

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

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

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

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

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

ISBN 978-88-255-2678-3



9 788825 526783

34,00 euro

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

ARACNE

RIFLESSIONI  
GIURIDICHE  
SUL LAVORO 4

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

UNA COMPARAZIONE  
TRA GLI ORDINAMENTI GIURIDICI  
ITALIANO E BRASILIANO

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



# RIFLESSIONI GIURIDICHE SUL LAVORO

*Direttore*

Silvia Ciucciovino  
Università degli Studi Roma Tre

*Comitato scientifico*

Anna Maria Alaimo  
Università degli Studi di Catania

Ilario Alvino  
Università degli Studi di Milano–Bicocca

Stefano Bellomo  
Università degli Studi di Perugia

Maria Teresa Carinci  
Università degli Studi di Milano

Luisa Corazza  
Università degli Studi del Molise

Pietro Lambertucci  
Università degli Studi dell’Aquila

Arturo Maresca  
Sapienza— Università di Roma

Roberto Romei  
Università degli Studi Roma Tre

Franco Scarpelli  
Università degli Studi di Milano–Bicocca

Patrizia Tullini  
Università di Bologna

Gaetano Zilio Grandi  
Università Ca’ Foscari Venezia

Giuseppe Santoro Passarelli  
Sapienza— Università di Roma

Vito Sandro Leccese  
Università degli Studi di Bari Aldo Moro

Raffaele De Luca Tamajo  
Università degli Studi di Napoli Federico II

Edoardo Ales  
Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale

Riccardo Del Punta  
Università degli Studi di Firenze

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

## RIFLESSIONI GIURIDICHE SUL LAVORO



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

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



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

Una comparazione tra gli ordinamenti  
giuridici italiano e brasiliano

*A cura di*

Giuseppe Ludovico

Marcelo Borsio

Raimundo Simão De Melo





Aracne editrice

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

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

[www.giacchinoonoratieditore.it](http://www.giacchinoonoratieditore.it)  
[info@giacchinoonoratieditore.it](mailto: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. catastrofe*, 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**

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

GIUSEPPE LUDOVICO, MARCELO BORSIO, RAIMUNDO SIMÃO DE MELO

SOMMARIO: I danni non patrimoniali nell'ordinamento giuridico italiano. — I danni non patrimoniali nell'ordinamento giuridico brasiliano. — Sul danno non patrimoniale previdenziale tra Brasile e Italia.

## I danni non patrimoniali nell'ordinamento giuridico italiano

Il confronto tra sistemi giuridici è sempre un'operazione delicata e complessa, sebbene utile e necessaria, soprattutto nell'ambito del diritto del lavoro e della previdenza sociale in ragione dell'identità dei problemi che le autorità di regolamentazione nazionali devono affrontare.

Le maggiori difficoltà del metodo comparativo derivano — come noto — dal fatto che le norme giuridiche nascono e vivono in contesti sociali condizionati da fattori culturali, storici, geografici ed economici<sup>1</sup>.

I Maestri della comparazione hanno cercato di correggere questi limiti, proponendo un approccio funzionalista basato sull'analisi della funzione principale cui rispondono le norme legali. La tesi — come è noto — si basa sul presupposto secondo il quale ciascun sistema giuridico, oltre alle proprie caratteristiche intrinseche, risponde alla soluzione degli stessi problemi pratici<sup>2</sup>.

In altre parole, è possibile confrontare solo ciò che svolge la stessa funzione e questo approccio si basa sulla consapevolezza che tutte le società attribuiscono al diritto la soluzione di problemi analoghi che i sistemi giuridici risolvono in modo diverso. La questione fondamentale

1. Cfr. O. KAHN-FREUND, *On uses and misuses of comparative law*, in *The Modern Law Review*, vol. 37 1974, p. 1 ss.

2. Cfr. R. MICHAELS, *The functional method, of comparative law*, in M. REIMANN, R. ZIMMERMANN (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 340 ss.

deve quindi essere affrontata in un'ottica funzionale, concentrandosi sul problema che i sistemi giuridici pretendono di risolvere<sup>3</sup>.

Queste considerazioni sull'approccio funzionalista del metodo di comparazione giuridica consentono di comprendere meglio lo scopo dell'operazione realizzata in questo volume. La prospettiva funzionalista della comparazione si rivela particolarmente adeguata nell'ambito del diritto del lavoro e della sicurezza sociale i cui sistemi sono chiamati a rispondere ad analoghi problemi di protezione dei lavoratori. Non solo. Il coinvolgimento personale del lavoratore nell'esecuzione dell'attività lavorativa alimenta il rischio che il rapporto contrattuale diventi un'occasione di lesione dei suoi diritti fondamentali.

Per questo motivo, la maggior parte dei sistemi giuridici ha sviluppato proprie regole di risarcimento dei danni non patrimoniali, a garanzia della riparazione della violazione dei diritti fondamentali del lavoratore. Trattasi, ovviamente, di un metodo di riparazione per equivalente monetario che evidenzia l'incapacità dell'ordinamento stesso di garantire l'effettiva l'intangibilità di questi diritti. In questo senso, si può dire che la tentazione dei diversi sistemi giuridici nazionali di identificare nello strumento monetario l'unica difesa dei diritti fondamentali della persona è sempre più forte. Questa tendenza si spiega facilmente con la tendenza delle società moderne di identificare nello strumento monetario la misura di ogni bene e valore, anche di natura fondamentale.

Questa tendenza a favorire il risarcimento anziché la protezione dei diritti fondamentali è presente anche nei sistemi giuridici italiano e brasiliano, con alcune importanti differenze derivanti da tre fondamentali questioni teoriche e sistematiche tra loro strettamente correlate.

La prima questione, che logicamente precede tutte le altre, riguarda la funzione giuridica del risarcimento dei danni non patrimoniali. La risposta a questa domanda dipende ovviamente sia dall'identificazione delle tipologie di danno risarcibile, sia dall'elaborazione dei criteri di risarcimento.

Per quanto riguarda il sistema giuridico italiano va notato, innanzitutto, che l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale dei danni non patrimoniali nel diritto del lavoro è sempre stata coerente con il dibattito generale sulla responsabilità civile. In breve, il diritto del lavoro non ha sviluppato regole distinte da quelle generali del diritto civile.

3. H. KOTZ, K. ZWEIGERT, *Introduzione al diritto comparato. Principi fondamentali*, a cura di A. DI MAJO e A. GAMBARO, Giuffrè, Milano, 1998, p. 37 ss.

