



Corso di dottorato di ricerca in

Scienze Giuridiche

in convenzione con l'Università degli Studi di Trieste

Ciclo XXXIII

La polifunzionalità del risarcimento del danno nel diritto del lavoro.

Dottoranda:

Caterina Mazzanti

Supervisora:

Chiar.ma Prof.ssa Valeria Filì

Anno di discussione: 2021



INDICE

<i>Introduzione</i>	6
<i>Capitolo I</i>	10
<i>La polifunzionalità della responsabilità civile nello scenario civilistico</i>	10
1. Il principio di integrale riparazione del danno	10
2. Il dibattito sulle funzioni della responsabilità civile nella dottrina	13
2.1. La concezione monofunzionale della responsabilità civile e l'esclusiva funzione riparatorio-compensativa.....	14
2.1.1. Le differenze tra l'ordinamento italiano e quello statunitense.....	16
2.2. La concezione «polifunzionale» della responsabilità civile.....	22
2.2.1. La funzione deterrente e quella sanzionatoria.....	24
2.2.2. La funzione satisfattiva e solidaristica.....	28
3. Il dibattito giurisprudenziale sulla polifunzionalità della responsabilità civile e sulla sua possibile contrarietà all'ordine pubblico	31
4. Responsabilità civile polifunzionale e principio di legalità	35
5. Il problema della quantificazione del danno	38
5.1. La forfetizzazione del danno risarcibile operata dal legislatore.....	40
5.2. La rilevanza della condotta del danneggiante nella responsabilità civile con funzione deterrente e sanzionatoria.....	42
6. La polifunzionalità della responsabilità civile extracontrattuale. Alcune ipotesi esemplificative	46
6.1. Il risarcimento del danno e la restituzione degli utili nel caso di usurpazione di privative industriali e di contraffazione del brevetto.....	48
6.2. La “riparazione pecuniaria” da diffamazione a mezzo stampa. (l'art. 12, l. 8 febbraio 1948, n. 47).....	51
6.3. La condanna al pagamento di «una somma equitativamente determinata» ai sensi dell'art. 96, comma 3, c.p.c.....	53
7. La polifunzionalità della responsabilità contrattuale. Alcune ipotesi esemplificative	56
7.1. Gli interessi moratori (art. 1224, co. 1, c.c.).....	57
7.2. Le <i>astreintes</i> (art. 614 bis c.p.c.).....	58
8. Osservazioni conclusive	59
<i>Capitolo II</i>	61
<i>La funzione deterrente e sanzionatoria del risarcimento del danno nel diritto del lavoro</i>	61
1. L'abbandono del paradigma della reintegrazione e la primazia del rimedio risarcitorio	62

2. L'utilizzo improprio del linguaggio civilistico nel diritto del lavoro: indennità, indennizzo, indennità risarcitoria e risarcimento del danno.	69
3. La forfezzazione legislativa del danno risarcibile.	77
3.1. Il "danno minimo" previsto dall'art. 18, comma 2, l. 20 maggio 1970, n. 300 e dall'art. 2, comma 2, d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23.....	83
3.2. Il danno all'immagine della Pubblica Amministrazione cagionato dal dipendente.	90
3.3. Abuso del contratto a termine e indennità risarcitoria nel rapporto di lavoro privato.	98
3.4. Abuso del contratto a termine e indennità risarcitoria nel rapporto di lavoro pubblico.	107
4. Polifunzionalità del risarcimento e tutela del lavoratore autonomo.....	120
4.1. L'art. 3, l. 22 maggio 2017, n. 81: l'abuso di dipendenza economica e il risarcimento del danno.	125
4.2. L'art. 47-ter, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: la violazione degli obblighi informativi e del requisito della forma scritta del contratto di lavoro.	129
5. Il danno non patrimoniale nel diritto del lavoro e il risarcimento polifunzionale.	135
5.1. Il danno tanatologico del lavoratore.	139
5.2. Il danno da demansionamento.	142
5.3. Il <i>mobbing</i> e lo <i>straining</i>	151
6. Osservazioni conclusive.	157
<i>Capitolo III.....</i>	162
<i>Il contributo del diritto dell'Unione europea e del diritto comparato al dibattito sulle funzioni del risarcimento del danno.....</i>	162
1. Premessa.....	162
2. Il contributo dei <i>Principles of European Tort Law</i> al dibattito sulla polifunzionalità del risarcimento del danno.....	164
3. La polifunzionalità del risarcimento nelle direttive europee contro le discriminazioni.....	167
3.1. La polifunzionalità del risarcimento nella normativa italiana di recepimento delle direttive europee	171
4. La valorizzazione della polifunzionalità del risarcimento da parte della giurisprudenza.....	181
4.1. L'orientamento della Corte di Giustizia UE	182
4.2. L'orientamento della recente giurisprudenza italiana	189
5. Spunti comparatistici. L'importanza del diritto del lavoro e del diritto antidiscriminatorio nel dibattito sulle funzioni del risarcimento del danno in Germania e in Austria.....	196

6. Il dibattito sulla polifunzionalità del risarcimento del danno nel diritto tedesco.....	198
6.1. Il risarcimento del danno con funzione deterrente e sanzionatoria nel diritto antidiscriminatorio tedesco	201
7. Il dibattito sulla polifunzionalità del risarcimento del danno nel diritto austriaco secondo la prospettiva civilistica	208
7.1. Il risarcimento del danno con funzione deterrente e sanzionatoria nel diritto antidiscriminatorio austriaco	210
8. Osservazioni conclusive	214
<i>Conclusioni</i>	217
<i>Bibliografia</i>.....	222
<i>Sintesi</i>	255

Introduzione

Premessa e obiettivi della ricerca.

Il tema delle funzioni della responsabilità civile ha interessato principalmente la dottrina civilistica e meno quella giuslavoristica¹, poiché il diritto del lavoro ha storicamente privilegiato i rimedi ripristinatori e promozionali a favore del lavoratore, anziché quelli risarcitori². Tuttavia, il contesto nel quale tali rimedi sono stati concepiti è mutato radicalmente: basti pensare che gli interventi del legislatore in materia di licenziamenti (l. 28 giugno 2012, n. 92 e d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23) hanno ridotto sensibilmente l'area della tutela reintegratoria a favore di quella indennitaria, cui si ascrivono diverse funzioni (al riguardo, *amplius infra* cap. 2).

Come si vedrà nel corso del presente studio, esistono numerose ipotesi, specie nel diritto del lavoro, esemplificative di una tendenza espansiva della responsabilità civile, che risponde a istanze sanzionatorie e deterrenti, e non solo riparatorie. Tale circostanza induce l'interprete a chiedersi se stiamo assistendo ad un ripensamento generale dell'istituto e delle sue funzioni.

Sollecitato dagli spunti che emergono dalle singole fattispecie legislative, l'obiettivo della presente ricerca è proprio quello di verificare l'esistenza della natura polifunzionale della responsabilità civile nel diritto del lavoro. In particolare, ci si chiede se tali ipotesi

¹ Si segnalano, al riguardo, gli Atti del VI congresso nazionale di diritto del lavoro dell'Aidlass (Alba, 1-3 giugno 1978). In particolare, E. GHERA, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, in *Le sanzioni nella tutela del lavoro subordinato, Atti del VI congresso nazionale di diritto del lavoro dell'Aidlass* (Alba, 1-3 giugno 1978), Milano, 1979, 14 ss. dove si esalta la centralità delle sanzioni ripristinatorie e dell'*astreinte*, quali strumenti a tutela del lavoratore. L'autore evidenzia, invece, la scarsa efficacia del rimedio risarcitorio rispetto al datore di lavoro. Su tale profilo, v. *infra* cap. 2.

² E. GHERA, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, cit., 51; L. DE ANGELIS, *Diritto del lavoro e tutela risarcitoria: un fugace sguardo tra passato e presente*, in *Arg. Dir. Lav.*, 3, 2017, 605 ss.

normative, nelle quali è rinvenibile una funzione prettamente deterrente e sanzionatoria dell'istituto, siano semplici eccezioni alla regola generale della funzione riparatorio-compensativa, poiché volte a rispondere a peculiarità del caso specifico, o se invece siano indicative dell'esistenza di un principio generale che amplia l'identità della responsabilità civile.

Quello tra diritto del lavoro e responsabilità civile – sismografo dei mutamenti economico-sociali e della percezione collettiva dei bisogni³ – è un connubio che offre validi spunti di riflessione soprattutto sul tema della polifunzionalità.

Il diritto del lavoro può essere considerato una materia spesso pionieristica, capace di offrire un ritratto del cambiamento sociale, che quindi contribuisce in modo innovativo a un tema classico del diritto civile.

D'altro canto, se è pur vero che il diritto civile e quello del lavoro viaggiano su due binari diversi, poiché il primo «nasce dalla libertà» e il secondo «cammina verso la libertà»⁴, le due materie spesso si incontrano e si confrontano, in un rapporto di reciproco scambio⁵. Spesso accade, infatti, che il diritto del lavoro utilizzi infrastrutture e snodi del diritto civile⁶, di volta in volta riadattati alle peculiari istanze della materia e giunga persino ad anticipare tendenze che non si sono ancora affermate in altre branche del diritto.

³ C. SCOGNAMIGLIO, *Danno ambientale e funzioni della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, 1063.

⁴ Così secondo R. SCOGNAMIGLIO, *Conclusioni*, in G. SANTORO-PASSARELLI (a cura di), *Diritto del lavoro e categorie civilistiche*, Giappichelli, Torino, 1992, 149.

⁵ F. CARINCI, *Diritto privato e diritto del lavoro*, Giuffré, Milano, 2007; O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro e diritto civile: i temi di un dialogo*, Giappichelli, Torino, 1994; L. MENGONI, *Diritto civile*, in L. MENGONI, A. PROTO PISANI, A. ORSINI BATTAGLINI (a cura di), *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile, diritto processuale civile e diritto amministrativo*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1990, 5 ss.

⁶ L. MENGONI, cit.

L'innovatività dell'approccio giuslavoristico al tema della polifunzionalità del risarcimento del danno si rinviene anche nella circostanza per cui il diritto del lavoro induce ad ampliare il campo di indagine anche all'ambito della responsabilità contrattuale, tradizionalmente escluso dal dibattito civilistico⁷, che ha da sempre circoscritto la propria indagine al solo illecito aquiliano.

Come per altro evidenziato dalla Corte di Cassazione⁸, esistono numerose fattispecie giuslavoristiche di responsabilità contrattuale nelle quali emerge la vocazione polifunzionale della responsabilità civile.

Consapevoli dell'ampiezza del dibattito civilistico⁹, nel primo capitolo si intende definirne gli aspetti centrali, utili allo studio delle

⁷ Salvo rare eccezioni. Sul punto, V. ROPPO, *Responsabilità contrattuale. Funzione di deterrenza?*, in *Lavoro e Diritto*, 3-4, 2017, 407 ss. ID., *cit.*, 408; M. AMBROSOLI, *Indempimento del contratto e risarcimento del danno*, Giuffrè, Milano, 2012

⁸ Cass. civ., 16 marzo 2016, n. 9978, in *Foro it.*, 6, I, 2016, 1973; Cass. civ. 5 luglio 2017, n. 16601, in *Foro it.*, 9, I, 2017, 2613, precedute da Cass. Civ. sez. I, 15 aprile 2015, n. 7613 in *Foro it.*, 2015, 12, I, 3951, alla luce della quale «si riscontra, dunque, l'evoluzione della tecnica di tutela della responsabilità civile verso una funzione anche sanzionatoria e deterrente, sulla base di vari indici normativi (quali, ad esempio, il D.Lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, art. 125, sulla violazione di un diritto di proprietà industriale, o la L. 22 aprile 1941, n. 633, art. 158, come sostituito dal D.Lgs. n. 140 del 2006, art. 5, sulla protezione del diritto d'autore, che determinano il danno anche tenuto conto degli utili realizzati in violazione del diritto), specialmente a fronte di un *animus nocendi*, pur restando la funzione risarcitoria quella immediata e diretta cui l'istituto è teso, tanto da restare imprescindibile il parametro del danno cagionato». Alla polifunzionalità della responsabilità civile fanno riferimento anche le recenti sentenze in materia di *compensatio lucri cum damno*, Cass. S.U., 22 maggio 2018, n. 12564, 12565, 12566, 12567, in *Foro it.*, 2018, 6, I, 1901. Le sentenze “gemelle” si occupano del problema della cumulabilità del risarcimento del danno con altra indennità (ad es. indennità assicurativa, rendita Inail da invalidità, indennità da accompagnamento, pensione di reversibilità) corrisposta al danneggiato in conseguenza del fatto illecito.

⁹ Il tema delle funzioni della responsabilità civile nell'ordinamento italiano ha occupato la più autorevole dottrina. Sono numerosi i contributi che, a partire dalla metà dello scorso secolo, hanno affrontato la questione in esame. Al riguardo v. P. SCHLESINGHER, *La ingiustizia del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, 3, 360 ss.; R. SACCO, *Ingiustizia del danno di cui all'art. 2043 c.c.*, in *Foro Pad.*, 1960, 344 ss.; S.

fattispecie giuslavoristiche, sia legislative, sia giurisprudenziali, presenti nel nostro ordinamento, cui sarà interamente dedicato il secondo capitolo.

Si proseguirà, poi, nel terzo capitolo con l'analisi della disciplina dell'Unione europea in materia anti-discriminatoria (*infra* cap. 3), che attualmente rappresenta la nuova frontiera del tema in esame, procedendo con una comparazione con la normativa tedesca e austriaca (rispettivamente l'*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, AGG, e la *Gleichbehandlungsgesetz*, GIBG), che contemplano una previsione di risarcimento del danno con funzione sanzionatoria che stimola ulteriormente la riflessione sull'identità dell'istituto.

RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Giuffré, Milano, 1967; P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Giuffré, Milano, 2010; A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Giuffré, Milano, 1979; A. DI MAJO, *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, 2, 289 ss.; ID., *Tutela risarcitoria: alla ricerca di una tipologia*, in *Riv. Dir. civ.*, 2005, I, 243 ss; P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, Giappichelli, Torino, 2006; G. ALPA, *La responsabilità civile. Parte generale*, UTET, Torino, 2010; ID., *Diritto della responsabilità civile*, Laterza, Roma, 2003; M. BARCELLONA, *Trattato del danno e della responsabilità civile*, Giappichelli, Torino, 2011; ID., *Funzione compensativa della responsabilità civile e private enforcement della disciplina antitrust*, in *Contr. e impr.*, 2008, 120 ss.; M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, in *Trattato della responsabilità civile*, Milano, 2010, 652 ss; F.D. BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, 909 ss.

Capitolo I.

La polifunzionalità della responsabilità civile nello scenario civilistico.

SOMMARIO: 1. Il principio di integrale riparazione del danno. – 2. Il dibattito sulle funzioni della responsabilità civile nella dottrina. – 2.1. La concezione monofunzionale della responsabilità civile e l'esclusiva funzione riparatorio-compensativa. – 2.1.1. Le differenze tra l'ordinamento italiano e quello statunitense. – 2.2. La concezione polifunzionale della responsabilità civile. – 2.2.1. La funzione deterrente e quella sanzionatoria. – 2.2.2. La funzione satisfattiva e solidaristica. – 3. Il dibattito nella giurisprudenza. La possibile contrarietà all'ordine pubblico. – 4. Responsabilità civile polifunzionale e principio di legalità. – 5. Il problema della quantificazione del danno. – 5.1. La forfetizzazione del danno risarcibile operata dal legislatore. – 5.2. La rilevanza della condotta del danneggiante. – 6. La polifunzionalità della responsabilità civile extracontrattuale. Alcune ipotesi esemplificative. – 6.1. Il risarcimento del danno e la restituzione degli utili nel caso di usurpazione di privative industriali e di contraffazione del brevetto. – 6.2. La “riparazione pecuniaria” da diffamazione a mezzo stampa. (l'art. 12, L. 8 febbraio 1948, n. 47). – 6.3. La condanna al pagamento di «una somma equitativamente determinata» ai sensi dell'art. 96, comma 3, c.p.c. – 7. La polifunzionalità della responsabilità contrattuale. Alcune ipotesi esemplificative. – 7.1. Gli interessi moratori (art. 1224, co. 1, c.c.). – 7.2. Le *astreintes* (art. 614 bis c.p.c.). – 8. Osservazioni conclusive.

1. Il principio di integrale riparazione del danno.

Il dibattito sulle funzioni della responsabilità civile si snoda intorno al principio dell'integrale riparazione del danno. Questa regola, che si realizza concretamente attraverso la riconduzione del

danneggiato allo *status quo ante*¹⁰, si colloca nel novero di quei principi rimasti inespressi, ma immanenti nell'ordinamento, ricavabili attraverso un ragionamento induttivo¹¹ fondato sull'interpretazione dell'art. 1223 c.c. – secondo cui il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne sia conseguenza immediata e diretta – e dell'art. 2056 c.c., che rimanda, per la determinazione del risarcimento, alle previsioni degli art. 1223, 1226 e 1227 c.c., nonché, per la valutazione del lucro cessante, all'equo apprezzamento del giudice.

Alla luce di siffatte disposizioni, l'obbligazione risarcitoria deve ricomprendere il danno emergente e il lucro cessante, senza eccedere rispetto all'effettivo pregiudizio patito, circostanza che altrimenti determinerebbe un arricchimento senza causa (art. 2041 c.c.). L'operatività del principio di integrale riparazione del danno lascia spazio al solo rimedio risarcitorio, restando escluso, invece, quello indennitario.

Sussistono, infatti, diverse ragioni ostative, legate alla diversa natura dei due rimedi: mentre l'indennizzo è connesso all'idea di corrispettivo che viene riconosciuto a fronte di un vantaggio altrui¹², il risarcimento è legato all'obiettivo della riparazione del danno, che si esplica nelle perdite patrimoniali e nel pregiudizio non patrimoniale; conseguentemente, il primo spetta unicamente per il

¹⁰ Tra i primi ad aver affermato la natura monofunzionale della responsabilità civile v. S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., 18 ss. Tale posizione è condivisa anche dalla giurisprudenza. A titolo esemplificativo, *ex multis*, Corte cost., 27 ottobre 1994, n. 372, in *Foro it.*, I, 3297.

¹¹ G. PEDRAZZI, *La parabola della responsabilità civile tra indennità e risarcimento*, in *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli*, Il diritto civile tra principi e regole, vol. 1, 654.

¹² F.D. BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzi*, Giuffrè, Milano, 1964, 77.

danno emergente e non, invece, per il lucro cessante¹³, a differenza del secondo. A ciò si aggiunga, secondo una prospettiva ulteriore, la circostanza per la quale l'indennità viene corrisposta in presenza di un atto lecito e il risarcimento, invece, di un atto illecito¹⁴. Su tale ultimo profilo, tuttavia, la dottrina non è unanime¹⁵.

Nell'ottica dell'integrale riparazione del danno è, quindi, essenziale guardare alla sfera (soggettiva e oggettiva) del soggetto leso e non, invece, alla condotta tenuta dal danneggiante. L'obiettivo è, infatti, quello di porre il danneggiato nella medesima condizione nella quale si trovava in precedenza o, mutuando un'espressione diffusa nel linguaggio economico, di ricollocarlo “nella medesima curva di indifferenza”¹⁶ nella quale si trovava prima di aver subito il pregiudizio.

Riparare integralmente il danno significa – per quanto possibile – cancellarne gli effetti negativi ed evitare gli squilibri che deriverebbero dall'impoverimento del danneggiato e, specularmente, dall'arricchimento del danneggiante. Non è consentito un risarcimento che va al di là della misura dell'effettivo pregiudizio patito e neppure una sua riduzione sotto il livello dell'integrità¹⁷.

Tale principio, che innerva il settore civilistico, si riflette necessariamente sul meccanismo della quantificazione del danno

¹³ P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit.; P. PERLINGERI, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, cit., 1061 ss.; G. PEDRAZZI, *La parabola della responsabilità civile tra indennità e risarcimento*, cit., 658 ss.

¹⁴ M.A. MAZZOLA, *Responsabilità civile da atti leciti dannosi*, Giuffrè, Milano, 2007; F.D. BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzi*, Giuffrè, Milano, 2007, secondo cui l'indennità viene corrisposta per un danno che non è qualificabile come ingiusto.

¹⁵ P. Perlingeri, la responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento, in *Rass. Dir. civ.*, 2004, 1061.

¹⁶ Cass. sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Foro it.*, 2017, 9, I, 2613.

¹⁷ G. PONZANELLI, *Gli attacchi al principio di integrale riparazione del danno*, in *Resp. civ. e prev.*, 5, 2012, 1415 ss.

risarcibile, fondato sulla commisurazione simmetrica del risarcimento al pregiudizio oggetto della prestazione risarcitoria. “Compensare” significa corrispondere al danneggiato nulla di più e nulla di meno della perdita, secondo un principio di proporzionalità.¹⁸

2. Il dibattito sulle funzioni della responsabilità civile nella dottrina.

La mancata previsione, nel diritto positivo italiano, del principio dell'integrale riparazione del danno ha indotto la dottrina a ritenere che esso non abbia una copertura costituzionale¹⁹ e che, pertanto sarebbe possibile ipotizzare l'esistenza di ulteriori funzioni della responsabilità civile, che si affiancherebbero a quella compensativa, la quale rappresenterebbe comunque la finalità principale.

Il dibattito vede contrapporsi due orientamenti principali: quello che afferma la natura monofunzionale e quello che viceversa riconosce la polifunzionalità della responsabilità civile.

¹⁸ Il principio è radicato anche nella giurisprudenza di legittimità ed è stato richiamato anche dalle note sentenze della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, 11 dicembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974, 26975, in Foro it.; A. DI MAJO, *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi*, in P. SIRENA, *La funzione deterrente della responsabilità civile* (a cura di), cit., pag. 17.

¹⁹ G. PONZANELLI, *l'irrilevanza costituzionale del principio di riparazione integrale del danno*, in M. BUSSANI (a cura di), *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, ESI, Napoli, 2006, 75; Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 349, in *Foro It.*, 2008, I, 39 ss. Il Giudice delle Leggi ha riconosciuto la legittimità degli interventi del legislatore diretti a limitare il *quantum* risarcitorio in virtù del perseguimento di un interesse superiore. Così, ad esempio, nel caso dell'occupazione appropriativa, ipotesi nella quale l'interesse da perseguire è quello dell'utilità sociale. Sul punto v. D. BARBIERATO, *Risarcimento del danno e crisi della funzione deterrente?* In D. BARBIERATO (a cura di), *il risarcimento del danno e le sue «funzioni»*, Jovene, Napoli, 2012, 57; Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348 e Corte cost. 24 ottobre 2007 n. 349, in *Resp. civ. prev.*, 65 ss. con nota di Mirate, *Indennità di esproprio e risarcimento da occupazione acquisitiva: la Corte costituzionale inaugura il principio della «convenzionalità» ex art. 117 Cost.*

2.1. La concezione monofunzionale della responsabilità civile e l'esclusiva funzione riparatorio-compensativa.

Secondo una prima posizione ermeneutica²⁰, la funzione della responsabilità civile si realizza concretamente mediante la ripristinazione, per quanto possibile, dello *status quo ante*, per mezzo dei tradizionali rimedi offerti dal nostro ordinamento e, cioè, l'azione di inadempimento e quella di risarcimento del danno, in forma specifica o per equivalente²¹. L'effettiva realizzabilità del ripristino, tuttavia, resta incerta. Proprio per tale ragione, si preferisce fare riferimento a una funzione riparatorio-compensativa e, quindi, a una funzione essenzialmente economica che si esplica per mezzo del trasferimento di una perdita dal soggetto che l'ha subita a un altro soggetto.²² A tal fine, il danno effettivo costituisce il limite entro il cui ammontare può essere disposto il risarcimento.

Tale approdo ermeneutico si fonda sulla centralità del richiamato principio dell'integrale riparazione del danno, ostativo al riconoscimento di funzioni diverse rispetto a quella della compensazione.

²⁰ Tra i primi ad aver affermato la natura monofunzionale della responsabilità civile v. S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., 18 ss. Tale posizione è condivisa anche dalla giurisprudenza. A titolo esemplificativo si citano, ex multis, v. Corte cost., 27 ottobre 1994, n. 372, in Foro it., I, 3297. Ancora, secondo A. DE CUPIS, *Tradizione e rinnovamento nella responsabilità civile*, in Riv. Dir. civ., 1979, 947, «La responsabilità civile, invero, non può superare la funzione riparatoria, ché altrimenti si snatura e diviene, indipendentemente dalle personali intenzioni, altro e diverso istituto», 947; F. D'AGOSTINO, voce *Sanzione* (teoria gen.), in Enc. dir., XLI, Giuffrè, Milano, 1989, 303 ss.; R. MARRA, voce *Sanzione*, in Digesto disc. priv., IV, UTET, Torino 1998, 153 ss.; F. GALGANO, *Alla ricerca delle sanzioni civili indirette: premesse generali*, in Contratto impr., 1987, 531 ss.; R. SACCO, voce *Coazione e coercibilità*, in Enc. dir., VII, Giuffrè, Milano, 1960, 219 ss.

²¹ S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., 18 ss. Tale posizione è condivisa anche dalla giurisprudenza. A titolo esemplificativo v. ex multis, v. Corte cost., 27 ottobre 1994, n. 372, cit..

²² C. SALVI, *La responsabilità civile*, in G. IUDICA E P. ZATTI (a cura di), *Trattato di Diritto Privato*, Giuffrè, Milano, 2005, 245.

Il lungo processo di affrancamento del diritto civile dall'influenza del diritto penale ha portato a riconoscere in capo alla responsabilità civile una sola funzione riparatorio-compensativa, che si esplica nell'attribuzione, al danneggiato, di una giusta riparazione del danno patito²³.

In un gioco di separazione dei ruoli, la deterrenza e la sanzione sono peculiarità del settore penalistico, il cui obiettivo principale è quello di reprimere le violazioni dell'ordine giuridico generale e di mantenere intatto l'equilibrio sociale.

La responsabilità civile, invece, mira ad una diversa utilità, e cioè la reintegrazione dei singoli diritti lesi, con lo scopo di pervenire alla composizione degli interessi privati²⁴. Solo in ipotesi marginali sarebbe possibile rinvenire, nello scenario civilistico, la figura della pena privata, da tener distinta dal risarcimento, poiché volta non a riparare il singolo danneggiato, ma a proteggere un interesse generale.²⁵

²³ F. BRICOLA afferma che «deterrenza è termine più congeniale alla sanzione penale». Al riguardo, F. BRICOLA, *La riscoperta delle pene private nell'ottica del penalista*, in F.D. BUSNELLI-G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, Giuffrè, Milano, 1985, 28; R. SIMONE, *Dalla polifunzionalità della responsabilità civile ai risarcimenti punitivi*, in *Questione Giustizia*, 1, 2018, 137. V. sul punto, S. RODOTÀ, cit., 18.; C. SALVI, *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Jovene, Napoli, 1985, 83 ss.

²⁴ A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Cedam, Padova, 1137; M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, Giuffrè, Milano, 2004, 622 ss.; P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in Trattato di diritto civile, UTET, Torino, 1998, 314; G. PONZANELLI, *La irrilevanza costituzionale del principio di integrale riparazione del danno*, cit., 2006, 67 ss.; F. MASTROPAOLO, voce *Danno – III) Risarcimento del danno*, in *Enc. Giur. Trecc.*, 1988; E. CORRADI, *Il principio della riparazione integrale dei danni*, in G. VISINTINI (a cura di), *Il risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Giuffrè, Milano, 1999, 41 ss.; G. VISINTINI, *Risarcimento del danno*, in P. RESCIGNO, *Trattato di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1984, IX, 203 ss.; in giurisprudenza, v. *ex multis* Cass., 8 febbraio 2012, n. 1781, in *Danno e resp.*, 2012, 609; Cass. civ., 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 9, 1890.

²⁵ F. GALGANO, *Alla ricerca delle sanzioni civili indirette: premesse generali*, cit., 531 ss.; C. CASTRONOVO, *Il risarcimento punitivo che risarcimento non è*, in *Scritti di comparazione e storia giuridica*, P. CERAMI E M. SERIO, (a cura di), Torino, 2011, pag. 100 e segg.; C. GRANELLI, *In tema di «danni punitivi»*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, pag. 1761; E. LUCCHINI

2.1.1. Le differenze tra l'ordinamento italiano e quello statunitense

Affermare che la responsabilità civile svolge unicamente la funzione riparatorio-compensativa significa, in concreto, porre al centro dell'analisi la prospettiva del danneggiato, nel cui interesse è diretto il rimedio risarcitorio. Questa è una peculiarità del nostro ordinamento e, più in generale, dei sistemi di *civil law*.

Diversamente accade negli ordinamenti di *common law* e, specialmente, in quello statunitense, dove alla responsabilità civile si riconosce anche una funzione sanzionatoria e deterrente, finalità che presuppongono un giudizio sul comportamento dell'autore del danno. In tale realtà, si ricorre molto spesso al rimedio ultracompensativo dei *punitive damages* (spesso impropriamente tradotti con l'espressione “danni punitivi”²⁶) che, affiancandosi ai

GUASTALLA, *La compatibilità dei danni punitivi con l'ordine pubblico alla luce della funzione sanzionatoria di alcune disposizioni normative processualciviltistiche*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 1488 ss.; C. DE MENECH, *Verso la decisione delle Sezioni Unite sulla questione dei danni punitivi. Tra ostacoli apparenti e reali criticità*, in *Resp. civ. prev.*, 3, 2017, 986 ss.

²⁶ Volendo tradurre il termine *damages* (plurale di *damage*, che invece al singolare significa “danno”) sarebbe più opportuno ricorrere all'espressione “risarcimento”. Sic Sansoni Inglese, *sub voce damage*. La frequente traduzione “danni punitivi” è indice di un errore metodologico in cui incorre l'interprete nell'operazione di comparazione tra l'istituto anglosassone e la responsabilità civile italiana. Come evidenziato dalla più attenta dottrina, infatti, “la comparazione ha insegnato che non si traduce senza una paziente opera di ricerca delle corrispondenze dei significati (omologazione), e che spesso questa ricerca suggerisce di non tradurre il termine in questione, e lasciarlo in lingua originale.” (A. GAMBARO, P.G. MONATERI, R. SACCO, voce *Comparazione giuridica*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, III, UTET, Torino, 1988, 52). Sui *punitive damages*, v. G. CALABRESI, *The complexity of torts, The case of punitive damages*, in *Liber Amicorum* per F.D. BUSNELLI, *il diritto civile tra principi e regole*, 2008, Giuffrè, Milano, vol. 2, 327 ss.

*compensatory damages*²⁷, consentono di condannare il danneggiante al pagamento di una somma di denaro superiore rispetto a quella necessaria a ristorare la vittima.

Gli ordinamenti di *civil law* e, in particolare, quello italiano hanno da sempre guardato con diffidenza all'istituto dei *punitive damages*, proprio perché secondo la tradizione giuridica dell'Europa continentale, la sanzione come detto è funzione primaria del diritto penale e non di quello civile.

Il motivo dell'ostilità all'ingresso di misure sanzionatorie e deterrenti, quali quelle dei *punitive damages*, potrebbe essere determinato non tanto (o, quantomeno, non solo) dall'esistenza del richiamato principio dell'integrale riparazione del danno – che, seppur privo di valenza costituzionale, è sotteso all'intero tessuto normativo della disciplina del risarcimento del danno – ma anche da alcune differenze ataviche esistenti tra i sistemi di *common law* e di *civil law*. Il raffronto con l'ordinamento statunitense rappresenta, quindi, una valida chiave di lettura della questione e, come messo in luce da numerosi autori²⁸, offre una spiegazione alla chiusura verso modelli risarcitori ultra-compensativi. Tale ostilità, oltretutto, è stata manifestata soprattutto da parte giurisprudenza²⁹ in occasione del giudizio di delibazione delle sentenze straniere – soprattutto statunitensi – di condanna al pagamento dei cosiddetti *punitive damages*.

²⁷ I *compensatory damages* sono invece volti a reintegrare la vittima dell'illecito. Sul punto, R. DEMOGUE, *Validity of the theory of Compensatory Damages*, in *Yale Law Journal*, XXCII, 1918, 587.

²⁸ Per un'analisi completa del tema secondo la prospettiva comparatistica, si vedano i seguenti autori. G. PONZANELLI, *I danni punitivi*, in P. SIRENA (a cura di), op. cit., Giuffré, Milano, 2011, 321. G. CALABRESI, *The complexity of torts – The case of punitive damages*, in *Liber Amicorum per F.D. Busnelli*, cit., 327 ss.,

²⁹ Sul punto, si segnalano: Cass., 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Foro it.*, 2007, I, 1461 ss. con note di G. PONZANELLI, *Danni punitivi? No grazie* e S. OLIARI, *I danni punitivi bussano alla porta: la Cassazione non apre*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 983 ss.

Le peculiarità del sistema americano sono sintetizzabili in quattro aspetti fondamentali, alcuni dei quali – del tutto assenti dal sistema italiano – rendono l'ordinamento statunitense un «*unicum* irripetibile»³⁰.

Innanzitutto, nel sistema statunitense i confini tra l'illecito civile e quello penale sono molto labili. Nonostante le due materie siano indipendenti l'una dall'altra, la responsabilità civile è figlia di quella penale e continua a mantenere una forte caratterizzazione penalistica. Il processo di allontanamento del diritto civile rispetto a quello penale è meno forte rispetto a quello esistente nella realtà dell'Europa continentale³¹, sicché la responsabilità civile risponde anche a istanze general-preventive e sanzionatorie.

Tuttavia, la tendenza italiana degli ultimi tempi sembra seguire una direzione diversa da quella tradizionale. Come osservato da alcuni, infatti, «anche il diritto civile può offrire un contributo per una migliore disciplina dei rapporti dei consociati, soprattutto se il sistema di repressione del diritto penale, come accade nell'ordinamento italiano, mostra crepe e insufficienze»³². In alcuni casi, quindi, il legislatore è giunto ad adottare soluzioni ibride, come nel d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7 che ha disposto la depenalizzazione di alcuni reati cui sono ora corrisposte misure *latu sensu* sanzionatorie

³⁰ G. PONZANELLI, *I danni punitivi*, in P. SIRENA (a cura di), op. cit., 321.

³¹ In Italia, il processo di affrancamento del diritto civile rispetto a quello penale ha conosciuto il suo apice con la scomparsa del requisito del “*contra ius*” dell’art. 2043 c.c. che si rinviene a partire dalla famosa sentenza della Corte di Cassazione sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro it.*, 1999, I, p. 2487.

³² S. PATTI, *La quantificazione del danno patrimoniale e i danni punitivi*, in P. SIRENA (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, cit., 210; similmente si era già espresso F. BRICOLA, *La riscoperta delle pene private*, cit. 36 e 41, nel quale l’autore afferma che «sul terreno dei diritti della personalità la tutela sanzionatoria civile, rafforzata secondo le tendenze ‘punitive’ emergenti potrebbe intervenire ... addirittura con un ruolo esclusivo laddove la tecnica della tipicizzazione ... del diritto penale finisce per lasciare scoperte zone che reclamano protezione».

assimilabili, sotto il profilo civilistico, ai *punitive damages*³³, il che alimenta senz'altro la riflessione sull'identità deterrente e sanzionatoria della responsabilità civile e sul rapporto esistente tra il diritto civile e quello penale.

A ciò si aggiunge la spinta proveniente dal diritto dell'Unione europea (su cui ci si soffermerà più diffusamente nel cap. 3) diretta ad una contaminazione tra diritto privato e pubblico: il legislatore europeo fa ampio ricorso agli strumenti di diritto privato in chiave rimediale, per soddisfare esigenze di tutela pubblicistiche. Validi esempi di tale tendenza sono rappresentati, oltre che dal *private enforcement* del diritto della concorrenza (dir. 2014/104/CE, attuata dal d.lgs. 19 gennaio 2017, n.3)³⁴, anche dalle direttive in materia di contrasto alle discriminazioni³⁵ e dagli interventi della Corte di Giustizia dell'Unione europea in materia di abuso di contratti a termine³⁶.

³³ G.L. GATTA, *Depenalizzazione e nuovi illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili: una riforma storica*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 25 gennaio 2016, <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/d/4427-depenalizzazione-e-nuovi-illeciti-sottoposti-a-sanzioni-pecuniarie-civili-una-riforma-storica>;

³⁴ Senza pretese di esaustività, si vedano al riguardo E. MALAGOLI, *Il risarcimento del danno da pratiche anticoncorrenziali alla luce della Direttiva 2014/104/UE del 26 novembre 2014*, in *Contr. impr. Eur.*, 2015, 390 ss.; G. VILLA, *La Direttiva europea sul risarcimento del danno antitrust: riflessioni in vista dell'attuazione*, *Corriere giur.*, 2015, 301 ss.; G. PULEIO, *Il risarcimento del danno antitrust alla luce della direttiva 2014/104/UE*, *Resp. civ. prev.*, 2016, 1082 ss.; E. CORAPI, *Il risarcimento del danno antitrust: la Direttiva n. 104/2014 UE e la sua attuazione, modelli a confronto*, Jovene, Napoli, 2017.

³⁵ In particolare, come si vedrà (*infra*, cap. 3), gli artt.15 Direttiva 2000/43/CE e 17 Direttiva 2000/78/CE prevedono che «le sanzioni che possono prevedere un risarcimento dei danni devono essere effettive, proporzionate e dissuasive».

³⁶ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 7 settembre 2006, Marrosu e Sardino in *Racc.*, 2006, I-7213, C-53/04; Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 1° ottobre 2010, Affatato, C-3/10 in *Foro it.*, 2011, IV, 69, Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 12 dicembre 2013, Papalia, C-50/13 in *FI*, 2014, IV, 72. V. *infra*, *amplius*, cap. 2

In queste ultime ipotesi, il risarcimento del danno assume il ruolo di un efficace rimedio sanzionatorio, sicché è possibile evidenziare una vocazione espansiva della responsabilità civile anche a livello europeo (su quest'ultimo profilo, *infra* cap. 3).

In secondo luogo – tornando al raffronto con l'ordinamento statunitense – la quantificazione del danno avviene in modo sensibilmente diverso nei due Paesi. All'interno dell'ordinamento statunitense manca il principio di soccombenza e, quindi, gli importi liquidati a titolo di risarcimenti sono significativamente più alti rispetto a quelli riconosciuti, in linea generale, in Italia (c.d. *american rule*). A ciò si aggiunge la presenza della giuria, che non è tenuta ad alcun obbligo di motivazione della propria statuizione: mentre la Corte è chiamata ad accertare l'esistenza dei presupposti per la concessione del rimedio, la giuria deve stabilire se adottarlo e in che misura, senza giustificare la decisione accolta³⁷. L'intervento della giuria risponde a un'esigenza redistributiva della responsabilità civile, diretta a colmare la carenza del sistema di sicurezza sociale³⁸.

Il sistema statunitense del *tort law* risente, infine, dell'influenza esercitata dall'analisi economica del diritto, che, sulla base di una comparazione tra costi sociali e benefici privati delinea una figura di responsabilità civile tesa, da un lato, a disincentivare i comportamenti dai quali possa essere generato un danno, dall'altro a costituire uno strumento di controllo degli incentivi³⁹.

³⁷ C. COSTANTINI, *Per una genealogia dei punitive damages*, in D. BARBIERATO, (a cura di), *Il risarcimento del danno e le sue «funzioni»*, Jovene, Napoli, 2012, 294; N. CHAPMAN, *Punishment by the people: rethinking the jury's political role in assigning punitive damages*, in *Duke L. Journal*, 2007, 56, 1119;

³⁸ G. PONZANELLI, *Danni punitivi*, cit., pag. 321.

³⁹ G. CALABRESI, *Il costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, Giuffrè, Milano, 2015; G. CALABRESI-D. MELAMED, *Property rules, liability rules, and inalienability, One view of the Cathedral*, in *Harvard Law Review* 1972, 85, 6, 1089 ss.; R. POSNER, *A theory of negligence*, in *the Journal of Legal Studies*, 1972, 30; A. ARCURI,

Nonostante le visibili differenze tra i due sistemi, il dibattito sull'esistenza di una figura di responsabilità civile dotata di più "anime" non si è mai sopito e ha condotto la dottrina e la giurisprudenza ad accogliere posizioni contrapposte, fino a giungere, con la citata decisione della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, ad ammettere, per la prima volta, la delibabilità di una sentenza straniera di condanna al pagamento dei *punitive damages*, e a far riaccendere l'interesse sulla questione⁴⁰.

Tuttavia, l'ampio ricorso nelle aule giudiziarie statunitensi dei *punitive damages* non ha tenuto esente la figura in questione da critiche. Al riguardo, in conclusione di questo breve raffronto con il modello statunitense, appare interessante rilevare che nell'ordinamento statunitense le ingenti somme riconosciute a titolo di *punitive damages* hanno suscitato particolari critiche sotto il generale profilo della quantificazione⁴¹. Si è giunti quindi ad affermare l'incostituzionalità, alla luce del XIV emendamento della Costituzione americana, di leggi federali in forza delle quali i *punitive damages* risultino «*grossly excessive*»⁴². La clausola del «*Due process*» prevista

R. PARDOLESI, *Analisi economica del diritto*, voce dell'Encicl. Dir., aggiornamento VI, Giuffrè, Milano, 2002, 7;

⁴⁰ Cass. sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Foro it.*, 2017, 9, I, 2613, con nota di E. D'ALESSANDRO, *Riconoscimento di sentenze di condanna ai danni punitivi: tanto tuonò che piove*; P.G. MONATERI, *I danni punitivi al vaglio delle sezioni unite* e in *Foro it.*, 2018, 7-8, I, 2504, con nota di C. SALVI, *Le funzioni della responsabilità civile e il volto italiano dei danni punitivi*.

⁴¹ Si vedano, in particolare, i seguenti casi: *Browning-Ferries v. Kelco*, in *Foro it.*, 1990, IV, 175 ss., con nota di M.S. ROMANO, *Danni punitivi ed eccesso di deterrenza: gli (incerti) argini costituzionali*; *Pacific Mutual Life Insurance v. Haslip ed altri*, in *Foro it.*, 1991, IV, 235, con nota di G. PONZANELLI, «*Punitive damages*» e «*due process clause*»: l'intervento della Corte Suprema U.S.A.; *Txo Production Corp. v. Alliance Resources*, in *Foro it.*, 1994, IV, 92, con nota di G. PONZANELLI, *Non c'è due senza tre: la Corte Suprema Usa salva ancora i danni punitivi*; *Bmw of North America Inc. c. Gore*, in *Foro it.*, 1996, X, 119, con nota di G. PONZANELLI, *L'incostituzionalità dei danni punitivi «grossly excessive»*, 421 ss.

⁴² G. PONZANELLI, *L'incostituzionalità dei danni punitivi «grossly excessive»*, cit., 421 ss. Come evidenziato dall'autore, per individuare la soglia oltre la quale l'ammontare

all'interno del citato XIV emendamento vieta, infatti, agli stati membri di imporre il pagamento di una somma di denaro di ammontare eccessivo a titolo sanzionatorio⁴³.

2.2. La concezione «polifunzionale» della responsabilità civile.

L'idea della monofunzionalità pare non convincere una parte consistente della dottrina italiana⁴⁴. Sono due le ragioni essenziali intorno alle quali si sviluppa tale posizione interpretativa.

La prima si fonda sulla consapevolezza che l'integrale riparazione del danno, seppur principio generale, non ha copertura costituzionale ed è, quindi, priva di cogenza assoluta⁴⁵.

del risarcimento a titolo di sanzione risulta eccessivamente elevato, la Corte Suprema fa leva su tre aspetti. Il primo è relativo alla condotta tenuta dal danneggiante e al suo grado di riprovevolezza, che risulta senz'altro maggiore nel caso di danni alla persona. Il secondo è connesso alla relazione tra danni patrimoniali e danni punitivi. Questi devono infatti essere stabiliti in misura proporzionata rispetto ai primi. Il terzo riguarda, infine, le sanzioni previste nel caso di violazioni simili alla luce della normativa federale.

⁴³ E. SILVESTRI, *Punitive damages: ultimo atto? La sentenza Exxon Shipping Co. v. Baker (in margine a U.S. Supreme Court, 25 giugno 2008)*, in *Int'l Lis*, 2008, 3-4, 166 ss.

⁴⁴ P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., 3 ss.; C.M. BIANCA, *La responsabilità*, Giuffré, Milano, 1994, 5 ss.; F.D. BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 643; C., SALVI, *Il paradosso della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, 123 e ss.; F. GALGANO, *La commedia della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 191 e ss.; P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Giuffré, Milano, 1967, 53. Alcuni autori enumerano le funzioni della responsabilità civile. Secondo P.G. Monateri le funzioni della responsabilità civile sono tre: compensativa, sanzionatoria e preventiva. Sul punto, v. P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., 19. G. Alpa afferma che la responsabilità civile svolge quattro funzioni fondamentali e, cioè, di reagire all'atto illecito dannoso per risarcire il danneggiato, di ripristinare lo *status quo ante* nel quale quest'ultimo si trovava prima del pregiudizio patito, di deterrente e di sanzione. V. G. ALPA, *La responsabilità civile*, cit., 159 ss.

⁴⁵ Una conferma in tal senso proviene, per altro, dalla stessa Corte costituzionale la quale, riconoscendo la piena legittimità di interventi legislativi in settori quali l'espropriazione per pubblico interesse nei quali il legislatore ha limitato

La seconda, che nasce da una ricognizione sistematica della materia, attiene alla presenza di numerose fattispecie legislative speciali, disseminate in vari campi del diritto civile, dove il risarcimento è previsto in misura ultra-compensativa⁴⁶ (*infra* par. 5). Alcune ipotesi rilevanti si rinvencono anche nel diritto del lavoro (*infra*, cap. 2).

L'orientamento dottrinale in esame, tuttavia, non è unitario e si compone di diverse voci.

Secondo alcuni Autori, l'istituto persegue tre funzioni e, cioè, la già richiamata funzione compensativa, quella deterrente e quella sanzionatoria⁴⁷. Altri, invece, ritengono che, oltre alla prima funzione richiamata, sarebbe possibile riconoscere l'esistenza della sola funzione deterrente, escludendo quella sanzionatoria⁴⁸, che competerebbe unicamente al diritto penale.

l'ammontare del risarcimento per garantire il perseguimento di un interesse superiore, quale l'utilità sociale, purché la somma corrisposta non assuma le caratteristiche dell'irrilevanza e dell'irragionevolezza. Sul punto, v. Corte cost., 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349 in *Resp. civ. prev.*, 2008, 65 ss.

⁴⁶ Un'elencazione esaustiva delle fattispecie nelle quali è possibile rinvenire una natura polifunzionale in capo alla responsabilità civile è presente nell'ord. 16 marzo 2016, n. 9978, cit.

⁴⁷ P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., 19; G. Alpa afferma che la responsabilità civile può svolgere a) quella di reagire all'atto illecito dannoso per risarcire i soggetti che ne hanno subito gli esiti pregiudizievoli; b) quella di ripristinare lo status quo ante del danneggiato precedente al pregiudizio; c) quella di riaffermare il potere sanzionatorio (o "punitivo") dello stato; d) quella di dissuadere dal compiere atti da cui possano derivare danni in capo a terzi. All'elencazione richiamata, il medesimo autore aggiunge, infine, che la responsabilità civile è diretta anche a soddisfare due funzioni secondarie e, cioè la distribuzione delle "perdite" e l'allocazione dei costi relativi all'assunzione del rischio, ripartiti tra operazioni di prevenzione e operazioni di risarcimento del danno. Sul punto, v. G. ALPA, *La responsabilità civile*, cit., 159 ss.

⁴⁸ A. DI MAJO, *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, in P. SIRENA (a cura di), cit., 2011, 3 ss.; F.D. BUSNELLI, *La funzione deterrente e le nuove sfide della responsabilità civile*, in P. Sirena (a cura di), cit., 37 ss.

Infine, con specifico riferimento al danno non patrimoniale, si aggiungono anche la funzione solidaristica e quella satisfattiva⁴⁹ (*infra*, par. 3.2.2.).

Alla base di queste diverse classificazioni è possibile rinvenire il medesimo convincimento e, cioè, che l'aspetto riparatorio non è sufficiente a spiegare l'istituto della responsabilità civile.

2.2.1. La funzione deterrente e quella sanzionatoria.

Molto spesso i concetti di «deterrenza» e di «sanzione» vengono utilizzati come se facessero riferimento al medesimo piano⁵⁰. Alcuni ritengono, infatti, che i piani della prevenzione e della punizione, seppur in astratto distinti, corrispondano in concreto a due facce della stessa medaglia, poiché le due funzioni sono strettamente connesse tra loro e si completano a vicenda, finendo per costituire un tutt'uno⁵¹.

Tuttavia, sembra corretto tenere i due aspetti separati ai fini della loro analisi⁵². È noto, infatti, che la deterrenza attiene al piano della prevenzione del danno. Tale obiettivo – che è diretto ad impedire la realizzazione di un determinato comportamento lesivo – può

⁴⁹ M. FRANZONI, *Fatti illeciti, Artt. 2043, 2056-2059*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, 2004, 663 ss.

⁵⁰ Così accade, ad esempio, nella più volte citata sentenza della Cass. S.U., 5 luglio 2017, n. 16601, cit., dove nella rassegna delle fattispecie dalle quali sarebbe desumibile l'esistenza della natura polifunzionale della responsabilità civile, i piani della deterrenza e della sanzione vengono quasi sovrapposti.

⁵¹ P. CENDON, *Responsabilità per dolo e prevenzione del danno*, in P. SIRENA (a cura di), cit., 161.

⁵² A. DI MAJO, *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, cit., 3.; D. MESSINETTI, *Pluralismo dei modelli risarcitori. Il criterio di ingiustizia "tradito"*, in P. SIRENA (a cura di), op. cit., 29; F.D. BUSNELLI, *La funzione deterrente della responsabilità civile*, in P. SIRENA (a cura di), op. cit., 42. Così anche nel linguaggio comune, v. Treccani, *sub voce* «Deterrente», "che ha il potere, o lo scopo, di trattenere o distogliere dal compiere un'azione illecita o dannosa".

essere perseguito in maniera efficiente soltanto qualora non si conosca, *ex ante*, l'ammontare del risarcimento, contrattuale o extra-contrattuale⁵³. Questa circostanza inibisce, infatti, la violazione del precetto, onde evitare di incorrere nelle conseguenze della sua violazione. Diversamente, il danneggiante è posto nella condizione di compiere una valutazione dei “costi-benefici” recati dalla sua condotta e, qualora ciò risponda a una logica di convenienza, di scegliere di non conformarsi alla regola.

Sul piano della deterrenza, inoltre, la responsabilità civile può agire non solo in funzione special-preventiva, nei confronti del singolo danneggiante, ma anche in funzione general-preventiva, nei confronti di tutti i consociati, che possono essere dissuasi dal tenere quella stessa condotta⁵⁴.

La funzione sanzionatoria, invece, è diffusa negli ordinamenti nei quali i confini tra responsabilità penale e civile sono labili ed è, invece, diretta a punire il colpevole di un illecito il quale, pur consapevole che il suo comportamento è fonte di pregiudizio, persiste nella condotta e ne trae vantaggio⁵⁵. Il connotato sanzionatorio della responsabilità civile è palese in tutte le ipotesi nelle quali, alla luce dei criteri e dei parametri di liquidazione del danno fissati dal legislatore, il risarcimento corrisponde a un ammontare superiore rispetto al pregiudizio effettivamente patito, in deroga al principio dell'equivalenza. È il caso, ad esempio, dell'art. 125, d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 (Codice della proprietà industriale), dell'art. 96,

⁵³ M. AMBROSOLI, *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno*, Giuffrè, Milano, 2012, 83.

⁵⁴ L. DI BONA DE SARZANA, *Il legal transplant dei danni punitivi nel diritto italiano*, in *Liber Amicorum* per F.D. Busnelli, cit., vol. 2, 568

⁵⁵ S. PATTI, *La quantificazione del danno patrimoniale e i danni punitivi*, in P. SIRENA (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, cit., 210.

comma 3, c.p.c. e dell'art. 12, l. 8 febbraio 1948 n. 47 (rispetto all'analisi dei quali v. *infra* par. 6).

Al di là di queste singole fattispecie, occorre, tuttavia interrogarsi sulla possibilità di riconoscere, in linea generale, la natura sanzionatoria e deterrente dell'istituto in esame anche in assenza di specifico intervento del legislatore. Tale riflessione è suscitata dai cambiamenti in atto nel nostro ordinamento, anche grazie alla spinta esercitata dal diritto dell'Unione europea, che individua nella responsabilità civile uno strumento volto a rispondere a istanze sia preventive, sia punitive.

Innanzitutto, da parte della giurisprudenza europea si registra, da molto tempo, un'apertura al risarcimento quale mezzo di contrasto nella lotta alle discriminazioni e di sanzione all'autore della condotta vietata, ben al di là della sola finalità riparatorio-compensativa⁵⁶.

Questa metamorfosi dell'istituto verso la funzione deterrente e sanzionatoria, come si dirà meglio nel corso del cap. 2, sembra particolarmente sentita nel diritto del lavoro, ove si manifesta in modi diversi.

In alcuni casi, il legislatore prevede una liquidazione del danno forfezzata, che non può scendere al di sotto di una soglia minima (*infra*, par. 5.1). In tal senso, il risarcimento viene liquidato a prescindere dalla regola dell'equivalenza e, quindi, dal danno realmente subito, per sanzionare il danneggiante, oltre che di riparare il pregiudizio. Al riguardo, si richiama la nota previsione del «danno minimo» pari a cinque mensilità dell'ultima retribuzione

⁵⁶ Corte di Giustizia Ce, C-14/83, 10 aprile 1984, Von Colson e Kaamann vs Land Nordrhein Westfalen, in *Racc. giur.* 1984, 1891. M. ECKERTZ-HÖFER, *Gleichbehandlung von Frauen und Männern beim Zugang zur Beschäftigung*, in *Juristische Schulung*, 1987, 611 ss.; A. ARNULL, *Sanctioning Discrimination*, in *European Law Review*, 1984, 267 ss.; Corte di Giustizia Ce, C-177/88, Dekker vs. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen, in *Racc.* 1990, I-03941.

globale di fatto (art. 18, comma 2, l. 20 maggio 1970, *infra*, cap. 2, par. 3.1.). Tale misura è riconosciuta, quindi, a prescindere dall'effettivo pregiudizio patito dal danneggiato.

In altri casi, il diritto al risarcimento del danno è sganciato dall'esistenza di un pregiudizio e sorge automaticamente con il verificarsi di un determinato evento. Questo sembra essere il caso descritto dall'art. 3, l. 22 maggio 2017, n. 81, alla luce del quale il lavoratore autonomo ha diritto al risarcimento del danno nel caso in cui il committente abusi della condizione di dipendenza economica⁵⁷ (*infra*, cap. 2, par. 4.1.). La coloritura deterrente della responsabilità civile sembra rinvenirsi nell'ipotesi del rifiuto del committente di stipulare il contratto in forma scritta, dal quale sorge il diritto al risarcimento, a prescindere dalla circostanza secondo cui il rapporto tra le parti si sia svolto comunque con regolarità.

Ciò si riscontra nel diritto del lavoro è una sensibile espansione della responsabilità civile. Si pensi alla direzione accolta dal legislatore con le ultime riforme in materia di licenziamenti (l. 28 giugno 2012, n. 92 e d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, in att. della l. 10 dicembre 2014, n. 183), volta a circoscrivere la tutela reintegratoria ad ipotesi eccezionali⁵⁸, rispetto a un regime generale fondato sulla tutela

⁵⁷ Alla luce dell'art. 3, l. 22 maggio 2017, n. 81: «1. Si considerano abusive e prive di effetto le clausole che attribuiscono al committente la facoltà di modificare unilateralmente le condizioni del contratto o, nel caso di contratto avente ad oggetto una prestazione continuativa, di recedere da esso senza congruo preavviso nonché le clausole mediante le quali le parti concordano termini di pagamento superiori a sessanta giorni dalla data del ricevimento da parte del committente della fattura o della richiesta di pagamento. 2. Si considera abusivo il rifiuto del committente di stipulare il contratto in forma scritta. 3. Nelle ipotesi di cui ai commi 1 e 2 il lavoratore autonomo ha diritto al risarcimento dei danni, anche promuovendo un tentativo di conciliazione mediante gli organismi abilitati. 4. Ai rapporti contrattuali di cui al presente capo si applica, in quanto compatibile, l'articolo 9 della legge 18 giugno 1998, n. 192, in materia di abuso di dipendenza economica.

⁵⁸ Quelle descritte dall'art. 18, comma 1, l. 20 maggio 1970, n. 300 e dall'art. 2, comma 1 e 4, d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23.

risarcitorio-indennitaria in risposta ad un'istanza di flessibilità del mercato.

È stato osservato che nell'ambito della tutela dei diritti della persona, in presenza di una crisi degli strumenti rimediali tradizionali, è la responsabilità civile l'istituto a cui fare riferimento per correggere gli squilibri tra le parti e per proteggere il soggetto debole⁵⁹. Tuttavia, la soluzione apre al problema dell'efficacia e dell'idoneità della misura rispetto al fine ultimo che si vuole perseguire e, cioè, la protezione del valore della dignità umana, che costituirà oggetto di approfondimento nel capitolo 2.

2.2.2. La funzione satisfattiva e solidaristica.

Il dibattito sulle funzioni della responsabilità civile ha interessato in modo significativo anche la figura del danno non patrimoniale, ritenendosi che assolve non già alla funzione compensativa, ma a quella satisfattiva⁶⁰. Di funzione compensativa, infatti, ha senso parlare soltanto con riferimento alla lesione di beni fungibili e non di quelli infungibili: mentre nel primo caso la prestazione risarcitoria consente di ripristinare materialmente la situazione nella quale il danneggiato si sarebbe trovato in assenza del danno, nel secondo caso, invece, è impossibile pervenire a tale risultato, dal

⁵⁹ F. BRICOLA, *La riscoperta delle pene private*, cit. 36 e 41, nel quale l'autore afferma che «sul terreno dei diritti della personalità la tutela sanzionatoria civile, rafforzata secondo le tendenze 'punitive' emergenti potrebbe intervenire ... addirittura con un ruolo esclusivo laddove la tecnica della tipizzazione ... del diritto penale finisce per lasciare scoperte zone che reclamano protezione». S. PATTI, *La quantificazione del danno patrimoniale e i danni punitivi*, cit., 210.

⁶⁰ C. SALVI, *La responsabilità civile*, cit. 246.; M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, in *Trattato della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2010, 652 e ss.; P. ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale*, Giuffrè, Milano, 2011, 307 e ss.; E. NAVARRETTA, *Ripensare il sistema dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. prev.*, 2004, 3 e ss.

momento che il pregiudizio attinente alla sfera della persona è di per sé irreparabile⁶¹.

Fa eccezione il danno biologico, che, rispetto ad altre voci di danno non patrimoniale, è in qualche misura “tangibile” poiché calcolabile, come noto, sulla base di un sistema tabellare e di parametri prestabiliti (che tengono conto dell’età del danneggiato e del punteggio di invalidità risultante dalla perizia tecnica).

Nonostante l’orientamento consolidato della Corte di Cassazione affermi che quella del danno non patrimoniale «è categoria generale non suscettibile di suddivisione in sottocategorie variamente etichettate»⁶², le singole voci di cui esso si compone sono tra loro molto diverse (si pensi al caso del danno morale, riferito alla sfera più intima della persona, e quello del danno alla vita di relazione, che si proietta invece all’esterno). Sicché, nella prospettiva funzionale, la responsabilità civile assume molte sfumature a seconda del diverso pregiudizio non patrimoniale.

Diversamente dall’ipotesi del danno biologico, sussistono casi nei quali l’intangibilità del pregiudizio è tale da renderne la prova molto difficile e la riparazione impossibile. Ciò ha condotto a considerare il danno “*in re ipsa*” e, quindi, a identificarlo nel danno-evento⁶³, come accaduto in passato per il danno da

⁶¹ E. NAVARRETTA, *I danni non patrimoniali nella responsabilità extracontrattuale*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *I nuovi danni non patrimoniali*, Giuffrè, Milano, 2004; C. SCOGNAMIGLIO, *Il sistema del danno non patrimoniale dopo le Sezioni Unite*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 2, 261 ss..

⁶² Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Giust. civ.*, 2009, 4-5, I, 913. V. F.D. BUSNELLI, *Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, 97 e ss.; P.G. MONATERI, *Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 1, 56; D. POLETTI, *La dualità del sistema risarcitorio e l’unicità della categoria dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 1, 74 ss.; A. DI MAJO, *Danno esistenziale o di tipo esistenziale: quale esito?*, in *Corriere giur.*, 2009, 410 e ss.;

⁶³ P.G. MONATERI, M. BONA, *Il nesso di causa nella responsabilità civile per danno alla persona*, in *Il nesso di causa nel danno alla persona*, Giuffrè, Milano, 2005; G.

demansionamento⁶⁴ o per quello tanatologico da perdita della vita del lavoratore⁶⁵ (v. *infra*, cap. 2, par. 5) o come avviene, in una certa misura, nel caso di danno all'immagine della p.a. arrecato dal dipendente ai sensi dell'art. 55-*quater*, comma 3-*quater*, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (v. *infra*, cap. 2, par. 3.2.). Sotto quest'ultimo profilo, il risarcimento è diretto a soddisfare un'istanza sanzionatoria e correttiva, più che compensativa, dal momento che «l'ammontare del danno risarcibile è rimesso alla valutazione equitativa del giudice (...) e comunque l'eventuale condanna non può essere inferiore a sei mensilità dell'ultimo stipendio in godimento, oltre interessi e spese di giustizia». In questo modo, la responsabilità civile assume una chiara sfumatura sanzionatoria⁶⁶, poiché si sgancia dal pregiudizio realmente patito. Tale lettura troverebbe conferma anche da parte di una risalente pronuncia della Corte costituzionale, secondo cui «accanto alla responsabilità penale, la responsabilità civile ben può assumere compiti preventivi e sanzionatori»⁶⁷.

PONZANELLI, *La Corte Costituzionale, il danno non patrimoniale e il danno alla salute*, in *Foro it.*, 1986, I, 2053

⁶⁴ Cass. 12 novembre 2002, n. 15868, in *Foro it.*, 2003, I, 480; Cass. 6 novembre 2000, n. 14443, in *Giust. civ. Mass.* 2000, 2263; Cass. 14 novembre 2001 n. 14199, in *Riv. giur. lav.*, 2002, I, 233. Contra, Cass. civ. s.u., 24 marzo 2006, n. 6572, in *Riv. It. Dir. lav.*, 3, 2006, 696 ss., con nota di R. SCOGNAMIGLIO, *Le sezioni Unite sull'allegazione e sulla prova dei danni cagionati da demansionamento o dequalificazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, 687 ss.; Cass. civ., 14 giugno 2007, n. 13877, in *Foro it.*, 2007, 9, I, 2376; Cass. 12 luglio 2016, n. 14204, in *Dir. Prat. Lav.*, 2017, 12, pag. 712.

⁶⁵ Cass., 23 gennaio 2014, n. 1361, in *Lav. Giur.*, con nota di V. FILÌ, *Morte del lavoratore e danno non patrimoniale da perdita della vita*, in *Lav. Giur.*, 2014, 6, 531 ss.

⁶⁶ Una simile riflessione si rinviene anche nell'ordinamento tedesco, dove è possibile segnalare, in particolare, W. GRUNSKY, *Il concetto della pena privata nel diritto del risarcimento dei danni nell'ordinamento tedesco*, in F.D. BUSNELLI, G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, Giuffrè, Milano, 1985, 372.

⁶⁷ Corte cost. 14 luglio 1986, n. 184 in *Foro it.*, 1986, I, 2060, con nota di G. PONZANELLI, *La Corte costituzionale, il danno non patrimoniale e il danno alla salute*, cit. In quest'occasione, tuttavia, la Corte non aderisce alla teoria secondo la quale il danno non patrimoniale è una pena privata.

Ancora, secondo un'ulteriore prospettiva, nel risarcimento del danno non patrimoniale sarebbe rinvenibile una funzione solidaristica, la quale, sulla base dell'art. 3 Cost. è diretta a rimuovere ostacoli di ordine economico e sociale, che limitano di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini e lo sviluppo della persona. Conseguentemente, tale strumento consentirebbe di garantire al danneggiato un'utilità sostitutiva capace di ricreare le condizioni precedenti al pregiudizio.

3. Il dibattito giurisprudenziale sulla polifunzionalità della responsabilità civile e sulla sua possibile contrarietà all'ordine pubblico.

Il filo conduttore delle pronunce che affrontano, seppur incidentalmente, il problema delle funzioni della responsabilità civile è rappresentato dalla delibabilità delle sentenze straniere, soprattutto statunitensi, di condanna al pagamento dei *punitive damages*. Tuttavia, il dibattito sull'esistenza di "più anime" in capo all'istituto in esame ha fatto da sfondo anche a contesti diversi da quello della delibazione delle sentenze straniere, come nel caso del riconoscimento del danno tanatologico, rispetto al quale la giurisprudenza ha assunto posizioni difformi, per poi concludere, da ultimo, nel senso dell'irriconciliabilità dello stesso⁶⁸.

⁶⁸ Infatti, poiché tale danno colpisce non la salute, ma il bene della vita, esso è fruibile solo dal suo titolare e non è risarcibile per equivalente. Il decesso della vittima estingue, quindi, automaticamente il diritto al suo risarcimento (sul punto, infra cap. 2), che assolve alla sola funzione riparatoria-compensativa del danneggiato. Nell'orientamento a favore del riconoscimento del danno tanatologico si segnala Cass. civ., 23 gennaio 2014, n. 1361, cit., con nota di V. FILI, cit.; C.M. BIANCA, *La tutela risarcitoria del diritto alla vita: una parola nuova della Cassazione attesa da tempo*, in *Resp. civ. prev.*, 2, 2014, 493 ss. In senso contrario si annoverano numerose pronunce, tra le quali v. Cass., Sezioni Unite, 11 novembre 2008, n. 26972 e n. 26973, in *Resp. civ. e prev.* 2009, 1, 38 con nota di P.G. MONATERI, *Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale*, cit. V. Cass., 8 aprile 2010, n. 8360 in *Giust. civ. Mass.* 2010, 4, 516, alla luce della quale il diritto al risarcimento del danno

Con riguardo al problema del possibile ingresso, nel nostro ordinamento, dei *punitive damages*, è possibile segnalare la presenza di due orientamenti contrapposti.

Alla luce del primo, il sistema italiano della responsabilità civile ha unicamente funzione riparatorio-compensativa e mai deterrente-sanzionatoria⁶⁹. Ciò in quanto l'istituto ha «il compito precipuo di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione»⁷⁰ in virtù del citato principio di integrale riparazione del danno. E ciò vale, secondo la posizione tradizionale, per qualsiasi tipo di danno, sia contrattuale, sia extracontrattuale, compreso quello non patrimoniale, da considerarsi come figura unitaria⁷¹.

La richiamata giurisprudenza afferma, quindi, che l'esistenza del principio dell'integrale riparazione del danno è ostativa all'ingresso dei *punitive damages* posto che nel nostro ordinamento, gli aspetti della punizione e della sanzione restano esclusi dall'area di operatività della responsabilità civile⁷². L'istituto in questione è, quindi, contrario all'ordine pubblico interno⁷³, vale a dire a quell'insieme

tanatologico è trasmissibile agli eredi se la morte del soggetto sopraggiunga immediatamente oppure a breve distanza di tempo dall'azione lesiva. Ciò perché l'evento lede non il diritto alla salute, ma il diritto alla vita. Ancora, v. Cass. civ., 24 marzo 2011, n. 6754, in *Foro it.* 2011, 4, I, 1035; da ultimo Cass. Sez. Un., 22 luglio 2015, n. 15350, in *Resp. civ. Prev.*, 2015, 5, 1530. Da ultimo, Cass. civ., 13 febbraio 2019, n. 4146, in *Guida al diritto* 2019, 15, 27.

⁶⁹ Cass. civ., 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Giust. Civ.*, 2007, 10, I, 2124; Cass. civ., 8 febbraio 2012, n. 1781, in *Giust. civ. Mass.* 2012, 2, 139.

⁷⁰ Cass., 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Foro it.*, 2007, I, con nota di G. PONZANELLI, *Danni punitivi: no grazie*, cit.; Cass. Sez. un., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974, 26975, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 1, 38.

⁷¹ Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974, 26975, cit.; Cass., 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Foro it.*, 2007, I, con nota di G. PONZANELLI, *Danni punitivi: no grazie*, cit.

⁷² Cass. civ., 19 gennaio 2007, n. 1183, cit.

⁷³ Che, a partire dall'entrata in vigore della L. 31 maggio 1995, n. 218 è da intendersi invece, salvo diverse specificazioni, come ordine pubblico internazionale, composto dai «principi fondamentali che caratterizzano l'atteggiamento etico e giuridico

di regole imperative, peraltro variabili nel tempo, che ispirano l'ordinamento.

Alla luce del secondo orientamento, è possibile descrivere la responsabilità civile come un istituto dotato di più anime. Oltre alla tradizionale funzione riparatorio-compensativa, infatti, essa assolve anche a finalità dissuasive e sanzionatorie⁷⁴. Di conseguenza, non è ontologicamente incompatibile con il nostro ordinamento l'istituto di origine statunitense dei *punitive damages*, la cui ammissibilità deve essere però verificata alla luce dell'ordine pubblico internazionale, costituito dai «principi fondamentali e caratterizzanti l'atteggiamento etico-giuridico dell'ordinamento in un determinato periodo storico»⁷⁵. Da ciò una conferma della mutevolezza e dell'elasticità del concetto di ordine pubblico, che diversamente dal passato, non rappresenta più un rigido sbarramento alla circolazione di valori giuridici⁷⁶.

dell'ordinamento in un determinato periodo storico» (v. Cass. civ., 6 dicembre 2002, n. 17349, in *Foro pad.*, 2003, I, 62).

⁷⁴ Cass. Sezioni Unite, 5 luglio 2017, n. 16601, in *Contratto e impr.*, 2017, 1084 ss. con nota di G. ALPA, *Le funzioni della responsabilità civile e i danni "punitivi": un dibattito sulle recenti sentenze della Suprema Corte di Cassazione*. La sentenza è stata oggetto di numerosi commenti da parte della dottrina. Al riguardo, senza pretesa di esaustività, v. G. CORSI, *Le Sezioni Unite: via libera al riconoscimento di sentenze comminatorie di punitive damages*, in *danno e resp.*, 2017, 4, 429 ss.; 335, G. PONZANELLI, *Polifunzionalità tra diritto internazionale privato e diritto privato*; ivi, 437, con nota di P.G. MONATERI, *Le Sezioni Unite e le funzioni della responsabilità civile*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2017, 10, 1410 ss.; in *Foro it.*, 2017, I, 2630 ss., con nota di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*. La sentenza è stata preceduta dall'ord. 16 maggio 2016, n. 9978, in *Danno e resp.*, 2016, 827, con nota di P.G. MONATERI, *La delibabilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi finalmente al vaglio delle sezioni unite*; ivi, 836, con nota di G. PONZANELLI, *Possibile intervento delle Sezioni Unite sui danni punitivi*.

