (...) con pregiudizio che incide sulla vita professionale e di relazione dell'interessato". Così: Cass., 12 novembre 2002, n. 15868, in *Foro It.*, 2003, I, 480 ss.; Cass., 2 gennaio 2002, n. 10, in *Giur. lav.*, 2002, 25; Cass., 8 giugno 2001, n. 6856, in *Not. giur. lav.*, 2001, 595; Cass., 6 novembre 2000, n. 14443, in *Rep. Foro It.*, 2000, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 841, e in *Dir. lav.*, 2001, II, 300 ss., con nota di P. Salvatori; Cass., 18 ottobre 1999, n. 11727, cit.; Cass., 12 dicembre 1995, n. 12705, in *Riv. giur. lav.*, 1996, I, 33 ss.

⁸⁹ F. Malzani, *L'ambiente di lavoro quale terreno elettivo di applicazione del c.d. danno biologico*, in *Riv. giur. lav. e prev. soc.*, 2000, 385. Per rafforzare tale concezione della professionalità, nell'ultimo decennio, per un verso, si sono potenziati gli strumenti formativi a favore dei giovani che si aprono al mondo del lavoro (contratto di apprendistato, contratto di inserimento, borse lavoro, tirocini formativi), per l'altro, nell'ambito della strategia europea e nazionale per l'occupazione si è riconosciuto un ruolo centrale alla formazione continua. Un esame attento dell'evoluzione delle posizioni interpretative emerse con riferimento alla nozione di professionalità è presente in M. Brollo, *La mobilità interna del lavoratore*, cit., in part. 157-158.

⁹⁰ Così Cass., 14 novembre 2001, n. 14199, in *Lav. giur.*, 2002, 1079 ss. in materia di pilotaggio di aerei, con commento di A. Rondo.

Ne deriva che l'offesa al "bene" professionalità può manifestarsi sia come mancato utilizzo delle conoscenze pregresse acquisite e loro ulteriore perfezionamento, conseguente alla estrinsecazione nella prestazione di lavoro, sia come perdita di occasioni concrete di progressione lavorativa, ovvero di migliori possibilità di collocazione all'esterno dell'azienda e di avanzamento di carriera all'interno dell'azienda. In entrambi i casi il pregiudizio che subisce il lavoratore demansionato è di tipo economico.

Il lavoratore dequalificato può, inoltre, invocare il danno biologico se la vicenda lavorativa gli ha causato una patologia psico-fisica medicalmente accertabile, o il danno morale soggettivo, se gli ha determinato un transeunte turbamento dell'animo.

La dequalificazione può, poi, riverberarsi in un pregiudizio che si estende ad altri valori, ancorati in maniera più profonda alla persona del lavoratore. Il demansionamento può avere, infatti, riflessi sulla dignità personale e professionale del prestatore di lavoro, in termini di lesione del suo diritto alla libera esplicazione della personalità nel luogo di lavoro, provocando perdita di autostima e di eterostima⁹¹. Sulla qualificazione giuridica del danno conseguente alla violazione di questo diritto, la giurisprudenza di legittimità è piuttosto ambigua: talora lo qualifica come "danno patrimoniale"⁹², più spesso come danno non patrimoniale, però qualche volta vi include elementi non omogenei come "la perdita di *chance* per futuri lavori di pari livello".⁹³

Del resto, la violazione del principio *ex art.* 2103 cod. civ. può determinare un *vulnus* all'immagine ed alla reputazione del lavoratore⁹⁴, oltre che al suo equilibrio psicologico, alla sua integrità psichica, in quanto l'assegnazione di compiti di minore importanza, o addirittura la forzata inattività, può causare frustrazione, insoddisfazione, perdita di interesse, ansia, stress o comunque un'alterazione della personalità.

⁹¹ Così Trib. Milano, 24 gennaio 2000, in *Lav. giur.*, 2000, 569.; Cass., 4 ottobre 1995, n. 10405, in *Foro It.*, 1995, I, 3133, dove si puntualizza che il lavoro non è solo un mezzo di guadagno, ma costituisce un mezzo prevalentemente di estrinsecazione della personalità di ciascun cittadino. Per le varie tesi in merito all'esistenza di un vero e proprio diritto a rendere la prestazione cfr. C. La Macchia, *La pretesa al lavoro*, Torino, 2000, 11 ss.; M. Brollo, *La mobilità interna del lavoratore*, cit., 281 ss.; A. Vallebona, *Spunti critici sulla questione del diritto del lavoratore allo svolgimento della prestazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, 364 ss.; V. Speciale, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, 1992, Bari, 204 ss.; G. Pera, *Sul diritto del lavoratore a lavorare*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1991, II, 388 ss.

⁹² Cfr. Cass., 14 novembre 2001, n. 14199, in *Lav. giur.*, 2001, 1079.

⁹³ Cass., 26 maggio 2004, n. 10157, in *Mass. giur. lav.*, 2005, 248 ss., con nota di C. Di Carluccio.

⁹⁴ Cfr. ad es. Cass., 8 settembre 1999, n. 9539, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2000, 250; Cass., 10 aprile 1996, n. 3341, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, II, 66, con nota di L. Calafà.

4.2 (segue) Danno *in re ipsa* o rispetto rigoroso della regola dell'onere probatorio?

La stessa vicenda giurisprudenziale presenta un ulteriore profilo che, al di là dell'intrinseca valenza in ambito lavoristico, è suscettibile di imprimere nuovi impulsi sul piano più generale del sistema della responsabilità civile, si vuole alludere al regime probatorio dei danni conseguenti alla dequalificazione.

Sul punto si deve rilevare che esiste nel panorama giurisprudenziale e dottrinale un contrasto interpretativo di recente composto dalle sezioni unite della Corte di Cassazione⁹⁵. Le varie ricostruzioni sono riconducibili a due contrapposti orientamenti: per il primo, in ipotesi di violazione dell'art. 2103 cod. civ. si determina automaticamente un danno ingiusto per il lavoratore, risarcibile di per sé⁹⁶; per il secondo il lavoratore, al fine di ottenere il risarcimento, deve fornire la prova dell'effettiva sussistenza del danno lamentato⁹⁷.

In base alla prima interpretazione la mera violazione dell'art. 2103 cod. civ. - configurando un'ipotesi di inadempimento contrattuale e pregiudicando sempre e comunque la dignità e personalità del lavoratore, diritti di valore assoluto e di rango costituzionale -, fa sorgere sempre in capo al datore-creditore l'obbligo di risarcire il danno subito dal prestatore-debitore, a prescindere dall'accertamento di conseguenze pregiudizievoli. Il demansionamento diviene così un illecito

⁹⁵ Cass. sez. un., 24 marzo 2006, n. 6572, in *Mass. giur. lav.*, 2006, 478 ss., con nota di A. Vallebona e di C. Pisani.

⁹⁶ Così Cass., 16 dicembre 1992, n. 13299, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1993, 315, con nota di R. Muggia e in *Giur. It.*, 1995, I, 1, con nota di P. Campanella; Cass., 18 ottobre 1999, n. 11727, cit.; Cass., 6 novembre 2000, n. 14443, cit.; Cass., 2 novembre 2001, n. 13580, in *Lav. giur.*, 2002, 1077; Cass., 12 novembre 2002, n. 15868, cit.; Cass., 2 gennaio 2002, n. 10, cit.; Cass., 26 maggio 2004, n. 10157, cit. Talune pronunzie della giurisprudenza di legittimità fanno ricorso all'art. 115 c. p. c.: in questa prospettiva, il danno alla professionalità costituisce un "fatto notorio", ovvero un fatto che, appartenendo alle cognizioni comuni e generali in possesso della collettività, può essere posto a base della decisione del giudice, senza che il lavoratore fornisca al riguardo alcuna prova. Così, tra le altre, Trib. Milano, 24 marzo 2004, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2004, 632.

⁹⁷ Cass., 13 agosto 1991, n. 8835, cit.; Cass. 16 maggio 1992, n. 3213, in *Not. giur. lav.*, 1992, 493; Cass., 26 gennaio 1993, n. 931, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, II, 149 ss., con nota di A. Pizzoferrato; Cass., 4 febbraio 1997, n. 1026, in *Not. giur. lav.*, 1997, 204; Cass., 11 agosto 1998, n. 7905, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 1693; Cass., 20 gennaio 1999, n. 508, in *Mass. giust. civ.*, 1999, 120; Cass., 19 marzo 1999, n. 2561, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 618; Cass., 14 maggio 2002, n. 6992, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 835; Cass., 4 giugno 2003, n. 8904, in *Orient. giur. lav.*, 2003, I, 523; Cass., 8 novembre 2003, n. 16792, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, 334 ss., con nota di C. Bolego; Cass., 28 maggio 2004, n. 10361, in *Lav. giur.*, 2004, 1268 ss.; Cass., 6 dicembre 2005, n. 26666, in *Giud. lav.*, 2006, 24; Cass., 25 settembre 2006, n. 20804, in *Mass. giur. lav.*, 2007, 33, con nota di A. Vallebona.

automaticamente produttivo di un danno ingiusto risarcibile, sia esso di tipo patrimoniale che non patrimoniale⁹⁸: danno che, secondo questa lettura, si risolve nell'antigiuridicità.