Questa elaborazione è stata particolarmente profonda al punto da diventare un riferimento per il dibattito di altri paesi ed è sempre stata accompagnata da un notevole rigore scientifico e metodologico che ha portato il sistema italiano a respingere soluzioni poco coerenti con i principi fondamentali dell'ordinamento stesso. È in questa prospettiva che il risarcimento del danno non patrimoniale continua a essere ricondotto a una funzione prevalentemente compensativa, rifiutando i tentativi di assegnare una diversa funzione sanzionatoria.

Sebbene la funzione punitiva non sia del tutto estranea al sistema della responsabilità civile italiano, non vi è dubbio che il risarcimento dei danni non patrimoniali non è connotato da tale funzione, considerando che l'identificazione dei danni non patrimoniali e il calcolo del risarcimento non sono commisurati, anche solo indirettamente, alla gravità della colpa del responsabile o alla condanna della sua condotta ma solo ed esclusivamente agli interessi e alle perdite della vittima. È così che il dibattito italiano ha fermamente respinto, dopo alcuni dubbi iniziali, l'affermazione del danno-evento o *in re ipsa*, ovvero il danno identificato nell'evento, confermando il principio generale della responsabilità civile secondo cui l'illecito assume rilievo risarcitorio solo nella misura in cui sussiste un danno che da parte di chi lo invoca deve essere allegato e provato nelle sue caratteristiche naturalistiche e nel nesso causale.

Sebbene l'equivalente monetario non sia idoneo ad eliminare il danno subito, la dottrina e la giurisprudenza prevalenti non esitano ad attribuire al danno non patrimoniale una funzione compensativa della perdita nel senso di ricollocare la vittima nella situazione precedente all'illecito. Ovviamente la capacità dell'importo corrisposto di compensare la perdita dipende dalla valutazione giudiziaria dell'equivalenza tra lo stesso importo e l'ammontare del danno subito dalla vittima, rappresentando questa equivalenza il principio fondamentale del sistema di responsabilità civile italiano che, pertanto, non lascia spazio — diversamente dal sistema brasiliano — alla prospettiva punitiva dei danni collettivi la funzione risarcitoria va oltre la dimensione privatistica compensativa della responsabilità civile, per assumere una finalità pubblica sanzionatoria che accentua la tendenza ad utilizzare lo strumento monetario come unica difesa dei diritti fondamentali in sostituzione della riparazione in forma specifica.

Nell'ordinamento giuridico italiano, la conferma della funzione compensativa del risarcimento dei danni non patrimoniali, secondo i principi generali della responsabilità civile, ha effetti anche sulla identificazione



dei diversi tipi di danni. A questo proposito, i giudici sono soliti affermare il principio della necessaria integralità del risarcimento che deve essere sufficiente a «ripristinare integralmente il danno subito, ma non oltre», onde evitare un ingiustificato arricchimento della vittima.

Da questo versante, il sistema risarcitorio italiano dei danni non patrimoniali beneficia dei risultati di una lunga elaborazione dottrinale e giurisprudenziale iniziata, rispettivamente, negli anni '50 e '60 del secolo scorso, che ha portato, in primo luogo, alla definizione di danno biologico inteso come lesione dell'integrità psicofisica della persona, oggettivamente verificabile e suscettibile di valutazione medico-legale, indipendentemente dalla capacità di guadagno della persona lesa. Dottrina e giurisprudenza hanno raggiunto questo risultato dando valore al principio di protezione del diritto fondamentale alla salute, previsto dall'art. 32 Cost. che è stato quindi applicato direttamente e immediatamente nei rapporti interprivati.

Il superamento della precedente lettura dell'art. 32, come regola programmatica diretta esclusivamente al potere pubblico, ha aperto la strada al dibattito sulla corretta e precisa identificazione dei diversi aspetti del danno biologico, prevalendo la tendenza a considerare questo tipo di danno come voce principale che assorbe altre tipologie di pregiudizio derivanti dalla lesione della salute. In questa logica, gli altri danni — variamente definiti come estetici, all'equilibrio psichico, alla vita relazionale, alla sfera esistenziale, sociale e culturale — sono stati ricondotti al danno biologico come conseguenza diretta della lesione dell'integrità psicofisica.

La questione dell'identificazione e della distinzione tra i diversi tipi di danno è ovviamente uno dei problemi più complessi della tematica dei danni non-patrimoniali che impone un delicato bilanciamento tra il principio della integralità del danno e la necessità di evitare duplicazione tra analoghi tipi di danno.

È in questa logica che deve essere interpretata la più recente evoluzione del sistema risarcitorio italiano dei danni non patrimoniali che ha condotto inizialmente ad una precisa distinzione tra il danno biologico, inteso come lesione dell'integrità psicofisica oggettivamente verificabile sul piano medico-legale, il danno esistenziale, definito come lesione della sfera esistenziale della vittima che si riflette negativamente sulle sue condizioni di vita e di personalità, e il danno morale, inteso come *pretium doloris*, cioè come reazione emotiva di ansia, trauma e sofferenza.

Più recentemente, tuttavia, alla distinzione tra questi tipi di danni è stata attribuito solo un valore descrittivo, ripristinando la struttura bipolare del sistema risarcitorio tra danni patrimoniali e non patrimoniali. In questo senso, la Corte di Cassazione ha dichiarato che «il danno non patrimoniale è una categoria insuscettibile di suddivisione in diverse sottocategorie», come conseguenza del fatto che i danni biologici, morali ed esistenziali non identificano sottocategorie autonome di danno, ma descrivono solo un certo tipo di danno.

In effetti, la distinzione tra i diversi tipi di danni non patrimoniali rappresenta un artificio giuridico poco compatibile con la natura unitaria e indivisibile dell'essere umano, che è indistinguibile nei suoi vari aspetti, dovendosi procedere, in questo senso, ad una valutazione globale delle lesioni non patrimoniali onde evitare il rischio di sovrapposizioni e duplicazioni che avrebbero solo l'effetto di dilatare artificialmente l'importo risarcitorio.