⁷⁵ Cass. civ., 6 dicembre 2002, n. 17349, in *Foro pad.*, 2003, I, c. 62.

⁷⁶ E. LUCCHINI GUASTALLA, *La compatibilità dei danni punitivi con l'ordine pubblico alla luce della funzione sanzionatoria di alcune disposizioni normative processualciviltiche*, in *Resp. civ. prev.*, 5, 2016, 1474 ss.; L. PALADIN, *Ordine Pubblico*, in *Noviss. Dig. it.*, XII, UTET, Torino, 1965, 130 ss.

La richiamata apertura giurisprudenziale alla delibazione della sentenza di condanna al pagamento dei *punitive damages* da parte della Corte di Cassazione con la pronuncia n. 16601 del 2017⁷⁷ costituisce, per una parte della dottrina, una conferma sulla natura polifunzionale della responsabilità civile. Senonché, dopo una prima enunciazione di principio, la sentenza continua in modo molto cauto, precisando che «il riconoscimento di una sentenza straniera che contenga una pronuncia di tal genere deve però corrispondere alla condizione che essa sia stata resa nell'ordinamento straniero su basi normative che garantiscono la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa e i limiti quantitativi, dovendosi avere riguardo in sede di delibazione, unicamente agli effetti dell'atto straniero e alla loro compatibilità con l'ordine pubblico». Infatti, il giudizio di delibazione non può far entrare nel nostro ordinamento un nuovo istituto, ma può soltanto consentire «di dare ingresso, nell'ordinamento interno (...) ad una sentenza o ad un atto, nell'ambito di uno specifico rapporto giuridico, con limitata incidenza sul piano del diritto interno»⁷⁸.

Della pronuncia citata è stato valorizzato il riconoscimento della natura polifunzionale della responsabilità civile, resa evidente dalla presenza di ipotesi normative, disseminate all'interno di vari rami dell'ordinamento, nelle quali il risarcimento del danno è impiegato allo scopo di punire l'autore di una determinata condotta e di dissuaderlo dal reiterarla. Tuttavia, la domanda che ci si deve porre si sposta, a questo punto, sul piano dell'operatività del principio di legalità; in altri termini, ci si deve interrogare sulla necessità di un intervento del legislatore che, di volta in volta, attribuisca

⁷⁷ Cass. civ., 5 luglio 2017, n. 16601, cit.

⁷⁸ Così, Cass. 16 maggio 2016, n. 9978, cit. Sul punto M. FRANZONI, *Danno punitivo e ordine pubblico*, in *Riv. Dir. civ.*, 1, 2018, 285 ss.

all'istituto in esame una funzione diversa da quella riparatorio-compensativa.

4. Responsabilità civile polifunzionale e principio di legalità.

Il problema dell'operatività o meno del principio di legalità rispetto all'apertura della responsabilità civile alla funzione sanzionatoria e deterrente appare di difficile soluzione ed è stato sollevato in particolare in occasione della delibazione delle sentenze straniere di condanna ai risarcimenti punitivi.

Nello specifico, le Sezioni Unite hanno più volte precisato⁷⁹ che la sentenza straniera, per poter essere trapiantata all'interno del nostro ordinamento deve conformarsi ai valori riconducibili agli articoli 23 («nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge») 25, comma 2, Cost. «nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso» e 7 CEDU, secondo il quale «nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui

⁷⁹ Cass. civ., sez. un., 6 maggio 2015, n. 9100, in *Corr. giur.*, 2015, 12,1568, con nota di P.P. FERRARO, *La pronuncia delle Sezioni Unite sul danno nelle azioni di responsabilità contro gli amministratori di società fallite*; Cass. civ., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Danno e resp.*, 2017, 421 ss., con nota di M. LA TORRE, *Un punto fermo sul problema dei "danni punitivi"*; ivi, 429, con nota di G. CORSI, *Le Sezioni Unite: via libera al riconoscimento di sentenze comminatorie di punitive damages*, cit.; ivi, p. 335, con nota di G. Ponzanelli, *Polifunzionalità tra diritto internazionale privato e diritto privato*; C. CONSOLO, *Riconoscimento di sentenze, specie Usa e di giurie popolari, aggiudicanti risarcimenti punitivi o comunque sopracompensativi, se in regola con il nostro principio di legalità (che postula tipicità e financo prevedibilità e non coincide pertanto con il, di norma presente, due process of law)*; in *Corr. giur.*, 2017, 1042 ss.; A. DI MAJO, *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*, in *Giur. It.*, 2017, 8-9, 1992 ss.

il reato è stato commesso». In altri termini, nessuna prestazione patrimoniale di carattere sanzionatorio o deterrente può, dunque, essere imposta senza un'espressa previsione normativa dell'ordinamento nel quale è stata pronunciata la condanna. Questo ragionamento vale sia per le sanzioni penali e amministrative, sia per quelle civili, quali sono i *punitive damages*.

Anche parte della dottrina ritiene che, ben lungi dal poter riconoscere in via generalizzata la natura poliforme della responsabilità civile, a tal fine sia di volta in volta necessaria l'intermediazione del legislatore⁸⁰.

Per il riconoscimento di un risarcimento diretto non soltanto a riparare il danneggiato dal pregiudizio, ma a sanzionarne l'autore, opera, infatti, il principio della riserva di legge (relativa) ai sensi dell'art. 23 Cost. Tuttavia, a differenza della responsabilità penale, quella civile non richiede la sussistenza del profilo soggettivo della colpevolezza, potendosi tale istituto attingere anche a forme di responsabilità fondate meramente sul rischio⁸¹.

Secondo altri⁸², invece, è sufficiente, non già l'intervento del legislatore, ma una disposizione legislativa di portata generale che attribuisca il potere al giudice di conferire al risarcimento valore deterrente o sanzionatorio. Tuttavia, tale ultima soluzione sarebbe essa stessa una violazione dello stesso principio di legalità e condurrebbe a soluzioni incerte e persino contraddittorie.

⁸⁰ C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, c.d. danno esistenziale*, Eur. Dir. priv., 2008, 2, 331; M. SESTA, *Risarcimenti punitivi e legalità costituzionale*, in Riv. Dir. civ., 1, 2018, 305 ss.; ID., *Il danno nelle relazioni familiari tra risarcimento e finalità punitiva*, in Fam. e dir., 2017, 289; M. FRANZONI, *Danno punitivo e ordine pubblico*, cit., 298.

⁸¹ F. BRICOLA, *La riscoperta delle pene private nell'ottica del penalista*, in F.D. BUSNELLI, G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, cit., 51.

⁸² C. CASTRONOVO, *Del danno non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale*, cit., p. 331; ID., *Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisdizione a proposito di giustizia*, in Eur. Dir. priv., 2017, 765 ss.

La Corte di Cassazione è chiara sul punto e afferma che ammettere la polifunzionalità della responsabilità civile «non significa che l'istituto aquiliano abbia mutato la sua essenza e che questa curvatura deterrente/sanzionatoria consenta ai giudici italiani che pronunciano in materia di danno extra-contrattuale, ma anche contrattuale, di imprimere soggettive accentuazioni ai risarcimenti che vengono liquidati»⁸³. E ancora, continua affermando che «ogni imposizione di prestazione personale esige una “intermediazione legislativa”, in forza del principio di cui all'art. 23 Cost. (correlato agli artt. 24 e 25), che pone una riserva di legge quanto a nuove prestazioni patrimoniali e preclude un incontrollato soggettivismo giudiziario».⁸⁴

Tuttavia, che gli artt. 23 e 25, comma 2, Cost. debbano trovare applicazione rispetto alla responsabilità civile non pare soluzione scontata e l'esito cui sono giunte parte della dottrina e della giurisprudenza sembra trovare fondamento in un'interpretazione molto ampia delle due disposizioni costituzionali. Non va dimenticato, infatti, il contesto specifico rispetto al quale i due articoli fanno riferimento. L'art. 23 Cost. è, infatti, relativo ai provvedimenti amministrativi, l'art. 25, comma 2, Cost. e 7 CEDU sono rivolti al settore penale⁸⁵. In aggiunta, la logica sottesa all'operatività del principio di legalità sembra fortemente condizionata dall'idea, del tutto penalistica, che la sanzione si traduca, di fatto, in una privazione della libertà della persona⁸⁶. Un tale effetto, tuttavia, non sembra rinvenibile nell'ipotesi in cui si conferisca alla

⁸³ Cass. civ. sez. un. 5 luglio 2017, n. 16601, cit.

⁸⁴ Cass. civ., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, cit.

⁸⁵ F. BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in M. DE ACUTIS, G. PALOMBARINI (a cura di), *Funzioni e limiti del diritto penale. Alternative di tutela*, CEDAM; Padova, 1984, 67 ss. Qui l'autore fa specifico riferimento all'illecito amministrativo.

⁸⁶ T. PADOVANI, *Diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1999, 6.

responsabilità civile una funzione anche sanzionatoria e deterrente⁸⁷.

Ciononostante, negare l'operatività dei richiamati articoli e ammettere una generale natura polifunzionale della responsabilità civile sposta il problema sul piano della quantificazione del danno.

5. Il problema della quantificazione del danno.

Come è stato osservato, è più semplice stabilire l'*an* del risarcimento che il *quantum* della prestazione risarcitoria⁸⁸, aspetto spesso trascurato dagli operatori del diritto. Non di rado accade, infatti, che gli stessi giudici affidino tale determinazione al consulente tecnico e si limitino “fideisticamente” a recepirne i risultati ottenuti⁸⁹. Tuttavia, la quantificazione rappresenta un aspetto centrale dello studio sulle possibili funzioni assolute dalla responsabilità civile, in quanto tale operazione ne conferisce, in concreto, la coloritura deterrente e sanzionatoria.

Quanto maggiore risulta l'importo da corrispondere a titolo di risarcimento rispetto al danno subito, tanto maggiore è l'efficacia deterrente cui si perviene.

Il profilo della quantificazione e la possibilità di riconoscere tramite essa importi più alti rispetto a quelli necessari alla sola compensazione, interessa, più in generale, il rapporto tra giudice e

⁸⁷ L. DI BONA DE SARZANA, *il legal transplant dei danni punitivi nel diritto italiano*, in *Liber Amicorum per F.D. Busnelli, il diritto civile tra principi e regole*, vol. 1, cit., 572.

⁸⁸ D. MEDICUS, J. PETERSEN, *Bürgerliches Recht*, Vahlen, München, 2017, 418 «Und da meist nicht das “Ob” eines Schadens zweifelhaft ist, sondern das “Wieviel”, wird man die Schadensfrage insgesamt regelmäßig erst am Schluss der Anspruchsgrundlage zu prüfen haben».

⁸⁹ S. PATTI, *La quantificazione del danno patrimoniale e i danni punitivi*, in P. SIRENA (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, cit., 213.

legge. Sul punto, il confronto con l'ordinamento statunitense offre un valido terreno di riflessione. Mentre nell'ordinamento americano il giudice crea la norma per il caso concreto e gode di un ampio margine di discrezionalità nella determinazione dell'importo da corrispondere a titolo di risarcimento, nel sistema europeo e, in particolare, in quello italiano, il giudice è sottoposto alla legge ed è chiamato a liquidare un risarcimento in misura corrispondente al danno effettivamente subito (art. 1223 c.c. e 2056 c.c.). Un tale vincolo si rinviene, del pari, anche nella valutazione del danno in via equitativa (art. 1226 c.c.), che avviene sulla base di parametri disposti legislativamente, oltre che all'entità del danno risarcibile.

A livello pratico, quindi, il profilo della quantificazione del danno nell'ordinamento italiano sembra ostativo al perseguimento della funzione deterrente e di quella sanzionatoria.

Per ovviare al problema, una parte della dottrina suggerisce di pervenire a tali risultati incidendo sia sul piano del nesso causale⁹⁰, sia su quello dell'onere della prova a carico del danneggiato.

Quanto al primo aspetto, è stato proposto⁹¹ di allargare le maglie della causalità, fino a ricomprendervi anche le conseguenze dannose, normalmente escluse, che consentono di aumentare l'entità del danno risarcibile. Quanto al secondo profilo, è stato evidenziato⁹² che una modifica del normale regime probatorio mediante l'introduzione di presunzioni di colpa o dell'esistenza del nesso

⁹⁰ F. MACARIO, *Il nesso di causalità*, in P. SIRENA (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, cit., 129 ss.

⁹¹ F. MACARIO, op. cit.

⁹² S. PATTI, *La quantificazione del danno patrimoniale e i danni punitivi*, in P. SIRENA (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, cit., 214. Sotto il profilo dell'alleggerimento dell'onere della prova, v. la dir. in materia di contrasto alle discriminazioni

causale a favore della posizione processuale del danneggiato e a sfavore di quella del danneggiante potrebbe funzionare da deterrente rispetto ai comportamenti vietati. Questo profilo interessa in modo significativo il diritto del lavoro, nel quale, è presente un regime favorevole alla posizione della vittima in relazione alla prova delle discriminazioni nel luogo di lavoro⁹³ (v. *infra*, cap. 2).

5.1. La forfetizzazione del danno risarcibile operata dal legislatore.

Come detto in precedenza, il momento della quantificazione consente di ascrivere una coloritura sanzionatoria e deterrente al risarcimento.

All'interno del nostro ordinamento sussistono delle ipotesi nelle quali il legislatore ha “forfetizzato il danno” determinando il calcolo del risarcimento sulla base di precisi parametri, che consentono da un lato di contenere la discrezionalità del giudice, dall'altro di supportarlo nella valutazione del danno⁹⁴ e che conferiscono al risarcimento un'inclinazione sanzionatoria. Le ipotesi esemplificative di tale scelta operata dal legislatore sono presenti sia nel diritto civile, sia nel diritto del lavoro (rispetto alle seconde, v. *infra* cap. 2).

⁹³ Al riguardo, l'art. 40, D.Lgs. 11 aprile 2006 n. 198, in linea con quanto disposto dall'art. 19, direttiva CE n. 2006/54, dispone un alleggerimento del regime probatorio ordinario (e non, quindi, un'inversione dell'onere probatorio). In particolare, esso stabilisce che il convenuto ha l'onere di fornire la prova dell'inesistenza della discriminazione, ma ciò solo dopo che il ricorrente abbia fornito al giudice elementi di fatto relativi ai comportamenti discriminatori lamentati, purché idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, anche se non gravi, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso. Al riguardo, v. da ultimo Cass. civ. 12 ottobre 2018, n. 25543, in *Giust. civ. Mass.*, 2018.

⁹⁴ G. VILLA, *La forfetizzazione legislativa del danno risarcibile*, in P. SIRENA (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, cit., 257.

A fini ricognitivi, pare utile adottare la classificazione suggerita da una parte della dottrina⁹⁵, pensata rispetto alle fattispecie civilistiche esistenti nel nostro ordinamento, ma senz'altro valida anche per quelle di diritto del lavoro.

La prima è quella relativa alla determinazione del danno «invariabile in diminuzione, ma variabile in aumento in ragione dell'effettivo pregiudizio patito dal danneggiato»⁹⁶. A titolo esemplificativo, pare possibile richiamare due fattispecie, una attinente all'ambito civilistico e una a quello lavoristico, (rispetto al quale si rimanda il relativo approfondimento al capitolo 2).

L'art. 1518 c.c. in materia di vendita prevede che, a seguito della risoluzione per inadempimento, il risarcimento è costituito dalla differenza tra il prezzo convenuto e quello corrente nel luogo e nel giorno in cui si doveva fare la consegna, salva la prova del maggior danno. Si tratta, come osservato dalla dottrina, di un'ipotesi di determinazione di un «danno minimo» e, quindi, di una soglia sotto la quale il giudice non può orientare la sua valutazione.

La previsione del «danno minimo» non è estranea al diritto del lavoro. Basti pensare, a titolo esemplificativo, alla disposizione dell'art. 18, comma 2, l. 20 maggio 1970, n. 300, alla luce della quale il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del danno che in ogni caso non potrà essere inferiore a cinque mensilità della retribuzione globale di fatto, all'art. 2, comma 2, d.lgs. 7 marzo 2015, n. 23, in forza del quale la misura del risarcimento non potrà essere inferiore a cinque mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, oppure all'art. 55-*quater*, comma 3-*quater*, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 – peraltro dichiarato costituzionalmente illegittimo per eccesso di

⁹⁵ G. VILLA, op. cit., 260.

⁹⁶ G. VILLA, op. cit., 260

delega⁹⁷ – il quale statuiva che «l'ammontare del danno risarcibile è rimesso alla valutazione equitativa del giudice anche in relazione alla rilevanza del fatto per i mezzi di informazione e comunque l'eventuale condanna non può essere inferiore a sei mensilità dell'ultimo stipendio in godimento, oltre interessi e spese di giustizia». (Sulle fattispecie da ultimo richiamate, v. *infra* cap.2).

La seconda tipologia cui pare utile fare riferimento in questa sede è quella relativa alla determinazione “invariabile in diminuzione, variabile in aumento”, ma entro una “forchetta” prestabilita di parametri minimi e massimi.

Questa soluzione è accolta dal Codice delle assicurazioni (artt. 138 e 139 cod. ass.) che predetermina l'ammontare del danno risarcibile sulla base di un sistema tabellare, mentre nell'ambito del diritto del lavoro, un esempio può essere ricavato dall'ipotesi di risarcimento corrisposto al lavoratore in presenza di una reiterazione abusiva del contratto a termine, sia nell'impiego privato, sia pubblico (art. 28, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81 e art. 36, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165). Al riguardo, il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del danno a favore del lavoratore stabilendo un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 e un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione utile ai fini del calcolo del trattamento di fine rapporto.

5.2. La rilevanza della condotta del danneggiante nella responsabilità civile con funzione deterrente e sanzionatoria.

⁹⁷ La Corte Costituzionale, con sentenza 9 gennaio - 10 aprile 2020, n. 61, in *Consulta Online* (e in G.U. 1^a s.s. 15/04/2020, n. 16), ha dichiarato “l'illegittimità costituzionale del secondo, terzo e quarto periodo del comma 3-*quater* dell'art. 55-*quater* del d.lgs. n. 165 del 2001, come introdotto dall'art. 1, comma 1, lettera b), del d.lgs. n. 116 del 2016”. V. *infra*, cap. 2, par. 3.2.

Il modello tradizionale di responsabilità civile, che valorizza l'esclusiva funzione riparatorio-compensativa, si sviluppa intorno al danneggiato, la cui sfera deve essere riallocata nella posizione occupata prima di subire il pregiudizio. La condotta del danneggiante risulta, invece, irrilevante. Tuttavia, come osservato da parte della dottrina, conformemente a quella tedesca⁹⁸, nel caso del danno non patrimoniale la condotta del danneggiante rileva maggiormente, dal momento che la colpa grave e il dolo consentono di incrementare l'ammontare del risarcimento nella misura in cui la gravità della condotta incrementi il danno⁹⁹.

Diversamente, il danneggiante occupa una posizione centrale quando la responsabilità civile è diretta a soddisfare la funzione preventiva e sanzionatoria, poiché l'intento è quello di correggere e prevenire una condotta intenzionale e consapevole¹⁰⁰, definibile alla stregua della mala fede¹⁰¹, come emerge dal raffronto con il modello statunitense dei *punitive damages*.

Sul piano pratico, l'esistenza dell'elemento soggettivo pone un problema di carattere probatorio. Al riguardo, una parte della

⁹⁸ H. HEINRICHS, § 253 BGB, Randnummer 11, in O., PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 65. Auflage, Beck, München, 2006.

⁹⁹ E. NAVARRETTA, *Funzioni del risarcimento e quantificazione dei danni non patrimoniali*, in P. SIRENA (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, cit., 224.

¹⁰⁰ M. FRANZONI, *L'antigiuridicità del comportamento*, in P. SIRENA (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, cit., 89.

¹⁰¹ V. SCALISI, *Illecito civile e responsabilità: fondamento e senso di una distinzione*, in SIRENA P. (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, cit., 126; G. PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, cit., 438; L. DI BONA DE SARZANA, *Il legal transplant dei danni punitivi nel diritto italiano*, in *Liber Amicorum per F.D. Busnelli, il diritto civile tra principi e regole*, vol. 1, cit., 567.

dottrina afferma¹⁰² che la semplice prova delle circostanze esteriori attraverso le quali la condotta si è manifestata sarebbe sufficiente a provare l'intenzionalità del danno.

Sul piano dell'efficacia deterrente e sanzionatoria, si deve avere riguardo alle particolari caratteristiche soggettive del danneggiante. Infatti, la responsabilità civile può funzionare da deterrente e da sanzione soltanto se si tiene conto della specifica situazione finanziaria e delle capacità economiche del danneggiante¹⁰³. Per poter attribuire alla responsabilità anche le due funzioni richiamate, la valutazione sul comportamento del danneggiante è, quindi, imprescindibile.

Ci si deve chiedere, tuttavia, se allo stato attuale sia possibile rinvenire, sotto il profilo sistematico, un principio che consenta di ascrivere rilevanza alla condotta del danneggiante e che renda, quindi la responsabilità civile uno strumento più elastico, in grado di soddisfare anche istanze correttive.

All'interno del nostro ordinamento è possibile valorizzare l'esistenza di diversi profili che conducono a operare una valutazione del comportamento del soggetto¹⁰⁴. Al riguardo, un primo esempio è rinvenibile nell'ambito dei rapporti asimmetrici, quali quelli tra fornitore e subfornitore (l. 18 giugno 1998, n. 192). In questa fattispecie il giudizio ricade sul comportamento di malafede e di abuso della parte «forte» a discapito della parte «debole»¹⁰⁵.

¹⁰² P. CENDON, *Responsabilità per dolo e prevenzione del danno*, in SIRENA P. (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, cit., 161. L'Autore riposta, a titolo di esempio, il caso del fidanzato, poi marito, che nasconde alla moglie la circostanza dell'impotenza per sottolineare il fatto che si tratta di una circostanza sufficiente, di per sé sola, a provare l'esistenza di una scelta assolutamente consapevole e volontaria.

¹⁰³ P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit. 21.

¹⁰⁴ L. DI BONA DE SARZANA, cit., 575.

¹⁰⁵ Ciò emerge chiaramente dall'art. 9 della citata legge in materia di subfornitura, alla luce del quale «è vietato l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di

Similmente accade (come si avrà modo di approfondire in seguito, *infra* cap. 2), nel rapporto tra lavoratore autonomo e committente e, soprattutto, nel caso della mono-committenza, caratterizzata dalla situazione di forte dipendenza economica del lavoratore autonomo e dal rischio di un abuso da parte del committente della sua condizione di dominanza che si traduce nell'inserimento di clausole contrattuali sfavorevoli o nel rifiuto di stipulare il contratto in forma scritta, per non blindare il contenuto dell'accordo, esponendo il lavoratore autonomo al rischio di modifiche a lui sfavorevoli (art. 3, l. 20 maggio 2017, n. 81). In questi casi, nel determinare il risarcimento, il giudice deve necessariamente avere riguardo alla condotta del danneggiante. Proprio per questo motivo la struttura della responsabilità civile appare qui più elastica, perché consentirebbe non solo di riparare il pregiudizio patito dal danneggiato, ma anche di sanzionare il danneggiante per il tramite di una valutazione della sua condotta.

In termini analoghi, nell'ipotesi del danno all'immagine della p.a. da parte di un suo dipendente, a seguito delle infrazioni elencate al primo comma dell'art. 55-quater, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, il legislatore ha posto l'accento sul forte disvalore sociale dei comportamenti, di cui il giudice deve tener conto ai fini del risarcimento del danno. Si pensi alla falsa attestazione della presenza in servizio, ai comportamenti aggressivi sul luogo di lavoro, all'assenza prolungata priva di una valida giustificazione.

Nel caso in cui manchino specifiche fattispecie, sembra sufficiente valorizzare il principio di buona fede e correttezza (artt. 1175, 1375

dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice». E ancora, «si considera dipendenza economica la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti».

c.c.), sotteso all'intera disciplina in materia di obbligazioni, nel quale la valutazione della condotta è centrale¹⁰⁶.

Da tali considerazioni resta esclusa la responsabilità oggettiva, che prescinde dalla colpa e che pertanto assolve unicamente alla funzione compensativa¹⁰⁷. Infatti, soltanto nel caso in cui la “minaccia” del risarcimento del danno porti il potenziale danneggiante ad adottare misure di precauzione dirette a prevenire completamente situazioni di pericolo, allora è possibile affermarne la natura deterrente.

Tale figura rappresenta comunque un'ipotesi eccezionale all'interno del nostro ordinamento.

6. La polifunzionalità della responsabilità civile extracontrattuale. Alcune ipotesi esemplificative.

Il perno attorno al quale ruota l'orientamento favorevole alla polifunzionalità della responsabilità civile – oltre all'argomento che si fonda sull'assenza di una copertura costituzionale del principio di integrale riparazione del danno – è costituito dalla presenza, all'interno del nostro ordinamento, di numerose ipotesi esemplificative di tale natura poliedrica.

Senza pretesa di esaustività e con il proposito di dedicare maggior spazio all'analisi delle fattispecie di diritto del lavoro, ci si limita in questa sede ad un breve richiamo di tre previsioni normative, particolarmente significative, già oggetto di ampio interesse da parte dottrina. Preme, tuttavia, ribadire che esse non esauriscono il novero dei casi in cui la responsabilità civile assume una natura

¹⁰⁶ L. DI BONA DE SARZANA, cit., 575

¹⁰⁷ V. ROPPO, *Spigolature fra responsabilità oggettiva e funzione deterrente*, in *Liber Amicorum per F.D. Busnelli, il diritto civile tra principi e regole*, Giuffrè, Milano, vol. 2, 457.

polifunzionale; al contrario, come messo in luce anche dalla giurisprudenza di legittimità, sono molti le ipotesi in cui il risarcimento del danno è impiegato in funzione deterrente e sanzionatoria¹⁰⁸. Le tre fattispecie che ci si accinge a esaminare sono rispettivamente l'art. 125 d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 (c.d. Codice della proprietà industriale), che dispone, nel caso di violazione di un diritto di proprietà industriale, il risarcimento del danno e la restituzione dei profitti da parte dell'autore della violazione¹⁰⁹; l'art. 12, l. 8 febbraio 1948 n. 47, che prevede, in caso di diffamazione a mezzo stampa, una "somma a titolo di riparazione"¹¹⁰; e, infine, l'art. 96 c.p.c., rubricato "responsabilità aggravata" e inerente al caso della parte processuale che ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave¹¹¹.

¹⁰⁸ Per una panoramica sulle numerose ipotesi di responsabilità civile polifunzionale esistenti nel nostro ordinamento, v. Cass., sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601, cit. dove, al punto 5.2. c'è una nutrita elencazione delle principali fattispecie.

¹⁰⁹ La norma prevede che «1. il risarcimento dovuto al danneggiato è liquidato secondo le disposizioni degli articoli 1223, 1226 e 1227 del codice civile, tenuto conto di tutti gli aspetti pertinenti, quali le conseguenze economiche negative, compreso il mancato guadagno, del titolare del diritto leso, i benefici realizzati dall'autore della violazione e, nei casi appropriati, elementi diversi da quelli economici, come il danno morale arrecato al titolare del diritto dalla violazione. 2. La sentenza che provvede sul risarcimento dei danni può farne la liquidazione in una somma globale stabilita in base agli atti della causa e alle presunzioni che ne derivano. In questo caso il lucro cessante è comunque determinato in un importo non inferiore a quello dei canoni che l'autore della violazione avrebbe dovuto pagare, qualora avesse ottenuto una licenza dal titolare del diritto leso».

¹¹⁰ La disposizione richiamata prevede che «nel caso di diffamazione commessa col mezzo della stampa, la persona offesa può chiedere, oltre il risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 185 del Codice penale, una somma a titolo di riparazione. La somma è determinata in relazione alla gravità dell'offesa ed alla diffusione dello stampato».

¹¹¹ La norma disciplina l'ipotesi di responsabilità aggravata e prevede che «Se risulta che la parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, il giudice, su istanza dell'altra parte, la condanna, oltre che alle spese, al risarcimento dei danni, che liquida, anche d'ufficio, nella sentenza. Il giudice che accerta l'inesistenza del diritto per cui è stato eseguito un provvedimento cautelare, o trascritta domanda giudiziale, o iscritta ipoteca giudiziale, oppure iniziata o compiuta

L'aspetto comune alle fattispecie in questione è costituito dal fatto che la somma assegnata al danneggiato supera quella che gli sarebbe riconosciuta per il semplice ristoro del pregiudizio patito. Da ciò discende la conclusione, accolta anche dalla più volte citata sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite del 2017¹¹², secondo cui essi sono indicativi dell'esistenza di una figura poliedrica di responsabilità civile.

Inoltre, è possibile ritenere che quest'elencazione possa essere estesa a ulteriori esempi provenienti dall'ambito della responsabilità contrattuale, nei quali è del pari rinvenibile una funzione deterrente¹¹³ (*infra*, par. 7).

6.1. Il risarcimento del danno e la restituzione degli utili nel caso di usurpazione di privative industriali e di contraffazione del brevetto.

La violazione dei diritti di proprietà industriale, ove integri gli estremi dell'illecito civile, fa sorgere in capo al danneggiante l'obbligo di risarcire il danno.

A tale profilo il legislatore ha dedicato, nell'ambito del Codice della proprietà industriale (d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30) e, nello specifico, nel settore rivolto alla "tutela giurisdizionale dei diritti di proprietà industriale", una disciplina specifica nell'art. 125. La

l'esecuzione forzata, su istanza della parte danneggiata condanna al risarcimento dei danni l'attore o il creditore procedente, che ha agito senza la normale prudenza. La liquidazione dei danni è fatta a norma del comma precedente. In ogni caso, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'articolo 91, il giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata».

¹¹² Cass. civ. Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601, cit.

¹¹³ V. ROPPO, *Responsabilità contrattuale. Funzione di deterrenza?*, in *Lav. dir.*, 3/4, 2017, 410-411.

collocazione sistematica della norma rafforza la coloritura deterrente e sanzionatoria del risarcimento in essa previsto, posto che la disposizione segue immediatamente quella relativa alle sanzioni civili descritte dall'art. 124. Inoltre, a conferma della sua vocazione punitiva, occorre evidenziarne la forte somiglianza ai *punitive damages* statunitensi¹¹⁴.

L'art. 125 si compone di tre commi, il primo dei quali di particolare rilievo ai fini della presente riflessione. Esso prevede infatti che il risarcimento, liquidato secondo gli artt. 1223, 1226 e 1227 c.c., deve tener conto di una serie di aspetti utili alla sua liquidazione, quali le conseguenze economiche negative, il mancato guadagno da parte del titolare del diritto leso, i benefici realizzati dall'autore della violazione e, in aggiunta, di elementi diversi da quelli economici, come il danno morale arrecato al titolare del diritto dalla violazione.

Ciò che consente di ritenere che la norma presenti una vocazione sanzionatoria è la previsione della cosiddetta "retroversione degli utili". In particolare, oltre che delle conseguenze economiche negative (compreso il mancato guadagno), si deve tener conto anche dei benefici ottenuti dal danneggiante. Si tratta di un meccanismo proveniente dai sistemi di *common law*¹¹⁵ e dalla *Eingriffskondition* esistente nell'ordinamento tedesco¹¹⁶ che consente di recuperare gli utili maturati dall'autore dell'illecito per mezzo della violazione dei diritti di proprietà industriale. L'istituto risponde all'esigenza di natura etica secondo la quale a nessuno dovrebbe essere consentito

¹¹⁴ D. BARBIERATO, *Risarcimento del danno e crisi della funzione deterrente?*, in D. BARBIERATO, *Il risarcimento del danno e le sue «funzioni»*, cit., 58

¹¹⁵ M. SIEMS, *Disgorgement of profits for breach of contract: A comparative analysis*, *Edinburgh Law Review*, Volume 7, Issue 1, 27 ss.; E. J. WEINRIB, *Punishment and disgorgement as contract remedies*, Chicago-Kent, 2003, 78.

¹¹⁶ K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, Giuffrè, Milano, II, 2011, 252 ss.;

di realizzare profitti per mezzo di una condotta lesiva dell'altrui sfera e opera, quindi, al contempo come sanzione a carico del trasgressore e come misura riparatoria e deterrente, volta a disincentivare il verificarsi di situazioni simili.

Molto si è discusso sulla natura di tale strumento rimediabile, poiché letta all'interno del contesto di appartenenza, quello della responsabilità civile, suscita una riflessione sulle funzioni da esso assolte¹¹⁷. Dal tenore letterale della norma, parrebbe possibile ritenere che il risarcimento, oltre ad essere diretto alla reintegrazione del danneggiato, sarebbe volto anche a dissuadere il danneggiante dal reiterare la condotta illecita e a punirlo per la violazione compiuta; ciò in particolare perché il centro dell'attenzione del legislatore nella previsione dei parametri liquidatori sarebbe rappresentato proprio dal comportamento del danneggiante, destinatario degli utili conseguenti alla commissione del danno.

La previsione di un risarcimento esclusivamente compensativo porterebbe, infatti, al risultato paradossale delle condotte

¹¹⁷ P. PARDOLESI, *Risarcimento del danno, retroversione degli utili e deterrence: il modello nord-americano e quello europeo*, in *Dir. ind.*, 2012, 2, 133; ID., *Arricchimento da fatto illecito: dalle sortite giurisprudenziali ai tormentati slanci del legislatore*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, 3, 525; ID., *La retroversione degli utili nel nuovo codice dei diritti di proprietà industriale*, in *Il diritto industriale*, 2005, 1, 38 e ss.; ID., *Un'innovazione in cerca di identità*, in *Danno e resp.*, 2006, 1605 ss.; C. GALLI, *Risarcimento del danno e retroversione degli utili: le diverse voci di danno*, in *Dir. ind.*, 2012, 2, 109 e ss.; M. GUERNELLI, *La retroversione degli utili tra rischio di overcompensation ed esigenza di colmare il lucro cessante*, in *Dir. ind.*, 2011, 3, 215; M.S. SPOLIDORO, *Il risarcimento del danno nel codice della proprietà industriale. Appunti sull'art. 125 c.p.i.*, in *Riv. dir. ind.*, 2009, 149 ss.; A. VANZETTI, *La «restituzione degli utili» di cui all'art. 125, n. 3, C.P.I., nel diritto dei marchi*, in *Dir. ind.*, 2006, 323 ss.; M. SCUFFI, *Diritto processuale della proprietà industriale*, Giuffré, Milano, 2009, 488 e ss.; V. DI CATALDO, *Compensazione e deterrenza nel risarcimento del danno da lesione dei diritti di proprietà industriale*, in *Giur. Comm.*, 2008 1, 198 e ss.; M. BARBUTO, *Il risarcimento dei danni da contraffazione di brevetto e la restituzione degli utili*, in *Riv. dir. ind.*, 2007, I, 173; ID., *Il risarcimento dei danni da contraffazione di brevetto e la restituzione degli utili. Le novità dopo il recepimento della direttiva enforcement*, in *Impr. comm. ind.*, 2006, 10, 1425 ss.; C. CASTRONOVO, *La violazione della proprietà intellettuale come lesione del potere di disposizione. Dal danno all'arricchimento*, in *Dir. ind.*, 2003, 7; ID., *La nuova responsabilità civile*, Giuffré, Milano, 2006, 636.

opportunistiche da parte dell'autore dell'illecito, spinto a valutare la convenienza della condotta illecita e a determinarsi nel senso di una violazione della norma qualora ciò risponda al suo interesse economico¹¹⁸.

Una tale impostazione, oltretutto, esalta anche l'identità solidaristica della responsabilità civile. Infatti, il rimedio è volto, in questo senso, a tutelare il soggetto avvertito come debole all'interno dell'ordinamento, secondo una lettura “personalistica” e “paternalista”¹¹⁹ dei tradizionali istituti civilistici.

Secondo un'ulteriore interpretazione, che non si condivide in quanto lontana dal tenore letterale della norma, il legislatore non ha inteso avvalersi del rimedio risarcitorio per conseguire i risultati della deterrenza e della sanzione, al contrario prevedendo, oltre al normale risarcimento del danno, volto a compensare la vittima dell'illecito, un'ulteriore misura, che è quella della restituzione degli utili, in virtù della regola dell'arricchimento senza causa (art. 2041 c.c.). Di conseguenza, i benefici realizzati dall'autore della violazione non rientrerebbero nel quantum risarcitorio, ma concorrerebbero insieme al risarcimento del danno. Ne discende, così, che la previsione dell'art. 125 cit. non prospetta un risarcimento ultracompensativo, ma un semplice concorso di rimedi di diversa natura¹²⁰.

6.2. La “riparazione pecuniaria” da diffamazione a mezzo stampa. (l'art. 12, l. 8 febbraio 1948, n. 47).

¹¹⁸ A. PALMIERI, *Danni punitivi nel diritto della concorrenza e della proprietà intellettuale: quali prospettive?*, in *Giur. It.*, 2018, 2300.

¹¹⁹ L. CIARONI, *Il paradigma della responsabilità civile tra tradizione e prospettive di riforma*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 9, 1892.

¹²⁰ C. CASTRONOVO, L. BARIBIERATO, N. ROMANATO, *Danno, arricchimento ingiustificato, arricchimento ingiustificato nell'art. 125 C.P.I.*, in *Riv. dir. ind.*, 2013, 1, 23 ss.

La medesima finalità afflittiva rinvenibile nell'art. 125 del Codice della proprietà industriale è rinvenibile anche in una disposizione in materia di diffamazione a mezzo stampa contenuta nell'art. 12, l. n. 47 del 1948¹²¹.

La norma, intitolata significativamente «riparazione pecuniaria», riconosce, infatti, alla persona offesa «oltre il risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 185 del c.p., una somma a titolo di riparazione (...) determinata in relazione alla gravità dell'offesa ed alla diffusione dello stampato». La dottrina ha messo in risalto la vocazione deterrente e sanzionatoria della disposizione in esame, evidenziandone la vicinanza con l'istituto dei *punitive damages*.¹²²

Che la disposizione in esame costituisca un chiaro esempio della natura polifunzionale della responsabilità civile è stato affermato pure dalla giurisprudenza di legittimità la quale, tuttavia, ha cautamente puntualizzato che si tratta di una regola eccezionale valevole in un ambito ben delimitato, quello, appunto, della diffamazione a mezzo stampa¹²³.

In base ad un'interpretazione strettamente letterale della norma, la previsione di una «riparazione pecuniaria» deve essere letta nei termini di una prestazione riconosciuta a favore del danneggiato in aggiunta all'ordinario risarcimento del danno morale, secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 185 c.p. Siffatta lettura troverebbe supporto nella stessa «Relazione alla legge», nella quale è stato precisato che la riparazione pecuniaria è

¹²¹ V. ZENO ZENCOVICH, *Il risarcimento esemplare per diffamazione nel diritto americano e la riparazione pecuniaria ex art. 12 della legge sulla stampa*, in *Resp. civ.*, 1983, 40 ss.

¹²² S. PATTI, *La quantificazione del danno patrimoniale e i danni punitivi*, cit., 211.

¹²³ Corte d'appello di Trento, sez. distaccata di Bolzano, 16 agosto 2008, in *danno e resp.*, 1, 2009, 93.

volta allo specifico fine di «rendere più sensibili le conseguenze per l'offensore della diffamazione libellistica».

Infine, il legislatore ha ritenuto necessario circoscrivere la discrezionalità del giudice entro specifici parametri valutativi, rappresentati in questo caso dalla gravità dell'offesa e dalla diffusione dello stampato.

6.3. La condanna al pagamento di «una somma equitativamente determinata» ai sensi dell'art. 96, comma 3, c.p.c.

La disposizione dell'art. 96 c.p.c. prevede, al comma 3, che il giudice, quando pronuncia sulle spese, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata. Si discute se si tratti, quanto all'ipotesi descritta, di una figura di responsabilità aggravata o di condanna punitiva¹²⁴. Il presupposto è rappresentato dall'esercizio abusivo del diritto di agire o di resistere in giudizio da parte del suo titolare¹²⁵, che travalica i limiti e le finalità previsti dal legislatore, in palese contrasto con i doveri di lealtà e probità descritti dall'art. 88 c.p.c.¹²⁶

I presupposti per la sussistenza della fattispecie in esame sono tre¹²⁷. Il primo riguarda la soccombenza totale della parte attrice o di quella convenuta¹²⁸. Il secondo concerne l'insorgenza di un

¹²⁴ Secondo una parte della dottrina. Si veda F.D. BUSNELLI, E. D'ALESSANDRO, *L'enigmatico ultimo comma dell'art. 96 c.p.c.: responsabilità aggravata o condanna punitiva?*, in *Danno e resp.*, 6, 2012, 585 ss.

¹²⁵ C. CALVOSA, *La condanna al risarcimento dei danni per responsabilità aggravata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1954, 378 e ss., lo definisce quale "illecito processuale".

¹²⁶ CALVOSA, cit., 389

¹²⁷ A. CARRATO, *Lite temeraria, nuove frontiere del danno*, in *Dir. giust.*, 2006, 45, 34.

¹²⁸ Di conseguenza, la compensazione di spese esclude, di regola, la sussistenza della responsabilità aggravata. Sul punto, v. Cass. 09 marzo 1982, n. 1531, in *Giust.*

danno in capo alla controparte causalmente riconducibile alla condotta dell'altro. Il terzo, infine, la particolare rilevanza dell'elemento soggettivo dell'autore della condotta, rinvenibile nel dolo o nella colpa grave¹²⁹. Al riguardo, per quanto attiene la prova del primo, deve risultare che l'autore della condotta fosse consapevole del proprio torto e dell'infondatezza della pretesa avanzata; quanto alla prova del secondo, è invece necessario provare l'assenza di una soglia minima di diligenza, in presenza della quale la parte avrebbe potuto rinvenire l'infondatezza della propria domanda o eccezione.

Sulla natura polifunzionale di questa fattispecie di responsabilità, l'opinione della dottrina e della giurisprudenza non è unanime.

Secondo un primo orientamento, occorrerebbe distinguere tra la semplice ipotesi del primo comma, alla luce del quale si è in presenza di un risarcimento con normale funzione compensativa, e quella del terzo comma, da qualificarsi nei termini di una sanzione civile (e non già, dunque, di responsabilità civile con funzione sanzionatoria e deterrente). La combinazione delle due soluzioni di cui al primo e al terzo comma della norma in esame porterebbe al conseguimento di due obiettivi. Quello riparatorio, da un lato, e quello sanzionatorio dall'altro¹³⁰.

All'interno della posizione ermeneutica che nega la sussistenza di un'ipotesi di responsabilità civile sanzionatoria, occorre segnalare la posizione giurisprudenziale secondo la quale tale risarcimento assolverebbe alla normale funzione riparatorio-compensativa, in quanto il danno risarcibile recato in sede processuale può essere

civ. Mass., 1982, fasc. 3; Cass. 24 aprile 1993, n. 4804, in *Giust. civ. Mass.*, 1993, 732; contra v. A. GUALANDI, *Spese e danni nel processo civile*, Giuffrè, Milano, 1962, 300.

¹²⁹ Cass. 21 luglio 2000, n. 9579, *Giust. civ. Mass.*, 2000, 1584; Cass. 8 gennaio 2003, n. 73, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 21.

¹³⁰ D. BARBIERATO, *Risarcimento del danno e crisi della funzione deterrente?*, cit., 62 ss.

identificato con quello aquiliano e consiste sia nella perdita subita sia nel mancato guadagno, in quanto conseguenze immediate e dirette del comportamento lesivo tenuto dalla controparte¹³¹.

Alla luce del secondo orientamento, avallato dalla più recente giurisprudenza¹³², la norma in esame rivela, invece, una chiara vocazione sanzionatoria. Tale connotazione trova conferma, di fatto, dal raffronto con la disciplina prevista dalla l. 24 marzo 2001, n. 89 (Legge Pinto) in materia di ragionevole durata del processo, secondo la quale l'eccessivo protrarsi del giudizio fa sorgere il diritto ad un adeguato indennizzo per il pregiudizio determinato dai ritardi imputabili alla macchina della giustizia. Tuttavia, mentre nel caso della citata legge del 2001 la somma riconosciuta è volta alla riparazione del pregiudizio e consegue non alla condotta della controparte, ma all'eccessiva lunghezza dell'*iter* processuale, nel caso dell'art. 96 c.p.c., invece, la prestazione cui è condannato il responsabile è diretta a sanzionarlo per il comportamento che ha tenuto nell'agire o nel resistere in giudizio pur nella consapevolezza dell'infondatezza delle proprie ragioni, in violazione dei principi di lealtà e probità previsti dall'art. 88 c.p.c. Da ciò discende che in quest'ultima ipotesi, la prestazione pecuniaria riconosciuta a favore della parte danneggiata deve essere liquidata in via equitativa dal giudice, tenendo conto necessariamente dei connotati che contraddistinguono il comportamento tenuto da quest'ultimo e, dunque, la gravità della colpa o del dolo. Inoltre, è possibile fare ricorso a una frazione o un multiplo delle spese di lite, con l'unico limite della ragionevolezza¹³³.

¹³¹ Cass. 12 gennaio 1999, n. 253, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 57.

¹³² Cass. civ., 4 luglio 2019, n. 17902, in *Giust. civ. Mass.*, 2019.

¹³³ Similmente a quanto avveniva nel caso dell'abrogato art. 385, comma 4, c.p.c., alla luce del quale «Quando pronuncia sulle spese, anche nelle ipotesi di cui all'articolo 375, la Corte, anche d'ufficio, condanna, altresì, la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma, equitativamente determinata,

7. La polifunzionalità della responsabilità contrattuale. Alcune ipotesi esemplificative.

Come evidenziato in precedenza (v. *supra* par.1), sembrerebbe opportuno allargare le maglie del dibattito in esame includendovi anche la responsabilità contrattuale.

È stato osservato, infatti, che esistono svariate ipotesi nelle quali la responsabilità contrattuale presenta una natura polifunzionale. Ne discende, quindi, la possibilità di operare una riflessione di più ampio respiro, resa, oltretutto, possibile in virtù del superamento della rigida separazione tra le due categorie di responsabilità. Distinzione che, ad oggi, risulta quasi desueta, come emerge dai contributi della dottrina in materia di responsabilità precontrattuale e di “contatto sociale”¹³⁴.

Come giustamente osservato, in un contesto nel quale i confini tra le due responsabilità sono labili, pare opportuno interrogarsi, non già sulla natura “extracontrattuale” o “contrattuale” di una

non superiore al doppio dei massimi tariffari, se ritiene che essa ha proposto il ricorso o vi ha resistito anche solo con colpa grave».

¹³⁴ S. ROSSI, *Contatto sociale (fonte di obbligazione)*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile, Appendice di aggiornamento V*, Utet, Torino, 2010, pag. 346 ss.

Come noto, la figura del contatto sociale nasce dagli studi della dottrina tedesca di inizio 900 e ai cosiddetti *vertragsähnliches Vertrauensverhältnis*, cioè a quei rapporti fondati non già su obblighi di prestazione, ma di protezione. Al riguardo, v. G. WAGNER, *sub § 823*, in *Münchener Kommentar*, Beck, München, 2017, Rn. 474. H. HILDEBRANDT, *Erklärungshaftung. Ein Beitrag zum System des bürgerlichen Rechtes*, Berlin-Leipzig, 1931; K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, 14, Allgemeiner Teil, München, 1987, 110; K. LARENZ, *Bemerkungen zur Haftung für ‘culpa in contrahendo’*, in *Beiträge zum Zivil- und Wirtschaftsrecht. Festschrift für Kurt Ballerstedt zum 70. Geburtstag am 24. Dezember 1975*, Berlin, 1975, 400 ss.; R. THIEMANN, *‘Culpa in contrahendo’ - ein Beitrag zum Deliktsrecht*, Gelsenkirchen, 1984, 17 ss.

determinata fattispecie, ma sulle specifiche regole che di volta in volta devono trovare applicazione nel singolo caso.¹³⁵

Consapevoli che la tradizionale separazione tra i due settori della responsabilità civile non sia, quindi, di ostacolo ad un esame di tale istituto nella sua unitarietà, appare utile passare in rassegna le principali ipotesi dalle quali sarebbe desumibile l'esistenza di una funzione deterrente (e non solo compensativa) della responsabilità contrattuale.

7.1. Gli interessi moratori (art. 1224, co. 1, c.c.)

La disposizione dell'art. 1224, co. 1, c.c.¹³⁶ disciplina gli interessi moratori a carico del responsabile dell'inadempimento di un'obbligazione pecuniaria. In particolare, gli interessi sono dovuti dall'inadempiente «anche se il creditore non prova di avere subito alcun danno».

Il debitore inadempiente, dal canto suo, non potrà opporsi alla richiesta del pagamento degli interessi nemmeno allegando e provando che il suo ritardo nel pagamento non ha dato adito ad alcun pregiudizio.

L'efficacia deterrente della citata previsione dipende, a tutta evidenza, dalla soglia dei tassi fissata dal legislatore¹³⁷. A un valore elevato corrisponde, infatti, una maggior efficacia deterrente: il debitore inadempiente, infatti, compie una valutazione economica e di opportunità che lo induce a compiere la propria prestazione e a

¹³⁵ G. AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, Giappichelli, Torino, 2008, 8 ss.

¹³⁶ Alla luce dell'art. 1224, co. 1, c.c., «Nelle obbligazioni che hanno per oggetto una somma di danaro, sono dovuti dal giorno della mora gli interessi legali, anche se non erano dovuti precedentemente e anche se il creditore non prova di aver sofferto alcun danno. Se prima della mora erano dovuti interessi in misura superiore a quella legale, gli interessi moratori sono dovuti nella stessa misura».

¹³⁷ V. ROPPO, *Responsabilità contrattuale. Funzione di deterrenza?*, in *Law. Dir.*, 3/4, 2017, 410-411.

pagare gli interessi fino a quel momento maturati laddove l'importo degli stessi risulti particolarmente alto. Viceversa, qualora il livello dei tassi è basso, il debitore inadempiente sarà indotto a persistere nell'inadempimento della prestazione principale.

7.2. Le *astreintes* (art. 614 bis c.p.c.)

Anche la fattispecie delle *astreintes*¹³⁸ (o penalità di mora) è esemplificativa della polifunzionalità della responsabilità contrattuale.

L'istituto è stato introdotto nel nostro ordinamento con la l. 18 giugno 2009, n. 69, mediante la previsione dell'art. 614 *bis* c.p.c., che, per risolvere il tradizionale problema dell'esecuzione degli obblighi di fare, sia fungibile, sia infungibile, prevede un meccanismo diretto a indurre il debitore inadempiente a svolgere la prestazione dovuta. La funzione è quella di coartare l'adempimento, a tutela del creditore e dell'interesse generale all'esecuzione dei provvedimenti giudiziari¹³⁹.

Nella sentenza di condanna, infatti, il creditore può chiedere che il giudice determini «la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento».

Similmente all'ipotesi dei *punitive damages*, anche quella dell'art. 614 *bis* c.p.c. ha la natura di una pena diretta a indurre un soggetto a tenere un determinato comportamento¹⁴⁰. Nel primo caso, la

¹³⁸ Per una panoramica sull'istituto, v. C. CONSOLO, *Una buona "novella" al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360-bis e 614-bis) va ben al di là della sua dimensione processuale*, in *Corr. giur.*, 2009, 737 ss.; S. MAZZAMUTO, *La comminatoria di cui all'art. 614-bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale*, in *Europa dir. priv.*, 2009, 981 ss.; C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Come cambia il processo civile*, UTET, Torino, 2009, 94; E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 737.

¹³⁹ Cass. civ., 15 aprile 2015, n. 7613, in *Foro it.*, 2015, 12, I, 3951 ss.

¹⁴⁰ F. BENATTI, *Dall'astreinte ai danni punitivi: un passo ormai obbligato*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, II, 679 ss.

coartazione è esercitata rispetto a una situazione che si è già verificata, mentre nel secondo essa è rivolta al futuro.

La Corte di Cassazione, tuttavia, mette in luce una significativa differenza tra le due figure. L'*astreinte*, infatti, «non ripara il danno in favore di chi l'ha subito, ma minaccia un danno nei confronti di chi si comporterà nel modo indesiderato; allorché la misura pecuniaria sia comminata in aggiunta non alla condanna risarcitoria, ma a quella a consegnare un bene determinato, l'*astreinte* si allontana dalla liquidazione del danno punitivo, presentando i caratteri di una tecnica di tutela di altro tipo, ossia d'induzione all'adempimento mediante una pressione (indiretta nel senso che non ricorre agli organi dello Stato, ma diretta per il fine perseguito) a tenere il comportamento dovuto»¹⁴¹.

8. Osservazioni conclusive.

In Italia, la responsabilità civile si fonda, in linea generale, su un sistema che ruota intorno a disposizioni del Codice civile rimaste immutate nel tempo e che si prestano, pertanto, alla luce degli sporadici interventi settoriali del legislatore, a diverse interpretazioni. Quello che appare, dall'esame delle singole fattispecie normative, è un mosaico frammentato che merita una riflessione complessiva e sistematica, dalla quale emerge che l'istituto sta attraversando una fase di radicale trasformazione, come confermato anche dall'analisi degli ultimi arresti giurisprudenziali¹⁴², alla luce dei quali non sono estranei alla responsabilità civile connotati sanzionatori e deterrenti.

¹⁴¹ Cass. civ., 15 aprile 2015, n. 7613, cit.

¹⁴² Cass. civ., 16 marzo 2016, n. 9978, cit.; Cass. civ. 5 luglio 2017, n. 16601, cit., precedute da Cass. Civ, 15 aprile 2015, n. 7613 cit. Alla polifunzionalità della responsabilità civile fanno riferimento anche le recenti sentenze in materia di *compensatio lucri cum damno*, Cass. S.U., 22 maggio 2018, n. 12564, 12565, 12566, 12567, cit.

In ambito civilistico, tuttavia, la questione relativa alla polifunzionalità della responsabilità civile resta irrisolta. Come si è visto, sono due i profili di maggiore criticità, ostativi all'ingresso delle funzioni da ultimo richiamate.

Il primo è legato all'operatività, secondo alcuni (v. *supra*, par. 4) del principio di legalità. Gli artt. 23 e 25 Cost., e l'art. 7 CEDU limiterebbero, infatti, l'esistenza di funzioni diverse da quella compensativa alle sole ipotesi espressamente disciplinate dal legislatore. Come si è evidenziato, il punto appare controverso, posto che le norme richiamate sono state concepite in contesti differenti e sono riferite, rispettivamente, al settore tributario (art. 23 Cost.) e a quello penale (art. 25 Cost. 3 7 CEDU).

Il secondo, invece, è relativo al profilo della quantificazione del danno e risulta, di fatto, l'aspetto di principale criticità (v. *supra*, par. 5). Al di là dell'ipotesi della forfetizzazione del danno per mano del legislatore (v. *supra* par. 5.1.) resta da chiedersi, infatti, alla luce di quali criteri possa concretamente essere disposto un risarcimento ultra-compensativo, posto che nei sistemi di *civil law* il giudice non crea la norma, ma è, al contrario, soggetto ad essa. Sotto questo profilo, la valutazione della condotta del danneggiante sarebbe senz'altro necessaria, ma potrebbe condurre a esiti arbitrari, vista l'assenza di parametri cui ancorare tale giudizio.

Comunque sia, dall'esame del panorama civilistico è certo rinvenibile un'istanza di giustizia e di tutela della parte debole che potrebbe portare, nel prossimo futuro, a una vera e propria trasformazione della responsabilità civile in uno strumento volto a garantire istanze di giustizia sociale, come nel caso del citato d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7, che per i reati oggetto di depenalizzazione istituisce un risarcimento non dissimile dalla figura dei *punitive damages*. In questa prospettiva, il risarcimento del danno è in grado di colmare le lacune presenti nel nostro sistema, proiettandosi nella dimensione sanzionatoria e deterrente. Un aspetto senz'altro

significativo, che emerge chiaramente dall'analisi delle fattispecie di diritto del lavoro (*infra* cap. 2), è relativo all'impiego dello strumento civilistico in presenza di pregiudizi irreparabili, per punire l'autore della violazione della norma nell'ottica anglosassone del “*to teach the wrongdoer that tort does not pay*”¹⁴³.

Capitolo II.

La funzione deterrente e sanzionatoria del risarcimento del danno nel diritto del lavoro.

SOMMARIO: 1. L'abbandono del paradigma della reintegrazione e la primazia del rimedio risarcitorio. – 2. L'utilizzo improprio del linguaggio civilistico nel diritto del lavoro: indennità, indennizzo, indennità risarcitoria e risarcimento del danno. – 3. La forfettizzazione del danno risarcibile. – 3.1. Il “danno minimo” previsto dall'art. 18, comma 2, l. 20 maggio 1970, n. 300 e dall'art. 2, comma 2, d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23. – 3.2. Il danno all'immagine della Pubblica Amministrazione cagionato dal dipendente. – 3.3. Abuso del contratto a termine e indennità risarcitoria nel rapporto di lavoro privato. – 3.4. Abuso del contratto a termine e indennità risarcitoria nel rapporto di lavoro pubblico. – 4.

¹⁴³ V. WILCOX, *Punitive damages in England*, in H. KOZIOL, V. WILCOX, (a cura di), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Springer, Wien-New York, 2009, 16, con riferimento alla sentenza *Rookes v. Barnard* [1964] 1 All ER 367, 411.

Polifunzionalità del risarcimento del danno e tutela del lavoratore autonomo. – 4.1. L’art. 3, l. 22 maggio 2017, n. 81: l’abuso di dipendenza economica e il risarcimento del danno. – 4.2. L’art. 47-ter, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: la violazione degli obblighi informativi e del requisito della forma scritta del contratto di lavoro. – 5. Il danno non patrimoniale nel diritto del lavoro e il risarcimento polifunzionale. – 5.1. Il danno tanatologico da morte del lavoratore. – 5.2. Il danno da demansionamento. – 5.3. Il *mobbing* e lo *straining*. – 6. Osservazioni conclusive.

1. L’abbandono del paradigma della reintegrazione e la primazia del rimedio risarcitorio.

Nel diritto del lavoro, il risarcimento del danno rivela la sua identità polifunzionale più di quanto non emerga in altri settori dell’ordinamento e ciò per la *ratio* stessa della materia, ossia la tutela del lavoratore quale soggetto debole.

Esso non è diretto soltanto all’obiettivo della riparazione del diritto leso, ma anche a quello della deterrenza e della sanzione ed è quindi impiegato proprio per disincentivare determinati comportamenti o per punirne l’autore, come emerge dalle diverse fattispecie che si analizzeranno (*infra*, par. 3, 4 e 5).

Il polimorfismo del rimedio risarcitorio ha contribuito ad accentuare la specialità della materia, favorendo lo sviluppo di un “microsistema rispetto al diritto comune”¹⁴⁴: nel diritto civile, infatti, è per lungo tempo prevalsa l’idea della monofunzionalità e, quindi,

¹⁴⁴ C. CESTER, *I licenziamenti tra passato e futuro*, in *Arg. dir. lav.*, 2016, 6, 1111; G. SANTORO PASSARELLI, *Appunti sulla funzione delle categorie civilistiche nel diritto del lavoro dopo il Jobs Act*, in O. MAZZOTTA (a cura di), *Lavoro ed esigenze dell’impresa fra diritto sostanziale e processo dopo il Jobs Act*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 173 ss.; P. ICHINO, *Il percorso tortuoso del diritto del lavoro tra emancipazione dal diritto civile e ritorno al diritto civile*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, 59 ss.; M. MAGNANI, *Il diritto del lavoro e le sue categorie*, Cedam, Padova, 2006, 10.

della sola funzione riparatorio-compensativa¹⁴⁵ (cap. 1, par. 3.1), con una timida apertura alla polifunzionalità soltanto in tempi recenti¹⁴⁶.

Tuttavia, nel diritto del lavoro l'identità polimorfe del risarcimento del danno è l'esito di una peculiare metamorfosi dell'istituto nel corso del tempo: da strumento secondario esso è, infatti, divenuto il rimedio principale a tutela del soggetto debole.

Ripercorrendo le tappe essenziali di questo percorso, occorre evidenziare come, specie negli anni '70, lo strumento risarcitorio ha rivestito una posizione marginale, privilegiandosi invece la tutela in forma specifica, mediante la reintegrazione del diritto leso, elevata a regola generale¹⁴⁷ e considerata l'unico rimedio effettivo a favore del lavoratore¹⁴⁸, come emerge dalla disciplina sanzionatoria avverso le ipotesi di licenziamento illegittimo disposta dall'art. 18, l. 20 maggio 1970, n. 300. Questa scelta trova una giustificazione nella natura dei beni protetti: il lavoro e la stabilità nel posto di lavoro, che possono essere ripristinati grazie alla cooperazione dell'obbligato¹⁴⁹.

¹⁴⁵ S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., 18 ss.; F. GALGANO, *Alla ricerca delle sanzioni civili indirette: premesse generali*, in *Contratto e impr.*, 1987, 2, 531 ss.; C. CASTRONOVO, *Il risarcimento punitivo che risarcimento non è*, in P. CERAMI, M. SERIO, (a cura di), *Scritti di comparazione e storia giuridica*, Giappichelli, Torino, 2011, 100 ss.; C. GRANELLI, *In tema di «danni punitivi»*, cit., 1761; E. LUCCHINI GUASTALLA, *La compatibilità dei danni punitivi con l'ordine pubblico alla luce della funzione sanzionatoria di alcune disposizioni normative processualciviltistiche*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 1488 ss.; DE MENECH, C., *Verso la decisione delle Sezioni Unite sulla questione dei danni punitivi. Tra ostacoli apparenti e reali criticità*, in *Resp. civ. prev.*, 3, 2017, 986 ss.

¹⁴⁶ Da ultimo, v. Cass. S.U., 5 luglio 2017, n. 16601, cit.

¹⁴⁷ E. GHERA, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, cit., 10;

¹⁴⁸ N. IRTI, *Significato giuridico dell'effettività*, Esi, Napoli, 2009, 13.

¹⁴⁹ C. ASSANTI, G. PERA, *Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Cedam, Padova, 1972, 201.

In questo contesto, il rimedio risarcitorio, strumento accessorio, svolge non solo la funzione riparatoria, ma anche sanzionatoria¹⁵⁰, come nel caso del “danno minimo” pari a cinque mensilità, rispetto al quale, a dispetto del termine “risarcimento” – che indurrebbe a ritenere sussistente il profilo della compensazione e non quello della punizione¹⁵¹ – la prestazione pecuniaria opera alla stregua di una pena privata.

L’identità “punitiva” emerge, infatti, in modo evidente dall’art. 18, comma 2, l. cit., che fissa un importo minimo di danno risarcibile non inferiore alle cinque mensilità della retribuzione da corrispondere al prestatore di lavoro dal giorno del licenziamento a quello dell’effettiva reintegrazione (su cui *infra* par. 3.1.).

Il risarcimento per equivalente è apparso a molti Autori¹⁵² non idoneo a tutelare i richiamati valori, in quanto l’espedito

¹⁵⁰ O. MAZZOTTA, *Il risarcimento dei danni per il licenziamento illegittimo fra “sanzione” e “adempimento”*, in *Foro it.*, 1978, 2165; M. D’ANTONA, *La reintegrazione sul posto di lavoro*, Cedam, Padova, 1979, 131; R. SCOGNAMIGLIO, *Licenziamento illegittimo e risarcimento del danno*, in *MGL*, 1990, 120 ss.; ID., *La disciplina del risarcimento del danno nel disposto dell’art. 18 della l. n. 300/1970, a proposito di due recenti pronunzie della Cassazione a sezioni unite*, in *MGL*, 1985, 341 ss.

¹⁵¹ L. MONTUSCHI, *Attualità della sanzione civile nel diritto del lavoro*, in AA.VV., *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, Cacucci Editore, Bari, 2008, 724; A. DI MAJO, *Tutela risarcitoria, restitutoria, sanzionatoria*, Enc. Giur. Treccani, XXXI, Istituto dell’Enciclopedia Italiana, Roma, 1994, 1; F.D. BUSNELLI, *Verso una riscoperta delle pene private?*, in F.D. BUSNELLI, G., SCALFI, (a cura di), *Le pene private*, Giuffrè, Milano, 1985, 3. Ritieni, invece, che il termine “risarcimento” sia utilizzato in modo scorretto e che al suo posto debba essere utilizzata l’espressione “prestazione sanzionatoria”, che esula dall’orbita della responsabilità civile, C. GRANELLI, *In tema di danni punitivi*, cit., 1760 ss.

¹⁵² A. PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Jovene, Napoli, 2003, 121; ID., *Aspetti processuali della reintegrazione nel posto di lavoro*, in *Foro it.*, 1982, V, 117 ss.; S. MAZZAMUTO, *L’attuazione degli obblighi di fare*, Jovene, Napoli, 1978, 35. Infatti, la prestazione lavorativa non costituisce unicamente un mero adempimento contrattuale con valenza patrimoniale, ma è al tempo stesso il contesto nel quale il lavoratore può esprimere la sua personalità e il mezzo attraverso il quale poter realizzare interessi costituzionalmente protetti. (Art. 1, 2, 4, 35 e 36 Cost.) così E. GHERA, *Le tecniche di tutela: statuto dei lavoratori e innovazioni legislative*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1991, 633 ss.; G. CANNATI, *Bisogni, rimedi e tecniche di tutela del prestatore di lavoro*, in *Dir. lav. rel.*

monetario, pensato per soddisfare istanze di carattere prevalentemente patrimoniale, consentirebbe una via di fuga troppo comoda e condurrebbe, di fatto, a una sostanziale espropriazione del diritto.

Nella fase successiva, si assiste a una progressiva espansione del rimedio risarcitorio accompagnata dal tramonto di quello reintegratorio, come emerge, ancora una volta, dalla disciplina in materia di licenziamenti illegittimi.

Al riguardo, una tappa significativa è senz'altro rappresentata già dalla l. 26 maggio 1990, n. 108¹⁵³ ma tale processo trova

ind., 2012, 129 ss.; V. SPEZIALE, *Situazione delle parti e tutela in forma specifica nel rapporto di lavoro*, in BARBIERI, M., MACARIO, F., TRISORIO LIUZZI G. (a cura di), *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, 88 ss.; ID., *Processo del lavoro, certezza del diritto ed effettività delle tutele*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT* – 215/2014, 6; In giurisprudenza, Cass. s.u., 10 gennaio 2006, n. 141 in *Giur. it.*, 2006, 8-9, 1661; Cass. s.u. 18 giugno 2012, n. 9965, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 6, 807.

¹⁵³ L'art. 1, l. 11 maggio 1990, n. 108 prevede che «Fermo restando il diritto al risarcimento del danno così come previsto al quarto comma, al prestatore di lavoro è data la facoltà di chiedere al datore di lavoro in sostituzione della reintegrazione nel posto di lavoro, un'indennità pari a quindici mensilità di retribuzione globale di fatto. Qualora il lavoratore entro trenta giorni dal ricevimento dell'invito del datore di lavoro non abbia ripreso servizio, né abbia richiesto entro trenta giorni dalla comunicazione del deposito della sentenza il pagamento dell'indennità di cui al presente comma, il rapporto di lavoro si intende risolto allo spirare dei termini predetti». Il legislatore ha, quindi, introdotto all'interno dell'art. 18 il diritto potestativo del lavoratore di optare, in luogo della reintegrazione, per un'indennità pari a 15 mensilità di retribuzione globale di fatto. La predeterminazione dell'importo da corrispondere al lavoratore conferisce alla prestazione valenza marcatamente sanzionatoria. A ciò si aggiunge, comunque, la funzione riparatorio-compensativa, posto che tale valore monetario va a colmare un vuoto determinato dalla mancata reintegra, cui discende inevitabilmente un danno in capo al lavoratore, qualora questi preferisca optare per la soluzione pecuniaria. R. FOGLIA, *L'opzione economica del lavoratore reintegrato*, in *Dir. lav.*, 1991, 1, 15; M.G. GAROFALO, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali. Prime osservazioni*, in *MGL*, 1990, 1, 197; M. NAPOLI, *La tutela reale contro i licenziamenti*, in F. CARINCI (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, Vol. I, Jovene, Napoli, 1991, 163; P. SANDULLI, A. VALLEBONA, C. PISANI, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, Cedam, Padova, 1990, 48; E. GHERA, *Le tecniche di tutela*, cit., 642. Inoltre, come osserva G. PERA «la reintegra, per il lavoratore "normale" desideroso di avanzare e progredire, può

completamento nelle riforme del 2012 e del 2015 (l. 24 giugno 2012 n. 92 e il d. lgs. 4 marzo 2015, n. 23), che hanno portato alla “monetizzazione” della tutela della persona del lavoratore, nel segno della *flexicurity*.

Nell’ambito dei due ultimi interventi, viene definitivamente abbandonata la regola generale della tutela reintegratoria, circoscritta alle sole ipotesi di maggior gravità, cioè nei casi di licenziamenti nulli, discriminatori e inefficaci per difetto di forma scritta (art. 1, co. 42, lett. b, l. n. 92, cit., e art. 2, d.lgs. 23, cit); di contro, il risarcimento del danno, prima rimedio secondario, è stato elevato a regola generale.

L’attuale primazia del rimedio risarcitorio è inoltre confermata da numerose fattispecie disseminate all’interno della materia, che saranno oggetto di analisi (*infra*, par. 3, 4 e 5). Spesso in questi casi il legislatore ha fatto ricorso alla soluzione della forfettizzazione del danno, sul modello del richiamato “danno minimo” di cui all’art. 18, co. 2, l. n. 300 (su cui *infra*, par. 3.1.).

Tale tecnica ha aperto le porte a un utilizzo poliedrico dell’istituto, anche in ambiti diversi da quello del recesso illegittimo del datore di lavoro.

Come si vedrà in seguito (*infra*, par. 3), chiari esempi di tale scelta sono rinvenibili nel regime sanzionatorio avverso l’utilizzo abusivo del contratto a termine (art. 32, comma 5, del “Collegato Lavoro”, l. 4 novembre 2010, n. 183 e art. 36, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, *infra*, par., 3.3 e 3.4) che prevede un’“indennità risarcitoria onnicomprensiva” entro una forchetta di valori prestabiliti, nell’ipotesi del risarcimento del danno all’immagine alla P.A. da parte del dipendente (art. 55-*quater*, comma 3-*quater*, d.lgs. 30

essere poco appetitosa, perché prospettive migliorative diventano dubbie in un’entità con la quale vi è stato conflitto». G. PERA, *Sulla nuova disciplina del contratto a termine e sul regime sanzionatorio del licenziamento ingiustificato*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 2002, 23.

marzo 2001, n. 165, *infra*, par. 3.2, peraltro oggetto di dichiarazione di incostituzionalità¹⁵⁴) nell'art. 47-ter, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81 (*infra*, par. 4.2.) a tutela dei *riders*, a favore dei quali è stato introdotto di recente un risarcimento del danno forfettizzato entro il limite massimo dei compensi percepiti in un anno.

