

## Il danno: confronto tra diritto civile e diritto del lavoro •

Massimo Paradiso

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. a) Il risarcimento nella cornice specifica del rapporto di lavoro. In particolare, il diritto del lavoratore di eseguire la prestazione. – 3. (*Segue*). La rilevanza del danno non patrimoniale contrattuale. – 4. b) Le singole figure di danno. – 5. (*Segue*). Gli oneri di allegazione e prova. – 6. c) Il significato complessivo della tutela risarcitoria nel rapporto di lavoro. – 7. Considerazioni conclusive.

1. *Introduzione*. – Appartengono ormai al passato certi approcci che assegnavano al civilista puro l'insegnamento del lavoro in quanto materia specialistica e al diritto civile la fissazione dei cardini del sistema, dei principi e delle coordinate concettuali di cui restavano tributarie le problematiche lavoristiche. Il diritto del lavoro ha ormai acquisito autonomia didattica e piena dignità scientifica, tanto che si può parlare di un distinto settore degli studi privatistici in cui si rinvergono non solo regole proprie ma ormai anche specifici principi generali. E se ancora si parla di diritto primo e di diritto secondo, credo che la questione generale del rapporto tra i due ambiti ben possa essere descritta nei termini di una reciproca integrazione: non si tratta, come ben è stato detto, di segnare i confini tra l'uno e l'altro – atteso che “confine” evoca l'idea di separazione e di possibile scontro o difesa gelosa del proprio territorio – quanto di prospettare una *frontiera*, e perciò un punto di passaggio, un luogo di scambi reciproci delle esperienze maturate nell'uno e nell'altro territorio.

E a proposito di scambi reciproci, credo che due siano i punti nei quali si riscontra una convergenza da evidenziare in via preliminare. È nel diritto del lavoro che si è manifestata dapprima quella apertura alla dimensione personalistica e agli interessi non patrimoniali che ormai è patrimonio acquisito in tanti campi del diritto civile, per tradizione attento alla sola dimensione economica dei rapporti umani. Ma altresì il ritorno, se preferite: il nuovo passaggio dal contratto allo status (in funzione di tutela della condizione personale dei singoli oltre il dato della uguaglianza formale dei contraenti), il ritorno allo status – dicevo – è stato particolarmente accentuato nella materia del lavoro in senso ampio: se apripista, per così dire, è stata la materia dei rapporti agrari e ultima arrivata la tutela degli imprenditori in posizione di dipendenza economica e di subordinazione imprenditoriale, per certo il vertice è stato e continua ad essere la materia del lavoro subordinato.

---

• Lo scritto riproduce il testo della relazione al Seminario *Il danno nel diritto del lavoro* (organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura-Struttura decentrata del Distretto di Catania, 19 febbraio 2016), della quale mantiene il tono colloquiale e i richiami alle altre relazioni.

Al contempo, deve registrarsi almeno una divergenza sostanziale. Per un verso, sono tuttora forti le resistenze dei lavoratori a ricondurre il rapporto di lavoro all'interno delle categorie portanti del diritto privato, e in particolare dell'autonomia privata e del contratto: non di rado a questo è riservato soltanto il ruolo di elemento di 'innesco' del punto focale della materia: appunto il *rapporto*, caratterizzato com'è dall'eteronomia più che dalla libertà negoziale. Per altro verso, si insiste quasi unanimemente sulla, dirò così, giustificazione sociale e politica della rivendicata autonomia concettuale e metodologica del diritto del lavoro, individuata nella funzione di rimediare alla condizione di subordinazione del lavoratore. E si tratta, lasciatemelo dire, di una condizione assunta quasi a livello 'ontologico': se, ad es., la disuguaglianza tra i sessi è per così dire contingente – e si vuole e si intende come accidentale, legata a un costume e a contingenze storiche che ben possono e devono essere superati – al contrario la disparità tra prestatore e datore di lavoro è vista come connaturata al rapporto, insuperata e in sostanza insuperabile. Sì che compito per così dire istituzionale del giurista, e prima ancora della disciplina, è quello di reagire con un assetto di schietto favore, che rinneghi il principio di uguaglianza dei contraenti e valga a riequilibrare lo svantaggio.

Ma non è mio compito trattare in via generale della questione e delle ragioni della specialità del diritto del lavoro: vi ho accennato perché, se il rapporto nel suo svolgimento fisiologico risente della peculiare condizione delle parti, non è affatto certo che lo stesso debba dirsi per i danni subiti dal lavoratore e che essi debbano obbedire a una logica e a principi propri, diversi o almeno distinti da quelli che presiedono in via generale al risarcimento dei danni. Non è detto cioè che della responsabilità datoriale debba farsi un autonomo, distinto settore della responsabilità civile come ormai sta avvenendo in altri campi, dalla responsabilità medica alla responsabilità endofamiliare. Una cosa invero è l'individuazione delle fattispecie o figure di danno, che naturalmente risente in maniera decisiva delle specificità del rapporto, altro è che dette specificità debbano reagire su altri aspetti della disciplina, dall'onere della prova alle esimenti, ai requisiti soggettivi della responsabilità.