Un'altra evidente differenza tra i due sistemi riguarda il rigoroso rispetto dell'onere della prova, che i giudici italiani impongono alla vittima per quanto riguarda l'effettiva esistenza del danno e del nesso causale, non essendo sufficiente la semplice prova della violazione dei diritti fondamentali. Non vi è dubbio che il lavoratore sia favorito dalle regole della responsabilità contrattuale e spetta al datore di lavoro dimostrare che la violazione dell'obbligo di sicurezza dipende da causa a lui non imputabile, ma è altrettanto indubbio che il lavoratore deve comunque dimostrare il danno subito che — come già detto — non si identifica nella lesione del diritto ma con le sue conseguenze che potrebbero anche essere inesistenti.

Ancora più interessante nel confronto tra i due sistemi è il limite della gravità dell'illecito che i tribunali italiani applicano al risarcimento dei danni non patrimoniali. Il ragionamento emerge come risposta alla necessità, da un lato, di impedire che il risarcimento dei danni non patrimoniali diventi un'ipotesi generalizzata e, dall'altro, di verificare la reale esistenza della lesione dei diritti fondamentali nel suo nucleo essenziale. Ciò in quanto qualsiasi società si basa sul pluralismo dei diritti inviolabili e sulla normale tollerabilità dovuta alla convivenza civile e richiesta dal bilanciamento tra i principi costituzionali di solidarietà e tolleranza. Pertanto, in questo senso, il risarcimento del danno non patrimoniale può essere riconosciuto solo nel caso di superamento del livello di normale tollerabilità, con la conseguenza che le lesioni di minima gravità devono

essere accettate da tutte le persone inserite nel complesso contesto sociale in virtù del dovere di tolleranza che la convivenza impone.

Il filtro della gravità necessaria della lesione consente, in altre parole, di riconoscere un'adeguata protezione dei diritti fondamentali, evitando la dequalificazione dei diritti che deriverebbe dall'accesso incontrollato al sistema risarcitorio dei danni non patrimoniali provocati da qualunque minima lesione.

Differenze significative tra i due sistemi si registrano anche nei criteri di liquidazione dei danni non patrimoniali. In tale ambito — come noto — il problema più rilevante è dato dalla mancanza di criteri certi di valutazione monetaria del danno che, per sua natura, è insuscettibile di valutazione economico. L'unica possibile soluzione a un problema filosofico piuttosto che legale è ovviamente la valutazione equitativa del giudice, ferma restando ovviamente l'impossibilità di ricorrere ad un criterio di liquidazione patrimoniale.

La questione, infatti, è strettamente legata al significato più profondo del concetto di danno non patrimoniale, la cui natura appartiene al valore dell'essere umano, indipendentemente dalle differenze patrimoniali tra gli individui. In poche parole, il danno non patrimoniale deve riflettere il valore della persona umana all'interno della società in cui vive, in conformità con i valori fondamentali della società stessa.

Con un'evidente contraddizione logica e legale, l'ordinamento brasiliano con la legge n. 13467/2017 ha previsto invece che il risarcimento dei danni non patrimoniali del lavoratore sia calcolato in base dell'ultimo stipendio contrattuale della vittima entro un limite salariale massimo.

Al di là di qualsiasi considerazione in merito a tale singolare soluzione, il sistema italiano in modo più coerente rifiuta fermamente il ricorso a criteri di liquidazione patrimoniale basandosi inevitabilmente sulla valutazione equitativa del giudice.

La questione di maggiore complessità da questo punto di vista è piuttosto quella di evitare l'arbitrarietà del giudice nella fase di liquidazione che condurrebbe ad un'inaccettabile violazione del principio di uguaglianza sostanziale tra le vittime, oltre a comportare una grave violazione del principio di certezza giuridica.

Dopo numerosi dibattiti, la giurisprudenza italiana è giunta all'elaborazione di alcune tabelle per il risarcimento del danno non patrimoniale che assicurano la parità di trattamento delle vittime, garantendo al giudice la possibilità di deviare, entro i limiti prestabiliti, dai valori monetari della tabella per garantire la necessaria personalizzazione del

risarcimento. Non si tratta di tabelle di origine legislativa, che solleverebbero gravi problemi di costituzionalità, ma di criteri di liquidazione elaborati dagli giudici nell'esercizio della relativa valutazione equitativa. È evidente che questa soluzione potrebbe essere un valido esempio anche per l'ordinamento brasiliano, tenuto conto che più recentemente la Corte di Cassazione italiana, nell'esercizio della propria funzione nomofilattica, ha confermato tale strumento, attribuendo alle tabelle elaborate dal tribunale di Milano una portata generale quale garanzia di uguaglianza a livello nazionale.

### **I danni non patrimoniali nell'ordinamento giuridico brasiliano**

Nell'ordinamento brasiliano, a differenza di altri sistemi giuridici stranieri, fino al 1988 non esisteva una solida tradizione in materia di risarcimento dei danni non patrimoniali o morali, dal momento che la nozione di danno era storicamente collegata all'idea del patrimonio materiale, che l'unico ritenuto suscettibile di riparazione risarcitoria come stabilito dalla giurisprudenza della Corte Suprema Federale - STF. La posizione assunta dal STF era la seguente: «Danno morale. Non è indennizzabile, secondo l'orientamento della Corte Suprema» (STF, 2 ° Collegio, RE n.91.502, relatore Ministro Leitão de Abreu, DJ 17.10.80). L'orientamento della STF era fermo altresì nel rifiutare la possibilità del cumulo del risarcimento del danno morale con il pagamento degli alimenti a titolo di lucro cessante (RE n. 102.858-7-RJ, relatore ministro Rafael Maier).

Nel diritto del lavoro, la possibilità del cumulo è stata respinta con ancora maggiore forza per il fatto che in tale ambito gli importi dei risarcimenti erano prestabiliti dalla disciplina attraverso gli istituti del pagamento di preavviso, delle ferie, 40% del FGTS, ecc.

Ma tale posizione è stata superata dall'art. 5, paragrafo V e X della Costituzione federale del 1988, il quale in modo inequivoco stabilisce che «Sono inviolabili l'intimità, la vita privata, l'onore e l'immagine delle persone, e deve essere assicurato il diritto al risarcimento del danni materiali o morali derivante dalla loro violazione».

Il Codice civile brasiliano del 2002, a differenza di quello del 1916, contempla esplicitamente il danno morale o non patrimoniale quando afferma all'art. 186 che «chiunque, per azione o omissione volontaria,

negligenza o imprudenza, violi il diritto e provochi danni ad altri, anche se esclusivamente morali, commette un atto illecito».