Al di là dei casi di risarcimento forfettizzato, l'istituto assume una veste polifunzionale anche nell'art. 3, l. 81/2017 in materia di abuso di dipendenza economica del committente, che fa sorgere automaticamente in capo al lavoratore autonomo il diritto alla prestazione risarcitoria in presenza di clausole e condotte abusive (*infra* par. 4.2.). Del pari, nell'ambito del pregiudizio non patrimoniale – per sua natura irreparabile¹⁵⁵ – il danno tanatologico da morte del lavoratore (*infra*, par. 5.1.), quello da demansionamento (*infra*, par. 5.2), da *mobbing* e da *straining* (*infra*, par. 5.3.) sono indicativi della propensione del risarcimento a svolgere funzioni diverse da quella compensativa.

Stiamo, quindi, assistendo a una espansione capillare del rimedio risarcitorio, che subentra negli spazi prima occupati dalla reintegrazione o interviene a colmare le lacune del sistema a tutela del soggetto debole.

Le ragioni sottese a tale processo possono essere molteplici.

Il risarcimento per equivalente è uno strumento più sicuro di quello in forma specifica, che sul piano pratico pecca di scarsa effettività, in quanto presuppone sempre la partecipazione attiva dell'obbligato, in assenza della quale rischia di rimanere ineseguito, a meno che non intervengano specifici strumenti di coercizione indiretta.

Inoltre, il rimedio per equivalente è più immediato e traduce l'istanza diffusa di maggior flessibilità del rapporto di lavoro.

¹⁵⁴ Corte cost., 9 gennaio 2020, n. 61, in *Consulta Online*.

¹⁵⁵ F. GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*, ESI, Napoli, 2011, 737.

La scelta di privilegiare il rimedio monetario è d'altro canto legittimata dall'irrilevanza costituzionale della reintegrazione, che, come evidenziato in passato dalla Corte costituzionale, non rappresenta l'unico possibile paradigma attuativo dei principi sanciti dagli articoli 4 e 35 Cost.¹⁵⁶ ed è soltanto «uno dei modi per realizzare la garanzia del diritto al lavoro»¹⁵⁷.

In una prospettiva di tutela del lavoratore, è peraltro necessario che il risarcimento sia corrisposto in misura adeguata, poiché importi pecuniari non proporzionati alla reale entità del pregiudizio compromettono la sua principale funzione, quella compensativa, e affievoliscono la sua venatura dissuasiva e sanzionatoria¹⁵⁸.

Come si avrà modo di evidenziare in seguito, tale rilievo rappresenta il profilo di maggior criticità, soprattutto alla luce delle recenti riforme, che riducono fortemente il *quantum* del risarcimento, come si evince soprattutto dalla disciplina avverso i licenziamenti

¹⁵⁶ La Corte cost. ha da tempo valorizzato la discrezionalità del legislatore nella disciplina concernente la tutela del lavoratore nel caso di licenziamento illegittimo. V. al riguardo, Corte cost., 194/1970 evidenzia che l'attuazione dei principi contenuti negli art. 4 Cost. «resta tuttavia affidata alla discrezionalità del legislatore ordinario, quanto alla scelta dei tempi e dei modi, in rapporto ovviamente alla situazione economica generale». Nello stesso senso v., Corte cost. 55/1974, Corte cost. 189/1975 in *Consulta Online*; Corte cost. 2/1986. In dottrina, v. S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in CSDLE-It, 246/2015, 5-6; A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di paradigma per il diritto del lavoro?* in L. FIORILLO, A. PERULLI, (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e 23*, Giappichelli, Torino, 2015, 31.

¹⁵⁷ Corte cost., 11 novembre 2011, n. 303; Corte cost. 7 febbraio 2000, n. 46; Corte cost. 268/1994. Nello specifico, poi, Corte cost. 41/2003 precisa che «la materia dei licenziamenti individuali è oggi regolata, in presenza degli artt. 4 e 35 della Costituzione, in base al principio della necessaria giustificazione del recesso». Inoltre, la Corte cost. ha evidenziato che «pur non garantendo il diritto alla conservazione del lavoro, tuttavia esige che il legislatore ... adegui ... la disciplina dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato al fine ultimo di assicurare a tutti la continuità del lavoro, e circondi di doverose garanzie ... e di opportuni temperamenti i casi in cui si renda necessario far luogo a licenziamenti». Così Corte cost., 45/1965. Similmente, Corte cost. 60/1991; 541/2000.

¹⁵⁸ Corte cost. 11 novembre 2011, n. 303, in *Foro it.*, 2012, 3, I, 717 ss.

illegittimi, da quella volta a contrastare l'utilizzo abusivo dei contratti a termine e da quella a tutela dei *riders*.

L'analisi delle fattispecie dalle quali emerge un impiego trasversale del risarcimento mette in luce "l'indole trasgressiva" della responsabilità civile, accentuata soprattutto nell'ambito giuslavoristico¹⁵⁹, dove è impiegata, come si vedrà, per colmare le lacune di un sistema spesso inefficiente, per rispondere a esigenze di giustizia sociale e di riequilibrio tra interessi contrapposti¹⁶⁰, con un significativo allontanamento dal dogma civilistico dell'integrale riparazione del danno, solo di recente messo in discussione anche dalla giurisprudenza civile¹⁶¹.

2. L'utilizzo improprio del linguaggio civilistico nel diritto del lavoro: indennità, indennizzo, indennità risarcitoria e risarcimento del danno.

L'analisi delle richiamate fattispecie di risarcimento polifunzionale presuppone, in via preliminare, una riflessione sull'utilizzo, spesso incoerente, dei termini afferenti all'area dei diversi rimedi civilistici, quali l'indennità, l'indennizzo, l'indennità risarcitoria e il risarcimento del danno.

L'assenza di una definizione univoca della nozione di indennità ha portato la giurisprudenza e lo stesso legislatore a farne un uso

¹⁵⁹ In questi termini, L. MENGONI, definisce il diritto del lavoro alla stregua di un "virgulto ribelle". L. MENGONI, *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile*, cit., 10.

¹⁶⁰ A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Giappichelli, Torino, 2009, 1.

¹⁶¹ Soprattutto da parte della giurisprudenza. Al riguardo, v. le citate sentenze Cass. Sezioni Unite, 5 luglio 2017, n. 16601, in *Contratto e impr.*, 2017, cit.; Cass. S.U., 22 maggio 2018, n. 12564, 12565, 12566, 12567, cit. Tale allontanamento dal principio di integrale riparazione del danno è giustificato dalla mancanza di una copertura costituzionale, altrimenti ostativa a una concezione polifunzionale della responsabilità civile.

diverso rispetto alla ricostruzione operata dalla dottrina, finendo, così, per generare un vero e proprio «ginepraio semantico»¹⁶².

In questo intricato labirinto di termini, lo sforzo profuso dagli studiosi è stato quello di individuare i tratti caratterizzanti delle figure richiamate all'interno delle singole norme disseminate nel nostro ordinamento.

È opinione diffusa che i termini “indennità” e “indennizzo” possono essere considerati quali sinonimi¹⁶³, sia nel linguaggio comune, sia in quello giuridico, tanto che si può parlare, secondo alcuni, di una vera e propria “equivalenza semantica ed equipollenza giuridica”¹⁶⁴. Ciò troverebbe conferma anche da parte della giurisprudenza e del legislatore i quali, dal canto loro, ricorrono indifferentemente a queste espressioni.

Il raffronto con il risarcimento del danno offre un'utile guida per poter individuare i connotati dell'indennità.

In sintesi, come si è già evidenziato, (cap. 1, par. 2), mentre l'indennità fa riferimento a una prestazione di natura prettamente restitutoria, connessa all'arricchimento della controparte (e, secondo alcuni, a un atto che, seppur dannoso, è lecito¹⁶⁵), il risarcimento

¹⁶² P. PERLINGERI, *La responsabilità civile tra risarcimento e indennizzo*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, 1061

¹⁶³ G. PEDRAZZI, *La parabola della responsabilità civile tra indennità e risarcimento*, in *Liber Amicorum per F.D. Busnelli*, cit., 657; D. BONAMORE, *Equivalenza semantica ed equipollenza di indennità, indennizzo, risarcimento, quale corrispettivo nelle espropriazioni per pubblica utilità*, in *Giust. civ.*, 1998, 1, 3245.

¹⁶⁴ D. BONAMORE, *Equivalenza semantica ed equipollenza di indennità, indennizzo, risarcimento, quale corrispettivo nelle espropriazioni per pubblica utilità*, cit., 3256. Al riguardo, l'A. osserva che essi sono una variante dello stesso “sema” ed evidenzia che il termine indennità è più risalente ed è, di fatto, stato sostituito da quello di indennizzo, specie con riguardo all'espropriazione, come emerge dall'art. 42 Cost. Ciononostante la giurisprudenza continua a utilizzare anche il primo lemma. In senso contrario, tuttavia, P. PERLINGERI, *La responsabilità civile tra risarcimento e indennizzo*, cit., 1067.

¹⁶⁵ F.D. BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzi*, Giuffrè, Milano, 1964, 77.

è, invece, legato al danno ingiusto¹⁶⁶ ed è generalmente connesso al principio di integrale riparazione del danno.

Di conseguenza, se il risarcimento copre sia il danno emergente, sia il lucro cessante, poiché deve garantire una riparazione integrale, la prestazione indennitaria è invece sganciata dal danno e prescinde dallo stesso: ha, quindi, natura di semplice corrispettivo¹⁶⁷.

Tuttavia, nonostante sia possibile operare una distinzione netta, sul piano astratto, tra le due figure, nella pratica il legislatore fa un uso spesso confuso dei due rimedi, trascurando le peculiarità dell'uno e dell'altro strumento, come accade a tutta evidenza nel diritto del lavoro¹⁶⁸, dove ci si imbatte in disposizioni che prevedono un'"indennità" in contesti che suggerirebbero, invece, l'esistenza di una vera e propria obbligazione risarcitoria.

Sono numerosi i casi che testimoniano un utilizzo a-tecnico dei termini in esame: si pensi al regime sanzionatorio avverso le ipotesi di licenziamenti illegittimi, dove anziché prevedere espressamente un diritto al risarcimento del danno a favore del lavoratore licenziato, le diverse disposizioni normative prevedono una "indennità": l'art. 8, l. 6 agosto 1966, n. 604, dispone che il lavoratore licenziato illegittimamente ha diritto a «un'indennità di importo compreso tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto (...)»¹⁶⁹. Allo stesso modo,

¹⁶⁶ P. PERLINGERI, *La responsabilità civile tra risarcimento e indennizzo*, cit., 1072.

¹⁶⁷ C. SALVI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto privato*, G. IUDICA e P. ZATTI (a cura di), Giuffrè, Milano, 2005, 262.

¹⁶⁸ Tuttavia, il diritto del lavoro non è l'unico caso che testimonia un utilizzo confuso dei termini in esame. Al riguardo, si evidenzia «l'assenza di chiarezza dogmatica» anche rispetto al caso dell'espropriazione, dove i termini indennità, indennizzo e risarcimento, specie da parte della giurisprudenza, vengono utilizzati indifferentemente. Al riguardo, v. D. BONAMORE, op. cit.

¹⁶⁹ L'art. 8, l. cit. come modificato dalla l. 11 maggio 1990, n. 108 prevede che «1. Quando risulti accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giusta

l'art. 18, co. 2, l. 20 maggio 1970, n. 300¹⁷⁰ prevede testualmente che «il giudice (...) condanna (...) il datore di lavoro al risarcimento del danno (...) stabilendo a tal fine un'indennità».

Similmente dispone il d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, all'interno del quale il legislatore utilizza il termine “indennità”.

Al riguardo, la Corte costituzionale ha precisato che «la qualificazione come “indennità” dell'obbligazione prevista dall'art. 3, comma 1, del D. Lgs. 4 marzo 2015, n. 23 non ne esclude la natura di rimedio risarcitorio, a fronte di un licenziamento illegittimo»¹⁷¹.

causa o giustificato motivo, il datore di lavoro è tenuto a riassumere il prestatore di lavoro entro il termine di tre giorni o, in mancanza, a risarcire il danno versandogli un'indennità di importo compreso tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo al numero dei dipendenti occupati, alle dimensioni dell'impresa, all'anzianità di servizio del prestatore di lavoro, al comportamento e alle condizioni delle parti. La misura massima della predetta indennità può essere maggiorata fino a 10 mensilità per il prestatore di lavoro con anzianità superiore ai dieci anni e fino a 14 mensilità per il prestatore di lavoro con anzianità superiore ai venti anni, se dipendenti da datore di lavoro che occupa più di quindici prestatori di lavoro».

¹⁷⁰ L'art. 18, l. cit. prevede, infatti, che «Il giudice, con la sentenza di cui al primo comma, condanna altresì il datore di lavoro al risarcimento del danno subito dal lavoratore per il licenziamento di cui sia stata accertata la nullità, stabilendo a tal fine un'indennità commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative. In ogni caso la misura del risarcimento non potrà essere inferiore a cinque mensilità della retribuzione globale di fatto».

¹⁷¹ Corte cost. 8 novembre 2018, n. 194, in *Consulta Online*.

Similmente, anche in materia di contratti a termine, l'art. 28, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81¹⁷², qualifica il risarcimento del danno nei termini di un'indennità onnicomprensiva¹⁷³.

Nella prospettiva civilistica, più rigorosa, ci si trova di fronte a un utilizzo promiscuo e confuso dei termini, che spinge l'interprete a chiedersi quale anima si celi dietro a queste etichette, quella del risarcimento o dell'indennità.

In generale, nel contesto delle fattispecie citate sussiste un comportamento del datore di lavoro in danno del lavoratore e, in particolare, un inadempimento contrattuale, che suggerisce senz'altro la presenza di un'obbligazione risarcitoria.

L'utilizzo dell'espressione "indennità" nel lessico giuslavorista in luogo del risarcimento, potrebbe, allora, trovare una giustificazione nella scelta di garantire al lavoratore una prestazione pecuniaria sganciata dall'onere probatorio normalmente previsto.

Tale soluzione, infatti, consente di sottrarsi alle regole sulla prova dell'esistenza e dell'entità del danno¹⁷⁴, dimostrazione che rappresenterebbe un ostacolo spesso insormontabile per il lavoratore.

¹⁷² Alla luce del citato art. 28, infatti, «nei casi di trasformazione del contratto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato, il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del danno a favore del lavoratore stabilendo un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 e un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto».

¹⁷³ Si mantiene intatta la previsione esistente all'interno del previgente testo dell'art. 32, comma 5, d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368. Rispetto all'utilizzo improprio dell'espressione "indennità onnicomprensiva" da parte del legislatore all'interno dell'art. 32, d.lgs. cit., v. E. GRAGNOLI, *Il sistema sanzionatorio nel rapporto di lavoro a tempo determinato e la proposizione della domanda giudiziale*, in *Lav. Giur.*, 8-9, 2012, 773 ss.

¹⁷⁴ G. PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 1980, 155, e anche ID., *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1991, 2, 251 ss., dove l'Autore definisce l'indennità come «penale risarcitoria». Con specifico riferimento al risarcimento *ex art. 8, l. 604, e 18* fa espresso riferimento all'esistenza di

Così, nell'“indennità risarcitoria”, la combinazione dei termini “risarcimento del danno” e “indennità” crea una sorta di ibrido, una figura a due anime nella quale coesistono le caratteristiche di entrambe. Esemplificative di tale ipotesi sono l'art. 18, comma 5, St. lav., ai sensi del quale «il giudice, nelle altre ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro, dichiara risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata tra un minimo di dodici e un massimo di ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto (...)» e l'art. 47-ter, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81 (su cui *infra*, par. 4.2).

Come nell'indennità, il *quantum* della prestazione è prestabilito, alla stregua di un corrispettivo; d'altro canto, la presenza di un pregiudizio da riparare rivela la natura risarcitoria della prestazione che, qualora consista in una somma superiore al danno effettivamente subito, è idonea a soddisfare anche una funzione sanzionatoria e, ancor prima, dissuasiva nei confronti dell'autore della condotta. Come si è visto (v. *supra*, cap. 1, par. 5.1.), la previsione di un limite minimo e massimo della prestazione è compatibile con la natura risarcitoria.

Quest'utilizzo poliforme dello strumento risarcitorio, che si maschera dietro all'accostamento dell'indennità al risarcimento del danno rivela l'indole polifunzionale della responsabilità civile, dotata sia di una valenza compensativa nei confronti del lavoratore, secondo gli schemi del diritto civile e il principio di integrale riparazione del danno, sia di una forte torsione deterrente e sanzionatoria nei confronti del datore di lavoro, che è tenuto in ogni caso

una penale, così C. ASSANTI, G. PERA, *Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori, sub art. 18*, Cedam, Padova, 1972, 192 e 201.

(a prescindere dalla prova del danno) a corrispondere l'importo stabilito dalla norma di riferimento.

L'indennità cui fa riferimento il legislatore nel contesto delle norme citate è, quindi, definibile alla stregua di un risarcimento del danno forfetizzato. È un metodo di calcolo del danno a partire dal valore oggettivo della prestazione inadempita e non legato, invece, al criterio differenziale della diminuzione patrimoniale (*Differenztheorie*)¹⁷⁵.

Anche nell'ordinamento tedesco accade che le figure dell'*Entschädigung* (indennità) e dello *Schadenersatz* (risarcimento del danno) sono talvolta utilizzate in maniera indistinta e spesso confusa, laddove il legislatore si riferisce alla prima in contesti nei quali si è, invece, in presenza di un'obbligazione risarcitoria¹⁷⁶.

Così si rinviene, ad esempio, nel caso del danno da discriminazione sul lavoro¹⁷⁷, ipotesi disciplinata dal § 15 AGG (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, sul quale *infra* cap. 3). La norma, rubricata “risarcimento del danno e indennità¹⁷⁸”, prevede, infatti, che nel caso di

¹⁷⁵ Con riferimento alla *Differenztheorie*, v. F. MOMMSEN, *Zur Lehre vom Interessen*, Braunschweig, 1855. Sulla *Differenztheorie*, v. M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, Giuffrè, Milano, 2004, 123 ss.; H. HONSELL, *Differenztheorie und normativer Schadensbegriff*, in *Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht - Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen*, Schulthess, Zürich, 2010, 260 ss.

¹⁷⁶ Così, ad esempio nel caso del danno da discriminazione. Così secondo D. BONAMORE, *op. cit.*, che richiama le definizioni presenti nel Dizionario Zingarelli. Zingarelli, Vocabolario della lingua italiana, Bologna 1983, 924.

¹⁷⁷ M. BENECKE, “*Mobbing*” in *Arbeitsrecht*, in *NZA-RR*, 2003, 225; M. BENECKE, G. KERN, *Sanktionen im Antidiskriminierungsrecht: Möglichkeiten und Grenzen der Umsetzung der Europäischen Richtlinien im deutschen Recht*, in *EuZW* 2005, 360.

¹⁷⁸ § 15 Entschädigung und Schadenersatz (1) Bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot ist der Arbeitgeber verpflichtet, den hierdurch entstandenen Schaden zu ersetzen. 2Dies gilt nicht, wenn der Arbeitgeber die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. (2) Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann der oder die Beschäftigte eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen. Die Entschädigung darf bei einer Nichteinstellung drei Monatsgehälter nicht übersteigen, wenn der oder die Beschäftigte auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre. (3) Der Arbeitgeber ist bei der Anwendung

condotta discriminatoria da parte del datore di lavoro, questo è tenuto al risarcimento del danno. Tuttavia, il danno non patrimoniale (*immaterieller Schaden* o *nicht Vermögensschaden*) determinato dalla mancata assunzione del lavoratore o della lavoratrice per motivi discriminatori fa sorgere un diritto a «una giusta indennità in denaro» (*eine angemessene Entschädigung in Geld*), il cui ammontare non può essere superiore a tre mensilità retributive, nella logica di un risarcimento forfettizzato.

Similmente a quanto accade nella disciplina italiana in materia di licenziamenti, il termine *Entschädigung* (indennità) è utilizzato nel contesto di un'obbligazione risarcitoria, per indicare che la somma da corrispondere alla vittima della discriminazione prescinde dall'*an* e dal *quantum* del danno effettivamente patito e corrisponde a un risarcimento forfettizzato.

Tale scelta risponde alla logica del *favor* della parte lesa, che altrimenti dovrebbe assolvere a un onere probatorio molto difficile.

La previsione contenuta nel § 15 AGG sarà oggetto di maggiore approfondimento (*infra* cap. 3), giacché essa integra l'unica ipotesi nell'ordinamento tedesco qualificata da una parte della dottrina e

kollektivrechtlicher Vereinbarungen nur dann zur Entschädigung verpflichtet, wenn er vorsätzlich oder grob fahrlässig handelt. (4) Ein Anspruch nach Absatz 1 oder 2 muss innerhalb einer Frist von zwei Monaten schriftlich geltend gemacht werden, es sei denn, die Tarifvertragsparteien haben etwas anderes vereinbart. 2Die Frist beginnt im Falle einer Bewerbung oder eines beruflichen Aufstiegs mit dem Zugang der Ablehnung und in den sonstigen Fällen einer Benachteiligung zu dem Zeitpunkt, in dem der oder die Beschäftigte von der Benachteiligung Kenntnis erlangt. (5) Im Übrigen bleiben Ansprüche gegen den Arbeitgeber, die sich aus anderen Rechtsvorschriften ergeben, unberührt. (6) Ein Verstoß des Arbeitgebers gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 begründet keinen Anspruch auf Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses, Berufsausbildungsverhältnisses oder einen beruflichen Aufstieg, es sei denn, ein solcher ergibt sich aus einem anderen Rechtsgrund.

della giurisprudenza nei termini di risarcimento del danno con funzione prettamente sanzionatoria e deterrente¹⁷⁹.

Il diritto del lavoro conferma, allora, l'esistenza di un vero e proprio «polimorfismo» della nozione di indennità e di risarcimento¹⁸⁰, figure dai confini sfumati, che variano da contesto a contesto fino a confondersi e a sovrapporsi¹⁸¹, e di una polifunzionalità della responsabilità civile.

3. La forfezzazione legislativa del danno risarcibile.

La polifunzionalità del risarcimento del danno si manifesta soprattutto attraverso la tecnica della forfezzazione del danno risarcibile da parte del legislatore (cap. 1, par. 5.1). Al riguardo, sono due le principali soluzioni rinvenibili nell'ambito del diritto del lavoro. La prima modalità è quella della determinazione del danno «invariabile in diminuzione, ma variabile in aumento in ragione dell'effettivo pregiudizio patito dal danneggiato»¹⁸².

È questo il caso dell'art. 18, comma 2, l. 20 maggio 1970, n. 300 e dell'art. 55-*quater*, comma 3-*quater*, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (rispetto ai quali, *infra* par. 3.1. e 3.2.), disposizioni nelle quali la

¹⁷⁹ K. ADOMEIT, J. MOHR, *Benachteiligung von Bewerbern (Beschäftigten) nach dem AGG als Anspruchsgrundlage für Entschädigung und Schadenersatz*, in *Neue Zeitung für Arbeitsrecht*, 2007, 179

¹⁸⁰ G. PEDRAZZI, *La parabola della responsabilità civile tra indennità e risarcimento*, cit., 657, dove l'autore richiama l'espressione coniata da C. LE GALLOU, *La notion d'indennité en droit privé*, Paris, LGDJ, 2007, 565.

¹⁸¹ D'altro canto, anche l'origine etimologica delle parole “indennità” e “danno” confermano che già anticamente i confini tra tali concetti fossero sfumati, tanto da giustificare, in qualche misura, un loro utilizzo vario. Come è stato osservato, “indennità” e “indennizzare” derivano dal sostantivo latino *damnum*, cui è stato anteposto il suffisso negativo in nell'aggettivo *indemnis*, (tenere indenne, liberare dal danno, senza danno).

¹⁸² G. VILLA, *La forfezzazione legislativa del danno risarcibile*, in P. SIRENA (a cura di), op. cit., 260.

responsabilità civile assume un'evidente torsione preventiva e punitiva.

Infatti, se la somma riconosciuta al danneggiato è superiore rispetto a quella che gli spetterebbe alla luce dell'applicazione del criterio differenziale (“*overcompensation*”), la prestazione assume una chiara venatura deterrente e sanzionatoria e opera sul fronte della dissuasione del potenziale danneggiante dalla condotta vietata e della sua sanzione.

La seconda tecnica di forfezzazione consiste nella determinazione di una forchetta di parametri minimi e massimi¹⁸³ o, diversamente, dalla previsione di un unico valore massimo di risarcimento.

A titolo esemplificativo, si può richiamare l'indennità risarcitoria onnicomprensiva da corrispondere per la violazione della disciplina sul contratto a termine, sia nel rapporto di lavoro privato, sia in quello alle dipendenze della P.A. (*infra*, par. 3.3. e 3.4.) e il caso del risarcimento del danno a favore del lavoratore tramite piattaforma digitale, di entità non superiore ai compensi percepiti nell'ultimo anno, qualora siano omesse le informazioni utili alla tutela dei suoi interessi e in assenza della forma scritta del contratto (art. 47-*ter*, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, *infra* par. 4.2.).

Come osservato in precedenza, la previsione di una soglia minima di danno risarcibile consente di conferire alla prestazione risarcitoria una valenza sanzionatoria e deterrente. Tuttavia, l'individuazione di un limite “massimo” del danno risarcibile, entro il quale il giudice deve orientare la sua decisione può portare al risultato opposto rispetto a quello voluto e finire col compromettere non solo la vocazione deterrente e sanzionatoria dello strumento risarcitorio, ma anche quella compensativa, qualora il pregiudizio patito sia superiore al tetto legislativamente previsto.

¹⁸³ G. VILLA, op., 258.

In questo caso, infatti, il datore di lavoro è posto nella condizione di compiere una valutazione *a priori* sulla convenienza dell'inadempimento e di violare la norma qualora comporti un vantaggio economico, secondo la logica dell'*efficient breach of contract*¹⁸⁴ (“rottura efficiente del contratto”).

Nell'ambito giuslavoristico, caratterizzato dal necessario bilanciamento tra opposti interessi, quelli economici del datore di lavoro e quelli del prestatore di lavoro¹⁸⁵, questo meccanismo può condurre a far prevalere i primi e può finire col compromettere la *ratio* della materia: la protezione del lavoratore.

D'altro canto, sotto un profilo processuale, la forfettizzazione del danno risarcibile si traduce in un alleggerimento degli oneri a carico del ricorrente ai fini del risarcimento del danno, eliminando il rischio di non vedersi riconosciuto alcunché a causa della mancata prova del danno subito. In questo modo, quindi, essa consente una maggior tutela del lavoratore, quantomeno sul piano processuale.

¹⁸⁴ G. CALABRESI, D.A. MELAMED, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, Faculty Scholarship Series, Paper 1983, 1972, https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3043&context=fss_papers. G. CALABRESI, *The cost of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, Yale University Press, New Haven and London, 1970, 24-26; In senso critico rispetto alla teoria richiamata, R. L. BIRMINGHAM, *Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency*, Maurer Faculty Paper, 1970, 1705, <http://www.repository.law.indiana.edu/facpub/1705>; D. FRIEDMANN, *The efficient breach fallacy*, in *The Journal of Legal Studies*, 1989, 18, 1, 1-24; sull'applicazione della teoria economica del diritto nel diritto del lavoro, v. P. ICHINO, *Il diritto del lavoro e I modelli economici*, in *lav. dir.*, 1998, 309 ss.; U. ROMAGNOLI, *Divagazioni sul rapporto tra economia e diritto del lavoro*, in *lav. dir.*, 2005, 257 ss.; R. DEL PUNTA, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, in *dir. lav. rel. ind.*, 2001, 3 ss.; A. PERULLI, *Efficient breach, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia, Spagna*, in *RGL*, I, 2012, 563.

¹⁸⁵ A. GARILLI, *Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, 1, 215 ss.; V. SPEZIALE, *Processo del lavoro, certezza del diritto ed effettività delle tutele*, in *CSDN.IT*, n. 215/2014, 8.

Il problema non è di poco conto e ha un'eco particolare soprattutto nell'ambito del rapporto di lavoro, dove lo squilibrio ontologico tra le parti emerge anche nel corso del giudizio, dal momento che la condizione di debolezza del lavoratore spesso comporta l'impossibilità materiale di produrre le prove necessarie a far valere con successo le proprie pretese o, ancor peggio, di non essere neppure in grado di sostenere i costi della giustizia e dai vari gradi di giudizio.

In questa prospettiva, il danno legislativamente forfetizzato si colloca nel solco di quegli interventi operati dall'ordinamento europeo e da quello interno a favore del lavoratore, tra i quali si segnala quello diretto a implementare l'utilizzo della prova per presunzioni nel caso della discriminazione (art. 40, d.lgs. 2006, n. 198 e art. 19, Dir. CE n. 2006/54, *infra* cap. 3)¹⁸⁶.

Da questo punto di vista, la tecnica della forfetizzazione del danno consente una maggior protezione del ricorrente e al contempo una certezza del giudizio e un'uniformità delle decisioni assunte in tale sede.

Tuttavia essa implica anche una limitazione dei poteri valutativi del giudice, che, secondo alcuni, diviene l'esecutore di un mero

¹⁸⁶ In questo caso, infatti, come si vedrà successivamente (*infra par.*), il lavoratore è tenuto unicamente a provare elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, relativi ai comportamenti discriminatori lamentati, purché idonei a fondare, in termini precisi e concordanti la presunzione dell'esistenza dei comportamenti lesivi dei suoi diritti. Sono numerose le sentenze della giurisprudenza italiana e di quella europea che hanno affrontato il profilo dell'onere della prova della discriminazione. *Ex multis*, v. Cass. civ., 12 ottobre 2018, n. 25543, in *Giust., civ. mass.*, 2018; Cass. civ., 3 febbraio 2016, n. 2113, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, 4, 765; Cass. civ., 9 settembre 2015, n. 17832, in *Guida al diritto*, 2015, 41, 62; Cass. civ. 5 giugno 2013, n. 14206, in *Dir. giust.*, giugno 2013; Corte di Giustizia UE, 21 luglio 2011, C-104/10, con nota di C. PICKER, *Anspruch auf Information über die Qualifikation von Mitbewerber/innen bei behaupteter Diskriminierung*, in *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2012, 257 ss. Grava, invece, sul datore di lavoro la prova dell'inesistenza della discriminazione (art. 28, c. 4, d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150).

“meccanismo anonimo di monetizzazione”¹⁸⁷, con il rischio di compromettere la personalizzazione del danno patito e di ridurre la liquidazione a un semplice calcolo aritmetico.

Resta, inoltre, aperto il problema dei criteri da assumere alla base di tale calcolo, i quali, nel rispetto dei principi di eguaglianza e di ragionevolezza, devono essere idonei a riconoscere una prestazione diretta a una pluralità di funzioni: non solo quella riparatorio-compensativa, ma anche quella deterrente e sanzionatoria.

Rispetto a tale rilievo critico, occorre evidenziare che la disciplina sanzionatoria avverso i licenziamenti illegittimi disposta dal d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, ponendosi sulla stessa scia della l. 28 giugno 2012, n. 92, ha stabilito che il valore dell’indennità risarcitoria varia, entro i limiti prescritti, in misura crescente rispetto all’anzianità di servizio ed è calcolato sulla base dell’ultima retribuzione utile ai fini del calcolo del t.f.r.

Al riguardo, la Corte costituzionale ha dichiarato l’incostituzionalità dell’art. 3, comma 1, d.lgs. cit., per violazione degli artt. 3, 4, primo comma, 35, primo comma, 76 e 117, primo comma, Cost., «laddove prevede una indennità fissa e crescente in funzione della sola anzianità di servizio, in quanto contrastante con il principio di eguaglianza, per ingiustificata omologazione di situazioni diverse, e con il principio di ragionevolezza, essendo tale indennità idonea a configurare un adeguato ristoro per il lavoratore ingiustamente licenziato e una adeguata dissuasione per il datore di lavoro avverso licenziamenti illegittimo»¹⁸⁸. Si tratta, oltretutto, di un automatismo che «preclude qualsiasi discrezionalità valutativa del

¹⁸⁷ Trib. Roma, ord. 26 luglio 2017, in *Giur. It.*, 2017, 2169 ss., con nota di P. TOSI, F. LUNARDON, *Cronaca di un’ordinanza...annunciata*, *ivi*, 2174 ss.

¹⁸⁸ Corte cost. 8 novembre 2018, n. 194, in *Foro it.*, 2019, 1, 1, 70 ss. e in *dir. rel. ind.*, 2019, 2, 654.

giudice»¹⁸⁹, e la piena valutazione del pregiudizio sofferto dal lavoratore.

Nel rispetto del limite minimo e massimo entro cui statuire l'indennità risarcitoria, il giudice deve tener conto dell'anzianità di servizio – criterio che ispira il disegno riformatore del d.lgs. n. 23 cit. – unitamente ad altri parametri, desumibili in chiave sistematica dall'intera materia delle sanzioni avverso i licenziamenti illegittimi, quali il numero dei dipendenti occupati, le dimensioni dell'attività economica, il comportamento e le condizioni delle parti.

In maniera analoga, la Corte costituzionale¹⁹⁰ ha di recente dichiarato l'incostituzionalità anche dell'art. 4 del d.lgs. cit., posto che la determinazione dell'indennità in un importo pari a una mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio «fissa un criterio rigido e automatico, legato al solo elemento dell'anzianità di servizio»¹⁹¹.

Alla luce di tali profili, occorre rilevare come, pur trattandosi, quanto alla disciplina sanzionatoria avverso i licenziamenti illegittimi, di un importante caso di risarcimento forfettizzato, esso non costituisce, a parere di chi scrive, un esempio della polifunzionalità del risarcimento, fatta eccezione per il caso del “danno minimo” (rispetto al quale *infra* par. 3.1.).

Infatti, al di là del profilo di illegittimità costituzionale del parametro dell'anzianità di servizio e della critica sulla rigidità del calcolo

¹⁸⁹ Trib. Roma, ord. 26 luglio 2017, cit.

¹⁹⁰ Comunicato della Corte cost., 24 giugno 2020. Sul problema del computo dell'indennità spettante in presenza di un licenziamento illegittimo per irregolarità procedurali, v. G. NASCETTI, *Il computo dell'indennità per irregolarità procedurali del licenziamento dinanzi alla Corte costituzionale: quali i punti di contatto con l'indennità da licenziamento sostanzialmente illegittimo?*, in *Bollettino ADAPT*, 10 febbraio 2020, n. 6.

¹⁹¹ Part. 4, d.lgs. cit. disciplina l'ipotesi di licenziamento viziato sotto il profilo dell'obbligo motivazionale o di quello procedurale, per la contestazione degli addebiti disciplinari, ex art. 7, l. 20 maggio 1970, n. 300

cui è costretto il giudice, messa in luce dalla Corte costituzionale, è evidente come il valore irrisorio della prestazione risarcitoria alla luce dei citati criteri ha come effetto quello di indebolire fortemente l'anima compensativa, deterrente e sanzionatoria del risarcimento, con un generale «ritocco al ribasso»¹⁹² dei rimedi a tutela del lavoratore.

Il *quantum* della prestazione è, di fatto, irrilevante per entrambe le parti: da un lato, infatti, i costi della giustizia e l'incertezza del giudizio inducono il lavoratore a rinunciare a questa strada, dall'altro, il datore di lavoro, nella logica dell'*efficient breach of contract* è posto nella condizione di poter calcolare a priori la convenienza del proprio inadempimento.

Ne discende che l'unico valido esempio di risarcimento polifunzionale nel contesto dei licenziamenti illegittimi è la previsione del “danno minimo” nei casi di licenziamento nullo, discriminatorio e in forma orale (art. 18, comma 2, l. 20 maggio 1970, n. 300 e dall'art. 2, d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23).

3.1. Il “danno minimo” previsto dall'art. 18, comma 2, l. 20 maggio 1970, n. 300 e dall'art. 2, comma 2, d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23.

¹⁹² F. CARINCI, C. CESTER, *Prefazione*, in F. CARINCI, C. CESTER (a cura di), *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015 (contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti)*, Adapt, Bergamo, 2015, VIII.

L'art. 18, co, 2, Statuto dei lavoratori¹⁹³ e l'art. 2, co. 2, d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23¹⁹⁴ – seppur con un diverso dettato normativo, più sintetico nel secondo caso – prevedono un duplice regime sanzionatorio contro il licenziamento discriminatorio, nullo e intimato in forma orale. Al riguardo, infatti, le disposizioni prescrivono sia la reintegra (di cui al primo comma) – divenuta peraltro rimedio marginale nell'ambito delle due ultime riforme, poiché circoscritta unicamente a tali fattispecie – sia il risarcimento del danno non inferiore a cinque mensilità, impropriamente chiamato dal legislatore in entrambi i casi “indennità”.

Nonostante l'espressione, è indubbio che ci si trovi di fronte a un vero e proprio risarcimento del danno, come più volte evidenziato dalla giurisprudenza e dalla dottrina¹⁹⁵, dotato di una forte

¹⁹³ Alla luce dell'art. 18, Statuto dei lavoratori «il giudice, con la sentenza di cui al primo comma, condanna altresì il datore di lavoro al risarcimento del danno subito dal lavoratore per il licenziamento di cui sia stata accertata la nullità, stabilendo a tal fine un'indennità commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative. In ogni caso la misura del risarcimento non potrà essere inferiore a cinque mensilità della retribuzione globale di fatto. Il datore di lavoro è condannato inoltre, per il medesimo periodo, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali».

¹⁹⁴ L'art. 2, d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23 prevede che «1. Il giudice, con la pronuncia con la quale dichiara la nullità del licenziamento perché discriminatorio a norma dell'articolo 15 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, ovvero perché riconducibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge, ordina al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, indipendentemente dal motivo formalmente addotto. A seguito dell'ordine di reintegrazione, il rapporto di lavoro si intende risolto quando il lavoratore non abbia ripreso servizio entro trenta giorni dall'invito del datore di lavoro, salvo il caso in cui abbia richiesto l'indennità di cui al comma 3. Il regime di cui al presente articolo si applica anche al licenziamento dichiarato inefficace perché intimato in forma orale.»

¹⁹⁵ In dottrina v. O. MAZZOTTA, *La reintegrazione nel posto di lavoro: ideologie e tecniche di stabilità*, cit., 687; M. D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Cedam, Padova, 1979, 131; parlano, invece, di “sanzione privata” G. PERA, sub art. 18, in C. ASSANTI, G. PERA, (a cura di), *Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Cedam,

connotazione sanzionatoria per mezzo della previsione del “danno minimo”¹⁹⁶, calcolato, come si vedrà in seguito, secondo parametri diversi: nell’art. 18, co. 2, l. cit., sulla base della retribuzione globale di fatto e nell’art. 2, co. 2, d.lgs. cit. sulla base della retribuzione utile ai fini del calcolo del trattamento di fine rapporto.

Innanzitutto, negli art. 18, comma 2, l. cit. e 2, comma 2, d. lgs. cit., sussiste una chiara vocazione sanzionatoria¹⁹⁷ giustificata dalla logica del rischio di impresa¹⁹⁸ e dalla necessità di punire le scelte assunte dal datore di lavoro in violazione delle disposizioni presenti nell’ordinamento.

Mentre la reintegrazione consente di tutelare efficacemente il valore della stabilità del posto di lavoro e di intervenire per ripristinare lo *status quo ante*, obbligando il datore di lavoro a ricollocare il lavoratore illegittimamente licenziato, la somma pari alle cinque mensilità corrisposta al lavoratore ha valenza punitiva, poiché si sgancia dal reale pregiudizio patito, essendo riconosciuta al

Padova, 1972, 192, e, anche con riferimento all’indennità sostitutiva pari a quindici mensilità prevista dall’art. 18, co. 5, l.cit. L. MONTUSCHI, in AA.VV., *Studi in onore di E. Ghera*, Cacucci, Bari, 2008, 728. In giurisprudenza, v. da ultimo Corte cost. 8 dicembre 2018, n. 195 in *Consulta Online*; Cass., 27 gennaio 2011, n. 1950, in *Giur. Civ. mass.*, 2011, 1, 130; Cass. civ., 14 settembre 2009, n. 19770, in *Guida al diritto*, 2009, 40, 74.

¹⁹⁶ In dottrina v. O. MAZZOTTA, *La reintegrazione nel posto di lavoro: ideologie e tecniche di stabilità*, in AA.VV., *Studi in onore di E. Ghera*, Cacucci, Bari, 2008, 687; M. D’ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Cedam, Padova, 1979, 131; parlano, invece, di “sanzione privata” G. PERA, *sub art. 18*, in C. ASSANTI, G. PERA, cit., 192, e, anche con riferimento all’indennità sostitutiva pari a quindici mensilità prevista dall’art. 18, co. 5, l.cit. L. MONTUSCHI, in AA.VV., *Studi in onore di E. Ghera*, cit., 728. In giurisprudenza, v. da ultimo Corte cost. 8 dicembre 2018, n. 195; Cass., 27 gennaio 2011, n. 1950, in *Giur. Civ. mass.*, 2011, 1, 130; Cass. civ., 14 settembre 2009, n. 19770, in *Guida al diritto*, 2009, 40, 74.

¹⁹⁷ C. CESTER, *I licenziamenti fra passato e futuro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 6, 2016, 1101.

¹⁹⁸ Cass. civ., 27 gennaio 2011, n. 1950, in Rep. Foro It., 2011, voce Lavoro (rapporto), n. 1340. Così anche L. DE ANGELIS, *Diritto del lavoro e tutela risarcitoria. Un fugace sguardo tra passato e presente*, in *Arg. Dir. Lav.*, 3, 2017, 608.

lavoratore anche nel caso in cui la reintegra avvenga prima di cinque mesi. Come evidenziato dalla giurisprudenza di legittimità, «il risarcimento contenuto nell'importo minimo di cinque mensilità di retribuzione rappresenta una parte irrinunciabile dell'obbligazione risarcitoria complessiva conseguente all'illegittimo licenziamento (nel regime operante *ratione temporis*). Detto importo minimo è dovuto quindi anche ove la reintegra, o l'esercizio dell'opzione, intervengano a meno di cinque mesi dal licenziamento invalido¹⁹⁹». Il diritto del lavoratore a vedersi riconosciuto il “danno minimo” sorge, quindi, quale conseguenza del licenziamento illegittimo e spetta al lavoratore in ogni caso²⁰⁰.

Nella prospettiva del legislatore, il bene dell'occupazione non può trovare ristoro mediante la corresponsione di una prestazione in denaro, adatta, invece, a riparare la compromissione di beni fungibili e di carattere patrimoniale.

Ne discende che, mentre la reintegrazione consente di ripristinare la situazione *quo ante*, la soglia minima delle cinque mensilità assume una funzione sanzionatoria nei confronti del datore di lavoro, che ha tenuto intenzionalmente un comportamento socialmente riprovevole, come nel caso della discriminazione, a causa della quale i valori costituzionali della libertà della persona e della sua dignità restano irreparabilmente compromessi. In quest'ottica, il risarcimento è in grado di rispondere a un'esigenza di giustizia che difficilmente si vedrebbe soddisfatta in altre sedi.

L'art. 18, comma 2, l. cit., e l'art. 2, comma 2, d. lgs. cit., prevedono, altresì, che “l'indennità” sia commisurata all'ultima retribuzione di riferimento dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto percepito nel periodo di estromissione per lo svolgimento di altre attività lavorative.

¹⁹⁹ Cass. civ., 17 novembre 2016, n. 23435, in *Lav. Giur.*, 2017, 2, 127 ss.

²⁰⁰ Corte cost. n. 178 del 1975, in *CED Cassazione*, 1975.

In questa previsione è possibile rinvenire una duplice anima: da un lato, quella riparatorio-compensativa, posto che si deve tener conto, ai fini del calcolo dell'indennità, delle retribuzioni eventualmente maturate in questa fase; dall'altro, quella deterrente, che si rinviene nell'espresso riferimento al caso in cui il datore di lavoro non ottemperi all'ordine di reintegra.

Resta, quindi, estranea da questa fattispecie la prospettiva dell'*efficient breach of contract*, per utilizzare un'espressione del linguaggio gius-economico, poiché il legislatore si è premurato di individuare unicamente la soglia minima di risarcimento. In questo modo, infatti, il danneggiante non può compiere la valutazione della convenienza economica che gli deriverebbe da un suo inadempimento.

Tale previsione esercita, quantomeno astrattamente, una pressione sul datore di lavoro anche sul versante dell'adempimento all'obbligo della reintegra, disincentivando il mancato reinserimento del lavoratore nel posto di lavoro²⁰¹.

Le venature punitivo-deterrenti avvicinano la figura del “danno minimo” a quella dei *punitive damages* (cap.1, par. 3.1.1.), fattispecie che opera nell'ordinamento statunitense nei casi in cui “*there is no objective measure*”²⁰².

²⁰¹ V. VALENTINI, *Reintegrazione nel posto di lavoro e riforma della sentenza in appello*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2004, 161 ss. Tuttavia, qualora i gradi successivi confermino la sentenza di primo grado, il datore di lavoro si vede esposto al rischio di dover corrispondere al lavoratore – che provi, anche in via presuntiva, di aver subito un pregiudizio – un ulteriore risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale, strettamente correlato al comportamento omissivo, *contra ius*, del datore di lavoro rispetto all'ordine di reintegra del giudice. In questo senso, v. Cass. civ., 11 giugno 2015, n. 12124, in *Mass. Giur. Lav.*, 2015; Cass. civ. Cass. 15 aprile 2013, n. 9073, in *Giust. Civ. Mass.* 2013.

²⁰² M.D. GREEN, W.J. CARDI, *Basic Question of Tort Law from the perspective of the USA*, in H. KOZIOL, *Basic questions of Tort Law from a Comparative Perspective*, Jan Sramek Verlag, Wien, 2015, 454.

Non opera, rispetto a questa peculiare ipotesi di risarcimento, il principio della decurtazione (o *Differenztheorie*), valido invece nel caso in cui il rimedio pecuniario sia volto principalmente a riparare il pregiudizio patito²⁰³.

Pur essendo possibile affermare che ci si trovi dinanzi ad un'ipotesi di risarcimento polifunzionale, tale attitudine a perseguire le funzioni descritte risente sensibilmente della modalità di calcolo del danno risarcibile.

Al riguardo, occorre richiamare i due diversi parametri presenti all'interno delle due norme in esame: l'art. 18, co. 2, l. cit. fa riferimento alla "ultima retribuzione globale di fatto", mentre l'art. 2, d.lgs. cit. richiama la retribuzione utile ai fini del calcolo del trattamento di fine rapporto²⁰⁴.

Quanto alla prima, è noto che nella nozione di retribuzione globale di fatto è incluso ogni elemento accessorio a carattere continuativo (e, dunque, anche la tredicesima e la quattordicesima²⁰⁵) riconducibile alle modalità della prestazione lavorativa in atto, con esclusione degli emolumenti di carattere eventuale o eccezionale²⁰⁶. D'altro canto, il riferimento all'"ultima" retribuzione non consente di ricomprendere anche gli incrementi successivi al licenziamento, ma soltanto la retribuzione che il lavoratore avrebbe percepito se

²⁰³ Corte cost. 3 luglio 1975, n. 178, in *Consulta Online*, ed anche Corte cost. 23 dicembre 1998, n. 420, in *Foro it.*, 1999, I, 3135.

²⁰⁴ R. VIANELLO, *Il licenziamento illegittimo nel contratto a tutele crescenti: il nuovo parametro di determinazione del risarcimento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1, 2018, 80.

²⁰⁵ Cass. civ. 12 giugno 2012, n. 9575, *Giust. civ. Mass.*, 2012, 6, 780; Cass. civ., 16 aprile 2007, n. 9000, in *Giust. civ. Mass.* 2007, 4; Cass. civ. 25 giugno 2005, n. 13801, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 6.

²⁰⁶ *Ex multis*, Cass. civ., 5 giugno 2015, n. 11691, in *Diritto & Giustizia*, 8 giugno 2015; Cass. 16 settembre 2009, n. 19956, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 9, 1321; Cass. 24 agosto 2006, n. 18441, in *Guida al Diritto*, 2006, 39, 67.

avesse normalmente lavorato²⁰⁷. In sintesi, ai fini della quantificazione del risarcimento, questa modalità di calcolo si fonda su una media dei compensi percepiti dal lavoratore prima del licenziamento.

Per quanto riguarda la retribuzione utile ai fini del calcolo del trattamento di fine rapporto, è stato osservato che si tratta di un criterio più “elastico”²⁰⁸ rispetto al precedente, poiché strettamente assoggettato all’intervento della contrattazione collettiva. Ai sensi dell’art. 2120, co. 2, c.c., la base di computo per il trattamento di fine rapporto è rappresentata dalla retribuzione annua che include, «salvo diversa previsione dei contratti collettivi, (...) tutte le somme, compreso l’equivalente in natura, corrisposte in dipendenza del rapporto di lavoro, a titolo non occasionale e con esclusione di quanto è corrisposto a titolo di rimborso spese». Sul piano pratico, ne discende che il risarcimento varia sensibilmente a seconda del contratto collettivo applicabile al singolo rapporto e della scelta operata dalla contrattazione collettiva, la quale potrà decidere quali elementi inserire e quali escludere dalla base di calcolo²⁰⁹.

²⁰⁷ Cass. civ., 29 gennaio 2007, n. 1833, in *Law. Giur.*, 10, 2007, 1029; Cass. 28 agosto 2003, n. 12628, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 4.

²⁰⁸ V. FILÌ, *Tutela risarcitoria e indennitaria, profili quantificatori, previdenziali e fiscali*, in E. GHERA, D. GAROFALO (a cura di), *Le tutele per i licenziamenti illegittimi e per la disoccupazione nel Jobs Act 2*, Cacucci, Bari, 2015, 205. Critica la scelta della predetta base di calcolo A. GARILLI, *Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, I, 233.

²⁰⁹ G. MIMMO, *La disciplina del licenziamento nell’ambito del contratto a tutele crescenti: il d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23 (attuazione della legge delega n. 183 del 2014)*, in *Giustiziavile.com*, Approfondimento del 24 aprile 2015, 12-13. Sul danno all’immagine, v. D. PERROTTA, *Il danno all’immagine della pubblica amministrazione, tra tendenze giurisprudenziali (espansive), scelte del legislatore (restrittive) e il nuovo codice di giustizia contabile*, in www.federalismi.it, 11 aprile 2018; N. DI MODUGNO, *il risarcimento per danno all’immagine della p.a. come sanzione ‘nascosta’*, in *Dir. proc. Amm.*, 2015, 567; G. MARENA, *il danno all’immagine da illegittimo esercizio della funzione pubblica*, in *danno e resp.*, 2011, 298.

Inoltre, similmente a quanto osservato rispetto alla previsione dell'“ultima” retribuzione globale di fatto, anche in questo caso è possibile ritenere che il legislatore abbia voluto escludere la retribuzione successiva al licenziamento e ciò soprattutto in una logica di contenimento dei costi del recesso datoriale²¹⁰.

3.2. Il danno all'immagine della Pubblica Amministrazione cagionato dal dipendente.

La tecnica della forfettizzazione del “danno minimo” è stata adottata anche con riferimento alla fattispecie, di origine giurisprudenziale, del danno all'immagine della P.A. cagionato dal dipendente. La Riforma Madia (l. 124 del 2015 e d.lgs. 20 giugno 2016, n. 116) aveva inserito la soglia minima delle sei mensilità di retribuzione cui il giudice era vincolato nella valutazione equitativa del pregiudizio lamentato dalla P.A. all'interno dell'art. 55-*quater*, comma 3-*quater*).

Questa disposizione è stata dichiarata costituzionalmente illegittima per eccesso di delega²¹¹ e, conseguentemente, tale parametrizzazione della prestazione risarcitoria è venuta meno. La Corte costituzionale ha osservato, infatti, che nel contesto della l. 124 cit., «la questione della responsabilità amministrativa non risulta essere mai stata oggetto di trattazione (...)», posto che la materia delegata è unicamente quella attinente al procedimento disciplinare e al mero riordino di tale procedura, senza che possa ritenersi in essa contenuta l'introduzione di nuove fattispecie sostanziali²¹²,

²¹⁰ R. VIANELLO, *Il licenziamento illegittimo nel contratto a tutele crescenti: il nuovo parametro di determinazione del risarcimento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1, 2018, 90.

²¹¹ Corte cost., 10 aprile 2020, n. 61, in *Consulta online*.

²¹² Infatti l'art. 16, comma 2, l. 124/2015 prevede unicamente che «nell'esercizio della delega di cui al comma 1, il Governo si attiene ai seguenti principi e criteri direttivi generali: a) elaborazione di un testo unico delle disposizioni in ciascuna

diversamente da quanto invece accaduto in passato con la l. 4 marzo 2009, n. 15, nella quale la materia del risarcimento del danno all'immagine era stata oggetto di specifica delega al Governo.

Nonostante la dichiarazione di illegittimità costituzionale di tale previsione, giova ripercorrere il percorso compiuto dalla giurisprudenza e dalla dottrina in materia di risarcimento del danno all'immagine (da sempre considerato quale esempio della polifunzionalità dell'istituto in esame), visto che la censura operata dalla Consulta ha riguardato l'eccesso di delega e non la tecnica del "danno minimo", che rappresenta, invece, una scelta legittima del legislatore.

Il danno all'immagine investe il rapporto tra la comunità degli amministrati e l'ente per il quale il dipendente infedele agisce e «postula il venir meno, da parte dei cittadini [...] del senso di affidamento e di fiducia nel corretto funzionamento dell'apparato della pubblica amministrazione nonché del senso di appartenenza all'istituzione stessa»²¹³, in violazione dei principi di trasparenza, legalità, imparzialità ed efficienza posti dall'art. 97 Cost.

Costituisce un danno di natura non patrimoniale²¹⁴ che si verifica con il *clamor fori*, «momento indefettibile, essenziale ed

materia, con le modifiche strettamente necessarie per il coordinamento delle disposizioni stesse, salvo quanto previsto nelle lettere successive; b) coordinamento formale e sostanziale del testo delle disposizioni legislative vigenti, apportando le modifiche strettamente necessarie per garantire la coerenza giuridica, logica e sistematica della normativa e per adeguare, aggiornare e semplificare il linguaggio normativo; [...]»

²¹³ Corte dei Conti, sez. III, 1° febbraio 2012, n. 55, in *Riv. Corte Conti*, 2012, 1-2, 233; Corte dei Conti, sez. III, giurisdiz. Appello, 14 marzo 2012, n. 228

²¹⁴ Sulla natura del danno in esame si è discusso molto. Secondo un primo orientamento, il pregiudizio all'immagine della p.a. deve essere qualificato nei termini di un danno patrimoniale. (Così secondo Corte cass., 25 giugno 1997, n. 5668, in *Foro it*, 1997, I, 2872). Alla luce di una seconda interpretazione, ad oggi prevalente, si tratterebbe, invece, di un danno non patrimoniale, che colpisce beni protetti di rilievo costituzionale (quali il prestigio, l'affidabilità e la trasparenza della pubblica

irrinunciabile di accesso alla teorica del danno all'immagine»²¹⁵, ovvero con la risonanza mediatica data alla vicenda dai *mass media*.

Esso non rientra nell'area della responsabilità civile, ma in quella amministrativa del dipendente nei confronti dell'amministrazione pubblica, in ragione della qualifica dei soggetti implicati (il dipendente pubblico e la P.A.), per la natura del soggetto danneggiato (P.A.) e per la circostanza nella quale si verifica il danno, rappresentata dal rapporto di lavoro e dall'esercizio di pubbliche funzioni o da situazioni legate da un nesso di occasionalità necessaria con lo svolgimento delle pubbliche funzioni.

Tuttavia, nonostante la differenza ontologica tra la responsabilità civile e amministrativa, tra loro esiste una forte affinità, come emerge dal ricorso al medesimo rimedio, quello risarcitorio, consentendo di includere la fattispecie del risarcimento del danno all'immagine alla P.A. nel dibattito generale sulla polifunzionalità del risarcimento del danno nel diritto del lavoro.

Il danno all'immagine della P.A. nasce come risposta ai comportamenti dei dipendenti pubblici dotati di maggior disvalore sociale²¹⁶ e risulta, quindi, di particolare interesse proprio ai fini della

amministrazione), dalla quale discendono anche riflessi patrimoniali. Così secondo Corte dei Conti, 23 aprile 2003, n. 10, in *Giur. It.*, 2003, 1710. Alla luce della sentenza da ultimo citata, «il danno all'immagine della p.a. ha natura di danno esistenziale, in quanto incidente su diritti dell'ente pubblico costituzionalmente garantiti, e si distingue, non avendo in sé l'elemento della sofferenza, dal danno morale derivante da reato ex art. 2059 c.c. e, non traducendosi in una riduzione della capacità di reddito del danneggiato, dal vero e proprio danno patrimoniale». È stato precisato che le conseguenze patrimoniali che discendono da tale pregiudizio immateriale consistono nell'effettiva erogazione della spesa necessaria per il ripristino dei beni immateriali lesi e di conseguenza risarcibili. Così, V. VARONE, *Il danno all'immagine*, in A. CANALE, F. FRENI, M. SMIRALDO (a cura di), *Il nuovo processo davanti alla Corte dei conti*, Giuffrè, Milano, 2017, 1189; E. BENVIGNA, *Il danno all'immagine della p.a.: le questioni aperte sui suoi confini*, in www.ratioiuris.it.

²¹⁵ Corte dei conti, Sez. Giur. Basilicata, 21 marzo 2005, n. 57, in www.cortedeiconti.it

²¹⁶ N. DI MODUGNO, *Il c.d. danno all'immagine della p.a. come sanzione 'nascosta'*, cit., 567 ss.

presente indagine, posto che esso rivela una chiara torsione punitiva del risarcimento²¹⁷.

Una conferma in tal senso proviene da un consolidato orientamento della Corte dei conti, che definisce tale pregiudizio nei termini di un danno-evento e non di un danno-conseguenza²¹⁸; in altri termini, il risarcimento sussiste per la semplice violazione del diritto, indipendentemente dalla presenza di ulteriori conseguenze dannose.

Un secondo orientamento giurisprudenziale, pur qualificandolo come un danno-conseguenza, si avvicina comunque a tali conclusioni laddove afferma che «le condotte [...] poste in essere dai dipendenti sono di per sé idonee, ove percepite all'esterno, ed in taluni casi anche solo all'interno dell'ente, a pregiudicare l'immagine, il prestigio e la personalità dell'Amministrazione di appartenenza»²¹⁹.

Sebbene il pregiudizio all'immagine sia qualificato anche dalla Corte di Cassazione come un danno-conseguenza, è stato affermato che la sua risarcibilità «va riconosciuta - a prescindere dalla verifica di eventuali danni patrimoniali conseguenti - per la configurabilità di un danno di natura non patrimoniale, rappresentato dalla *deminutio* di tali diritti che la lesione è di per sé idonea ad arrecare e che (...) rappresenta un danno-conseguenza della lesione»²²⁰.

²¹⁷ PATRITO P., *La responsabilità amministrativa tra reintegrazione e sanzione in Italia e in Francia: il danno alla concorrenza e il danno all'immagine*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 1, 50.

²¹⁸ Corte dei conti, sez. giurisdiz., Appello, 20 marzo 2007, n. 64, in www.cortedei-conti.it; R. URSI, *Danno all'immagine e responsabilità amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2001, 2-3, 309 ss.

²¹⁹ Corte dei conti, sez. giurisd. Lombardia, 16 novembre 2012, n. 449, in www.cortedeiconti.it.

²²⁰ Cass. civ., 4 giugno 2007, n. 12929, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 1, 157 ss.

Il connotato sanzionatorio del risarcimento è, quindi, evidente negli orientamenti giurisprudenziali richiamati e trova l'avallo della Corte costituzionale, la quale attribuisce al risarcimento del danno all'immagine della pubblica amministrazione una forte natura punitiva, prevalente rispetto al profilo compensativo, posta l'impossibilità di ripristinare il prestigio della p.a. compromesso dal comportamento tenuto dal dipendente²²¹.

Tale "propensione punitiva" è stata ampiamente enfatizzata anche dal legislatore nel corso del tempo.

Sin dal primo intervento normativo in materia, infatti, la tecnica adottata è stata quella della forfetizzazione del danno risarcibile, che consente sia di rendere più semplice il calcolo del danno – operazione che altrimenti sarebbe impossibile, posta l'intangibilità della lesione in oggetto – sia di colpire in modo esemplare la condotta del dipendente.

Occorre, innanzitutto, richiamare l'art. 1, comma 1-*sexies*, l. 14 gennaio 1994, n. 20, per cui «nel giudizio di responsabilità l'entità del danno all'immagine della pubblica amministrazione derivante dalla commissione di un reato contro la stessa pubblica amministrazione accertato con sentenza passata in giudicato si presume, salva prova contraria, pari al doppio della somma di denaro o del valore patrimoniale di altra utilità illecitamente percepita dal dipendente». Tale disposizione – introdotta dalla l. 6 novembre 2012, n. 190, rubricata «disposizioni per la prevenzione e per la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione» – persegue il chiaro obiettivo di contrastare i predetti fenomeni patologici, anche per mezzo dell'utilizzo dello strumento del risarcimento del danno in veste sanzionatoria. Il risultato cui si è pervenuti è quello di sganciare completamente il risarcimento dal reale

²²¹ Corte cost., 15 dicembre 2010, n. 355; Corte cost. 30 dicembre 1998, n. 453. In dottrina, v. A. POLICE, *La natura della responsabilità amministrativa*, in SCOCA (a cura di), *La responsabilità amministrativa ed il suo processo*, Cedam, Padova, 1997, 145 ss.

pregiudizio patito dall'Amministrazione e di legarlo, invece, al profitto derivante dal reato. Anche la previsione dell'art. 17, comma 30-ter, d.l. 1° luglio 2009, n. 78, conv. nella l. 3 agosto 2009, n. 102 (cosiddetto "Lodo Bernardo"), conferma l'identità punitiva del risarcimento a seguito dell'accertamento dei reati propri ivi previsti²²² (quali, in particolare la corruzione, la concussione, il peculato e la malversazione), per i quali può essere esercitata l'azione risarcitoria del danno all'immagine²²³.

Sulla stessa scia si collocano anche i decreti riconducibili alla c.d. Riforma Madia (d.lgs. 20 giugno 2016, n. 116, d.lgs. 25 maggio 2017, n. 75, d.lgs. 20 luglio 2017, n. 118), che hanno portato all'introduzione dell'art. 55-*quater*²²⁴ in materia di licenziamento disciplinare, nel quale sono elencate le diverse ipotesi di licenziamento. In particolare, tra le varie fattispecie, è stata prevista quella della falsa attestazione della presenza in servizio (comma 1, lett. a)²²⁵, in presenza della quale la P.A. può esercitare l'azione di risarcimento del danno all'immagine.

²²² P. PATRITO, *Responsabilità amministrativa tra reintegrazione e sanzione in Italia e in Francia: il danno alla concorrenza e il danno all'immagine*, in *Resp. civ. prev.*, 1, 2019, 49; C.A. GIUSTI, *Danno all'immagine e pubblica amministrazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 3, 998 ss.;

²²³ Con il c.d. Lodo Bernardo, di cui all'art. 17, comma 30-ter, d.l. 1° luglio 2009, n. 78, conv. nella l. 3 agosto 2009, n. 102, l'azione di responsabilità attivata dalle Procure per danno all'immagine è stata circoscritta nell'ambito dei soli reati (propri) previsti dall'art. 7, l. 97/2001 e solo dopo che sia stata emessa sentenza irrevocabile di condanna (c.d. "pregiudiziale penale"). L'aver circoscritto ad alcuni reati soltanto la possibilità di esperire l'azione risarcitoria per danno all'immagine ha avuto come conseguenza l'impossibilità di ottenere il risarcimento del predetto pregiudizio nel caso in cui fossero stati commessi altri reati, quali quelli di criminalità organizzata, seppur nocivi per l'immagine dell'amministrazione pubblica. Così E. BENVENGA, *Il danno all'immagine della p.a.*, cit.

²²⁴ Introdotto nel T.U. pubblico impiego dall'art. 69, c. 1, d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 159.

²²⁵ M. MARINELLI, *Il concetto di falsa attestazione della presenza in servizio*, in *Lav. giur.*, 2017, 592 ss.

Nello specifico, la Riforma Madia, con il chiaro intento di contrastare tale fenomeno, ha inasprito il regime sanzionatorio prevedendo che «costituisce falsa attestazione della presenza in servizio qualunque modalità fraudolenta posta in essere, anche avvalendosi di terzi, per far risultare il dipendente in servizio o trarre in inganno l'amministrazione».

Per reprimere e disincentivarne tale comportamento, il citato d.lgs. n. 116 ha quindi disposto espressamente l'azione di risarcimento del danno all'immagine della p.a. per l'ipotesi dei cosiddetti “furbetti del cartellino”, ampliando, così, la perseguibilità del danno all'immagine rispetto ai casi indicati dal c.d. “Lodo Bernardo”²²⁶. Il comma 3-*quater* dell'art. 55-*quater*, d.lgs. 165, cit., prevede che l'azione di risarcimento del danno all'immagine della p.a. è esperibile nell'ipotesi in cui il dipendente attesti falsamente la sua presenza in servizio e tale violazione sia accertata in flagranza, mediante strumenti di sorveglianza o di registrazione degli accessi e delle presenze²²⁷. Inoltre, la disposizione specifica che

²²⁶ La disposizione contenuta nell'art. 55-*quinquies* presenta un carattere di novità e di specialità rispetto al regime generale previsto dal “Lodo Bernardo” in materia di danno all'immagine, il cui ambito di applicazione non potrebbe altrimenti ricomprendere il caso in esame, così: Corte dei Conti, Sez. I Centr. App. n. 262/2016; Sez. I Centr., n. 476/2015; Sez. Liguria n. 153/2014; Sez. Friuli Venezia Giulia, n. 46/2013 e n. 51/2015; Sez. Abruzzo, n. 414/2012 tutte in www.cortedeiconti.it. Deporrebbe, tra l'altro, nel senso dell'autonomia e della specialità della norma anche un argomento testuale, secondo il quale il secondo comma dell'art. 55-*quinquies* contiene l'inciso “ferme la responsabilità penale e disciplinare e le relative sanzioni”; ciò confermerebbe la non necessità del preventivo accertamento definitivo di responsabilità penale ai fini dell'attivazione del meccanismo risarcitorio.

²²⁷ L'art. 55-*quater*, comma 3-*quater*, prevede un iter accelerato. Infatti, «Nei casi di cui al comma 3-*bis*, la denuncia al pubblico ministero e la segnalazione alla competente Procura regionale della Corte dei conti avvengono entro venti giorni dall'avvio del procedimento disciplinare. La Procura della Corte dei conti, quando ne ricorrono i presupposti, emette invito a dedurre per danno d'immagine entro tre mesi dalla conclusione della procedura di licenziamento. L'azione di responsabilità è esercitata, con le modalità e nei termini di cui all'articolo 5 del decreto-legge 15 novembre 1993, n. 453, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 gennaio 1994, n. 19, entro i centocinquanta giorni successivi alla denuncia, senza possibilità di

«l'ammontare del danno risarcibile è rimesso alla valutazione equitativa del giudice anche in relazione alla rilevanza del fatto per i mezzi di informazione e comunque l'eventuale condanna non può essere inferiore a sei mensilità dell'ultimo stipendio in godimento, oltre a interessi e spese di giustizia».

Diversamente dalla disciplina in materia di danno all'immagine contenuta nel citato art. 1, comma 1-*sexies*, l. 14 gennaio 1994, n. 20, con il d.lgs. 116 cit., il legislatore ha optato per il “danno minimo”, scelta, questa, che si giustifica per la volontà di incidere in maniera esemplare sui fenomeni patologici che pregiudicano il buon funzionamento della pubblica amministrazione e ne affliggono l'immagine.

Al riguardo, la Corte dei conti ha evidenziato che «la previsione di un minimo edittale (pari a sei mensilità dell'ultimo stipendio in godimento) da applicarsi per la quantificazione dell'onere risarcitorio non autorizzerebbe, comunque, a ritenere che il legislatore abbia inteso configurare una presunzione di danno “*in re ipsa*”, che consentirebbe, quindi, di prescindere dall'accertamento della reale diffusione nell'ambiente sociale della notizia del comportamento assenteistico»²²⁸; ne discende che l'immagine della pubblica amministrazione può essere realmente compromessa soltanto ove la notizia sia ampiamente circolata e abbia determinato un sentimento di disistima e di sfiducia dei consociati nei confronti dell'ente presso il quale l'autore della condotta è stato impiegato.

proroga. L'ammontare del danno risarcibile è rimesso alla valutazione equitativa del giudice anche in relazione alla rilevanza del fatto per i mezzi di informazione e comunque l'eventuale condanna non può essere inferiore a sei mensilità dell'ultimo stipendio in godimento, oltre interessi e spese di giustizia».

²²⁸ Corte dei conti, sez. appello Sicilia, 19 dicembre 2019, n. 119, in banchedati.corteconti.it; Corte dei conti, Lombardia sez. giurisd., 14 novembre 2019, n. 295 in banchedati.corteconti.it; Corte dei Conti, Toscana sez. reg. giurisd., 17 maggio 2017, n. 128 in banchedati.corteconti.it.

Nonostante, come detto in apertura, la richiamata pronuncia della Corte costituzionale abbia dichiarato l'incostituzionalità della parte dell'art. 55-*quater*, comma 3-*quater*, recante la previsione del "danno minimo" con effetto *ex tunc*, restano validi i ragionamenti sino qua sviluppati sulla natura sanzionatoria del risarcimento del danno all'immagine della P.A., che non viene messa in discussione.

3.3. Abuso del contratto a termine e indennità risarcitoria nel rapporto di lavoro privato.

L'art. 32, comma 5, del c.d. Collegato Lavoro (l. 4 novembre 2010, n. 183) risulta di particolare interesse ai fini della presente ricerca, prevedendo che «nei casi di conversione del contratto a tempo determinato, il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del lavoratore stabilendo un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'articolo 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604»²²⁹.

La disposizione richiamata è stata abrogata²³⁰ dall'art. 28, comma 2, d.lgs. 4 marzo 2015, n. 81, che, nell'ambito della riforma

²²⁹ Inoltre, al comma 6 dell'art. 32, cit., è previsto che il limite massimo dell'indennità è ridotto alla metà in presenza di contratti collettivi di qualsiasi livello, purché stipulati con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, che prevedono l'assunzione, anche a tempo indeterminato di lavoratori già occupati con contratto a termine nell'ambito di specifiche graduatorie.

