

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

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

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

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

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

ISBN 978-88-255-2678-3



34,00 euro

RGL
4

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

ARACNE



RIFLESSIONI
GIURIDICHE
SUL LAVORO 4

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

UNA COMPARAZIONE
TRA GLI ORDINAMENTI GIURIDICI
ITALIANO E BRASILIANO

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



RIFLESSIONI GIURIDICHE SUL LAVORO

Direttore

Silvia Ciucciovino
Università degli Studi Roma Tre

Comitato scientifico

Anna Maria Alaimo
Università degli Studi di Catania

Ilario Alvino
Università degli Studi di Milano–Bicocca

Stefano Bellomo
Università degli Studi di Perugia

Maria Teresa Carinci
Università degli Studi di Milano

Luisa Corazza
Università degli Studi del Molise

Pietro Lambertucci
Università degli Studi dell’Aquila

Arturo Maresca
Sapienza— Università di Roma

Roberto Romei
Università degli Studi Roma Tre

Franco Scarpelli
Università degli Studi di Milano–Bicocca

Patrizia Tullini
Università di Bologna

Gaetano Zilio Grandi
Università Ca’ Foscari Venezia

Giuseppe Santoro Passarelli
Sapienza— Università di Roma

Vito Sandro Leccese
Università degli Studi di Bari Aldo Moro

Raffaele De Luca Tamajo
Università degli Studi di Napoli Federico II

Edoardo Ales
Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale

Riccardo Del Punta
Università degli Studi di Firenze

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

RIFLESSIONI GIURIDICHE SUL LAVORO



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

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

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

Una comparazione tra gli ordinamenti
giuridici italiano e brasiliano

A cura di

Giuseppe Ludovico

Marcelo Borsio

Raimundo Simão De Melo





Aracne editrice

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

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

www.giacchinoonoratieditore.it
info@giacchinoonoratieditore.it

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

ISBN 978-88-255-3628-7

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

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

I edizione: dicembre 2020

Indice

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

Parte I

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

- 23 *Introduzione*
Giuseppe Ludovico

- 29 Capitolo I

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

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

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

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

131 Capitolo II

Le funzioni del risarcimento del danno non patrimoniale

Christian Romeo

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

147 Capitolo III

I danni non patrimoniali nel rapporto di lavoro

Giuseppe Ludovico

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

197 Capitolo IV

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

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

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

257 Capitolo V

Prova e liquidazione del danno non patrimoniale nel diritto del lavoro

Giorgio Treglia

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

289 Capitolo VI

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

Giuseppe Ludovico

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

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

337 **Capitolo VII**

I danni non patrimoniali: uno sguardo oltre l'Italia

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

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

Parte II

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

381 **Capitolo I**

I danni non patrimoniali nel diritto brasiliano fino al 1988

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

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

405 **Capitolo II**

I danni non patrimoniali e la Costituzione Federale del 1988

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

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

421 Capitolo III

I danni non patrimoniali nel diritto del lavoro brasiliano

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

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

487 Capitolo IV

Danni morali o non patrimoniali collettivi

Maurício Godinho Delgado, Raimundo Simão de Melo

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

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

Marcelo Borsio, Fernando Maciel

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

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

Giuseppe Ludovico, Marcelo Borsio, Raimundo Simão de Melo

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

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

1.10. Le caratteristiche generali del danno non patrimoniale

GIUSEPPE LUDOVICO

Al termine di questo lungo percorso, iniziato sul finire degli anni '70 con le prime pronunce in materia di danno biologico, si può fondatamente sostenere che la parabola evolutiva del danno non patrimoniale abbia ormai raggiunto alcuni risultati sufficientemente stabili e condivisi. Ciò non significa che l'elaborazione teorica del danno alla persona abbia completamente esaurito la propria spinta evolutiva, giacché il contenuto di questa tipologia di danni dipende dal mutevole significato che i bisogni dell'individuo assumono in un determinato momento storico³³⁵.

Il diffuso utilizzo dei *social network* come strumenti di espressione della personalità dell'individuo è già all'origine dell'emersione di nuove ipotesi di danno alla persona e non è difficile immaginare che nell'immediato futuro gli interessi non patrimoniali dell'individuo tenderanno ad esprimersi sempre più nella realtà virtuale³³⁶.