Non si può dimenticare che i danni morali rientrano nella sfera dei diritti della personalità che sono formati dai diritti all'integrità fisica e mentale. I primi sono i diritti alla vita, al proprio corpo e al cadavere. I secondi contemplano il diritto all'onore, alla libertà, all'immagine, all'intimità e alla vita privata.

Dopo la Costituzione federale del 1988 il danno morale nel diritto brasiliano ha assunto così rilevanza risarcitoria, indipendentemente dall'ambito in cui è stato arrecato e, quindi, anche nel diritto del lavoro, avendo la Costituzione posto fine al dibattito fino ad allora esistente.

È importante notare che la Costituzione brasiliana contempla ampiamente il danno morale, riconoscendo i danni individuali a persone fisiche e giuridiche e il danno collettivo *lato sensu*.

Sulla base della Costituzione Federale del 1988, si può dire che il danno morale nel diritto brasiliano rappresenta la violazione del diritto alla dignità dell'individuo, della comunità e della persona giuridica. Pertanto, qualsiasi aggressione alla dignità personale influisce sull'onore e provoca un danno morale da compensare, poiché i valori della libertà, onore, integrità fisica e psicologica, intelligenza, quello del lavoro e dell'onestà formano la realtà assiologica cui tutti hanno diritto.

Per quanto riguarda la natura giuridica del risarcimento del danno non patrimoniale o morale prevale l'opinione che mira a reprimere in modo esemplare il danneggiante con la riduzione del suo patrimonio, in modo da evitare la ripetizione dell'illecito le cui conseguenze non raggiungono solo la parte offesa ma anche la società, che ha interesse a salvaguardare l'immagine, l'onore, l'intimità, ecc. delle persone. Ma la riparazione del danno morale assume ovviamente anche la finalità di compensare la vittima attraverso un certo importo, in modo che, attraverso l'acquisizione di beni materiali o altri vantaggi, possa essere alleviato il dolore derivante dall'illecito quando si tratta di persona fisica.

La riparazione monetaria ha lo scopo di neutralizzare i sentimenti negativi di dolore, tristezza, disonore, vergogna, angoscia ecc., attraverso la soddisfazione che consente alla persona offesa un vantaggio che, in una certa misura, può attenuare la sofferenza. Ne consegue che la natura del risarcimento del danno morale nel sistema brasiliano è tripla: riparativa/satisfattiva, sanzionatoria/punitiva e ammonitrice/preventiva, mirando a garantire alla vittima la soddisfazione nella forma giuridica più appropriata, superando il sentimento naturale di vendetta

ma rappresentando al contempo una sanzione per il danneggiante attraverso la perdita inflitta al suo patrimonio. Dall'aspetto sanzionatorio deriva la terza funzione del risarcimento che assume un valore pedagogico non solo per l'autore dell'illecito ma anche per altre persone che potrebbero commettere altri illeciti.

La configurazione del danno morale deriva dalle disposizioni della Costituzione del 1988 (art. 5 co. V e X) secondo una concezione esaudiva del danno come conseguenza di qualsiasi lesione al nome, all'immagine della persona fisica o giuridica, o al loro onore inteso come insieme di predicati e condizioni inerenti alla loro esistenza (CF, art.1).

L'istituto del risarcimento del danno non patrimoniale è importante al fine di reprimere le aggressioni contro la dignità come valore fondamentale della persona fisica, giuridica o della comunità. Di conseguenza, non è sufficiente il mero fastidio, occorrendo piuttosto l'offesa, il dolore, la sofferenza, la vergogna o l'umiliazione che travalichino i confini della normalità quotidiana, interferendo profondamente nel comportamento psicologico dell'individuo o collettività, causando angoscia, sofferenza e squilibrio nella persona fisica, pregiudicando l'equilibrio psicologico e il rispetto della collettività o il buon nome e l'immagine della persona giuridica. È per queste ragioni che il risarcimento del danno morale assume particolare rilievo in modo da non lasciare privi di risposta le aggressioni alla dignità degli individui e delle entità collettive, essendo necessario agire con prudenza, buon senso e ponderazione in modo che, ove necessario, il rimedio risarcitorio possa trovare applicazione in modo esemplare al fine di prevenire condotte contrarie al diritto e ai beni supremi dell'essere umano, della persona giuridica e delle comunità.

Una questione che dà luogo a discussioni nelle decisioni giudiziarie in materia di danno non patrimoniale o morale è il problema della prova del danno. Tratta di un danno immateriale, il danno morale, a differenza di quello patrimoniale, non può essere provato, poiché il dolore fisico, la sofferenza emotiva, la tristezza, l'umiliazione, il disonore, la vergogna non sono dimostrabili attraverso documenti, testimonianze, o altri mezzi di prova e, pertanto, sono assolutamente presunti. Ciò che è dimostrabile sono i fatti che danno origine all'evento dannoso derivante dalla condotta illecita dell'offensore, come riconosciuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza brasiliane. Pertanto, il danno morale esiste *in re ipsa* e deriva dal fatto stesso, in modo tale che, una volta provato l'illecito, il danno morale sia dimostrato per mezzo di una presunzione

naturale, una presunzione *hominis o facti*, che deriva dalle regole di comune esperienza (Proc. TRT15 n. 03732/94.5).

Per quanto riguarda in particolare il danno non patrimoniale o morale nel diritto del lavoro, la Costituzione Federale brasiliana afferma che i fondamenti della Repubblica Federale del Brasile sono, tra l'altro, il diritto alla cittadinanza, alla dignità della persona umana e ai valori sociali del lavoro (art.1, co. II, III, IV). Inoltre, l'art. 170 della Costituzione dispone che il sistema economico sia fondato sulla valorizzazione del lavoro umano e della libera iniziativa economica.

Come è noto, nel diritto del lavoro il lavoratore, a causa della sua condizione subordinata e di dipendenza economica, è maggiormente esposto ai danni morali rispetto ad altri, rischiando ogni giorno i suoi beni personali più preziosi, come la vita, l'integrità fisica, l'onore, dignità ecc. Pertanto, in questo campo del diritto lo studio del danno morale si è sviluppato particolarmente in ragione della necessità di rispettare la dignità della persona umana nei rapporti di lavoro e che si rafforza — come si evince dalla più recente evoluzione della dottrina e giurisprudenza — alla luce dei fondamenti consacrati nell'art. 1 Cost..