L'ipotesi interpretativa richiamata trae origine dalle osservazioni formulate per la prima volta dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 13299 del 16 dicembre 1992⁹⁹, relativa alla vicenda di un giornalista televisivo rimosso dal suo incarico di vice direttore di testata per mere ragioni di "lottizzazione politica". In quella singolare fattispecie, la Corte osservava che la lottizzazione politica rappresenta un criterio di valutazione che provoca una lesione della personalità del lavoratore, della sua dignità e libertà di espressione: costui non viene più ad essere apprezzato in relazione alla sua preparazione professionale, alle sue qualità personali, ma piuttosto in base all'appartenenza politica. Proprio per questo motivo, precisavano i giudici di legittimità, "l'attacco alla (libera) personalità del lavoratore, che può cagionare anche dequalificazione dello stesso, viene ad avere rilievo, anche in mancanza di prova di "vulnus" alla reputazione, sotto il profilo del danno che può causare". Centrale in questa ricostruzione diventa, allora, l'esigenza che sia risarcito il pregiudizio consistente in una dequalificazione che, non solo è in violazione del principio *ex art.* 2103 cod. civ., ma è anche il risultato di un fatto già di per sé ingiusto e lesivo di un diritto fondamentale del prestatore in quanto cittadino; un fatto che, incentrandosi sul *vulnus* della personalità del lavoratore "contiene necessariamente, oltre che la potenzialità del danno, una inseparabile carica di effettività".

Qualche anno più tardi, i giudici di legittimità, trascurando le peculiarità della situazione concreta in relazione alla quale nel 1992 erano stati enunciati i principi di diritto sopra richiamati e procedendo, pertanto, ad una generalizzazione impropria degli stessi, arrivano a qualificare il danno alla professionalità come danno in *re ipsa*, cioè ravvisabile di per sé nella mera violazione dell'art. 2103 cod. civ.. Il demansionamento che, rispetto alla causa che lo aveva determinato, assumeva, nella sentenza n. 13299, il ruolo di elemento secondario della fattispecie dequalificatoria

⁹⁸ Il filone è arricchito da recenti sentenze che, a partire da Cass., n. 14443 del 2000, cit., fanno discendere dalla natura plurioffensiva della dequalificazione conseguenze rilevanti in tema di onere probatorio. In tale ottica, laddove il danno alla professionalità in senso stretto è solo eventuale, per cui il lavoratore, *ex art.* 1223 cod. civ., deve fornire, di volta in volta, la prova dell'esistenza di un pregiudizio patrimoniale, in termini di danno emergente o di lucro cessante; il danno ai diritti della persona è, invece, *in re ipsa*, ovvero la dequalificazione professionale è una condotta che di per sé lede beni costituzionalmente protetti.

⁹⁹ Cass., 16 dicembre 1992, n. 13299, cit.

diventa, nelle pronunce successive, elemento sufficiente di per sé a ledere beni di rilevanza costituzionale.

A quest'orientamento se ne contrappone uno, cronologicamente precedente, per cui l'illegittimo comportamento del datore consistente in una dequalificazione del prestatore di lavoro non comporta in via automatica un pregiudizio per lo stesso. In quest'ottica, non essendo il danno una conseguenza necessaria della violazione dell'obbligo datoriale, non è sufficiente la mera potenzialità lesiva del fatto ingiusto: nel rispetto del principio generale in tema di onere probatorio *ex art. 2697 cod. civ.*, il lavoratore che chiede il risarcimento deve sia concretamente dimostrare la ricorrenza dell'illecito datoriale, ovvero il comportamento vietato¹⁰⁰, sia delinearne le conseguenze, cioè provare che un danno si è effettivamente verificato e fornirne gli elementi per la determinazione.

Tale ricostruzione, pur riconoscendo valenza plurioffensiva alla dequalificazione, dalla stessa non fa discendere effetti in tema di onere probatorio: il risarcimento dei danni, sia alla professionalità che alla personalità del lavoratore, non può che derivare dalla prova che l'inadempimento datoriale abbia inciso negativamente sul patrimonio del lavoratore producendo un danno. In altri termini, non esaurisce i suoi doveri processuali il lavoratore che si limita ad affermare e provare di essere stato dequalificato: per poter invocare, legittimamente, la tutela risarcitoria deve "fornire la prova dell'esistenza di tale danno e del nesso di causalità con l'inadempimento, prova che costituisce presupposto indispensabile per procedere ad una valutazione equitativa"¹⁰¹.

Peraltro, in questo solco si inseriscono numerose pronunce (confermate dalla sentenza n. 6572/2006 della Corte di Cassazione a sezioni unite¹⁰²) secondo le quali, il lavoratore che chiede la condanna del datore al risarcimento del danno per demansionamento può provarne l'esistenza avvalendosi anche di presunzioni semplici, attendibili *ex art. 2729 cod. civ.*, relative alla natura, all'entità, alla durata del

¹⁰⁰ La ricostruzione dell'obbligo del datore derivante dall'art. 2103 cod. civ. come obbligo "negativo", ossia divieto di assegnare al lavoratore mansioni inferiori rispetto a quelle dovute o di lasciarlo inutilizzato, non è unanimemente condivisa. Talune pronunce giurisprudenziali, anche recenti, lo qualificano come un obbligo "positivo", cioè di fare e fanno gravare sul debitore-datore l'onere della prova dell'adempimento. V., per tutte, Cass., 6 marzo 2006, n. 4766, in *Mass. giur. lav.*, 2007, 33, con nota di A. Vallebona. Cfr. altresì C. Pisani, *I problemi rimasti aperti in tema di dequalificazione dopo le Sezioni Unite 6572/06*, in *Mass. giur. lav.*, 2006, 489 ss. ed ivi ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

¹⁰¹ Cass., 28 maggio 2004, n. 10361, cit.

¹⁰² Cass. sez. un., 24 marzo 2006, n. 6572, cit.

demansionamento ed alle circostanze del caso concreto, quali ad esempio l'anzianità lavorativa del danneggiato o la sua qualifica professionale¹⁰³.

Tale assetto ricostruttivo pare certamente condivisibile.

E' evidente, infatti, che l'indirizzo secondo il quale il danno da demansionamento sarebbe da ravvisare *in re ipsa* risulta alimentato dall'erronea considerazione secondo cui il demansionamento pregiudica sempre la dignità e personalità del lavoratore perché lo umilia e gli impedisce di realizzare pienamente le proprie aspettative nell'ambito dell'attività lavorativa. Assunto smentito da diverse pronunce della Suprema Corte per le quali "a parità di retribuzione, la forzata inattività, o lo svolgimento di mansioni inferiori per un determinato periodo di tempo potrebbero, in alcuni casi, non incidere affatto sulla capacità professionale del lavoratore o sulle sue occasioni di lavoro; e in alcuni soggetti, anziché procurare patemi di animo o psico-patologie da stress, (potrebbero) apparire addirittura come una insperata situazione ottimale"¹⁰⁴. Pur senza trascurare quest'ultimo rilievo - in qualche misura discutibile, ma non privo di interessanti spunti di riflessione - sembra condivisibile la prima osservazione, circa la non necessaria incidenza della dequalificazione sulle capacità professionali del lavoratore, soprattutto se si pensa a casi di dequalificazione di durata molto breve, con riferimento ai quali il mancato esercizio di un'attività non pregiudica assolutamente la naturale disposizione a svolgerla con peculiare perizia. Una violazione dell'art. 2103 cod. civ., priva di una certa consistenza temporale, infatti, difficilmente potrebbe essere in concreto idonea a ridurre l'attitudine lavorativa specifica di un soggetto, in particolar modo in ipotesi di dequalificazione realizzata in ambiti dove non è richiesta una elevata specializzazione.

Del resto, l'utilizzo da parte del datore di lavoro di tecniche di rotazione del lavoratore su diverse posizioni professionali (talora anche inferiori) può essere finalizzato alla crescita complessiva del suo bagaglio professionale, risultando pienamente legittimo, soprattutto in

¹⁰³ Elementi che, di solito, sono presi in considerazione solo nel momento in cui si deve determinare il *quantum debeatur* e non nella fase, logicamente precedente, relativa *all'an*. Cfr. Cass., 6 dicembre 2005, n. 26666, cit.; Cass., 13 maggio 2004, n. 9129, in *Mass. giur. lav.*, 2004, 622; Cass., 13 ottobre 2004, n. 20240, in *CED Cassazione*; Corte App. Milano, 6 ottobre 2003, in *Lav. giur.*, 2004, 402; Cass., 8 novembre 2003, n. 16792, cit.; Cass., 4 giugno 2003, n. 8904, cit.; Cass., 14 maggio 2002, n. 6992, cit.; Cass., 2 novembre 2001, n. 13580, in *Mass. giur. lav.*, 2002, 29.