²³⁰ Al riguardo, l'art. 55 del d. lgs. n. 81 cit. ha abolito i commi 5 e 6 dell'art. 32 del Collegato Lavoro, ma non ha previsto espressamente una disposizione transitoria che riconosca espressamente un'efficacia retroattiva della nuova indennità *ex art.* 28, d. lgs. cit.; Cass. civ., 20 ottobre 2015, n. 21266, in *Foro it.*, 2015, 11, I, 3425, ha, pertanto, precisato che «la novella sulla commisurazione e la quantificazione dell'indennità risarcitoria prevista in caso di trasformazione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato, in ragione della sua natura sostanziale, non ha efficacia retroattiva, di modo che si applica ai contratti stipulati dalla data di entrata in vigore del d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81» e, quindi, a partire dal 25 giugno 2015.

organica dei contratti di lavoro, ne riprende il contenuto con alcune rilevanti modifiche.

Alla luce del nuovo dettato normativo, infatti, è previsto che «nei casi di trasformazione del contratto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato, il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del danno a favore del lavoratore stabilendo un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 e un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'articolo 8 della legge n. 604 del 1966. La predetta indennità ristora per intero il pregiudizio subito dal lavoratore, comprese le conseguenze retributive e contributive relative al periodo compreso tra la scadenza del termine e la pronuncia con la quale il giudice ha ordinato la ricostituzione del rapporto di lavoro».

In entrambi i casi, il legislatore ha fatto ricorso a un apparato sanzionatorio complesso: da un lato, la stabilizzazione del rapporto di lavoro, rimedio principale; dall'altro, il risarcimento del danno forfettizzato entro una “forchetta” di limiti minimi e massimi prestabiliti, quale strumento accessorio rispetto al primo²³¹, che assolve principalmente a una funzione deterrente e sanzionatoria.

Prima di soffermarsi sull'analisi del rimedio risarcitorio, occorre evidenziare come il legislatore, nel contesto delle due disposizioni in esame, abbia fatto ricorso a due termini diversi per riferirsi alla stabilizzazione: l'art. 32, l. cit., fa riferimento alla «conversione del

²³¹ Corte cost., 11 novembre 2011, n. 303, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, 2, 252; Corte cost. 20 luglio 2016, n. 187, in *Foro it.*, 2016, 10, I, 2993, alla luce della quale la trasformazione del rapporto «sostanzialmente costituisce anch'essa un risarcimento, ma in forma specifica».

contratto» a tempo indeterminato, mentre l'art. 28, d.lgs. cit. alla «trasformazione»²³².

Come noto, la “conversione” è uno strumento civilistico attraverso il quale si perviene al recupero di un negozio giuridico nullo, per consentire, in tutto o in parte, la realizzazione dell'originario assetto di interessi programmato dalle parti²³³. L'art. 1424 c.c. (rubricato “conversione del contratto nullo”) prevede che «il contratto nullo può produrre gli effetti di un contratto diverso, del quale contenga i requisiti di sostanza e di forma, qualora, avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti, debba ritenersi che esse lo avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità». Con l'impiego di tale istituto, si perviene, quindi, a una modifica legale del regolamento contrattuale volta a espungere il vizio che ne determina la nullità, tenendo conto dello scopo perseguito in concreto delle parti²³⁴: si passa, quindi, da un tipo contrattuale ad un altro.

²³² Il problema legato all'utilizzo dei due termini coinvolge diversi ambiti. Con specifico riferimento al significato delle due espressioni nel d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, v. M. MISCIONE, *Tutele crescenti: un'ipotesi di rinnovamento del diritto del lavoro*, in *Diritto e Pratica del Lavoro*, 2015, 748; M. TIRABOSCHI, *Conversione o semplice trasformazione dei contratti a tutele crescenti?* in <http://www.bollettinoadapt.it/conversione-o-semplce-trasformazione-dei-contratti-per-lapplicazione-delle-cosiddette-tutele-crescenti/>.

Rispetto all'ipotesi di conversione del contratto di apprendistato, v. M. TIRABOSCHI, *Il contratto a tutele crescenti: spazi di applicabilità in caso di apprendistato e somministrazione di lavoro*, in F. CARINCI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni*, ADAPT University Press, Bergamo, 2015, 110-112.

²³³ Infatti, il legislatore del Jobs Act ha utilizzato, nel contesto dell'art. 1, comma 2, d.lgs. 23 il termine “conversione” laddove prevede che la nuova disciplina dei licenziamenti trova applicazione «nei casi di conversione, successiva all'entrata in vigore del presente decreto, di contratto a tempo determinato». Diversamente, nell'art. 28, d.lgs. 81, cit. parla di “trasformazione” del contratto. Ciò induce a ritenere che i due termini non siano stati intesi quali sinonimi nel contesto del Jobs Act. Tuttavia, in giurisprudenza è possibile rinvenire pronunce nelle quali il termine “trasformazione” è utilizzato alla stregua di un sinonimo di “conversione”. V. Cass. civ., 2 aprile 2014, n. 7672, in *dejure.it*; Cass. civ. 12 febbraio 2014, n. 3234 in *dejure.it*.

²³⁴ C. M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2000, vol.3, 632; C.M. BIANCA, G. PATTI, S. PATTI, *Lessico di diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2001, 209-211;

Diversamente, “trasformazione” implica un semplice mutamento del regolamento contrattuale entro il perimetro del medesimo tipo²³⁵.

Alla luce di queste definizioni, il riferimento alla “conversione” da parte dell’art. 32, comma 5, l. cit. è, a tutta evidenza, improprio²³⁶. Posto che il contratto a termine costituisce un semplice sottotipo del contratto di lavoro subordinato, nell’ambito delle norme richiamate non assistiamo ad una conversione del contratto (che resta, comunque, di lavoro subordinato) e, quindi al passaggio a un contratto diverso, ma a una semplice trasformazione e, cioè, a una semplice modifica²³⁷, come confermato anche dal legislatore nel 2015, che ha accolto tale espressione nel dettato normativo

F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, ESI, Napoli, 2011, 998, fa riferimento alla causa in concreto.

²³⁵ R. SACCO, *Il contratto*, in F. VASSALLI (a cura di), *Trattato di diritto civile italiano*, Giappichelli, Torino, 1975, 899.

²³⁶ È stato osservato che la conversione opera in una nutrita serie di ipotesi, tra loro molto eterogenee, tra le quali le principali sono rappresentate dalla mancanza delle ragioni legittimanti l’apposizione del termine e dall’abuso derivante dalla successione di contratti a tempo determinato quali l’ipotesi del termine non determinato né determinabile, la violazione dei divieti di contratto a termine, la violazione delle modalità di proroga del termine, la prosecuzione del rapporto oltre il termine scaduto, la stipula di due contratti a termine ravvicinati, il superamento del termine massimo dei 36 mesi. Al riguardo, I. FEDELE, L. DI PAOLA, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, Giuffrè, Milano, 2011, 392-393 offrono un’elencazione delle fattispecie nelle quali si rinviene la predetta conseguenza della conversione.

²³⁷ L. RATTI, *Conversione del contratto e rapporti di lavoro. Trasformazione e sanzione nel trattamento delle invalidità dei contratti di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2018, 74. Inoltre, secondo un’interpretazione della norma alla luce della disciplina civilistica, il meccanismo della conversione non opererebbe per l’ipotesi di inefficacia per la mancanza della forma scritta (art. 1, comma 2, d.lgs. 368/2001). Con la conseguenza che non spetterebbe in tal caso la tutela risarcitoria dell’art. 32, comma 5, poiché qui il contratto «non si considera come (né si converte in) contratto a tempo indeterminato, ma è ed è sempre stato contratto a tempo indeterminato». G. IANNIRUBERTO, *Scadenza del termine illegittimo e contribuzione previdenziale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, 3, 181 ss.

dell'art. 28, d.lgs. cit., espungendo l'ambiguo riferimento alla conversione (art. 28, d.lgs. cit.).

Ciò premesso, sia nell'art. 32, l. cit., sia nell'art. 28, d.lgs. cit., alla stabilizzazione del rapporto di lavoro si aggiunge la previsione di un'“indennità”, cui sarebbe più corretto fare riferimento nei termini di un risarcimento, posto che la violazione della disciplina normativa da parte del datore di lavoro costituisce un illecito in danno del lavoratore²³⁸.

Si tratta di un'ipotesi di risarcimento forfettizzato, che può variare entro una soglia minima di 2,5 mensilità e una massima di 12 mensilità, a prescindere dal reale danno patito²³⁹.

Inoltre, esso è “onnicomprensivo” e, quindi, come chiarito dall'art. 1, comma 13, l. 92/2012, «ristora per intero il pregiudizio subito dal lavoratore, comprese le conseguenze retributive e contributive relative al periodo compreso fra scadenza del termine e la pronuncia del provvedimento con il quale il giudice abbia ordinato la ricostruzione del rapporto di lavoro».

La caratteristica dell'onnicomprensività ha un'eco significativa sulla natura e sulle funzioni di tale prestazione risarcitoria.

Mentre la stabilizzazione assolverebbe alla funzione ripristinatoria, l'indennità risarcitoria da deterrente e da sanzione, come dimostra il fatto che dalla somma liquidata non deve essere detratto l'*aliunde perceptum*, previsione che sarebbe stata necessaria qualora si fosse trattato di uno strumento con principale funzione compensativa.

Tuttavia, la disposizione del Collegato Lavoro ha, tuttavia, suscitato il dubbio in merito alla violazione del principio di integrale

²³⁸ Corte cost., sent. 11 novembre 2011, n. 303, in *Foro it.*, 2012, 3, I, 717 ss.

²³⁹ Cass. civ. 20 febbraio 2012, n. 3054 in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, 2, 796; Cass. civ., 31 gennaio 2012, n. 1411, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, 2, 400; Cass. civ. 2 aprile 2012, n. 5241, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1, 2013, 11 ss.

riparazione del danno²⁴⁰ e, quindi, di illegittimità costituzionale per violazione degli artt. 3, secondo comma, 4, 24, 111 Cost. perché la previsione di un'indennità circoscritta ad alcune mensilità di retribuzione sarebbe irragionevolmente sproporzionata in difetto rispetto all'ammontare del danno sopportato dal prestatore di lavoro a causa dell'illegittima apposizione del termine al contratto, che aumenta con il decorso del tempo e che oltretutto compromette il diritto indisponibile alla regolarizzazione contributiva²⁴¹. Inoltre, è stato ritenuto che tale previsione non tutela adeguatamente il diritto al lavoro (art. 3 e 4 Cost.) e non reca strumenti che evitino che il datore prolunghi il giudizio e possa sottrarsi all'esecuzione della sentenza (in contrasto con l'art. 111 Cost. e 6 Cedu)²⁴².

²⁴⁰ Così secondo Trib. di Trani, ord. 20 dicembre 2010, in *Dir. relaz. ind.*, 2011, 1, 148 e Cass., ord. 28 gennaio 2011, n. 2112, in *Foro it.*, 2011, 6, 1742 ss. che hanno proposto la questione di legittimità costituzionale della norma in esame.

²⁴¹ Corte cost., 9-11 novembre 2011, n. 303, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, 2, 252 ss.; in *Giur. Cost.*, 2012, 1, 553. A questa sentenza ha fatto poi seguito Corte cost., 3 maggio 2012, n. 112, in *Giur. cost.*, 2012, 1638.

In occasione del rinvio formulato alla Corte costituzionale, cui è seguita la citata sentenza n. 303, il giudice remittente ha anche evidenziato che tale indennità onnicomprensiva assorbirebbe anche il diritto indisponibile alla regolarizzazione contributiva, calcolata, oltretutto, alla luce dei criteri di cui all'art. 8 della l. 604 del 1966, inappropriati a tal riguardo, in quanto renderebbero irrilevanti, a fronte della ricostituzione *ex tunc* del rapporto sottesa alla "conversione" di esso, il tempo che il prestatore di lavoro subordinato è costretto ad attendere per ottenere la pronuncia. La questione di legittimità costituzionale è stata proposta dalla Corte di Cassazione con ordinanza del 28 gennaio 2011, n. 2112, in *Foro it.*, 2011, 1, 1742 e dal Trib. Trani, con ordinanza del 20 dicembre 2010, in *Foro it.*, 2010, 1, 3552 per la paventata contrarietà della disposizione agli artt. 3, 4, 11, 24, 101, 102, 111 e 117 Cost. Le pronunce sono state commentate congiuntamente da L. ZAPPALÀ, *La tutela risarcitoria nei casi di conversione del contratto di lavoro a tempo determinato al vaglio della Consulta*, in *Riv. It., Dir. Lav.*, 2011, 2, 788 ss.; A. DE MATTEIS, *Le ordinanze di rimessione sulla nullità del termine*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2011, 1, 97 ss.

²⁴² Cass., 28 gennaio 2011, cit.

L'illegittimità costituzionale della disposizione in esame è stata però smentita dalla Corte costituzionale²⁴³ nel 2011, la quale ha messo in luce come la scelta della tecnica della forfetizzazione del danno «prende spunto dalle obiettive incertezze verificatesi nell'esperienza applicativa dei criteri di commisurazione del danno secondo la legislazione previgente, con l'esito di risarcimenti ingiustificatamente differenziati in misura eccessiva». Inoltre, come evidenziato dalla Consulta, nell'ambito di un regime di tutele articolato, l'indennità risarcitoria onnicomprensiva va a completare l'apparato sanzionatorio a favore del lavoratore e si affianca al rimedio primario della trasformazione del contratto a termine in uno a tempo indeterminato, che consente di scongiurare il rischio di una condizione lavorativa precaria. Da ciò discende, la natura marcatamente sanzionatoria della prestazione risarcitoria: l'obiettivo perseguito non è, infatti, quello di ristorare la vittima del pregiudizio, ma quello di sanzionare l'autore della condotta e dissuaderlo dal compiere tale infrazione. Diversamente, «la tutela fondamentale della conversione del rapporto in lavoro a tempo indeterminato sarebbe completamente svuotata. Se, infatti, il datore di lavoro, anche dopo l'accertamento giudiziale del rapporto a tempo indeterminato, potesse limitarsi al versamento di una somma compresa tra 2,5 e 12 mensilità di retribuzione, non subirebbe alcun deterrente idoneo ad indurlo a riprendere il prestatore a lavorare con sé»²⁴⁴.

Occorre però osservare che la scelta della forfetizzazione del danno entro parametri minimi e massimi, seppur astrattamente condivisibile, si espone a critiche sul piano pratico.

Infatti, anziché dissuadere il datore di lavoro dal violare la legge, essa può costituire un incentivo all'infrazione della regola nella

²⁴³ Corte cost. 11 novembre 2011, n. 303, cit.

²⁴⁴ Corte cost., cit.

logica dell'*efficient breach of contract*. Oltretutto, come noto, la stabilizzazione del rapporto di lavoro per ordine del giudice è, di per sé, incoercibile, con conseguente rischio di inottemperanza da parte del datore di lavoro.

Ciononostante, tale soluzione opera a favore del lavoratore sotto il profilo dell'onere probatorio: l'indennità risarcitoria è comunque dovuta, anche in mancanza di danno, come accade nel caso in cui il lavoratore abbia trovato una nuova occupazione.

Sul punto, la Corte aggiunge che la disciplina introdotta dal Collegato Lavoro risulta certamente più favorevole per il lavoratore rispetto al regime normativo ordinario ed evidenzia che il nuovo criterio di liquidazione è «di più agevole, certa ed omogenea applicazione»²⁴⁵. In altri termini, la tecnica del risarcimento forfetizzato consente di alleggerire l'onere probatorio del danneggiato e di pervenire a decisioni giurisprudenziali più certe e omogenee.

In considerazione di ciò, la disposizione in esame «non risulta irragionevole, in quanto non si limita a forfetizzare il risarcimento del danno dovuto al lavoratore illegittimamente assunto a termine, ma, innanzitutto, assicura a quest'ultimo l'instaurazione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, andando la prevista indennità ad integrare la garanzia della conversione del contratto di lavoro a termine in un contratto di lavoro a tempo indeterminato»²⁴⁶.

Pare possibile evidenziare, quindi, l'esistenza di una natura poliforme dell'indennità risarcitoria onnicomprensiva in entrambe le

²⁴⁵ Corte cost., 3 maggio 2012, n. 112, cit. In dottrina, v. A. Vallebona, una buona svolta del diritto del lavoro: il «Collegato 2010», in *Mass. Giur. Lav.*, 2010, 211-212.

²⁴⁶ Corte cost., 3 maggio 2012, n. 112, cit. Come osservato, inoltre, da F. Buffa nella relazione redatta per la Sezione Lavoro della Corte di Cassazione, intitolata «Problematiche interpretative dell'art. 32, commi 5-7, della legge n. 183/2010 alla luce della giurisprudenza comunitaria, CEDU, costituzionale e di legittimità (www.cortedicassazione.it) l'indennità di cui all'art. 32, comma 5, l. cit., deve essere intesa quale prestazione aggiuntiva rispetto alle retribuzioni dovute dalla messa in mora.

disposizioni richiamate, con valenza sanzionatoria e deterrente, poiché si aggiunge al rimedio della stabilizzazione del rapporto di lavoro.

Sebbene il ragionamento qui condotto con specifico riferimento all'art. 32, Collegato Lavoro, possa essere esteso analogicamente alla disposizione contenuta nell'art. 28, d.lgs. cit. – posta la sostanziale equivalenza del dettato normativo di entrambe – le due norme differiscono sotto il profilo della base di calcolo del risarcimento, con significative differenze sul piano pratico dell'efficacia deterrente e sanzionatoria.

Nel citato art. 28, infatti, il parametro attraverso il quale effettuare il calcolo della prestazione risarcitoria non è più, come nell'art. 32, comma 5, l. cit. la retribuzione globale di fatto²⁴⁷, ma quella utile ai fini del calcolo del t.f.r. per il periodo intercorrente tra l'interruzione di fatto del rapporto e la sentenza dichiarativa della nullità del termine illegittimamente apposto²⁴⁸.

Seppur il concetto di retribuzione utile ai fini del predetto calcolo alla luce dell'art. 2120 c.c. è ampio e onnicomprensivo²⁴⁹ – e potrebbe conseguentemente condurre a un aumento dell'indennità da riconoscere al lavoratore – tuttavia il suo perimetro può variare a seconda della contrattazione collettiva.

²⁴⁷ La nozione della retribuzione globale di fatto è molto controversa. Secondo una parte della giurisprudenza include «ogni compenso avente carattere continuativo». Così secondo Cass. civ., 4 ottobre 2011, n. 20266, in banca dati www.dejure.it; Cass. civ. 15 gennaio 2013, n. 813, in *Giust. civ. mass*, 2013. Diversamente, secondo altra parte della giurisprudenza, la nozione è riferita al «trattamento economico normale ... anche in via non continuativa, purché non occasionale». Così secondo Cass. civ., 16 settembre 2009, n. 19956, in *Giust. civ. mass*, 2009, 9, 1321.

²⁴⁸ Come noto, la retribuzione utile ai fini del calcolo del trattamento di fine rapporto è l'unità di misura adottata, in linea generale, dal Jobs Act. Così anche nel caso della disciplina del contatto a tutele crescenti, d. lgs. 4 marzo 2015, n. 23.

²⁴⁹ Restano esclusi gli emolumenti corrisposti a titolo non continuativo, occasionale.

Nel rispetto dell'art. 36 Cost., quest'ultima può, infatti, escludere da tale base alcune voci²⁵⁰, con la conseguenza di una potenziale riduzione dell'indennità risarcitoria, paventandosi oltretutto un rischio di una violazione dell'art. 3 Cost., posta l'esistenza di un trattamento irragionevolmente diverso dinanzi a situazioni simili²⁵¹.

3.4. Abuso del contratto a termine e indennità risarcitoria nel rapporto di lavoro pubblico.

L'art. 36, d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165, oggetto di numerosi interventi legislativi²⁵², prevede che per soddisfare esigenze temporanee

²⁵⁰ A. TAGLIAMONTE, *Le deroghe alla base di calcolo del TFR nella contrattazione collettiva*, in *Lav. prev. oggi*, 2012, 5-6, 316 ss.

²⁵¹ Tra i profili controversi in relazione al concetto di retribuzione utile ai fini del calcolo del t.f.r., ci si è chiesti se l'eventuale limitazione della base di calcolo contenuta nei contratti collettivi stipulati prima dell'entrata in vigore della presente disciplina sia rilevante ai fini del calcolo del risarcimento, in quanto cronologicamente precedente. La risposta affermativa condurrebbe, infatti, ad attribuire ad un atto di autonomia privata una finalità diversa rispetto a quella che originariamente si sono poste le parti al momento della stipula. Rispetto all'indennità risarcitoria prevista in materia di licenziamenti illegittimi dalla disciplina del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, v. M.G. MATTAROLO, *Le conseguenze risarcitorie e indennitarie del licenziamento illegittimo*, in F. CARINCI, C. CESTER (a cura di), *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015 (contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti)*, Adapt Labour Studies e-Book series n. 46, 2015, 123. L'A. evidenzia che l'art. 4, comma 1, l. 297/1982 relativa al T.F.R. ha espressamente «imposto che le deroghe alla nozione di retribuzione annua dovessero essere previste solo da contratti collettivi successivi all'entrata in vigore della riforma».

²⁵² Su tale disposizione sono, infatti intervenute la l. 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria 2008), il d.l. 25 giugno 2008, n. 112, recante disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria, conv. in l. 6 agosto 2008, n. 133; il d.l. 1° luglio 2009, n. 78, recante provvedimenti anticrisi, nonché proroga di termini e della partecipazione italiana a missioni internazionali con in l. 3 agosto 2009, n. 102; il d.l. 31 agosto 2013, n. 101, recante disposizioni urgenti per il perseguimento di obiettivi di razionalizzazione nelle pubbliche amministrazioni conv. in l. 30 ottobre 2013, n. 125. V. VALENTE L., *Contratto a termine e lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in *Il Diritto del lavoro*, 2003, 6, 865 ss.;

o eccezionali, l'amministrazione pubblica possa stipulare contratti a termine e precisa, al comma 5, che la violazione delle disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori non comporta la trasformazione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato (anche se un discorso a parte deve essere riservato ai precari della scuola, il personale docente del Comparto Scuola e dei Conservatori di musica, nonché di quello ATA, coinvolti in un'annosa vicenda giudiziaria e politica, rispetto ai quali si è giunti a una soluzione diversa²⁵³).

²⁵³ Con riferimento al problema del precariato scuola, sono numerosi gli interventi giurisprudenziali e della dottrina, nonché del legislatore, che ha cercato di porre un freno a tale fenomeno per mezzo della stabilizzazione attuata con piani straordinari di assunzione (al riguardo, v. l'art. 4, comma 6, d.l. n.101/2013 e l'art. 15, comma 1, d.l. n. 104/2013, la l. 107/2015 e l'art. 20, d.lgs. 75/2017). Si rinvia all'ampia letteratura in materia. Si segnala, tra le principali pronunce, Corte di Giustizia UE, Corte giust. Ue, III Sezione, sentenza 26 novembre 2014, in cause riunite C-22/13, C-61/13, C-62/13 e C-418/13 Mascolo, Forni, Racca, Napolitano ed altri contro Miur, nonché C-63/13 Russo contro Comune di Napoli, con l'intervento di Cgil, Flc-Cgil e Gilda-Unams nella causa Racca C-63/13. Alla luce della citata sentenza, il sistema di reclutamento dei supplenti della scuola pubblica è contrario alla direttiva 1999/70/CE e deve essere applicata la sanzione della stabilità lavorativa di cui al d.lgs. n. 368/2001. Inoltre, la Corte afferma che «La clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, che figura nell'allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, deve essere interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale, quale quella di cui trattasi nei procedimenti principali, che autorizzi, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale di ruolo delle scuole statali, il rinnovo di contratti di lavoro a tempo determinato per la copertura di posti vacanti e disponibili di docenti nonché di personale amministrativo, tecnico e ausiliario, senza indicare tempi certi per l'espletamento di dette procedure concorsuali ed escludendo qualsiasi possibilità, per tali docenti e detto personale, di ottenere il risarcimento del danno eventualmente subito a causa di un siffatto rinnovo. Risulta, infatti, che tale normativa, fatte salve le necessarie verifiche da parte dei giudici del rinvio, da un lato, non consente di definire criteri obiettivi e trasparenti al fine di verificare se il rinnovo di tali contratti risponda effettivamente ad un'esigenza reale, sia idoneo a conseguire l'obiettivo perseguito e sia necessario a tal fine, e, dall'altro, non prevede nessun'altra misura diretta a prevenire e a sanzionare il ricorso abusivo ad una successione di contratti di lavoro a tempo determinato». V. i commenti di M. AIMO, *I precari della scuola tra vincoli europei e mancanze del legislatore domestico*, 2015, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT; V. DE MICHELE, *L'interpretazione*

In generale, nell'ambito del lavoro alle dipendenze della P.A., qualora si verifichi un abuso del contratto a termine, il lavoratore ha soltanto diritto al risarcimento del danno per equivalente.

Questa peculiare previsione è stata sottoposta al vaglio della Corte costituzionale²⁵⁴ – che ne ha avallato la legittimità – ed è stata protagonista di un fitto dibattito della giurisprudenza italiana con quella della Corte di Giustizia dell'Unione europea in ordine alla corretta interpretazione da conferire alla norma, alla luce dei principi enunciati dalla direttiva n. 1999/70/CE (relativa all'accordo

“autentica” della sentenza Mascolo-Fiamingo della Corte di giustizia UE sulla tutela “energica” del lavoro flessibile alle dipendenze di datori di lavoro pubblici e privati, in europeanrights.eu, 10 gennaio 2015; ID, La sentenza Mascolo della Corte di giustizia sul precariato pubblico e i controversi effetti sull'ordinamento interno, ibidem, 11 novembre 2015; E. GHERA, I precari della scuola tra Corte di giustizia, Corte costituzionale e Giudici comuni, in Giur. cost., 2015, 158 ss.; L. MENGHINI, Sistema delle supplenze e parziale contrasto con l'accordo europeo: ora cosa succederà?, in Riv. it. dir. lav., 2015, II, 343 ss.; M. MISCIONE, Il Tribunale di Napoli immette in ruolo i precari della Pubblica Amministrazione, in Quot. giur., 5 gennaio 2015, n. 5; R. IRMICI, La sentenza Mascolo della Corte di giustizia dell'Unione europea e lo strano caso del giudice del rinvio pregiudiziale che immette ma non converte, in Nov. dir. amm., 2015, 2, 177 ss.; G. SANTORO PASSARELLI, Contratto a termine e temporaneità delle esigenze sottostanti, in Arg. Dir. Lav., 2015, 189 ss. Inoltre, v. Corte cost. 11 dicembre 2015, n.260, sulla quale A.M. PERRINO, Nota a Corte cost., sent. n. 260/2015, in Foro it., 2016, n.1, I, 1. Più recentemente, la Corte cost., con la sent. 20 luglio 2016, n. 187, si è pronunciata a seguito del rinvio operato dai Tribunale di Roma e di Lamezia Terme dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, commi 1 e 11, della l. 3 maggio 1999, n. 124 (Disposizioni urgenti in materia di personale scolastico) nella parte in cui autorizza, in mancanza di limiti effettivi alla durata massima totale dei rapporti di lavoro successivi, il rinnovo potenzialmente illimitato di contratti di lavoro a tempo determinato per la copertura di posti vacanti e disponibili di docenti nonché di personale amministrativo, tecnico e ausiliario, senza che ragioni obiettive lo giustificano.

²⁵⁴ Corte cost. 27 marzo 2003, n. 89, in *Foro it.* 2003, I, 2258 ss. Con la sentenza citata, la Corte costituzionale si esprime a favore della legittimità costituzionale della disposizione. Infatti, il principio secondo cui al rapporto di lavoro alle dipendenze della p.a. si accede mediante concorso (art. 97, comma 4, Cost.), rende impossibile l'equiparazione, in termini assoluti, tra lavoro c.d. “privato” e “pubblico”. La principale differenza giace proprio nel momento genetico del rapporto di lavoro, rinvenibile, nel lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, nella procedura selettiva concorsuale costituzionalmente prevista quale vaglio della professionalità e idoneità del candidato.

quadro sul lavoro a tempo determinato tra UNICR, CEEP, CES per contrastare il fenomeno della reiterazione abusiva dei contratti a termine²⁵⁵).

Uno dei principali problemi riguarda la natura e la quantificazione del danno risarcibile ai sensi dell'art. 36, comma 5, T.U cit., rispetto al quale si sono espresse numerose sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione europea, chiamata più volte a pronunciarsi in ordine alla compatibilità della disciplina nazionale ai principi eurounitari²⁵⁶.

Il cammino compiuto dalla giurisprudenza europea e da quella italiana in merito al problema del risarcimento del danno da abusiva reiterazione di contratti a termine ha un impatto molto rilevante sul dibattito relativo alla polifunzionalità della responsabilità civile.

²⁵⁵ Al riguardo, l'art. 5 del predetto accordo individua alcune misure che gli Stati membri sono chiamati a osservare «1. Per prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali a norma delle leggi, dei contratti collettivi e della prassi nazionali, e/o le parti sociali stesse, dovranno introdurre, in assenza di norme equivalenti per la prevenzione degli abusi e in un modo che tenga conto delle esigenze di settori e/o categorie specifici di lavoratori, una o più misure relative a: a) prescrizione di ragioni obiettive per il rinnovo di contratti a termine; b) durata massima dei contratti a termine; c) numero massimo dei rinnovi. 2. Gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali, e/o le parti sociali stesse dovranno, se del caso, stabilire a quali condizioni i contratti e i rapporti di lavoro a tempo determinato: a) devono essere considerati "successivi"; b) devono essere ritenuti contratti o rapporti a tempo indeterminato».

²⁵⁶ Tali principi sono pacificamente applicabili anche ai contratti di lavoro a tempo determinato conclusi con le amministrazioni pubbliche. Così, Corte di Giustizia UE, 7 settembre 2006, C.180/04, Vassallo, in *Lav. Giur.*, 2006, 10, 965, con nota di M. MISCIONE, *Non trasformazione dei contratti a termine nel lavoro pubblico*; Corte di Giustizia UE, 4 luglio 2006, C-212/04, Adelener; Corte di Giustizia UE, 7 settembre 2006, C-53/04, Marrosu e Sardino, in *Foro it.*, 2007, IV, 75 ss. con nota di A.M. PERRINO, *Perplexità in tema di contratto di lavoro a termine del pubblico dipendente*; Corte di Giustizia UE, 8 settembre 2011, C-177/10, Rosado Santana, M. BENECKE, *Die Folgen des Diskriminierungsverbots für befristet beschäftigte Arbeitnehmer für die Beförderung eines Berufsbeamten*, in *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2012, 236-246.

Nell'*iter* intrapreso dalla Corte di Giustizia, sfociato, come noto, nell'affermazione di una figura di risarcimento punitivo anche all'interno del nostro ordinamento – chiamato “danno comunitario”²⁵⁷ – una tappa senz'altro importante, che rappresenta il punto di partenza del presente ragionamento, è la sentenza *Marrosu e Sardino*²⁵⁸.

La pronuncia richiamata esclude, infatti, che il divieto di trasformazione del contratto a termine in uno a tempo indeterminato previsto dall'art. 36, T.U. cit. sia in contrasto con la normativa europea, ritenendo legittima l'adozione di una disciplina differenziata, da parte del legislatore interno, tra pubblico impiego e rapporto di lavoro privato²⁵⁹.

Questa decisione ha deluso le aspettative di una parte della dottrina e della giurisprudenza interna, le quali avevano riposto fiducia nell'istituzione europea e nella possibilità che la stessa indicasse, quantomeno, la “strada maestra” per la soluzione del problema del precariato pubblico, senza dover necessariamente scardinare

²⁵⁷ Cass. civ., 30 dicembre 2014, n. 27481, in *Foro it.*, 2015, 9, I, 2858 ss.

²⁵⁸ Corte di Giustizia UE, 7 settembre 2006, C-53/04, *Marrosu e Sardino*, cit.

²⁵⁹ Così in particolare Corte di Giustizia UE, 7 settembre 2006, C-53/04, *Marrosu e Sardino*, in *Law. Giur.*, 2006, 10, 965, con nota di M. MISCIONE, cit. Le sentenze ribadiscono quanto affermato poco tempo prima con riferimento alla disciplina vigente nell'ordinamento greco dalla sentenza *Adelener*, Corte di Giustizia CE, Grande Sezione, 4 luglio 2006, C-212/04, in *Foro it.*, 2007, IV, 75 ss. con nota di A.M. PERRINO, cit.; L. DE ANGELIS, *Il contratto di lavoro a termine nelle pubbliche amministrazioni alla luce della giurisprudenza comunitaria: spunti di riflessione*, in *Foro it.*, 2007, IV, 344-348; M. AUER, *Neues zu Umfang und Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung*, in *Neue juristische Wochenschrift*, 2007, 1106-1109. Così anche Corte di Giustizia UE, 12 dicembre 2013, C-361, Carratù, in *Foro it.*, 2014, 2, IV, 74; Corte di Giustizia UE, 12 giugno 2008, C-364/07, Vassilakis, in *Racc.*, 2008, I-90; Corte di Giustizia UE, 24 aprile 2009, C-380/07, Angelidaki, in *Foro It.*, 2009, IV, 496. Di segno contrario la giurisprudenza di merito: Trib. Siena, 27 settembre 2010, 15 ottobre 2010 e 13 dicembre 2010, in *RGL*, 2011, III, 416; Trib. Napoli, 16 giugno 2011, in *Law. nelle P.A.*, 2011, 491.

l'impianto costituzionale dell'accesso tramite concorso al lavoro alle dipendenze della P.A.²⁶⁰

Sicché, una volta riconosciuta la legittimità del divieto di trasformazione del contratto, più volte ribadita dai giudici europei²⁶¹, il risarcimento del danno è inevitabilmente divenuto di primaria importanza, poiché rappresenta l'unica tutela a favore del lavoratore in quest'ambito.

Secondo la Corte di Giustizia UE, a livello comunitario non sussiste, infatti, un obbligo di trasformare il contratto di lavoro a tempo determinato in uno a tempo indeterminato²⁶²; gli Stati membri possono scegliere autonomamente quali rimedi adottare, purché siano effettivi, proporzionati, dissuasivi ed equivalenti a quelli previsti in casi analoghi.

Nel tentativo di colmare il vuoto di tutele lasciato dalla mancata stabilizzazione del lavoratore, si è cercato di rafforzare il profilo risarcitorio, lasciando peraltro irrisolto il problema principale e, cioè, quello della precarietà.²⁶³

²⁶⁰ M. MISCIONE, *Non trasformazione dei contratti a termine nel lavoro pubblico*, in *Lav. Giur.*, 2006, 10, 968; V. DE MICHELE, *Contratto a termine e precariato*, Ipsoa, Milano, 2009, 48-70.

²⁶¹ Sul punto, v. Corte di Giustizia UE, 12 dicembre 2013, C-50/13, Papalia, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2014, 1, II, 75 ss., con nota di E. ALES, *Contratti a termine e pubbliche amministrazioni: quousque tandem*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, II, 86 ss.; V. DE MICHELE, *La sentenza "integrata" Carratu-Papalia della Corte di giustizia sulla tutela effettiva dei lavoratori pubblici precari*, in *Lav.giur.*, 2014, 241 ss.; A.M. PERRINO, *La Corte di giustizia come panacea dei precari?*, in *Foro it.*, 2014, IV, 91; B. CIMINO, *Restano incerte le prospettive del precariato pubblico dopo l'ordinanza Papalia della Corte di giustizia*, in *Lav. nelle p.a.*, 2014, II, 1033 ss.

²⁶² Corte di Giustizia UE, 14 dicembre 1995, C-312/93, Peterboeck, in *Giur. it.*, 1998, 405 ss.; M. DE LUCA, *Precariato pubblico: condizionalità eurounitaria per i divieti nazionali di conversione*, in *lav. nelle p.a.*, 2016, 3-4, 489 ss.

²⁶³ V. DE MICHELE, *Contratto a termine e precariato*, cit.; ID., *La sentenza Mascolo della Corte di giustizia sul precariato pubblico e i controversi effetti sull'ordinamento interno*, in *europeanrights.eu*, 11 novembre 2015; ID., *L'interpretazione "autentica" della sentenza Mascolo-Fiamingo della Corte di giustizia UE sulla tutela "energica" del lavoro flessibile alle dipendenze di datori di lavoro pubblici e privati*, in *europeanrights.eu*, 10 gennaio 2015; E. GHERA, I

La giurisprudenza europea e quella italiana hanno fatto leva sull'anima poliforme del risarcimento del danno, al tempo stesso rimedio e sanzione.

Nel tentativo di riequilibrare l'evidente squilibrio tra le tutele di cui dispone il lavoratore nel settore privato rispetto a quello pubblico, lo strumento in esame assume molteplici forme, con un'evidente torsione punitiva.

A differenza delle fattispecie sin qui analizzate, la figura del "danno comunitario" è frutto dell'elaborazione giurisprudenziale e non del legislatore, a conferma della tesi secondo cui, nel nostro ordinamento, il risarcimento presenta una natura polifunzionale anche al di là delle ipotesi specificatamente previste dalla legge.

Sul piano dell'effettività del rimedio, è stato anzitutto evidenziato, da un lato, che il diritto europeo osta alla normativa nazionale che determini un obbligo, gravante sul lavoratore, «di fornire la prova di aver dovuto rinunciare a migliori opportunità di impiego, se detto obbligo ha come effetto di rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio, da parte del citato lavoratore, dei diritti conferiti dall'ordinamento dell'Unione».

In altri termini, è necessario un alleggerimento del regime probatorio ordinario in una logica di *favor* del lavoratore, che altrimenti difficilmente riuscirebbe a provare il pregiudizio patito.²⁶⁴

Inoltre, come evidenziato dalla Corte di Giustizia, il rimedio deve soddisfare la funzione sanzionatoria e dissuasiva, posta l'assenza della trasformazione in contratto a tempo indeterminato. Tali funzioni possono essere perseguite, in linea generale, riconoscendo un danno *in re ipsa* in presenza della sola reiterazione abusiva dei

precari della scuola tra Corte di giustizia, Corte costituzionale e Giudici comuni, in *Giur. cost.*, 2015, 158 ss.

²⁶⁴ Cass. 30 dicembre 2014, n. 27481, in *Dir. Giust.*, 2015, 2 aprile.

contratti a termine, a prescindere dal reale pregiudizio patito²⁶⁵; in altri termini, un danno-evento, che, in assenza di specifici parametri legislativi, spetta ai giudici quantificare, con l'inevitabile conseguenza di una forte disomogeneità delle decisioni²⁶⁶.

Al riguardo, tre sono le linee interpretative principalmente assunte dalla giurisprudenza.

Alcune pronunce hanno accolto il parametro dell'art. 18, comma 4 e 5, St. lav., (nella formulazione precedente alla Riforma Fornero) delle 15 mensilità in sostituzione della reintegra.

Altre sentenze hanno fatto, invece, ricorso al criterio dell'art. 8, l. 15 luglio 1966, n. 604²⁶⁷, in forza del quale si deve corrispondere al lavoratore un importo tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

Infine, una parte della giurisprudenza ha suggerito l'applicazione dell'art. 32, l. 4 novembre 2010, n. 183²⁶⁸ che, come evidenziato nel precedente paragrafo, individua una sorta di penale *ex lege* o di

²⁶⁵ Cass. civ., sez. lav., 15 giugno 2010 n. 14350 in *Giust. civ.*, 2011, 7-8, 1868; Cass. civ., sez. lav., 13 gennaio 2012 n. 392, in *Guida al diritto*, 2012, 6, 64; Cass. civ., sez. lav., 31 luglio 2014 nn. 17455, 17456 e 17457, inedite.

²⁶⁶ Corte di Giustizia UE, 1° ottobre 2010, C-3/2010, Affatato, in *Foro it.* 2011, 2, IV, 69.

²⁶⁷ Sul tema Cass. civ., sez. lav., 22 gennaio 2015, n. 1181 in *Foro Amm.*, 2015, II, 917, con nota di L. ZAMPIERI, *Abuso del contratto a termine nel pubblico impiego ed effettività del regime sanzionatorio applicabile nel dialogo tra corti*; Cass. civ., sez. lav., 23 gennaio 2015, n. 1260, in *Lav. e prev. oggi*, 2015, 3, II, 917 ss., con nota di S. TESTA, *Illegittima reiterazione di contratti a termine nel pubblico impiego: "danno comunitario" e criteri di liquidazione* e con nota di E. BAVASSO, *La Cassazione apre al c.d. "danno comunitario"*, in *Lav. Giur.*, 2015, 5, 480 ss; Cass. civ., sez. lav., 30 dicembre 2014, n. 27481, in *Dir. Rel. Ind.*, 2015, 4, 1108 con nota di D. MARINO, *Il "danno comunitario" da illegittima reiterazione di contratti di lavoro a termine: conforme al diritto dell'Unione?*

²⁶⁸ Cass. civ., 22 gennaio 2015, n.1181, cit.; N. FRASCA, *La quantificazione del "danno comunitario" da illegittima reiterazione di contratti a tempo determinato nel pubblico impiego: nel perdurante silenzio del legislatore, si pronunciano le sezioni unite*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2016, 4-5, 855 ss.;

risarcimento punitivo²⁶⁹ dovuto a prescindere dal reale pregiudizio patito, per la sola circostanza della violazione delle norme imperative e dunque, nell'ottica civilistica, in presenza non già di un danno-conseguenza, bensì del solo danno-evento.

A dirimere il contrasto interpretativo sono intervenute le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza n. 5072/2016, in occasione della quale oltre a ribadire il principio di divieto assoluto di conversione nel pubblico impiego dei contratti a termine²⁷⁰, sono stati affrontati quattro profili essenziali: quello della qualificazione del danno, del tipo di pregiudizio sofferto, dell'onere probatorio e, infine, della sua quantificazione²⁷¹.

Con riferimento al primo aspetto, la responsabilità della p.a. per violazione delle norme imperative in materia di contratti a termine è stata qualificata nei termini di quella contrattuale. Tale soluzione è di particolare importanza ai fini della presente ricerca, posto che – come peraltro già messo in luce nel primo capitolo – il dibattito sulla polifunzionalità della responsabilità civile ha tradizionalmente interessato solo la figura dell'illecito aquiliano. Appare invece opportuno accogliere una prospettiva nuova e più ampia sul problema e tralasciare la distinzione tra i due settori della

²⁶⁹ Così Corte cost., 11 novembre 2011, n. 303, cit.;

²⁷⁰ Tale risultato, tuttavia, si pone in chiaro contrasto con quanto statuito, invece, dalla Corte costituzionale, la quale, con la sentenza n. 187/2016 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 1, l. n. 124/1999 sulle supplenze annuali, evidenziando che la stabilizzazione a tempo indeterminato è l'unica sanzione idonea a rimuovere le conseguenze negative della successione abusiva di contratti a termine. V. Corte cost., 20 luglio 2016, n. 187, cit.

²⁷¹ Cass. S.U., 15 marzo 2016, n. 5072 su Mass. giur. lav., 2016, 590 ss. Di segno contrario, invece F. PUTATURO DONATI, *PA e contratti a termine illegittimi: note critiche sul riconoscimento del danno (extra)comunitario*, ivi, 2016, 606 ss.; M. DE LUCA, *Precariato pubblico: condizionalità eurounitaria per divieti nazionali di conversione*, su WP CSDL E "Massimo D'Antona".INT, n.134/2017; V. DE MICHELE, *Alla ricerca della tutela effettiva dei precari pubblici in Europa e in Italia*, su *Labor*, 2017, 4, 415-434.

responsabilità, che risulta oramai obsoleto, soprattutto ai fini del dibattito in esame²⁷².

Così, il diritto del lavoro offre all'interprete un campo di indagine più ricco, perché caratterizzato dalla presenza non solo di fattispecie di illecito aquiliano, ma soprattutto di quelle contrattuali, con un approccio originale. Sotto il profilo della qualificazione, le Sezioni Unite non hanno considerato il pregiudizio nei termini di un danno da perdita del posto di lavoro, ma da perdita di *chance*, visto che il lavoratore non si è mai potuto realmente porre nella prospettiva della stabilizzazione, che può avvenire unicamente attraverso concorso. Secondo il ragionamento seguito nella sentenza richiamata, «se la P.A. avesse operato legittimamente emanando un bando di concorso [...], il lavoratore [...] avrebbe potuto parteciparvi e risultarne vincitore». Per dimostrare la *chance*, come evidenziato anche in una successiva pronuncia, si deve rinvenire «la sussistenza di elevate probabilità, prossime alla certezza, di essere chiamati e quindi di ottenere l'assunzione... Il danno conseguente alla lesione di tale “chance” può essere provato, pur se solo in modo presuntivo, tramite il ricorso ad un calcolo delle probabilità che evidenzia i margini di possibile raggiungimento del risultato sperato»²⁷³.

Quanto all'onere probatorio, le Sezioni Unite prospettano una soluzione che si discosta dal regime ordinario e va a favore del lavoratore, fondandosi soprattutto sulle presunzioni, che consentono

²⁷² Come si è detto nel cap. 1, sono tanti i casi in cui tale abbandono della *summa divisio* tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale è evidente. Si veda, a titolo esemplificativo, l'ipotesi della responsabilità da contatto sociale o quella della responsabilità precontrattuale. Su tali profili, v. Roppo, cit.

²⁷³ Cass. Sez. Un., 14432/2017, in *Foro Amm.* (II) 2017, 9, 1792. Al riguardo, v. V. DE MICHELE, *La sentenza Santoro della Corte di giustizia Ue sui precari siciliani*, in CSDLE, 14 marzo 2018, 32.

di rendere più facile per il titolare del risarcimento l'effettiva fruizione del diritto.

I tre profili descritti, relativi alla natura, la qualificazione e l'onere probatorio, delineano la figura del danno comunitario «in presenza del quale il dipendente può limitarsi a provare l'illegittima stipulazione di più contratti a termine sulla base di esigenze falsamente indicate come straordinarie e temporanee», senza dover né costituire *in mora* il datore di lavoro, né provare il danno effettivamente subito.

Le Sezioni Unite affrontano, infine, il problema della quantificazione del danno. Tale profilo è strettamente connesso alla qualificazione del pregiudizio come derivate dalla perdita di *chance* e non dalla perdita del lavoro. Per questo motivo si esclude che nel caso di specie possa trovare applicazione la disciplina avverso le ipotesi di licenziamenti illegittimi prevista dall'art. 18, St. lav. e dalla l. 15 luglio 1966, n. 604. È stata, invece, accolta la soluzione prospettata dall'art. 32, comma 5, l. 4 novembre 2010, n. 183. Inoltre, per conferire al rimedio una maggior efficacia, resta comunque fermo il diritto del lavoratore di fruire del risarcimento del maggior danno patrimoniale, qualora dimostri che la perdita di *chances* lavorative ha provocato un ulteriore pregiudizio.

La sentenza delle Sezioni Unite n. 5072/2016 è stata criticata²⁷⁴ anche in ordine alla possibile violazione del principio di uguaglianza, posta la disparità di trattamento tra i lavoratori del settore privato e quelli pubblici.

²⁷⁴ Secondo alcuni, infatti, sono state fatte prevalere le ragioni legate all'emergenza del Welfare e alla crisi economica rispetto all'emergenza del precariato. Così, L. CAVALLARO, *Servitore di due padroni, ovvero il paradosso del giudice del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, 1, I, 137 ss.; M. DE LUCA, *Il giusto risarcimento per illegittima apposizione del termine a contratti privatizzati di pubblico impiego*, in *Lav. giur.*, 2016, 1053 ss.; R. RIVERSO, *Il volto del giudice del lavoro e la Costituzione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, 1, I, 157 ss.

Inoltre, è stato osservato che la predetta soluzione risarcitoria, poiché di valore irrisorio, non presenta una sufficiente carica dissuasiva, non tenendo adeguatamente conto del destinatario cui è posta a carico, la pubblica amministrazione, e sarebbe, pertanto, inefficace e inadeguata.²⁷⁵

Questi rilievi hanno spinto la giurisprudenza interna ad interpellare nuovamente i giudici europei.

Nel rinviare la questione alla Corte di Giustizia UE, il giudice remittente²⁷⁶ ha preso le distanze dal precedente arresto delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione²⁷⁷ e ha sostenuto che il danno risarcibile non corrisponde alla perdita di *chance*, ma al valore del posto di lavoro perso, a prescindere dalla circostanza secondo cui il lavoratore non abbia diritto all'assunzione, in quanto «la fonte del risarcimento non va ricercata nel principio “del danno effettivo” ma nel fatto che, in situazioni analoghe, nel settore privato l'ordinamento italiano ha scelto di attribuire in natura il bene “assunzione a tempo indeterminato”».

È stata inoltre contestata la scelta di accogliere un risarcimento forfettizzato, poiché la soluzione risulterebbe inadeguata a garantire una tutela effettiva al lavoratore.

In risposta ai dubbi sollevati dal giudice di primo grado, la Corte di Giustizia dell'Unione europea, con la sentenza *Santoro*²⁷⁸ ribadisce la propria competenza a valutare i profili dell'equivalenza e dell'efficacia delle misure adottate dallo Stato membro e a vagliarne la proporzionalità e la capacità dissuasiva.

²⁷⁵ Così secondo il Trib. Trapani, che ha quindi proposto rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE con ord. 5 settembre 2016.

²⁷⁶ Trib. Trapani, cit.

²⁷⁷ Cass. Cass. S.U., 15 marzo 2016, n. 5072, cit. che come si è visto qualifica il pregiudizio nei termini della perdita di *chances*.

²⁷⁸ Corte di Giustizia UE, 7 marzo 2018, C-494/16, Santoro, in *Foro It.*, 2018, 5, IV, 263 ss.

Ciò che rileva, in particolare, è il passaggio relativo al principio di effettività, che i giudici europei affermano essere soddisfatto mediante l'applicazione dell'indennità forfettaria prevista dall'art. 32, comma 5, l. cit., tra un minimo di 2,5 e un massimo di 12 mensilità della retribuzione e, in aggiunta, dal risarcimento del danno derivante dalla perdita di opportunità di lavoro, da dimostrarsi per mezzo di semplici presunzioni, che garantisce il rispetto del principio di integrale riparazione.

Nonostante il recente intervento della Corte di Giustizia sembri aver prospettato una soluzione all'annosa questione dell'abuso dei contratti a termine nel pubblico impiego, si dubita che le misure adottate dal nostro ordinamento costituiscano un valido rimedio per il lavoratore e siano al contempo uno strumento diretto efficacemente a prevenire e a sanzionare questa prassi patologica diffusa nella pubblica amministrazione²⁷⁹.

Affinché il risarcimento riesca a realizzare concretamente i risultati attesi, sarebbe infatti quantomeno necessario incidere maggiormente sul profilo della quantificazione del danno, aspetto che consente, come si è visto, di conferire davvero alla prestazione una coloritura sanzionatoria e dissuasiva.

La soluzione accolta dalla giurisprudenza, invece, è fortemente condizionata da logiche economiche, nel timore che la stabilizzazione del lavoratore o un cospicuo risarcimento comportino costi difficilmente sostenibili dalla P.A.²⁸⁰

Conclusivamente, se la soluzione della tutela per equivalente può essere condivisibile, poiché il rimedio è astrattamente idoneo ad operare su più fronti – quello della riparazione, della deterrenza e

²⁷⁹ Così, V. DE MICHELE, *La sentenza Rossato della Corte di giustizia sul precariato pubblico*, in europeanrights.eu

²⁸⁰ R. RIVERSO, *Il volto del giudice del lavoro e la Costituzione*, in *Riv. It. Dir. lav.*, 2014, 1, I, 157 ss.

della sanzione – una prestazione risarcitoria forfettizzata, ma irrisoria, espone il perseguimento dei tre obiettivi al fallimento.

4. Polifunzionalità del risarcimento e tutela del lavoratore autonomo.

Oltre alle fattispecie fin qui analizzate e riferite all'ambito del rapporto di lavoro subordinato, il lavoro autonomo offre importanti spunti di riflessione sul tema in esame.

Come noto, la disciplina della materia è stata per lungo tempo circoscritta alle disposizioni del Codice civile (art. 2222 c.c. ss.) ed è stata pensata in un contesto storico ed economico radicalmente diverso da quello attuale, caratterizzato dalla dicotomia tra il lavoratore subordinato, destinatario di specifiche tutele in quanto parte debole del rapporto di lavoro, e quello autonomo, che ha occupato tradizionalmente una condizione di forza socio-economica e contrattuale.

All'interno del Codice civile, le norme a tutela del lavoratore autonomo sono, infatti, dirette unicamente a garantire il compenso nel caso di recesso in corso d'opera (art. 2227 e 2233 c.c.), a disciplinare l'ipotesi della mancata determinazione di un corrispettivo (art. 2225 e 2233 c.c.) e, infine, a limitare la responsabilità se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà (art. 2236 c.c.).

Le profonde trasformazioni degli ultimi decenni hanno avuto un impatto radicale sulla fisionomia dei lavoratori autonomi che, diversamente dal passato, non possono più essere considerati una categoria monolitica e sono in molti casi caratterizzati da una situazione di dipendenza economica rispetto al committente.

In un mercato che ha assunto una dimensione globale, nel quale ogni prestazione offerta è fungibile ed è facilmente sostituibile con attività rese a condizioni economiche più vantaggiose, il lavoratore

autonomo occupa spesso una posizione di debolezza rispetto al committente, specie nelle realtà della mono-committenza.

Similmente accade nell'ambito del lavoro parasubordinato, che ha rappresentato per anni "una via di fuga" dal lavoro subordinato e il mezzo attraverso il quale eludere l'applicazione della relativa disciplina²⁸¹.

Il quadro brevemente descritto fa da cornice ai recenti interventi del legislatore, diretti a introdurre un nucleo di tutele, prima nel 2017 con la l. 22 maggio, n. 81 (nota come "Statuto del lavoro autonomo") e, successivamente, nel 2019, con il d.l. 3 settembre 2019, n. 101, (c.d. "Decreto *riders*", conv. dalla l. 2 novembre 2019, n. 128), volto alla protezione dei lavoratori "on demand"²⁸².

Nel contesto delle due riforme, il risarcimento del danno assume una veste primaria e nuova, accentuando la sua propensione alla polifunzionalità, in quanto diretto a correggere lo squilibrio fisiologico tra le parti, ponendosi quale strumento a tutela della parte debole all'interno del contratto.

Questa specifica funzione emerge in particolare da due disposizioni (*infra* par. 4.1. e 4.2.), che offrono significativi spunti di riflessione sul tema oggetto della presente ricerca.

La prima è rappresentata dall'art. 3, l. 22 maggio 2017, n. 81 («clausole e condotte abusive»), la cui *ratio* è quella di contrastare il

²⁸¹ D. GAROFALO, *Nuovi modelli organizzativi e nuovi lavori*, in D. GAROFALO (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro: autonomo – agile – occasionale*, Adapt University Press, Bergamo, 2018, 3 ss.; ID., *La ritrovata dignità del lavoro autonomo*, in *Labor*, 2019, 5, 481 ss.; ID., *La tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale*, in D. GAROFALO (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro: autonomo – agile – occasionale*, cit., 117 ss.; V. DE MICHELE, *Subordinazione, autonomia, lavoro agile e occasionale tra (post) Jobs Act e diritto europeo*, in D. GAROFALO (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro: autonomo – agile – occasionale*, cit., 45 ss.; V. FILÌ, *Nuove sfide, tutele e opportunità per i professionisti nelle deleghe della l. n. 81/2017*, in D. GAROFALO (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro: autonomo – agile – occasionale*, cit., 332 ss.

²⁸² V. FILÌ, *Decreto legge n. 87 del 2018 convertito nella legge n. 96 e dignità dei lavoratori*, in *Lav. giur.*, 2018, 10, 869 ss.

fenomeno dell'abuso, da parte del committente, della dipendenza economica del lavoratore autonomo (*infra* par. 4.1.).

La seconda è contenuta nell'art. 47-ter, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, all'interno del Capo V-*bis* sulla "Tutela del lavoro tramite piattaforme digitali"²⁸³, introdotta nel 2019, ed è diretta a tutelare il lavoratore tramite piattaforma digitale nel momento genetico del rapporto e, cioè, al momento della stipula del contratto (*infra*, par. 4.2.).

Nelle due norme il risarcimento del danno è impiegato soprattutto per dissuadere il *partner* contrattuale forte dal tenere un determinato comportamento e per sanzionarlo, qualora tale obiettivo risulti frustrato. Ciò induce a ritenere che l'istituto in esame sia stato utilizzato quale strumento diretto a colmare un persistente vuoto di tutele.

Occorre nondimeno evidenziare un ulteriore aspetto che accomuna le disposizioni in esame e sul quale si tornerà più diffusamente in seguito (*infra*, par. 4.1. e 4.2.) e, cioè, la forte influenza esercitata dai contratti con asimmetria di potere contrattuale²⁸⁴, non solo sul piano delle tecniche rimediali accolte, ma anche su quello della formulazione normativa. Da un lato, infatti, è possibile cogliere una certa somiglianza con la disciplina del contratto del consumatore (e, più in generale, dei "contratti asimmetrici"): infatti, l'art. 3, Statuto lavoro autonomo e l'art. 47-ter, d.lgs. cit., fanno chiaramente riferimento alla disciplina degli art. 33 ("clausole vessatorie") e ss. d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, "Codice del consumo".

²⁸³ D. GAROFALO, *La prima disciplina del lavoro su piattaforma digitale*, in *Lav. giur.*, 2020, 1, 5 ss.

²⁸⁴ V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in ID., *Il contratto del duemila*, Giappichelli, Torino, 2002, 25 ss.; ID., *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici*, *ivi*, 669 ss.

Dall'altro, è rinvenibile un forte legame con il settore del “terzo contratto”²⁸⁵ (entro il cui perimetro è ricondotto il contratto di subfornitura) e la cui caratteristica principale, secondo la dottrina, è la dipendenza economica del contraente debole.

Dall'incontro tra le diverse materie, accomunate dalla presenza di un soggetto debole che necessita di tutela, il risultato è quello di aver creato una sorta di ibrido, un'area dell'ordinamento dai labili confini, a cavallo tra il diritto civile e il diritto del lavoro.

Le due fattispecie che si esamineranno nel prosieguo sono quindi a cavallo tra le due aree dell'ordinamento, a conferma non solo dell'esistenza di un rapporto continuo di reciproca contaminazione, ma anche di un mutuo scambio, visto che il diritto dei consumatori ha attinto dal diritto del lavoro e ora quest'ultimo fa ricorso ai rimedi civilistici per tutelare i lavoratori autonomi.

Ne discende che la tutela del lavoratore autonomo è fortemente incentrata sul momento del rapporto contrattuale ed è diretta a correggere la condizione di squilibrio esistente tra le parti, sia mediante il risarcimento nella sua veste dissuasiva e sanzionatoria, sia mediante la forma del contratto, che qui rivela la sua finalità protettiva²⁸⁶, diretta, cioè, a cristallizzare il contenuto del regolamento negoziale e a evitare che vi si apportino modifiche unilaterali ad esclusivo vantaggio del contraente forte.

²⁸⁵ La figura del “terzo contratto” è stata elaborata da R. PARDOLESI. Al riguardo, v. R. PARDOLESI, *Prefazione*, in G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, Giappichelli, Torino, 2004, XI ss.; G. GIITTI, M. VILLA, *Il terzo contratto*, Il Mulino, Bologna, 2008. Contra, V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul "terzo contratto")*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 695 ss.

²⁸⁶ La dottrina civilistica parla di “neoformalismo negoziale”. Al riguardo, v. N. Irti, *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997, 80 ss.

Si tratta del c.d. “neoformalismo di protezione”²⁸⁷, largamente diffuso nei contratti asimmetrici, contraddistinti da un significativo squilibrio di poteri contrattuali e economici²⁸⁸. In particolare, alla luce di tale fenomeno, la forma, tradizionalmente considerata quale ostacolo alla rapidità degli scambi giuridici, diviene elemento di primaria importanza, poiché garantisce la certezza, la stabilità del rapporto e l'autenticità della manifestazione di volontà del contraente debole²⁸⁹.

Essa contribuisce, quindi, a scongiurare il pericolo di un abuso della posizione forte, rischio che emerge soprattutto nella fase genetica del contratto.

Inoltre, nell'ambito delle due disposizioni citate, la forma, seppur non richiesta ai fini della validità (*ad substantiam*), consente di provare l'esistenza del contratto (*ad probationem*).

Le recenti riforme sembrano quindi plasmare una nuova area dell'ordinamento che, seppur di matrice giuslavoristica, si discosta dai suoi modelli tradizionali e accoglie strumenti rimediali tipicamente civilistici.

²⁸⁷ Con specifico riferimento all'ambito del diritto del lavoro, v. M. D'ONGHIA, *La forma vincolata nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2005; A. RICCOBONO, *Neoformalismo negoziale e tecniche di protezione: il caso della proroga del contratto a termine*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT – 403/2019, 7 ss.; L. ANGIELLO, *Forma e formalismo nel diritto del lavoro*, in *Lav. giur.*, 2012, 645; G. FERRARO, *Formalismo giuridico e diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1989, 555;

²⁸⁸ E. TOSI, *Forma informativa nei contratti asimmetrici*, Giuffrè, Milano, 2018; G. LA ROCCA, *Il problema della forma contrattuale e la sua poliedricità*, in *Contr. e impresa*, 2018, 217 ss.; P. CAGGERO, *Neoformalismo negoziale di “protezione” e struttura della fattispecie contrattuale*, *ivi*, 2016, 1463 ss.; S. PAGLIANTINI, *L'incerto incedere del formalismo di protezione tra usi e abusi*, *Contr. Impr.*, 2013, 299 ss.; U. BRECCIA, *La forma*, Giuffrè, Milano, 2006.

²⁸⁹ L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, Giuffrè, Milano, 2008; E. MORELATO, *Nuovi requisiti di forma del contratto. Trasparenza contrattuale e neoformalismo*, Cedam, Padova, 2006; M. MESSINA, *“Libertà di forma” e nuove forme negoziali*, Giappichelli, Torino, 2004; F. DI MARZIO, *Riflessioni sulla forma nel nuovo diritto dei contratti*, in *RCDP*, 2001, 396 ss.

Oltre alla forma di protezione, anche la nullità gioca un ruolo centrale. Si tratta di una particolare forma di invalidità, poiché intacca solo parzialmente il contratto, è sanabile, rilevabile d'ufficio e a legittimazione relativa²⁹⁰.

Essa assolve a finalità protettive e opera in presenza delle clausole abusive accompagnandosi al diritto al risarcimento del danno, che assume qui una veste polifunzionale, similmente a quanto accade nei contratti asimmetrici.

4.1. L'art. 3, l. 22 maggio 2017, n. 81: l'abuso di dipendenza economica e il risarcimento del danno.

La condizione di dipendenza economica del lavoratore autonomo rispetto al committente, seppur astrattamente neutra, può conoscere un risvolto patologico nel caso in cui il committente, abusando del suo potere economico e contrattuale, alteri l'equilibrio interno al regolamento negoziale, apponendo clausole a suo esclusivo vantaggio o rifiutando di stipulare il contratto in forma scritta, in modo da renderne il contenuto fluido e facilmente modificabile. Si tratta di un comportamento simile a quello riconducibile all'abuso del diritto, figura rispetto alla quale manca un'espressa previsione, ma che vede nell'art. 2 Cost. il proprio fondamento²⁹¹. In entrambi i casi, infatti, si verifica un esercizio distorto del diritto, al di là dei confini tracciati dall'ordinamento e per raggiungere uno scopo dallo stesso vietato.

²⁹⁰ V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in RDP, 2005, I, 465.

²⁹¹ P. RESCIGNO, *Abuso del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1998, 13 ss.; U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in Riv. Trim. dir. proc. Civ., 1958, 37 ss.; S. ROMANO, *Abuso del diritto*, in Enc. del diritto, I, Milano, 1958, 168 ss.

In risposta a tale problema, il legislatore è intervenuto con il citato art. 3, l. 22 maggio 2017, n. 81.

La disposizione fa espresso rimando alla nozione di abuso di dipendenza economica presente nell'art. 9, l. 18 giugno 1998, n. 192, sul contratto di subfornitura, descritta nei termini di una situazione che si verifica quando una parte è in grado di determinare, rispetto all'altra, un eccessivo squilibrio di diritti e obblighi²⁹².

Il modello assunto a riferimento è quello del *gross disparity*, in base al quale l'eterointegrazione del regolamento negoziale da parte del giudice, «chiamato a ridisegnare l'equilibrio normativo ed economico del contratto», rappresenta il rimedio allo squilibrio del sinalagma contrattuale è rappresentato²⁹³.

Tale scelta conferma la tendenza di cui si è fatto cenno, ad un forte avvicinamento alla materia dei contratti asimmetrici, nei quali il ruolo del giudice è centrale ed è volto a riequilibrare contrapposti interessi²⁹⁴.

Anche nel caso in esame, la debolezza economica e sociale si traduce in un'«asimmetria di potere contrattuale» presente in diversi rapporti giuridici afferenti all'area civilistica, quali quelli fra consumatori e professionisti, tra subfornitori e committenti, fra agenti e preponenti, fra banche e clienti, fra intermediari finanziari e

²⁹² G. DI LORENZO, *Abuso di dipendenza economica e contratto nullo*, Cedam, Padova, 2009, 30 ss.; PH. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, Giuffrè, Milano, 2006, 100; M. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica ed autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 2003, 139; V. PINTO, *L'abuso di dipendenza economica «fuori dal contratto» tra diritto civile e diritto antitrust*, in *RDC*, 2000, 399; RENNA L., *L'abuso di dipendenza economica come fattispecie transtipica*, in *Contr. Impr.*, 2013, 370; R. CASO, R. PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura industriale: scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, in *Riv. Dir. priv.*, 1998, 4, 725.

²⁹³ A. PERULLI, *Il lungo viaggio del lavoro autonomo dal diritto dei contratti al diritto del lavoro, e ritorno*, in *Law. Dir.*, 2017, 271; ID., *Lavoro autonomo e dipendenza economica, oggi*, in *RGL*, 2003, 221; F. MARTELLONI, *I rimedi del «nuovo» diritto del lavoro autonomo*, in *Law. Dir.*, 3-4. 2017, 529.

²⁹⁴ F. MARTELLONI, *cit.*, 532.

investitori, fra conduttori e locatori²⁹⁵. Il tratto comune è, quindi, la contrapposizione di una parte forte a una debole.

Il citato art. 3, inoltre, introduce una serie di rimedi di natura civilistica, che costituiscono il profilo di maggior interesse per la presente ricerca e sui quali si intende soffermarsi diffusamente.

Innanzitutto, le clausole che determinano un eccessivo squilibrio di diritti e obblighi a svantaggio del lavoratore autonomo sono «prive di effetto».

Al riguardo, similmente a quanto accade nella disciplina del contratto del consumatore (art. 33, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206), la tecnica adottata dal legislatore è quella dell'elencazione delle ipotesi abusive, consistenti nella facoltà di modificare unilateralmente le condizioni del contratto, o, nel caso di contratto avente ad oggetto una prestazione continuativa, di recedere da esso senza congruo preavviso, nonché le clausole mediante le quali le parti concordano termini di pagamento superiori a sessanta giorni dalla data del ricevimento della fattura o della richiesta di pagamento.

Al rimedio della nullità, che, similmente a quanto accade nell'ambito dei contratti asimmetrici è di protezione e, dunque, relativa, si aggiunge il diritto al risarcimento del danno, che costituisce peraltro l'unica sanzione avverso l'ipotesi del rifiuto del committente di stipulare il contratto in forma scritta.

Quest'ultima previsione conferma l'identità multiforme dell'istituto, che soddisfa innanzitutto una funzione deterrente, poiché è diretto a impedire il comportamento ostativo tenuto dalla parte forte che ha interesse a sfuggire dal vincolo formale e a mantenere fluido il contenuto del regolamento negoziale, per poterlo, così, modificare unilateralmente, a suo esclusivo vantaggio, in un secondo momento.

²⁹⁵ V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Giappichelli, Torino, 2011, 86-87.

La scelta adottata dal legislatore è quella di sanzionare automaticamente il rifiuto di stipulare il contratto per iscritto imponendo l'obbligo del risarcimento a carico del committente, in presenza della sola condotta ostantiva.

A prescindere dall'esistenza di un pregiudizio in concreto – che potrebbe anche non verificarsi – e dalla prova dello stesso, si presume esistente un abuso da parte del committente e conseguentemente si giustifica il ricorso allo strumento risarcitorio in veste sanzionatoria.

La logica qui accolta è equiparabile a quella dei *punitive damages* statunitensi, il cui obiettivo è quello di punire l'autore dell'illecito, laddove il danno cagionato risulta invece difficilmente riparabile.

Il risarcimento del danno polifunzionale risponde all'esigenza di riequilibrare il rapporto tra le parti, che, come si è detto, si contraddistingue per uno squilibrio fisiologico, aspetto tipico del “terzo contratto”, i cui principali esempi²⁹⁶ sono la subfornitura (l. 18 giugno 1992, n. 198) e il *franchising* (l. 6 maggio 2004, n. 129).

La categoria del “terzo contratto” – che si aggiunge al contratto tradizionale e a quello tra professionista e consumatore – seppur connotata dalla presenza di confini incerti, si caratterizza anch'essa per l'esistenza di un forte squilibrio tra le parti, in questo caso due imprenditori l'uno dotato di maggior potere contrattuale rispetto all'altro.

²⁹⁶ Le norme che descrivono la categoria del terzo contratto sono l'art. 9, l. 18 giugno 1992, n. 198 che disciplina come noto l'abuso di dipendenza economica nel contesto della disciplina della subfornitura; l'art. 7 d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 sui ritardi di pagamento; la disciplina portata dalla l. 6 maggio 2004, n. 129 sull'affiliazione commerciale (*franchising*), ed in particolare l'art. 3, sulla forma e contenuto del contratto. G. GITTI, *Prefazione*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti, Le metamorfosi del contratto*, Il Mulino, Bologna, 2006, 12; F. BOCCHINI, E. QUADRI, *Diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2008, 624;

Il risvolto patologico di tale condizione è costituito dall'abuso della posizione di dominanza²⁹⁷, rispetto al quale il risarcimento del danno rappresenta lo strumento diretto a ripristinare l'equilibrio tra le parti e a tutelare il contraente più debole, assolvendo non soltanto a una funzione riparatoria, ma soprattutto a quella deterrente e anche a quella sanzionatoria.