Mi proverò allora a delineare anzitutto la cornice specifica in cui trova collocazione la materia del risarcimento nel rapporto di lavoro (a); farò poi una rapida ricognizione delle singole figure di danno (b); concluderò con qualche riflessione di carattere generale sul significato complessivo che assume la materia del risarcimento nel rapporto di lavoro (c). Sottolineo però che il raffronto sarà sintetico anche là dove si riscontri una mancanza di sintonia col sistema generale, atteso che sono già previste specifiche trattazioni delle singole figure di danno – e sono certo che ne avremo un quadro ampio.

2. a) *Il risarcimento nella cornice specifica del rapporto di lavoro. In particolare, il diritto del lavoratore di eseguire la prestazione.* – Vi sono due punti da mettere in massima evidenza per un primo inquadramento della responsabilità nella cornice segnata dal rapporto di lavoro.

Il primo punto, del resto ben noto, riguarda la deroga al principio generale che consente il recesso ad nutum nei rapporti di durata a tempo indeterminato. Rispetto al nostro tema tuttavia, se pure di rilevantissimo impatto, esso rileva soltanto sotto il profilo della liquidazione del danno, forfettizzato per legge, e ne tratterò brevemente nel prosieguo del discorso.

V'è poi un altro punto che riassume, o meglio: ricapitola le differenze tra civile e lavoro con riguardo alla responsabilità. Nelle materie privatistiche si insegna ancora senza sostanziali riserve che il debitore ha l'obbligo di adempiere, non il diritto. In altre parole, il suo eventuale interesse ad adempiere non riceve protezione come interesse giuridicamente tutelato, e ben può trattarsi di ipotesi nitide in cui sarebbe assurdo negarne l'esistenza e la sua rilevanza in via di fatto: basti pensare all'esibizione di un artista su un palcoscenico prestigioso o alla costruzione di grandi opere quali un ponte o un grattacielo. Ebbene, si insegna sempre che il debitore ha soltanto diritto a liberarsi dall'obbligazione, non a eseguire la prestazione, come conferma la disciplina sulla mora del creditore. Al di fuori perciò di specifiche garanzie negoziali, solo ricorrendo alla figura dell'abuso del diritto potrà sanzionarsi il rifiuto della prestazione; ma anche a tale stregua non è facile ipotizzare casi in cui affermare la vigenza di un tale obbligo.

Per contro, nel diritto del lavoro è ormai *ius receptum* il diritto del lavoratore a eseguire la prestazione per la quale viene retribuito. Si è passati cioè dal diritto di mantenere il posto di lavoro al diritto di lavorare: il primo, se pure con caratteristiche proprie, rimane nell'ottica privatistica generale, che ammette la risoluzione del contratto soltanto se l'inadempimento sia grave, solo se esso sia di non «scarsa importanza avuto riguardo all'interesse della controparte», per dirla con l'art. 1455 c.c.; il secondo rompe questo schema e impone ormai al datore-creditore di ricevere la prestazione.

Muta così la prospettiva di fondo: non si tratta più di garantire al lavoratore solo il mantenimento di una condizione 'occupazionale' che gli assicuri il sostentamento, bensì di offrirgli la possibilità di esprimere la sua professionalità, di affermare la sua personalità. Certo, ai lavoristi potrà apparire scontato, ma è questo il punto nodale e solo in quest'ottica si spiega la moltiplicazione delle figure di danno che ormai affanna la giurisprudenza: figure, nate per via giurisprudenziale sul ceppo dell'art. 2087 c.c., là dove sancisce l'obbligo dell'imprenditore di adottare le «misure... necessarie a tutelare la personalità morale... del prestatore di lavoro». Sì che, in definitiva, almeno danno alla professionalità, demansionamento e discriminazione, se possono ritenersi strumenti di tutela della

personalità del lavoratore, nel sistema generale delle obbligazioni si prospettano quali conseguenze o ricadute del diritto del debitore di eseguire la prestazione.

Anche per gli obblighi di sicurezza si segnala una significativa differenza: i doveri sanciti dall'art. 2087 c.c. in ordine all'adozione delle «misure... necessarie a garantire l'incolumità fisica» del lavoratore vengono ordinariamente ricondotti alla figura generale degli obblighi di protezione, ed è inquadramento certo corretto; ma per misurare la distanza basterà ricordare che questi ultimi non trovano base testuale nel codice: sono piuttosto acquisizione recente della civilistica derivata dalla dottrina tedesca, laddove i primi risalgono all'impianto originario del codice e comunque hanno una estensione, e una incidenza sul rapporto, di gran lunga maggiore. I doveri di protezione infatti sono visti pur sempre come obblighi accessori (sempre che non rientrino nell'oggetto proprio della prestazione dovuta: penso ad es. al contratto di trasporto); le misure di sicurezza costituiscono ormai una delle obbligazioni principali del datore di lavoro, quale parte integrante dell'obbligo di garantire la salvaguardia integrale della persona del lavoratore. E se certo si tratta di un profilo specifico, anch'esso a ben vedere ci riconduce alla prospettiva sopra segnalata: si tratta cioè di assicurare le *condizioni esterne* perché il prestatore di lavoro possa esplicare la sua attività in tutta sicurezza, e perciò con efficienza ed efficacia. Non mi sembra azzardato allora affermare che almeno il danno da mobbing può trovare la sua radice ultima nel diritto a (disporre delle condizioni necessarie per poter) eseguire la prestazione.