Dopo molte discussioni non sembra più sussistere alcuna contrarietà nel dibattito sul risarcimento dei danni morali nel diritto del lavoro, indipendentemente dalle tutele lavoristiche che hanno natura civilistica ai sensi dell'art. 186 del Codice civile brasiliano.

Per la configurazione del danno, come riconosciuto dalla dottrina e giurisprudenza, e in conformità all'art. 186 del Codice civile, sono necessari i seguenti requisiti: a) insorgenza di un danno; b) dolo o colpa dell'agente; c) nesso causale tra l'atto dannoso praticato e il danno.

Nel diritto del lavoro brasiliano, il danno morale può verificarsi nella fase precontrattuale, contrattuale e post-contrattuale. Precontrattuale è la fase in cui il rapporto tra dipendente e datore di lavoro non si è ancora costituito, ma sussistono situazioni che possono sollevare dubbi sugli effetti giuridici. È il caso del lavoratore che si sottopone a test in azienda ai fini dell'assunzione, con la conseguenza che i datori di lavoro entrano nell'intimità del candidato al lavoro, provocando, ad esempio, dolore e sofferenza psicologica.

Tuttavia, è nella fase contrattuale che vi è la più alta incidenza di danno morale nel diritto del lavoro, verificandosi frequentemente quando il datore di lavoro non adempie agli obblighi contrattuali, come sicurezza, igiene e medicina del lavoro, ecc., oppure quando non rispetta i diritti della personalità del dipendente o nuoce alla sua intimità.

Anche nella fase post-contrattuale può verificarsi un danno morale provocato dal datore di lavoro all'ex dipendente ove il primo offenda, in occasione del licenziamento, l'onestà del secondo, la sua moralità o competenza, o lasci, a causa di negligenza o addirittura leggerezza, dubbi su tali aspetti, causandogli così non solo un danno morale ma anche materiale.

Le modalità di riparazione del danno morale nel diritto del lavoro brasiliano sono stabilite dall'art. 5, co. X Cost., che prevede la possibilità non solo del risarcimento del danno patrimoniale, ma anche non patrimoniale, quando prevede che «sono inviolabili l'intimità, la vita privata, l'onore e l'immagine delle persone, e deve essere assicurato il diritto al risarcimento del danno materiale o morale derivante dalla loro violazione».

Quindi, anziché parlare di risarcimento, il termine "riparazione" dovrebbe essere usato come un genere, essendo il risarcimento una delle sue *species*. Le riparazioni per danni morali nel diritto del lavoro brasiliano sono le seguenti: a) risarcimento pecuniario; b) prestazione di servizi alternativi alla società; c) attestazione di buone referenze; d) pubblicazione in un giornale di ampia diffusione, da parte del datore di lavoro, di un avviso o nota che chiarisca che il dipendente non ha compiuto alcun atto illecito come gli era stato imputato.

Nel diritto del lavoro brasiliano, a causa delle sue peculiarità, il risarcimento è uno dei modi per riparare il danno morale, che può essere applicato cumulativamente con altri mezzi o singolarmente secondo le particolarità del caso concreto sottoposto al giudizio del potere giudiziario.

Le richieste di risarcimento dei danni non patrimoniali o morali derivanti da infortuni sul lavoro sono molto comuni in Brasile dal momento che la Costituzione Federale riconosce i diritti dei lavoratori urbani e rurali, oltre ad altri diritti che mirano a migliorare la loro condizione sociale (art. 7), la riduzione dei rischi sul lavoro, attraverso le norme di prevenzione, igiene e sicurezza (co. XXII) e l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro, a carico del datore di lavoro, senza escludere l'indennità cui è obbligato quest'ultimo quando incorre in dolo o colpa (co. XXVIII).

Da quanto precede si evince che, mai come prima, l'Assemblea Costituente del 1988 si è preoccupata dei rischi dell'ambiente di lavoro e per la salute e integrità fisica del lavoratore, cercando di eliminare i primi e proteggendo quest'ultimi. L'art. 5, co. X, Cost., infatti, riconosce come inviolabili l'intimità, la vita privata, l'onore e l'immagine delle persone,



garantendo il diritto al risarcimento per danni materiali o morali derivanti dalla loro violazione. Pertanto, le riparazioni risultanti da infortuni sul lavoro a carico del datore di lavoro possono riguardare i danni morali, materiali o estetici, in base ai pregiudizi dell'evento sul patrimonio materiale e/o morale del lavoratore con finalità punitiva e preventiva.

L'importo del risarcimento del danno non patrimoniale o morale sarà quantificato dal giudice che deve agire con buon senso, prudenza ed equità, tenendo conto della gravità e degli effetti dell'illecito sulla vita della vittima o dei suoi familiari in caso di evento mortale. La condanna dovrà rappresentare una punizione per l'autore dell'illecito, mentre per la vittima o i suoi familiari una diminuzione del dolore o della sofferenza subita.

Nel diritto del lavoro, sussistono diverse forme di riparazione del danno morale, rappresentando il risarcimento una di queste, la cui liquidazione ha sollevato grandi interrogativi dinanzi alla difficoltà nella sua quantificazione, dal momento che la sua funzione non è propriamente quella di stabilire un prezzo per il dolore, ma di compensare la vittima.

In dottrina si è sempre discusso di due sistemi di risarcimento pecuniario per danni morali: quello tariffario, con la predeterminazione del valore del risarcimento, e quello aperto, che attribuisce al giudice la determinazione del *quantum*. Quest'ultimo è stato adottato dall'ordinamento brasiliano con la Costituzione Federale (art. 5, co. V e X) e gli artt. 944 e 953 c.c. che indicano i parametri per la valutazione equitativa del giudice del risarcimento del danno morale. Il risarcimento deve essere proporzionale all'offesa subita dalla vittima e tenere conto della capacità economica dell'offensore in modo tale che egli avverta la diminuzione del suo patrimonio materiale.

Nel diritto del lavoro brasiliano, a causa della riforma del testo unico del lavoro tramite la legge n. 13467/2017, si è verificato un cambiamento importante, avendo previsto il legislatore una quantificazione obiettiva dei danni non patrimoniali basata sul salario del lavoratore.

In questo senso l'art. 223-F del CLT ha stabilito che il risarcimento dei danni non patrimoniali deve essere commisurato: I — in caso di lesione lieve fino a 3 volte il salario della vittima; II — in caso di lesione media fino a 5 volte il salario della vittima; III — in caso di lesione grave fino a 20 volte il salario della vittima; IV — in caso di lesione molto grave fino a 50 volte lo stipendio della vittima.