¹⁰⁴ Cass., 14 novembre 2001, n. 14199, cit., in part. 1081. Già Cass., 26 gennaio 1993, n. 931, cit., precisava che non sussiste un danno risarcibile nel caso in cui il demansionamento non abbia comportato un'apprezzabile pregiudizio alla professionalità del lavoratore in considerazione della brevità della sua durata.

considerazione della professionalità particolarmente elevata e poliedrica correlata ad alcune posizioni lavorative¹⁰⁵.

In un altro ordine di considerazioni, è agevole constatare che la teoria del danno *in re ipsa* si fonda su una rappresentazione falsata del nostro sistema di responsabilità civile, per il quale il diritto al risarcimento del danno nasce solo se c'è la prova dell'esistenza di un danno "ingiusto" e non già la prova del semplice inadempimento negoziale, essendo distinto il momento della violazione degli obblighi contrattuali da quello, solo eventuale, della produzione del pregiudizio.

L'illecito contrattuale conserva la sua classica struttura, con il suo tradizionale assetto probatorio, anche nell'ipotesi in cui l'evento lesivo si ripercuote sulla sfera dei diritti fondamentali della persona¹⁰⁶. Infatti, come autorevolmente sostenuto, "accanto all'antigiuridicità (violazione di un interesse tutelato dall'ordinamento) l'altro elemento essenziale del danno ingiusto (di qualsiasi danno rilevante giuridicamente) consiste nella privazione o diminuzione di un bene o valore (il pregiudizio effettivamente conseguente alla lesione): un'evenienza ipotizzabile non solo in relazione ai beni che vengono scambiati sul mercato, ma anche in rapporto ai beni, e agli attributi, della persona"¹⁰⁷. Per cui il lavoratore -

¹⁰⁵ Così Cass., 09 aprile 1992, n. 4314, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 287, con nota di P. Ghinoy; Trib. Milano 29 ottobre 1994, in *Orient. giur. lav.*, 1994, 516. Cfr. altresì A. Pizzoferrato, *Tutela della professionalità ed organizzazione produttiva*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, II, 149 ss., in part. 159.

¹⁰⁶ *Contra* A. Pizzoferrato, *Danno esistenziale da demansionamento e da mobbing: il dado è ormai tratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, 513 ss., in part. 533, secondo cui "si dovrebbe ritenere assorbita la prova dell'evento lesivo nella prova della violazione dell'interesse tutelato e concentrare l'attenzione su quest'ultima, richiedendo parametri rigorosi della sua dimostrazione e facendo scattare la soglia dell'antigiuridicità solo in presenza di comportamenti realmente offensivi del bene normativamente tutelato". Giunge alla stesse conclusioni F. Scarpelli, *Dimensione contrattuale del rapporto di lavoro, responsabilità datoriale per la modifica delle mansioni, ruolo del giudice*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1997, 717 ss., in part. 721, secondo cui la teoria del danno *in re ipsa* rappresenta "un esito inevitabile e indispensabile per una giurisprudenza che correttamente non voglia ammettere che la lesione di un bene tutelato da una norma imperativa rimanga sostanzialmente senza sanzione".

¹⁰⁷ L. Nogler, *Danni personali e rapporto di lavoro: oltre il danno biologico*, cit., 306. In tal senso anche M. Pedrazzoli, *Lesione di beni della persona e risarcibilità del danno nei rapporti di lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1995, 299, secondo cui "la violazione del diritto non consente in sé, senza la soggiacente lesione riscontrabile in senso empirico, di presumere il danno; neppure se si tratta di diritti di particolare pregnanza costituzionale (...). Il rango di un bene attiene infatti al posto occupato nella scala dei valori tutelati, ma non surroga l'elemento strutturale-qualitativo del *medium* empirico". In realtà, l'Autore puntualizza poi come "fra i beni della persona-lavoratore, quello della professionalità abbia connotati la cui lesione si può in qualche misura iscrivere in una sequenza più accostabile alla risarcibilità del danno alla salute", nel quale è presente il *medium* empirico. Per una prospettiva ulteriore che critica la concezione normativa del danno sia sul piano della teoria generale

secondo gli ordinari principi civilistici di cui agli artt. 1218 e 1223 cod. civ. - deve provare che l'illecito comportamento del datore, antiggiuridico e di per sé potenzialmente lesivo, abbia effettivamente causato un pregiudizio, in termini di perdita da eliminare o di depauperamento da reintegrare, anche in relazione al diritto all'identità professionale, all'immagine, alla vita di relazione nonché alla libera esplicazione della personalità nel luogo di lavoro.

Peraltro, è il caso di ribadire che ignorare la distinzione tra fatto illecito e danno (così come quella tra danno ingiusto e danno risarcibile), e, conseguentemente, prescindere dalla prova dell'*an* del danno, significherebbe – come opportunamente evidenziato dalla pronuncia della Cassazione a sezioni unite¹⁰⁸ - spostarsi dal piano del risarcimento, collegato per definizione ad un pregiudizio da riparare, a quello delle sanzioni afflittive, applicabili sulla base della semplice condotta illecita del danneggiante¹⁰⁹; operazione questa non realizzabile ad opera dell'interprete, ma solo, eventualmente, del legislatore.

Proprio la molteplicità di forme che può assumere il c.d. danno da demansionamento richiede una puntuale allegazione da parte del lavoratore che si ritiene danneggiato: questi deve precisare le voci di danno che pensa di aver subito, fornendone la relativa prova, non potendo il giudice, utilizzando i poteri ufficiosi ex art. 421 c. p. c., sopperire all'onere di allegazione circa l'oggetto della domanda e le circostanze in fatto che la fondano¹¹⁰.

La difficoltà per il soggetto leso di fornire in concreto la prova diretta e rappresentativa per ciascun tipo di danno lamentato, come anticipato, oltre ad aver giustificato l'identificazione illecito-danno, ha

dell'illecito, sia su quello della responsabilità contrattuale, cfr. A. Tursi, *Il danno non patrimoniale alla persona nel rapporto di lavoro: profili sistematici*, cit.; altresì, O. Mazzotta, *Danno alla persona e rapporto di lavoro: qualche domanda, politicamente non corretta alla giurisprudenza*, cit., 439 ss.

¹⁰⁸ Cass. sez. un., 24 marzo 2006, n. 6572, cit.

¹⁰⁹ A. Vallebona, *Il risarcimento del danno biologico nel sistema di tutele del lavoratore*, in *Dir. lav.*, 1994, I, 413 ss., in part. 415-416; A. Vallebona, *Il danno da dequalificazione tra presunzione e risarcimento equitativo*, in *Mass. giur. lav.*, 2001, 1015 ss. *Contra* parte della dottrina lavoristica che attribuisce al risarcimento dei danni, in particolare ai beni della persona, in aggiunta alla funzione compensativa una funzione preventiva-sanzionatoria. Cfr. in tal senso A. Pizzoferrato, *Il danno alla persona: linee evolutive e tecniche di tutela*, cit., 1047 ss.; F. Scarpelli, *Dimensione contrattuale del rapporto di lavoro, responsabilità datoriale per la modifica delle mansioni, ruolo del giudice*, cit, 721; M. Pedrazzoli, *Lesione di beni della persona e risarcibilità del danno nei rapporti di lavoro*, cit., 301.

¹¹⁰ Cfr. L. Gaeta, *Il regime delle prove nel rito del lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2007, 174 ss.; A. Vallebona, *Allegazioni e prove nel processo del lavoro*, Padova, 2006 ed ivi i necessari richiami anche alla giurisprudenza di legittimità intervenuta più volte a sezioni unite.

spinto parte della giurisprudenza a riconoscere in capo al lavoratore un onere della prova ad assolvimento "agevolato".

Le stesse Sezioni unite del 2006, nel cercare di identificare i mezzi ed argomenti di prova utilizzabili dal prestatore di lavoro, sottolineano implicitamente la necessità che gli stessi siano compatibili con ciascuna tipologia di pregiudizio che può venire in rilievo in ipotesi di demansionamento e con le reali difficoltà che il soggetto danneggiato può incontrare nell'assolvere l'onere probatorio.

In quest'ottica (allegati in ricorso fatti sufficienti a configurare un danno risarcibile) riveste un ruolo centrale la presunzione, istituto probatorio che permette di affermare l'esistenza di un fatto non noto, non percepito né rappresentato dinanzi al giudice, mediante la conoscenza di un fatto diverso noto. Il lavoratore danneggiato deve, in pratica, fornire al giudice dati obiettivi, quali lo specifico fatto di danno, la conoscibilità del fatto lesivo all'interno ed all'esterno del contesto lavorativo, l'età, le abitudini di vita, la solidità dei legami familiari, la frustrazione di specifiche aspirazioni professionali o esistenziali, su cui fondare la valutazione prognostica presuntiva.