Una simile funzione riequilibratrice sembra rinvenirsi anche nel contesto della disciplina *antitrust* che, secondo alcuni, sarebbe riconducibile proprio nel perimetro del terzo contratto²⁹⁸. Tuttavia, in quest'ultima ipotesi, la dipendenza economica interessa l'equilibrio del mercato e non del singolo rapporto contrattuale, diversamente da quanto accade nell'art. 9, l. 18 giugno 1998 n. 192, e nell'art. 3, Statuto del lavoro autonomo, il cui interesse comune è quello di tutelare la parte debole del rapporto dalla situazione di approfittamento dello squilibrio contrattuale.

4.2. L'art. 47-ter, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: la violazione degli obblighi informativi e del requisito della forma scritta del contratto di lavoro.

Come noto, con il c.d. “*Decreto Riders*” (d.l. 3 settembre 2019, n. 101, conv. con modif. dalla l. 2 novembre 2019, n. 128) è stata

²⁹⁷ F. DE GENNARO, *Note critiche sui rapporti tra i divieti di abuso di dipendenza economica e abuso di posizione dominante*, Working Papers CERADI, 2001, 160; F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica. Profili ricostruttivi e sistematici*, ESI, Napoli, 2002, 323; R. PARDOLESI, *Nuovi abusi contrattuali: percorsi di una clausola generale*, *Danno e resp.*, 2012, 5; I. ZOPPOLI, *Abuso di dipendenza economica e lavoro autonomo: un microsistema di tutele in difficile equilibrio*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, 1, 97 ss.

²⁹⁸ Al riguardo, la dottrina non è unanime. Secondo alcuni autori, la legislazione a tutela della concorrenza a rigore resterebbe esclusa dal perimetro del terzo contratto. In questo caso, infatti, la dipendenza economica non deriverebbe da uno squilibrio nel contratto, ma nel mercato. Così secondo G. Villa, *Invalidità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, in G. GITTI, M. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, cit., 113.

introdotta la prima disciplina del lavoro tramite piattaforme digitali, contenuta nel nuovo capo V-*bis* del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81.

Nonostante l'intervento rappresenti un primo importante passo in avanti, specie sul piano degli obblighi prevenzionistici e delle tutele contro le malattie e gli infortuni professionali, esso appare incompleto e disorganico, poiché da un lato estende le tutele del lavoro subordinato in modo generico, senza prevedere una clausola di compatibilità nel rinvio, dall'altro presenta un ambito soggettivo molto limitato, rivolto unicamente ai “ciclofattorini” del settore del *food delivery* (e non, quindi, agli altri lavoratori *on-demand*, che peraltro rappresentano la parte più consistente del fenomeno del *platform work*)²⁹⁹, ora pacificamente qualificati nei termini della collaborazione etero-organizzata *ex art. 2*, d.lgs. 81/2015³⁰⁰.

²⁹⁹ Per un'analisi completa e dettagliata del d.l. “Riders”, v. D. GAROFALO, *La prima disciplina del lavoro su piattaforma digitale*, *cit.*, 5 ss.

³⁰⁰ In giurisprudenza, il problema è stato affrontato in particolare da Trib. Torino 7 maggio 2018, n. 778, in *Lav. Giur.*, 2018, 7, 721, con nota di G.A. RECCHIA, “Gig economy” e dilemmi qualificatori: la prima sentenza italiana, e in *Arg. Dir. Lav.*, 2018, 4-5, 1220, con nota di M. BIASI, *Il Tribunale di Torino e la qualificazione dei riders di foodora*, *ivi*, 1227 ss.; Corte d'App. Torino, 4 febbraio 2019, n. 26, in *Lav. Giur.*, 2019, 4, 403 ss., con nota di G.A. RECCHIA, *Contrordine! I “riders” sono collaboratori eterorganizzati* e in *Lav. Dir. Eur.*, 1, 2019, 2 ss., con nota di R. DE LUCA TAMAJO, *La Sentenza della Corte d'Appello Torino sul caso Foodora. Ai confini tra autonomia e subordinazione*; Cass. civ. sez. lav., 24 gennaio 2020, n. 1663, in *Lav. Giur.*, 3, 2020, 245 ss., con nota di G.A. RECCHIA, *La cassazione consegna ai riders la collaborazione eterorganizzata*. In dottrina, v. V. FILÌ, *Le collaborazioni organizzate dal committente nel D.Lgs. n. 81/2015*, in *Lav. giur.*, 2015, 12, 1091 ss.; G.A. RECCHIA, *Working for an Internet Platform: New Challenges for Courts* in V. FILÌ, F. COSTANTINI (a cura di), *Legal Issues in the Digital Economy: The Impact of Disruptive Technologies on the Labour Market*, Cambridge Scholars Publishing, 2019, 23 ss.; L. PAOLITTO, *Le collaborazioni organizzate dal committente nel prisma della subordinazione*, in D. GAROFALO (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro: autonomo – agile – occasionale*, Adapt University Press, 2018, 260 ss.; M. BIASI, *Dai pony express ai riders di Foodora. L'attualità del binomio subordinazione-autonomia (e del relativo metodo di indagine) quale alternativa all'affannosa ricerca di inedite categorie*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di) *Commentario breve allo Statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Cedam, Padova, 2017, 67-91; M. DEL CONTE, O. RAZZOLINI, *La gig economy alla prova del giudice: la difficile reinterpretazione della fattispecie e degli indici denotativi*,

Nell'ambito capo V-*bis* del d.lgs. da ultimo citato, appare di particolare interesse la previsione contenuta nell'art. 47-*ter*, d.lgs. cit., per cui «i contratti individuali di lavoro di cui all'articolo 47-*bis* sono provati per iscritto e i lavoratori devono ricevere ogni informazione utile per la tutela dei loro interessi, dei loro diritti e della loro sicurezza. 2. In caso di violazione di quanto previsto dal comma 1, si applica l'articolo 4 del decreto legislativo 26 maggio 1997, n. 152, e il lavoratore ha diritto a un'indennità risarcitoria di entità non superiore ai compensi percepiti nell'ultimo anno, determinata equitativamente con riguardo alla gravità e alla durata delle violazioni e al comportamento delle parti. 3. La violazione di quanto previsto dal comma 1 è valutata come elemento di prova delle condizioni effettivamente applicate al rapporto di lavoro e delle connesse lesioni dei diritti previsti dal presente decreto».

Similmente all'art. 3, l. 22 maggio 2017, n. 81, la disposizione in esame è diretta a regolare il momento genetico della nascita del contratto con il lavoratore tramite piattaforma digitale ed è volta a scongiurare il rischio di un abuso della condizione di debolezza economica e contrattuale di quest'ultimo.

Con la previsione del necessario adempimento degli obblighi informativi, l'art. 47-*ter* rivela il proprio modello di riferimento, rappresentato senz'altro dalla disciplina consumeristica, fondata, in particolare, sull'esistenza dell'asimmetria informativa nel momento genetico della stipula del contratto, che condiziona

in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2018, 159, 673-682; A. DONINI, *La libertà del lavoro sulle piattaforme digitali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, II, 63-71; A. PERULLI, *Capitalismo delle piattaforme e diritto del lavoro. Verso un nuovo sistema di tutele?* In A. PERULLI (a cura di), *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, 2018, Giuffrè, Milano, 115-145; P. ICHINO, *Subordinazione, autonomia e protezione del lavoro nella gig-economy*, in *Riv. t. dir. lav.*, 2018, II, 294 ss.; V. FILÌ, *Le collaborazioni organizzate dal committente nel D.Lgs. n. 81/2015*, cit., 1091 ss.; A. LEVI, *Il lavoro parasubordinato organizzato dal committente*, in *Colloqui giuridici sul lavoro*, 2015, 12, 68 ss.; ALBI P., *Il lavoro mediante piattaforme digitali tra autonomia e subordinazione*, in *Labor*, 2019, 2, 125ss.

negativamente il potere contrattuale della parte debole. In questo specifico contesto, infatti, il consumatore appare “*price conscious but terms inconsious*”³⁰¹ e necessita, pertanto, di essere edotto in merito alle condizioni contrattuali, che devono essere riportate per iscritto, di modo da garantire la trasparenza del rapporto.

Similmente alla materia del consumatore, nel lavoro tramite piattaforme digitali, «i lavoratori devono ricevere ogni informazione utile per la tutela dei loro interessi, dei loro diritti e della loro sicurezza».

La norma aggiunge, inoltre, che «i contratti individuali di lavoro di cui all’articolo 47-*bis* sono provati per iscritto».

La forma contrattuale funge, quindi, da “casa di vetro”, da strumento a garanzia della trasparenza del rapporto tra le parti e dell’immodificabilità del contenuto.

Sotto tale profilo, è possibile cogliere una forte somiglianza della previsione, oltre che con il contratto del consumatore e con la subfornitura, con l’art. 117, co. 1, d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, Testo unico in materia bancaria, c.d. “T.U.B.”³⁰² e con l’art. 23,

³⁰¹ E. MINERVINI, *Il terzo contratto*, in *Contratti*, 2009, 5, 496; V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul “terzo contratto”)*, in *Rivista dir. priv.*, 2007, 4, 683 ss.

³⁰² Alla luce del quale «1. I contratti sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti. 2. Il CICR può prevedere che, per motivate ragioni tecniche, particolari contratti possano essere stipulati in altra forma. 3. Nel caso di inosservanza della forma prescritta il contratto è nullo. 4. I contratti indicano il tasso d’interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali maggiori oneri in caso di mora. 6. Sono nulle e si considerano non apposte le clausole contrattuali di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo e condizione praticati nonché quelle che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati. 7. In caso di inosservanza del comma 4 e nelle ipotesi di nullità indicate nel comma 6, si applicano: a) il tasso nominale minimo e quello massimo, rispettivamente per le operazioni attive e per quelle passive, dei buoni ordinari del tesoro annuali o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministro dell’economia e delle finanze, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto o, se più favorevoli per il cliente, emessi nei dodici mesi precedenti lo svolgimento dell’operazione; b)

d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, c.d. “T.U.F.”³⁰³, il cui tratto comune è la forte asimmetria tra le parti.

Da un lato, la forma consente di soddisfare a una esigenza di chiarezza e va a colmare un *deficit* informativo. Dall’altro, essa consente di correggere lo squilibrio fisiologico tra le parti.

Per poter tutelare il lavoratore che versa in una condizione di debolezza, l’art. 47-*ter* cit. prevede «un’indennità risarcitoria di entità non superiore ai compensi percepiti nell’ultimo anno, determinata equitativamente con riguardo alla gravità e alla durata delle violazioni e al comportamento delle parti», che si aggiunge alle sanzioni amministrative imposta dall’art. 4, d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152.

Si tratta di una prestazione risarcitoria la cui funzione non è soltanto quella riparatorio-compensativa, ma anche quella di disincentivare i comportamenti abusivi descritti, consistenti nello sfruttamento del potere economico e contrattuale in danno della parte debole. In quest’ottica, la previsione dell’“indennità risarcitoria” soddisfa, quindi, a più funzioni: compensativa, deterrente,

gli altri prezzi e condizioni pubblicizzati per le corrispondenti categorie di operazioni e servizi al momento della conclusione del contratto o, se più favorevoli per il cliente, al momento in cui l’operazione è effettuata o il servizio viene reso; in mancanza di pubblicità nulla è dovuto. 8. La Banca d’Italia può prescrivere che determinati contratti, individuati attraverso una particolare denominazione o sulla base di specifici criteri qualificativi, abbiano un contenuto tipico determinato. I contratti difformi sono nulli. Resta ferma la responsabilità della banca o dell’intermediario finanziario per la violazione delle prescrizioni della Banca d’Italia».

³⁰³ Alla luce del quale «i contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento, e, se previsto, i contratti relativi alla prestazione dei servizi accessori, sono redatti per iscritto, in conformità a quanto previsto dagli atti delegati della direttiva 2014/65/UE, e un esemplare è consegnato ai clienti. La Consob, sentita la Banca d’Italia, può prevedere con regolamento che, per motivate ragioni o in relazione alla natura professionale dei contraenti, particolari tipi di contratto possano o debbano essere stipulati in altra forma, assicurando nei confronti dei clienti al dettaglio appropriato livello di garanzia. Nei casi di inosservanza della forma prescritta, il contratto è nullo».

sanzionatoria e financo solidaristica, se si considera la *ratio* stessa dell'intervento legislativo di tutela di una categoria ad oggi considerata ai margini del mercato del lavoro.

Dal tenore letterale della norma, inoltre, la polifunzionalità del risarcimento trova conferma, da un lato, nella predeterminazione dell'importo da liquidare mediante la tecnica del risarcimento forfettizzato; dall'altro, nella necessaria valutazione della gravità della violazione e del contegno delle parti ai fini della liquidazione del danno, aspetto di fondamentale importanza, che avvicina questa fattispecie a quella dei *punitive damages* (al riguardo, cap. 1, par. 6.2.), poiché l'importo della prestazione varia tenuto conto del comportamento dell'autore della violazione.

Sebbene la tecnica della forfettizzazione del danno risarcibile abbia il pregio di contenere la discrezionalità del giudice e di evitare esiti incerti, la disposizione in esame si presta, tuttavia, ad essere criticata per la statuizione di un tetto massimo (e non, diversamente, di un limite minimo) della prestazione risarcitoria.

Questa scelta può, in primo luogo, compromettere il perseguimento della finalità riparatoria. È ciò che accade nel caso in cui il pregiudizio patito dal lavoratore superi l'importo massimo stabilito dalla norma in esame. Al riguardo, occorre evidenziare che la disposizione non fa salva la possibilità di chiedere il risarcimento di ulteriori danni, con una violazione del principio dell'integrale riparazione.

Inoltre, anche la funzione deterrente e quella sanzionatoria rischiano di vedersi frustrate dal momento che la predeterminazione dell'importo massimo del risarcimento consente all'autore della violazione di compiere una valutazione *ex ante* in ordine alla convenienza economica della condotta, nella logica dell'*efficient breach of contract* e, cioè, della "rottura efficiente del contratto".

In questi termini, se l'infrazione della norma garantisce un margine maggiore di benefici, una simile previsione va a incentivare (e non,

invece, a disincentivare) la condotta che la disposizione mirerebbe a evitare³⁰⁴.

Sarebbe stato più opportuno prevedere, quindi, un limite minimo di risarcimento, come accade nel caso del “danno minimo” di cui all’art. 18, l. 300, cit.

5. Il danno non patrimoniale nel diritto del lavoro e il risarcimento polifunzionale.

Nel dibattito sulla polifunzionalità del risarcimento, il danno non patrimoniale e, specialmente, quelli morale e esistenziale hanno assunto un ruolo centrale, stante la natura intangibile del pregiudizio e, conseguentemente, la difficoltà di compiere una valutazione in termini economici delle sofferenze patite³⁰⁵, che ha indotto alcuni studiosi³⁰⁶ ad ascrivere a tale strumento esclusivamente una funzione sanzionatoria.

³⁰⁴ Così secondo l'impostazione accolta da alcuni studiosi americani, tra i quali, in particolare, R. BIRMINGHAM, *Breach of Contract, Damage Measures and Economic Efficiency*, in *Maurer Faculty, Maurer School of Law: Indiana University*, 1970, 273 ss.; R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 1986, 117.

³⁰⁵ Tra i primi autori ad aver affrontato il problema si segnala C.F. GABBA, *Questioni di diritto civile*, vol. 2, Giappichelli, Torino, 1898, 225 ss. Per poter ancorare alla dimensione economica tale pregiudizio, De Cupis fa riferimento alla figura del “danno patrimoniale indiretto”, A. DE CUPIS, *Il danno*, cit., 64 ss.; è tuttavia contrario a tale ricostruzione F. MASTROPAOLO, *Il risarcimento del danno alla salute*, Jovene, Napoli, 1983, 114 ss.

³⁰⁶ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, M. FEOLA, *La responsabilità civile. Contratto e torto*, Giappichelli, Torino, 2008, 67. Gli A. affermano che «l’art. 2059 c.c., unitamente all’art. 185 c.p., è norma che, svuotata di ogni malintesa funzione compensativa, ... deve tornare a svolgere la sua originaria funzione punitiva, risultando applicabile per riparare, ma “solo nei casi determinati dalla legge”, quei danni che sono caratterizzati da una particolare antigiridicità»; F.D. BUSNELLI, *L’illecito civile nella stagione europea delle riforme del diritto delle obbligazioni*, in *HAVE Haftung und Versicherung – Responsabilité et assurance*, 2007, 6, 134 ss.; E.A. EMILIOZZI, *Il danno alla persona*, ESI, Napoli, 2008, 111 ss.

In questo scenario, il diritto del lavoro è rimasto sullo sfondo³⁰⁷, nonostante gli importanti spunti di riflessione offerti dalle fattispecie del danno tanatologico da morte del lavoratore (*infra* par. 5.1.), del danno da demansionamento (*infra* par. 5.2) e da quello derivante dal *mobbing* e dallo *straining* (*infra* par. 5.3), grazie ai quali negli ultimi anni la tematica del risarcimento del danno alla persona è divenuta protagonista di numerosi studi³⁰⁸.

In generale, secondo l'impostazione che qui si vuole accogliere, l'irreparabilità della lesione morale e esistenziale e l'inidoneità della prestazione pecuniaria a dare ristoro al dolore umano privano il risarcimento della sua tradizionale funzione riparatorio-compensativa e gli conferiscono, invece, la veste di una pena nei confronti dell'autore della offesa.

In quest'ottica, occorre necessariamente tenere conto della gravità della condotta e del suo disvalore sociale, nonché dell'entità del pregiudizio cagionato ai diritti inviolabili della persona, tutelati dall'art. 2 Cost.

Ciò vale soprattutto rispetto al danno morale, definibile nei termini di un patimento non strettamente legato alla compromissione

³⁰⁷ L. DE ANGELIS, *Diritto del lavoro e tutela risarcitoria: un fugace sguardo tra passato e presente*, in *Arg. Dir. lav.*, 2017, 3, 606. Si segnala, inoltre, V. FILÌ, *La nuova frontiera del danno risarcibile da condotta illecita del datore di lavoro*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 3, 796, ss.

³⁰⁸ La letteratura in materia di è ricchissima, specie con riferimento al *mobbing*. Tra i numerosi contributi al tema, si richiamano A. CONSOLETTI, C. ZAMPRIOLI, *Mobbing e discriminazioni sul luogo di lavoro, analisi e strumenti di tutela*, Giappichelli, Torino, 2010; F. DE STEFANI, *Danno da mobbing*, Giuffré, Milano, 2012; P.G. MONATERI, M. BONA, U. OLIVA, *Mobbing*, Giuffé, Milano, 2000; M. PEDRAZZOLI, *Vessazioni e angherie sul lavoro. Tutele, responsabilità e danni nel mobbing*, Zanichelli, Bologna-Roma, 2007; A. VALLEBONA, *Mobbing*, in *Il Diritto-Encicl. Giur.*, Giuffré, Milano, 2007, vol. IX, 651 ss.; E. GRAGNOLI, *Mobbing* [aggiornamento-2003], in *Digesto, Disc. Priv. Comm.*, Torino, 693 ss.; L. LAZZERONI, A. LOFFREDO, *Il mobbing. Aspetti lavoristici: nozione, responsabilità, tutele*, Giuffré, Milano, 2002.

dell'integrità psico-fisica, ma consistente in un turbamento dello stato d'animo della vittima³⁰⁹.

Diversamente accade, invece, nel caso del danno biologico³¹⁰, che include tutte le sofferenze ricollegate alla lesione della salute (sia per ciò che attiene ai profili statici, sia dinamici, nell'ottica della difesa del diritto alla salute, *ex art. 32 Cost.*) e rispetto al quale la prestazione risarcitoria soddisfa un'esigenza compensativa³¹¹ ed è quantificata attraverso apposite tabelle relative alla menomazione dell'integrità psicofisica, con un meccanismo di liquidazione che si avvicina a quello indennitario³¹².

Tuttavia, le poste di danno non patrimoniale richiamate, seppur riferite ad aspetti diversi della persona, sono soltanto "voci descrittive" della stessa categoria di danno non patrimoniale, da intendersi, quindi, quale figura unitaria.

L'unitarietà della fattispecie in esame non significa che la stessa abbia carattere monolitico: al contrario, la presenza di molteplici voci descrittive valorizza la poliedricità della figura e può costituire un'ulteriore conferma, per il discorso che qui interessa, del carattere polifunzionale del risarcimento.

Secondo una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c.³¹³, abbracciata dalle sentenze della Corte di Cassazione di

³⁰⁹ R. SCOGNAMIGLIO, *Danni alla persona e danno morale*, 2008, 3, 463 ss.

³¹⁰ La cui definizione, come noto, è contenuta in due distinte discipline, quella degli artt. 138 e 139 del codice delle assicurazioni private (d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209) e in modo pressoché analogo, dall'art. 13, d.lgs. 23 febbraio 2000, n. 38.

³¹¹ F.D. BUSNELLI, *Il danno biologico. Dal «diritto vivente» al «diritto vigente»*, Giappichelli, Torino, 2002, 357 ss.

³¹² D. POLETTI, *I riflessi del revirement giurisprudenziale nel settore INAIL*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *I danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, Giuffrè, Milano, 2004, 101.

³¹³ Così secondo la Cass. S.U., 11 novembre 2008, n. 26972, 26973, 26974, 26975, in *Resp. civ. prev.* 2009, 1, 38 secondo le quali «il danno non patrimoniale è categoria generale non suscettiva di suddivisione in categorie variamente etichettate. In particolare, non può farsi riferimento ad una generica sottocategoria denominata

“San Martino”³¹⁴, il danno non patrimoniale si esplica nella compromissione di un valore costituzionale e presenta la natura del danno-conseguenza, che necessita, quindi, di essere allegato e provato.

Il problema della qualificazione del predetto pregiudizio nei termini di un danno-conseguenza e non di un danno-evento è di particolare importanza nel ragionamento qui condotto sulle funzioni del risarcimento e rappresenta, al contempo, il *fil rouge* che avvicina le fattispecie elencate del danno da morte del lavoratore, da demansionamento, da *mobbing* e *straining*.

Infatti, come noto, qualora il danno sia considerato *in re ipsa*, il diritto al risarcimento sorge per la sola presenza dell'evento lesivo e non è invece necessaria la prova della presenza e dell'entità di un pregiudizio ulteriore. Ne consegue un importante riflesso sulla funzione della prestazione risarcitoria, posto che l'obiettivo principale è quello di punire l'autore dell'illecito, tenendo conto del suo comportamento.

Il ruolo centrale, ai fini della liquidazione del risarcimento, della gravità della condotta e del disvalore sociale della stessa conferiscono a tale prestazione chiare tinte deterrenti e sanzionatorie. Infatti, laddove l'obiettivo è quello della prevenzione e della punizione, il *focus* dell'attenzione si sposta inevitabilmente dal danneggiato all'autore della condotta, che diviene il vero protagonista, e

“danno esistenziale”. L'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. consente di affermare che anche nella materia della responsabilità contrattuale è dato il risarcimento dei danni non patrimoniali. Il danno non patrimoniale, anche quando sia determinato dalla lesione di diritti inviolabili della persona, costituisce danno conseguenza, che deve essere allegato e provato».

³¹⁴ Cass. S.U., 11 novembre 2008, n. 26972, 26973, 26974, 26975, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 1, 38, con nota di P.G. MONATERI, *Le richiamate sentenze, infatti, intervengono in un contesto di forte contrasto tra posizioni giurisprudenziali e dottrinarie, ricostruite in termini schematici dalla sentenza*; Cass. 25 febbraio 2008, n. 4712, in *Danno e resp.*, 2008, p. 553 ss.

ciò in quanto in questo caso il risarcimento funge da sanzione, non potendo rimuovere il pregiudizio alla persona del danneggiato. Diversamente accade, invece, nel caso in cui il danno sia qualificato come conseguenza: qui prevale invece la funzione riparatorio-compensativa.

5.1. Il danno tanatologico del lavoratore.

Il problema della risarcibilità del danno tanatologico del lavoratore deceduto per causa professionale dopo brevissimo arco di tempo dall'evento lesivo è stato affrontato con maggior interesse dalla dottrina civilistica rispetto a quella giuslavoristica, stante l'importanza che tale figura assume nel generale dibattito sulle funzioni del risarcimento del danno non patrimoniale³¹⁵.

Al riguardo, si registrano due principali orientamenti della dottrina e della giurisprudenza.

Secondo una prima posizione³¹⁶, peraltro rimasta isolata³¹⁷, tale pregiudizio, qualificabile nei termini di un danno-evento consiste

³¹⁵ Così, R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno tanatologico e le funzioni della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 5, 1431.

³¹⁶ Cass., 23 gennaio 2014, n. 1361, in *Law. Giur.*, con nota di V. FILÌ, *Morte del lavoratore e danno non patrimoniale da perdita della vita*, in *Law. Giur.*, 2014, 6, 531 ss.; in *Danno e resp.*, 2014, 4, 388 ss., con nota di G. PONZANELLI, R. SIMONE, *La sentenza "Scarano" sul danno da perdita della vita: verso un nuovo statuto di danno risarcibile*; in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2014, I, 396, con nota di A. GORGONI, *Il danno da perdita della vita: un nuovo orientamento della Cassazione*, *cit.*; v. inoltre P. CENDON, N. SAPONE, *Verso una nuova stagione (esistenzialista) del diritto privato*, in *La nuova giur. Civ. comm.*, 2014, 5, 247 ss.; R. PUCELLA, *Coscienza sociale e tutela risarcitoria del valore-persona: sul ristoro del danno da morte*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2014, 5, 269 ss.; Cass. sez. lav. 7 giugno 2010, n. 13672, in *Law. giur.*, 2010, 12, 1219 ss., con nota di A. ZILLI, *La "via della consapevolezza" porta al risarcimento del danno tanatologico*.

³¹⁷ Sia rispetto ai precedenti giurisprudenziali – v. Cass. S.U., 22 dicembre 1925, n. 3475, in *Foro It.*, 1926, I, 328 – sia rispetto alla più recente pronuncia della Cass. S.U., 22 luglio 2015, n. 15350, in *Danno e resp.*, 2015, 10, 889 ss., con note di V. CARBONE, *Valori personali ed economici della vita umana*, *ivi*, 894 ss.

nella «perdita del bene giuridico “vita”, che costituisce bene autonomo, fruibile solo in natura da parte del titolare e insuscettibile di essere reintegrato per equivalente». In altri termini, la risarcibilità del danno tanatologico risponde, secondo questa tesi, alla coscienza sociale e alla necessità, avvertita dalla collettività, di una giustizia immediata e certa³¹⁸. È questo, forse, l'aspetto che maggiormente interessa ai fini della presente ricerca e che prelude, in generale, a future e ulteriori aperture, da parte dello stesso legislatore e della giurisprudenza, alla polifunzionalità del risarcimento, come emerge anche dal ricorso al risarcimento da parte del legislatore in sede di depenalizzazione (d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7, su cui v. cap. 1, par. 3.1.1). L'istituto conferma, infatti, di essere lo specchio delle trasformazioni sociali in atto e di saper fornire una risposta immediata a bisogni di ordine collettivo e di giustizia.

La qualificazione del danno tanatologico nei termini di un danno-evento conduce, di fatto, «ad una mutazione genetica della funzione del risarcimento del danno che nel caso del danno da perdita della vita in favore del defunto assume una funzione chiaramente punitiva nei confronti dell'autore della lesione»³¹⁹, diretta, come si è più volte detto anche nel precedente capitolo, a porre rimedio alle lacune strutturali e alle inefficienze del sistema, specie quello penale, presenti nel nostro ordinamento, nel quale, come evidenziato in modo molto efficace, troppo spesso «è più conveniente uccidere che ferire»³²⁰.

Il timore di aprire le porte a un risarcimento “sanzionatorio”, che si discosta, quindi, dal tenore del principio dell'integrale

³¹⁸ C.M. BIANCA, *La tutela risarcitoria del diritto alla vita: una parola nuova della Cassazione attesa da tempo*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 492 ss.

³¹⁹ V. FILÌ, *Morte del lavoratore e danno non patrimoniale da perdita della vita*, in *Lav. Giur.*, 2014, 6, 537.

³²⁰ G. GIANNINI, *La risarcibilità del danno biologico in ipotesi di lesioni mortali*, in *Resp. civ. e prev.*, 1992, 603.

riparazione del danno ha, peraltro, spinto la Corte di Cassazione ad accogliere una diversa linea interpretativa e a negare la risarcibilità del danno tanatologico, poiché «una perdita, per rappresentare un danno risarcibile, deve essere rapportata ad un soggetto che sia legittimato a far valere il credito risarcitorio, nel caso di morte verificatasi immediatamente o dopo brevissimo tempo dalle lesioni personali»³²¹.

Ne consegue che l'irrisarcibilità di tale pregiudizio deriva proprio dall'assenza di un soggetto al quale, nel momento in cui esso si verifica, sia collegabile la perdita stessa.

Inoltre, aggiunge la Corte di Cassazione, «non si comprende la ragione per la quale la coscienza sociale sarebbe soddisfatta solo se tale risarcimento, oltre che ai congiunti (per tali intendendo tutti i soggetti, che secondo gli orientamenti giurisprudenziali attuali, abbiano relazioni di tipo familiare giuridicamente rilevanti, con la vittima) per le perdite proprie, fosse corrisposto anche agli eredi (e in ultima analisi allo Stato)».

Tale decisione si pone nel solco della tradizionale separazione, accolta dalla giurisprudenza consolidata³²² e da alcuna dottrina³²³, tra l'area della responsabilità civile, alla quale sono assegnate unicamente funzioni compensative o consolatorie, e quella penale, cui compete la funzione sanzionatoria.

³²¹ Cass. S.U., 22 luglio 2015, n. 15350, in *danno e resp.*, 2015, 10, 889 ss., cit.

³²² *Ex multis* v. Cass., 25 febbraio 1997, n. 1704, in *Giur. it.*, 1998, 12, 2283 ss., con nota di M.P. SUPPA, *Il danno biologico da morte: un'altra tappa lungo il percorso tracciato dalla Corte Costituzionale*; Cass. 24 aprile 1997, n. 3592, in *Giur. It.*, 1998, 1589, con nota di M. BONA, *Diritto alla vita e risarcimento iure successionis dei danni biologico e morale: la soluzione della Cassazione, la risposta negativa alla risarcibilità della perdita della vita e la questione (irrisolta?) dei secondi, dei minuti e delle ore tra la vita e la morte*; Cass. 25 maggio 2007, n. 12253, in *Arch. giur. circol. e sinistri*, 2007, 12, 1303; Cass. 24 marzo 2011, n. 6754, in *Foro it.*, 2011, 4, I, 1035.

³²³ M. FRANZONI, *op. cit.*, 904.

Si tratta, tuttavia, di una posizione che sembra, oggi, destinata ad essere superata, come confermato dalle aperture che si registrano sia in dottrina, sia in giurisprudenza, rispetto alla polifunzionalità del risarcimento (cap. 1, par. 3.2.).

Sussiste, infatti, l'esigenza di garantire una protezione in sede civile a quei valori che, una volta compromessi, non trovano sufficiente tutela in altri contesti e ciò potrebbe condurre nella direzione opposta a quella della chiusura al danno tanatologico.

In questo senso, il risarcimento diventa uno strumento rivolto al soggetto debole, sia in ambito contrattuale, sia extracontrattuale.

5.2. Il danno da demansionamento.

All'interno del dibattito sulle funzioni del risarcimento del danno non patrimoniale, che si sviluppa intorno al problema della qualificazione del pregiudizio nei termini di "danno evento" o di "danno conseguenza", il danno da demansionamento occupa una delle posizioni di maggior rilievo³²⁴.

Questa figura è pacificamente ricondotta nell'area della responsabilità contrattuale del datore di lavoro³²⁵, sulla base di due disposizioni, l'una a tutela della professionalità del lavoratore (art. 2103 c.c.), che sancisce il divieto di demansionamento (seppur fortemente mitigato dall'ultimo intervento del legislatore con l'art. 3, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 8³²⁶), l'altra a fondamento dell'obbligo

³²⁴ M. BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento. Art. 2103 c.c.*, in *Comm. C.c. Schlesinger*, Giuffrè, Milano, 1997, 256 ss.; ID., *Mansioni e qualifiche dei lavoratori*, in *Dig. Disc. Priv.*, UTET, Torino, IX, 1993, 271 ss.;

³²⁵ *Ex multis* Cass. 15 ottobre 2018, n. 25743, in *Giust. Civ. Mass.* 2018; Cass. 26 gennaio 2015, n. 1327, in *Giust. Civ. Mass.*, 2015; Cass. 17 settembre 2010, n. 19785, in *Giust. Civ. Mass.*, 2010, 9, 1236.

³²⁶ Al riguardo, M. BROLLO, *Le mansioni: la rivoluzione promessa nel "Jobs Act"*, in *Labor*, 2017, 6, 619 ss.; ID., *La mobilità professionale dei lavoratori dopo il "Jobs Act": spunti del*

datoriale di adottare adeguate misure a garanzia della sicurezza nell'ambiente lavorativo e dell'integrità psico-fisica dei lavoratori (art. 2087 c.c.).

Nell'ambito del demansionamento confluiscono il danno alla sfera patrimoniale del lavoratore e quello non patrimoniale³²⁷, in merito al quale si registra il principale interesse della giurisprudenza³²⁸ e della dottrina³²⁹, specie per le ricadute sul piano delle funzioni del risarcimento.

caso Fiat/FCA, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2016, 3, 1, 307 ss.; ID., *La disciplina delle mansioni dopo il "Jobs Act"*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2015, 6, I, 1156 ss.

³²⁷ Come affermato da F. BONACCORSI, *I percorsi del danno non patrimoniale da demansionamento tra dottrina e giurisprudenza*, in *Resp. civ. prev.*, 4, 2007, 852 ss., nell'ambito del danno non patrimoniale «si può parlare indifferentemente di danno esistenziale (...) o di danno da lesione di interessi costituzionalmente garantiti (...) purché sia chiaro che il pregiudizio in questione sarà meritevole di risarcimento soltanto se l'evento dannoso andrà a ledere un interesse inviolabile della persona, protetto a livello costituzionale». Cass. 2 febbraio 2010, n. 2352, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, 3, con nota di P. ALBI, *La responsabilità del primario ospedaliero per il demansionamento di fatto subito dall'aiuto anziano*, in *Riv. It. Dir. lav.*, 2010, 3, 628 ss.

³²⁸ Cass. S.U. 24 marzo 2006, n. 6572, in *Foro it.*, 2006, 9, 2333 ss., con nota di P. CENDON E G. PONZANELLI, *Voci lontane sempre presenti sul danno esistenziale*; Cass. S.U. 24 novembre 2006, n. 25033, in *Foro it.*, 2007, 3, I, 786 ss.; Cass. S.U. 11 novembre 2008, n. 26972, in *Foro it.*, 2009, I, 1, 128 ss., con nota di R. SIMONE, *Danno esistenziale e sistema fragile: «die hard»*.

³²⁹ Tra i numerosi contributi in materia si segnalano L. GALANTINO, *L'evoluzione del danno alla persona del lavoratore*, in AA.VV., *Il danno alla persona del lavoratore*, Atti del Convegno nazionale AIDLASS, Napoli 31 marzo – 1° aprile 2006, Giuffrè, Milano, 2007, 7 ss.; R. DEL PUNTA, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, in *Giorn. Dir. lav. rel. ind.*, 2006, 110, 195 ss.; ID., *Il danno non patrimoniale dopo le Sezioni Unite del 2008: riflessioni di sistema e ricadute lavoristiche*, in *Giur. It.*, 2009, 4, 1038 ss.; ID., *Il nuovo regime del danno non patrimoniale: indicazioni di sistema e riflessi lavoristici*, in *Riv. It. Dir. lav.*, 2009, 2, 510 ss.; M. CINELLI, *Il danno non patrimoniale alla persona del lavoratore: un excursus su responsabilità e tutele*, in AA.VV., *Il danno alla persona del lavoratore*, Atti del Convegno nazionale AIDLASS, Napoli 31 marzo – 1° aprile 2006, Giuffrè, Milano, 2007, 115 ss.; V. LUCIANI, *Il danno alla persona nel rapporto di lavoro tra evento e conseguenze*, in AA.VV., *Il danno alla persona del lavoratore*, Atti del Convegno nazionale AIDLASS, Napoli 31 marzo – 1° aprile 2006, Giuffrè, Milano, 2007, 267 ss.; C. PISANI, *Tipologie vecchie e nuove di demansionamento e tecniche di tutela*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 2018, 2, 1, 325 ss.; A. RAFFI, *Danni alla professionalità e perdita di chances*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Danno biologico e oltre. La risarcibilità dei pregiudizi alla persona*

La fattispecie del pregiudizio non patrimoniale da demansionamento, infatti, è da sempre interessata da «un’altalena interpretativa che occulta difficoltà concettuali di fondo», rinvenibili in particolare nell’individuazione dei diversi pregiudizi che colpiscono il lavoratore in questo contesto: alla dignità, alla professionalità, all’immagine, alla vita di relazione e alla sfera esistenziale, che oltretutto fino alle richiamate sentenze della Corte di Cassazione di San Martino³³⁰ costituivano poste autonome di danno.

Quest’arresto giurisprudenziale ha avuto un’eco significativa anche sulla fattispecie in esame, in quanto la giurisprudenza, accogliendo un’interpretazione costituzionalmente orientata del danno non patrimoniale (art. 2059 c.c.), ha fatto leva sullo stretto legame esistente tra il valore della professionalità e quello della personalità del lavoratore, sicché il demansionamento si esplica in una violazione della dignità della persona, costituzionalmente tutelata (art. 2 Cost.), che va pertanto risarcita.

Quanto al profilo delle funzioni assolte dal risarcimento in questa specifica ipotesi, è possibile rinvenire diverse posizioni ermeneutiche.

Secondo un primo orientamento³³¹, infatti, tale pregiudizio è definibile come un danno “*in re ipsa*”: esso sorge automaticamente in

del lavoratore, Giappichelli, Torino, 1995, 63 ss.; SIGNORELLI M., *L’evoluzione giurisprudenziale del danno da demansionamento: una ricostruzione sistematica, Parte I*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 5, 1494 ss.; ZILLI A., *Demansionamenti vecchi e nuovi, tutti ricompresi nel Jobs Act*, in *Labor, il Lavoro nel diritto*, 2017, 3, 317 ss.

³³⁰ Cass. 8 novembre 2008, n. 26972, 26973, 26974, cit.

³³¹ Cass. 16 dicembre 1992, n. 13299, in *Giur. It.*, 1995, I, pag. 168, con nota di P. CAMPANELLA, “*Lottizzazione*” e “*vulnus*” alla personalità del lavoratore e problemi di risarcimento del danno; Cass., 18 ottobre 1999, n. 11727, in *Giust. Civ. Mass.*, 1999, 2131; Cass. 6 novembre 2000, n. 14443, in *Dir. lav.*, 2001, II, 300; Cass. 2 novembre 2001, n. 13580, in *Lav. giur.*, 2002, 11, 1083 ss., con nota di A. RONDO, *Incertezze in ordine ai criteri di rilevamento e di determinazione del danno da demansionamento*; Cass. 12 novembre 2002, n. 15868, in *Foro it.*, 2003, I, 480; Cass. 29 aprile 2004, n. 8271, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 4; Cass. 26 maggio 2004, n. 10157, in *Dir. rel. ind.*, 2005, 463 ss.;

presenza della sola violazione dell'art. 2103 c.c., che configura una lesione del diritto costituzionale del lavoratore di esprimere la propria personalità (art. 2 Cost.) per mezzo del lavoro e dell'immagine professionale. Alla luce di questa ricostruzione ermeneutica, gli atti del datore di privazione delle mansioni precedentemente assegnate intaccano irrimediabilmente il valore della dignità umana, sicché non è necessario provare l'esistenza di ulteriori conseguenze negative, poiché è sufficiente tener conto della sola condotta datoriale, con valutazione del danno in via equitativa da parte del giudice ai sensi dell'art. 1226 c.c..

L'orientamento qui descritto sposa, a tutta evidenza, una concezione polifunzionale del risarcimento del danno, alla luce del quale in presenza di un danno non patrimoniale, di per sé irreparabile, la prestazione risarcitoria assume sia una veste deterrente e punitiva, volta a dissuadere e a sanzionare l'autore della violazione, sia protettiva nei confronti del soggetto debole. Inoltre, essa risponde a un'istanza di giustizia sociale che difficilmente può essere accolta in altre sedi: come più volte ricordato (cap. 1, par. 6), il risarcimento del danno finisce, di fatto, col sopperire alle mancanze del sistema.

Questa linea interpretativa ha suscitato numerose critiche³³², specialmente sul versante della liquidazione del danno. Spesso, infatti, la valutazione equitativa è stata svolta per mezzo del solo parametro retributivo. Al riguardo, sebbene tale scelta consenta, da un lato, di ovviare al problema dell'incertezza del giudizio e dell'eccessiva discrezionalità del giudice, dall'altro può condurre a una

Così secondo M. PEDRAZZOLI, *Introduzione*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *op. cit.* e L. DE ANGELIS, *Diritto del lavoro e tutela risarcitoria*, in *Arg. Dir. Lav.*, 3, 2017, 613 ss.

³³² O. MAZZOTTA, *Danno alla persona e rapporto di lavoro: qualche domanda, politicamente non corretta, alla giurisprudenza*, in *Lav. Dir.*, 2004, pag. 448, 442; L. DE ANGELIS, *cit.*, 2017, 3, 615.

violazione del principio egualitario³³³ e alla “monetizzazione” di una lesione di un valore che nulla ha a che vedere con la capacità di produrre reddito. Questo criterio, quindi, può senz’altro agevolare la quantificazione del danno, ma non deve rappresentare una scelta obbligata e nemmeno l’unico parametro di riferimento³³⁴. Ai fini della liquidazione di tale pregiudizio, sembra invece più opportuno attribuire maggior rilievo alla carica offensiva della condotta datoriale che inevitabilmente apre a una concezione polifunzionale del risarcimento, strumento con il quale pervenire ai risultati della deterrenza da possibili future azioni illegittime del datore e della sanzione.

Diversamente, alla luce di un secondo orientamento, che si fonda sulla nozione del danno conseguenza, il profilo del demansionamento e quello del danno alla personalità devono essere tenuti distinti, poiché il secondo rappresenta soltanto un possibile effetto del primo e va pertanto provato ai sensi dell’art. 2697 c.c.³³⁵,

³³³ Secondo E. GRAGNOLI, *Questioni in tema di dequalificazione. Il Commento*, in *Lav. Giur.*, 2016, 5, 445, pur essendo vero che «il danno può essere determinato solo in via equitativa, l’entità della retribuzione è un parametro del tutto eterogeneo, così che il riferimento a esso è arbitrario e presenta quei caratteri di completa irrazionalità che dovrebbero imporre un incisivo sindacato della Suprema Corte».

³³⁴ A. AVONDOLA, *Il danno da demansionamento: la giurisprudenza del futuro guarda al passato*, in *Arg. Dir. lav.*, 4-5, 2018, 1356.

³³⁵ L. MONTUSCHI, *Attualità della sanzione civile nel diritto del lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2007, 1189; P. TULLINI, *Persona e danni risarcibili (...piccole provocazioni)*, ivi, 2006, pag. 1048; A. TURSI, *Il danno non patrimoniale alla persona nel rapporto di lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2003, I, 298. Anche la giurisprudenza maggioritaria condivide questa posizione ermeneutica. Al riguardo, v. Cass. 14 novembre 2001, n. 14199, in *Riv. giur. lav.* 2002, I, 233; Cass. 11 agosto 1998, n. 7905, in *Giust. Civ. Mass.*, 1998, pag. 1693; Cass. 19 marzo 1999, n. 2561, in *Giust. Civ. Mass.*, 1999, pag. 618; Cass. 4 giugno 2003, n. 8904, in *Orient. Giur. Lav.*, 2003, I, pag. 323; Cass. 8 novembre 2003, n. 16792, in *Orient. giur. lav.*, 2003, I, 812; Cass. 28 maggio 2004, n. 10361, in *Lav. Giur.*, 2004, pag. 1265, con nota di G. GIRARDI, *Demansionamento: conseguenze ed onere della prova dei danni subiti*.

quantomeno in via presuntiva (art. 2727 c.c.), posto che la condotta illegittima non fa sorgere automaticamente il danno³³⁶.

Il lavoratore, quindi, è tenuto ad allegare e a dimostrare le circostanze dalle quali sia desumibile «la gravità, la durata, la conoscibilità all'interno ed all'esterno del luogo di lavoro della operata dequalificazione, frustrazione di (precisate e ragionevoli) aspettative di progressione professionale, eventuali reazioni poste in essere nei confronti del datore comprovanti la avvenuta lesione dell'interesse relazionale, gli effetti negativi dispiegati nelle abitudini di vita del soggetto»³³⁷.

Tale orientamento ha peraltro condotto a un'eccessiva chiusura della giurisprudenza, restia a riconoscere il risarcimento del danno da demansionamento in assenza di una prova rigorosa dello stesso. Il fondamento di questa linea interpretativa è quello di evitare una «deriva» sanzionatoria³³⁸ del risarcimento del danno del quale, quindi, sarebbe confermata la sola funzione compensativa e di ovviare al problema della «proliferazione delle liti bagatellari»³³⁹.

³³⁶ Nello specifico, In particolare, «il prestatore di lavoro che chieda la condanna del datore di lavoro al risarcimento del danno (anche nella sua eventuale componente di danno alla vita di relazione e di cosiddetto danno biologico) subito a causa della lesione del proprio diritto di eseguire la prestazione lavorativa in base alla qualifica rivestita (...) deve fornire la prova dell'esistenza di tale danno e del nesso di causalità con l'inadempimento, prova che costituisce il presupposto indispensabile per la valutazione equitativa». Questo principio è stato accolto dalla Cass. S.U. 24 marzo 2006, n. 6572, cit. e da Cass. S.U. 24 novembre 2006, n. 25033, cit. e, precedentemente, da Cass. 11 agosto 1998, n. 7905, cit.; 19 marzo 1999, n. 2561, cit.; 4 giugno 2003, n. 8904, cit.; 8 novembre 2003, n. 16792, cit.

³³⁷ Cass. S.U. 24 marzo 2006, n. 6572, cit.

³³⁸ L. NOGLER, *La deriva risarcitoria della tutela dei diritti inviolabili del lavoratore dipendente*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2006, 29, 63 ss.; M. VINCIERI, *Il risarcimento dei danni alla persona avanti alle Sezioni Unite: dalla "somma-castigo" al trionfo delle regole*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2006, 4/5, pag. 1269.

³³⁹ Tale espressione è utilizzata dalle richiamate sentenze di San Martino, Cass. 11 novembre 2008, n. 26972, 26973, 26974, cit., che definiscono la lite bagatellare «le cause risarcitorie in cui il danno consequenziale è futile o irrisorio, ovvero, pur

Al riguardo, la Corte di Cassazione precisa, infatti, che «la forma rimediale del risarcimento del danno opera solo in funzione di neutralizzare la perdita sofferta, concretamente, dalla vittima, mentre l'attribuzione ad essa di una somma di denaro, in considerazione del mero accertamento della lesione, finirebbe con il configurarsi come somma-castigo, come una sanzione civile punitiva, inflitta sulla base del solo inadempimento, ma questo istituto non ha vigenza nel nostro ordinamento»³⁴⁰.

La netta presa di posizione della giurisprudenza di legittimità è stata, tuttavia, successivamente mitigata grazie all'importanza assunta dalla prova per presunzioni (art. 2727 c.c.)³⁴¹. Questo strumento probatorio, infatti, può condurre a un'apertura verso il risarcimento polifunzionale, nonostante si ribadisca che il pregiudizio ha natura di danno conseguenza: è, infatti, sufficiente dimostrare «una credibile mortificazione derivante dalla situazione lavorativa di demansionamento in cui il lavoratore si trova ad operare» e, quindi, l'offensività e il disvalore sociale della condotta dell'agente, che merita di essere repressa, similmente a quanto accade nei sistemi nei quali il risarcimento assolve a una funzione punitiva (su cui cap. 1, par. 6).

È, quindi, evidente come l'impiego della presunzione apra le porte a una concezione polifunzionale del risarcimento, in quanto attribuisce valore alla condotta del danneggiante e alle circostanze attraverso le quali essa si è estrinsecata.

essendo oggettivamente serio, è tuttavia, secondo la coscienza sociale, insignificante o irrilevante per il livello raggiunto».

³⁴⁰ Cass. S.U. 24 marzo 2006, n. 6572, cit.

³⁴¹ Da ultimo, v. ord. Cass. 20 marzo 2020, n. 6965 alla luce della quale «in tema di demansionamento (...) il danno esistenziale – da intendere come ogni pregiudizio oggettivamente accettabile – provocato sul fare non reddituale del soggetto, che alteri le sue abitudini e gli assetti relazionali propri – va dimostrato in giudizio con tutti i mezzi consentiti dall'ordinamento, assumendo peraltro precipuo rilievo la prova per presunzioni».

L'utilizzo delle presunzioni ha quindi un riflesso fondamentale nel dibattito sulle funzioni del risarcimento del danno. Pur negando espressamente la natura "*in re ipsa*" del danno, la giurisprudenza consente di provare la sola esistenza di circostanze concrete alla luce delle quali, nel contesto del demansionamento, desumere l'esistenza di un grave pregiudizio³⁴². In particolare, il giudice è chiamato a tener conto degli elementi di fatto «relativi alla qualità e quantità della esperienza lavorativa pregressa, al tipo di professionalità colpita, alla durata del demansionamento, all'esito finale della dequalificazione»³⁴³.

In altri termini, «se non siamo tornati al danno *in re ipsa*, poco ci manca»³⁴⁴.

³⁴² In tal senso, v. Cass. 15 ottobre 2008, n. 25743, in *Giust. Civ. Mass.*, 2018; Cass. 19778 del 2014, in *Giust. Civ. Mass.*, 2014; Cass. 26 febbraio 2009, n. 4652, in *Giust. Civ. Mass.*, 2009, 2. 321; Cass. 19 dicembre 2008, n. 29832, in *Giust. Civ.*, 2009, 7-8, I, 1622.

³⁴³ Cass., Sez. Un., 22 febbraio 2010, n. 4063, in *Foro It.*, 2010, 4, I, 1145 ss. Già Cass. 29 aprile 2004, n. 8271, ha statuito che «In caso di accertato demansionamento professionale del lavoratore in violazione dell'art. 2103 cod. civ., il giudice del merito, con apprezzamento di fatto incensurabile in Cassazione se adeguatamente motivato, può desumere l'esistenza del relativo danno in base agli elementi di fatto relativi alla durata della qualificazione e delle altre circostanze del caso concreto, potendo procedere ad una autonoma valutazione equitativa del danno, rispetto alla quale non ostano né l'eventuale insuccesso di una CTU disposta al fine di quantificarlo in concreto alla luce di criteri *lato sensu* oggettivi, né l'eventuale inidoneità e/o erroneità dei parametri risarcitori indicati dal danneggiato dovendosi, per converso, ritenere contraria a diritto un'eventuale decisione di "*non liquet*", fondata, appunto, sull'asserita inadeguatezza dei criteri indicati dall'attore o sulla pretesa impossibilità di individuarne alcuno, risolvendosi tale pronuncia nella negazione di quanto, invece, già definitivamente acclarato in termini di esistenza di una condotta generatrice di danno ingiusto e di conseguente legittimità di una richiesta risarcitoria relativa ad una certa *res lesiva*». Cass. 29 aprile 2004, n. 8271, in *Giust. Civ. Mass.*, 2004, 4.

Similmente accade anche nel caso della prova del danno da esposizione all'amianto. Al riguardo, v. R. RIVERSO, *La tutela risarcitoria dei più deboli tra i deboli (gli esposti all'amianto)*, in *Lav. Giur.*, 2012, 430 ss.

³⁴⁴ Così secondo R. RIVERSO, *Il demansionamento dal danno in re ipsa al danno da mortificazione della personalità morale del lavoratore*, in *Lav. Giur.*, 2013, 5, 461; similmente

Infatti, ai fini della sussistenza di un pregiudizio alla sfera più intima della persona del lavoratore, non pare necessario imporgli alcuna ulteriore prova: alcune condotte di demansionamento sono a tal punto offensive e cariche di disvalore sociale, che un'ulteriore dimostrazione in concreto della loro lesività è superflua, poiché la presenza del danno è implicita in esse e rappresenterebbe soltanto un ulteriore ostacolo per il lavoratore.

Si pensi al caso della totale inattività del dipendente per volontà del datore di lavoro³⁴⁵. Tale comportamento lede la dignità e la professionalità (da intendersi secondo la concezione dinamica) quale «quotidiano diritto a professionalizzarsi lavorando»³⁴⁶ e preclude alla persona di arricchire il proprio bagaglio di esperienze, eliminando ogni possibilità di crescita e di libera estrinsecazione della personalità.

La compromissione della sfera più intima del lavoratore, che difficilmente può trovare un adeguato ristoro, ha indotto la recente giurisprudenza a ritenere che una siffatta violazione dell'art. 2103 c.c. «produce automaticamente un danno (non economico, ma comunque) rilevante sul piano patrimoniale (per la sua attinenza agli interessi personali del lavoratore), suscettibile di valutazione e

anche U. GARGIULO, *Se il danno da demansionamento è (quasi) in re ipsa*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, II, 1006, secondo cui il ricorso alle presunzioni e l'alleggerimento dell'onere probatorio ha fatto fare «un passo avanti al diritto vivente, riequilibrandolo in favore del prestatore di lavoro, dopo una stagione giurisprudenziale che, per effetto di un significativo irrigidimento sul piano ermeneutico, aveva finito sovente, nei fatti, per negare tutela al lavoratore e disincentivare il contenzioso anche quando fosse fondato sulla violazione della disciplina inderogabile dell'art. 2103 Cod. Civ.».

³⁴⁵ Cass. 24 giugno 2020, n. 12485, in *Labor*, <http://www.rivistalabor.it/linattivita-lavorativa-imposta-dal-datore-lavoro-diritto-al-risarcimento-del-danno/>

³⁴⁶ Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972, cit.

risarcimento anche in via equitativa»³⁴⁷. Ciò potrebbe precludere, forse, a un ritorno del danno *in re ipsa*.

La lesione alla dignità professionale del lavoratore e al suo diritto di “professionalizzarsi lavorando” è l’ultimo traguardo raggiunto in tema di danno da demansionamento e costituisce un’importante apertura verso il riconoscimento della sua funzione sanzionatoria, posto che tale pregiudizio viene considerato «automaticamente sussistente» per la sola violazione dell’art. 2103 c.c.

D’altro canto, il bene della professionalità, di per sé infungibile, se compromesso non può di certo trovare un’effettiva riparazione attraverso una semplice prestazione risarcitoria.

Di conseguenza, il risarcimento in questo caso risponde alla funzione dissuasiva verso l’autore della violazione, distogliendolo dal tenere (o dal reiterare) la condotta vietata e sanzionandolo nel caso in cui la ponga in essere.

5.3. Il *mobbing* e lo *straining*.

Nella prassi, il demansionamento di cui è vittima il lavoratore può costituire uno degli atti vessatori riconducibili a un ampio e

³⁴⁷ Cass. 13 dicembre 2019, n. 32982, in *Diritto&Giustizia*, 2019. La sentenza, tuttavia, è contraddittoria nel punto in cui, da un lato afferma che «dall’inadempimento datoriale non derivi automaticamente l’esistenza del danno, non potendosi quest’ultimo ravvisare immancabilmente a causa della potenzialità lesiva dell’atto illegittimo» e che sussiste pacificamente una netta «distinzione tra “inadempimento” e “danno risarcibile” secondo gli ordinari principi civilistici di cui agli artt. 1218 c.c. e 1223 c.c., cioè tra il momento della violazione degli obblighi di cui agli artt. 2087 c.c. e 2103 c.c. e quello della produzione del pregiudizio, nei differenti aspetti che lo stesso può assumere»; dall’altro invece l’alleggerimento dell’onere probatorio e, in particolare, lo strumento delle presunzioni consente di desumere la presenza di un danno alla dignità professionale del lavoratore “automaticamente” dal fatto noto e accertato del demansionamento.

complesso disegno persecutorio, caratterizzante il fenomeno del *mobbing*³⁴⁸.

Tale espressione, mutuata dal linguaggio dell'etologia³⁴⁹, è stata utilizzata dalla giurisprudenza e dalla dottrina per descrivere una serie articolata di comportamenti protratti nel tempo, tenuti dal datore di lavoro, da un superiore gerarchico o da altri dipendenti, che si concretizza in forme di prevaricazione o di persecuzione psicologica del lavoratore, con un danno alla salute, alla personalità e alla dignità di quest'ultimo.

Le condotte integranti il *mobbing* possono anche configurare fattispecie penali³⁵⁰; tuttavia, spesso si limitano ad assumere rilievo soltanto sul piano civilistico e costituiscono un danno risarcibile. Altre volte, invece, si è in presenza di atti o fatti non illegittimi se

³⁴⁸ V. la definizione data recentemente da Cons. St., Sez. VI, 16 aprile 2015, n. 1945, (in *Foro Amm.*, 2015, 4, 1114): «con il termine *mobbing*, in assenza di una definizione normativa, si intende formalmente una condotta del datore di lavoro o del superiore gerarchico, complessa, continuata e protratta nel tempo, che si manifesta con comportamenti intenzionalmente ostili, reiterati e sistematici, esorbitanti od incongrui rispetto all'ordinaria gestione del rapporto, espressivi di un disegno in realtà finalizzato alla persecuzione o alla vessazione del lavoratore, tale che ne consegua un effetto lesivo della sua salute psicofisica ai fini della configurabilità della condotta di *mobbing* da parte del datore di lavoro». In dottrina, v. D. GAROFALO, *Mobbing e tutela del lavoratore tra fondamento normativo e tecnica risarcitoria*, in *Lav. giur.*, 2004, 6, 521 ss.; C. GAROFALO, «*Mobbing*» e onere della prova, in *Giur. It.*, 2016, 6, 1436 ss.; A. ZILLI, *Il mobbing nel pubblico impiego contrattualizzato*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 5, 997 ss.; MARINELLI M., *Licenziamento per motivo illecito e "mobbing"*, in *Lav. Giur.*, 2018, 4, 396 ss.

³⁴⁹ tale espressione K. LORENZ, *Mobbing and Psychological Terror at workplaces*, in *Violence and Victims*, 1990, vol. 5, n. 2; ID., *Pagine enciclopediche, vita e opera*, in *www.ildio-gene.it*. Tuttavia, come precisato da A. GARGANI, L. SANI, D. LAZZARI, M. BACCI, *Il mobbing. Dalla prevenzione al risarcimento*, Morlacchi Editore, Perugia, 2004, 2, «il *mobbing* in quanto violenza morale, prescinde dalle caratteristiche personali o psicologiche del lavoratore aggredito e che il ricorso a ipotesi fondate sull'etologia o sulla vecchia tesi del capro espiatorio, per spiegarne la natura, non hanno alcun riscontro nella realtà».

³⁵⁰ Il *mobbing* può integrare anche le fattispecie di reato di cui agli artt. 594 (ingiuria), 595 c.p. (diffamazione) e violenza privata (art. 610 c.p.). Al riguardo, v. R. BARTOLI, *Mobbing e diritto penale*, in *Diritto penale e processo*, 2012, 1, 85 ss.

considerati singolarmente, poiché giuridicamente neutri³⁵¹, eppure se analizzati nel loro complesso, quali tasselli di un'unica fattispecie articolata, risultano inequivocabilmente diretti a colpire determinate vittime, ben individuate nel contesto lavorativo, con l'obiettivo di emarginarle ed escludere³⁵².

Tralasciando l'aspetto penalistico, da un punto di vista civilistico la vittima di tali comportamenti può subire un danno biologico, esistenziale, alla vita di relazione, all'immagine professionale, alla dignità e alla professionalità.

Pur non potendosi parlare pacificamente di “danno da *mobbing*”³⁵³, il datore di lavoro è chiamato a risarcire le predette poste di danno, che configurano una violazione delle norme costituzionali di cui agli art. 2, 32 e 41, co. 2, Cost., sia a titolo di responsabilità contrattuale, in forza dell'art. 2087 c.c., sia extracontrattuale, alla luce dell'art. 2049 c.c. (per avere tollerato comportamenti vessatori da parte di altri dipendenti) e dell'art. 2043 c.c.³⁵⁴

Il percorso che ha condotto alla loro risarcibilità muove dal problema della qualificazione del danno non patrimoniale nei termini di “danno-evento” o di “danno-conseguenza”, profilo che è

³⁵¹ Così, ad esempio, nel caso del datore di lavoro che abbia richiesto a più riprese all'Inps di condurre visite mediche domiciliari per verificare la sussistenza dello stato di malattia del dipendente, nonostante la presenza del certificato medico rilasciato dal medico curante e i precedenti accertamenti mediante visite di controllo. La persistenza di tali richieste ha provocato un aggravamento delle condizioni di salute della vittima. Cass. 19 gennaio 1999, n. 475, in *Orient. Giur. Lav.*, 1999, 1, 295 ss.

³⁵² M. MISCIONE, *I fastidi morali sul lavoro e il mobbing*, in *Italian Labour Law Journal*, 2000, 2, 1 ss.; ID., *Norma giurisprudenziale (la responsabilità da persecuzione nei luoghi di lavoro)*, in *Lav. giur.*, 2003, 4, 305 ss.

³⁵³ Cass. 3 settembre 2015, n. 17511, in *Dir. Giust.*, 2015, 4

³⁵⁴ E. SIGNORINI, *Ambiente di lavoro e conflitto: il fenomeno dello Straining*, in *Resp. civ. prev.*, 1, 2017, 320; A. LOFFREDO, *Il mobbing*, in M. RUSCIANO, G. NATULLO (a cura di), *Ambiente e sicurezza del lavoro*, in F. CARINCI (diretto da), *Commentario Diritto del lavoro*, Utet, Torino, 2007, 533 ss.;

emerso in modo dirompente nel diritto nel lavoro, soprattutto nel contesto delle azioni risarcitorie promosse dal lavoratore vittima di *mobbing*, peraltro risolvendosi a favore della seconda nozione³⁵⁵. Per la giurisprudenza maggioritaria non è, infatti, possibile considerare il pregiudizio che scaturisce dal *mobbing* quale danno *in re ipsa* e, dunque, coincidente con la sola violazione del diritto soggettivo.

In altri termini, è stato ritenuto che dall'inadempimento datoriale non deriva automaticamente l'esistenza del danno e, quindi, il diritto al risarcimento, in quanto «l'inadempimento (...) è già sanzionato con l'obbligo di corresponsione della retribuzione, ed è perciò necessario che si produca una lesione aggiuntiva, e per certi versi autonoma»³⁵⁶, dovendosi distinguere tra due momenti diversi: da un lato, quello dell'inadempimento, dall'altro, quello conseguente ed eventuale del danno risarcibile. In quest'ottica, il risarcimento funge da strumento diretto a neutralizzare gli effetti pregiudizievoli della condotta tenuta dall'autore del danno, ma non da "somma-castigo".

Come evidenziato in precedenza (par. 5.2), l'accoglimento di una nozione di danno-conseguenza, specie nel caso del pregiudizio non patrimoniale esistenziale, che è di per sé intangibile e pertanto di difficile prova, ha finito con l'escludere che le domande risarcitorie avanzate dal lavoratore vittima di vessazioni potessero trovare accoglimento, posto l'ostacolo rappresentato dall'onere probatorio.

³⁵⁵ In senso contrario all'orientamento oggi prevalente della qualificazione del danno non patrimoniale nei termini di danno-conseguenza, v. Corte cost., 14 luglio 1986, n. 184, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, con nota di C. CASTRONOVO, "Danno biologico" senza miti, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1988, I, 3 ss.,

³⁵⁶ In questi termini si esprime la citata sentenza della Corte di Cassazione, Cass. S.U. 24 marzo 2006, n. 6572, cit.

Infatti, mentre per la prova del danno biologico occorre fare ricorso all'accertamento medico legale, per quello esistenziale è necessario verificare che dalla condotta tenuta dal datore, dal superiore gerarchico o da altro dipendente si sia verificato un cambiamento nelle abitudini di vita.

Per poter ridimensionare le difficoltà rinvenute dal lavoratore nel corso del giudizio, la giurisprudenza ha quindi aperto alla possibilità di ricorrere alle presunzioni (art. 2979 c.c.)³⁵⁷ che consentono al ricorrente di allegare le circostanze dalle quali il giudice, anche per mezzo dei suoi poteri officiosi (art. 421 c.p.c.), può desumere l'esistenza del danno lamentato³⁵⁸.

Il ricorso al predetto strumento ha di fatto stemperato le rigidità insite nel regime probatorio ordinario per soddisfare le istanze di tutela del lavoratore il quale, in difetto di prova, si vedrebbe privato della possibilità di ottenere un ristoro monetario per la sofferenza patita.

In questo modo, pur ribadendosi la posizione secondo cui è risarcibile soltanto il danno-conseguenza e non quello *in re ipsa*, il ricorso alle presunzioni permette di desumere l'esistenza di un pregiudizio sofferto dal lavoratore attraverso la semplice dimostrazione di circostanze gravi, precise e concordanti. Ciò incide sensibilmente sull'identità del risarcimento del danno, accentuandone la propensione al perseguimento di più funzioni. Inoltre,

³⁵⁷ Come evidenziato tra le altre da Cass. 26 febbraio 2019, n. 5484, in *Giust. Civ. Mass.* 2019, Cass. 06 luglio 2002, n. 9834, in *Giust. Civ. Mass.*, 2002, 1174, Cass. 17 maggio 1973 n. 1416, in *Foro It., Rep.* 1973, voce *Prova civile*, n. 55, il giudice può far ricorso anche in via esclusiva alle presunzioni «purché secondo le regole di cui all'art. 2727 c.c. venga offerta una serie concatenata di fatti noti» e, quindi, di tutti gli elementi che contribuiscano a ricostruire puntualmente e nella fattispecie concreta la circostanza lamentata.

³⁵⁸ V. Cass. 30 aprile 2015, n. 8782, in *DeJure*; Cass. 5 novembre 2012, n. 18927, in *www.bollettinoadapt.it*; Cass. 17 settembre 2010, n. 19785, in *www.personaedanno.it*; Cass. 30 settembre 2009, n. 20980, in *www.olympus.uniurb.it*.

l'accoglimento della domanda risarcitoria rappresenta una sanzione per il responsabile per aver tenuto un comportamento connotato da un forte disvalore sociale (e che, qualora non integri una fattispecie di reato, resterebbe di fatto impunito)³⁵⁹.

Per rispondere all'esigenza di tutela del lavoratore, la giurisprudenza³⁶⁰ ha conferito all'art. 2087 c.c. un'applicazione più ampia ed elastica, riconoscendo il diritto al risarcimento del danno anche nel caso di *straining*³⁶¹ e, cioè, di una condotta datoriale che costituisce una forma attenuata di *mobbing*, ma che consiste in un unico atto e non in una serie di azioni premeditate.

Tale fattispecie è descritta come una situazione di *stress* forzato sul posto di lavoro in cui la vittima è, rispetto alla persona che attua lo *straining*, in un'evidente condizione di inferiorità ed è posta in essere «appositamente contro una o più persone, ma sempre in maniera discriminante»³⁶² con azioni che risultino comunque connesse causalmente ai pregiudizi cagionati.

³⁵⁹ F. CORSO, *La tutela della "personalità morale" nella prospettiva di una revisione delle norme per la sicurezza sul lavoro*, in G. NATULLO, R. SANTUCCI (a cura di), *Ambiente e sicurezza sul lavoro. Quali tutele in vista del testo unico?*, *Atti del Convegno di Benevento, 9 novembre 2007*, Giuffrè, Milano, 2008, 181.

³⁶⁰ Cass. civ., 5 novembre 2012, n. 18927, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2012, 1019, e in *D&L Dir. iv. critica dir. lav.* 2012, 4, 1019 ss. con nota di M. SARTORI, *L'inconfigurabilità del "mobbing" non esclude il diritto del lavoratore al risarcimento dei danni alla persona di cui il lavoratore leso abbia fornito adeguata allegazione e prova*,

³⁶¹ Trib. Bergamo, 20 giugno 2005, in *Foro it.*, 2005, I, 3357, con nota di A.M. PERRINO, *Danno da mobbing: perplessità sulla categoria*. Il termine *straining* deriva dall'inglese *to strain*, «tendere, forzare, distorcere, stringere, mettere sotto pressione anche in senso figurato», avvicinandosi, quindi, al significato della parola *stress*. H. EGE, *Oltre il mobbing, straining, stalking e altre forme di conflittualità sul posto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2005, 67 ss.; E. SIGNORINI, op. cit.; C. GAROFALO, *Il "mobbing" attenuato: lo "straining"*, in *Lav. giur.*, 2016, 8-9, 808 ss.; A. ZILLI, *Addio "mobbing", benvenuto "straining": il mal di lavorare dannoso è sempre risarcibile, anche senza intento persecutorio*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 6, 1933 ss.

³⁶² Trib. Bergamo, cit.

Sotto questo profilo, la figura in esame si avvicina alla situazione di *stress* lavoro correlato³⁶³, al punto che è difficile tracciare una linea di confine tra queste figure.

Da un punto di vista risarcitorio, la tutela concordata al lavoratore è avvicinabile, anche sotto il profilo del relativo onere probatorio, a quella prevista per il caso di *mobbing*.

La più recente giurisprudenza di legittimità è giunta, infine, al riconoscimento della risarcibilità del danno, anche non patrimoniale, subito dal lavoratore per comportamenti non rientranti né nella figura del *mobbing*, né in quella dello *straining*, nel tentativo di ampliare la tutela del lavoratore. È stata, così, superata la tradizionale dicotomia tra le ipotesi richiamate³⁶⁴ in un'ottica costituzionalmente orientata e diretta alla salvaguardia di beni di rilevanza costituzionale, quali la salute, la dignità umana e i valori legati alla persona³⁶⁵.

6. Osservazioni conclusive.

L'analisi delle fattispecie qui condotta mette in luce la natura cangiante della responsabilità civile e del risarcimento del danno. Sono molteplici le funzioni assunte a seconda del diverso ambito applicativo e del momento storico.

³⁶³ L'art. dell'Accordo Europeo dell'8 ottobre 2004, come recepito dall'Accordo Interconfederale del 9 giugno 2008, ha definito lo *stress* lavoro-correlato come quella «condizione che può essere accompagnata da disturbi o disfunzioni di natura fisica, psicologica o sociale ed è conseguenza del fatto che taluni individui non si sentono in grado di corrispondere alle richieste o aspettative riposte in loro» (art. 3, comma 1).

³⁶⁴ Cass. 20 giugno 2018, n. 16256, in *Resp. Civ. Prev.*, 3, 2019, 796, con nota di V. FILÌ, *La nuova frontiera del danno risarcibile da condotta illecita del datore di lavoro*, cit.;

³⁶⁵ F. LAMBERTI, *Il lavoratore ha diritto al risarcimento del danno patito anche se non risulta provato il mobbing*, in *Riv. It., dir. lav.*, 2018, 4, 795 ss.