E in argomento è forse il caso di segnalare una ulteriore differenza rispetto al diritto generale delle obbligazioni: è presente nel codice un'altra disposizione che, ai nostri fini, possiamo ricondurre agli obblighi di protezione in senso lato, l'art. 1227, a tenore del quale è esclusa la responsabilità del debitore per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare con l'impiego della normale diligenza, mentre è prevista poi la riduzione del risarcimento per l'ipotesi di concorso del creditore nel cagionare il danno. Netta è però la mia impressione che tale disposizione sia scarsamente applicata quando i danni alla persona del lavoratore siano stati da lui stesso cagionati, almeno quando vi sia concorso con l'inadempimento all'obbligo di sicurezza. Disapplicazione, che in qualche modo fa il paio con la prassi che, ove non ricorra una colpa grave, esenta il lavoratore-debitore dalla responsabilità per i danni da lui cagionati al datore di lavoro. Penso, per fare solo un esempio, al recente caso giurisprudenziale in cui è stata esclusa la responsabilità del dipendente per i danni colposamente arrecati alla merce da lui trasportata poiché il datore non aveva stipulato una polizza assicurativa completa (cd. "Kasko") per garantirsi contro l'insipienza dei suoi dipendenti. Ma su questo vorrei sentire il conforto degli altri relatori.

Ma naturalmente, impulso potente alla configurazione e all'articolazione concreta dei danni è venuto dalle previsioni costituzionali: se è scontato ricordare che, in esordio della Tavola

costituzionale e non senza enfasi, il lavoro è assunto a fondamento stesso della nazione e quasi a principale titolo di appartenenza del singolo alla vita della comunità, tale dimensione è configurata poi come oggetto di un diritto individuale: e un diritto che va reso «effettivo», nella consapevolezza che si tratta dello strumento con cui ciascuno può e deve «concorrere al progresso materiale spirituale della società», anche in tal modo contribuendosi alla «sviluppo della personalità» dei singoli. Per tacere naturalmente delle tante altre disposizioni specifiche: tutela del lavoro in tutte le sue forme e applicazioni, formazione ed elevazione professionale dei lavoratori, retribuzione adeguata a garantire un'esistenza libera e dignitosa, parità di diritti tra uomo e donna lavoratrice, tutela del lavoro minorile (artt. 1, 3, 4, 36 ss. Cost.). Su questo profilo, comunque, tornerò nel prosieguo del discorso.

3. (*Segue*). *La rilevanza del danno non patrimoniale contrattuale*. – Intanto, v'è un altro punto da sottolineare, anch'esso riconducibile al ruolo centrale assunto nella nostra materia dal ricordato art. 2087. Il segnalato riferimento alla tutela della personalità morale del lavoratore ha infatti consentito, e non da oggi, l'ammissione al risarcimento dei danni non patrimoniali: e l'ha consentito vorrei dire de plano, senza il tormentone dottrinale e giurisprudenziale che tuttora agita il problema generale. Non solo. Soltanto di recente poi si registra in dottrina e giurisprudenza qualche timida apertura al danno non patrimoniale contrattuale, per lo più sulla scorta della previsione normativa sul danno da vacanza rovinata: ma così trascurando il fatto che, quando la disciplina positiva ammette anche solo una ipotesi, ben poco senso hanno resistenze affidate ad argomentazioni di carattere sistematico, formulate sulla scia dell'assioma che il contratto tutela solo interessi di carattere economico.

Del resto, a smentire siffatte affermazioni basterebbe richiamare l'art. 1174 c.c., sul possibile carattere non patrimoniale dell'interesse del creditore: interesse, alla cui soddisfazione è preordinato l'adempimento di prestazioni di contenuto (necessariamente) patrimoniale. In particolare – consentitemi questa battuta e chiudo sul punto – se posso comprendere le resistenze al risarcimento aquiliano del danno morale e del danno esistenziale, proprio non capisco la resistenza al risarcimento in via contrattuale: per un verso, è proprio il contratto lo strumento deputato a conferire rilievo agli interessi non rilevanti sul piano della comune vita di relazione; per l'altro, si dimentica un profilo che ritengo centrale ed anzi dirimente: il prezzo di mercato dei beni copre tutti gli interessi, patrimoniali e non patrimoniali, che il bene è in grado di soddisfare nell'apprezzamento corrente. Come si giustificerebbe, altrimenti, il prezzo di un capo di abbigliamento 'firmato'? Rifondere il prezzo di un bene, perciò, equivale a soddisfare *tutti* gli interessi, anche non economici, che il bene stesso copriva. Vero è soltanto che, per risarcire un