Se gli interessi esistenziali della persona sono inevitabilmente soggetti alla costante evoluzione dei valori presenti nella società civile e alle trasformazioni delle abitudini di vita individuali e collettive, appare tuttavia improbabile che la prospettiva teorica dei danni non patrimoniali possa allontanarsi in futuro dai principi faticosamente elaborati dalla giurisprudenza.

In definitiva, se i bisogni dell'individuo non sono immutabili ma si evolvono in funzione delle trasformazioni della società, i danni conseguenti alla lesione di quegli interessi continueranno prevedibilmente a collocarsi all'interno del sistema di regole definite dall'elaborazione giurisprudenziale.

Può essere utile allora riepilogare le fondamentali regole elaborate dalla giurisprudenza che definiscono il risarcimento del danno non patrimoniale, il quale si caratterizza anzitutto per la sua natura areddituale.

Si può dire anzi che la lenta ma incessante affermazione del danno

335. Sul punto vedi P. ZIVIZ, *I danni non patrimoniali*, Utet, Torino, 2012, p. 3 ss.; M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, in M. FRANZONI (diretto da), *Trattato della responsabilità civile*, Vol. II, Giuffrè, Milano, 2010, p. 313 ss.

336. M. SELLA, *I nuovi illeciti. Danni patrimoniali e non patrimoniali*, Utet, Torino, 2011, spec. p. 45 ss.; G. RESTA, *Identità personale e identità digitale*, in *Dir. inf. Informatica*, 2007, p. 511 ss.; F. PASSERI, *Social network e diritti di libertà*, in *Inf. dir.*, 2010, p. 95 ss.; L. PICOTTI, *I diritti fondamentali nell'uso ed abuso dei social network. Aspetti penali*, in *Giur. merito*, 2012, p. 2522 Per una rassegna giurisprudenziale sul tema vedi D. BIANCHI, *Internet e il danno alla persona. I casi e le ipotesi risarcitorie*, Giappichelli, Torino, 2012.

non patrimoniale come principale figura di danno alla persona sia la conseguenza del passaggio da una concezione prevalentemente patrimonialistica dell'ordinamento ad una prospettiva dominata dai valori fondamentali della persona intesa nel suo significato areddituale³³⁷.

Da un sistema risarcitorio prevalentemente ancorato alla perdita patrimoniale si è così gradualmente passati ad un sistema nel quale assume evidente centralità il valore uomo in sé e per sé considerato, indipendentemente dalla sua capacità reddituale.

Questo radicale processo di evoluzione della concezione della persona nella responsabilità civile ha trovato la sua iniziale espressione nella elaborazione del danno alla salute. È stata la giurisprudenza di merito — come si è visto — ad esprimere un profondo disagio nei confronti della tradizionale concezione che ancorava il valore del risarcimento del danno alla persona alla sua capacità di produrre reddito, con conseguente diversità di risposte a fronte della lesione del medesimo bene in caso di situazioni reddituali differenti.

Si afferma così l'idea che il risarcimento del danno alla persona non possa essere limitato alle sole conseguenze patrimoniali della lesione, dovendo riconoscersi importanza anche maggiore a quei beni e interessi che descrivono l'individuo nel suo significato più profondo.

Non è un caso del resto che il danno alla salute abbia costituito il principale terreno di emersione di questa nuova concezione del sistema risarcitorio, trattandosi della lesione, oggettivamente valutabile, di un bene fondamentale rispetto al quale l'inadeguatezza del criterio di valutazione reddituale risultava immediatamente evidente.

Come più sopra rilevato³³⁸, le premesse di questa evoluzione devono essere però individuate nel tendenziale superamento della tradizionale lettura dell'art. 32 Cost. come norma semplicemente programmatica e nella contestuale affermazione del riconoscimento costituzionale del bene fondamentale della salute come previsione dotata di immediata efficacia precettiva anche nei rapporti tra privati.

In questa logica la natura areddituale del danno alla salute costituisce l'espressione più immediata e diretta dell'identico valore che l'ordinamento attribuisce agli interessi fondamentali della persona senza distinzione di reddito o di classe sociale e analoga caratteristica deve essere

337. M.A. ASTONE, *Art. 2059. Danni non patrimoniali*, in *Il codice civile. Commentario* fondato e diretto da P. Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2012, p. 74.

338. Vedi *supra* i paragrafi 4 e 5 di questo Capitolo.

riconosciuta per ovvie ragioni anche ai danni non patrimoniali che derivano dalla lesione di altri interessi fondamentali della persona.