Svincolandosi dai rigidi schemi civilistici del principio, ampiamente accolto dalla dottrina e dalla giurisprudenza tradizionali, di integrale riparazione del danno³⁶⁶ (v. cap. 1, par. 2), la responsabilità civile ha rivestito, nel corso del tempo, un ruolo ancor più importante rispetto al passato, perché capace di rispondere prontamente ai mutamenti sociali, e ciò soprattutto nel contesto del diritto del lavoro, materia che più delle altre si modella a seconda delle trasformazioni sociali, per mezzo dei ripetuti interventi del legislatore e dell'attività ermeneutica svolta dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Lo studio delle singole ipotesi consente di riflettere sul cambiamento che interessa l'identità stessa della materia, il cui principale obiettivo resta quello della tutela del lavoratore in quanto soggetto debole nel rapporto e nel mercato del lavoro.

Come si è visto (par. 1), tale finalità è stata tradizionalmente perseguita mediante la reintegrazione, strumento adatto al rapporto di lavoro subordinato e al contesto sociale ed economico della l. 20 maggio 1970, n. 300, con il risultato di garantire una maggiore stabilità nel posto di lavoro.

Questo modello, tuttavia, non è più in grado di rispondere alle attuali esigenze sociali, economiche e di mercato. In un mondo in continuo cambiamento, il valore della stabilità nel posto di lavoro cede di fronte all'esigenza della flessibilità, sicché lo strumento a tutela del lavoratore non può che essere rappresentato dal rimedio monetario del risarcimento del danno, soluzione più elastica e immediata. In questo scenario, il diritto del lavoro, che da sempre

³⁶⁶ S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., 18 ss.; F. GALGANO, *Alla ricerca delle sanzioni civili indirette: premesse generali*, cit., 531 ss.; C. CASTRONOVO, *Il risarcimento punitivo che risarcimento non è*, cit., 100 ss.; C. GRANELLI, *In tema di «danni punitivi»*, cit., 1761; E. LUCCHINI GUASTALLA, *La compatibilità dei danni punitivi con l'ordine pubblico alla luce della funzione sanzionatoria di alcune disposizioni normative processualcivilistiche*, cit., 1488 ss.; C. DE MENECH, *Verso la decisione delle Sezioni Unite sulla questione dei danni punitivi. Tra ostacoli apparenti e reali criticità*, cit., 986B ss.

afferma la propria autonomia rispetto a quello civile, attinge proprio da quest'ultimo lo strumento utile alla soluzione del problema.

La monetizzazione dei valori della persona, sebbene in alcuni casi (come nell'ipotesi del licenziamento illegittimo) rappresenti una forte diminuzione delle tutele, in altri interviene a colmare lacune del sistema. Si pensi all'ambito del lavoro non subordinato e agli art. 3, l. 81, cit. sulle clausole e condotte abusive e all'art. 47-ter d.lgs. 81, cit. sull'inadempimento all'obbligo informativo e formale. Queste disposizioni, come evidenziato, intervengono in un campo fino ad oggi completamente sprovvisto di tutele alternative, dove la vittima della lesione non troverebbe altro possibile rimedio.

Si tratta, peraltro, di casi rilevanti e non marginali, come testimonia l'impiego crescente del lavoro non subordinato nell'attuale contesto economico-produttivo.

È quindi necessario che il risarcimento sia utilizzato come strumento polifunzionale, affrancandosi in parte dalla regola dell'integrale riparazione del danno per soddisfare a un'istanza di giustizia diffusa.

Se è pur vero che il pregiudizio ai beni della persona di rango costituzionale non può trovare un'effettiva riparazione nella mera prestazione pecuniaria, è comunque possibile ritenere che il ricorso al risarcimento punitivo può svolgere una funzione general-deterrente e colmare le lacune di un sistema che non presenta altri strumenti idonei a raggiungere tale fine. In quest'ottica, esso svolge una funzione solidaristica fondata sull'art. 3 Cost., essendo diretto a rimuovere ostacoli di ordine economico e sociale, che limitano di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini e lo sviluppo della persona.

Nel caso del risarcimento forfettizzato occorre, peraltro, che il legislatore ne faccia un uso appropriato, privilegiando il modello del

“danno minimo” (come accade nei citati casi dell’art. 18, cit. e dell’art. 2, cit. o del danno all’immagine alla p.a.) e, quindi, di una soglia minima di prestazione risarcitoria, rispetto a quella della forfettizzazione del danno entro un tetto massimo, (come nel caso della reiterazione abusiva dei contratti a termine o del risarcimento del danno a favore dei *riders* di cui all’art. 47-ter, d.lgs. 81, cit.) che può invece portare al risultato opposto, quello dell’*efficient breach of contract* e, cioè, dell’“inadempimento efficiente”, con conseguente valutazione da parte del datore di lavoro della convenienza, o meno, dell’adempimento rispetto alla violazione del contratto³⁶⁷. Resta problematica, invece, l’ipotesi dell’art. 3, l. 81, cit., rispetto alla quale il legislatore non individua i criteri entro cui quantificare il danno: in questo caso, pur rinvenendosi chiaramente la polifunzionalità del risarcimento nell’automatismo del diritto alla predetta prestazione, la norma rischia di non trovare applicazione a causa delle difficoltà riscontrabili dal giudice in sede di liquidazione del danno.

La torsione sanzionatoria e solidaristica del risarcimento emerge, infine, anche dall’ipotesi del danno alla sfera esistenziale del lavoratore (come nel caso di danno tanatologico da morte del lavoratore, di demansionamento, di *mobbing* e di *straining*), posta l’inidoneità dello strumento risarcitorio a pervenire al risultato della riparazione del pregiudizio.

Sebbene la giurisprudenza e la dottrina maggioritarie affermino la natura di danno-conseguenza di tali voci di pregiudizio, l’ampio ricorso allo strumento delle presunzioni e la necessaria e

³⁶⁷ P. ICHINO, *Il diritto del lavoro e i modelli economici*, in *Lav. dir.*, 2, 1998, 309 ss.; U. ROMAGNOLI, *Divagazioni sul rapporto tra economia e diritto del lavoro*, cit., 527; O. MAZZOTTA, *La reintegrazione nel posto di lavoro: ideologie e tecniche della stabilità*, cit.; V. SPEZIALE, *La trasformazione del diritto del lavoro*, in *Lav. dir.*, 4, 2016, 719 ss.; ID., *Processo del lavoro, certezza del diritto ed effettività delle tutele*, CSDLE “Massimo D’Antona”. IT – 215/2014, 2 ss.; A. GARILLI, *Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto*, cit., 215 ss.

sufficiente dimostrazione dell'esistenza di circostanze gravi, precise e concordanti riferibili al diritto fatto valere dal lavoratore potrebbe condurre, in un'ottica di maggior favore del lavoratore, a una soluzione simile a quella cui si perviene qualificando il danno *in re ipsa*.

In conclusione, se si considera il percorso compiuto dal risarcimento del danno secondo una prospettiva storica, alla luce delle diverse fattispecie analizzate che si sono succedute nel corso del tempo, trova conferma l'assunto secondo il quale la sua natura polifunzionale è di fatto tesa a supplire alle mancanze del sistema e a rispondere alle istanze di giustizia sociale avvertite dai soggetti deboli, posta l'insussistenza di validi rimedi alternativi, in un mondo in continuo e rapido mutamento.

Capitolo III.

Il contributo del diritto dell'Unione europea e del diritto comparato al dibattito sulle funzioni del risarcimento del danno.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il contributo dei *Principles of European Tort Law* al dibattito sulla polifunzionalità del risarcimento del danno. – 3. La polifunzionalità del risarcimento nelle direttive CE contro le discriminazioni. – 3.1. La polifunzionalità del risarcimento nella normativa italiana di recepimento delle direttive europee. – 4. La valorizzazione della polifunzionalità del risarcimento da parte della giurisprudenza europea. – 4.1. L'orientamento della Corte di Giustizia UE. – 4.2. L'orientamento della giurisprudenza italiana. – 5. Spunti comparatistici. L'importanza del diritto del lavoro e del diritto antidiscriminatorio nel dibattito sulle funzioni del risarcimento del danno in Germania e in Austria. – 6. Il dibattito sulla polifunzionalità del risarcimento del danno nel diritto tedesco. – 6.1. Il risarcimento del danno con funzione deterrente e sanzionatoria nel diritto antidiscriminatorio tedesco. – 7. Il dibattito sulla polifunzionalità del risarcimento del danno nel diritto austriaco. – 7.1. Il risarcimento con funzione deterrente e sanzionatoria nei casi di discriminazioni nell'accesso al lavoro e nella progressione di carriera. – 8. Osservazioni conclusive.

1. Premessa

Il dibattito sulla polifunzionalità del risarcimento del danno, oltre ad interessare trasversalmente diverse aree dell'ordinamento interno, ha una portata transnazionale, poiché ha assunto una rilevanza fondamentale anche nel diritto dell'Unione europea e di altri ordinamenti. In particolare ci si soffermerà su quello tedesco e austriaco³⁶⁸. Tale approccio “multilivello”, che analizzi il diritto dell'Unione europea e, dall'altro, quello dei Paesi dotati di una

³⁶⁸ H. KOZIOL, V. WILCOX, *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Tort and Insurance Law, vol. 23, Springer Verlag, Wien, 2009; L. MEURKENS, E. NORDIN, *The Power of Punitive Damages. Is Europe missing out?*, Intersentia Uitgevers, Cambridge, 2012.

cultura giuridica vicina alla nostra appare necessario, posta l'esistenza di un rapporto di reciproca integrazione.

Il diritto del lavoro e, in particolare, la disciplina sanzionatoria avverso le discriminazioni sul posto di lavoro, occupano una posizione centrale e offrono uno spunto di riflessione sul tema. Appare, quindi, necessario procedere a un'analisi della disciplina eurounitaria sul contrasto alle discriminazioni, con specifico riferimento alla dir. 43/2000/CE sulla parità di trattamento indipendentemente dalla razza e origine etnica, la dir. 78/2000/CE sulla parità di trattamento in materia di occupazione e impiego, la dir. 73/2002/CE di modifica della dir. 76/207/CEE relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla formazione professionali e le condizioni di lavoro e la dir. 54/2006/CE "di rifusione", avente il medesimo oggetto.

L'Unione europea ha scelto di ascrivere al risarcimento del danno non solo il primario compito della riparazione e della compensazione, ma anche quello della prevenzione e della punizione.

Gli artt. 25 dir. cit., 8 *quinquies*, dir. 73/2002/CE, 15 ("Sanzioni"), dir. 43/2000/CE e 17 ("Sanzioni"), dir. 78/2000/CE annoverano, infatti, il risarcimento tra le sanzioni da infliggere nel caso di violazione delle norme ivi contenute, attribuendo allo strumento risarcitorio le caratteristiche dell'effettività, proporzionalità e dissuasività, nell'ottica di un utilizzo più ampio e articolato della misura in esame.

Inoltre, l'art. 18 della dir. 54/2006/CE prevede che «gli Stati membri introducono nei rispettivi ordinamenti giuridici nazionali le misure necessarie per garantire, per il danno subito da una persona lesa a causa di una discriminazione fondata sul sesso, un indennizzo o una riparazione reali ed effettivi, da essi stessi stabiliti in modo tale da essere dissuasivi e proporzionati al danno subito (...)».

Appare anche utile verificare l'impatto che le predette disposizioni hanno avuto sia nel nostro ordinamento sia in quello tedesco e austriaco, posta la forte vicinanza esistente tra i tre Paesi da un punto di vista della cultura giuridica civilistica.

Anche in Germania e in Austria, infatti, la dottrina prevalente afferma la natura monofunzionale della responsabilità civile. Tuttavia, è possibile rinvenire un cambio di rotta nel senso della polifunzionalità, soprattutto nell'ambito del diritto del lavoro e del contrasto alle discriminazioni (*infra*, par. 6 e 7).

A ciò si aggiunge che l'apertura ai *punitive damages* avvenuta nel 2017 da parte della giurisprudenza di legittimità italiana non rappresenta un caso isolato nel panorama dell'Europa continentale, a conferma dell'esistenza di un percorso parallelo al nostro anche nell'esperienza d'oltralpe³⁶⁹.

Quindi, da un lato, la prospettiva multilivello esalta la natura poliedrica dell'istituto e rappresenta un terreno fertile di analisi, dall'altro la comparazione costituisce un'importante chiave di lettura del problema in esame, consentendo di individuare un efficace e valido argomento a favore della tesi della polifunzionalità del risarcimento del danno, specie nel diritto del lavoro.

2. Il contributo dei *Principles of European Tort Law* al dibattito sulla polifunzionalità del risarcimento del danno

³⁶⁹ Con specifico riferimento all'ordinamento tedesco, come si vedrà successivamente, si è registrata una netta chiusura da parte della Suprema Corte, il Bundesgerichtshof (BGH), nel 1992 con la sentenza "California-Judgment" (v. BGHZ 118, 312 = NJW 1992, 3096) contraria all'esecuzione di una sentenza statunitense di condanna ai *punitive damages*. Una significativa apertura alla polifunzionalità della responsabilità civile si rinvia, tuttavia, nell'ambito della tutela dei diritti fondamentali della persona (v. "Herrenreiter-Entscheidung, BGHZ 35, p. 363 ss. = NJW 1961, 1221 ss.; v. "Caroline von Monaco I, BGHZ 128, 1 ss. = NJW 1996, p. 984 ss.).

Il substrato culturale e giuridico sul quale si è mosso il legislatore europeo con la previsione del risarcimento del danno in risposta alla violazione delle norme di diritto antidiscriminatorio poste dalle direttive³⁷⁰ emerge nell'attività scientifica svolta, da oltre due decenni, dallo *European Group on Tort Law* (noto anche con il nome di "*Tilburg Group*")³⁷¹, che si compone di autorevoli studiosi provenienti da diversi Paesi³⁷² con il principale obiettivo di individuare i principi che, nell'ambito della responsabilità civile, accomunano i diversi ordinamenti europei e di analizzarne l'evoluzione nel tempo.

L'attività svolta dal Gruppo di Tilburg alimenta un fruttuoso dialogo comparatistico e rappresenta un punto di riferimento in materia anche per le istituzioni euro-unitarie, nel segno dell'armonizzazione.

Tali principi, infatti, seppur privi di portata vincolante e dotati unicamente di valore scientifico, mettono in luce i tratti comuni, in materia di responsabilità civile, dei diversi ordinamenti. Tra questi, sono due quelli che destano particolare interesse.

Il primo è enunciato dall'art. 2:102 (interessi protetti), secondo cui la portata e l'intensità della tutela di un interesse dipendono dalla sua natura. Pertanto, i beni giuridici della vita, dell'integrità psico-fisica, della dignità e della libertà godono della più ampia protezione possibile, soprattutto laddove l'autore del danno abbia agito intenzionalmente. La compromissione di questi valori, soprattutto se si verifica a seguito di un comportamento doloso o gravemente colposo, giustifica una risposta più severa e un utilizzo poliedrico

³⁷⁰ art. 15, dir. 43/2000/CE, art. 17, dir. 78/2000/CE, art. 8 quinquies, dir. 73/2002/CE e art. 25, dir. 54/2006/CE

³⁷¹ <http://www.egtl.org>

³⁷² H. KOZIOL, R. SCHULZE, *Tort Law of the European Community*, Tort and Insurance Law, vol. 23, Springer Verlag, Wien, 2008, V ss.

del risarcimento del danno: da un lato, vi è la necessità di offrire alla persona danneggiata un ristoro, dall'altro, vi è l'esigenza di disincentivare determinati comportamenti.

Il secondo è contenuto nell'art. 10:101, che attribuisce al risarcimento del danno sia una funzione riparatorio-compensativa, attraverso il pagamento di una somma di denaro volta a rimettere il danneggiato nella posizione che avrebbe occupato se l'illecito non fosse stato commesso, sia deterrente.

Sicché, alla luce di questa previsione, è evidente come la funzione primaria sia quella della compensazione, cui si affianca quella secondaria della prevenzione³⁷³. Non è, invece, contemplata, la funzione sanzionatoria e ciò in quanto non vi è unanimità tra gli Stati membri rispetto a tale specifico profilo.

Così, il non aver menzionato la dimensione sanzionatoria del risarcimento sembra escluderla dal novero delle sue possibili funzioni, come messo in luce da alcuni autori³⁷⁴. Va detto, però, che quest'ultima considerazione non è del tutto convincente, poiché sebbene sul piano astratto e ontologico i due profili siano nettamente diversi, nella pratica risulta difficile distinguere l'aspetto della deterrenza da quello della punizione che, come affermato, rappresentano due facce della stessa medaglia³⁷⁵.

³⁷³ Secondo U. MAGNUS «this notion needs hardly explanation. It means that by the prospect of the imposition of damages a potential tortfeasor is forced or at least encouraged to avoid doing harm to others». V. *European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, Springer Verlag, Wien, 2005, 150.

³⁷⁴ Così afferma il prof. U. MAGNUS, membro del Tilburg Group. Al riguardo afferma che «the aim of prevention of harm is accepted while a punitive purpose of the law of damages is implicitly refused by not mentioning it». V. nota 8.

³⁷⁵ P. CENDON, *Responsabilità per dolo e prevenzione del danno*, in P. SIRENA (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, cit., 161.

3. La polifunzionalità del risarcimento nelle direttive europee contro le discriminazioni

Il rilievo secondo cui il piano della deterrenza e quello della sanzione si intersecano tra loro trova conferma nelle disposizioni delle direttive Ue in materia di contrasto alle discriminazioni³⁷⁶. Nella disciplina ivi contenuta, risalente agli anni 2000³⁷⁷ e metaforicamente salutata dagli interpreti come “l’età dell’oro”³⁷⁸ della legislazione antidiscriminatoria, il ruolo del risarcimento del danno è, a tutta evidenza, centrale e poliedrico, poiché esso rappresenta una delle principali armi in risposta alle discriminazioni e spazia dalla tradizionale funzione compensativa a quella deterrente e sanzionatoria³⁷⁹.

Tuttavia, lo strumento risarcitorio rappresenta soltanto una delle possibili soluzioni cui ricorrere³⁸⁰, posto che le direttive, pur

³⁷⁶ art. 15, dir. 43/2000/CE, art. 17, dir. 78/2000/CE, art. 8 quinquies, dir. 73/2002/CE e art. 25, dir. 54/2006/CE.

³⁷⁷ Sulle fonti del diritto antidiscriminatorio, v. F. BILOTTA, A. ZILLI, *Codice di diritto antidiscriminatorio*, Pacini Giuridica, Pisa, 2019.

³⁷⁸ M. BELL, *Anti-Discrimination Law and the European Union*, Oxford University Press Scholarship, 2002; L. CALAFÀ, D. GOTTARDI, *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, Ediesse, Roma 2009; M. BARBERA, voce “discriminazioni e pari opportunità”, in *Enc. del dir.*, Giuffrè, Milano, 2014, 383.

³⁷⁹ H. KOZIOL, *Concluding Remarks on Compensatory and Non-Compensatory Remedies*, in A. FENYVES, E. KARNER, H. KOZIOL, E. STEINER (a cura di), *Tort Law in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, De Gruyter, Berlino, 2011, 863 ss. In giurisprudenza, v. Corte di Giust. UE, 10 luglio 2008, Firma Feryn NV, causa C-54/07, *Riv. it. dir. lav.*, 2009, 1, II, 235; Corte Giust. UE, 11 ottobre 2007, Paquay, causa C-460/06, in *DL Riv. critica dir. lav.*, 2008, 1, 81; Corte Giust. UE, 22 aprile 1997, Draehmpaehl, causa C-180/95, in *DL Riv. critica dir. lav.* 1997, 733; Corte Giust. UE, 2 agosto 1993, Marshall, causa C-271/91, in *Rass. dir. civ.*, 1995, 397; Corte Giust. UE, 10 aprile 1984, von Colson, causa C-14/83, in *Foro it.*, 1985, IV, 59.

³⁸⁰ Al riguardo, v. Corte di Giust. UE, 17 dicembre 2015, causa C-407/14, Bay Larsen in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2016, 5, 715 ss., con nota di F. MALZANI,

vincolando gli Stati membri al perseguimento dell'obiettivo cui sono preposte, lasciano la libertà di scegliere quali rimedi adottare per il raggiungimento del fine cui sono preposte³⁸¹.

Nel tessuto della normativa europea, la multifunzionalità del risarcimento si spiega in virtù della necessità di rafforzare la battaglia contro le discriminazioni³⁸², che ha spinto il legislatore ad intervenire più volte³⁸³. Le discriminazioni, infatti, «possono pregiudicare il conseguimento degli obiettivi del Trattato CE, in particolare il raggiungimento di un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, il miglioramento del tenore e della qualità di vita, la coesione economica e sociale, la solidarietà e la libera circolazione delle persone»³⁸⁴.

Il contrasto alle discriminazioni è, quindi, il mezzo attraverso il quale giungere al fine ultimo della parità di trattamento e uno degli

Licenziamento discriminatorio e danno "punitivo ragionevole": verso il superamento di un (apparente) ossimoro. Si veda anche il punto 45 del parere dell'Avvocato generale Mengozzi.

³⁸¹ L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2008, 183 ss. In giurisprudenza, v. *ex multis* Corte di Giustizia CE, 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C 9/90, Francovich, in *Foro amm.*, 1992, 1597; Corte di Giustizia CE, 5 marzo 1996, C-46, Brasserie du Pêcheur e Factortame, in *Foro Amm.*, 1997, 2.

³⁸² Come peraltro emerge anche dall'ampliamento del novero dei fattori protetti da parte dell'art. 13 del Trattato CE, ora art. 19 TFUE, secondo cui «(...) il Consiglio, (...), può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale».

³⁸³ La dir. 43/2000/CE sulle discriminazioni basate su razza e origine etnica, la 78/2000/CE su quelle fondate sulla religione o sulle convinzioni personali, sull'handicap, l'età o le tendenze sessuali con riferimento all'occupazione e alle condizioni, le direttive 73/2002/CE e 54/2006/CE sulle discriminazioni in ragione del genere (rispetto alle quali è intervenuta anche la dir. 113/2004/CE in materia di accesso a beni e servizi e alla loro fornitura). A questa rassegna si aggiunge la direttiva 41/2010/UE sull'applicazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne che esercitano un'attività autonoma (che abroga la precedente dir. 613/86/CEE).

³⁸⁴ V. decimo considerando della dir. 78/2000/CE.

aspetti maggiormente innovativi ai fini della presente ricerca è rappresentato dalla collocazione del risarcimento nel novero delle sanzioni comminabili in caso di discriminazioni, secondo i criteri di effettività, proporzionalità e dissuasività rispetto al danno patito³⁸⁵. In questo modo, la funzione punitiva del risarcimento del danno trova la sua realizzazione insieme a quella della deterrenza³⁸⁶. Inoltre, tale previsione ha un'eco deterrente, dal momento che, se adottata dagli ordinamenti interni, essa può disincentivare il compimento delle condotte vietate.

L'ostacolo principale è, tuttavia, rappresentato dalla risposta data, attraverso la ricezione delle direttive, dagli ordinamenti interni. La Corte di Giustizia UE, pur incoraggiando un utilizzo poliedrico dell'istituto, è consapevole dell'esistenza di una forte disomogeneità tra gli Stati membri e di una tradizionale chiusura, da parte di alcuni di essi (in particolare quello italiano, tedesco e austriaco) al risarcimento sanzionatorio, finendo, così, per attribuire al termine "sanzione" il suo più ampio significato, quale generica reazione alla violazione del principio di parità di trattamento³⁸⁷.

Al di là della funzione sanzionatoria, è proprio interessante osservare come, nella direttiva 54/2006/CE, il risarcimento assolve anche a una finalità deterrente. Tale efficacia dissuasiva è strettamente connessa al concetto di "adeguatezza", che dipende

³⁸⁵ In particolare, l'art. 15, dir. 43/2000/CE, l'art. 17, dir. 78/2000/CE, l'art. 8 *quinquies*, dir. 73/2002/CE, l'art. 25, dir. 54/2006/CE dispongono che «gli Stati membri determinano le sanzioni da irrogare in caso di violazione delle norme nazionali di attuazione della presente direttiva e prendono tutti i provvedimenti necessari per la loro applicazione. Le sanzioni che possono prevedere un risarcimento dei danni devono essere effettive, proporzionate e dissuasive». In dottrina, v. F. BILOTTA, *La discriminazione diffusa e i poteri sanzionatori del giudice*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 1, 69 ss.

³⁸⁶ F. MALZANI, *Mobbing e tutela penale. Alla ricerca di convergenze parallele*, in *Riv. critica di dir. lav.*, 2009, 625 ss., in particolare sub nota 11; A. GUARISO, *Ancora sulle conseguenze del comportamento discriminatorio: nodi irrisolti anche dopo il D. Lgs. 5/10*, in *Riv. critica di diritto del lavoro priv. e pubbl.*, 2009, 976.

³⁸⁷ Corte di Giustizia UE, 10 luglio 2008, Firma Feryn NV, causa C-54/07, cit.

inevitabilmente dall'entità della prestazione dovuta. Infatti, per non frustrare tale vocazione, il legislatore europeo ha imposto il generale divieto di contenere normativamente la prestazione risarcitoria entro un tetto massimo. Così si evince dal considerando 33, alla luce del quale «la Corte di giustizia³⁸⁸ ha chiaramente stabilito che, per essere efficace, il principio della parità di trattamento comporta che il risarcimento del danno riconosciuto in caso di violazione debba essere adeguato al danno subito. È dunque opportuno vietare la fissazione di un massimale a priori per tale risarcimento, fatti salvi i casi in cui il datore di lavoro può dimostrare che l'unico danno subito dall'aspirante a seguito di una discriminazione ai sensi della presente direttiva è costituito dal rifiuto di prendere in considerazione la sua domanda».

Questo profilo appare di particolare interesse e si pone a conferma di quanto osservato nei precedenti capitoli in merito all'inopportunità di prevedere un limite massimo di risarcimento del danno, poiché altrimenti se ne può pregiudicare l'efficacia deterrente e sanzionatoria³⁸⁹.

³⁸⁸ Corte Giust. 2.8.1993, C – 271/91, Marshall c. Southampton South West, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, II, 3.

³⁸⁹ In generale, la giurisprudenza europea è pacifica nel ritenere che «L'art. 15 della direttiva 2000/43 assegna agli Stati membri il compito di determinare le sanzioni da irrogare in caso di violazione delle norme nazionali di attuazione di tale direttiva. Il detto articolo precisa che tali sanzioni devono essere effettive, proporzionate e dissuasive e stabilisce che esse possono prevedere un risarcimento dei danni in favore della vittima. L'art. 15 della direttiva 2000/43 impone quindi agli Stati membri l'obbligo di prendere nel loro ordinamento giuridico provvedimenti adeguati, idonei a raggiungere lo scopo della detta direttiva, e di garantire che tali provvedimenti possano effettivamente essere invocati dinanzi ai giudici nazionali in modo che la tutela giurisdizionale sia effettiva ed efficace. La direttiva 2000/43 non impone però sanzioni specifiche, ma lascia agli Stati membri la facoltà di scegliere fra le varie soluzioni atte a conseguire lo scopo da essa prefissato». Corte di Giust. UE, 10 luglio 2008, Firma Feryn NV, causa C-54/07, cit.; Corte Giust. UE, 11 ottobre 2007, Paquay, causa C-460/06, cit.; Corte Giust. UE, 22 aprile 1997, Draehmpaehl, causa C-180/95, cit.; Corte Giust. UE, 2 agosto 1993, Marshall, causa C-271/91, cit.; Corte Giust. UE, 10 aprile 1984, von Colson, causa C-14/83, cit.

Come già ripetutamente detto, la previsione del massimale induce il potenziale autore della violazione a svolgere una valutazione simile a quella che si compie nel caso dell'*efficient breach of contract*, in base alla quale, quando i benefici dell'infrazione della regola superano i costi conseguenti, il danneggiante è incoraggiato a tenere la condotta vietata.

3.1. La polifunzionalità del risarcimento nella normativa italiana di recepimento delle direttive europee

A questo punto dell'analisi è necessario vagliare l'impatto avuto dalle citate direttive sul piano interno, con specifico riferimento alle disposizioni che considerano il risarcimento del danno alla stregua di una sanzione e di un deterrente per verificare se il legislatore italiano, nella disciplina antidiscriminatoria, ha sposato una concezione polifunzionale del risarcimento del danno.

Nell'ambito dei numerosi interventi normativi in materia, è possibile riscontrare diverse conferme al riguardo.

Ad esempio, l'art. 37, Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, (d.lgs. 11 aprile 2006 n. 198, successivamente modificato dal d.lgs. 21 gennaio 2010, n. 5, in attuazione della dir. 54/2006/CE e dal d.lgs. 15 settembre 2015, n. 151) dispone che, la Consigliera o il Consigliere di parità che rilevino l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori diretti o indiretti, di carattere collettivo sul lavoro, anche quando non siano individuabili in modo immediato e diretto le lavoratrici o i lavoratori lesi dalle discriminazioni, possono agire in giudizio al fine di ottenere, da un lato, la cessazione del comportamento integrante la discriminazione e la rimozione dei suoi effetti e, dall'altro il risarcimento del danno, anche non patrimoniale.

La previsione ha portata innovativa, poiché nell'allinearsi all'obiettivo europeo della parità di trattamento tra uomo e donna,

introduce un elemento di novità nel quadro della tutela giurisdizionale dei diritti, quello dell'azione collettiva cui è legittimata attivamente un organismo pubblico, con un riflesso significativo sulla natura dello strumento risarcitorio.

Infatti, la norma riconosce al Consigliere o alla Consigliera di parità e, cioè, a un soggetto che agisce nell'interesse dell'intera collettività, il diritto al risarcimento del danno che, a tutta evidenza, non è collegato alla dimensione riparatoria del pregiudizio, ma piuttosto a quella sanzionatoria e deterrente, posta l'assoluta indeterminatezza, nei risvolti risarcitori, di una discriminazione collettiva, rispetto alla quale non si compie, di fatto, una sommatoria dei danni subiti dai singoli³⁹⁰. Sicché, mentre l'ordine di cessazione del comportamento denunciato e il piano di rimozione dei suoi effetti negativi, svolgono una funzione marcatamente riparatoria e ripristinatoria, la prestazione risarcitoria funge da sanzione e da deterrente. Ciò trova conferma ulteriore nel riconoscimento della risarcibilità del danno non patrimoniale, già di per sé intangibile, ancor di più in questa sede e, pertanto, difficilmente riparabile attraverso una prestazione pecuniaria³⁹¹.

Una simile previsione si rinviene anche nei d.lgs. 9 luglio 2003 n. 215 (sulle discriminazioni per motivi di razza e origine etnica) e 216 (su quelle fondate su convinzioni personali, *handicap*, età e

³⁹⁰ L. AMORIELLO, *Alla ricerca della dissuasività. Il difficile percorso di affermazione dei principi UE in tema di danno non patrimoniale da discriminazione*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 264/2015, 6.

³⁹¹ F. AMATO, *Azione individuale ed azione collettiva*, in M. BARBERA (a cura di), *La riforma delle istituzioni e degli strumenti delle politiche di pari opportunità*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2003, p. 760; S. BORELLI, *Il diritto antidiscriminatorio nella vicenda Fiat/Fabbrica Italia Pomigliano (Fip) – Fiom*, in *Rivista critica di diritto del lavoro privato e pubblico*, 2012, 369 ss.

orientamento sessuale)³⁹², attuativi rispettivamente delle dir. 43/2000/CE e 78/2000/CE.

Quando tali discriminazioni hanno carattere collettivo, possono agire in giudizio anche le associazioni e gli enti impegnati nel campo della lotta alle discriminazioni legate alla razza e all'origine etnica, inserite in appositi elenchi (art. 5, d.lgs. 215 cit.), nonché – nell'ambito delle discriminazioni fondate sulle convinzioni personali, l'*handicap*, l'età e l'orientamento sessuale – le organizzazioni sindacali, associazioni o organizzazioni rappresentative dell'interesse leso (art. 5, d.lgs. 216 cit.).

In questo caso, oltre all'ordine di cessazione del comportamento vietato e alla rimozione dei suoi effetti negativi, le richiamate norme riconoscono un diritto al risarcimento del danno in capo ai soggetti collettivi³⁹³, conferendo così un'evidente coloritura

³⁹² Oltre ai citati decreti, l'ordinamento italiano ha conosciuto, nel tempo una densa stratificazione normativa. Al riguardo, infatti, occorre ricordare la l. 9 dicembre 1977, n. 903, la l. 10 aprile 1991, n. 125, che è stata poi trasfusa nel d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198 (Codice delle pari opportunità tra uomo e donna), il d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (T.U. sull'immigrazione), che reca una disciplina sul contrasto alle discriminazioni fondate su motivi di razza e di origine etnica.

³⁹³ Da ultimo, v. Corte di Giustizia UE, 23 aprile 2020, C-507/2018, caso Lenford, in *Dir. rel. ind.*, 2020, 3, 893 ss., che accoglie una concezione estensiva di legittimazione ad agire, volta a garantire l'effettività della tutela giurisdizionale del divieto di discriminazione, non rilevando la circostanza secondo cui l'associazione che agisce in giudizio ha fini di lucro, ma dovendosi invece considerare lo scopo statutario della stessa. V. inoltre Cass. 2 gennaio 2020, n. 1, in *Foro It.*, 2020, 4, I, 1343, secondo cui «nella materia della tutela contro le discriminazioni collettive, la legittimazione ad agire in capo ad un soggetto collettivo non rappresenta un'eccezione ma una regola funzionale all'esigenza di apprestare tutela, attraverso un rimedio di natura inibitoria, ad una serie indeterminata di soggetti per contrastare il rischio di una lesione avente natura diffusiva e che perciò deve essere, per quanto possibile, prevenuta o circoscritta nella propria portata offensiva». Esemplificativa di tale portata generale è l'azione prevista dal d.lgs. n. 215 del 2003, art. 5 per la repressione di comportamenti discriminatori per ragioni di razza o di origine etnica (ma che richiede l'iscrizione delle organizzazioni interessate in appositi registri); quella di cui al d.lgs. n. 9 luglio 2003, n. 216, art. 4 recante l'attuazione della dir. 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro; l'azione di cui all'art. 4 per la repressione di comportamenti discriminatori

preventiva e punitiva allo strumento in esame: è chiaro, infatti, che più che pervenire alla riparazione del pregiudizio arrecato agli interessi cui sono portatori i soggetti del gruppo, la finalità è quella di reprimere il comportamento discriminatorio e di scongiurare una futura verifica³⁹⁴.

A sostegno di quest'ultima tesi, la Corte di Giustizia UE nel recente caso *Lenford* ha evidenziato come «le sanzioni a norma dell'art. 17, dir. 78/2000/CE, devono essere effettive, proporzionate e dissuasive anche quando non vi sia alcuna persona lesa identificabile»³⁹⁵.

In quest'ottica, la funzione sanzionatoria e dissuasiva³⁹⁶ ha una duplice prospettiva: la prima, special-preventiva, rivolta all'autore della violazione e la seconda, general-preventiva, alla collettività. Tale ultimo profilo, oltretutto, è confermato dalla specifica

in danno di persone con disabilità, di cui alla L. 1° marzo 2006, n. 6, recante misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni; l'azione per contrastare le discriminazioni per ragioni di sesso nell'accesso a beni e servizi e loro fornitura, di cui al d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198, art. 55-*quinquies*, recante il codice delle pari opportunità tra uomo e donna, a norma della L. 28 novembre 2005, n. 246, art. 6;

³⁹⁴ L. AMORIELLO, *Alla ricerca della dissuasività. Il difficile percorso di affermazione dei principi UE in tema di danno non patrimoniale da discriminazione*, cit., 6.

³⁹⁵ Corte di Giustizia UE, 23 aprile 2020, c-507/2018, sentenza *Lenford*, cit.

³⁹⁶ Sulla qualificazione del pregiudizio agli scopi istituzionali dell'ente nei termini di un danno da discriminazione v. in giurisprudenza, Cass, pen., 16 aprile 2009, n. 16031, in *Notiz. Giur. Del lav.*, 2009, 305, secondo la quale è ammissibile la costituzione di parte civile nel processo penale ex art. 74 c.p.p. della Consigliera regionale di parità come soggetto danneggiato dal reato di maltrattamenti posti in essere dal datore di lavoro in danno di un gruppo di lavoratrici. In dottrina, v. L. AMORIELLO, *Alla ricerca della dissuasività. Il difficile percorso di affermazione dei principi UE in tema di danno non patrimoniale da discriminazione*, cit., 7.

previsione, peraltro poco applicata, della pubblicazione della sentenza di condanna³⁹⁷.

Le citate fonti hanno portato nuovo ossigeno alla battaglia contro le discriminazioni all'interno del nostro ordinamento³⁹⁸ e consentono di offrire un utile argomento a favore della polifunzionalità dell'istituto risarcitorio anche nell'ambito delle discriminazioni individuali e non solo, come si è visto, di quelle collettive.

Al riguardo, le direttive 43/2000/CE e 78/2000/CE, attuate con i d.lgs. 215 e 216 cit., hanno infatti condotto, da un lato, all'introduzione, nell'ordinamento italiano, di nuovi fattori protetti, non contemplati dall'art. 15 St. lav. e dall'art. 13, l. 9 dicembre 1977, n. 903³⁹⁹ e, dall'altro, a una valorizzazione della poliedricità del

³⁹⁷ Su cui Trib. Prato, 10 settembre 2010, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2010, 1063, con nota di L. AMORIELLO, *La discriminazione di genere nella fase di accesso al lavoro alle dipendenze della pa.*

³⁹⁸ P. BELLOCCHI, *Pluralismo religioso, discriminazioni ideologiche e diritto del lavoro*, in *Arg. Dir. lav.*, 2003, 1, 173; M. BARBERA, *La tutela antidiscriminatoria al tempo dello Statuto e ai tempi nostri*, in *Dir. lav. merc.*, 2010, 3, 723 ss. Nello specifico, in merito alla discriminazione basata sull'orientamento sessuale si v. M. BONINI BARALDI, *La discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale nell'impiego e nell'occupazione: esempi concreti ed aspetti problematici alla luce delle nuove norme comunitarie*, in *Dir. relaz. ind.*, 2004, 775 ss.; S. FABENI, M.G. TONIOLLO (a cura di), *La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale: l'attuazione della direttiva 2000/78/CE e la nuova disciplina per la protezione dei diritti delle persone omosessuali sul posto di lavoro*, Ediesse, Roma, 2005. Per una panoramica sul diritto antidiscriminatorio in Italia, v. D. IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Jovene, Napoli, 2005; M. BARBERA, A. GUARISO (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti strumenti interpreti*, Giappichelli, Torino, 2020; M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Milano, 2007; L. CALAFÀ, D. GOTTARDI (a cura di), *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, Ediesse, Roma, 2009, cit.; A. LASSANDARI, *Le discriminazioni nel lavoro. Nozione, interessi, tutele*, Cedam, Padova, 2010; E. TARQUINI, *Le discriminazioni sul lavoro e la tutela giudiziale*, Giuffrè, Milano, 2015.

³⁹⁹ Queste due ultime fonti, infatti, sono figlie di un contesto storico e sociale molto diverso da quello attuale e contemplanò unicamente la religione, l'adesione al sindacato, l'ideologia politica (art. 15 cit.) e il sesso (l. 903 cit.). Al riguardo, v. M. BARBERA, *La tutela antidiscriminatoria al tempo dello Statuto e ai tempi nostri*, cit. e ID., *Discriminazione e pari opportunità*, cit., 379 ss.

risarcimento del danno, utilizzato come arma con cui contrastare il fenomeno delle discriminazioni nel loro complesso.

Gli artt. 4, commi 4 e 5, d.lgs. 215 e 216 cit., nel loro testo originario, prevedevano che «con il provvedimento che accoglie il ricorso il giudice, oltre a provvedere, se richiesto, al risarcimento del danno anche non patrimoniale, ordina la cessazione del comportamento, della condotta o dell'atto discriminatorio, ove ancora sussistente, nonché la rimozione degli effetti. Al fine di impedirne la ripetizione, il giudice può ordinare, entro il termine fissato nel provvedimento, un piano di rimozione delle discriminazioni accertate. Il giudice tiene conto, ai fini della liquidazione del danno di cui al comma 4, che l'atto o il comportamento discriminatorio costituiscono ritorsione ad una precedente azione giudiziale ovvero ingiusta reazione ad una precedente attività del soggetto leso volta ad ottenere il rispetto del principio della parità di trattamento».

Successivamente essi sono sostanzialmente confluiti nell'art. 28, d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150, che reca una disciplina comune per tutti i procedimenti relativi alle diverse ipotesi di discriminazione.

Il ventaglio di strumenti qui contemplati si compone innanzitutto dell'ordine giudiziale di cessazione del comportamento nocivo e di rimozione degli effetti pregiudizievoli, che consente, per quanto possibile, di ripristinare la situazione *quo ante*, svolgendo quindi una funzione marcatamente riparatoria. A ciò si aggiunge l'adozione di uno specifico piano a ciò preposto, che ha natura di deterrente, come si evince dall'inciso «al fine di impedire la ripetizione della discriminazione»⁴⁰⁰.

In questo specifico contesto, il risarcimento del danno non svolge il tradizionale compito riparatorio-compensativo, già assolto dal

⁴⁰⁰ DONZELLI, R., *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Jovene, Napoli, 660 ss.

rimedio dell'ordine di cessazione del comportamento e di rimozione degli effetti, ma rispondere piuttosto a una funzione deterrente e sanzionatoria. Tale circostanza trova conferma in diversi argomenti: in primo luogo, nel riferimento alla condotta del danneggiante: ai fini della liquidazione del risarcimento, infatti, il giudice tiene conto in via equitativa della natura ritorsiva della condotta, che esprime un forte disvalore sociale. Come evidenziato in precedenza (cap. 1, par. 6.2.), la rilevanza dell'elemento dell'intenzionalità costituisce un argomento a sostegno della polifunzionalità del risarcimento del danno. Infatti, la funzione sanzionatoria e quella deterrente possono essere efficacemente perseguite soltanto nel caso in cui l'autore della condotta abbia voluto infrangere la norma e l'abbia violata nella piena consapevolezza delle conseguenze da ciò derivanti⁴⁰¹.

In secondo luogo – argomentazione direttamente connessa alla prima – l'attenzione è riposta sul danneggiante e non sul danneggiato, contrariamente a quanto accade nell'ambito civilistico, con un importante riflesso sul regime probatorio, che diversamente dal sistema ordinario, si sgancia dal danno⁴⁰² per consentire un più facile riconoscimento del risarcimento, a tutela della vittima⁴⁰³. Non è, quindi, necessario provare il pregiudizio patito, ma è sufficiente dimostrare l'esistenza di circostanze, elementi di fatto, anche di

⁴⁰¹ In giurisprudenza, v. Cass. civ. sez. un. 5 luglio 2017, n. 16601, cit.

⁴⁰² Si pensi, ad esempio, alla difficoltà di esperire con successo la prova per testimoni, qualora i testimoni si trovano, al pari del ricorrente, in una posizione di dipendenza o soggezione rispetto al danneggiante-datore di lavoro.

⁴⁰³ Tale lettura sposa la qualificazione delle norme in materia di regime probatorio nei termini di disposizioni di diritto sostanziale e non processuale, poiché esse ripartiscono l'onere in funzione dei diritti sostanziali fatti valere in giudizio. Al riguardo, v. S. PATTI, *Le prove. Parte generale*, in G. IUDICA, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2010, 92 ss.; L. DE ANGELIS, *Il contratto a tutele crescenti. Il giudizio*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”. IT-250/2015, 8 ss.; F. MARINELLI, *Licenziamento discriminatorio: fattispecie, fattori discriminatori e onere della prova. La Cassazione mette ordine*, in *Labor*, 2019, II, 191 ss.

carattere statistico⁴⁰⁴ da cui si possa dedurre *prima facie* la presenza della discriminazione; spetta, poi al danneggiante provare l'inesistenza della stessa⁴⁰⁵.

Il *focus* è, infatti, tutto incentrato sulla condotta dell'autore della discriminazione, anche dal punto di vista probatorio, come emerge dall'art. 28, comma 4, d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150, che nel prevedere un regime probatorio alleggerito nell'ambito del rito

⁴⁰⁴ Gli artt. 4, d.lgs. 215 e 216 cit., identici nella loro formulazione testuale, prevedevano che «il ricorrente, al fine di dimostrare la sussistenza di un comportamento discriminatorio a proprio danno, può dedurre in giudizio, anche sulla base di dati statistici, elementi di fatto, in termini gravi, precisi e concordanti, che il giudice valuta ai sensi dell'articolo 2729, primo comma, del codice civile». Prima della loro abrogazione, il legislatore ha provveduto ad una loro riformulazione parziale con il d.lgs. 8 aprile 2008, n. 59, conv. con modifiche nella l. 6 giugno 2008, n. 101, a seguito delle due procedure di infrazione promosse dalla Commissione europea contro lo Stato italiano per l'errato recepimento delle direttive 43/2000/CE e 78/2000/CE (proc. n. 2005/2358 e n. 2006/2441). Nel contesto dei richiamati procedimenti, è stato infatti evidenziato che l'Italia non si fosse ancora allineata al regime probatorio indicato dalla Corte di Giustizia UE nei casi Danfoss e Enderby (Corte di Giust. UE, 17 ottobre 1989, causa 109/88, Danfoss, in *Racc.*, I-3199 e Corte di Giust. UE, 27 ottobre 1993, causa C-127/92, Enderby, in *Racc.*, I-5535). Al riguardo, v. L. CURCIO, *Le azioni in giudizio e l'onere della prova*, in M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., 529 ss.

⁴⁰⁵ Non sussiste un'inversione dell'onere della prova, ma solo un'attenuazione del regime ordinario. Il convenuto, infatti, è tenuto a provare l'inesistenza della discriminazione dopo che il ricorrente abbia dimostrato l'esistenza di circostanze dalle quali sia possibile desumere la presenza di atti, patti o comportamenti discriminatori. *Ex multis*, v. Cass. civ., 2 gennaio 2020, n. 1, in *Giur. It.*, 2020, 3, 634 ss., con nota di G. CIARCIÀ, *Carattere discriminatorio della condotta antisindacale e onere della prova*, *ivi*, 638 ss.; Cass. civ., 12 ottobre 2018, n. 25543, in *Dir. Giust.*, 2018, 15 ottobre; Cass. civ., 5 giugno 2013, n. 14206, in *Dir. Giust.*, 2013, 6 giugno; Cass. civ., 9 settembre 2015, n. 17832, in *Guida al diritto*, 2015, 41, 62; Cass. civ., 3 febbraio 2016, n. 2113, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2016, 4, 765, con nota di L. AMORIELLO, *La regola di conservazione della percentuale di manodopera femminile nel licenziamento collettivo e le sue criticità*, *ivi*, 770; Trib. Taranto, 28 maggio 2019, in *Lav. Prev. oggi*, 2019, 9-10, 588 ss., con nota di L. TAMBURRO, *La discriminazione di genere ed il regime probatorio agevolato ex art. 40 D.Lgs. n. 198/2006*; Trib. Ivrea, 19 ottobre 2017, in *Labor*, 2018, 2, 213 ss., con nota di C. BOVENGA, *La prova presuntiva nell'accertamento della natura discriminatoria e antisindacale di un trasferimento collettivo di lavoratori iscritti a un sindacato*.

sommario di cognizione ivi disciplinato⁴⁰⁶, ne ha esteso l'ambito applicativo a tutte le ipotesi descritte⁴⁰⁷ e, quindi, anche al di là delle discriminazioni contemplate dai d. lgs. 215, 216 e dal Codice delle Pari opportunità tra uomo e donna⁴⁰⁸. A tale ampliamento ha contribuito anche la giurisprudenza più recente, la quale ha messo in luce la necessità di farvi ricorso in contesti ulteriori, quali quello del procedimento per la repressione della condotta anti-sindacale di cui all'art. 28 St. lav.⁴⁰⁹

⁴⁰⁶ G. TARZIA, *Manuale del processo del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2008, 397 ss.

⁴⁰⁷ Il rito descritto dall'art. 28 cit. trova applicazione non solo per le ipotesi di cui all'art. 4, d.lgs. 215 e 216 cit., ma anche per quella dell'art. 44, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (T.U. sull'immigrazione), dell'art. 3, l. 1° marzo 2006, n. 67 e dell'art. 55-quinquies del d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198 (T.U. pari opportunità), che contemplavano specifiche azioni individuali. Il comma 6 ripropone sostanzialmente il contenuto dell'art. 4, d.lgs. 215 e 216 cit.

⁴⁰⁸ L'art. 40, d.lgs. cit. dispone che «1. Quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico relativi alle assunzioni, ai regimi retributivi, all'assegnazione di mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera ed ai licenziamenti, idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso, spetta al convenuto l'onere della prova sull'insussistenza della discriminazione». La previsione si attiene, quindi, alle linee generali dettate dalla normativa europea in merito alla prova. Al riguardo, l'art. 19 ("onere della prova"), dir. 54/2006/CE sancisce che «1. Gli Stati membri, secondo i loro sistemi giudiziari, adottano i provvedimenti necessari affinché spetti alla parte convenuta provare l'insussistenza della violazione del principio della parità di trattamento ove chi si ritiene leso dalla mancata osservanza nei propri confronti di tale principio abbia prodotto dinanzi ad un organo giurisdizionale, ovvero dinanzi ad un altro organo competente, elementi di fatto in base ai quali si possa presumere che ci sia stata discriminazione diretta o indiretta».

⁴⁰⁹ È ciò che si riscontra nella recente sentenza della Cass. civ. 2 gennaio 2020, n.1 a favore dell'alleggerimento del regime probatorio anche nel contesto procedimento *ex art. 28 St. lav.* avverso la condotta antisindacale del datore di lavoro. In dottrina, v. anche M. PERUZZI, *La prova del licenziamento ingiustificato e discriminatorio*, Giappichelli, Torino, 2017, 137, secondo il quale la ricostruzione della fattispecie della discriminazione e del regime probatorio ad essa collegato deve essere operata in maniera unitaria, senza che si generino differenze sulla base delle diverse azioni cui il ricorrente ha diritto.

A prescindere dal pregiudizio in concreto subito, il comportamento del danneggiante costituisce, già di per sé, una grave compromissione del valore della dignità umana, difficilmente riparabile in natura, ma rispetto alla quale è necessario rispondere attraverso una sanzione, sia per soddisfare l'esigenza di giustizia avvertita dalla vittima, sia per punirne l'autore sia, infine, in un'ottica general-preventiva, per disincentivare la realizzazione di comportamenti simili a quello censurato e, dunque, nell'ottica anglosassone del “*tort does not pay*”⁴¹⁰.

La condotta dell'autore della discriminazione emerge già chiaramente dalle circostanze descritte dalla persona discriminata in sede processuale, sicché sarebbe superfluo far gravare su quest'ultima il carico del regime probatorio ordinario.

Infine, un'ulteriore conferma della multifunzionalità del risarcimento può essere ricavata da un'interpretazione delle citate norme alla luce dalle stesse direttive, nell'ottica della primazia del diritto dell'Unione europea⁴¹¹, nel senso che qualora nell'ambito del diritto antidiscriminatorio non si pervenga a una tutela risarcitoria effettiva, proporzionata e, soprattutto, dissuasiva, ciò potrebbe essere indicativo di un'errata trasposizione delle direttive stesse⁴¹².

⁴¹⁰ Quest'espressione, tratta da un *leading case* inglese, *Rookes vs. Barnard*, 1 All ER 367, 411 (Court of Appeal, 1964,) la funzione cui è diretto l'istituto degli *exemplary damages*, cioè quello di “insegnare una lezione al danneggiante”, nell'ottica di disincentivarlo dal reiterare la condotta lesiva.

⁴¹¹ Sul principio di interpretazione conforme, v. le sentenze Corte Giust. 10 aprile 1984, *Von Colson e Kamann*, C – 14/83, punti 26 e 28; 13 novembre 1990, *Marleasing*, C-106/89, punto 8; 10 marzo 2005, *Nikoloudi*, C-196/02, punto 73, e 28 gennaio 2010, *Uniplex (UK)*, C-406/08, punti 45 e 46.

⁴¹² L. AMORIELLO, *Alla ricerca della dissuasività. Il difficile percorso di affermazione dei principi UE in tema di danno non patrimoniale da discriminazione*, in WP C.S.D.L.E “Massimo D'Antona”, 264/2015, 3. Contra, A. GUARISO, *I provvedimenti del giudice*, in M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 603, secondo il quale la tutela risarcitoria con funzione dissuasiva rappresenta un mezzo e non il fine ultimo della direttiva; sicché gli Stati membri sono liberi di scegliere

4. La valorizzazione della polifunzionalità del risarcimento da parte della giurisprudenza

La giurisprudenza europea e quella nazionale hanno assunto posizioni ermeneutiche diverse in merito alla natura del risarcimento del danno⁴¹³.

Da un lato, la Corte di Giustizia dell'Unione europea, nelle sue sentenze più recenti cerca di valorizzarne la portata deterrente e, talvolta, anche sanzionatoria, pur nella consapevolezza della chiusura da parte di alcuni ordinamenti, ostativi al riconoscimento di funzioni diverse da quella riparatorio-compensativa, e delle significative differenze culturali e giuridiche tra i singoli Stati membri. Dall'altro, i giudici interni hanno per lungo tempo dimostrato un forte attaccamento alla concezione monofunzionale della responsabilità civile. Tuttavia, dall'analisi delle sentenze che ci si propone di svolgere nei paragrafi che seguono è possibile riscontrare una certa evoluzione in capo alla giurisprudenza italiana, che oggi, nel dialogo con i giudici europei, sembra più favorevole e aperta alla poliedricità della responsabilità civile.

Tale inversione di rotta si coglie sia nelle sentenze di merito, che in quelle di legittimità.

Nell'analisi del percorso giurisprudenziale europeo e nazionale, pare opportuno prendere le mosse dalla posizione assunta dalla Corte di Giustizia UE, che ha avuto un impatto significativo sugli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza italiana.

per optare per tale soluzione o per un altro mezzo di tutela, purché dissuasivo, proporzionato ed effettivo.

⁴¹³ Per quanto riguarda il diritto europeo, ci si riferisce ai richiamati art. 15, dir. 43/2000/CE, art. 17, dir. 78/2000/CE, art. 8 *quinquies*, dir. 73/2002/CE, l'art. 25, dir. 54/2006/CE. Quando al diritto antidiscriminatorio italiano, a deporre a favore di una natura polivalente del risarcimento del danno è l'art. 4 d.lgs. 9 luglio 2003, n. 215 e 216 e l'art. 28, d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150.

4.1. L'orientamento della Corte di Giustizia UE

La Corte di Giustizia UE ha da sempre assunto un atteggiamento di favore rispetto all'idea della polifunzionalità del risarcimento del danno, ciò in particolare nell'ambito del diritto antidiscriminatorio.

Secondo la giurisprudenza euro-unitaria, il ricorso allo strumento civilistico in risposta alle discriminazioni rappresenta un mezzo per garantire il pieno rispetto del principio di parità di trattamento, fine ultimo perseguito dalla legislazione europea, con l'obiettivo di pervenire a un elevato livello di occupazione, al miglioramento del tenore e della qualità di vita, alla coesione economica e sociale, alla solidarietà e alla libera circolazione delle persone⁴¹⁴.

Tuttavia, nelle pronunce più risalenti, i giudici europei si sono limitati a evidenziare la necessità che gli Stati membri adottino genericamente provvedimenti effettivi, efficaci e «dotati di un effetto dissuasivo reale», con lo scopo della parità⁴¹⁵, senza perciò fare espresso riferimento al risarcimento del danno.

Così, la sentenza *Von Colson e Kamann* sulle discriminazioni basate sul sesso nell'accesso al lavoro afferma, in applicazione della teoria dell'«interpretazione conforme», che lo Stato membro è tenuto a

⁴¹⁴ V. decimo considerando della dir. 78/2000/CE.

⁴¹⁵ Corte di Giustizia UE, 10 aprile 1984, C-14/83, sentenza von Colson e Kamann, punto 23 della motivazione; Corte di Giustizia UE, 2 agosto 1993, C-271/91, sentenza Marshall, in Racc. I-4407, punto 24 della motivazione; Corte di Giustizia UE, 22 aprile 1997, causa C-180/95, sentenza Draehmpaehl, con nota di M. WÖRZALLA, *Die Haftung des Arbeitgebers wegen geschlechtsspezifischer Diskriminierung bei Einstellung nach der neuen Rechtsprechung des EuGH*, in *Neue juristische Wochenschrift*, 1997, 1809-1812 e di R. ABELE, *Schadensersatz wegen geschlechtsbezogener Diskriminierung eines Stellenbewerbers*, in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 1997 641-643. Più di recente, Corte di Giustizia UE, 11 ottobre 2007, causa C-460/06, sentenza Paquay, con nota di M. BENECKE, *Mutterschutz trotz Kündigung nach Ablauf der Schutzzeit*, in *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2008, 385-394.

interpretare la legge nazionale alla luce della direttiva, ma «la direttiva non implica alcun obbligo assoluto e sufficientemente preciso che possa essere fatto valere, in mancanza di provvedimenti d'attuazione adottati entro il termine, dal singolo onde ottenere un determinato risarcimento in forza della direttiva, qualora una conseguenza del genere non sia contemplata o consentita dal diritto nazionale».

Secondo quest'approccio giurisprudenziale, il giudice deve necessariamente ricorrere all'apparato rimediabile presente nel diritto interno, pur essendo tenuto ad applicare la legge alla luce principi comunitari⁴¹⁶.

Quest'orientamento, che ha avuto particolare seguito tra gli anni Ottanta e i primi anni Duemila, risente della realtà storica che fa da cornice: soltanto con l'adozione delle direttive 43/2000/CE, 78/2000/CE e con il loro recepimento da parte dei singoli Stati membri è possibile rinvenire, nell'impianto sanzionatorio contemplato dalla disciplina antidiscriminatoria, il risarcimento del danno, strumento che consente di rinforzare il contrasto alle

⁴¹⁶ Successivamente, con la sentenza *Francovich* (Corte di Giustizia UE, 19 novembre 1991, C-6/90 e C-9/90, in Racc. 1991, I-05357 e in *Giur. It.*, 1992, 1, 1169 ss., con nota di R. CARANTA, *La responsabilità oggettiva dei pubblici poteri per violazioni del diritto comunitario*, la Corte di Giustizia afferma sia la responsabilità degli Stati membri che non adottino le direttive europee, sia la responsabilità per fatto illecito in capo allo Stato inadempiente nei confronti del cittadino leso dalla mancata attuazione della normativa. Al riguardo, v. E. SCODITTI, "*Francovich*" presa sul serio: la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale, in *Foro It.*, 2004, I, 1, 4 ss.; ID., *Il sistema multi-livello di responsabilità dello Stato per mancata attuazione di direttiva comunitaria*, in *Danno e resp.*, 2003, 7, 721 ss.; U. VILLANI, *Il risarcimento dei danni da inosservanza di obblighi comunitari da parte degli Stati. Relazione svolta al 52° Convegno nazionale di studio dell'Unione Giuristi Cattolici Italiani sul tema "Nuove prospettive nella teoria giuridica del danno", tenutosi a Roma nei giorni 6-8 dicembre 2002*, in *Iustitia*, 2003, 2, 241 ss.; L. DANIELE, *L'attuazione in Italia della sentenza "Francovich" all'esame della Corte Costituzionale*, in *Foro It.*, 1994, fasc. 2, 1, 393 ss.; A. LAZARI, *La responsabilità del legislatore nazionale nel contesto comunitario. L'Ulisse incatenato e la tela di Penelope*, in *Contr. e impr.*, 2009, 2, 576 ss.;

discriminazioni⁴¹⁷, obiettivo di primaria importanza nel quadro della Carta di Nizza⁴¹⁸ e del Trattato di Lisbona⁴¹⁹.

È in questo contesto che l'istituto in esame assume progressivamente rilevanza, grazie all'importante contributo della giurisprudenza europea, che ne valorizza la natura poliedrica e la vocazione a svolgere, soprattutto, un'importante funzione deterrente.

Un'apertura significativa si rinviene a partire dal 2008 con la sentenza *Feryn* sull'applicazione della dir. 43/2000/CE, nella quale la Corte ricostruisce il ricco apparato sanzionatorio cui fare ricorso in presenza di discriminazioni basate sulla razza o l'origine etnica⁴²⁰, che può consistere «nella constatazione della discriminazione da parte del tribunale o dell'autorità amministrativa

⁴¹⁷ Basti ricordare che il capo III della citata Carta, dedicato all'eguaglianza, contiene sette articoli sul divieto di discriminazione, il riconoscimento della parità fra uomini e donne, la garanzia di speciali trattamenti per i bambini, gli anziani e i disabili. Al riguardo, v. G. PISTORIO, *L'influenza della Carta di Nizza nelle sentenze della Corte di giustizia in materia di eguaglianza e dignità della persona*, in www.europeanrights.eu, 5 maggio 2007, 7; G. VETTORI, *La lunga marcia della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in www.personaemercato.it, 3 dicembre 2007.

⁴¹⁸ A. CELOTTO, G. PISTORIO, *L'efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Giur. it.*, 2004, 427 ss.

⁴¹⁹ Il Trattato di Lisbona, ufficialmente noto come Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione Europea e il trattato che istituisce la Comunità europea è stato firmato il 13 dicembre 2007 ed è entrato in vigore il 1° dicembre 2009. Esso ha attribuito valore giuridico vincolante alla Carta di Nizza e ha contribuito ad accelerare significativamente il processo di integrazione tra l'ordinamento europeo e quello degli Stati membri

⁴²⁰ Come osservato da F. Bilotta, in questo caso, ci troviamo di fronte a una nuova tipologia di discriminazione, che può essere definita come “diffusa”. Osserva l'A. che ci troviamo dinanzi ad una concezione ampia di discriminazione, posto che «la discriminazione, pertanto, non è solo l'atto concreto di violazione della parità di trattamento ai danni di uno o più soggetti determinati. La discriminazione è — nell'accezione pervasiva adottata dalla Corte — tutto ciò che non consente la più efficiente allocazione della forza lavoro sul mercato». La fattispecie esaminata dalla Corte ha, infatti, ad oggetto l'esame del carattere discriminatorio del comportamento tenuto da una società belga che aveva dichiarato di non voler assumere operai stranieri, per assecondare le richieste della propria clientela.

competente, cui si aggiunga un adeguato rilievo pubblicitario, i cui costi siano quindi a carico della parte convenuta. Esse possono parimenti consistere nell'ingiunzione rivolta al datore di lavoro, secondo le norme del diritto nazionale, di porre fine alla pratica discriminatoria accertata, cui si aggiunga, se del caso, una sanzione pecuniaria. Esse possono inoltre consistere nella concessione di un risarcimento dei danni in favore dell'organismo che ha avviato la procedura giurisdizionale»⁴²¹.

Con l'espressione "sanzione pecuniaria" si vuole fare riferimento, come peraltro confermato dalle versioni della sentenza in lingua olandese (lingua ufficiale del processo), tedesca e inglese⁴²², a un risarcimento del danno con funzione deterrente e sanzionatoria.

L'ostacolo linguistico non è di poco conto, perché è foriero di fraintendimenti che possono condizionare fortemente l'interpretazione della dottrina, come accaduto in Italia, posto che nella sentenza *Feryn* il termine scelto dai traduttori italiani è quello di "sanzione pecuniaria" nonostante sarebbe stato più appropriato quello di risarcimento.

Nella richiamata pronuncia, inoltre, i giudici europei hanno dato un'interpretazione estensiva del concetto stesso di discriminazione, ritenendo di presumerne l'esistenza dalle dichiarazioni rese nel contesto pubblico (quale quello di una trasmissione televisiva), in considerazione del fatto che l'eco mediatica ha l'effetto di

⁴²¹ Corte di Giustizia UE, 10 luglio 2008, C-54/07, sentenza Firma Feryn NV, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 2008, 4, 765, con nota di D. IZZI, *Discriminazione razziale e accesso al lavoro: il caso Feryn. Il divieto di discriminazioni razziali preso sul serio*; D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e accesso al lavoro: il caso Feryn. Corte di giustizia e discriminazione razziale: ampliata la tutela della discriminazione diretta?*, *ivi*, 776 ss.

⁴²² Al riguardo, il punto 39 della sentenza nella versione inglese utilizza, infatti, il termine "damages" (risarcimento) e statuisce che le sanzioni «may, moreover, take the form of the award of damages to the body bringing the proceedings». Concorde, anche le versioni tedesca della sentenza e olandese, lingua originale del procedimento, utilizzano il termine «Schadenersatz» e «schadevergoeding» (risarcimento del danno).

scoraggiare le persone dotate di quel determinato fattore discriminante a presentare la propria candidatura⁴²³. In altri termini, la discriminazione può prendere forma anche attraverso un semplice “atto linguistico”⁴²⁴.

Un ulteriore passo in avanti nel riconoscimento della polifunzionalità dello strumento in esame è compiuto dalle sentenze in materia di abuso di contratti a termine, che, seppur esulando dai confini del diritto antidiscriminatorio, hanno portata trasversale, poiché portatrici di principi generali e hanno contribuito in modo determinante a vincere la chiusura al riconoscimento della funzione punitiva e deterrente del risarcimento del danno. In questo contesto, infatti, è stato affermato che il risarcimento deve avere «un carattere non soltanto proporzionato, ma altresì sufficientemente effettivo e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle norme adottate» e deve atteggiarsi quale «deterrente per il datore e proporzionato risarcimento del danno sofferto dalla vittima»⁴²⁵.

⁴²³ Al riguardo, F. SAVINO, *Discriminazione razziale e criteri di selezione del personale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, I, 243; D. IZZI, *Il divieto di discriminazioni razziali preso sul serio*, cit., 765.

⁴²⁴ V. al riguardo le conclusioni presentate dall'Avv. Maduro. Sussiste, infatti, l'onere del datore di lavoro di provare l'inesistenza della discriminazione. Al riguardo, M. PERUZZI, *Dichiarazioni omofobe e diritto antidiscriminatorio: conferme e limiti della giurisprudenza UE nella sentenza Taormina*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2, 2020, 368 ss. Così anche in Corte di Giustizia UE, 25 aprile 2013, C-81/12, *Asociația Accept*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, II, 133 con nota di L. CALAFÀ, *Dichiarazioni omofobiche nel calcio: il caso FC Steaua Bucarest e la discriminazione per orientamento sessuale alla Corte di giustizia*; M. BENECKE, M. BÖGLMÜLLER, *Arbeitsrecht: Anschein diskriminierender Einstellungspolitik eines Profifußballclubs*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2013, 474-475; v. inoltre, F. BILLOTTA, *La discriminazione diffusa e poteri sanzionatori del giudice*, cit.

⁴²⁵ Corte di Giustizia UE, 4 luglio 2006, C-212/04, *Adelener*, cit.; Corte di Giustizia UE, 23 aprile 2009, C-378/07, *Angelidaki*, cit.; similmente dispone anche Corte di Giust. UE, causa C-53/04, *Marrosu e Sardino*, cit.; Corte di Giustizia UE, 7.9.2006, *Vassallo*, C-180/04, cit.; Corte di Giustizia UE, ordinanza 12 dicembre 2013, causa C-50/13, *Papalia*, cit.

In questo senso, è evidente come la deterrenza sia una caratteristica attribuibile a una prestazione che non funge unicamente da rimedio compensativo, poiché per poter avere una carica dissuasiva, il suo ammontare deve essere superiore rispetto a quello richiesto per la sola riparazione.

Sulla stessa linea si pone il caso *Camacho*⁴²⁶, che ha ad oggetto l'impugnazione di un licenziamento discriminatorio di cui era destinataria una lavoratrice.

In quest'occasione, la Corte di Giustizia si spinge oltre, perché è chiamata a pronunciarsi sull'ammissibilità dei *punitive damages* nell'ordinamento europeo e sull'esistenza di un vincolo, in capo agli Stati membri, di adottare, quale sanzione, il risarcimento dei danni.

Al riguardo, i giudici affermano che «l'articolo 25 della direttiva 54/2006/CE permette, ma non impone, agli Stati membri di adottare provvedimenti che prevedano il versamento di danni punitivi alla vittima di una discriminazione fondata sul sesso».

La Corte di Giustizia UE apre, quindi, all'utilizzo del risarcimento punitivo, ma è consapevole che in numerosi ordinamenti interni, quale quello spagnolo, direttamente interessato nel caso in esame, l'istituto non trova cittadinanza.

D'altro canto, riconoscere l'esistenza di un diritto a un risarcimento del danno sanzionatorio in forza dell'art. 25, dir. 54/2006/CE equivale ad attribuire effetto diretto orizzontale alla richiamata disposizione, contrariamente ai principi eurounitari⁴²⁷.

⁴²⁶ Corte di Giustizia UE, 17 dicembre 2015, C-407/14, sentenza *Camacho*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2016, 6, 715 ss., con nota di F. MALZANI, *Licenziamento discriminatorio e danno "punitivo ragionevole": verso il superamento di un (apparente) ossimoro*, cit..

⁴²⁷ L. CALAFÀ, *Sul risarcimento "dissuasivo" del danno da discriminazione nel diritto Ue*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, 2, 444 ss.

Sicché, vi è una presa di posizione della giurisprudenza della Corte di Giustizia a favore della polifunzionalità del risarcimento del danno⁴²⁸, che trova un evidente ostacolo nella cultura giuridica dei singoli Stati membri⁴²⁹.

Un'ulteriore tappa è stata di recente compiuta nel caso *Lenford*, (su cui *infra* par. 5.2.), nel quale la Corte di Giustizia⁴³⁰ è stata chiamata a pronunciarsi sulla vicenda italiana, inerente a una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale nell'accesso al lavoro, riguardante un noto avvocato che nel corso di un'intervista radiofonica ha dichiarato di non voler assumere nel proprio studio persone omosessuali. L'associazione per i diritti LGBT "Rete Lenford" ha quindi agito in giudizio in qualità di ente esponenziale degli interessi della collettività dei soggetti lesi ottenendo la condanna del convenuto al risarcimento del danno e la pubblicazione della decisione per estratto su un quotidiano nazionale.

Come si evince dalla sentenza, in questo caso la prestazione risarcitoria soddisfa molteplici funzioni.

In primo luogo, ha un'evidente torsione sanzionatoria, come confermato dalla natura del danno che, in quanto colpisce la sfera della dignità della persona, è irreparabile.

Inoltre, si tratta di un pregiudizio rivolto a un insieme generico di soggetti non identificabili:

⁴²⁸ D. DI LEMMA, *Lo stato dell'arte dei danni punitivi nella prospettiva giuslavoristica*, in *Lavoro, Diritti, Europa*, 2017, 1, 10.