interesse che vada oltre tale misura – oltre la misura cioè espressa e ‘contenuta’ nel prezzo di mercato – occorre che esso sia giuridicamente tutelato. Ma questo, vorrei dire, è del tutto ovvio, rientra nei principi generali: è quel che fa appunto l’art. 2087, tutelando la personalità morale del prestatore di lavoro, e quel che ben può fare ad es. una clausola penale o altra pattuizione dalla quale si possa ricavare la *specifica* protezione che quell’interesse riceve nel singolo contratto. È questa allora una acquisizione di cui il diritto civile è debitore al diritto del lavoro.

4. b) *Le singole figure di danno.* – Quanto alle singole figure di danno risarcibile, che saranno illustrate dalle altre relazioni, mi limito a una sintetica ricognizione in funzione del raffronto col diritto civile.

Il *danno patrimoniale all’integrità psico-fisica* è naturalmente valutato e riparato in modo diverso nella disciplina previdenziale e nella disciplina generale: ai nostri fini basterà accennare al *danno differenziale*, ma solo per dire che, in ordine alla valutazione dell’ammontare complessivo del pregiudizio, non vi sono differenze di rilievo. Piuttosto, in ordine ai criteri di liquidazione si sono susseguiti prestiti reciproci tra le diverse discipline. Dapprima è stato il diritto civile tributario del diritto previdenziale in ordine ai criteri di valutazione e liquidazione del danno, tramite il riferimento agli standard fissati nelle tabelle di invalidità e nelle tavole di capitalizzazione. E se l’imprescindibile esigenza di uniformità nelle liquidazioni ha poi portato a eccessive rigidità nel diritto civile, con insistenti richiami all’esigenza di adeguamento alle specificità del caso concreto, analogo riferimento si nota oggi in giurisprudenza per il risarcimento dei danni nel diritto del lavoro. E l’orientamento non può che essere approvato.

Piuttosto, è difficile tacere delle tante approssimazioni che, ieri come oggi, connotano in questa materia l’uno e l’altro settore del diritto privato, sia quanto ai coefficienti di capitalizzazione e alle tavole di mortalità, sia per lo scarto tra vita fisica e vita lavorativa. Soltanto in tempi relativamente recenti la giurisprudenza sembra aver preso atto del fatto che le tabelle del 1922 sono tarate sulle tavole di mortalità del 1911 (quando la vita media si attestava sui 37 anni e non sugli 80/82 attuali), ma suggerisce poi come correttivo o un generico «aggiornamento» dei coefficienti ovvero di escludere la detrazione correntemente operata per tale scarto; scarto, per lo più determinato nel 10% circa.

Si trascurano in tal modo molti fattori. Quanto allo scarto forfettario, si omette di considerare che le tavole attuariali consentono di determinare in maniera precisa i coefficienti di capitalizzazione di una rendita che si arresti a una certa data (o che inizi da una data futura). Inoltre, l’applicazione di tale scarto trascura che alla cessazione della retribuzione subentrerà la pensione: pertanto, poiché il reddito assunto a base dei calcoli esclude ordinariamente i contributi previdenziali, la rendita

assicurata dal capitale liquidato si arresterà al momento del pensionamento. Ma soprattutto, si trascura che l'ammontare dei contributi previdenziali è una parte della retribuzione: è retribuzione differita che andrebbe perciò conteggiata nel reddito, e solo a tale stregua si legittimerebbe la considerazione dello scarto tra vita fisica e vita lavorativa.

Quanto poi alla capitalizzazione, l'elemento che gioca in maniera determinante non è tanto l'aumento della vita media (e neppure la probabilità di sopravvivenza a una certa età, che è poi il dato veramente significativo per la proiezione futura); decisivo è piuttosto il tasso d'interesse applicato: è ormai prassi, anche presso gli attuari, applicare l'interesse del 4,5%, conforme al tasso delle tabelle del 1922. E tuttavia, detto saggio era fissato in un momento in cui il saggio legale d'interessi era il 5%, mentre oggi è lo 0,2%. Il saggio del 4,5% perciò non ha base normativa nel sistema generale e la sua applicazione si giustifica solo al fine di non sconvolgere i bilanci delle compagnie di assicurazione: il nuovo tasso infatti comporterebbe almeno il raddoppio delle cifre attualmente liquidate. Se c'è allora un settore che meriterebbe un chiaro intervento legislativo è proprio quello della liquidazione di danni per l'incapacità lavorativa permanente.

Nulla dirò invece sul *danno biologico*, ma per la ragione che porterebbe via troppo tempo: rilevo soltanto che non di rado si riscontrano incertezze sul suo reale contenuto, atteso che in esso viene talora assorbito il danno alla capacità lavorativa generica; incertezze, che peraltro mi sentirei di ascrivere non tanto a una mancata consapevolezza della natura non patrimoniale di tale pregiudizio, quanto alla difficoltà di apprezzarne l'entità quando diverse siano le misure della lesione di capacità lavorativa generica e specifica.