Oltre che per la sua natura areddituale, il danno non patrimoniale si caratterizza anche per la lesione di un interesse involabile della persona. Diversamente dal danno patrimoniale, per il quale è sufficiente la lesione di un qualunque interesse giuridicamente rilevante, per il risarcimento del danno non patrimoniale si richiede invece non soltanto che l'interesse leso abbia natura giuridica, ma soprattutto che sia qualificato dalla norma costituzionale come inviolabile³³⁹.

Il sistema risarcitorio è stato così restituito al suo originario assetto bipolare, con la differenza rispetto al passato che ora tra i «casi determinati dalla legge» dell'art. 2059 c.c. figurano non soltanto le ipotesi di reato, ma a maggior ragione anche i diritti inviolabili della persona che sono stati individuati dalla giurisprudenza attraverso il riferimento all'art. 2 della Costituzione³⁴⁰.

Se in passato il danno patrimoniale si identificava nell'illecito civile, mentre quello non patrimoniale nell'illecito penale, la profonda evoluzione del sistema ha soltanto attenuato la differenza tra le due categorie che rimane rilevante nella misura in cui, mentre il danno patrimoniale si caratterizza per la generica ingiustizia dell'art. 2043 c.c., quello non patrimoniale si contraddistingue per l'ingiustizia qualificata che deriva dalla necessaria inviolabilità dell'interesse leso³⁴¹.

È forse improprio — come rilevato in dottrina — parlare di atipicità del danno patrimoniale e di tipicità di quello non patrimoniale³⁴², tenuto conto che i limiti imposti alla risarcibilità di quest'ultimo appaiono oggi decisamente meno rigidi rispetto al passato per effetto del rinvio ai diritti dell'art. 2 della Costituzione. È altrettanto vero però che i diritti

339. E. NAVARRETTA, *Il danno non patrimoniale*, in S. DELLE MONACHE (a cura di), *Responsabilità civile. Danno non patrimoniale*, in *Trattato diretto da S. Patti*, Utet, Torino, 2010, p. 22 ss.

340. Vedi *supra* i paragrafi 6, 7 e 8 di questo Capitolo.

341. Cfr. M.A. ASTONE, *op. cit.*, p. 121 ss.

342. Particolarmente critici nei confronti della distinzione tra tipicità e atipicità: E. NAVARRETTA, *op. cit.*, p. 23; A. DI MAJO, *Danno esistenziale o di tipo esistenziale: quale l'esito*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 411; S. PATTI, *Le Sezioni Unite e la parabola del danno esistenziale*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 415 ss.; M. BARCELLONA, *Il danno non patrimoniale*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 72 ss.; G. GRISI, *Il danno (di tipo) esistenziale e la nomofilachia «creativa» delle Sezioni Unite*, in *Europea e dir. priv.*, 2009, p. 416 ss.; S. MAZZAMUTO, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni Unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, in *Contratto e impresa*, 2009, p. 612; C. CASTRONOVO, *Danno esistenziale: il lungo addio*, in *Danno e resp.*, 2009, p. 5 ss..

inviolabili della persona rappresentano una categoria indubbiamente elastica e soggetta a costante evoluzione ma che al contempo non può essere affidata alla discrezionale individuazione dell'interprete, venendo meno altrimenti lo stesso significato del limite affermato dalla giurisprudenza³⁴³.

Tra le due categorie di danno rimane dunque un incolmabile divario derivante dal fatto che per il danno non patrimoniale il filtro dell'ingiustizia si arricchisce dell'ulteriore significato dovuto alla natura inviolabile dell'interesse leso.

Le ragioni di questa differenza sono fin troppo evidenti sebbene non sufficientemente esplicitate dalla giurisprudenza: il danno non patrimoniale è privo — fatta eccezione per quello biologico — di una evidenza oggettivamente verificabile, con la conseguenza che l'esistenza stessa del danno può essere dedotta soltanto dalla natura dell'interesse leso e dalla gravità della lesione³⁴⁴. Ove si prescindesse dalla natura qualificata dell'interesse leso si rischierebbe infatti di accordare la tutela risarcitoria a qualunque disagio, fastidio o semplice frustrazione delle proprie ambizioni, finendo in questo modo per attribuire la responsabilità civile l'indebita funzione di garantire l'inesistente diritto alla felicità³⁴⁵.

Il richiamo dei diritti inviolabili della persona diventa quindi il necessario ed ineliminabile presupposto per evitare che il risarcimento del danno non patrimoniale si trasformi in una sorta di garanzia economica di qualunque desiderio.