Tuttavia, questo cambiamento, come riconosciuto dalla dottrina, contiene aspetti incostituzionali e spetta ai giudici riconoscerli sin dalla

prima decisione. E ciò in quanto l'art. 5, co. V, Cost. afferma che «è assicurato il diritto di reagire proporzionalmente all'offesa, oltre al risarcimento del danno materiale, morale o all'immagine», mentre il co. X stabilisce che «sono inviolabili l'intimità, la vita privata, l'onore e l'immagine delle persone, e deve essere assicurato il diritto al risarcimento del danno materiale o morali derivante dalla loro violazione». Già l'art. 1 della CF e relativi paragrafi stabiliscono come fondamenti della Repubblica Federale del Brasile la dignità della persona umana e i valori sociali del lavoro, mentre l'art. 170 afferma che il sistema economico deve fondarsi sulla valorizzazione del lavoro umano e la libera iniziativa, garantendo il pieno impiego.

Pertanto, indipendentemente dalla menzionata riforma legislativa, spetta al giudice del lavoro quantificare liberamente l'ammontare del risarcimento ed in questo senso si sono orientati i giudici brasiliani onde evitare disparità di trattamento che richiamano alla mente il codice di Hammurabi.

Nel caso di un danno morale indiretto, chiamato anche “danno da rimbalzo”, ad esempio, nel caso della morte di una persona cara, le parti lese indirettamente hanno il diritto di promuovere l'azione risarcitoria.

Nel diritto brasiliano è riconosciuto nell'ambito dei danni non patrimoniali quello estetico derivante, ad esempio, da infortunio sul lavoro e che consiste nell'alterazione corporea morfologica esterna che provoca sofferenza e disgusto non solo per la persona offesa, ma anche per colui che la osserva.

Con l'attuale legge (art. 949 c.c.) qualsiasi lesione significativa che alteri la vita sociale e personale della vittima, a causa dell'imbarazzo e del disprezzo per l'esposizione dell'immagine alterata a causa della lesione subita, costituisce un danno estetico e giustifica un risarcimento pecuniario.

L'art. 949 c.c. prevede che «In caso di lesione o altra offesa alla salute, l'offensore risarcirà la vittima delle spese sanitarie e del lucro cessante fino alla fine della convalescenza, oltre a qualsiasi altro danno che la vittima dimostri di aver subito». Si è dibattuto sulla possibilità di includere negli altri pregiudizi la perdita di *chance*, che spesso si verifica in gravi infortuni sul lavoro in cui la vittima perde ogni opportunità di impiego a causa dell'interruzione della sua carriera professionale.

La riparazione del danno estetico consiste nel risarcimento della lesione causata nell'aspetto fisico della persona derivante dalla grave mutilazione con perdita di un arto o dall'esistenza di qualche deformazione

dopo il consolidamento dei postumi, purché ne sia alterato l'aspetto fisico della persona offesa.

Per questa ragione è necessario il risarcimento della deformazione corporea a causa dei disagi sociali, del dolore fisico, dell'angoscia, vergogna ecc., causati alla vittima, combinati con la riparazione dei danni estetici, il cui risarcimento è cumulabile con quello dei danni materiali, come definito dall'STJ nella *Súmula* n. 387 «È lecito il risarcimento cumulativo del danno estetico e morale» e n. 37 «Sono cumulabili i risarcimenti per danno materiale e danno morale derivanti dallo stesso fatto».

Importante novità nel diritto brasiliano in relazione a molti altri sistemi, tra cui quello italiano, riguarda la riparazione dei danni non patrimoniali o morali collettivi, la cui creazione si è ispirata dal fenomeno della società e dei conflitti di massa.

Con la massificazione sociale e l'aumento dei conflitti sociali legati ai rapporti di lavoro, al consumo, all'ambiente, alla salute, all'istruzione, ai trasporti, all'alloggio, alla sicurezza, tra molte altre importanti questioni sociali, non più limitate alla dimensione meramente individuale e privata, è sorta la necessità di una risposta collettiva dell'ordinamento giuridico, posto che i conflitti di massa hanno iniziato a coinvolgere interessi chiamati metaindividuali o transindividuali.

La complessità della società moderna e lo sviluppo delle relazioni economiche hanno creato situazioni nelle quali sono presenti attività che causano gravi danni agli interessi non più individuali, ma di una grande massa di persone appartenenti alla società che rifiutano la classica risposta individualista. Se viviamo in una società di produzione e consumo di massa, sorgono naturalmente conflitti di massa che richiedono la collettivizzazione della risposta legale, compresa la creazione di strumenti adeguati di tutela collettiva in modo che la legge raggiunga i suoi scopi per garantire l'efficacia di diritti conquistati dalla società.

Su questa linea, la Costituzione brasiliana del 1988, dopo oltre 20 anni di dittatura militare, è stata promulgata con l'obiettivo di garantire e realizzare i diritti dei cittadini, sancendo all'art. 1 un elenco di valori che costituisce un vero manifesto contro le atrocità verificatesi nel XX secolo, come presupposto per la formazione di uno stato democratico di diritto. Le sue basi sono la democrazia, la sovranità, la cittadinanza, la dignità umana, il valore sociale del lavoro, la libera iniziativa e il pluralismo politico.

La costruzione e la concezione teorica del patrimonio immateriale collettivo parte dalla constatazione che, per la legge, è necessario essere

consapevoli della propria storia passata, spettando ai suoi operatori, sensibili alla realtà, l'apertura alla costante riflessione e al rinnovamento delle categorie giuridiche, secondo i bisogni e le esigenze sociali della persona umana, fatto che viene rafforzato dall'esistenza di un patrimonio minimo che trascende l'ambito puramente individuale del cittadino, e dal riconoscimento di una morale collettiva incarnata nella coscienza e nella dignità sociale.

In questo contesto, la collettivizzazione della legge si basa su una coscienza collettiva basata sulla dignità umana, che non è più solo individuale, poiché deriva dai nuovi valori sanciti dalla Costituzione federale, chiamati patrimonio immateriale collettivo.