In ordine alle altre figure di danno, appare scontato osservare che *danno alla professionalità*, *demansionamento* e *mobbing* sono per definizione figure specifiche alla materia lavoristica, e sulle loro caratteristiche si soffermeranno le altre relazioni; qui basti aver osservato come esse trovino radice nel peculiare obbligo del datore di lavoro in ordine alla tutela dell'integrità fisica e della personalità morale dei suoi dipendenti, e altresì nel sovvertimento del principio che esclude un diritto del debitore di adempiere la sua prestazione. Piuttosto, con riguardo ad esse qualcosa aggiungerò in chiusura.

Analogo discorso deve farsi per il danno derivante dalla violazione del divieto di *discriminazioni*, che nella materia lavoristica trova applicazione elettiva, non solo sul versante negativo del divieto, ma anche sul versante positivo del principio di *parità di trattamento* tra uomini e donne, conforme alla previsione costituzionale (v. in particolare d.lgs. n. 198/2006: cd. codice delle pari opportunità). Modesto è invece il ruolo concreto svolto da tale divieto nel campo del diritto civile, pur essendo largamente sancito in ambito contrattuale in una serie molteplice di

ipotesi: quando la discriminazione sia motivata dal sesso, dall'appartenenza razziale, dalla provenienza etnica, dal credo o dalla pratica religiosa, ovvero dalla condizione di disabilità dell'altro contraente (dd.lgs. n. 286/1998, 215/2003, 198/2006, e legge n. 67/2006). In particolare, è noto che viene qualificato come illecito il comportamento di chi, in base a tali motivazioni, rifiuti di fornire (o fornisca a condizioni più onerose) «l'accesso... all'alloggio o all'istruzione». Ma altresì, il divieto di discriminazione si estende alla negoziazione di ogni altro bene o servizio quando essi vengano (non contrattati individualmente bensì) «offerti al pubblico» (art. 43, d.lgs. n. 286/1998). Pur essendo previsto che il giudice possa «adottare ogni provvedimento» utile, ivi compreso il «risarcimento del danno anche non patrimoniale» (art. 28 d.lgs. n. 150/2011), non si riscontrano se non pochissime sentenze in argomento.

Quanto all'altra figura di danno, la *perdita di chance*, essa è teoricamente figura generale, ma in concreto è nella materia del lavoro che trova effettiva e non sporadica applicazione. Si tratta peraltro di figura di ardua configurazione: mi limito a rammentare a me stesso che, a differenza dal danno futuro (che riguarda un evento ancora di là da venire), la “perdita di una occasione favorevole” costituisce pregiudizio attuale. Non si tratta perciò di una mera aspettativa di fatto, né d'altro canto è sufficiente la mera possibilità di un evento favorevole: occorre piuttosto l'elevata probabilità di un evento favorevole, basata su elementi oggettivi e certi: elementi, dei quali va comunque fornita la prova. Da escludere in ogni caso l'uso disinvolto che talora se n'è fatto in via ‘salomonicamente’ equitativa, al fine di attribuire un risarcimento parziale nei casi in cui sia incerto il rapporto di causalità tra il fatto e il pregiudizio: deve ribadirsi perciò che la chance rileva al fine di una valutazione equitativa di un danno che sia certo e attuale. Ad es., la perdita dell'opportunità di partecipare a un concorso è un danno attuale e certo; incerta è solo la misura del danno, atteso che manca la sicurezza in ordine all'effettivo (e altresì all'integrale) conseguimento del profitto sperato.

Rimane infine il capitolo forse più spinoso, anche per la sua rilevanza politica e sociale: quello del *licenziamento illegittimo* e, più in generale, della durata del rapporto di lavoro. In questa sede però si tratta di esaminare soltanto il profilo risarcitorio e a me compete di rilevare esclusivamente il sicuro scostamento tra la forfezzazione del risarcimento in caso di licenziamento illegittimo e il principio civilistico per cui il ristoro deve per un verso coprire tutto il danno, per l'altro non ridondare in arricchimento del danneggiato. E altresì, se nel sistema generale sanzione ordinaria è sufficiente a fronte di una clausola illecita è la sua nullità-inefficacia, nel diritto del lavoro si riscontra il risarcimento per illegittima apposizione di termine al rapporto di lavoro. Altra netta differenza è data dal fatto che il risarcimento può (o addirittura deve) convivere con la prosecuzione del rapporto (ed anzi con la sua stabilizzazione: art. 28 d.lgs. n. 81/2015): un esito fino a ieri del

tutto eccezionale nel sistema civilistico, e che oggi, tuttavia, taluno propone di estendere ad alcune ipotesi di vizi della volontà nel contratto. Ma si riscontra altresì un accostamento su altro versante: se può esservi condanna al pagamento della retribuzione fino al momento del “reintegro” – penso ad es. all’assunzione obbligatoria delle categorie protette – nel sistema generale fanno il loro ingresso la *astreintes*, con la condanna al pagamento di una somma crescente al protrarsi dell’inadempimento (artt. 614-bis c.p.c., 114<sup>4</sup> c.p.a.).