La giurisprudenza ha spesso fatto ricorso a tale strumento per desumere l'esistenza dei danni alla persona del lavoratore e lo stesso legislatore, in diverse previsioni con finalità antidiscriminatoria, ne prevede l'utilizzo: il ricorrente, al fine di dimostrare la sussistenza di un comportamento discriminatorio a proprio danno, può dedurre in giudizio, anche sulla base di dati statistici, elementi di fatto, in termini gravi precisi e concordanti che il giudice valuta ai sensi dell'art. 2729 cod. civ..

Le presunzioni non sono uno strumento probatorio secondario rispetto alla prova diretta o rappresentativa, tuttavia si caratterizzano per il fatto che il giudice nella deduzione dal fatto noto a quello ignoto incontra il limite del principio di probabilità: i fatti su cui si basa la presunzione non devono essere tali da far apparire l'esistenza del fatto ignoto come l'unica conseguenza possibile dei fatti accertati, essendo sufficiente che la deduzione sia realizzata alla stregua di un principio di ragionevole probabilità, ovvero che la connessione degli avvenimenti si verifichi secondo regole di esperienza fondate *sull'id quod plerumque accidit*¹¹¹. Siffatta formula diventa, così, il mezzo tecnico utilizzato dal giudice per dare la prova del pregiudizio non patrimoniale sofferto dal lavoratore.

¹¹¹ Sull'istituto della presunzione v. A. Vallebona, *Allegazioni e prove nel processo del lavoro*, cit.; S. Patti, *Delle prove*, in A. Scialoja, G. Branca (a cura di), *Comm. del cod. civ.*, Bologna-Roma, 2001, 82 ss.; G. Fabbrini, voce *Presunzioni*, in *Digesto civ.*, XIV, Torino, 1996, 279 ss.

Tale posizione suscita qualche perplessità, non solo perché rinvia a valutazioni soggettive: un'attenta esegesi dell'art. 2729 cod. civ. consente di affermare che gli indizi «gravi, precisi e concordanti» devono sostanziarsi in fatti noti "esterni" al fatto ignoto, là dove i giudici, il più delle volte, non utilizzando correttamente la disposizione codicistica, desumono dalla lesione del diritto, una circostanza interna alla sfera del danneggiato che non dà luogo ad una fenomenologia esterna accertabile processualmente, il pregiudizio per il soggetto leso.

4.3 (segue) Il giudizio equitativo per il ristoro dei danni subiti

Strettamente connessa alla problematica dell'onere probatorio è quella relativa ai criteri di valutazione e quantificazione dei pregiudizi conseguenti al demansionamento. Terreno sul quale si scontrano opposte esigenze: da un lato quelle della tendenziale uniformità e prevedibilità delle tecniche di liquidazione giudiziale, dall'altro quelle di personalizzazione del risarcimento e valorizzazione delle peculiarità del caso concreto¹¹².

Forse a causa del numero esiguo e della scarsa effettività dei meccanismi di tutela preventiva ed in forma specifica, la giurisprudenza è costante nel riconoscere alla prospettiva risarcitoria un ruolo di primo piano quale forma di tutela del lavoratore demansionato¹¹³. In particolare, salvo il risarcimento del danno biologico secondo il sistema "tabellare", essa finisce per determinare il risarcimento del danno alla professionalità secondo equità, ex art. 1226 cod. civ., riferendosi alla retribuzione percepita dal lavoratore durante il periodo di demansionamento. Il parametro retributivo è poi adattato al caso concreto con una oscillazione che va da una quota pari al 25 % dell'ultima retribuzione all'intera misura del corrispettivo, a seconda della diversa concezione di equità degli organi giudicanti¹¹⁴.

Pur nella consapevolezza della plurioffensività dell'illecito dequalificatorio, nella fase di liquidazione del risarcimento generalmente

¹¹² P. Tullini, *I nuovi danni risarcibili nel rapporto di lavoro*, cit., 591.

¹¹³ In merito alle tecniche di tutela della "persona" del lavoratore v. nota 6.

¹¹⁴ Cfr. Trib. Milano, 26 aprile 2000, in *Orient. giur. lav.*, 2000, I, 375, che riconosce il 100% delle retribuzioni per una lunga dequalificazione; Pret. Milano, 26 giugno 1999, in *Orient. giur. lav.*, 1999, I, 352, che riconosce a titolo risarcitorio il 25 % della retribuzione; Pret. Milano, 1 aprile 1998, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1998, 992, che si limita a riconoscere il 50% della retribuzione. Per una rassegna degli orientamenti giurisprudenziali in materia v. M. Meucci, *Ancora sul risarcimento del danno alla professionalità e del danno biologico*, in *Lav. e prev. oggi*, 1999, 1742 ss.

l'indennizzo viene quantificato in modo omogeneo, non diversificato in relazione alla natura dei beni offesi dalla condotta datoriale.

Un metodo, questo, il cui fondamento concettuale potrebbe rinvenirsi nella c.d. teoria del "mercato dell'esistenza" per cui, premesso che il mercato è "un sistema di allocazione della propria esistenza fra ore di lavoro, da cui ricavare un reddito, ed ore di fruizione della esistenza", il lavoratore che decide di non utilizzare tutte le ore in attività retribuite "si autocompra la porzione della propria esistenza che dedica ad esistere"¹¹⁵.

Il ricorso al parametro retributivo crea così un "effetto inegualitario", determinando una differenziazione in relazione alle capacità reddituali del singolo, effetto che si acutizza con riferimento ai danni non patrimoniali, giacchè valori come la dignità, la personalità morale "si prestano ancora meno della salute ad essere valutati diversamente e in ragione del reddito o della ricchezza posseduti"¹¹⁶. Se, infatti, il criterio retributivo appare appropriato per risarcire il danno prodotto al bene "professionalità" in senso stretto, ovvero per compensare diversi e vari elementi inerenti la quantità, o per meglio dire la parte fisica e materiale della prestazione lavorativa, meno adeguato risulta quando si tratti di valutare le offese arrecate a beni inerenti la persona del lavoratore, non suscettibili di una valutazione rapportata al trattamento salariale¹¹⁷.

Limite, questo, di cui vi è percezione anche in alcune pronunce giurisprudenziali¹¹⁸ in cui si suggerisce, al fine di liquidare il danno alla

¹¹⁵ Simeoli, *Dal danno alla "persona" al danno al "lavoratore": riflessioni critiche sull'evoluzione giurisprudenziale*, in *Dir. lav. merc.*, 2006, 373 ss., in part. 405, che osserva che "è come se l'interesse personalistico venisse dedotto nel contratto in posizione sinallagmatica rispetto alla obbligazione retributiva e ad esso venisse ricollegato il valore della retribuzione aggiuntiva che sarebbe dovuta in una ipotetica contrattazione in cui fosse possibile "scambiare" quel preciso valore esistenziale".

¹¹⁶ L. De Angelis, *Interrogativi in tema di danno alla persona del lavoratore*, cit., 1562. Critico sull'uso di criteri di liquidazione non egualitari o comunque fondati sul reddito del lavoratore, F. Gazzoni, *Dall'economia del dolore all'economia dell'infelicità*, cit., 415 ss.; R. Scognamiglio, *Danno biologico e rapporto di lavoro subordinato*, cit.; G. Pera, *Considerazioni problematiche sul danno biologico con particolare riguardo al rapporto di lavoro*, in *Giust. civ.*, II, 1998, 81 ss.; F. Scarpelli, *Dimensione contrattuale del rapporto di lavoro, responsabilità datoriale per la modifica delle mansioni, ruolo del giudice*, cit., 723.

¹¹⁷ Trib. Milano, 4 maggio 2001, in *Lav. giur.*, 2002, 87.

¹¹⁸ Trib. Pinerolo, 6 febbraio 2003, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, 513 ss., con nota di A. Pizzoferrato. Offre una soluzione originale una pronuncia di un Tribunale (Trib. Siena 28 luglio 2003, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, 673 ss., con nota di P. S.) di merito che *in primis* propone una valutazione equitativa del danno biologico, ritenendo insufficiente "l'astratta indicazione percentualistica" dell'accertamento medico-legale, che andrebbe adeguatamente integrata con tutti gli elementi di concretezza del caso; ed in merito al danno esistenziale suggerisce di liquidarlo riconoscendo una "piccola somma di denaro" per ciascuno dei passi che il lavoratore compie ogni giorno dalla fermata dell'autobus alla sede di lavoro.

persona, persino di seguire “un metodo in qualche modo analogo a quello comunemente utilizzato dai giudici di merito per risarcire il danno biologico temporaneo”, vista la contiguità tra le figure di danno alla persona che colpiscono indipendentemente dalle capacità reddituali del singolo e si caratterizzano per le “ricadute sul dispiegarsi della vita del soggetto leso”. In tal modo si valorizzerebbe un criterio di liquidazione unico per tutti, che però risulterebbe comunque rischioso: si potrebbe avere una meccanica parametrizzazione del *quantum* versato per il c.d. danno esistenziale alle tabelle usate per il danno biologico¹¹⁹.