⁴²⁹ Così, la Corte di Giustizia afferma che «affinché il danno subito a causa di una discriminazione fondata sul sesso sia effettivamente riparato o indennizzato in modo dissuasivo e proporzionato», l'art. 18 «impone agli Stati membri che optano per la forma pecuniaria di introdurre nei rispettivi ordinamenti giuridici nazionali, secondo le modalità da questi fissate, disposizioni che prevedano il versamento alla persona lesa di un risarcimento che copra integralmente il danno subito». V. Corte di Giustizia UE, 17 dicembre 2015, C-407/14, sentenza *Camacho*, cit.

⁴³⁰ Corte di Giustizia UE, 23 aprile 2020, C-507/2018, sentenza *Lenford* in *Riv. it. dir. lav.*, 2, 2020, 368 ss., con nota di M. PERUZZI, *Dichiarazioni omofobe e diritto antidiscriminatorio: conferme e limiti della giurisprudenza UE nella sentenza Taormina*, cit.

la compromissione del diritto di accesso al lavoro, che prende forma in seguito alle affermazioni discriminatorie, colpisce tutte le persone che, in quanto omosessuali, vedono preclusa la reale possibilità di candidarsi per quella specifica posizione lavorativa.

A dare voce all'interesse di cui sono portatori tali soggetti è, quindi, l'ente che agisce in giudizio. In questa prospettiva, il risarcimento riconosciuto in suo favore risponde piuttosto all'esigenza di tutela avvertita dalle vittime della discriminazione, da un lato, e a quella di giustizia, per aver visto frustrati gli obiettivi cui il soggetto collettivo è preposto.

Ciò si traduce nel riconoscimento di una sanzione a carico dell'autore delle dichiarazioni. In tale ottica può essere letto anche l'ordine di pubblicazione di stralci del dispositivo su un quotidiano di rilevanza nazionale, che amplifica l'effetto della condanna al risarcimento del danno, accentuandone le tinte della deterrenza e della sanzione, secondo un'impostazione simile a quella anglosassone sintetizzabile nell'espressione *“to teach the wrongdoer a lesson”*⁴³¹.

4.2. L'orientamento della recente giurisprudenza italiana

I giudici nazionali hanno in passato aderito alla concezione monofunzionale del risarcimento del danno, prevalsa nella giurisprudenza sino al 2017, risultando ancorati all'idea secondo cui l'unico compito ascrivibile all'istituto in esame è quello della compensazione, come si evince dal celebre caso *“Fabbrica Italia Pomigliano S.p.A./Fiom CGIL Nazionale”*⁴³².

⁴³¹ V. a titolo esemplificativo, US Supreme Court, *State Farm Mutual Automobile Insurance Company v. Campbell*, 7. 4. 2003 (01-1289), in *www.law.cornell.edu*;

⁴³² Trib. Roma, sez. III, 21 giugno 2012, in *Foro it.*, 2013, 5, I, 1674, con nota di M.G. MILITELLO, *Il laboratorio Fiat. La tutela della FIOM tra diritto sindacale e diritto anti discriminatorio*.

In quest'occasione, il Tribunale di Roma ha affermato che l'art. 28, d.lgs. n. 150 cit. non prevede un automatismo nel riconoscimento del risarcimento del danno, poiché esso soggiace alle ordinarie regole civilistiche, essendo diretto a soddisfare una funzione compensativa e non deterrente o sanzionatoria. Tale disposizione, infatti, demanda ad altri strumenti presenti nel nostro ordinamento il perseguimento di queste ulteriori finalità.

Tuttavia, l'ordinamento eurounitario, favorevole all'utilizzo del risarcimento del danno quale strumento di contrasto alle discriminazioni, da un lato, e la disciplina dettata dai d.lgs. n. 215 e 216 cit. in attuazione della legislazione europea in questa materia, dall'altro, hanno rappresentato per la giurisprudenza italiana un solido riferimento nel percorso che ha condotto all'accoglimento della tesi sulla polifunzionalità dell'istituto, cui si è pervenuti con la richiamata sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 16601 del 2017 sui danni punitivi⁴³³.

Il principio dell'integrale riparazione del danno, che ha rappresentato per lungo tempo un limite al riconoscimento della natura poliforme della responsabilità civile ha subito un forte ridimensionamento, posto che accanto alla «preponderante e primaria funzione compensativo riparatoria» della responsabilità civile, è possibile riscontrare una «natura polifunzionale che si proietta verso più aree»⁴³⁴. Il cammino che ha condotto a tale enunciazione di principio prende avvio oltre un decennio fa e coinvolge un numero significativo di pronunce della giurisprudenza in materia di discriminazioni sul lavoro. Tale rilievo non è di poco conto, poiché costituisce un chiaro indice della portata innovativa del diritto del lavoro e di quello antidiscriminatorio all'interno del nostro ordinamento e del fatto che queste materie hanno fornito l'occasione,

⁴³³ Cass. S.U., 5 luglio 2017, n. 16601, cit.

⁴³⁴ Cass. S.U., 5 luglio 2017, n. 16601, cit.

alla giurisprudenza di merito, di anticipare l'orientamento definitivamente accolto in maniera trasversale dalle citate Sezioni Unite del 2017.

Così, mentre la Corte di Cassazione ha manifestato per lungo tempo una netta chiusura verso i *punitive damages* perché contrari all'ordine pubblico⁴³⁵, già nel 2008 la giurisprudenza di merito si è dimostrata a favore dell'utilizzo del risarcimento quale sanzione avverso le discriminazioni, valorizzandone l'identità cangiante.

Al riguardo, occorre richiamare una sentenza del Tribunale di Varese⁴³⁶ in materia di discriminazioni collettive nella quale il giudice ha statuito che «in presenza di un passaggio di appalto, anche laddove il nuovo appaltatore non sia soggetto all'obbligo contrattuale di assumere i dipendenti già addetti all'appalto, cionondimeno sussiste un comportamento discriminatorio per ragioni di etnia/razza/nazionalità laddove il nuovo appaltatore contatti, ai fini

⁴³⁵ Corte di Cass. 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Giur. It.*, 2007, 12, 2724, con nota di V. TOMARCHIO, *Anche la Cassazione esclude il risarcimento dei danni punitivi*, e in *Danno e resp.*, 2007, 11, 1126, con nota di R. PARDOLESI, *Danni punitivi all'indice*. La Corte di Cassazione in quest'occasione afferma che «ritenuto che nell'ordinamento italiano alla responsabilità civile è estranea l'idea della punizione, fondandosi il risarcimento del danno sull'esistenza di una lesione e sulla prova delle conseguenze negative sofferte dal danneggiato, e rimanendo irrilevanti, ai fini del risarcimento, la condotta del danneggiante, lo stato di bisogno del danneggiato e la capacità patrimoniale dell'obbligato; ritenuto che la clausola penale non ha natura e finalità punitive, assolvendo alla funzione di rafforzare il vincolo contrattuale e di liquidare preventivamente la prestazione risarcitoria, tanto è vero che, se l'ammontare della clausola penale venga a configurare, secondo l'apprezzamento discrezionale del giudice, un abuso od uno sconfinamento dell'autonomia privata oltre determinati limiti di equilibrio contrattuale, può essere equamente ridotto; ritenuto che l'apprezzamento del giudice italiano, in sede di delibazione di una sentenza straniera, sull'eccessività dell'importo liquidato per danni dal giudice estero, con finalità punitive, consiste e si risolve in un giudizio di fatto riservato al giudice della delibazione, ed insindacabile, se congruamente e logicamente motivato, in sede di legittimità; ritenuto che è incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto nordamericano dei cc.dd. danni punitivi ("punitive damages"), istituto, fra l'altro, non riferibile alla risarcibilità dei danni non patrimoniali e morali (...)».

⁴³⁶ Trib. Varese, 2 luglio 2008, in *DL Riv. critica dir. lav.*, 2008, 3, 947

della riassunzione, i soli dipendenti italiani escludendo gli extracomunitari; in tal caso la sanzione che il Giudice può applicare non è quella della costituzione autoritativa del rapporto, ma del mero risarcimento del danno». Il giudice di Varese attribuisce al risarcimento del danno, nel contesto del contrasto alle discriminazioni, la veste di una sanzione, conformemente al dettato dell'art. 15, dir. 43/2000/CE, rubricato "sanzioni".

Sul piano pratico, per poter pervenire al risultato della deterrenza e della punizione, la valutazione in via equitativa del danno tiene conto della specifica condotta tenuta dall'autore, delle modalità del fatto e della sua preordinazione (cap. 1, par. 6.2.). Assumono, quindi, particolare rilevanza «la modalità del fatto, la preordinazione dell'illecito; l'odiosa ostentazione delle finalità razziali (...)»⁴³⁷.

Il richiamo al profilo dell'elemento psicologico dell'autore della condotta, della gravità e delle modalità della lesione e della sua intenzionalità, che pongono il *focus* sul danneggiante sono elementi tipici della valutazione equitativa del risarcimento sanzionatorio e deterrente. Diversamente, per la compensazione, l'attenzione è tutta riposta sul danneggiato e sull'entità del danno da quest'ultimo subito⁴³⁸.

La giurisprudenza di merito ha fatto ricorso al risarcimento in funzione sanzionatoria anche nell'ambito delle discriminazioni

⁴³⁷ Trib. Varese, sez. Luino, 23-27 aprile 2012, n. 31, in *www.personaedanno.it*

⁴³⁸ Sulla centralità della condotta del danneggiante nella valutazione equitativa del danno non patrimoniale alla persona del lavoratore (in materia di *mobbing*), v. Cass. civ. 19 maggio 2010, n. 12318, in *Giust. civ. Mass*, 2010, 5, 786; Cass. civ. 26 gennaio 2010, n. 529, Cass. civ. 10 marzo 2010, n. 5770, in *Dir. Giust. online*, 2010; Trib. Pistoia, 8 settembre 2012, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, 1, 25 ss., con nota di R. DEL PUNTA, *Un caso esemplare di molestie sessuali sul lavoro*.

individuali, come nel caso affrontato dal Tribunale di Rovereto⁴³⁹, relativo a una discriminazione sul luogo di lavoro da parte di un istituto paritario di ispirazione cattolica nei confronti di un'insegnante alla quale, a causa della sua omosessualità, è stato negato il rinnovo contrattuale. In entrambi i gradi del giudizio è stato riconosciuto il diritto della ricorrente a «un'indennità pari a quindici mensilità calcolate sugli importi dell'ultimo contratto di lavoro», con funzione di sanzione pecuniaria.

La concezione polifunzionale del risarcimento ha conosciuto un forte sviluppo anche a seguito del citato arresto delle Sezioni Unite del 2017, che rappresenta uno spartiacque nel percorso compiuto dai giudici interni, perché porta al primo riconoscimento della polifunzionalità della responsabilità civile da parte della Corte di Cassazione e costituisce un importante precedente cui i giudici di merito ora guardano.

Così, nell'ordinanza del Tribunale di Bergamo⁴⁴⁰ inerente a un caso di discriminazioni collettive per ragioni sindacali poste in essere da una nota compagnia aerea e consistenti nel negare l'accesso al lavoro a potenziali lavoratori in ragione delle loro convinzioni personali,

il giudice, nel riconoscere la natura sanzionatoria della responsabilità civile conformemente alla citata sentenza della Corte di Cassazione, ha disposto il risarcimento del danno a favore del ricorrente, il sindacato CGIL, evidenziato come «del resto, secondo le direttive in materia di diritto antidiscriminatorio, anche qualora non vi siano vittime identificabili, le sanzioni da irrogare in caso di violazione delle norme nazionali di attuazione delle direttive debbono

⁴³⁹ Trib. Rovereto, 21 giugno 2016, in *Foro it.*, 2016, 7-8, I, 2564; M. PERUZZI, A. ZILLI, *Sexual orientation and work in organizations with religion or belief – based ethos*, in *Variaz. di dir. Lav.*, 2019, numero straordinario, 1536.

⁴⁴⁰ Trib. Bergamo, 30 maggio 2018, in *Giur. It.*, ottobre 2018, 2191 ss., con nota di M. BIASI, *Il caso Ryanair e l'ingresso del "danno punitivo" nel diritto del lavoro italiano*.

essere effettive, proporzionate e dissuasive, poiché una sanzione meramente simbolica non può essere considerata compatibile con un'attuazione corretta ed efficace delle direttive stesse».

In questo specifico caso, si tratta di una discriminazione potenziale e collettiva, la cui peculiarità è quella di non essere rivolta ad un soggetto identificabile in via immediata⁴⁴¹. Ai fini della rimozione degli effetti della condotta discriminatoria, è stata, inoltre, disposta la pubblicità del provvedimento in diversi quotidiani di rilevanza nazionale, in considerazione dell'eco che i fatti hanno avuto a livello mediatico. Sulla stessa linea si colloca anche la pronuncia della Corte di Appello di Brescia⁴⁴² della richiamata vicenda *Lenford*, (poi giunta al vaglio della Corte di Giustizia UE su rinvio della Corte di Cassazione), riguardante un caso di discriminazioni collettive.

Appare interessante rilevare due aspetti messi in luce dalla Corte di Appello di Brescia.

Il primo riguarda la sussistenza del diritto al risarcimento a prescindere dall'esistenza di un reale pregiudizio, poiché sorge in ragione della sola condotta discriminatoria. Al riguardo, «la discriminazione diretta sussiste ogni qualvolta ad un certo comportamento possa riconoscersi valenza discriminatoria, a prescindere dal riscontro di singoli effetti dannosi già concretamente realizzati. È dunque sulla potenzialità lesiva delle dichiarazioni imprenditoriali, piuttosto che sulle conseguenze lesive da esse derivanti, che poggia la ricorrenza di una discriminazione diretta, di carattere collettivo,

⁴⁴¹ Sul concetto di discriminazione potenziale si è espressa la citata pronuncia della Corte di Giustizia UE, 10 luglio 2008, C-54/07, sentenza Feryn, cit.

⁴⁴² Trib. Bergamo, 6 agosto 2014, in *Foro it.*, 2014, I, 3614 e in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, 1, II, 106; Corte App. Brescia, 11 dicembre 2014, *Ibidem*, 112, con nota di M. RANIERI, *Da Philadelphia a Taormina: dichiarazioni omofobiche e tutela antidiscriminatoria. La pronuncia in appello conferma la sentenza di primo grado del Trib. di Bergamo*. Rispetto ad entrambe, si rinvia anche al commento di F. BILOTTA, *La discriminazione diffusa e i poteri sanzionatori del giudice*, cit.

giudizialmente contestabile. In altri termini, (...) l'«ordine di discriminare» o la volontà di discriminare, manifestata pubblicamente dal datore di lavoro, integra la fattispecie discriminatoria, senza che questa sia condizionata dalla circostanza che l'ordine sia stato eseguito». In questa prospettiva, la condotta tenuta dall'autore della discriminazione è centrale e costituisce specifico oggetto di valutazione da parte del giudice, che ne sottolinea la pervicacia e la rilevante entità della lesione, attesa l'insistente reiterazione delle affermazioni da parte dell'appellante.

Il secondo aspetto è strettamente correlato a quello poc'anzi analizzato, poiché concerne la natura stessa del risarcimento del danno, che è qui qualificato nei termini di una sanzione «dissuasiva, efficace e proporzionata».

Tuttavia, sebbene il riconoscimento della natura polifunzionale della responsabilità civile da parte della giurisprudenza di merito e di legittimità rappresenta un importante passo in avanti nella tutela delle vittime di discriminazioni, il profilo della liquidazione del danno rappresenta ad oggi un nodo irrisolto, poiché costituisce un vero e proprio ostacolo per due ordini di motivi principali.

Innanzitutto, la valutazione in via equitativa che tenga conto della condotta dell'autore del danno e dalla sua gravità porta con sé il rischio di pervenire a risultati disomogenei, dal momento che tale giudizio risente inevitabilmente della sensibilità del singolo giudice e della sua personale percezione del caso concreto. Tale ultimo rilievo si collega al secondo profilo critico, alla luce del quale nella liquidazione del risarcimento del danno non patrimoniale al lavoratore causato dalla discriminazione, si fa ampio ricorso al parametro retributivo, che può peraltro essere foriero di forti disegualanze. Tale criterio conduce, infatti, al riconoscimento di un importo risarcitorio diverso in situazioni uguali, giustificato unicamente dal «valore economico» che quel determinato lavoratore ha nel mercato. Tuttavia, un ancoraggio al parametro retributivo può

essere spiegato in considerazione dell'«ineliminabile ambiguità di ogni criterio di quantificazione, attesa l'ontologica “incommensurabilità economica del danno non patrimoniale, rispetto al quale il risarcimento per equivalente monetario non può essere che una *factio iuris*, non di meno indispensabile a consentire una tutela minima necessaria dei diritti inviolabili della persona»⁴⁴³.

5. Spunti comparatistici. L'importanza del diritto del lavoro e del diritto antidiscriminatorio nel dibattito sulle funzioni del risarcimento del danno in Germania e in Austria

Il sistema tedesco e quello austriaco, storicamente vicini al nostro, sono tradizionalmente attaccati alla concezione monofunzionale della responsabilità civile e solo di recente hanno messo in discussione la primazia di tale impostazione ermeneutica⁴⁴⁴.

In entrambi i casi, tuttavia, il diritto del lavoro e il diritto antidiscriminatorio costituiscono occasione, soprattutto a partire dagli ultimi anni, di apertura alla natura polifunzionale della responsabilità civile.

Anche in Germania e in Austria, come accaduto in Italia, l'influenza esercitata dal diritto europeo, specie nell'ambito del contrasto alle discriminazioni nell'ambito lavorativo, risulta di primaria importanza e ha offerto l'occasione di rivisitazione le posizioni tradizionalmente assunte dalla dottrina.

In Germania, il tema conosce recenti sviluppi soprattutto grazie al § 15 AGG (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, legge sulla parità di

⁴⁴³ Trib. Pisa, 17 aprile 2015, in *Foro it.*, 2015, 10, I, 3336.

⁴⁴⁴ Al riguardo, v. N. JANSEN, L. RADEMACHER, *Punitive Damages in Germany*, in H. KOZIOL, V. WILCOX, *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Tort and Insurance Law, Vol. 25, 2009, 75 ss.; H. LANGE, G. SCHIEMANN, *Schadensersatz. Handbuch des Schuldrechts*, Mohr Siebeck, Zürich, 2020, 9.

trattamento)⁴⁴⁵. La disposizione, rubricata “indennità e risarcimento del danno”⁴⁴⁶ prevede, infatti, che nel caso di violazione, da parte del datore di lavoro, del divieto di discriminazione, questo è tenuto al risarcimento del danno. Tuttavia, il danno non patrimoniale (*immaterieller Schaden* o *nicht Vermögensschaden*) determinato dalla mancata assunzione del lavoratore o della lavoratrice per motivi discriminatori, fa sorgere un diritto a «una giusta indennità in denaro» (*eine angemessene Entschädigung in Geld*), il cui ammontare non può tuttavia essere superiore a tre mensilità retributive, qualora il datore di lavoro provi che il lavoratore non sarebbe in ogni caso stato assunto.

Nel diritto austriaco è possibile del pari riscontrare una disposizione simile a quella del § 15 AGG tedesco all’interno della legge sulla parità di trattamento (*Gleichbehandlungsgesetz*, abbreviata in

⁴⁴⁵ M. BENECKE, G. KERN, *Sanktionen im Antidiskriminierungsrecht: Möglichkeiten und Grenzen der Umsetzung der Europäischen Richtlinien im deutschen Recht*, cit., 360; M. BENECKE, “*Mobbing*” *im Arbeitsrecht*, cit., 225;

⁴⁴⁶ § 15 Entschädigung und Schadensersatz (1) Bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot ist der Arbeitgeber verpflichtet, den hierdurch entstandenen Schaden zu ersetzen. Dies gilt nicht, wenn der Arbeitgeber die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. (2) Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann der oder die Beschäftigte eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen. Die Entschädigung darf bei einer Nichteinstellung drei Monatsgehälter nicht übersteigen, wenn der oder die Beschäftigte auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre. (3) Der Arbeitgeber ist bei der Anwendung kollektivrechtlicher Vereinbarungen nur dann zur Entschädigung verpflichtet, wenn er vorsätzlich oder grob fahrlässig handelt. (4) Ein Anspruch nach Absatz 1 oder 2 muss innerhalb einer Frist von zwei Monaten schriftlich geltend gemacht werden, es sei denn, die Tarifvertragsparteien haben etwas anderes vereinbart. 2Die Frist beginnt im Falle einer Bewerbung oder eines beruflichen Aufstiegs mit dem Zugang der Ablehnung und in den sonstigen Fällen einer Benachteiligung zu dem Zeitpunkt, in dem der oder die Beschäftigte von der Benachteiligung Kenntnis erlangt. (5) Im Übrigen bleiben Ansprüche gegen den Arbeitgeber, die sich aus anderen Rechtsvorschriften ergeben, unberührt. (6) Ein Verstoß des Arbeitgebers gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 begründet keinen Anspruch auf Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses, Berufsausbildungsverhältnisses oder einen beruflichen Aufstieg, es sei denn, ein solcher ergibt sich aus einem anderen Rechtsgrund.

GIBG), nei § 12 e 26, rubricati “conseguenze giuridiche della violazione del principio di parità di trattamento”, il cui comma 1 di entrambe le disposizioni prevede che se il rapporto di lavoro non è stato instaurato a causa di una violazione del principio della parità di trattamento, il datore di lavoro è tenuto a risarcire il danno patrimoniale e a corrispondere un indennizzo (*Entschädigung*) per gli ulteriori pregiudizi non patrimoniali subiti dal candidato o dalla candidata.

Nello specifico, come si vedrà successivamente, il legislatore ha adottato la tecnica della forfetizzazione del danno e ha disposto che il diritto al risarcimento è di almeno due stipendi mensili se, in assenza discriminazioni, il lavoratore avrebbe ottenuto il posto di lavoro oppure di un importo massimo di 500 euro, se il datore di lavoro prova che il danno arrecato dalla discriminazione consiste unicamente nel fatto che la sua domanda viene rifiutata.

Similmente accade in presenza di una discriminazione che impedisce la progressione di carriera (su cui *infra*, par. 6.2.), in presenza della quale è stata disposta una prestazione risarcitoria forfetizzata.

Prima di addentarsi nelle fattispecie richiamate, occorre delineare, seppur brevemente, qual è il contesto civilistico che accoglie il dibattito sulla polifunzionalità del risarcimento in Germania (*infra*, par. 6) e in Austria (*infra*, par. 7).

6. Il dibattito sulla polifunzionalità del risarcimento del danno nel diritto tedesco

Nell'ordinamento tedesco, la disciplina in materia di risarcimento del danno è dominata dal principio di integrale riparazione (*Totalreparation*) e dalla funzione reintegratorio-compensativa

(*Ausgleichsprinzip*) descritta dal § 249 BGB⁴⁴⁷, alla luce del quale chi è tenuto al risarcimento del danno deve ripristinare la situazione precedente.

Sebbene la dottrina tradizionale⁴⁴⁸ ritenga estranea, al risarcimento del danno, la funzione sanzionatoria e deterrente – come peraltro sostenuto anche dalla giurisprudenza del *Bundesgerichtshof* (Corte di Cassazione), contraria al riconoscimento delle sentenze statunitensi di condanna ai *punitive damages*⁴⁴⁹ – è possibile riscontrare un'importante apertura alla polifunzionalità dell'istituto nell'ambito del danno non patrimoniale (§ 253 BGB), nel quale alcuni studiosi rinvencono una funzione sanzionatoria del risarcimento⁴⁵⁰, in continuità con la dottrina più risalente secondo la quale, trattandosi di un pregiudizio intangibile e di per sé

⁴⁴⁷ Inoltre, la disposizione prevede il diritto del danneggiato di chiedere in luogo della riparazione in natura, una somma di denaro, sia nel caso in cui ci sia un pregiudizio alla persona, ad una cosa. In quest'ultima ipotesi il risarcimento ha ad oggetto una somma di denaro qualora il danno non sia riparabile in natura. «1. Wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. 2. Ist wegen Verletzung einer Person oder wegen Beschädigung einer Sache Schadensersatz zu leisten, so kann der Gläubiger statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen. Bei der Beschädigung einer Sache schließt der nach Satz 1 erforderliche Geldbetrag die Umsatzsteuer nur mit ein, wenn und soweit sie tatsächlich angefallen ist».

⁴⁴⁸ In particolare v., H. LANGE, G. SCHIEMANN, *Schadensersatz. Handbuch des Schuldrechts*, cit., 13. Secondo gli autori citati, il diritto penale resta estraneo all'area civilistica («der Pönalgedanke sollte dem Zivilrecht auch fremd bleiben»).

⁴⁴⁹ Così in particolare a partire dal caso “California-Judgment”, statuito dalla Corte di Cassazione federale tedesca (BGH) nel 1992. BGH, 4 giugno 1992, IX ZR 149/91, in NJW 1992, 3096.

⁴⁵⁰ P. MÜLLER, *Punitive damages und deutsches Schadensersatzrecht*, De Gruyter, Berlin, 2000; E. GOTTWALD, *Schadenszurechnung und Schadensschätzung*, 1979, 160; I. EBERT, *Pönale Elemente im Privatrecht: von der Renaissance der Privatstrafe im deutschen Recht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2004; R. MÖLLER, *Das Präventionsprinzip des Schadensrechts*, Duncker & Humblot, Berlin, 2006; H. LÖWE, *Der Gedanke der Prävention im deutschen Schadensersatzrecht*, Peter Lang, Frankfurt, 2000.

irreparabile, la somma di denaro corrisposta al danneggiato svolge la funzione di una pena privata⁴⁵¹.

In presenza di un pregiudizio alla persona, nonostante l'opinione diffusa tra la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie sia quella di rinvenire comunque una funzione prevalentemente compensativa nella prestazione risarcitoria, posto l'utilizzo di un sistema di calcolo equiparabile a quello tabellare delle "Tabelle di Milano"⁴⁵², tuttavia si riscontra una tendenza al riconoscimento di ingenti somme di denaro nel caso di gravi pregiudizi, provocati da comportamenti con un forte disvalore sociale, che sembrano assolvere anche a una funzione satisfattiva e sanzionatoria⁴⁵³.

Un'ulteriore ipotesi che ha alimentato il dibattito tra gli studiosi, nel quale è possibile cogliere la propensione alla multifunzionalità dello strumento risarcitorio è quello della violazione dei diritti della personalità (*Persönlichkeitsverletzung*) e, in particolare, della *privacy*, in presenza della quale, già a partire dagli anni '50 del secolo scorso, la giurisprudenza ha accolto una visione poliedrica del risarcimento, quale rimedio diretto a soddisfare soprattutto una funzione deterrente. A sostegno di tale approccio ermeneutico occorre evidenziare come, ai fini della liquidazione del predetto danno, si tiene conto della condotta tenuta dal danneggiante, dell'intenzionalità dell'infrazione, dell'eco mediatica della notizia⁴⁵⁴. Così, la fattispecie del danno non patrimoniale e quella della violazione dei diritti della personalità rappresentano, nel diritto

⁴⁵¹ J. ROSENGARTEN, *Der Präventionsgedanke im deutschem Zivilrecht – Höheres Schmerzensgeld, aber keine Anerkennung und Vollstreckung US-amerikanischer punitive damages?* In *NJW*, 1996, 1935 ss.

⁴⁵² S. HACKS, A. RING, P. BÖHM, *Schmerzensgeldbeträge* 2008, 26.

⁴⁵³ A titolo esemplificativo, v. Landesgericht Kiel, 11 luglio 2003, AZ: 6 O 13/03, in *Versicherungsrecht* 2006, 279.

⁴⁵⁴ BGH, 5 dicembre 1995 – VI ZR 332/94, "Caroline von Monaco II", in *NW*, 1996, 984.

tedesco, un terreno fertile per il dibattito sulle funzioni del risarcimento del danno. A queste si aggiunge un'ulteriore ipotesi, quella del danno da discriminazione, che condivide con le stesse la caratteristica dell'intangibilità e dell'irreparabilità in natura.

Tali aspetti giustificano un utilizzo diverso dello strumento risarcitorio, diretto soprattutto a disincentivare comportamenti vietati e dotati di un forte disvalore sociale. Sebbene, quindi, l'impostazione della dottrina tradizionale si sia consolidata intorno all'idea del risarcimento del danno con funzione unicamente compensativa, l'esperienza pratica mette in luce una forte tendenza a un utilizzo multiforme dell'istituto in esame⁴⁵⁵.

6.1. Il risarcimento del danno con funzione deterrente e sanzionatoria nel diritto antidiscriminatorio tedesco

Sebbene il danno da discriminazione meriti una trattazione a sé, occorre nondimeno evidenziare l'esistenza di uno stretto legame con le fattispecie sopra richiamate del risarcimento del danno non patrimoniale e della violazione dei diritti della personalità, più frequentate dagli studiosi. In tutti questi casi, infatti, siamo in presenza di un danno afferente alla sfera più intima della persona. Da ciò l'idea di riconoscere nel risarcimento una funzione diversa, che spazia da quella satisfattiva a quella deterrente e sanzionatoria.

A tal proposito, discostandosi dalle impostazioni tradizionali della dottrina, la giurisprudenza tedesca evidenzia da tempo la necessità, in questo specifico contesto, di enfatizzare la torsione deterrente del risarcimento, come peraltro auspicato dalla Corte di Giustizia europea⁴⁵⁶. Il dialogo con i giudici europei rappresenta

⁴⁵⁵ V. BEHR, *Strafschadensersatz im deutschen Recht – Wiederauferstehung eines verdrängten Phänomens*, in *Zeitschrift für Juristische Studium ZJS*, 2010, 3, 296.

⁴⁵⁶ BAG, 5 febbraio 2004, 8 AZR 112/03, NZA 2004, 540, 544 ss.

un'importante occasione di confronto e un ricco spunto di riflessione per gli studiosi favorevoli alla concezione poliforme del risarcimento del danno.

Nell'ambito del diritto antidiscriminatorio, il legislatore è intervenuto più volte, dimostrando una particolare attenzione al problema delle discriminazioni nell'accesso al lavoro, prima con il § 611 a, II comma BGB e, successivamente con il già citato § 15 AGG, che ha sostituito il primo. Al riguardo, il § 611 a, II comma⁴⁵⁷, (ora abrogato) prevedeva un generico diritto al risarcimento del danno a favore del lavoratore vittima di tale discriminazione, che peraltro si traduceva, nella pratica, nell'esclusivo riconoscimento degli importi relativi alle spese sostenute per la candidatura, in un'ottica strettamente compensativa del danno patrimoniale, ma non del risarcimento del danno non patrimoniale. La soluzione normativa in questione, quindi, ha lasciato, di fatto, scoperte dalla tutela antidiscriminatoria le sofferenze subite alla sfera non patrimoniale della persona, vero fulcro del problema.

L'inadeguatezza della norma citata ha spinto la Corte di Giustizia UE a evidenziarne più volte la contrarietà al diritto europeo⁴⁵⁸,

⁴⁵⁷ Il citato articolo disponeva che se il rapporto di lavoro non è stato instaurato a causa di una violazione del divieto di discriminazione di cui al comma 1 di cui è responsabile il datore di lavoro, quest'ultimo è obbligato a risarcire il danno al dipendente che confidava nell'instaurazione del rapporto di lavoro. (Ist das Arbeitsverhältnis wegen eines von dem Arbeitgeber zu vertretenden Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot des Absatzes 1 nicht begründet worden, so ist er zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den der Arbeitnehmer dadurch erleidet, dass er darauf vertraut, die Begründung des Arbeitsverhältnisses werde nicht wegen eines solchen Verstoßes unterbleiben. Satz 1 gilt beim beruflichen Aufstieg entsprechend, wenn auf den Aufstieg kein Anspruch besteht.

⁴⁵⁸ Corte di Giustizia UE, 10 aprile 1984, C-14/83, von Colson und Kamann, cit.; Corte di Giustizia UE, 22 aprile 1997, C-190/95, Draehmpaehl, con nota di M. WORZALLA, *Die Haftung des Arbeitsgeber wegen geschlechtsspezifischer Diskriminierung bei Einstellung nach der neuen Rechtsprechung des EuGH*, in *Neue juristische Wochenschrift*, 1997, 1809-1812; R. ABELE, *Schadensersatz wegen geschlechtsbezogener Diskriminierung eines Stellenbewerbers*, in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 1997, 641-643; M. FRANZEN, *Der EuGH und das Bürgerliche Recht: dargesellt am Beispiel der EuGH-Urteile "Dietszinger"*

posto che tale disposizione risulta inadatta rispetto agli obiettivi perseguiti dalla legislazione europea antidiscriminatoria⁴⁵⁹, che fa invece leva su un utilizzo del risarcimento che soddisfi i requisiti dell'efficacia, proporzionalità e dissuasività⁴⁶⁰.

und "Draehmpaehl", in *Festschrift für Hartmut Maurer zum 70. Geburtstag*, 2001, C.H. Beck Verlag, München, 889-905

⁴⁵⁹ Corte di Giustizia UE, 10 aprile 1984, C-14/83, von Colson und Kamann, cit., con nota di M. ZULEEG, *Gleicher Zugang von Männer und Frauen zu beruflicher Tätigkeit*, in *Recht der Arbeit*, 1984, 325-332; K. BERTELSMANN, *Diskriminierung von Frauen bei der Einstellung und Beförderung*, in *Der Betrieb*, 1984, 1297-1301; M. DE LUCA, *Discriminazioni fondate sul sesso in materia di lavoro e Sistema sanzionatorio: linee di tendenza e prospettive della giurisprudenza comunitaria*, in *Foro It.*, 1985, 4, 59-61; A. ARNULL, *Sanctioning Discrimination*, in *European Law Review*, 1984, 267-272. Nella sentenza citata, la corte dichiara che «24. Si deve quindi ritenere che la legge nazionale la quale limiti il risarcimento di coloro che siano stati discriminati nell'accesso al lavoro ad un indennizzo puramente simbolico, come ad esempio il rimborso delle spese causate dalla candidatura, non è conforme alle esigenze di efficace trasposizione della direttiva. 25. La natura delle sanzioni contemplate nella Repubblica Federale di Germania in caso di discriminazione nell'accesso al lavoro, ed in particolare la questione se l'art. 611 bis., n. 2, del BGB escluda le possibilità di risarcimento proprie del diritto comune, è stata lungamente discussa dinanzi alla corte. In proposito, il governo della Repubblica Federale di Germania ha sostenuto (...) che detto articolo non esclude necessariamente l'applicazione del diritto comune in fatto di risarcimento. Spetta unicamente al giudice nazionale statuire su questo punto vertente sull'interpretazione del suo diritto nazionale».

⁴⁶⁰ Al riguardo, la Corte di Giustizia ha evidenziato che «L'art. 6 impone agli Stati membri l'obbligo di adottare nel loro ordinamento giuridico interno i provvedimenti necessari per consentire a chiunque si consideri leso da una discriminazione di far valere i propri diritti per via giudiziaria. Da questa disposizione discende che gli Stati membri sono obbligati ad adottare provvedimenti che siano sufficientemente efficaci per conseguire lo scopo della direttiva ed a far sì che tali provvedimenti possano essere effettivamente fatti valere dinanzi ai giudici nazionali dagli interessati. Detti provvedimenti possono, ad esempio, comprendere disposizioni che prescrivano al datore di assumere il candidato discriminato o contemplino un adeguato risarcimento pecuniario, il tutto sanzionato da un sistema di ammende. Va tuttavia rilevato che la direttiva non impone una sanzione determinata, bensì lascia agli Stati membri la libertà di scegliere fra le varie soluzioni atte a conseguire lo scopo. 23. L'attuazione completa della direttiva (...) implica cionondimeno che la sanzione stessa sia tale da garantire la tutela giurisdizionale effettiva ed efficace. Essa deve inoltre avere per il datore un effetto dissuasivo reale. Ne consegue che, qualora lo Stato membro decida di reprimere la trasgressione del divieto di

Il legislatore è quindi intervenuto nuovamente nel 2006⁴⁶¹, nel tentativo di allinearsi all'impostazione accolta dall'ordinamento comunitario in materia di contrasto alle discriminazioni, con la legge sulla parità di trattamento (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, abbreviata in AGG)⁴⁶².

Al riguardo, il § 7 AGG afferma un divieto generale di discriminazioni fondate sui motivi contemplati nel §1 (origine etnica, razza, sesso, religione, ideologia, età, disabilità, identità sessuale) e costituisce il fondamento sostanziale della tutela riservata al lavoratore e alla lavoratrice.

Per quanto riguarda le discriminazioni nell'accesso al lavoro, il § 15 AGG prevede un apparato sanzionatorio articolato, distinguendo tra l'ipotesi di danno patrimoniale e quello non patrimoniale.

Quanto al primo, la citata disposizione si limita a stabilire un generale diritto del lavoratore di ottenere il ristoro dei pregiudizi.

Quanto al secondo, invece, la norma fa riferimento a «una giusta indennità in denaro» (*eine angemessene Entschädigung in Geld*), il cui ammontare non può tuttavia essere superiore a tre mensilità retributive, se il datore di lavoro è in grado di provare che la lavoratrice o il lavoratore non sarebbero comunque stati assunti in assenza di

discriminazione mediante un indennizzo, questo deve essere in ogni caso adeguato al danno subito».

⁴⁶¹ L'intervento del legislatore è stato preceduto da una sentenza del *Bundesarbeitsgericht* (BAG, Suprema Corte del Lavoro) alla luce della quale l'applicazione del § 611a, 2 comma, deve limitarsi al caso del risarcimento del danno da violazione del vincolo fiduciario, mentre per i restanti danni si sarebbe dovuto fare ricorso alla norma generale che prevede la risarcibilità dei danni per la violazione dei diritti della personalità (§823, comma 1, BGB). BAG, 14 marzo 1989, in *NJW*, 1990, 65, 66 ss.

⁴⁶² L'AGG del 2006 è stato emanato in attuazione delle direttive europee 43/2000/CE, 78/2000/CE, 73/2002/CE e 113/2004/CE.

discriminazioni⁴⁶³. Di conseguenza, in caso di difetto di prova, tale limite viene meno. La previsione richiamata ricalca quanto statuito dalle direttive richiamate, secondo cui «tale indennizzo o riparazione non può avere un massimale stabilito a priori, fatti salvi i casi in cui il datore di lavoro può dimostrare che l'unico danno subito dall'aspirante a seguito di una discriminazione ai sensi della presente direttiva è costituito dal rifiuto di prendere in considerazione la sua domanda»⁴⁶⁴.

Occorre osservare, innanzitutto, come la scelta del termine *Entschädigung* (indennità) in luogo di *Schadenersatz* (risarcimento del danno) è giustificata dal fatto che si tratta di una prestazione forfettizzata. Ci troviamo, infatti, di fronte a un risarcimento il cui ammontare varia a seconda dell'incidenza o meno della discriminazione, da un punto di vista causale, sulla mancata assunzione del lavoratore.

La dottrina osserva come sia possibile cogliere, in tale prestazione, i tratti di una vera e propria sanzione⁴⁶⁵. Infatti, nel caso in cui risulti, in corso di causa, che il lavoratore non sarebbe comunque stato assunto, egli ha comunque diritto ad avere un risarcimento, seppur entro il limite massimo di tre mensilità⁴⁶⁶, per il solo fatto della discriminazione e a prescindere dall'irrilevanza di quest'ultima, sotto il profilo causale, ai fini della mancata assunzione.

⁴⁶³ La disposizione introdotta dal § 15, II comma, AGG si pone in un rapporto di specialità rispetto alla disposizione in materia di danni non patrimoniali del § 253 BGB.

⁴⁶⁴ Così secondo l'art. 18, dir. 54/2006/CE

⁴⁶⁵ L. MEURKENS, E. NORDIN, *The power of Punitive Damages. Is Europe missing out?*, cit.; K. ADOMEIT, J. MOHR, *Benachteiligung von Bewerbern (Beschäftigten) nach dem AGG als Anspruchsgrundlage für Entschädigung und Schadenersatz*, in *Neue Zeitung für Arbeitsrecht*, 2007, 179; Contra, G. THÜSING, *AGG § 15 Entschädigung und Schadenersatz*, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 8. Auflage 2018, Rn. 13-15. Tuttavia molti autori ritengono che si tratti di un risarcimento con funzione deterrente e sanzionatoria.

⁴⁶⁶ BAG 19 agosto 2010 – 8 AZR 530/09

Per quanto riguarda il regime probatorio, che è attenuato rispetto a quello ordinario (*Beweislasterleichterung*), vige il principio enunciato dal § 22 AGG, secondo cui la discriminazione può essere provata anche attraverso semplici circostanze, in presenza delle quali il convenuto è chiamato a provare l'insussistenza della discriminazione, o di elementi indiziari, quali, ad esempio, l'annuncio di lavoro discriminatorio. In questo caso, tuttavia, il candidato o la candidata hanno diritto al risarcimento soltanto se possono dimostrare di essere in possesso dei requisiti oggettivi richiesti ai fini dell'assunzione⁴⁶⁷. L'annuncio discriminatorio costituisce, quindi, un solo indice dell'esistenza di una discriminazione, diversamente dal sistema austriaco che nella medesima circostanza fa sorgere automaticamente un diritto al risarcimento del danno, cui si affianca una sanzione amministrativa pecuniaria (*infra*, par. 6.2.1). A titolo esemplificativo, si richiama una vicenda affrontata dalla Suprema Corte federale del Lavoro (*Bundesarbeitsgericht*) relativa a una discriminazione sulla base dell'età⁴⁶⁸. Nel caso di specie, l'attore conveniva in giudizio una società che in un avviso di selezione del personale evidenziava di essere interessata ad assumere «un impiegato junior ... che abbia appena terminato un apprendistato commerciale»⁴⁶⁹ dotato di una serie di competenze specifiche. Il ricorrente lamentava, quindi, di essere stato vittima di un comportamento discriminatorio, dando prova, nel corso del giudizio, del possesso di tutti i requisiti richiesti ai fini della selezione. La società

⁴⁶⁷ BAG 22 luglio 2020 – 8 AZR 1012/08

⁴⁶⁸ BAG 15 dicembre 2016 – 8 AZR 454/15

⁴⁶⁹ L'annuncio in questione, nel suo testo originale prevede quanto segue. «Für unseren Hauptsitz in D suchen wir eine Person, die gerade frisch gebacken aus einer kaufmännischen Ausbildung kommt und Freude daran hat, gelerntes Wissen in einem einzigartigen Unternehmen einzubringen. In dieser Funktion unterstützt du das Finance Team in der Kreditorenbuchhaltung und erhältst dadurch spannende Einblicke in die Buchhaltungsprozesse eines internationalen Unternehmens».

convenuta, dal canto suo, non assolveva all'onere probatorio di dimostrare l'inesistenza della discriminazione e, in particolare, di provare che l'espressione "Junior" non è legata ad un requisito anagrafico, ma ad una specifica posizione aziendale dotata di minori responsabilità rispetto alla figura del "Senior", con la conseguenza di vedersi condannata al pagamento del risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale.

La pronuncia richiamata appare senz'altro interessante, oltre che per i profili risarcitori e dell'onere della prova, anche per la stessa nozione di discriminazione, rinvenibile in un annuncio non rispettoso del linguaggio neutrale, nel quale l'utilizzo del termine "Junior" allude ad un requisito anagrafico di una particolare categoria di persone, in danno di chi ne è esclusa.

Sotto il profilo della legittimazione ad agire, il § 15 AGG apre ad alcune criticità. In particolare, ci si è chiesti se anche chi non è direttamente colpito dalla discriminazione, perché non rientrante nel gruppo delle potenziali vittime della condotta vietata e non presentando, quindi, il fattore di rischio, può essere legittimato ad agire.

In considerazione dell'ampia rilevanza del § 15 AGG nell'esperienza pratica, per contenere il rischio dei ricorsi abusivi ai rimedi esaminati⁴⁷⁰, il § 242 BGB costituisce un importante limite. Esso rappresenta nell'ordinamento tedesco il fondamento normativo del divieto dell'abuso del diritto, in applicazione del quale il convenuto può ottenere il rigetto della domanda di risarcimento, qualora emerga che il ricorrente, in quanto non presenti il fattore di discriminazione e quindi non direttamente interessato, abbia agito con il solo scopo di ottenere la somma di denaro attraverso il risarcimento.

⁴⁷⁰ H. HONSELL, *Der Strafgedanke im Zivilrecht – ein juristischer Atavismus*, in *Festschrift für Harm Peter Westermann zum 70. Geburtstag*, Dr. Otto Schmidt Verlag, Köhln, 2008, 315 ss.

Quanto alla liquidazione del risarcimento, il giudice tiene conto di diversi criteri, quali la gravità della violazione, la modalità della condotta e la sua durata, l'interesse del candidato ad ottenere quel determinato posto di lavoro e la sua eventuale assunzione alle dipendenze di un altro datore di lavoro.⁴⁷¹

Il sistema di tutele delineato all'interno dell'AGG consente di beneficiare di un procedimento più rapido (come emerge dai termini ivi previsti) e di un regime probatorio alleggerito. Resta, in ogni caso, salvo il diritto di agire (anche parallelamente) ricorrendo ai rimedi ordinari previsti dal Codice civile tedesco, e, in particolare, dal § 823 BGB, come si evince dai § 15, comma 5 e del § 21 AGG. A tal proposito, la tutela civilistica resta l'unica strada percorribile nel caso in cui i termini per il procedimento previsto dall'AGG siano decorsi inutilmente.

7. Il dibattito sulla polifunzionalità del risarcimento del danno nel diritto austriaco secondo la prospettiva civilistica

Similmente a quanto visto con riferimento al diritto tedesco, il sistema della responsabilità civile austriaca si fonda sul principio dell'integrale riparazione del danno, nel quale il risarcimento funge da strumento con funzione riparatorio-compensativa.

La dottrina tradizionale si è dimostrata ostile al riconoscimento della funzione sanzionatoria e deterrente, come emerso in occasione dell'ampio dibattito sul riconoscimento delle sentenze straniere di condanna al pagamento dei cosiddetti *punitive damages*.⁴⁷² Tuttavia, un possibile argomento a favore della polifunzionalità del

⁴⁷¹ G. THÜSING, *AGG § 15 Entschädigung und Schadenersatz*, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 8. Auflage 2018, Rn. 12.

⁴⁷² Al riguardo, v. H. KOZIOL, *Ein europäisches Schadenersatzrecht – Wirklichkeit oder Traum*, in *JBl* 2001, 35; M. HOLOUBEK, *Vergaberechtsschutz durch Schadenersatz*, in *ZfV*, 1998, 5, 592 ss.

risarcimento del danno può essere rinvenuto all'interno di una disposizione del Codice civile (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*, abbreviato in ABGB) e, in particolare nel § 1324, alla luce del quale nel caso in cui il pregiudizio sia stato provocato con dolo o colpa grave, il danneggiato ha diritto a una “piena soddisfazione” (*«volle Genugthuung»*). Negli altri casi, invece, ha solo diritto a un adeguato risarcimento.

I principali autori che si sono occupati del tema delle funzioni della responsabilità civile hanno, tuttavia, manifestato la propria contrarietà rispetto a tale interpretazione del § 1324 ABGB, sulla base del rilievo secondo cui nell'ordinamento austriaco la deterrenza e la sanzione sono prerogative del diritto penale e non di quello civile, come peraltro sostenuto da numerosi studiosi tedeschi e italiani, che valorizzano il percorso storico di netta separazione tra il diritto privato e il diritto civile, materie cui la tradizione giuridica dei paesi europei continentali ha conferito funzioni diverse (al riguardo, *supra*, cap. 1, par. 3).

Nell'ambito dell'ordinamento austriaco, il problema relativo alla possibilità di ascrivere al risarcimento le funzioni deterrente e sanzionatoria ha interessato principalmente la fattispecie della violazione dei diritti della personalità, rispetto alla quale lo strumento risarcitorio con sola valenza riparatorio-compensativa appare del tutto inadeguato⁴⁷³, specie laddove non sussistano ulteriori tutele per la persona danneggiata. In questo scenario, si inserisce il diritto dell'Unione europea che con la normativa antidiscriminatoria e le richiamate sentenze della Corte di Giustizia offre un significativo spunto di riflessione per gli studiosi, anticipando forse un futuro cambio di rotta verso la polifunzionalità. È senz'altro evidente che gli studiosi fedeli alla visione monolitica della responsabilità civile

⁴⁷³ F. BYDLINSKI, *System und Prinzipien des Privatrechts*, Springer Verlag, Wien, 1996, 223.

e del risarcimento del danno sono messi a dura prova di fronte alle linee guida dettate dalla giurisprudenza e dal legislatore europeo, alla luce dei quali tale strumento deve essere oltre che “effettivo e proporzionato”, anche “dissuasivo”.

7.1. Il risarcimento del danno con funzione deterrente e sanzionatoria nel diritto antidiscriminatorio austriaco

Nell’ambito del diritto antidiscriminatorio, la Germania e l’Austria hanno svolto un percorso parallelo, di scambio e di contaminazione reciproca, reso senz’altro possibile dalle numerose affinità esistenti tra i due ordinamenti (non da ultima, la lingua).

Con due anni di anticipo rispetto all’esperienza tedesca, nel 2004 l’Austria si è dotata di una legge sulla parità di trattamento (*Gleichbehandlungsgesetz*, abbreviata in GIBG) in esecuzione delle direttive 43/2000/CE, 78/2000/CE e 73/2002/CE, che ha fortemente risentito dell’orientamento assunto dalla Corte di Giustizia UE in merito all’apparato sanzionatorio di cui gli Stati membri si devono avvalere per contrastare le discriminazioni.

Tale rilievo traspare in modo evidente dall’utilizzo, all’interno del GIBG, del risarcimento del danno, cui è riconosciuta una marcata valenza sanzionatoria, come emerge dalle disposizioni che statuiscano un limite minimo di risarcimento (§ 12 e 26 GIBG). La tecnica normativa è, quindi, simile a quella del “danno minimo” pari alle cinque mensilità contemplate dall’art. 18, St. lav. In particolare, dopo aver enunciato il divieto generale di discriminazione nell’ambito del rapporto di lavoro sulla base del sesso, dello stato civile, della presenza di figli (§ 3 GIBG), della razza, della religione, delle convinzioni personali, dell’età e dell’orientamento sessuale (§ 17 GIBG), il legislatore ha previsto un articolato sistema di tutele a favore del lavoratore e della lavoratrice vittime di tali discriminazioni nel quale il risarcimento si affianca alla previsione di diverse

sanzioni amministrative pecuniarie⁴⁷⁴ e rivela la sua natura poliedrica, indice della forte influenza esercitata dall'ordinamento europeo.

Ai fini della presente ricerca risultano di particolare interesse due disposizioni contenute nel GIBG, il § 12 e il § 26, che condividono il medesimo dettato normativo, con l'unica differenza che l'una si riferisce alle discriminazioni contemplate nel § 3 e l'altra a quelle indicate nel § 17.

Nello specifico, lo strumento risarcitorio assolve a una funzione deterrente e sanzionatoria in presenza di due fattispecie, quella delle discriminazioni nell'accesso al lavoro (§ 12 e § 26, comma 1) e quella della crescita professionale (§12 e § 26, comma 5). Così, nel primo caso è previsto che se il rapporto di lavoro non è stato instaurato a causa di una violazione del principio di parità di trattamento, il datore di lavoro è obbligato a corrispondere un risarcimento del danno al lavoratore per il pregiudizio patrimoniale e un'indennità per quello non patrimoniale. Ancora una volta, come osservato con riferimento al § 15 AGG, il legislatore ricorre al termine risarcimento (*Schadenersatz*) con riferimento al danno patrimoniale, rispetto al quale la prestazione risarcitoria ha una preminente funzione riparatorio-compensativa, mentre utilizza il termine indennità (*Entschädigung*) per fare riferimento alla somma di denaro da corrispondere per il danno non patrimoniale.

A differenza della norma tedesca, che contiene il risarcimento entro un tetto massimo, se il datore è in grado di dimostrare che il lavoratore vittima della discriminazione non sarebbe stato assunto in ogni caso, la disposizione del GIBG prevede invece che la prestazione dovuta non può essere comunque inferiore a due

⁴⁷⁴ A titolo esemplificativo, è prevista una sanzione pecuniaria per la violazione dell'obbligo di utilizzare un linguaggio di genere neutrale nelle offerte di lavoro (§ 9 e 23 GIBG).

mensilità se, in assenza di discriminazioni, l'avente diritto avrebbe ottenuto la posizione lavorativa per la quale si è candidato.

Tuttavia, se il datore di lavoro è in grado di provare che il danno subito dal candidato a causa della discriminazione consiste nel solo fatto del rifiuto della sua domanda, la prestazione risarcitoria è pari a un massimo di 500 euro.

La tecnica della forfettizzazione trova, nella disposizione in esame, una duplice declinazione. In primo luogo, presenta una valenza punitiva laddove si esplica nell'individuazione della soglia minima di risarcimento. È, qui, evidente la vocazione deterrente e sanzionatoria della misura adottata, atta a disincentivare, da un lato, la violazione del divieto di discriminazione e, dall'altro, a punirne l'autore. Infatti, laddove si accerti la presenza della discriminazione ostativa all'assunzione del/la ricorrente, che diversamente avrebbe ottenuto il posto di lavoro, la vittima di tale comportamento può, agendo in giudizio, ottenere un risarcimento minimo di due mensilità, a prescindere dalla reale entità del danno subito.

In secondo luogo, nel caso in cui il datore di lavoro provi che il danno subito dal candidato consiste nel solo rifiuto della candidatura (ma non nella mancata assunzione, che comunque non si sarebbe verificata nemmeno in assenza di discriminazione), la disposizione individua nella somma massima di 500 euro il valore della prestazione da corrispondere.

La scelta di stabilire normativamente un tetto massimo di risarcimento non pregiudica la possibilità di ottenere un risarcimento di importo maggiore (nel caso in cui si provi che l'entità del danno superi tale soglia), posta la valenza trasversale del principio di integrale riparazione del danno. Sicché, è possibile ritenere che anche in questo caso la previsione funga piuttosto da deterrente.

Per quanto riguarda il profilo dell'onere della prova, il sistema austriaco, similmente a quello tedesco e italiano, accoglie un regime alleggerito a favore della vittima della discriminazione, che può

avvalersi di semplici indici dai quali è possibile dimostrare la discriminazione e in presenza dei quali grava sul datore di lavoro l'onere di provare l'inesistenza della stessa.

Un profilo di diversità rispetto al sistema tedesco è rinvenibile nel caso dell'annuncio di lavoro che disattenda il requisito della neutralità del linguaggio (da intendersi in senso lato e, quindi, non solo con riferimento al genere, ma a tutti gli ulteriori fattori di rischio). Mentre in Germania esso costituisce soltanto un indice dell'esistenza della discriminazione, in Austria la presenza di tale annuncio costituisce di per sé una discriminazione, in violazione dei § 9 e 23 GIBG. In questo caso, oltre al risarcimento, i § 10 e 24 GIBG prevedono una sanzione amministrativa pecuniaria a carico del responsabile della violazione.

Il sistema di tutele risarcitorie qui descritto vale anche per l'ipotesi di discriminazioni che impediscono la crescita professionale del dipendente.

Nello specifico, i § 12, comma 5 e 26, comma 5 prevedono che se un lavoratore o una lavoratrice non progredisce nella carriera a causa della violazione del principio della parità di trattamento, il datore di lavoro è tenuto a corrispondere un risarcimento per il danno patrimoniale subito e un'indennità per quello non patrimoniale.

L'ammontare della somma dovuta corrisponde alla differenza di salario pari ad almeno tre mesi se il dipendente sarebbe progredito professionalmente in assenza di discriminazioni, oppure a un importo massimo di 500 euro, se il datore di lavoro può provare che il danno arrecato a causa della discriminazione consiste soltanto nel rifiuto della domanda di progressione, che tuttavia non si sarebbe in ogni caso verificata.

La disposizione da ultimo richiamata è indicativa della forte attenzione che il legislatore austriaco rivolge al bene della professionalità del dipendente, molto spesso compromessa da scelte datoriali

discriminatorie, anche multifattoriali, in ragione di fattori quali soprattutto l'età e il sesso⁴⁷⁵.

Tale esigenza di protezione è confluita nell'utilizzo del risarcimento quale strumento diretto a disincentivare comportamenti che compromettono il valore professionale del lavoratore.

8. Osservazioni conclusive

A conclusione dell'analisi svolta nel presente capitolo è possibile evidenziare come il dibattito sulle funzioni del risarcimento abbia un'eco internazionale, interessando sia il diritto dell'Unione europea, sia gli ordinamenti più vicini per tradizione al nostro, quali quello tedesco e austriaco, piuttosto restii ad aprirsi a un utilizzo multifunzionale del risarcimento.

In questo capitolo si è dato anzitutto atto dell'esistenza, nelle direttive in materia antidiscriminatoria, di numerose disposizioni, di interesse giuslavoristico, nelle quali lo strumento risarcitorio assume le vesti di una sanzione, recepite in modo diverso dai tre ordinamenti richiamati.

Dal canto suo, la Corte di Giustizia UE ha inizialmente assunto posizioni timide rispetto alla possibilità di un utilizzo poliedrico dell'istituto in esame, ma ne ha da ultimo enfatizzato la torsione deterrente e sanzionatoria. La presa di posizione, da parte delle istituzioni europee, a favore della natura polifunzionale del risarcimento è di fondamentale importanza, poiché conosce un impatto immediato negli ordinamenti degli Stati membri e deve quindi essere necessariamente presa in considerazione ai fini del presente dibattito.

⁴⁷⁵ R. POPP, M. PAUSCH, U. REINHARDT, *Zukunft. Bildung. Lebensqualität*, Litt Verlag, Wien, 71.

È ciò che traspare dall'analisi condotta sia con riferimento al nostro ordinamento, sia a quello tedesco e austriaco, rispetto alle fattispecie delle discriminazioni sul lavoro, nelle quali il risarcimento ha una valenza marcatamente deterrente e sanzionatoria, correlato a un regime probatorio alleggerito a vantaggio della vittima della discriminazione.

Nel caso italiano, l'inclinazione sanzionatoria si coglie soprattutto nel risarcimento del danno, anche non patrimoniale, riconosciuto, nell'ambito delle azioni avverso le discriminazioni diffuse, ai soggetti pubblici o a quelli collettivi portatori degli interessi lesi, posto che in questo caso non opera una sommatoria dei pregiudizi patiti dai singoli soggetti, non individuabili nel caso di specie.

Nell'ambito del diritto antidiscriminatorio tedesco e austriaco, invece, le funzioni della deterrenza e della sanzione traspaiono dalla previsione di risarcimenti forfettizzati, anche nella forma del "danno minimo".

Il rilievo secondo cui la poliedricità del risarcimento emerge nell'ambito del diritto del lavoro e di quello antidiscriminatorio è indicativo della vicinanza delle due materie alla realtà sociale e alla loro continua evoluzione con essa. Tale costante trasformazione non è peraltro rinvenibile nel diritto civile, più restio al cambiamento, il quale, seppur costituito da principi, istituti e regole che ne fondano una struttura solida e rigorosa, rischia, tuttavia di rappresentare, come detto metaforicamente da Ehrlich⁴⁷⁶, "una forma di sovranità del morto sul vivo", nel momento in cui il sistema normativo non sia capace di rispondere prontamente alle istanze di cambiamento.

Conclusivamente, il percorso compiuto dalla giurisprudenza, da un lato, e dal legislatore, dall'altro, conducono al riconoscimento

⁴⁷⁶ E. EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Duncker & Humblot, Berlin, 1967, 323.

della polifunzionalità del risarcimento del danno nei tre ordinamenti analizzati. Tuttavia, sebbene in quello italiano è possibile rinvenire un utilizzo poliedrico ampio dello strumento risarcitorio, il diritto tedesco e austriaco dimostrano, invece, di essere ancora restii ad abbandonare lo schema della monofunzionalità della responsabilità civile. Risulta, quindi, determinante, l'influenza esercitata dal diritto dell'Unione europea, che ha chiaramente indotto gli Stati membri, negli ultimi anni, al riconoscimento di "più anime" della responsabilità civile.

Conclusioni

Il diritto del lavoro, nell'«utilizzare infrastrutture e snodi del diritto civile»⁴⁷⁷, si svincola dai dogmi della materia, come emerge dall'ampio utilizzo del risarcimento del danno con funzione sanzionatoria e deterrente. Infatti, il principio dell'integrale riparazione del danno, paradigma su cui si fonda il sistema della responsabilità civile, non consente di tutelare adeguatamente diritti e interessi fondamentali della persona del lavoratore quali l'occupazione, la retribuzione, l'integrità psico-fisica, la salute, la professionalità e, infine, la non discriminazione⁴⁷⁸.

È pertanto possibile rinvenire un impiego “atipico” dello strumento civilistico, che svolge nell'attuale contesto un ruolo centrale, in quanto volto a colmare un vuoto di tutele e a rispondere a una funzione solidaristica, intervenendo in difesa di un soggetto che versa in una condizione di ontologica debolezza nel rapporto di lavoro e nel mercato del lavoro.

Le ipotesi nelle quali è possibile cogliere la natura poliforme del risarcimento sono numerose e costituiscono un valido supporto alla tesi qui accolta⁴⁷⁹.

⁴⁷⁷ L. MENGONI, *Diritto civile*, in L. MENGONI, A. PROTO PISANI, A. ORSINI BATTAGLINI (a cura di), *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile, diritto processuale civile e diritto amministrativo*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1990, 10.

⁴⁷⁸ E. BALLETTI, *Danni punitivi, moduli sanzionatori e standard di tutela nel diritto del lavoro*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1, 2019, 15 ss.;

⁴⁷⁹ Tali ipotesi costituiscono, come si è visto, un importante conferma della tesi della polifunzionalità della responsabilità civile anche per la Corte di Cassazione. Al riguardo, v. Cass., S.U., 5 luglio 2017, n.16601, cit., nella quale la Cassazione afferma che «Mette conto citare anche l'art. 28 del d.lgs. n. 150/2011 sulle controversie in materia di discriminazione, che dà facoltà al giudice di condannare il convenuto al risarcimento del danno tenendo conto del fatto che l'atto o il comportamento discriminatorio costituiscono ritorsione ad una precedente azione giudiziale

Nello scenario odierno, la disciplina antidiscriminatoria, sia dell'Unione europea sia interna, costituisce la nuova frontiera della polifunzionalità del risarcimento e offre un'importante prospettiva dalla quale esaminare tanto il problema delle funzioni dell'istituto quanto l'evoluzione della sua identità. Il rapporto di reciproca integrazione tra l'ordinamento eurounitario e quello degli Stati membri nonché il principio di primazia del diritto dell'Unione europea possono condurre ad una apertura anche da parte degli ordinamenti più ostili alla lettura poliedrica dell'istituto, quali quello italiano, tedesco e austriaco.

Il legislatore prima comunitario poi eurounitario ha attribuito al risarcimento del danno una posizione centrale nel contrasto al fenomeno delle discriminazioni proprio per il suo ruolo versatile potendo svolgere sia una funzione riparatorio-compensativa sia sanzionatoria e preventiva. Questo emerge chiaramente nelle direttive 43/2000/CE, 78/2000/CE e 54/2006/CE, in cui il risarcimento del danno è collocato all'interno delle disposizioni sull'apparato sanzionatorio⁴⁸⁰ ed è descritto come misura "effettiva, proporzionata e dissuasiva". D'altro canto, per non compromettere l'efficacia del rimedio, nelle citate direttive è fatto espresso divieto di imporre un massimale di prestazione risarcitoria⁴⁸¹, che, come si è più

ovvero ingiusta reazione ad una precedente attività del soggetto leso volta ad ottenere il rispetto del principio della parità di trattamento.

E ancora, si vedano l'art. 18 comma secondo dello Statuto dei lavoratori, che prevede che in ogni caso la misura del risarcimento non potrà essere inferiore a cinque mensilità della retribuzione globale di fatto; il d.lgs. n. 81 del 2015, art. 28, comma 2, in materia di tutela del lavoratore assunto a tempo determinato e la anteriore norma di cui alla l. n. 183 del 2010, art. 32, commi 5, 6 e 7, che prevede, nei casi di conversione in contratto a tempo indeterminato per illegittimità dell'apposizione del termine, una forfettizzazione del risarcimento».

⁴⁸⁰ art. 15, dir. 43/2000/CE; art. 17, dir. 78/2000/CE; art. 18, dir. 54/2006/CE.

⁴⁸¹ Ad eccezione dell'ipotesi in cui il datore di lavoro è in grado di provare che l'unico danno derivante al lavoratore dalla condotta discriminatoria sia determinato dal rifiuto di prendere in considerazione la sua domanda (art. 18, dir. 54/2006/CE).

volte evidenziato, indurrebbe il datore di lavoro a compiere una valutazione sulla convenienza della violazione della norma, secondo la logica dell'*efficient breach of contract*; è ammessa, viceversa, la possibilità di prevedere un “danno minimo” che, come detto, presenta una forte valenza punitiva e consente di soddisfare efficacemente anche la funzione deterrente.

La scelta del “danno minimo”, verso cui si è indirizzato il legislatore dell’Unione europea, non rappresenta una novità per il nostro ordinamento, specie per il diritto del lavoro che si conferma essere una materia pionieristica. Come si è detto, l’art. 18, comma 2, St. lav. e l’art. 2, comma 2, d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23 costituiscono i principali esempi dell’utilizzo di tale tecnica, cui si aggiunge l’ipotesi del danno all’immagine alla p.a. disciplinata dall’art. 55-*quater*, comma 3-*quater*, d.lgs. 30 marzo 2001, n.165 (seppur dichiarato costituzionalmente illegittimo per eccesso di delega, v. *supra*, par. 3.1. e 3.2.).

Alla soluzione del “danno minimo” si affianca anche quella della forfettizzazione del risarcimento entro una forchetta di limiti minimi e massimi prestabiliti, in cui i “massimi” scontano sempre i potenziali difetti di cui abbiamo detto.

Il legislatore italiano, nella costante ricerca di un giusto contemperamento tra esigenze datoriali e tutele del lavoratore, ha fatto ricorso alla tecnica del massimale nel caso della reiterazione abusiva del contratto a termine nell’impiego privato e in quello pubblico e dell’art. 47-ter, d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81 (v. *supra* cap. 2, par. 4.2.), aprendo, in questo modo, il fianco alla valutazione dell'*efficient breach of contract* da parte dei datori di lavoro, che conformano la loro condotta in base ai costi e ai benefici.

A titolo esemplificativo, si richiama il § 15 della legge sulle pari opportunità tedesca (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, AGG).

La tecnica della forfettizzazione rappresenta, tuttavia, una soluzione solo parziale in quanto rimessa all'intervento del legislatore. Al di là di questa soluzione, nel diritto del lavoro sono presenti ulteriori casi nei quali il risarcimento del danno al lavoratore svolge una funzione diversa rispetto a quella tradizionale riparatorio-compensativa, come emerge dall'analisi della giurisprudenza nei casi di pregiudizio non patrimoniale, di per sé irreparabile, in presenza del quale la prestazione risarcitoria assume i connotati di una misura satisfattiva, solidaristica e sanzionatoria, in risposta ad un'esigenza di giustizia. Così, nelle ipotesi di danno non patrimoniale da morte del lavoratore, da demansionamento, da *mobbing* e da *straining* (v. *supra*, cap. 2, par. 5), la giurisprudenza interna ha fatto un uso elastico e versatile del risarcimento del danno, talvolta addirittura corrisposto in presenza del solo danno evento per sanzionare l'autore della condotta. Inoltre, la necessità di pervenire ad una maggior tutela del lavoratore ha portato ad ampliare le maglie del danno risarcibile, con il riconoscimento della risarcibilità del danno non patrimoniale al lavoratore per comportamenti non direttamente riconducibili al *mobbing* e allo *straining*, in quanto non rientranti in un disegno persecutorio⁴⁸² (v. *supra*, cap. 2, par. 5.3.). È stata, così, superata la tradizionale dicotomia tra le figure richiamate e accolta una soluzione ermeneutica costituzionalmente orientata, diretta alla salvaguardia di beni di rilevanza costituzionale, quali la salute, la dignità umana e i valori legati alla persona⁴⁸³. In questa prospettiva, il risarcimento può trovare un suo più facile riconoscimento in sede processuale attraverso le presunzioni, che enfatizzano la sua natura polifunzionale nel momento della

⁴⁸² Cass. 20 giugno 2018, n. 16256, in Resp. Civ. Prev., 3, 2019, 796, con nota di V. FILÌ, *La nuova frontiera del danno risarcibile da condotta illecita del datore di lavoro*, cit.;

⁴⁸³ F. LAMBERTI, *Il lavoratore ha diritto al risarcimento del danno patito anche se non risulta provato il mobbing*, in Riv. It., dir. lav., 2018, 4, 795 ss.

liquidazione del danno, mettendo al centro dell'attenzione la condotta del danneggiante⁴⁸⁴.

Sulla stessa linea si collocano gli interventi della Corte di Giustizia dell'Unione europea che, nell'ambito delle discriminazioni sul lavoro (*supra*, cap. 3, par. 4) e della reiterazione abusiva dei contratti a termine (*supra*, cap. 2, par. 3.4.), ha evidenziato la necessità di alleggerire l'onere probatorio gravante sul lavoratore, di modo da pervenire al risultato di una sua maggiore tutela.

Da questo mosaico di ipotesi è possibile scorgere un uso innovativo del risarcimento del danno da parte del diritto del lavoro, che anticipa una tendenza in via di affermazione nel contesto civilistico: nell'impossibilità di ricorrere ai rimedi tradizionali, specie in presenza di pregiudizi non riparabili in natura, la tutela del soggetto fragile è rimessa all'utilizzo poliedrico dello strumento risarcitorio.

Sotto questo profilo, l'ordinamento italiano dimostra di fare un uso versatile del risarcimento del danno sin da tempi risalenti, soprattutto grazie all'importante contributo del diritto del lavoro, diversamente da quanto accaduto in Germania e in Austria, ordinamenti che, seppur per tradizione simili al nostro, sono rimasti per lungo tempo ancorati all'idea dell'esclusiva funzione riparatorio-compensativa del risarcimento del danno, aprendosi solo di recente alla polifunzionalità, su spinta del diritto dell'Unione europea.

⁴⁸⁴ Ciò trova un'immediata conferma anche nella scelta compiuta dal legislatore all'interno dell'art. 28, d.lgs. 150/2011, alla luce del quale il giudice, nella liquidazione del danno, tiene conto del comportamento tenuto dall'autore della discriminazione e dalle ragioni ad essa sottese, concentrando il focus della valutazione sul danneggiante, che deve essere punito, e non sul danneggiato.