Molte dunque le divergenze, ma crescenti altresì le convergenze: non è possibile però in questa sede soffermarsi ulteriormente e, in particolare, valutare se si tratti di danni punitivi, di danni non patrimoniali o di sanzioni civili indirette e se la prosecuzione o trasformazione del rapporto costituisca ipotesi che rientra nello schema generale della conversione del contratto.

5. (*Segue*). *Gli oneri di allegazione e prova*. – Larga sintonia tra civile e lavoro emerge poi in ordine agli *oneri di allegazione e prova*: quest’ultima, anzitutto, è stata finalmente ricondotta già in via generale alla regola dell’art. 1218 c.c., così superando precedenti oscillazioni. Nel nostro tema, è perciò il lavoratore-creditore che deve provare il danno e i fatti imputati a controparte, mentre sarà il datore-debitore a dover provare di aver esattamente adempiuto la sua obbligazione (nella specie, il dovere di predisporre le “misure” di sicurezza) oppure i fatti sopravvenuti che hanno reso imprevedibile o inevitabile l’evento di danno.

Se mai, è dato rilevare l’insistenza giurisprudenziale sulla necessità che chi agisce per il risarcimento *alleghi specificamente* gli illeciti addebitati a controparte: una insistenza che in qualche modo sorprende il civilista, ma che credo imputabile per un verso alla difficoltà che talora si riscontra nel ricollegare causalmente ad es. una malattia allo svolgimento di una determinata mansione, per l’altro al largo (forse talora disinvolto?) impiego di presunzioni. Credo allora che detto richiamo serva correttamente a ricondurre la presunzioni al loro ruolo, poiché se di prova di un fatto ignoto si tratta, essa deve pur sempre scaturire da un fatto certo, a sua volta (allegato e) provato.

Qualche considerazione forse meritano i ricorrenti richiami ai problemi sollevati dalla prova del danno non patrimoniale, e in particolare alle incertezze che circondano i riferimenti al danno-evento e al *danno in re ipsa*. Non sono sinonimi: utile, per non dire necessaria, la distinzione tra danno-evento e danni-conseguenza, non credo che essa sia messa in crisi o negata dal richiamo al danno in re ipsa. Tale riferimento infatti nasce dalla difficoltà di individuare la conseguenze – esse sole, sì, risarcibili – di un danno che, essendo privo di ricadute economiche, non sempre ha una sua ‘visibilità’, una sua materialità o evidenza che possa apprezzarsi al pari delle perdite economiche.

Il riferimento si è diffuso a partire dalla nota sentenza della Corte cost. n. 186/1984, che a sua volta l'ha operato sulla scorta della dottrina cui si deve l'argomentazione posta a base della sentenza stessa. E si tratta semplicemente di questo: come negare che chi ha subito l'amputazione delle gambe o ha perduto la facoltà generativa ha subito un danno (anche) non economico? E al contempo, come e in che cosa individuare le sue ricadute (o conseguenze) risarcibili in un sistema 'patrimonialistico', in un sistema abituato a ragionare su pregiudizi economici e a quantificarli in termini di Differenztheorie? In parole povere: il danno c'è, è già evidente nella menomazione subita, anche se non è agevole individuarne o specificarne le ricadute nella sfera giuridica della vittima. Questo e solo questo perciò vuol dire il riferimento al danno in re ipsa, e così si spiega che, una volta affermata la rilevanza del danno biologico in sé – e perciò superata la barriera psicologica della irrisarcibilità – per la lesione dei diritti della personalità in un primo tempo – e per la verità per una lunga stagione – si sia ipotizzata una loro ricaduta sulla salute del danneggiato fino alla nota superfetazione assunta dal danno biologico.

6. c) *Il significato complessivo della tutela risarcitoria nel rapporto di lavoro.* – Mi avvio alla conclusione di questo discorso un po' frammentario con qualche considerazione di carattere generale. La prima riguarda il fatto che, nel diritto del lavoro, al pari di tutti gli altri settori del diritto privato, si è enormemente estesa l'area della responsabilità civile. E se questa è osservazione scontata, forse lo è meno considerare che il significato globale che ne emerge è univoco: significa *inadeguatezza degli strumenti e delle tutele "settoriali" o specifiche* delle diverse aree del diritto privato. Si noti infatti che la disciplina privatistica non solo si è arricchita di dettagliate discipline di settore ben oltre la normativa del codice, ma essa è altresì affiancata da una molteplicità di istituzioni, pubblicistiche o para-pubblicistiche, di protezione. Senza numero sono ormai Autorità Garanti, sindacati generali e di categoria, associazioni di consumatori, enti e autorità di vigilanza (Abi, Consob, Banca d'Italia, Ivass....), Osservatori dei diversi Ministeri di ogni genere e specie, comitati etici, enti di patronato e di assistenza, e via elencando.