Pertanto, ad oggi non esiste più alcun dubbio nel diritto brasiliano sull'esistenza e sulla plausibilità del patrimonio immateriale collettivo, basato su una coscienza collettiva che attribuisce alla dignità della persona umana un valore necessariamente comunitario, il cui fondamento si trova nell'art. 5, co. V, Cost. là dove prevede che «è assicurato il diritto di risposta, proporzionale all'offesa, oltre al risarcimento dei danni materiali, morali o di immagine» e nel co. X che riconosce come «inviolabili l'intimità, la vita privata, l'onore e l'immagine delle persone, il diritto al risarcimento del danno materiale o morale derivante dalla loro violazione».

L'art. 1 della legge n. 7347/85 riconosce chiaramente la responsabilità per danni morali e patrimoniali causati all'ambiente, al consumatore, all'ordine urbano, ai beni e ai diritti di valore artistico, estetico, storico, turistico e paesaggistico e qualsiasi altro interesse diffuso o collettivo, oltre al Codice di Difesa del Consumatore che garantisce come diritti dei consumatori (art. 6 co. VI e VII) l'effettiva prevenzione e riparazione dei danni materiali e morali, individuali, collettivi e diffusi e il diritto di agire dinanzi agli organi giudiziari e amministrativi, al fine di prevenire e riparare danni patrimoniali e morali, individuali, collettivi e diffusi.

Queste sono le principali disposizioni costituzionali e legali alla base della riparabilità collettiva dei danni ai beni immateriali degli individui singolarmente considerati e, in questo caso, ai danni derivanti dal lavoro, che fino ad allora non erano nemmeno riconosciuti dalla legge brasiliana, ritenendosi assorbiti nelle tutele previste dal Testo Unico del Diritto del Lavoro - CLT.

Ma non si può dimenticare che la migliore forma di risarcimento dei danni lavorativi è sempre in natura; il che non è sempre possibile con la necessità di ricorrere alla riparazione pecuniaria. Questa, ove applicabile,

deve essere attuata in modo da realizzare una punizione esemplare per l'autore dell'illecito affinché non ponga in essere altre condotte della stessa natura e al fine di evitare che altri potenziali offensori realizzino analoghe condotte dannose per le persone e la società, come nel caso del danno morale collettivo. Pertanto, le funzioni principali del risarcimento del danno morale collettivo sono quelle punitiva e preventiva.

Nel danno morale collettivo, come in quello individuale, può sussistere altresì una funzione compensativo in grado di alleviare il dolore, l'angoscia o il sentimento negativo del danno subito. Questo è il caso, ad esempio, della condanna di un'azienda, a titolo di risarcimento del danno morale collettivo, a realizzare un ospedale locale per curare i lavoratori malati a seguito del danno all'ambiente di lavoro e alla salute dei lavoratori.

In ogni caso, l'effetto punitivo del risarcimento per danno morale collettivo deve tener conto non solo del danno perpetrato contro la comunità, ma anche del mancato rispetto e della violazione dell'ordinamento giuridico (TRT23 - Proc. 596-2005-002-24-00-2).

Nell'ambito degli interessi diffusi e collettivi, gli importi risultanti dalle condanne per danni morali collettivi sono assegnati a un fondo specifico gestito da un consiglio statale o federale, come stabilito dall'art. 13 della legge n. 7.347/85 («In caso di condanna pecuniaria, il risarcimento del danno sarà devoluto a un fondo gestito da un Consiglio federale o da Consigli di Stato, a cui necessariamente parteciperanno il Pubblico Ministero e i rappresentanti della comunità, ferma restando l'utilizzazione della relative risorse per la ricostituzione dei beni danneggiati»).

Un esempio importante di riparazione non patrimoniale collettiva in Brasile è quello realizzato con la società Shell Química che per diversi anni ha prodotto vari tipi di pesticidi a Paulínia/SP dal 1975 al 1993, provocando una grande contaminazione della falda acquifera nelle vicinanze del fiume Atibaia attraverso gli organoclorurati aldrin, endrin e dieldrin, con livelli fino a 11 volte superiori a quelli consentiti dalla legislazione brasiliana (Processi n. 0022200-28.2007-5.15.0126 e 00684-59.2008.5.15.0126). Questa contaminazione ha portato alla morte decine di lavoratori e abitanti vicini alla fabbrica, causando la malattia di altre decine di persone.

Per i danni non patrimoniali o morali collettivi è stato stabilito il pagamento di 200 milioni di reais nell'azione collettiva presentata dal Pubblico Ministero del Lavoro, il quale ha inizialmente donato 120 milioni di reais a istituti sanitari, come il Centro Infantil Boldrini,

Fundacentro e l'Hospital do Câncer de Barretos (quest'ultimo ha ricevuto 70 milioni di reais che ha utilizzato per la realizzazione di un Centro di ricerca molecolare per la prevenzione del cancro a Barretos e il Centro diagnostico per il cancro di Campinas). L'unità di Campinas/SP, denominata "Ospedale dell'Amore", è destinata alla prevenzione e al trattamento del cancro attraverso centri mobili sparsi nella città in cui cinque unità mobili attrezzate per la diagnosi e la realizzazione di esami per il cancro e la formazione al fine di risvegliare nei giovani l'interesse per le sane abitudini, la qualità della vita, la diagnosi precoce e l'assistenza nella prevenzione della malattia.

Un'altra parte del denaro è stata destinata alla Confraternita San Francesco di Assisi per la costruzione di una nave ospedale nel bacino dell'Amazzonia, che sarà di massima importanza per le popolazioni che vivono lungo il fiume, dove lo Stato non riesce a fornire un adeguato servizio sanitario alle persone che in questo modo riceveranno cure mediche di qualità.

Come si può vedere, sono importanti le condanne al risarcimento dei danni non patrimoniali o morali collettivi, come altrettanto appropriate sono le destinazioni dei risarcimenti in favore della comunità, assicurando un notevole beneficio alla popolazione a titolo di riparazione dei beni lesi con una evidente funzione preventiva.

Pertanto, nell'attuale sistema giuridico brasiliano è previsto un risarcimento per i danni del lavoro non patrimoniali o morali, tanto nell'aspetto individuale quanto collettivo, collocando il Brasile in prima linea nello scenario mondiale in materia.

### **Sul danno non patrimoniale previdenziale tra Brasile e Italia**

La Previdenza Sociale brasiliana, in quanto diritto fondamentale delle persone, garantito dallo Stato e dalla società, cerca di promuovere il mantenimento di uno standard minimo di sussistenza.