A prescindere dal rischio segnalato, è apprezzabile lo sforzo di ancorare la tecnica della valutazione equitativa a parametri “misurabili e di natura oggettiva”. Appaiono, perciò, in parte condivisibili le proposte formulate da una parte della dottrina tese ad “affinare” le tecniche giudiziali di liquidazione, al fine di giungere ad una sorta di equità “normativa”, cioè creare norme generali ed astratte in cui sussumere le numerose fattispecie concrete, senza tuttavia trascurare la necessità di riparare il pregiudizio “effettivo” allegato e provato dal soggetto danneggiato, nel rispetto dei principi generali di cui agli artt. 1218, 1223, 1225, 1226 e 1227 cod. civ. e del principio di proporzionalità tra comportamento illecito e sanzione¹²⁰.

E' evidente, inoltre, che la difformità di indirizzi in merito alla necessità ed alla consistenza delle prove atte a supportare la domanda di risarcimento si riflette inevitabilmente sul margine di discrezionalità del giudice circa la valutazione equitativa del danno: un maggior rigore probatorio sia in relazione all'*an* che al *quantum*, mediante l'individuazione di “filtri preventivi” e “parametri oggettivi”, potrebbe evitare arricchimenti ingiustificati e una moltiplicazione eccessiva delle poste risarcitorie¹²¹.

In questa prospettiva, l'uso della formula dell'*id quod plerumque accidit* non consente di provare la concreta entità quantitativa del danno subito: la reale dimensione del pregiudizio subito dal soggetto leso richiede, infatti, una identificazione puntuale del concreto oggetto del danno, degli interessi lesi, la prova della misura pecuniaria degli stessi. Solo se si ancora il risarcimento alla prova effettiva del pregiudizio

¹¹⁹ Tullini, *I nuovi danni risarcibili nel rapporto di lavoro*, cit., 591.

¹²⁰ Così Cass., 8 novembre 2003, n. 16792, cit., la quale altresì rileva che “utili strumenti di riferimento possono essere suggeriti al giudice dalla contrattazione collettiva – ove applicabile e ritualmente acquisita al processo – che, in certi settori, prevede l'istituzione di comitati paritetici, con funzioni di garanzia e prevenzione del conflitto”. Sul ruolo della contrattazione collettiva v. M. Brollo, *La mobilità intera del lavoratore*, cit., 272 ss.; C. Pisani, *La modificazione delle mansioni*, Milano, 1996, 233; M. T. Carinci, *Una prospettiva: dal risarcimento all'inibitoria*, in *Danno biologico e oltre*, cit., 188 ss.

¹²¹

lamentato, l'uso del parametro equitativo rimane nell'ambito della sua funzione tipica, cioè quella di colmare le inevitabili lacune per la determinazione del danno, e non di sopperire alla inerzia del richiedente.

Nonostante parte della giurisprudenza sia di diverso avviso¹²², il potere discrezionale che l'art. 1226 cod. civ. assegna al giudice del merito è vincolato a precisi presupposti: innanzitutto, che sia stata fornita la prova del danno e che, comunque, sia impossibile o estremamente difficile provarne l'ammontare esatto¹²³. Ne deriva che il danneggiato deve allegare e dimostrare in concreto l'esistenza del danno lamentato; il giudice solo in ipotesi di riscontro positivo e là dove non sia possibile una precisa quantificazione, procederà ad una valutazione equitativa, fermo restando il suo dovere di dar conto delle circostanze di fatto considerate nel compimento della valutazione equitativa.

Una tale lettura della disposizione codicistica, per un verso, esclude la possibilità di ricavare come conseguenza automatica dell'illecito datoriale l'esistenza di un danno per il lavoratore¹²⁴; per l'altro, evita che il giudizio equitativo sia rimesso al "puro arbitrio" giudiziale. Ciò ovviamente tenendo conto che "l'equità è di per sé flessibile e non è ipotizzabile un modello equitativo generale e precostituito"¹²⁵.

La determinazione del *quantum* dovuto al lavoratore per il risarcimento del danno subito in ipotesi di demansionamento, limitatamente al danno alla c.d. professionalità non può prescindere dal principio di cui al co. 2 dell'art. 1227 c. c. che esclude la risarcibilità dei "danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza". L'individuazione di questi danni, imputabili al fatto colposo del lavoratore, non risulta agevole: il datore dovrebbe provare che taluni danni sarebbero dovuti al comportamento del lavoratore demansionato che, adeguandosi in modo passivo alla nuova condizione lavorativa, non

¹²² Cass., 12 novembre 2002, n. 15868, in *Foro. It.*, 2003, I, 480 ss., la quale ha precisato che "la liquidazione equitativa, proprio riguardo alla specifica materia deve essere compiuta anche quando sia addirittura mancata la dimostrazione, in via diretta, dell'esistenza di un effettivo pregiudizio patrimoniale". Così già Cass., 6 novembre 2000, n. 14443, cit.

¹²³ Così F. Carnelutti, *Valutazione equitativa del danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1942, I, 53-54; A. De Cupis, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1979, vol. I, 572, secondo cui la valutazione equitativa, presupposta la prova dell'esistenza del danno, ha per oggetto solamente l'entità quantitativa dello stesso danno.

¹²⁴ A. Vallebona, *Disciplina dell'onere probatorio e disparità sostanziale delle parti nel rapporto di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, 777 ss., il quale sottolinea come la tesi che qualifica la fattispecie dequalificazione come normativa "confonde la liquidazione equitativa di un danno accertato di cui non può essere provato solo il preciso ammontare con una inammissibile presunzione di danno desunta dalla mera sussistenza dell'illecito".

¹²⁵ L. Montuschi, *Problemi del danno alla persona nel rapporto di lavoro*, cit., 333. Sul tema del "significato dell'equità" cfr. F. Leardini, *Prova e valutazione del danno alla persona nei rapporti di lavoro*, in *Danno biologico e oltre*, cit., 164 ss.

sfrutta le possibilità residue che in concreto gli si prospettano per poter continuare ad esercitare le proprie superiori competenze.

5. Verso un nuovo sistema di responsabilità civile: un ritorno al modello bipolare?

Il sistema risarcitorio sembra aver raggiunto oggi un grado di elaborazione tale da permettere di superare i "dogmi" che per anni ne hanno bloccato lo sviluppo, e, dunque, rispondere forse più adeguatamente alle istanze di giustizia sostanziale che emergono dalla coscienza sociale.

In vero, la categoria del danno non patrimoniale è sempre stata guardata con diffidenza, non ne sono state apprezzate completamente le funzioni rispetto al danno alla salute. L'esigenza di valorizzare tale rimedio fino a ricomprendere al suo interno disagi ed altre sensazioni spiacevoli gravi, anche se non coincidenti con il danno morale soggettivo, come si è evidenziato, è emersa timidamente a partire dalla seconda metà degli anni novanta.

Dal 1942 al 1996 si registra una piena sostituzione della giurisprudenza al legislatore, che pur avendo avvocato a sé il potere di tipizzare le valutazioni sociali tipiche e la tutela risarcitoria, non è intervenuto; legislatore che manifesta un tendenziale recupero del suo ruolo a partire dal 1996 con l'introduzione della legge n. 675 art. 29 co. 9 (ora trasfusa nel d. lgs. 196 del 2003), sul trattamento dei dati personali, poi con la legge n. 40 del 1998 art. 42 co. 7, in tema di discriminazioni razziali, con la legge n. 89 del 2001, sull'equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole di durata del processo e più di recente con la nuova normativa di derivazione comunitaria in tema di discriminazioni (art. 4 co. 5 d. lgs. n. 216 del 2003, art. 4 co. 4 d. lgs. 215 del 2003, artt. 2 *quater* e 3 del d. lgs. n. 145 del 2005). Disposizioni in cui si prevede il risarcimento del danno anche non patrimoniale a prescindere dalla sussistenza di un illecito penale. Così, l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 cod. civ., già abbozzata sul finire degli anni settanta dalla Corte Costituzionale (che nelle successive pronunce si è però discostata dalla iniziale intuizione), resa più solida dalle riflessioni di una parte della dottrina, ha incontrato il sostegno dei recenti significativi interventi normativi.

Tuttavia, l'equazione con il sistema dell'illecito penale fissata nell'art. 2059 cod. civ. può ritenersi pienamente superata solo alla luce della recente evoluzione giurisprudenziale.