Ciononostante, si assiste alla crescita esponenziale della responsabilità civile e all'emersione di sempre nuove figure di danno non solo per via giurisprudenziale, ma già alla stregua dei dati normativi positivi: basti ricordare che sono almeno una quindicina le nuove previsioni sul risarcimento dei danni non patrimoniali che sono state introdotte di recente nel sistema. È questo, in breve, un effetto della moltiplicazione dei diritti soggettivi, derivante dalla iperigiuridificazione del diritto interno e dalla «ipertrofia internazionale delle Carte dei diritti»: ipertrofia, che si è tradotta in un aumento esponenziale delle dinamiche conflittuali, tanto che si parla oggi di carattere "polemogeno" del diritto: il diritto cioè sembra smarrire la funzione di prevenzione e risoluzione dei

conflitti e finisce col *generare sempre nuovi conflitti* nel passaggio dallo Stato di diritto allo “Stato dei diritti”. Una deriva contenziosa della società contemporanea che sembra inarrestabile e comunque riottosa alle nuove prospettive istituzionali del cd. pluralismo giudiziario che si definisce come “giustizia negoziata e comunitaria”: dalla mediazione civile e commerciale all’arbitrato, dalle convenzioni di negoziazione assistita al «trasferimento alla sede arbitrale di procedimenti pendenti dinanzi all’autorità giudiziaria», previsti da recenti provvedimenti legislativi (d.l. n. 132/2014, d.lgs. n. 28/2010, l. n. 98/2013).

Ma queste sono considerazioni di carattere generale. C’è invece un aspetto distintivo del diritto del lavoro che credo lo accomuni a un altro dei settori in cui si è di recente radicata la responsabilità civile, e cioè il *diritto di famiglia*. E se qualcuno trovasse singolare l’accostamento, basti ricordare che una recente pronuncia della Cassazione ha ritenuto applicabile al mobbing perpetrato in ambito lavorativo la disposizione penale sul reato di maltrattamenti in famiglia (Cass. n. 40320/2015). Ebbene, in entrambi i settori non si tratta di conflitti occasionali, di pregiudizi derivanti da contatti accidentali tra due sfere separate e ordinariamente destinate a non incontrarsi, destinate a svolgersi in modo autonomo. Al contrario l’illecito si consuma all’interno di formazioni sociali quali la famiglia e l’impresa: formazioni intermedie perciò, di per sé vocate a cooperare per il conseguimento di fini comuni o nelle quali, almeno, la «leale collaborazione» si presenta come uno dei precipui doveri che caratterizzano il rapporto.

E non si tratta soltanto di trarne la conseguenza che le complesse e articolate discipline che li regolamentano sono inadeguate, meritevoli dell’ennesima riforma; nessuna disciplina sarà mai perfetta, questo è ovvio. E neppure – voglio che questo sia chiaro – intendo negare che problemi reali vi siano, che danni e lesioni in effetti possano ricorrere: al contrario; se mai è difficile respingere un moto di tristezza, visto che si riscontrano danni in ambiti nei quali sarebbe lecito aspettarsi scrupolosa tutela di diritti e ‘aspettative’ degli altri componenti la formazione sociale. Qui il problema è dato dal fatto che gli strumenti *specifici* approntati per risolvere i conflitti interni vengono ritenuti inadeguati, tanto da suggerire il ricorso a rimedi di carattere generale, pensati o per la crisi irreversibile del rapporto o per contatti accidentali tra sfere estranee l’una all’altra. Credo perciò significativo il raffronto con l’esordio della responsabilità civile nell’ambito della famiglia.

Tale esordio è stato preceduto da una lunga stagione in cui larga parte della dottrina ha parlato della famiglia come di un “luogo”, un “luogo di sviluppo della personalità individuale”: e dunque una dimensione di vita in cui ciascuno essenzialmente vi cerca opportunità e occasioni di arricchimento personale, di espansione della propria individualità, così mettendo in ombra la dimensione oblativa. Evitiamo pure ogni accento retorico, ma diritti e doveri sono sempre stati funzionali al conseguimento di uno specifico fine collettivo, di un progetto o programma di vita

comune: la comunione materiale e spirituale tra i coniugi, la procreazione e l'educazione dei figli. Passati questi in secondo piano, restano le pretese insoddisfatte di ciascuno, sorgono recriminazioni per le aspettative deluse, si innescano propositi di rivalsa. Non è perciò un caso se, in parallelo con la progressiva svalutazione delle specifiche sanzioni e dei rimedi previsti per l'inadempimento dei doveri coniugali, la responsabilità civile endofamiliare colpisce non la violazione di tali doveri bensì la lesione dei diritti della personalità: quei diritti cioè che sono operanti nella comune vita di relazione.