È ampiamente condivisa l'opinione secondo la quale i diritti inviolabili della persona non possono essere ricondotti ad una categoria chiusa e tassativamente determinata in quanto soggetti per loro stessa natura ad una interpretazione evolutiva che può condurre all'individuazione nella realtà sociale di nuovi interessi meritevoli del riconoscimento

343. S. MAZZAMUTO, *op. cit.*, p. 613.

344. S. MAZZAMUTO, *op. cit.*, p. 614; M. ROSSETTI, *Il danno alla salute*, Cedam, Padova, 2017, p. 311 ss.; P. VIRGADAMO, *Art. 2059 c.c. e «ingiustizia conformata»: verso un nuovo assetto del sistema risarcitorio del danno non patrimoniale*, in *Dir. fam.*, 2006, p. 555; G. PONZANELLI, *Il danno esistenziale prima della svolta costituzionale del 2003*, in G. PONZANELLI (a cura di) *Il risarcimento integrale senza il danno esistenziale*, Cedam, Padova, 2007, p. 16 ss.; G. CRICENTI, *Il danno esistenziale da demansionamento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, p. 1142.

345. Per tutti F. GAZZONI, *Dall'economia del dolore all'economia dell'infelicità*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, p. 397 ss.; F. GAZZONI, *Alla ricerca della felicità perduta: psicofavola fantagiuridica sullo psicodanno psicoesistenziale*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, I, p. 675 ss.. Sul punto vedi anche M. FRANZONI, *op. cit.*, p. 538; E. NAVARRETTA, *Il danno non patrimoniale e la responsabilità extracontrattuale*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *Il danno non patrimoniale. Principi, regole e tabelle per la liquidazione*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 23 ss.; M. ROSSETTI, *op. cit.*, p. 122 ss.

dell'inviolabilità³⁴⁶. Il dibattito in materia sembra convergere anche sul significato dell'inviolabilità che viene individuato in stretto collegamento con la dignità e la libertà di sviluppo della personalità dell'individuo, ferma restando che i concetti stessi di dignità e libero sviluppo della personalità sono soggetti a letture differenti in diversi momenti storici.

Strettamente collegato al requisito della inviolabilità dell'interesse leso è l'ulteriore presupposto richiesto dalla giurisprudenza per la risarcibilità del danno non patrimoniale ovvero la gravità della lesione³⁴⁷.

Si tratta in verità di una caratteristica implicita della categoria dei diritti inviolabili che possono essere lesi soltanto se pregiudicati nel loro nucleo essenziale.

Il ragionamento da cui muovono i giudici è facilmente comprensibile: tenuto conto che le interferenze tra gli individui sono inevitabili in qualunque contesto sociale e che la vita associata impone un minimo grado di tolleranza rispetto alle azioni altrui, è inevitabile, anche per evitare facili abusi, che il risarcimento del danno non patrimoniale sia limitato ai pregiudizi che eccedono i limiti della normale tollerabilità richiesta dalla vita sociale³⁴⁸.

Ciò non significa che il risarcimento sia limitato ai danni di particolare gravità, ma soltanto che la lesione deve eccedere la soglia di normale tollerabilità per produrre un danno risarcibile in base al grado di sensibilità di una persona media³⁴⁹.

La necessaria serietà dell'offesa rappresenta quindi la condizione indispensabile per evitare che il danno non patrimoniale — privo per sua natura di oggettiva consistenza — diventi facile strumento di pretese arbitrarie e inconsistenti.

Occorre considerare inoltre che il requisito della gravità dell'offesa non determina alcuna disparità di trattamento tra questa e altre tipologie di danno, tenuto conto che anche il danno biologico è sottoposto ad un particolare filtro di serietà che si identifica con la natura patologica della lesione, e allo stesso modo deve concludersi per il risarcimento del

346. E. NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 63 ss.; S. MAZZAMUTO, *op. cit.*, p. 617.

347. S. MAZZAMUTO, *loc. ult. cit.*

348. E. NAVARRETTA, *Il danno non patrimoniale e la responsabilità extracontrattuale*, *cit.*, p. 26; M. ROSSETTI, *op. cit.*, p. 223-224; E. NAVARRETTA, *Il danno alla persona tra solidarietà e tolleranza*, in *Resp. civ.*, 2001, p. 789 ss.; E. NAVARRETTA, *I danni non patrimoniali nella responsabilità extracontrattuale*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *I danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 28 ss.;

349. M. ROSSETTI, *op. cit.*, p. 215 e 224.

danno patrimoniale, il quale, al di sotto di un certo importo, diventa economicamente sconveniente³⁵⁰.