Dapprima la Corte di Cassazione interviene con tre pronunce¹²⁶, gemelle nelle motivazioni, con cui riconosce all'interprete un potere di ampliare, a fini civilistici, le fattispecie lesive ex art. 185 cod. pen., ammettendo il risarcimento dei danni non patrimoniali in ipotesi che integrano il fatto materiale di reato ma che, nel dare applicazione alle regole sulla presunzione di colpa (come nell'art. 2054 co. 2 cod. civ.) o sull'imputazione oggettiva o semi-oggettiva dell'illecito civile (come nell'art. 2051 cod. civ.) non consentono di dimostrare, secondo i canoni del diritto penale, l'elemento soggettivo del reato.

Tali sentenze, affermando che "alla risarcibilità del danno non patrimoniale non osta il mancato positivo accertamento della colpa dell'autore del danno se essa (...) debba ritenersi sussistente in base ad una presunzione di legge e se, ricorrendo la colpa, il fatto sarebbe qualificabile come reato", di fatto, hanno indebolito la valenza del richiamo alla fattispecie penale quale filtro selettivo per il risarcimento del danno morale.

Sempre nel maggio del 2003 la giurisprudenza di legittimità interviene nuovamente sull'art. 2059 cod. civ., con le sentenze nn. 8827 e 8828¹²⁷, specificando ed integrando le motivazioni adottate nelle tre pronunce di cui sopra. La Corte respinge l'interpretazione restrittiva dell'art. 2059 cod. civ. riferito al solo danno morale soggettivo e combina i principi costituzionali non più con l'art. 2043 cod. civ., bensì con l'art. 2059 cod. civ..

Nel suo *iter* argomentativo, il Supremo Collegio parte dal presupposto che non esiste un rapporto inscindibile tra l'art. 2059 cod. civ. e l'art. 185 cod. pen., e che non si deve leggere l'art. 2059 cod. civ. in termini di riserva di legge quando vengano in considerazione valori costituzionali. Si sofferma sul danno alla persona e precisa che "non coincide con la lesione dell'interesse protetto, esso consiste in una perdita, nella privazione di un valore non economico, ma personale". Utilizzando ancora la distinzione tra danno-evento e danno-conseguenza, osserva la Corte, si deve ritenere che si tratti di un danno-conseguenza, ovvero "non vale pertanto l'assunto secondo cui sarebbe *in re ipsa*, nel senso che sarebbe coincidente con la lesione dell'interesse. Deve affermarsi, invece, che dalla lesione scaturiscono, o meglio possono scaturire, le conseguenze che, in relazione alle varie fattispecie, potranno

¹²⁶ Cass., 12 maggio 2003, n. 7281, n. 7282, n. 7283, in *Foro It.*, 2003, I, 2272.

¹²⁷ Cass., 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828, in *Foro It.*, 2003, I, 2272 con note di La Battaglia e Navarretta.

avere diversa ampiezza e consistenza, in termini di intensità e protrazione nel tempo"¹²⁸.

Ne deriva una piena valorizzazione dell'art. 2059 cod. civ. sia sotto il profilo funzionale, sia sotto il profilo contenutistico. Quanto al primo, alla norma viene riconosciuta una funzione riparatoria-satisfattiva, ovvero compensativa di un pregiudizio non economico, che va ad aggiungersi alla tradizionale funzione punitiva-deterrente; dal punto di vista del contenuto, risulta notevolmente ampliata la nozione di danno non patrimoniale.

Il modello interpretativo delineato presuppone, infatti, una nozione di danno non patrimoniale, non ristretta al mero *pretium doloris*, ma comprensiva di "ogni ipotesi in cui sia lesa un valore inerente alla persona". Un danno inteso come complesso di conseguenze pregiudizievoli non patrimoniali; non solo danno morale soggettivo, ma anche danno biologico in senso stretto e pregiudizi diversi e ulteriori, purché costituenti conseguenza della lesione di un interesse costituzionalmente protetto. La Suprema Corte puntualizza che "si ritiene non proficuo ritagliare all'interno di tale categoria generale specifiche figure di danno, etichettandole in vario modo: ciò che rileva ai fini dell'ammissione al risarcimento, in riferimento all'art. 2059 cod. civ., è l'ingiusta lesione di un interesse inerente alla persona dal quale conseguano pregiudizi non suscettibili di valutazione economica".

Nella sentenza non si menziona formalmente il danno esistenziale però, secondo taluni autori, sembra che il giudice vuole recepire quel pregiudizio in senso descrittivo e apprezza l'utilità, in sede di dimostrazione e quantificazione del danno non patrimoniale, di una varietà di componenti, purché l'interesse lesa concerna la persona¹²⁹.

Quanto poi al danno biologico, la Corte sembra abbandonare il suo quasi ventennale inquadramento nell'art. 2043 cod. civ.: la sentenza n. 8828 sottolinea l'opportunità di riconsiderarne l'inquadramento sistematico e la pronuncia n. 8827, nell'ipotizzare una liquidazione unitaria di danno morale e biologico, di fatto sposta il danno biologico nell'art. 2059 cod. civ..

Nel luglio 2003 la Corte Costituzionale interviene a chiarire queste questioni. La sentenza n. 233 del 2003¹³⁰ decide sull'ordinanza di

¹²⁸ Cass., 31 maggio 2003, n. 8828, cit. Così anche Cass., 11 novembre 2003, n. 16946 e Cass., 19 agosto 2003, n. 12124, in *Foro It.*, 2004, I, 434, con nota di M. Costanza, *Ancora sul danno esistenziale*.

¹²⁹ E. Navarretta, *Danni non patrimoniali: il dogma infranto e il nuovo diritto vivente*, in *Foro It.*, 2003, I, 2286.

¹³⁰ Corte Cost., 11 luglio 2003, n. 233, in *Foro It.*, 2003, I, 2201 ss., con nota di E. Navarretta, *La Corte costituzionale e il danno alla persona* «in fieri».

rimessione del Tribunale di Roma che aveva sollevato due distinte questioni di legittimità costituzionale dell'art. 2059 cod. civ.: risarcibilità del danno non patrimoniale nei soli casi previsti dalla legge ed esclusione della risarcibilità del danno non patrimoniale nelle ipotesi in cui la responsabilità dell'autore del fatto, pur corrispondente ad una fattispecie astratta di reato, sia affermata in forza di una presunzione di legge.

La Consulta, preso atto della ricostruzione accolta dalla giurisprudenza di legittimità, pone "il suo sigillo su un radicale rinnovamento nell'interpretazione dell'art. 2059 cod. civ., che viene riferito all'ampio contenuto dei danni non patrimoniali e coordinato con i principi costituzionali" e, nel contempo, "apre nuovi scenari" circa la progressiva costruzione del futuro del danno alla persona mediante "un procedimento ermeneutico che è, per sua essenza, un "farsi" mai definitivamente concluso"¹³¹.

Nell'argomentazione della pronuncia l'art. 2059 cod. civ. non ha una funzione sanzionatoria o afflittiva, ma tipizzante: esso può evolvere non solo mediante un'estensione degli illeciti tipizzati, ma anche con la tutela diretta di interessi, la cui disciplina legale imponga, per la forza che è implicita nella inviolabilità dei diritti della persona, la tutela minima ed essenziale del risarcimento del danno.

La Corte, dopo aver confermato che il contenuto dei danni non patrimoniali è esteso e che la loro rilevanza è condizionata alla natura dell'interesse leso, affronta il problema dell'inquadramento sistematico del danno biologico. Ribadisce che tale pregiudizio rientra nell'art. 2059 c.c. e puntualizza che il pregiudizio biologico ha una propria identità: va inteso come lesione dell'interesse, costituzionalmente garantito, all'integrità psichica e fisica della persona, conseguente ad un accertamento medico¹³². In altri termini, si riproduce la definizione legislativa di quel danno contenuta nell'art. 5 co. 3 della citata legge n. 51 del 2001 sull'R.C. auto e nell'art. 13 del d. lgs n. 38 del 2000 sull'INAIL; definizione, peraltro, parzialmente diversa da quella riprodotta all'art. 138 co. 2 del nuovo Codice delle assicurazioni, per cui il danno biologico si sostanzia nella "lesione temporanea o permanente all'integrità psico-fisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale che

¹³¹ E. Navarretta, *La Corte costituzionale e il danno alla persona «in fieri»*, cit., 2201. Tale ricostruzione dogmatica è stata ulteriormente avallata dalla C. Cost. come *ius receptum*. Così Corte Cost., 28 gennaio 2005, n. 58, in *Giur. cost.*, 2005, 1, secondo cui "il danno non patrimoniale è sempre risarcibile, anche a prescindere dal limite derivante dalla riserva di legge correlata all'art. 185 del codice penale".