Fatte le debite differenze, è quanto si riscontra per la responsabilità civile nel rapporto di lavoro, che sanziona la delusione delle aspettative di ciascuno non solo al rispetto di elementari esigenze di salute, ma anche alla crescita individuale, all'affermazione della propria personalità. In questo clima culturale complessivo allora serve a poco fissare paletti per contenere la crescita abnorme della responsabilità civile, come da tempo fa la Cassazione per il danno non patrimoniale. È forse più utile una riflessione che si richiami ai principi generali, e perciò per un verso alla specificità dei rapporti di lavoro, e per l'altro al ruolo che essi hanno nel sistema sociale prima ancora che giuridico. Semplificando all'estremo: che ruolo ha il lavoro, e segnatamente il lavoro subordinato, nel sistema dei rapporti sociali? Qual è il suo scopo ultimo?

Nell'ambito dei rapporti familiari, come ho già detto, a lungo si è ripetuto che la famiglia è luogo di svolgimento, anzi: di *sviluppo della personalità individuale*. Mi è sempre sembrata una prospettiva riduzionista e non sono mai riuscito a liberarmi dell'impressione che tale 'luogo' nient'altro sia se non una palestra, in cui ciascuno persegue un narcisistico sviluppo delle potenzialità individuali. Certo, in famiglia si esprime la personalità di ciascuno, ma questo non può essere un fine: il fine può e deve essere il ricordato progetto di vita comune, un progetto di futuro che soddisfi i bisogni propri e altrui. Ed è a questo fine che risponde l'istituzionalizzazione di diritti e doveri, tra coniugi e tra genitori e figli.

A che serve allora l'istituzionalizzazione dei rapporti di lavoro e prima ancora lo svolgimento di un'attività lavorativa? Non voglio fare retorica e mi fermo alla Costituzione che vede sì il lavoro come un diritto fondamentale, ma altresì come un dovere per «concorrere al progresso materiale o spirituale della società». Il lavoro, nella visione solidaristica della carta fondamentale, è allora un servizio che si rende agli altri, oltre che mezzo di sostentamento e occasione di sviluppo della personalità di ciascuno, come del pari compete alla proprietà una essenziale funzione sociale e all'attività economica la promozione dell'utilità sociale nel rispetto di sicurezza, libertà e dignità umana.

7. *Considerazioni conclusive.* – Concludo. A che serve questa lunga tirata, che qualcuno giudicherà velleitaria o retorica?

A me è servita per riflettere sul significato complessivo che assume l'espansione della responsabilità civile in tanti settori del diritto privato: la fuga verso rimedi di carattere generale, e la tutela di interessi che sono propri della comune vita di relazione, mi sembra indice sicuro della crisi di specificità e di significanza dei rapporti all'interno dei corpi intermedi, nel seno di formazioni sociali che sono fondamentali per la stessa tenuta del corpo sociale. E perciò non possono bastare pur raffinate rielaborazioni delle categorie giuridiche per riportare ordine o tranquillità nell'assetto dei rapporti sociali. Ma questa è questione di carattere generale.

In questa sede, e stavolta concludo davvero, a evitare l'impressione che si tratti soltanto dell'ennesima riprova del vizio tradizionale dei civilisti – di indulgere cioè ad astratte elucubrazioni sui massimi sistemi – mi proverò a fare un esempio concreto di una possibile ricaduta. Il fatto è che – lo dico con sincerità e magari spero di essere convinto del contrario – mi riescono difficilmente comprensibili certe sentenze che hanno riscontrato un demansionamento fonte di responsabilità in tanti casi in cui al lavoratore siano stati affidati compiti a lui sgraditi. Se un impiegato viene promosso al ruolo di direttore e si rivela inadatto, dobbiamo far affondare l'impresa pur di mantenerlo nelle stesse funzioni? D'altra parte, neppure è possibile affidargli una sinecura, perché dirà che è stato “mobbizzato” o svilito nella professionalità acquisita. E allora, torna la domanda iniziale: a che serve il lavoro nell'ambito di una organizzazione produttiva di beni o servizi? A rendere un servizio o a solleticare la vanità e le aspettative di crescita professionale ed economica del lavoratore? E, più specificamente, qual è il ruolo della subordinazione al potere organizzativo del datore di lavoro: è modalità tipica dell'adempimento e requisito per l'utile ricezione della prestazione lavorativa, oppure è solo connotazione economico-sociale di debolezza che qualifica la fattispecie come “alienazione dei frutti del proprio lavoro”? In breve e in soldoni: siamo proprio sicuri che sia possibile conciliare lavoro a tempo indeterminato – o comunque l'inamovibilità – con le tutele risarcitorie per demansionamento? Forse la recente riduzione delle tutele reintegrative – quali che ne siano le ragioni economico-impresariali e comunque le si valuti sul piano politico – sono una indicazione in tale direzione.

Ecco, anche su questo mi piacerebbe ascoltare il pensiero degli altri illustri relatori, nel mentre vi ringrazio per la paziente attenzione e per questa bella occasione di studio comune.