Oltre che per la inviolabilità del diritto leso e la gravità della lesione, il danno non patrimoniale si caratterizza anche per la sua unitarietà che deriva dal più recente orientamento della Cassazione, secondo il quale questa categoria di danno deve essere intesa necessariamente in senso unitario, escludendosi — se non per esigenze meramente descrittive — la sua scomposizione in distinte voci risarcitorie³⁵¹. L'esigenza alla quale i giudici hanno inteso dare una risposta era evidentemente quella di porre un limite alla incontrollata proliferazione di diverse voci di danno onde evitare il medesimo pregiudizio possa dare luogo a duplicazioni risarcitorie.

In questa logica di riunificazione delle diverse tipologie di lesione, il danno biologico assume evidentemente una spiccata centralità nel senso che, ove presente, questa tipologia di danno è tale da comprendere non soltanto qualunque alterazione psicofisica, come il danno estetico, ma anche la sofferenza patita al momento della lesione nonché qualunque pregiudizio esistenziale e alla vita di relazione conseguente alla lesione dell'integrità psicofisica. Ciò significa — come esplicitamente chiarito dalle Sezioni Unite nel 2008 — che il danno morale e quello esistenziale sono autonomamente risarcibili soltanto in assenza del danno biologico, ferma restando la condizione della necessaria gravità dell'offesa ai diritti involabili della persona. In presenza invece di una lesione dell'integrità psicofisica, il dolore subito dalla vittima e ogni ulteriore pregiudizio esistenziale tenderanno a rimanere assorbiti nel risarcimento del danno biologico. Compete ovviamente al giudice, in sede di liquidazione del risarcimento, procedere ad un'adeguata personalizzazione del danno biologico, valutando l'effettiva consistenza delle sofferenze e dei pregiudizi esistenziali patiti dalla vittima.

Senonché, la principale questione sollevata dal danno non patrimoniale non riguarda tanto la definizione, anche solo ai fini descrittivi, dei diversi aspetti della lesione, quanto piuttosto la loro valutazione ai fini risarcitori. Il problema — come noto — si pone con maggiore evidenza nei confronti del c.d. danno esistenziale che è stato generalmente definito come un peggioramento delle condizioni di vita del danneggiato ovvero come una lesione arrecata alle sue attività realizzatrici. Si è così

350. E. NAVARRETTA, *Il danno non patrimoniale e la responsabilità extracontrattuale*, cit., p. 27.

351. Vedi *supra* il paragrafo 8 di questo Capitolo.

fatta strada l'idea che la valutazione dei pregiudizi arrecati alla sfera esistenziale dovrebbe risultare dalla differenza tra le attività extralavorative svolte dall'individuo prima e dopo l'evento lesivo. Il danno alla sfera esistenziale risulterebbe così dal confronto tra le possibilità di "fare" antecedenti all'evento e il peggioramento di queste condizioni provocate dall'evento stesso.

Per quanto condivisa in dottrina e giurisprudenza, questa posizione solleva numerose obiezioni che discendono in primo luogo dalle stesse caratteristiche fondamentali del danno non patrimoniale.

Non occorrono infatti particolari spiegazioni per comprendere che la quantità delle attività realizzatrici della persona dipende in primo luogo dalla disponibilità economica dello stesso danneggiato, con la conseguenza che questo criterio di valutazione rifletterebbe sul danno non patrimoniale il tipico connotato reddituale di quello patrimoniale. La conclusione ovviamente non cambia se ad essere valutata è la qualità delle attività realizzatrici della persona, tenuto conto che la stessa dipende in egual misura dalla condizione reddituale e sociale dello stesso danneggiato³⁵².

Queste brevi considerazioni sono sufficienti a dimostrare come il danno alla sfera esistenziale ponga l'interprete dinanzi al possibile paradosso dell'utilizzo di un criterio di natura patrimoniale per la valutazione di un danno che invece deve rimanere necessariamente areddituale.