¹³² Riconduce espressamente il danno biologico nell'ambito del danno non patrimoniale ex art. 2059 cod. civ., recependo *l'obiter dictum* di Cass. n. 8823/2003 e le indicazioni di Corte Cost. n. 233/2003, Cass. Sez. pen., 22 gennaio 2004, n. 2050, in *Giur. It.*, 2004, 1025.

esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di produrre reddito".

Con riferimento al danno morale soggettivo esso, affrancato finalmente dallo stato di minorità in cui era in passato afflitto, va inteso come transeunte turbamento dello stato d'animo della vittima a prescindere dall'esistenza di un reato¹³³.

Quanto al danno derivante dalla lesione di altri interessi di rango costituzionale inerenti alla persona, sebbene sembra che la Consulta abbia rigettato la logica del danno esistenziale (perché fa riferimento alla necessità di selezionare il tipo di interesse leso e l'offesa provocata per risarcire il danno alla persona¹³⁴), la giurisprudenza non ha pienamente esaurito la questione della sua risarcibilità in rapporto alle diverse voci risarcitorie di cui all'art. 2059 cod. civ..

Per un determinato indirizzo, il bipolarismo costituzionale avrebbe determinato l'emergere di autonome voci risarcitorie nell'ambito dell'art. 2059 cod. civ., ontologicamente diverse e suscettibili di quantificazione autonoma: si tratterebbe di un bipolarismo asimmetrico, in cui il danno non patrimoniale si ramifica e suddivide in molteplici voci, strutturate come autonome categorie dogmatiche.

Siffatto indirizzo legittima a pieno titolo la categoria del danno esistenziale, recependo le direttive di parte della dottrina, e propone un modello di danno-evento, oppure un modello di danno-conseguenza da allegare e provare, anche avvalendosi delle presunzioni. Prospettazione, quest'ultima, accolta dalla giurisprudenza di legittimità intervenuta a sezioni unite in tema di demansionamento, e poi confermata, tra le altre, dalla sent. n. 13546 del 2006 relativamente al danno da perdita del rapporto parentale¹³⁵.

In una diversa ottica si colloca un indirizzo giurisprudenziale e dottrinale minoritario che legge il sistema della responsabilità civile in

¹³³ Sembra applicare la nuova lettura del danno morale soggettivo, nell'ambito del quadro del danno non patrimoniale costituzionalizzato, Trib. Venezia, 22 novembre 2005, in *Dir. e giust.*, 2006, 36 ss., con nota di Di Marzio. Nella pronuncia, originata da una singolare fattispecie, si liquida in 25.000 euro il danno morale subito da un giocatore del casinò di Venezia sottoposto ad un procedimento penale, conclusosi con l'assoluzione, per detenzione e utilizzo di denaro falso inconsapevolmente incassato grazie ad una vincita a *chemin de fer* presso lo stesso casinò.

¹³⁴ *Contra*, M. Meucci, *Il danno esistenziale nel rapporto di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, I, 421.

¹³⁵ Cass., 12 giugno 2006, n. 13456, cit. Peraltro, il Consiglio di Stato, con la sent. n. 1096 del 16 marzo 2005 (in *Dir e form.*, 2005, 988) ha legittimato la figura del danno esistenziale anche con riferimento alle situazioni giuridiche soggettive condizionate dai pubblici poteri, ossia gli interessi legittimi.

termini di bipolarismo perfetto: distingue il danno patrimoniale dal danno non patrimoniale, inteso come categoria giuridico-sistemica ampia¹³⁶. Un danno "tipico" e risarcibile solo nei casi espressamente previsti dalla legge o in quelli in cui vengono in gioco valori costituzionali.

Così ricomposto, il sistema non lascia spazi alla legittimazione autonoma del danno "esistenziale", che diviene una mera "categoria" descrittiva di taluni aspetti della "voce" danno non patrimoniale, utile esclusivamente per orientare la quantificazione ad opera del giudice.

L'esame, seppur sommario, delle più recenti pronunce giurisprudenziali sull'art. 2059 cod. civ., sebbene lasci qualche perplessità in merito alla natura (simmetrica o asimmetrica) del bipolarismo, consente di far ipotizzare che la responsabilità civile si stia dirigendo verso un assetto nuovo, che rappresenta la sintesi tra le esigenze di selezione dei danni risarcibili, che hanno prevalso fino ai tardi anni '60, e le esigenze di compensazione, che invece hanno imperversato dagli anni '70 ad oggi¹³⁷.

Segnali di scontento verso l'attuale sistema di responsabilità civile vengono anche dal dibattito stimolato dall'affermazione giurisprudenziale della regola della c.d. pregiudizialità amministrativa, ossia la necessità di una previa impugnazione nei termini del provvedimento illegittimo per ottenere la tutela risarcitoria, in merito al risarcimento dei danni da lesione di interesse legittimo¹³⁸.

Il processo di ripensamento della nozione di danno non patrimoniale apre nuove prospettive anche per una rilettura del risarcimento del danno alla persona nel rapporto di lavoro. In particolare, il recente intervento della giurisprudenza costituzionale e di legittimità sul sistema risarcitorio – opportunamente incanalato dalla giurisprudenza lavoristica – induce ad esaminare sotto una diversa luce i problemi relativi all'individuazione dei diritti fondamentali da tutelare attraverso il rimedio risarcitorio, alla natura dei danni reclamabili dal soggetto leso, nonché ai criteri per la quantificazione e liquidazione degli stessi.

Le linee ordinanti in relazione alle quali ridefinire lo statuto della responsabilità civile ed i suoi confini sembrano essere innanzitutto i beni giuridici protetti e la tipologia di danni risarcibili¹³⁹.

In relazione al primo profilo si deve preliminarmente precisare che "l'apertura dell'art. 2 Cost. ad un processo evolutivo che induce a fondare nella clausola costituzionale la tutela (minima) degli interessi primari

¹³⁶ Cass., 15 luglio 2005, n. 15022; Cass. n. 14488 del 2004.

¹³⁷ C. Bona, *La morte del danno evento*, cit., 782.

¹³⁸ Cass., 27 marzo 2003, n. 4538, in *Foro It.*, 2003, I, 2073, con nota di A. Travi. In tal senso anche Cons. Stato, ad. plen., 26 marzo 2003, n. 4, in *Foro It.*, 2003, III, 433.

¹³⁹ P. Tullini, *I nuovi danni risarcibili nel rapporto di lavoro*, cit., 584.

della persona umana", non può comportare come conseguenza ulteriore la costituzionalizzazione di ogni pretesa risarcitoria, sul presupposto dell'implicazione personale del prestatore nello svolgimento del rapporto di lavoro. Non esiste nel nostro ordinamento giuridico un "diritto alla felicità", e non è sostenibile che ad ogni dolore corrisponda il diritto ad un ristoro economico; alcune sofferenze restano inevitabilmente scoperte sotto il profilo giuridico¹⁴⁰.

Il modello interpretativo tratteggiato dalla Consulta deve essere sottoposto ad un'opera di affinamento *in primis* per selezionare la dimensione e la rilevanza dei beni giuridici protetti e, quindi, per enucleare la tipologia di danni risarcibili: beni che in quanto attinenti al rango dei valori propri della "persona" si connotano per una irrinunciabile dignità costituzionale.

Una siffatta lettura sembra foriera di sviluppi più ampi, se si ritiene possibile estendere la risarcibilità a diritti diversi da quelli espressamente indicati dalla Carta Costituzionale, che si "prospettano" come diritti costituzionali "inviolabili" ai sensi dell'art. 2 Cost. In quest'ottica, si dovrebbero delineare i confini del sistema della responsabilità civile muovendo dalla consapevolezza che esistono accanto ai diritti "tabellati", diritti "non tabellati", riconducibili ai primi in via interpretativa. Ciò, se per un verso consentirebbe di garantire una tutela a posizioni soggettive percepite come intangibili, renderebbe certamente più oneroso il problema del "censimento" dei nuovi diritti.

In ogni caso, non è sufficiente individuare i beni fondamentali da tutelare in base al linguaggio costituzionale, in quanto deve ritenersi che i diritti di natura economica, sebbene di rilievo costituzionale, risultano esclusi certamente dalla tutela risarcitoria del danno non patrimoniale, ma anche gli interessi della persona non possono godere di una protezione a questo titolo, qualora non siano collocabili al massimo livello della garanzia costituzionale.

Tale prospettiva è in linea con la recente legislazione anti-discriminatoria (v. art. 2 co. 3 d. lgs. n. 215 del 2003, art. 2 co. 3 d. lgs. 216 del 2003 e d. lgs. n. 145 del 2005), che consente la riparazione del danno non patrimoniale quando il comportamento illecito abbia il fine o l'effetto di «violare la dignità della persona» del lavoratore, generando un «clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo»: in tal caso "il riferimento alla clausola dell'art. 2 Cost. può ritenersi implicito e l'opzione del legislatore appare chiara nel segno di circoscrivere

¹⁴⁰ G. Buffone, *Il neo bipolarismo costituzionale della responsabilità civile: il danno non patrimoniale? Janus pater*, su www.

esclusivamente ai diritti inviolabili della persona la particolare protezione risarcitoria di tipo non patrimoniale¹⁴¹.