Al fine di garantire questi diritti previdenziali, il sistema riceve da parte degli attori sociali un elenco di contributi sociali per coprire il pagamento delle prestazioni e dei servizi sociali. L'INSS, in quanto organo dell'Unione, un'entità legale di diritto pubblico, creata dalla legge, membro della pubblica amministrazione federale indiretta, è soggetta anche alla responsabilità civile risarcitoria per i danni non patrimoniali,

ove concretamente dimostrati, derivanti dalla lesione dei diritti degli assicurati e delle rispettive persone a carico.

Poiché il rapporto giuridico tra assicurati e persone a carico, da un lato, e l'INSS, dall'altro, è cogente, la responsabilità civile è oggettiva e soggetta unicamente alla prova del nesso causale, cioè della relazione tra la condotta del funzionario pubblico e il danno.

Si tratta dei danni alla dignità, all'onore, all'immagine dell'assicurato o delle persone a carico. È sufficiente provare che l'atto o l'omissione del funzionario dell'INSS si pone in rapporto di causalità con il danno subito. Non è necessaria la prova del dolo o della colpa del dipendente della Previdenza Sociale, mentre ove dimostrati la colpa o dolo di quest'ultimo possono aumentare il valore della riparazione del danno non patrimoniale in modo da rafforzarne la funzione pedagogica e punitiva.

Alcuni esempi di provvedimenti che fondano in Brasile l'obbligo dell'INSS di risarcire le sofferenze causate agli assicurati o alle persone a carico sono: la ritardata concessione della prestazione, la lentezza nella revisione amministrativa delle prestazioni o il ritardo nella concessione di prestazioni indebitamente ridotte; mancanza di informazioni da parte del dipendente dell'INSS; assistenza inadeguata dell'assicurato da parte del funzionario pubblico; inosservanza della decisione giudiziaria; smarrimento del fascicolo amministrativo previdenziale; rifiuto del protocollo o trattenimento di documenti da parte dell'INSS; inosservanza di dichiarazioni amministrative vincolanti; interpretazione errata delle leggi; errore di calcolo della prestazione; perizia errata ecc..

In Italia, i risarcimenti per danni non patrimoniali sul lavoro si verificano, nella stragrande maggioranza, in caso di infortunio sul lavoro, che genera danni morali, biologici, estetici, esistenziali, ecc..

In Italia sono particolarmente rari i risarcimenti dei danni morali previdenziali derivanti da condotte o omissioni nelle concessioni delle prestazioni previdenziali a causa di difetto dell'atto amministrativo, errore, malafede, ecc. e ciò in quanto l'INPS e l'INAIL si rivelano più attenti alle procedure, alle scadenze, alle norme, alle leggi e alla Costituzione, evitando di pregiudicare i diritti degli assicurati e delle persone a carico.

In ambito previdenziale è invece nell'ordinamento italiano l'indennizzo del danno biologico in caso di infortuni e malattia professionale ai sensi dell'art. 13 del d.lgs. n. 38 del 2000, mentre dal versante civilistico gli importi dei risarcimenti sono liquidati generalmente in base alle tabelle del tribunale di Milano.

Non sussistono invece risarcimenti di danni non patrimoniali derivanti — come si è detto — da condotte pregiudizievoli dell'INPS o dell'INAIL come accade al contrario in Brasile dove la riforma del Testo Unico del Diritto del Lavoro realizzata con la legge n. 13.467/17, ha introdotto alcuni limiti per il risarcimento dei danni non patrimoniali, distinguendo in base alla gravità della lesione — lieve, media, grave e molto grave — e alla retribuzione del lavoratore offeso (CLT, art. 223-G e §§). È stato così introdotto il danno morale previamente quantificato dal legislatore nell'ambito dei rapporti di lavoro. Ciò significa che la quantificazione dei risarcimenti derivanti da atti amministrativi irregolari dell'INSS non è sottoposta ai dettami dell'art. 223 F o G e §§ ma al prudente apprezzamento del giudice del lavoro che deve tenere conto delle peculiarità del caso concreto e della capacità economica delle parti in modo da compensare la vittima secondo i principi di ragionevolezza e proporzionalità onde evitare riparazioni esorbitanti o insignificanti.

L'importo del risarcimento funge da monito per l'INSS al fine di evitare condotte analoghe in futuro, sebbene dinanzi alla frequenza di atti amministrativi viziati, erroneo od omessi, il risarcimento finisce per assumere soprattutto una funzione punitiva.

Occorre tuttavia aggiungere che sempre più spesso i giudici valutano le sfavorevoli condizioni di lavoro del personale e l'organizzazione dell'INSS che sollecitano una riforma nella gestione dell'ente in modo da garantirne una maggiore efficienza anche attraverso il collegamento di dati e sistemi con altri enti pubblici. Resta il fatto che l'assicurato o il familiare a carico non possono essere chiamati a sopportare l'inefficienza dell'apparato statale.

Un esempio di come le decisioni giudiziarie federali quantificano il risarcimento del danno non patrimoniale è offerto dalla seguente decisione:

Alla luce dei principi di ragionevolezza e proporzionalità, l'INSS deve riparare il danno morale subito dall'attore pagando l'importo di R \$ 4.650,00, equivalente a 10 dieci volte l'importo della prestazione pensionistica soppressa all'epoca (R\$ 465,00 - f. 52), con interessi di mora dopo la cancellazione indebita della prestazione e con la rivalutazione monetaria a partire da questa data, secondo la Risoluzione 267/CJF. Ricorso accolto. (TRF 3° Regione, sesto collegio, AC - Appello Civile - 1945137 - 0005100-86.2010.4.03.6103, Rel. Giudice Federale Johansom di Salvo, giudicato il 07/06/2017, e-DJF3 Judicial 1 Data: 18/07/2017).



Occorre notare che l'art. 223 F o G del CLT non è menzionato, trattandosi di rapporti di sicurezza sociale e non di lavoro. Pertanto, è pacifico e unanime che il risarcimento del danno non patrimoniale previdenziale deve essere quantificato secondo i principi di ragionevolezza e proporzionalità ai sensi dell'art. 944 cod. civ. brasiliano.

È inevitabile concludere che solo una profonda riforma della gestione e *governance* dell'INSS, migliorandone la struttura e le condizioni di lavoro, da nord a sud del Paese in conformità alle leggi e alla Costituzione, potrà condurre alla graduale scomparsa delle controversie relative ai danni non patrimoniali previdenziali come accade nei paesi più sviluppati.