La soluzione del problema — come giustamente rilevato in dottrina³⁵³ — non può che muovere dal temperamento tra due esigenze apparentemente contrapposte: da un lato, l'evidente unicità dell'esistenza di ciascun individuo; dall'altro, la pari dignità delle vittime dinanzi alla lesione dei beni fondamentali. In questo senso del resto si era espresso lo stesso giudice costituzionale quando con riferimento al danno biologico aveva sottolineato la necessità di coniugare «un'uniformità pecuniaria di base» nel senso che «lo stesso tipo di lesione non può essere valutato in maniera del tutto diversa da soggetto a soggetto», con «elasticità e flessibilità» degli stessi criteri al fine di «adeguare la liquidazione del caso di specie all'effettiva incidenza dell'accertata

352. E. NAVARRETTA, *Il contenuto del danno non patrimoniale e il problema della liquidazione*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *Il danno non patrimoniale. Principi, regole e tabelle per la liquidazione*, cit., p. 81 ss.

353. E. NAVARRETTA, *op. ult. cit.*, p. 82; E. NAVARRETTA, *Funzioni del risarcimento e quantificazione dei danni non patrimoniali*, in S. PAGLIANTINI, E. QUADRI, D. SINESIO (a cura di), *Scritti in onore di Marco Comporti*, Vol. I, Giuffrè, Milano, 2008, p. 1918 ss.

menomazione sulle attività della vita quotidiana»³⁵⁴.

Si tratta in definitiva di ricercare un adeguato punto di equilibrio tra il principio di eguaglianza formale e quello di uguaglianza sostanziale ovvero tra la necessaria uniformità di valutazione dei danni alla persona e la considerazione delle ineliminabili specificità di ciascun individuo³⁵⁵.

Lo stesso problema in verità si era già posto con riguardo al danno biologico al punto che taluni, riferendosi ai diversi criteri utilizzati dalla giurisprudenza, avevano parlato di “Babele” e di “lotteria” risarcitoria³⁵⁶.

Senonché, la soluzione del problema dell'equilibrio tra principio di uguaglianza formale e sostanziale era stata agevolata dalla natura oggettiva di questo tipo di pregiudizio e dalla conseguente possibilità di una valutazione medico legale uniforme³⁵⁷.

Nel danno alla sfera esistenziale non sussiste ovviamente alcuna oggettività o valutazione medico legale del pregiudizio subito dalla vittima, rappresentando il tipo e la gravità dell'offesa gli unici criteri uniformi di valutazione del danno in ragione delle effettive condizioni della vittima al momento dell'evento.

Il criterio della gravità dell'offesa dunque non costituisce soltanto una condizione di risarcibilità del danno che deriva dal principio di necessaria tolleranza, ma rappresenta, al contempo, un criterio di valutazione uniforme dello stesso pregiudizio. In mancanza di un'unità di misura economica, come nel danno biologico, sarà inevitabile fare riferimento ai precedenti giurisprudenziali in materia in modo da garantire una valutazione tendenzialmente uniforme rispetto a pregiudizi caratterizzati dal medesimo grado di gravità³⁵⁸.

Se il riferimento alla gravità dell'offesa risponde al principio di uguaglianza formale e di pari dignità delle vittime, il principio di uguaglianza sostanziale richiede invece di modulare il valore risultante dai precedenti in materia in presenza della prova di particolari circostanze oggettive che dimostrino la maggiore incidenza della lesione rispetto ad altri casi analoghi³⁵⁹.

354. C. cost. 14 luglio 1986, n. 184, *cit.*.

355. F.D. BUSNELLI, *Il danno alla salute: un'esperienza italiana; un modello per l'Europa?*, in M. BARGAGNA, F.D. BUSNELLI (a cura di), *La valutazione del danno alla salute*, Cedam, Padova, 2001, p. 18.

356. M. ROSSETTI, *op. cit.*, p. 646.

357. Vedi *infra* il Capitolo V.

358. E. NAVARRETTA, *Il contenuto del danno non patrimoniale e il problema della liquidazione*, *cit.*, p. 83-84.

359. E. NAVARRETTA, *op. ult. cit.*, p. 84.

Per quanto opinabili soprattutto con riguardo al valore monetario di ciascun punto³⁶⁰, le tabelle c.d. milanesi, ormai assurte a parametro nazionale di liquidazione del danno non patrimoniale³⁶¹, si pongono in questa direzione, permettendo al giudice di coniugare l'uniformità risultante dai valori indicati nella stessa tabella con la personalizzazione del risarcimento in funzione delle circostanze oggettive del caso concreto.

360. M. ROSSETTI, *op. cit.*, p. 651 ss.

361. Vedi *infra* il Capitolo V.