Selezionato il tipo di interesse leso e l'offesa provocata, si dovrebbe procedere al loro bilanciamento per la soluzione del conflitto interpersonale tra danneggiante e danneggiato¹⁴²; regola più volte applicata dal legislatore (in particolare in materia di discriminazioni) e dalla stessa giurisprudenza costituzionale (soprattutto in materia di sciopero). In altri termini, il giudice di merito deve effettuare una valutazione in concreto della fattispecie lesiva, dell'incidenza e dell'intensità dell'offesa, per verificare se questa coinvolga davvero i diritti della persona nella loro "piena dimensione inviolabile".

Inoltre, ai fini della risarcibilità la lesione non deve essere di rilevanza minima: è l'applicazione del c.d. criterio della tolleranza per cui è esclusa la responsabilità in ipotesi di lesioni che risultino oggettivamente ed in concreto di scarsa importanza.

Questa sembra l'interpretazione più corretta del ragionamento della Consulta la quale precisa che la risarcibilità del pregiudizio arrecato alla persona presuppone "una fattispecie corrispondente nella sua oggettività all'astratta previsione di una figura di reato": solo la particolare gravità dell'*iniuria* può, dunque, giustificare la risarcibilità di conseguenze economicamente non ponderabili.

Quanto alla natura dei danni reclamabili dal soggetto leso, lo spostamento del baricentro della teoria risarcitoria dalla funzione sanzionatoria verso la funzione compensativa, rimarcato dalla Consulta nella pronuncia n. 233, è il segnale evidente del rifiuto della logica del danno-evento, e del ritorno del sistema ad una bipolarità "nuova".

L'antigiuridicità di una condotta non è un elemento sufficiente per configurare automaticamente un danno risarcibile: un comportamento di per sé illecito, cioè antigiuridico, può non determinare un danno al bene protetto dalla norma, ma solo un pericolo di danno. Di conseguenza, la lesione di una situazione giuridica soggettiva intanto è in grado di fondare un obbligo risarcitorio, in quanto sussista e venga provata la correlativa perdita patita da chi pretende il risarcimento. Diversamente ragionando, la liquidazione del danno finirebbe per prescindere non solo dalla prova di conseguenze pregiudizievoli, ma anche della stessa offesa al bene giuridicamente protetto.

Anche per i diritti di personalità - per i quali è particolarmente problematico stabilire quando si verifichi un danno effettivo o solo

¹⁴¹ P. Tullini, *I nuovi danni risarcibili nel rapporto di lavoro*, cit., 585-586.

¹⁴² P. Tullini, *I nuovi danni risarcibili nel rapporto di lavoro*, cit., 586; E. Navarretta, *La Corte costituzionale e il danno alla persona «in fieri»*, cit., 2203.

potenziale – non si può ammettere il diritto al risarcimento ogni qualvolta sia violata la norma, senza alcuna prova specifica di danno.

L'esigenza di apprestare una efficace tutela dei diritti fondamentali della persona non può essere perseguita mediante un'estensione incondizionata della tutela risarcitoria a tutti gli interessi costituzionalmente rilevanti sul mero presupposto della loro lesione, o della violazione di una disposizione di garanzia degli stessi. Condizione necessaria per configurare un danno risarcibile è, piuttosto, la sussistenza di un pregiudizio – consistente nella privazione o diminuzione di un bene o valore – conseguente alla lesione.

Il recente d. lgs. n. 145 del 2005 pare muoversi in questa direzione, in quanto all'art. 3 co. 2 puntualizza che il giudice deve provvedere, se richiesto, al risarcimento del danno non patrimoniale «nei limiti della prova fornita».

Inoltre, se si ritiene acquisita la finalità di riparazione e di reintegrazione del pregiudizio effettivamente sofferto, anche nel caso del danno non patrimoniale, si dovrebbe conseguentemente utilizzare eccezionalmente o comunque in ipotesi marginali il criterio equitativo «puro»¹⁴³.

Come già evidenziato a proposito dell'utilizzo di tale criterio per il ristoro dei danni subiti dal lavoratore dequalificato, il giudice deve procedere ad una valutazione equitativa, dando conto delle circostanze da lui considerate, solo nei casi in cui, accertata l'esistenza di un danno subito dal lavoratore, non è possibile una precisa quantificazione dello stesso.

Non sembra rispondere ad una logica volta ad ancorare la tecnica di quantificazione del danno non patrimoniale a parametri in qualche misura oggettivi, ma che riflettano l'effettivo pregiudizio allegato e provato dal danneggiato, la disciplina introdotta dal legislatore nel d. lgs. n. 209/2005. Qui si prevede una quantificazione legislativamente vincolata del danno biologico "pluridimensionale", valevole esclusivamente con riferimento ai danni provocati da sinistri stradali, caratterizzata da un sistema tabellare unico (sia per le lesioni micropermanenti che le lesioni macropermanenti) con valori del punto di invalidità molto inferiori a quelli riconosciuti dal diritto vivente e da ristretti margini ammessi per la personalizzazione del danno (incremento massimo rispettivamente del 20% per le lesioni di lieve entità, e del 30% per quelle che determinano una invalidità superiore al 9%).

Un tale meccanismo si presta a critiche riconducibili ad un duplice ordine di considerazioni. In primo luogo, non è accettabile che in

¹⁴³ P. Tullini, *I nuovi danni risarcibili nel rapporto di lavoro*, cit., 590.

presenza di un danno analogo il soggetto leso ottenga una liquidazione diversificata e sensibilmente differente in relazione alla causa genetica del danno. Inoltre, la quantificazione del danno biologico, in cui confluiscono tutte le conseguenze negative prodottesi nella sfera personale della vittima a seguito della lesione all'integrità psico-fisica, sembra imbrigliata entro uno schema tabellare troppo rigido che penalizza fortemente le ragioni della vittima, giacché l'eventuale intervento personalizzante del giudice è limitato entro livelli predefiniti, che possono non consentire una riparazione integrale del danno, in considerazione del fatto che gli esiti pregiudizievoli di un medesimo tipo di lesione sono destinati a variare al mutare della reale dimensione esistenziale della vittima¹⁴⁴.

Al di fuori dell'area dei danni provocati da sinistri stradali, il progressivo recupero di criteri selettivi del risarcimento del danno non patrimoniale alla persona dovrebbe assicurare un nuovo equilibrio tra esigenze di selezione ed esigenze di compensazione dei danni risarcibili, contrastando la tendenza allo scivolamento verso il danno normativo e la tendenza verso l'eccessiva proliferazione dei danni risarcibili, e, conseguentemente, scongiurando il pericolo che la patrimonializzazione della persona si spinga sino ad una «mercificazione dei valori», che li riduca a vuote entità economicamente apprezzabili¹⁴⁵.

L'indubbio progresso di tutele, realizzato mediante la piena risarcibilità di pregiudizi in precedenza non ristorabili, rischia, infatti, di segnare un regresso in relazione alla degradazione dei diritti della persona a diritti soggettivi secondari, a diritti cioè monetizzabili e non tutelabili in via preventiva e assoluta: si accredita, così, "un diritto che si arrende ad una dimensione riparatoria, con l'effetto paradossale, di fornire all'individuo un «incentivo ad automercificarsi»"¹⁴⁶.

Il sovradimensionamento della tutela risarcitoria palesa, in sostanza, una implicita ammissione di responsabilità dell'ordine giuridico:

¹⁴⁴ Cfr. P. Ziviz, *La valutazione del danno biologico nel nuovo codice delle assicurazioni*, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 641 ss.; D. Chindemi, *Il risarcimento del danno non patrimoniale nel nuovo codice delle assicurazioni: risarcimento o indennizzo?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 549.

¹⁴⁵ A. Pizzoferrato, *Il danno alla persona: linee evolutive e tecniche di tutela*, in *Contr. e impr.*, 1999, 1110.

¹⁴⁶ O. Mazzotta, *Danno alla persona e rapporto di lavoro: qualche domanda politicamente non corretta, alla giurisprudenza*, in *Lav. dir.*, 2004, 441. Così anche L. Nogler, *Danni personali e rapporto di lavoro: oltre il danno biologico?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, I, 308. Eppure, difficilmente una somma di denaro può riequilibrare la posizione di un soggetto che ha subito un danno non patrimoniale, piuttosto può consolarlo: gli svantaggi derivanti dalla lesione sono "compensati" con i vantaggi connessi al risarcimento. Non a caso G. B. Ferri (*Il danno alla salute e l'economia del dolore*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, 795) parla, al riguardo, di "economia del dolore".

il risarcimento finisce per compensare non il danno ma l'ineffettività della norma di tutela reale.