Bibliografia

- ABELE R., *Schadenersatz wegen geschlechtsbezogener Diskriminierung eines Stellenbewerbers*, in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 1997, 641-643;
- ADOMEIT K., MOHR J., *Benachteiligung von Bewerbern (Beschäftigten) nach dem AGG als Anspruchsgrundlage für Entschädigung und Schadenersatz*, in *Neue Zeitung für Arbeitsrecht*, 2007, 179;
- ALBI P., *Il lavoro mediante piattaforme digitali tra autonomia e subordinazione*, in *Labor*, 2019, 2, 125 ss.;
- ALBI P., *La responsabilità del primario ospedaliero per il demansionamento di fatto subito dall'aiuto anziano*, in *Riv. It. Dir. lav.*, 2010, 3, 628 ss.;
- ALES E., *Contratti a termine e pubbliche amministrazioni: quousque tandem*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, II, 86 ss.;
- ALPA G., *La responsabilità civile. Parte generale*, UTET, Torino, 2018;
- ALPA G., *Le funzioni della responsabilità civile e i danni "punitivi": un dibattito sulle recenti sentenze della Suprema Corte di Cassazione*, in *Contratto e impr.*, 2017, 1084 ss.;
- ALPA G., *Diritto della responsabilità civile*, Laterza, Roma, 2003;
- AMATO F., *Azione individuale ed azione collettiva*, in M. BARBERA (a cura di), *La riforma delle istituzioni e degli strumenti delle politiche di pari opportunità*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2003, 760;
- AMBROSOLI M., *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno*, Giuffrè, Milano, 2012;
- AMORIELLO L., *La regola di conservazione della percentuale di manodopera femminile nel licenziamento collettivo e le sue criticità*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2016, 4, 770;
- AMORIELLO L., *Alla ricerca della dissuasività. Il difficile percorso di affermazione dei principi UE in tema di danno non patrimoniale da discriminazione*, in *WP CSDL E "Massimo D'Antona".IT* – 264/2015, 6;
- AMORIELLO L., *La discriminazione di genere nella fase di accesso al lavoro alle dipendenze della pa*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2010, 1063;
- ANGIELLO L., *Forma e formalismo nel diritto del lavoro*, in *Lav. giur.*, 2012, 645;

- ARCURI A., PARDOLESI R., *Analisi economica del diritto*, voce dell'Encicl. Dir., aggiornamento VI, Giuffré, Milano, 2002, 7;
- ARNULL A., *Sanctioning Discrimination*, in *European Law Review*, 1984, 267 ss.;
- ASSANTI C., PERA G., *Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Cedam, Padova, 1972, 201;
- AUER M., *Neues zu Umfang und Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung*, in *Neue juristische Wochenschrift*, 2007, 1106-1109;
- AVONDOLA A., *Il danno da demansionamento: la giurisprudenza del futuro guarda al passato*, in *Arg. Dir. lav.*, 4-5, 2018, 1356;
- BARBERA M., voce "discriminazioni e pari opportunità", in *Enc. del dir.*, Giuffré, Milano, 2014, 383 ss.;
- BARBERA M., *La tutela antidiscriminatoria al tempo dello Statuto e ai tempi nostri*, in *Dir. lav. merc.*, 2010, 3, 723 ss.;
- BARBERA M. (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffré, Milano, 2007;
- BARBERA M., GUARISO A. (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti strumenti interpreti*, Giappichelli, Torino, 2020;
- BARBIERATO D., *Risarcimento del danno e crisi della funzione deterrente?* In D. BARBIERATO (a cura di), *il risarcimento del danno e le sue «funzioni»*, Jovene, Napoli, 2012, 57;
- BARBUTO M., *Il risarcimento dei danni da contraffazione di brevetto e la restituzione degli utili*, in *Riv. dir. ind.*, 2007, I, 173;
- BARBUTO M., *Il risarcimento dei danni da contraffazione di brevetto e la restituzione degli utili. Le novità dopo il recepimento della direttiva enforcement*, in *Impr. comm. ind.*, 2006, 10, 1425 ss.;
- BARCELLONA M., *Trattato del danno e della responsabilità civile*, Giappichelli, Torino, 2011;
- BARCELLONA M., *Funzione compensativa della responsabilità civile e private enforcement della disciplina antitrust*, in *Contr. e impr.*, 2008, 120 ss.;
- BARTOLI R., *Mobbing e diritto penale*, in *Diritto penale e processo*, 2012, 1, 85 ss.;

- BAVASSO E., *La Cassazione apre al c.d. "danno comunitario"*, in *Law. Giur.*, 2015, 5, 480 ss.;
- BEHR V., *Strafschadenersatz im deutschen Recht – Wiederauferstehung eines verdrängten Phänomens*, in *Zeitschrift für Juristische Studium ZJS*, 2010, 3, 296;
- BELL M., *Anti-Discrimination Law and the European Union*, Oxford University Press Scholarship, 2002
- BELLOCCHI P., *Pluralismo religioso, discriminazioni ideologiche e diritto del lavoro*, in *Arg. Dir. lav.*, 2003, 1, 173;
- BENATTI F., *Dall'astreinte ai danni punitivi: un passo ormai obbligato*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, II, 679 ss.
- BENECKE M., *Mutterschutz trotz Kündigung nach Ablauf der Schutzzeit*, in *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2008, 385-394.
- BENECKE M., *"Mobbing" im Arbeitsrecht*, in *NZA-RR* 2003, 225;
- BENECKE M., BÖGLMÜLLER M., *Arbeitsrecht: Anschein diskriminierender Einstellungspolitik eines Profifußballclubs*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2013, 474-475;
- BENECKE M., KERN G., *Sanktionen im Antidiskriminierungsrecht: Möglichkeiten und Grenzen der Umsetzung der Europäischen Richtlinien im deutschen Recht*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2005, 360.
- BENECKE M., *Die Folgen des Diskriminierungsverbots für befristet beschäftigte Arbeitnehmer für die Beförderung eines Berufsbeamten*, in *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2012, 236-246;
- BENVEGNA E., *Il danno all'immagine della p.a.: le questioni aperte sui suoi confini*, in www.ratioiuris.it;
- BERTELSMANN K., *Diskriminierung von Frauen bei der Einstellung und Beförderung*, in *Der Betrieb*, 1984, 1297-1301;
- BIANCA C.M., *La tutela risarcitoria del diritto alla vita: una parola nuova della Cassazione attesa da tempo*, in *Resp. civ. prev.*, 2, 2014, 493
- BIANCA C.M., *Diritto civile. Il contratto*, Giuffré, Milano, 2000, vol.3, 632
- BIANCA C.M., *La responsabilità*, Giuffré, Milano, 1994, 5 ss.

- BIANCA C.M., PATTI G., PATTI S., *Lessico di diritto civile*, Giuffr , Milano, 2001, 209 ss.
- BIASI M., *Il caso Ryanair e l'ingresso del "danno punitivo" nel diritto del lavoro italiano*, in *Giur. It.*, 2018, 10, 2191 ss.
- BIASI M., *Il Tribunale di Torino e la qualificazione dei riders di foodora*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2018, 4-5, 1227 ss.;
- BIASI M., *Dai pony express ai riders di Foodora. L'attualit  del binomio subordinazione-autonomia (e del relativo metodo di indagine) quale alternativa all'affannosa ricerca di inedite categorie*, in ZILIO GRANDI G., BIASI M. (a cura di) *Commentario breve allo Statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Cedam, Padova, 2017, 67-91;
- BILLOTTA F., *La discriminazione diffusa e poteri sanzionatori del giudice*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 1, 69 ss.;
- BIRMINGHAM R. L., *Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency*, Maurer Faculty Paper, 1970, 1705, <http://www.repository.law.indiana.edu/facpub/1705>;
- BOCCHINI F., QUADRI E., *Diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2008, 624;
- BONA M., *Diritto alla vita e risarcimento iure successionis dei danni biologico e morale: la soluzione della Cassazione, la risposta negativa alla risarcibilit  della perdita della vita e la questione (irrisolta?) dei secondi, dei minuti e delle ore tra la vita e la morte*, in *Giur. It.*, 1998, 1589;
- BONACCORSI F., *I percorsi del danno non patrimoniale da demansionamento tra dottrina e giurisprudenza*, in *Resp. civ. prev.*, 4, 2007, 852 ss.,
- BONAMORE D., *Equivalenza semantica ed equipollenza di indennit , indennizzo, risarcimento, quale corrispettivo nelle espropriazioni per pubblica utilit *, in *Giust. civ.*, 1998, 1, 3245;
- BONINI BARALDI M., *La discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale nell'impiego e nell'occupazione: esempi concreti ed aspetti problematici alla luce delle nuove norme comunitarie*, in *Dir. relaz. ind.*, 2004, 775 ss.;
- BORELLI S., *Il diritto antidiscriminatorio nella vicenda Fiat/Fabbrica Italia Pomigliano (Fip) – Fiom*, in *Rivista critica di diritto del lavoro privato e pubblico*, 2012, 369 ss.;
- BOVENGA C., *La prova presuntiva nell'accertamento della natura discriminatoria e antisindacale di un trasferimento collettivo di lavoratori iscritti a un sindacato*, in *Labor*, 2018, 2, 213 ss.;

- BRECCIA U., *La forma*, Giuffré, Milano, 2006;
- BRICOLA F., *La riscoperta delle pene private nell'ottica del penalista*, in F.D. BUSNELLI, G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, Giuffré, Milano, 1985, 28;
- BRICOLA F., *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in DE ACUTIS, M., PALOMBARINI, G. (a cura di), *Funzioni e limiti del diritto penale. Alternative di tutela*, CEDAM, Padova, 1984, 67 ss.;
- BROLLO M., *Le mansioni: la rivoluzione promessa nel "Jobs Act"*, in *Labor*, 2017, 6, 619 ss.;
- BROLLO M., *La mobilità professionale dei lavoratori dopo il "Jobs Act": spunti del caso Fiat/FCA*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2016, 3, 1, 307 ss.;
- BROLLO M., *La disciplina delle mansioni dopo il "Jobs Act"*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2015, 6, 1156 ss.
- BROLLO M., *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento. Art. 2103 c.c.*, in *Comm. C.c. Schlesinger*, Giuffré, Milano, 1997, 256 ss.;
- BROLLO M., *Mansioni e qualifiche dei lavoratori*, in *Dig. Disc. Priv.*, UTET, Torino, IX, 1993, 271 ss.;
- BUSNELLI F.D., D'ALESSANDRO E., *L'enigmatico ultimo comma dell'art. 96 c.p.c.: responsabilità aggravata o condanna punitiva?*, in *Danno e resp.*, 6, 2012, 585 ss.
- BUSNELLI F.D., *La funzione deterrente e le nuove sfide della responsabilità civile*, in SIRENA P. (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, Giuffré, Milano, 2011, 37 ss.;
- BUSNELLI F.D., *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, 909 ss.;
- BUSNELLI F.D., *Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, 97 e ss.;
- BUSNELLI F.D., *La lesione del credito da parte di terzi*, Giuffré, Milano, 2007;
- BUSNELLI F.D., *L'illecito civile nella stagione europea delle riforme del diritto delle obbligazioni*, in *HAVE Haftung und Versicherung – Responsabilité et assurance*, 2007, 6, 134 ss.;

- BUSNELLI F.D., *Il danno biologico. Dal «diritto vivente» al «diritto vigente»*, Giappichelli, Torino, 2002, 357 ss.;
- BUSNELLI F.D., *La parabola della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 643;
- BUSNELLI F.D., *Verso una riscoperta delle pene private?*, in F.D, BUSNELLI, G., SCALFI, (a cura di), *Le pene private*, Giuffrè, Milano, 1985, 3;
- BUSNELLI F.D., *La lesione del credito da parte di terzi*, Giuffrè, Milano, 1964, 77;
- BYDLINSKI F., *System und Prinzipien des Privatrechts*, Springer Verlag, Wien, 1996, 223;
- CAGGERO P., *Neoformalismo negoziale di “protezione” e struttura della fattispecie contrattuale*, in *contratto e impr.*, 2016, 6, 1463 ss.;
- CALABRESI G., *The complexity of torts – The case of punitive damages*, in *Liber Amicorum* per F.D. BUSNELLI, *Il diritto civile tra principi e regole*, Giuffrè, Milano, 2008, vol. 2, 327 ss.
- CALABRESI G., MELAMED D.A., *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, Faculty Scholarship Series, Paper 1983, 1972, https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3043&context=fss_papers;
- CALABRESI G., *The cost of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, Yale University Press, New Haven and London, 1970, 24-26;
- CALAFÀ L., *Sul risarcimento “dissuasivo” del danno da discriminazione nel diritto Ue*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, 2, 444 ss.;
- CALAFÀ L., *Dichiarazioni omofobiche nel calcio: il caso FC Steaua Bucarest e la discriminazione per orientamento sessuale alla Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, II, 133;
- CALAFÀ L., GOTTARDI D., *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, Ediesse, Roma 2009;
- CALVOSA C., *La condanna al risarcimento dei danni per responsabilità aggravata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1954, 378 e ss.;
- CAMPANELLA P., *“Lottizzazione” e “vulnus” alla personalità del lavoratore e problemi di risarcimento del danno*, in *Giur. It.*, 1995, I, pag. 168;
- CANNATI G., *Bisogni, rimedi e tecniche di tutela del prestatore di lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2012, 129 ss.;

- CARANTA R., *La responsabilità oggettiva dei pubblici poteri per violazioni del diritto comunitario*, in *Giur. It.*, 1992, 1, 1169 ss.;
- CARBONE V., *Valori personali ed economici della vita umana*, in *Danno e resp.*, 2015, 10, 889 ss., 894 ss.;
- CARINCI F., *Diritto privato e diritto del lavoro*, Giuffré, Milano, 2007;
- CARINCI F., CESTER C., *Prefazione*, in CARINCI F., CESTER C. (a cura di), *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015 (contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti)*, Adapt, Bergamo, 2015;
- CARRATO A., *Lite temeraria, nuove frontiere del danno*, in *Dir. giust.*, 2006, 45, 34;
- CASO R., PARDOLESI R., *La nuova disciplina del contratto di subfornitura industriale: scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, in *Riv. Dir. priv.*, 1998, 4, 725;
- CASTRONOVO C., *Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisdizione a proposito di giustizia*, in *Eur. Dir. priv.*, 2017, 765 ss.;
- CASTRONOVO C., *Il risarcimento punitivo che risarcimento non è*, in CERAMI, P., SERIO, M. (a cura di), *Scritti di comparazione e storia giuridica*, Giappichelli, Torino, 2011, 100 ss.;
- CASTRONOVO C., *Il risarcimento punitivo che risarcimento non è*, in CERAMI P., SERIO M., (a cura di), *Scritti di comparazione e storia giuridica*, Giappichelli, Torino, 2011, 100 ss.;
- CASTRONOVO C., *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, c.d. danno esistenziale*, in *Eur. Dir. priv.*, 2008, 2, 331
- CASTRONOVO C., *La nuova responsabilità civile*, Giuffré, Milano, 2006, 636.
- CASTRONOVO C., *La violazione della proprietà intellettuale come lesione del potere di disposizione. Dal danno all'arricchimento*, in *Dir. ind.*, 2003, 7;
- CASTRONOVO C., *“Danno biologico” senza miti*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1988, I, 3 ss.,
- CASTRONOVO C., BARIBIERATO L., ROMANATO N., *Danno, arricchimento ingiustificato, arricchimento ingiustificato nell'art. 125 C.P.I.*, in *Riv. dir. ind.*, 2013, 1, 23 ss.;
- CAVALLARO L., *Servitore di due padroni, ovvero il paradosso del giudice del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, 1, I, 137 ss.;

- CELOTTO A., PISTORIO G., *L'efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Giur. it.*, 2004, 427 ss.;
- CENDON P., *Responsabilità per dolo e prevenzione del danno*, in SIRENA P., (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, Giuffrè, Milano, 2011, 161;
- CENDON P., *Voci lontane sempre presenti sul danno esistenziale*, in *Foro it.*, 2006, 9, 2334 ss.;
- CENDON P., SAPONE N., *Verso una nuova stagione (esistenzialista) del diritto privato*, in *La nuova giur. Civ. comm.*, 2014, 5, 247 ss.;
- CESTER, C., *I licenziamenti tra passato e futuro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2016, 6, 1111;
- CHAPMAN N., *Punishment by the people: rethinking the jury's political role in assigning punitive damages*, in *Duke L. Journal*, 2007, 56, 1119;
- CIARONI L., *Il paradigma della responsabilità civile tra tradizione e prospettive di riforma*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 9, 1892;
- CIARCIA G., *Carattere discriminatorio della condotta antisindacale e onere della prova*, in *Giur. it.*, 2020, 3, 638 ss.;
- CIMINO B., *Restano incerte le prospettive del precariato pubblico dopo l'ordinanza Papalia della Corte di giustizia*, in *Lav. nelle p.a.*, 2014, II, 1033 ss.;
- CINELLI M., *Il danno non patrimoniale alla persona del lavoratore: un excursus su responsabilità e tutele*, in AA.VV., *Il danno alla persona del lavoratore, Atti del Convegno nazionale AIDLASS, Napoli 31 marzo – 1° aprile 2006*, Giuffrè, Milano, 2007, 115 ss.;
- CONSOLO C., *Riconoscimento di sentenze, specie Usa e di giurie popolari, aggiudicanti risarcimenti punitivi o comunque sopracompensativi, se in regola con il nostro principio di legalità (che postula tipicità e financo prevedibilità e non coincide pertanto con il, di norma presente, due process of law)*; in *Corr. giur.*, 2017, 1042 ss.;
- CONSOLO C., *Una buona "novella" al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360-bis e 614-bis) va ben al di là della sua dimensione processuale*, in *Corr. giur.*, 2009, 737 ss.;
- CONSOLETTI A., ZAMPRIOLI C., *Mobbing e discriminazioni sul luogo di lavoro, analisi e strumenti di tutela*, Giappichelli, Torino, 2010;
- CORAPI E., *Il risarcimento del danno antitrust: la Direttiva n. 104/2014 UE e la sua attuazione, modelli a confronto*, Jovene, Napoli, 2017;

- CORRADI E., *Il principio della riparazione integrale dei danni*, in G. VISINTINI (a cura di), *Il risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Giuffrè, Milano, 1999, 41 ss.;
- CORSI G., *Le Sezioni Unite: via libera al riconoscimento di sentenze comminatorie di punitive damages*, in *danno e resp.*, 2017, 4, 429 ss.;
- COSTANTINI C., *Per una genealogia dei punitive damages*, in BARBIERATO, D., (a cura di), *Il risarcimento del danno e le sue «funzioni»*, Jovene, Napoli, 2012, 294;
- CURCIO L., *Le azioni in giudizio e l'onere della prova*, in M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., 529 ss.;
- D'AGOSTINO F., voce *Sanzione* (teoria gen.), in *Enc. dir.*, XLI, Giuffrè, Milano, 1989, 303 ss.;
- D'ALESSANDRO E., *Riconoscimento di sentenze di condanna ai danni punitivi: tanto tuonò che piove*, in *Foro it.*, 2017, 9, 2639 ss.;
- D'ANTONA M., *La reintegrazione sul posto di lavoro*, Cedam, Padova, 1979, 131;
- DANIELE L., *Diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2008, 183 ss.;
- DANIELE, *L'attuazione in Italia della sentenza "Francovich" all' esame della Corte Costituzionale*, in *Foro It.*, 1994, fasc. 2, 1, 393 ss.;
- DE ANGELIS L., *Diritto del lavoro e tutela risarcitoria: un fugace sguardo tra passato e presente*, in *Arg. Dir. Lav.*, 3, 2017, 605 ss.;
- DE ANGELIS L., *Il contratto a tutele crescenti. Il giudizio*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT-250/2015, 8 ss.;
- DE ANGELIS L., *Il contratto di lavoro a termine nelle pubbliche amministrazioni alla luce della giurisprudenza comunitaria: spunti di riflessione*, in *Foro it.*, 2007, IV, 344-348;
- DE CUPIS A., *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1979;
- DE CUPIS A., *Tradizione e rinnovamento nella responsabilità civile*, in *Riv. Dir. civ.*, 1979, 947;
- DE GENNARO F., *Note critiche sui rapporti tra i divieti di abuso di dipendenza economica e abuso di posizione dominante*, Working Papers CERADI, 2001, 160;
- DE LUCA M., *Precariato pubblico: condizionalità eurounitaria per i divieti nazionali di conversione*, in *lav. nelle p.a.*, 2016, 3-4, 489 ss.;

- DE LUCA M., *Precariato pubblico: condizionalità enrounitaria per divieti nazionali di conversione*, su WP CSDLE “Massimo D’Antona”.INT, n.134/2017;
- DE LUCA M., *Il giusto risarcimento per illegittima apposizione del termine a contratti privatizzati di pubblico impiego*, in *Lav. giur.*, 2016, 1053 ss.;
- DE LUCA M., *Discriminazioni fondate sul sesso in materia di lavoro e Sistema sanzionatorio: linee di tendenza e prospettive della giurisprudenza comunitaria*, in *Foro It.*, 1985, 4, 59-61;
- DE LUCA TAMAJO R., *La Sentenza della Corte d’Appello Torino sul caso Foodora. Ai confini tra autonomia e subordinalzione*, in *Lav. Dir. Eur.*, 1, 2019, 2 ss.,
- DE MATTEIS A., *Le ordinanze di rimessione sulla nullità del termine*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2011, 1, 97 ss.;
- DE MENECH C., *Verso la decisione delle Sezioni Unite sulla questione dei danni punitivi. Tra ostacoli apparenti e reali criticità*, in *Resp. civ. prev.*, 3, 2017, 986 ss.;
- DE MICHELE V., *Subordinazione, autonomia, lavoro agile e occasionale tra (post) Jobs Act e diritto europeo*, in D. GAROFALO (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro: autonomo – agile – occasionale*, Adapt University Press, Bergamo, 2018, 45 ss.;
- DE MICHELE V., *Alla ricerca della tutela effettiva dei precari pubblici in Europa e in Italia*, su *Labor*, 2017, 4, 415-434;
- DE MICHELE V., *La sentenza Santoro della Corte di giustizia Ue sui precari siciliani*, in CSDLE, 14 marzo 2018, 32;
- DE MICHELE V., *L’interpretazione “autentica” della sentenza Mascolo-Fiamingo della Corte di giustizia UE sulla tutela “energica” del lavoro flessibile alle dipendenze di datori di lavoro pubblici e privati*, in *europeanrights.eu*, 10 gennaio 2015;
- DE MICHELE V., *La sentenza Mascolo della Corte di giustizia sul precariato pubblico e i controversi effetti sull’ordinamento interno*, in *europeanrights.eu*, 11 novembre 2015;
- DE MICHELE V., *La sentenza “integrata” Carratù-Papalia della Corte di giustizia sulla tutela effettiva dei lavoratori pubblici precari*, in *Lav.giur.*, 2014, 241 ss.;
- DE MICHELE V., *Contratto a termine e precariato*, Ipsoa, Milano, 2009, 48-70;
- DE STEFANI F., *Danno da mobbing*, Giuffré, Milano, 2012;

- DEL CONTE M., RAZZOLINI O., *La gig economy alla prova del giudice: la difficile reinterpretazione della fattispecie e degli indici denotativi*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2018, 159, 673-682;
- DEL PUNTA, *Un caso esemplare di molestie sessuali sul lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, 1, 25 ss.;
- DEL PUNTA R., *Il danno non patrimoniale dopo le Sezioni Unite del 2008: riflessioni di sistema e ricadute lavoristiche*, in *Giur. It.*, 2009, 4, 1038 ss.;
- DEL PUNTA R., *Il nuovo regime del danno non patrimoniale: indicazioni di sistema e riflessi lavoristici*, in *Riv. It. Dir. lav.*, 2009, 2, 510 ss.;
- DEL PUNTA R., *Diritti della persona e contratto di lavoro*, in *Giorn. Dir. lav. rel. ind.*, 2006, 110, 195 ss.;
- DEL PUNTA R., *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, in *dir. lav. rel. ind.*, 2001, 3 ss.;
- DEMOGUE R., *Validity of the theory of Compensatory Damages*, in *Yale Law Journal*, XXII, 1918, 587;
- DI BONA DE SARZANA L., *Il legal transplant dei danni punitivi nel diritto italiano*, in *Liber Amicorum per F.D. Busnelli*, Giuffrè, Milano, 2008, vol. 2, 568;
- DI CATALDO V., *Compensazione e deterrenza nel risarcimento del danno da lesione dei diritti di proprietà industriale*, in *Giur. Comm.*, 2008 1, 198 ss.;
- DI LEMMA D., *Lo stato dell'arte dei danni punitivi nella prospettiva giuslavoristica*, in *Lavoro, Diritti, Europa*, 2017, 1, 10;
- DI LORENZO G., *Abuso di dipendenza economica e contratto nullo*, Cedam, Padova, 2009, 30 ss.;
- DI MAJO A., *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*, in *Giur. It.*, 2017, 8-9, 1992 ss.;
- DI MAJO A., *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi*, in SIRENA, P., (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, Giuffrè, Milano, 2011, 17;
- DI MAJO A., *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, 2, 289 ss.;
- DI MAJO A., *Tutela risarcitoria: alla ricerca di una tipologia*, in *Riv. Dir. civ.*, 2005, I, 243 ss.;

- DI MAJO A., *Danno esistenziale o di tipo esistenziale: quale esito?*, in *Corriere giur.*, 2009, 410 ss.;
- DI MAJO A., *Le tutele contrattuali*, Giappichelli, Torino, 2009, 1;
- DI MAJO A., *Tutela risarcitoria, restitutoria, sanzionatoria*, Enc. Giur. Treccani, XXXI, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma, 1994, 1;
- DI MARZIO F., *Riflessioni sulla forma nel nuovo diritto dei contratti*, in *RCDP*, 2001, 396 ss.;
- DI MODUGNO N., *il risarcimento per danno all'immagine della p.a. come sanzione 'nascosta'*, in *Dir. proc. Amm.*, 2015, 567;
- D'ONGHIA M., *La forma vincolata nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2005;
- DONINI A., *La libertà del lavoro sulle piattaforme digitali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, II, 63-71;
- DONZELLI, R., *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Jovene, Napoli, 660 ss.;
- EBERT I., *Pönale Elemente im Privatrecht: von der Renaissance der Privatstrafe im deutschen Recht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2004;
- ECKERTZ-HÖFER, M., *Gleichbehandlung von Frauen und Männern beim Zugang zur Beschäftigung*, in *Juristische Schulung*, 1987, 611 ss.;
- EGE H., *Oltre il mobbing, straining, stalking e altre forme di conflittualità sul posto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2005, 67 ss.;
- EHRlich E., *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Duncker & Humblot, Berlin, 1967, 323.
- EMILIOZZI E.A., *Il danno alla persona*, ESI, Napoli, 2008, 111 ss.;
- FABBIO PH., *L'abuso di dipendenza economica*, Giuffrè, Milano, 2006, 100; FEDELE I., DI PAOLA L., *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, Giuffrè, Milano, 2011, 392 ss.;
- FABENI S., TONIOLO M.G. (a cura di), *La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale: l'attuazione della direttiva 2000/78/CE e la nuova disciplina per la protezione dei diritti delle persone omosessuali sul posto di lavoro*, Ediesse, Roma, 2005;

- FERRARO P.P., *La pronuncia delle Sezioni Unite sul danno nelle azioni di responsabilità contro gli amministratori di società fallite*, in *Corr. giur.*, 2015, 12, 1568;
- FERRARO G., *Formalismo giuridico e diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1989, 555;
- FILÌ V., *La nuova frontiera del danno risarcibile da condotta illecita del datore di lavoro*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 3, 796, ss.;
- FILÌ V., *Nuove sfide, tutele e opportunità per i professionisti nelle deleghe della l. n. 81/2017*, in GAROFALO D. (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro: autonomo – agile – occasionale*, Adapt University Press, Bergamo, 2018, 332 ss.;
- FILÌ V., *Decreto legge n. 87 del 2018 convertito nella legge n. 96 e dignità dei lavoratori*, in *Lav. giur.*, 2018, 10, 869 ss.;
- FILÌ V., *Tutela risarcitoria e indennitaria, profili quantificatori, previdenziali e fiscali*, in GHERA E., GAROFALO D. (a cura di), *Le tutele per i licenziamenti illegittimi e per la disoccupazione nel Jobs Act 2*, Cacucci, Bari, 2015, 205;
- FILÌ V., *Morte del lavoratore e danno non patrimoniale da perdita della vita*, in *Lav. giur.*, 6, 2014, 531 ss.;
- FILÌ V., *Le collaborazioni organizzate dal committente nel D.Lgs. n. 81/2015*, in *Lav. giur.*, 2015, 12, 1091 ss.;
- FOGLIA R., *L'opzione economica del lavoratore reintegrato*, in *Dir. lav.*, 1991, 1, 15;
- FRANZEN M., *Der EuGH und das Bürgerliche Recht: dargesellt am Beispiel der EuGH-Urteile "Dietzinger" und "Draehmpaehl"*, in *Festschrift für Hartmut Maurer zum 70. Geburtstag*, 2001, C.H. Beck Verlag, München, 889-905;
- FRANZONI M., *Danno punitivo e ordine pubblico*, in *Riv. Dir. civ.*, 1, 2018, 285 ss.;
- FRANZONI M., *Il danno risarcibile*, in *Trattato della responsabilità civile*, Giuffré, Milano, 2010;
- FRANZONI M., *Fatti illeciti, Artt. 2043, 2056-2059*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, 2004, 663 ss.;
- FRASCA N., *La quantificazione del "danno comunitario" da illegittima reiterazione di contratti a tempo determinato nel pubblico impiego: nel perdurante silenzio del legislatore, si pronunciano le sezioni unite*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2016, 4-5, p. 855 ss.;
- FRIEDMANN D., *The efficient breach fallacy*, in *The Journal of Legal Studies*, 1989, 18, 1, 1-24;

- GABBA C.F., *Questioni di diritto civile*, vol. 2, Giappichelli, Torino, 1898, 225 ss.;
- GALANTINO L., *L'evoluzione del danno alla persona del lavoratore*, in AA.VV., *Il danno alla persona del lavoratore, Atti del Convegno nazionale AIDLASS*, Napoli 31 marzo – 1° aprile 2006, Giuffrè, Milano, 2007, 7 ss.;
- GALGANO F., *Alla ricerca delle sanzioni civili indirette: premesse generali*, in *Contratto impr.*, 1987, 531 ss.;
- GALGANO F., *La commedia della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 191 e ss.;
- GALGANO F., *Alla ricerca delle sanzioni civili indirette: premesse generali*, in *Contratto e impr.*, 1987, 2, 531 ss.;
- GALLI C., *Risarcimento del danno e retroversione degli utili: le diverse voci di danno*, in *Dir. ind.*, 2012, 2, 109 e ss.;
- GAMBARO A., MONATERI P.G., SACCO R., voce *Comparazione giuridica*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, III, UTET, Torino, 1988, 52;
- GARGANI A., SANI L., LAZZARI D., BACCI M., *Il mobbing. Dalla prevenzione al risarcimento*, Morlacchi Editore, Perugia, 2004, 2;
- GARGIULO U., *Se il danno da demansionamento è (quasi) in re ipsa*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, II, 1006;
- GARILLI A., *Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, 1, 215 ss.;
- GAROFALO C., *“Mobbing” e onere della prova*, in *Giur. It.*, 2016, 6, 1436 ss.;
- GAROFALO C., *Il “mobbing” attenuato: lo “straining”*, in *Law. giur.*, 2016, 8-9, 808 ss.;
- GAROFALO D., *La prima disciplina del lavoro su piattaforma digitale*, in *Law. giur.*, 2020, 1, 5 ss.;
- GAROFALO D., *Nuovi modelli organizzativi e nuovi lavori*, in D. GAROFALO (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro: autonomo – agile – occasionale*, Adapt University Press, Bergamo, 2018, 3 ss.;
- GAROFALO D., *La ritrovata dignità del lavoro autonomo*, in *Labor*, 2019, 5, 481 ss.;
- GAROFALO D., *La tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale*, in D. GAROFALO (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro: autonomo – agile – occasionale*, Adapt University Press, Bergamo, 2018, 117 ss.;

- GAROFALO D., *Mobbing e tutela del lavoratore tra fondamento normativo e tecnica risarcitoria*, in *Lav. giur.*, 2004, 6, 521 ss.;
- GAROFALO M.G., *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali. Prime osservazioni*, in *MGL*, 1990, 1, 197;
- GATTA G.L., *Depenalizzazione e nuovi illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili: una riforma storica*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 25 gennaio 2016 (<https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/4427-depenalizzazione-e-nuovi-illeciti-sottoposti-a-sanzioni-pecuniarie-civili-una-riforma-storica>);
- GAZZONI F., *Manuale di Diritto Privato*, ESI, Napoli, 2011, 737;
- GHERA E., *I precari della scuola tra Corte di giustizia, Corte costituzionale e Giudici comuni*, in *Giur. cost.*, 2015, 158 ss.;
- GHERA E., *Le tecniche di tutela: statuto dei lavoratori e innovazioni legislative*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1991, 633 ss.;
- GHERA E., *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, in *Le sanzioni nella tutela del lavoro subordinato. Atti del VI congresso nazionale di diritto del lavoro dell'Aid-las (Alba, 1-3 giugno 1978)*, Giuffr , Milano, 1979, 14 ss.;
- GIANNINI G., *La risarcibilit  del danno biologico in ipotesi di lesioni mortali*, in *Resp. civ. e prev.*, 1992, 603;
- GIRARDI G., *Demansionamento: conseguenze ed onere della prova dei danni subiti*, in *Lav. Giur.*, 2004, pag. 1265;
- GITTI G., VILLA M., *Il terzo contratto*, Il Mulino, Bologna, 2008;
- GITTI G., *Prefazione*, in GITTI G. (a cura di), *L'autonomia privata e le autorit  indipendenti, Le metamorfosi del contratto*, Il Mulino, Bologna, 2006, 12;
- GIUBBONI S., *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in *CSDLE-It*, 246/2015, 5-6;
- GIUSTI C.A., *Danno all'immagine e pubblica amministrazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 3, 998 ss.;
- GORGONI A., *Il danno da perdita della vita: un nuovo orientamento della Cassazione*, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2014, I, 396;
- GOTTWALD E., *Schadenszurechnung und Schadenssch tzung*, 1979, 160;

- GRAGNOLI E., *Questioni in tema di dequalificazione. Il Commento*, in *Lav. Giur.*, 2016, 5, 445;
- GRAGNOLI E., *Il sistema sanzionatorio nel rapporto di lavoro a tempo determinato e la proposizione della domanda giudiziale*, in *Lav. Giur.*, 8-9, 2012, 773 ss.;
- GRAGNOLI E., *Mobbing* [aggiornamento-2003], in *Digesto, Disc. Priv. Comm.*, Torino, 693 ss.;
- GRANELLI C., *In tema di «danni punitivi*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 6, 1761 ss.;
- GREEN M.D., CARDI W.J., *Basic Question of Tort Law from the perspective of the USA*, in KOZIOL H. (a cura di), *Basic questions of Tort Law from a Comparative Perspective*, Jan Sramek Verlag, Wien, 2015, 454;
- GRUNSKY, W., *Il concetto della pena privata nel diritto del risarcimento dei danni nell'ordinamento tedesco*, in BUSNELLI, F.D., SCALFI, G. (a cura di), *Le pene private*, Giuffrè, Milano, 1985, 372;
- GUALANDI, A., *Spese e danni nel processo civile*, Giuffrè, Milano, 1962, 300;
- GUARISO A., *Ancora sulle conseguenze del comportamento discriminatorio: nodi irrisolti anche dopo il D. Lgs. 5/10*, in *Riv. critica di diritto del lavoro priv. e pubbl.*, 2009, 976;
- GUARISO A., *I provvedimenti del giudice*, in M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, Milano, 2007, 603;
- GUERNELLI, M., *La retroversione degli utili tra rischio di overcompensation ed esigenza di colmare il lucro cessante*, in *Dir. ind.*, 2011, 3, 215;
- HACKS S., RING A., BÖHM P., *Schmerzensgeldbeträge* 2008, 26;
- HEINRICHS, H., § 253 BGB, Randnummer 11, in O., PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 65. Auflage, München, 2006;
- HOLOUBEK M., *Vergaberechtsschutz durch Schadenersatz*, in *ZfV*, 1998, 5, 592 ss.
- HONSELL H., *Differenztheorie und normativer Schadensbegriff*, in *Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht - Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen*, Schulthess, Zürich, 2010, 260 ss.;
- HONSELL H., *Der Strafgedanke im Zivilrecht – ein juristischer Atavismus*, in *Festschrift für Harm Peter Westermann zum 70. Geburtstag*, Dr. Otto Schmidt Verlag, Köhln, 2008, 315 ss.;

- IANNIRUBERTO G., *Scadenza del termine illegittimo e contribuzione previdenziale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, 3, 181 ss.;
- ICHINO P., *Subordinazione, autonomia e protezione del lavoro nella gig-economy*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, 2, 294 ss.;
- ICHINO P., *Il percorso tortuoso del diritto del lavoro tra emancipazione dal diritto civile e ritorno al diritto civile*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, 1, 59 ss.;
- ICHINO P., *Il diritto del lavoro e i modelli economici*, in *Lav. dir.*, 2, 1998, 309 ss.;
- IRMICI R., *La sentenza Mascolo della Corte di giustizia dell'Unione europea e lo strano caso del giudice del rinvio pregiudiziale che immette ma non converte*, in *Nov. dir. amm.*, 2015, 2, 177 ss.;
- IRTI, N., *Significato giuridico dell'effettività*, Esi, Napoli, 2009, 13;
- IZZI D., *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Jovene, Napoli, 2005;
- IZZI D., *Discriminazione razziale e accesso al lavoro: il caso Feryn. Il divieto di discriminazioni razziali preso sul serio*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 2008, 4, 765;
- JANSEN N., RADEMACHER L., *Punitive Damages in Germany*, in KOZIOL H., WILCOX V., *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Tort and Insurance Law, Vol. 25, 2009, 75 ss.;
- KOZIOL H., *Concluding Remarks on Compensatory and Non-Compensatory Remedies*, in FENYVES A., KARNER E., KOZIOL H., STEINER E. (a cura di), *Tort Law in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, De Gruyter, Berlino, 2011, 863 ss.;
- KOZIOL H., WILCOX V., *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Tort and Insurance Law, vol. 23, Springer Verlag, Wien, 2009;
- KOZIOL H., SCHULZE R., *Tort Law of the European Community*, Tort and Insurance Law, vol. 23, Springer Verlag, Wien, 2008, V ss.;
- KOZIOL H., *Ein europäisches Schadenersatzrecht – Wirklichkeit oder Traum*, in *JBl* 2001, 35;
- LA ROCCA G., *Il problema della forma contrattuale e la sua poliedricità*, in *Contr. e impresa*, 2018, 217 ss.;
- LA TORRE, M., *Un punto fermo sul problema dei "danni punitivi"*, in *Danno e resp.*, 2017, 429 ss.;

- LAMBERTI F., *Il lavoratore ha diritto al risarcimento del danno patito anche se non risulta provato il mobbing*, in *Riv. It., dir. lav.*, 2018, 4, 795 ss.;
- LANGHE H., SCHIEMANN G., *Schadensersatz. Handbuch des Schuldrechts*, Mohr Siebeck, Zürich, 2020, 9;
- LASSANDARI A., *Le discriminazioni nel lavoro. Nozione, interessi, tutele*, Cedam, Padova, 2010;
- LAZARI A., *La responsabilità del legislatore nazionale nel contesto comunitario. L'Ulisse incatenato e la tela di Penelope*, in *Contr. e impr.*, 2009, 2, 576 ss.;
- LAZZERONI L., LOFFREDO A., *Il mobbing. Aspetti lavoristici: nozione, responsabilità, tutele*, Giuffré, Milano, 2002;
- LEVI A., *Il lavoro parasubordinato organizzato dal committente*, in *Colloqui giuridici sul lavoro*, 2015, 12, 68 ss.;
- LOFFREDO A., *Il mobbing*, in M. RUSCIANO, G. NATULLO (a cura di), *Ambiente e sicurezza del lavoro*, in CARINCI F. (diretto da), *Commentario Diritto del lavoro*, Utet, Torino, 2007, 533 ss.;
- LORENZ K., *Mobbing and Psychological Terror at workplaces*, in *Violence and Victims*, 1990, vol. 5, n. 2;
- LÖWE H., *Der Gedanke der Prävention im deutschen Schadensersatzrecht*, Peter Lang, Frankfurt, 2000;
- LUCCHINI GUASTALLA E., *La compatibilità dei danni punitivi con l'ordine pubblico alla luce della funzione sanzionatoria di alcune disposizioni normative processualcivilistiche*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 1488 ss.;
- LUCIANI V., *Il danno alla persona nel rapporto di lavoro tra evento e conseguenze*, in AA.VV., *Il danno alla persona del lavoratore*, Atti del Convegno nazionale AIDLASS, Napoli 31 marzo – 1° aprile 2006, Giuffré, Milano, 2007, 267 ss.;
- MACARIO F., *Il nesso di causalità*, in P. SIRENA (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, Giuffré, Milano, 2011, 129 ss.;
- MAGNANI M., *Il diritto del lavoro e le sue categorie*, Cedam, Padova, 2006, 10;
- MAGNUS U., *European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, Springer Verlag, Wien, 2005, 150;

- MALAGOLI E., *Il risarcimento del danno da pratiche anticoncorrenziali alla luce della Direttiva 2014/104/UE del 26 novembre 2014*, in *Contr. impr. Eur.*, 2015, 390 ss.;
- MALZANI F., *Licenziamento discriminatorio e danno “punitivo ragionevole”: verso il superamento di un (apparente) ossimoro*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2016, 5, 715 ss.;
- MALZANI F., *Mobbing e tutela penale. Alla ricerca di convergenze parallele*, in *Riv. critica di dir. lav.*, 2009, 625 ss.;
- MANDRIOLI C., CARRATTA A., *Come cambia il processo civile*, UTET, Torino, 2009, 94;
- MARENA G., *il danno all'immagine da illegittimo esercizio della funzione pubblica*, in *danno e resp.*, 2011, 298;
- MARINELLI F., *Licenziamento discriminatorio: fattispecie, fattori discriminatori e onere della prova. La Cassazione mette ordine*, in *Labor*, 2019, II, 191 ss.;
- MARINELLI M., *Licenziamento per motivo illecito e “mobbing”*, in *Lav. giur.*, 2018, 4, 396 ss.;
- MARINELLI M., *Il concetto di falsa attestazione della presenza in servizio*, in *Lav. giur.*, 2017, 592 ss.;
- MARINO D., *Il “danno comunitario” da illegittima reiterazione di contratti di lavoro a termine: conforme al diritto dell'Unione?*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2015, 4, 1108;
- MARRA R., voce *Sanzione*, in *Digesto disc. priv.*, IV, UTET, Torino 1998, 153 ss.;
- MARTELLONI F., *I rimedi del “nuovo” diritto del lavoro autonomo*, in *Lav. Dir.*, 3-4. 2017, 529;
- MASTROPAOLO F., voce *Danno – III) Risarcimento del danno*, in *Enc. Giur. Trecc.*, 1988;
- MASTROPAOLO F., *Il risarcimento del danno alla salute*, Jovene, Napoli, 1983, 114 ss.;
- MATTAROLO M.G., *Le conseguenze risarcitorie e indennitarie del licenziamento illegittimo*, in CARINCI F., CESTER C. (a cura di), *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015 (contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti)*, Adapt Labour Studies e-Book series n. 46, 2015, 123;
- MAUGERI M., *Abuso di dipendenza economica ed autonomia privata*, Giuffè, Milano, 2003, 139;
- MAZZAMUTO S., *La comminatoria di cui all'art. 614-bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale*, in *Europa dir. priv.*, 2009, 981 ss.;

- MAZZAMUTO S., *L'attuazione degli obblighi di fare*, Jovene, Napoli, 1978, 35;
- MAZZOLA M.A., *Responsabilità civile da atti leciti dannosi*, Giuffrè, Milano, 2007;
- MAZZOTTA O., *La reintegrazione nel posto di lavoro: ideologie e tecniche di stabilità*, in AA.VV., *Studi in onore di E. Ghera*, Cacucci, Bari, 2008, 687;
- MAZZOTTA O., *Danno alla persona e rapporto di lavoro: qualche domanda, politicamente non corretta, alla giurisprudenza*, in *Law. Dir.*, 2004;
- MAZZOTTA O., *Diritto del lavoro e diritto civile: i temi di un dialogo*, Giappichelli, Torino, 1994;
- MAZZOTTA O., *Il risarcimento dei danni per il licenziamento illegittimo fra "sanzione" e "adempimento"*, in *Foro it.*, 1978, 2165;
- MEDICUS D., PETERSEN, J., *Bürgerliches Recht*, Vahlen, München, 2017, 418;
- MENGONI L., *Diritto civile*, in L. MENGONI, A. PROTO PISANI, A. ORSINI BATTAGLINI (a cura di), *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile, diritto processuale civile e diritto amministrativo*. in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1990, 5 ss.;
- MENGHINI L., *Sistema delle supplenze e parziale contrasto con l'accordo europeo: ora cosa succederà?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, 2, 343 ss.;
- MESSINA M., *"Libertà di forma" e nuove forme negoziali*, Giappichelli, Torino, 2004;
- MESSINETTI D., *Pluralismo dei modelli risarcitori. Il criterio di ingiustizia "tradito"*, in SIRENA, P., (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, Giuffrè, Milano, 2011, 29;
- MEURKENS L., NORDIN E., *The Power of Punitive Damages. Is Europe missing out?*, Intersentia Uitgevers, Cambridge, 2012;
- MILITELLO M.G., *Il laboratorio Fiat. La tutela della FIOM tra diritto sindacale e diritto anti discriminatorio*, in *Foro it.*, 2013, 5, I, 1674;
- MIMMO G., *La disciplina del licenziamento nell'ambito del contratto a tutele crescenti: il d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23 (attuazione della legge delega n. 183 del 2014)*, in *Giustizia civile*, Approfondimento del 24 aprile 2015, 12-13;
- MINERVINI E., *Il terzo contratto*, in *Contratti*, 2009, 5, 496;

- MISCIONE M., *Tutele crescenti: un'ipotesi di rinnovamento del diritto del lavoro*, in *Diritto e Pratica del Lavoro*, 2015, 748;
- MISCIONE M., *Non trasformazione dei contratti a termine nel lavoro pubblico*, in *Lav. Giur.*, 2006, 10, 965;
- MISCIONE M., *Norma giurisprudenziale (la responsabilità da persecuzione nei luoghi di lavoro)*, in *Lav. giur.*, 2003, 4, 305 ss.;
- MISCIONE M., *I fastidi morali sul lavoro e il mobbing*, in *Italian Labour Law Journal*, 2000, 2, 1 ss.;
- MODICA L., *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, Giuffré, Milano, 2008;
- MOMMSEN F., *Zur Lehre vom Interessen*, Braunschweig, 1855;
- MONATERI P.G., *Le Sezioni Unite e le funzioni della responsabilità civile*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2017, 10, 1410 ss.;
- MONATERI P.G., *I danni punitivi al vaglio delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2017, 9, 2648 ss.;
- MONATERI P.G., *La delibabilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi finalmente al vaglio delle sezioni unite*, in *Danno e resp.*, 2016, 827;
- MONATERI P.G., *Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 1, 56;
- MONATERI P.G., *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, Giappichelli, Torino, 2006;
- MONATERI P.G., BONA M., *Il nesso di causa nella responsabilità civile per danno alla persona*, in *Il nesso di causa nel danno alla persona*, Giuffré, Milano, 2005;
- MONATERI P.G., BONA M., OLIVA U., *Mobbing*, Giuffré, Milano, 2000;
- MONTUSCHI L., *Attualità della sanzione civile nel diritto del lavoro*, in AA.VV., *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, Cacucci Editore, Bari, 2008, 724;
- MONTUSCHI L., *Attualità della sanzione civile nel diritto del lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2007, pag. 1189;
- MORELATO E., *Nuovi requisiti di forma del contratto. Trasparenza contrattuale e neoformalismo*, Cedam, Padova, 2006;

- MÖLLER R., *Das Präventionsprinzip des Schadensrechts*, Duncker & Humblot, Berlin, 2006;
- MÜLLER P., *Punitive damages und deutsches Schadensersatzrecht*, De Gruyter, Berlin, 2000;
- NAPOLI M., *La tutela reale contro i licenziamenti*, in CARINCI, F., (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, Vol. I, Jovene, Napoli, 1991, 163;
- NASCETTI G., *Il computo dell'indennità per irregolarità procedurali del licenziamento dinanzi alla Corte costituzionale: quali i punti di contatto con l'indennità da licenziamento sostanzialmente illegittimo?*, in *Bollettino ADAPT*, 10 febbraio 2020, n. 6;
- NATOLI U., *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. Trim. dir. proc. Civ.*, 1958, 37 ss.;
- NAVARRETTA E., *Ripensare il sistema dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. prev.*, 2004, 3 ss.;
- NAVARRETTA E., *I danni non patrimoniali nella responsabilità extracontrattuale*, in NAVARRETTA, E., (a cura di), *I nuovi danni non patrimoniali*, Giuffrè, Milano, 2004
- NAVARRETTA E., *Funzioni del risarcimento e quantificazione dei danni non patrimoniali*, in SIRENA P. (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, Giuffrè, Milano, 2011, 224.
- NOGLER L., *La deriva risarcitoria della tutela dei diritti inviolabili del lavoratore dipendente*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2006, 29, 63 ss.;
- OLIARI S., *I danni punitivi bussano alla porta: la Cassazione non apre*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 983 ss.
- PADOVANI T., *Diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1999, 6;
- PAGLIANTINI S., *L'incerto incedere del formalismo di protezione tra usi e abusi*, in *Contr. Impr.*, 2013, 299 ss.;
- PALADIN L., *Ordine Pubblico*, in *Noviss. Dig. it.*, XII, UTET, Torino, 1965, 130 ss.
- PALMIERI A., *Danni punitivi nel diritto della concorrenza e della proprietà intellettuale: quali prospettive?*, in *Giur. It.*, 2018, 2300

- PALMIERI A., PARDOLESI R., *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*, in *Foro it.*, 2017, I, 2630 ss.;
- PAOLITTO L., *Le collaborazioni organizzate dal committente nel prisma della subordinazione*, in GAROFALO D. (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro: autonomo – agile – occasionale*, Adapt University Press, Bergamo, 2018, 260 ss.;
- PARDOLESI P., *Danni punitivi all'indice*, in *Danno e resp.*, 2007, 11, 1126;
- PARDOLESI P., *La retroversione degli utili nel nuovo codice dei diritti di proprietà industriale*, in *Il diritto industriale*, 2005, 1, 38 ss.;
- PARDOLESI R., *Nuovi abusi contrattuali: percorsi di una clausola generale*, in *Danno e resp.*, 12, 2012, 5;
- PARDOLESI R., *Arricchimento da fatto illecito: dalle sortite giurisprudenziali ai tormentati slanci del legislatore*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, 3, 525;
- PARDOLESI R., *Un'innovazione in cerca di identità*, in *Danno e resp.*, 2006, 1605 ss.;
- PARDOLESI R., *Prefazione*, in COLANGELO G., *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, Giappichelli, Torino, 2004, XI ss.
- PATRITO P., *La responsabilità amministrativa tra reintegrazione e sanzione in Italia e in Francia: il danno alla concorrenza e il danno all'immagine*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 1, 50
- PATTI S., *La quantificazione del danno patrimoniale e i danni punitivi*, in P. SIRENA (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, Giuffré, Milano, 2011, 210;
- PATTI S., *Le prove. Parte generale*, in IUDICA G., ZATTI P. (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Giuffré, Milano, 2010, 92 ss.;
- PEDRAZZI G., *La parabola della responsabilità civile tra indennità e risarcimento*, in *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, vol. 1, 654 ss.;
- PEDRAZZOLI M., *Vessazioni e angherie sul lavoro. Tutele, responsabilità e danni nel mobbing*, Zanichelli, Bologna-Roma, 2007;
- PERA G., *Sulla nuova disciplina del contratto a termine e sul regime sanzionatorio del licenziamento ingiustificato*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 2002, 23;

- PERA G., *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1991, 2, 251 ss.;
- PERA G., *La cessazione del rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 1980, 155;
- PERLINGERI P., *La responsabilità civile tra risarcimento e indennizzo*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, 1061
- PERRINO A.M., *Danno da mobbing: perplessità sulla categoria PINTO V., L'abuso di dipendenza economica «fuori dal contratto» tra diritto civile e diritto antitrust*, in *RDC*, 2000, 399;
- PERRINO A.M., *Perplessità in tema di contratto di lavoro a termine del pubblico dipendente*, in *Foro it.*, 2007, IV, 75 ss.;
- PERRINO A.M., *Nota a Corte cost., sent. n. 260/2015*, in *Foro it.*, 2016, n.1, I, 1;
- PERROTTA D., *Il danno all'immagine della pubblica amministrazione, tra tendenze giurisprudenziali (espansive), scelte del legislatore (restrittive) e il nuovo codice di giustizia contabile*, in www.federalismi.it, 11 aprile 2018;
- PERULLI A., *Capitalismo delle piattaforme e diritto del lavoro. Verso un nuovo sistema di tutele?*
In PERULLI A. (a cura di), *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, 2018, Giuffrè, Milano, 115-145;
- PERULLI A., *Il lungo viaggio del lavoro autonomo dal diritto dei contratti al diritto del lavoro, e ritorno*, in *Law. Dir.*, 2017, 271;
- PERULLI A., *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di paradigma per il diritto del lavoro?* in FIORILLO L., PERULLI A., (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e 23*, Giappichelli, Torino, 2015, 31;
- PERULLI A., *Efficient breach, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia, Spagna*, in *RGL*, I, 2012, 563;
- PERULLI A., *Lavoro autonomo e dipendenza economica, oggi*, in *RGL*, 2003, 221;
- PERUZZI M., *Dichiarazioni omofobe e diritto antidiscriminatorio: conferme e limiti della giurisprudenza UE nella sentenza Taormina*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2, 2020, 368 ss.;
- PERUZZI M., *La prova del licenziamento ingiustificato e discriminatorio*, Giappichelli, Torino, 2017, 137;

- PERUZZI M., ZILLI A., *Sexual orientation and work in organizations with religion or belief-based ethos*, in *Variaz. di dir. Lav.*, 2019, numero straordinario, 1536;
- PICKER C., *Anspruch auf Information über die Qualifikation von Mitbewerber/innen bei behaupteter Diskriminierung*, in *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2012, 257 ss.;
- PISANI C., *Tipologie vecchie e nuove di demansionamento e tecniche di tutela*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 2018, 2, 1, 325 ss.;
- PISTORIO G., *L'influenza della Carta di Nizza nelle sentenze della Corte di giustizia in materia di eguaglianza e dignità della persona*, in www.europeanrights.eu, 5 maggio 2007, 7;
- POLETTI D., *La dualità del sistema risarcitorio e l'unicità della categoria dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 1, 74 ss.;
- POLETTI D., *I riflessi del revirement giurisprudenziale nel settore INAIL*, in NAVARRETTA E. (a cura di), *I danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, Giuffrè, Milano, 2004, 101;
- POLICE A., *La natura della responsabilità amministrativa*, in SCOCA (a cura di), *La responsabilità amministrativa ed il suo processo*, Cedam, Padova, 1997, 145 ss.;
- PONZANELLI G., *Polifunzionalità tra diritto internazionale privato e diritto privato*, in *danno e resp.*, 2017, 4, 437 ss.;
- PONZANELLI G., *Possibile intervento delle Sezioni Unite sui danni punitivi*, in *danno e resp.*, 2017, 4, 437 ss.;
- PONZANELLI G., R. SIMONE, *La sentenza "Scarano" sul danno da perdita della vita: verso un nuovo statuto di danno risarcibile*, in *Danno e resp.*, 2014, 4, 388 ss.;
- PONZANELLI G., *Gli attacchi al principio di integrale riparazione del danno*, in *Resp. civ. e prev.*, 5, 2012, 1415 ss.;
- PONZANELLI G., *I danni punitivi*, in SIRENA P., (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, Giuffrè, Milano, 2011, 321;
- PONZANELLI G., *L'irrilevanza costituzionale del principio di riparazione integrale del danno*, in M. BUSSANI (a cura di), *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, ESI, Napoli, 2006, 75;
- PONZANELLI G., *Danni punitivi? No grazie*, in *Foro it.*, I, 1461 ss.;

- PONZANELLI, G., *L'incostituzionalità dei danni punitivi «grossly excessive»*, in *Foro it.*, 1996, X, 119 ss.;
- PONZANELLI, G., *Non c'è due senza tre: la Corte Suprema Usa salva ancora i danni punitivi* in *Foro it.*, 1994, IV, 92;
- PONZANELLI, G., *«Punitive damages» e «due process clause»: l'intervento della Corte Suprema U.S.A.*, in *Foro it.*, 1991, IV, 235 ss.;
- PONZANELLI, G., *La Corte Costituzionale, il danno non patrimoniale e il danno alla salute*, in *Foro it.*, 1986, I, 2053;
- POPP R., PAUSCH M., REINHARDT U., *Zukunft. Bildung. Lebensqualität*, Litt Verlag, Wien, 71;
- POSNER R., *Economic Analysis of Law*, 1986, 117;
- POSNER, R., *A theory of negligence*, in *the Journal of Legal Studies*, 1972, 30;
- PROCIDA MIRABELLI DI LAURO A., FEOLA M., *La responsabilità civile. Contratto e torto*, Giappichelli, Torino, 2008, 67;
- PROSPERI F., *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica. Profili ricostruttivi e sistematici*, ESI, Napoli, 2002, 323;
- PROTO PISANI, A., *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Jovene, Napoli, 2003, 121;
- PROTO PISANI, A., *Aspetti processuali della reintegrazione nel posto di lavoro*, in *Foro it.*, 1982, V, 117 ss.;
- PUCELLA R., *Coscienza sociale e tutela risarcitoria del valore-persona: sul ristoro del danno da morte*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2014, 5, 269 ss.;
- PULEIO, G., *Il risarcimento del danno antitrust alla luce della direttiva 2014/104/UE*, *Resp. civ. prev.*, 2016, 1082 ss.;
- PUTATURO DONATI F., *PA e contratti a termine illegittimi: note critiche sul riconoscimento del danno (extra)comunitario*, in *Mass. giur. lav.*, 2016, 606 ss.;
- RAFFI A., *Danni alla professionalità e perdita di chances*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Danno biologico e oltre. La risarcibilità dei pregiudizi alla persona del lavoratore*, Giappichelli, Torino, 1995, 63 ss.;
- RANIERI M., *Da Philadelphia a Taormina: dichiarazioni omofobiche e tutela antidiscriminatoria. La pronuncia in appello conferma la sentenza di primo grado del Trib. di Bergamo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, 1, II, 112 ss.;

- RATTI L., *Conversione del contratto e rapporti di lavoro. Trasformazione e sanzione nel trattamento delle invalidità dei contratti di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2018, 74;
- RECCHIA G.A., *La cassazione consegna ai riders la collaborazione eterorganizzata*, in *Lav. Giur.*, 3, 2020, 245 ss.;
- RECCHIA G.A., *Working for an Internet Platform: New Challenges for Courts* in V. FILÌ, F. COSTANTINI (a cura di), *Legal Issues in the Digital Economy: The Impact of Disruptive Technologies on the Labour Market*, Cambridge Scholars Publishing, 2019, 23 ss.;
- RECCHIA G.A., *Contrordine! I “riders” sono collaboratori eterorganizzati*, in *Lav. Giur.*, 2019, 4, 403 ss.;
- RECCHIA G.A., *“Gig economy” e dilemmi qualificatori: la prima sentenza italiana*, in *Lav. Giur.*, 2018, 7, 721;
- RECCHIA G.A., *“Gig economy” e dilemmi qualificatori: la prima sentenza italiana*, e in *Arg. Dir. Lav.*, 2018, 4-5, 1220;
- RENNA L., *L’abuso di dipendenza economica come fattispecie transtipica*, in *Contr. Impr.*, 2013, 370;
- RESCIGNO P., *Abuso del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1998, 13 ss.;
- RICCOBONO A., *Neoformalismo negoziale e tecniche di protezione: il caso della proroga del contratto a termine*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT – 403/2019, 7 ss.;
- RIVERSO R., *Il volto del giudice del lavoro e la Costituzione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, 1, I, 157 ss.;
- RIVERSO R., *Il demansionamento dal danno in re ipsa al danno da mortificazione della personalità morale del lavoratore*, in *Lav. Giur.*, 2013, 5, 461;
- RIVERSO R., *La tutela risarcitoria dei più deboli tra i deboli (gli esposti all’amianto)*, in *Lav. Giur.*, 2012, 430 ss.;
- RODOTÀ, S., *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1967;
- ROMANO S., *Abuso del diritto*, in *Enc. del diritto*, I, Milano, 1958, 168 ss.;
- ROMAGNOLI U., *Divagazioni sul rapporto tra economia e diritto del lavoro*, in *lav. dir.*, 2005, 257 ss.;

- ROMANO, M.S., *Danni punitivi ed eccesso di deterrenza: gli (incerti) argini costituzionali*, in *Foro it.*, 1990, IV, 175 ss.;
- ROPPO, V., *Responsabilità contrattuale. Funzione di deterrenza?*, in *Lavoro e Diritto*, 3-4, 2017, 407 ss.;
- ROPPO V., *Il contratto del duemila*, Giappichelli, Torino, 2011, 86 ss.;
- ROPPO, V., *Spigolature fra responsabilità oggettiva e funzione deterrente*, in *Liber Amicorum per F.D. Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, Giuffrè, Milano, 2008, vol. 2, 457;
- ROPPO V., *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul "terzo contratto")*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 4, 695 ss.;
- ROPPO V., *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in ID., *Il contratto del duemila*, Giappichelli, Torino, 2002;
- ROSENGARTEN J., *Der Präventionsgedanke im deutschem Zivilrecht – Höheres Schmerzensgeld, aber keine Anerkennung und Vollstreckung US-amerikanischer punitive damages?* In *NJW*, 1996, 1935 ss.;
- SACCO R., *Ingiustizia del danno di cui all'art. 2043 c.c.*, in *Foro Pad.*, 1960, 344 ss.;
- SACCO R., *Il contratto*, in F. VASSALLI (a cura di), *Trattato di diritto civile italiano*, Giappichelli, Torino, 1975, 899;
- SACCO R., voce *Coazione e coercibilità*, in *Enc. dir.*, VII, Giuffrè, Milano, 1960, 219 ss.;
- SALVI C., *Le funzioni della responsabilità civile e il volto italiano dei danni punitivi*, in *Foro it.*, 2018, 7/8, 2504 ss.;
- SALVI C., *La responsabilità civile*, in IUDICA G., ZATTI P. (a cura di), *Trattato di Diritto Privato*, Giuffrè, Milano, 2005, 245;
- SALVI C., *Il paradosso della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, 123 e ss.;
- SANDULLI P., VALLEBONA A., PISANI C., *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, Cedam, Padova, 1990, 48;
- SANTORO PASSARELLI G., *Appunti sulla funzione delle categorie civilistiche nel diritto del lavoro dopo il Jobs Act*, in MAZZOTTA O., (a cura di), *Lavoro ed esigenze dell'impresa fra diritto sostanziale e processo dopo il Jobs Act*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 173 ss.;

- SANTORO PASSARELLI G., *Contratto a termine e temporaneità delle esigenze sottostanti*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2015, 189 ss.;
- SARTORI M., *L'inconfigurabilità del "mobbing" non esclude il diritto del lavoratore al risarcimento dei danni alla persona di cui il lavoratore leso abbia fornito adeguata allegazione e prova*, in *D&L*, 2012, 4, 1019 ss.
- SAVINO F., *Discriminazione razziale e criteri di selezione del personale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, I, 243;
- SCALISI V., *Illecito civile e responsabilità: fondamento e senso di una distinzione*, in SIRENA P. (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, Giuffrè, Milano, 2011, 126;
- SCALISI V., *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *RDP*, 2005, I, 465;
- SCHLESINGHER P., *La ingiustizia del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, 360 ss.;
- SCODITTI E., *"Francovich" presa sul serio: la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale*, in *Foro it.*, 2004, I, 1, 4 ss.;
- SCODITTI E., *Il sistema multi-livello di responsabilità dello Stato per mancata attuazione di direttiva comunitaria*, in *Danno e resp.*, 2003, 7, 721 ss.;
- SCOGNAMIGLIO C., *Danno ambientale e funzioni della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, 1063;
- SCOGNAMIGLIO C., *Il sistema del danno non patrimoniale dopo le Sezioni Unite*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 2, 261 ss.;
- SCOGNAMIGLIO R., *Il danno tanatologico e le funzioni della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 5, 1431;
- SCOGNAMIGLIO R., *Le sezioni Unite sull'allegazione e sulla prova dei danni cagionati da demansionamento o dequalificazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, 687 ss.;
- SCOGNAMIGLIO R., *Conclusioni*, in G. SANTORO-PASSARELLI (a cura di), *Diritto del lavoro e categorie civilistiche*, Giappichelli, Torino, 1992, 149.;
- SCOGNAMIGLIO R., *Licenziamento illegittimo e risarcimento del danno*, in *MGL*, 1990, 120 ss.;

- SCOGNAMIGLIO R., *La disciplina del risarcimento del danno nel disposto dell'art. 18 della l. n. 300/1970, a proposito di due recenti pronunzie della Cassazione a sezioni unite*, in *MGL*, 1985, 341 ss.;
- SCOGNAMIGLIO, R., *Illecito (diritto vigente)*, in *Noviss. Dig.*, VIII, 1968, 306 ss.;
- SCUFFI M., *Diritto processuale della proprietà industriale*, Giuffrè, Milano, 2009, 488 e ss.;
- SESTA M., *Risarcimenti punitivi e legalità costituzionale*, in *Riv. Dir. civ.*, 1, 2018, 305 ss.;
- SESTA M., *Il danno nelle relazioni familiari tra risarcimento e finalità punitiva*, in *Fam. e dir.*, 2017, 289;
- SIGNORELLI M., *L'evoluzione giurisprudenziale del danno da demansionamento: una ricostruzione sistematica, Parte I*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 5, 1494 ss.;
- SIGNORINI E., *Ambiente di lavoro e conflitto: il fenomeno dello Straining*, in *Resp. civ. prev.*, 1, 2017, 320;
- SIEMS M., *Disgorgement of profits for breach of contract: A comparative analysis*, *Edinburgh Law Review*, Volume 7, Issue 1, 27 ss.;
- SILVESTRI E., *Punitive damages: ultimo atto? La sentenza Exxon Shipping Co. v. Baker (in margine a U.S. Supreme Court, 25 giugno 2008)*, in *Int'l Lis*, 2008, 3-4, 166 ss.;
- SIMONE R., *Dalla polifunzionalità della responsabilità civile ai risarcimenti punitivi*, in *Questione Giustizia*, 1, 2018, 137;
- SIMONE R., *Danno esistenziale e sistema fragile: «die hard»*, in *Foro it.*, 2009, I, 1, 128 ss.;
- SPEZIALE V., *La trasformazione del diritto del lavoro*, in *Lav. dir.*, 4, 2016, 719 ss.;
- SPEZIALE V., *Processo del lavoro, certezza del diritto ed effettività delle tutele*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT* – 215/2014, 6 ss.;
- SPEZIALE V., *Situazione delle parti e tutela in forma specifica nel rapporto di lavoro*, in *BARBIERI, M., MACARIO, F., TRISORIO LIUZZI G. (a cura di), La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, 88 ss.;
- SPOLIDORO M.S., *Il risarcimento del danno nel codice della proprietà industriale. Appunti sull'art. 125 c.p.i.*, in *Riv. dir. ind.*, 2009, 149 ss.;
- SUPPA M.P., *Il danno biologico da morte: un'altra tappa lungo il percorso tracciato dalla Corte Costituzionale*;

- TAGLIAMONTE A., *Le deroghe alla base di calcolo del TFR nella contrattazione collettiva*, in *Lav. prev. oggi*, 2012, 5-6, 316 ss.;
- TAMBURRO L., *La discriminazione di genere ed il regime probatorio agevolato ex art. 40 D.Lgs. n. 198/2006*, in *Lav. Prev. oggi*, 2019, 9-10, 588 ss.;
- TARQUINI E., *Le discriminazioni sul lavoro e la tutela giudiziale*, Giuffrè, Milano, 2015;
- TARZIA G., *Manuale del processo del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2008, 397 ss.;
- TESTA S., *Illegittima reiterazione di contratti a termine nel pubblico impiego: “danno comunitario” e criteri di liquidazione*, in *Lav. e prev. oggi*, 2015, 3, II, 917 ss.;
- THÜSING G., *AGG § 15 Entschädigung und Schadenersatz*, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 8. Auflage 2018, Rn. 13-15;
- TIRABOSCHI M., *Il contratto a tutele crescenti: spazi di applicabilità in caso di apprendistato e somministrazione di lavoro*, in F. CARINCI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni*, ADAPT University Press, Bergamo, 2015, 110 ss.;
- TIRABOSCHI M., *Conversione o semplice trasformazione dei contratti a tutele crescenti?* in <http://www.bollettinoadapt.it/conversione-o-semplce-trasformazione-dei-contratti-per-lapplicazione-delle-cosiddette-tutele-crescenti/>;
- TOMARCHIO V., *Anche la Cassazione esclude il risarcimento dei danni punitivi*, in *Giur. It.*, 2007, 12, 2724;
- TOSI P., LUNARDON F., *Cronaca di un’ordinanza...annunciata*, in *Giur. It.*, 2017, 2174 ss.;
- TOSI E., *Forma informativa nei contratti asimmetrici*, Giuffrè, Milano, 2018;
- TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, Cedam, Padova, 1137;
- TRIMARCHI P., *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Giuffrè, Milano, 2010;
- TRIMARCHI P., *Causalità e danno*, Giuffrè, Milano, 1967, 53;
- TULLINI P., *Persona e danni risarcibili (...piccole provocazioni)*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2007, 1189, 2006, 1048 ss.;
- TURSI A., *Il danno non patrimoniale alla persona nel rapporto di lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2003, I, 298;

- URSI R., *Danno all'immagine e responsabilità amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2001, 2-3, 309 ss.;
- VALENTE L., *Contratto a termine e lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in *Il Diritto del lavoro*, 2003, 6, 865 ss.;
- VALENTINI V., *Reintegrazione nel posto di lavoro e riforma della sentenza in appello*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2004, 161 ss.;
- VALLEBONA A., *Mobbing*, in *Il Diritto-Encicl. Giur.*, Giuffrè, Milano, 2007, vol. IX, 651 ss.;
- VANZETTI A., *La «restituzione degli utili» di cui all'art. 125, n. 3, C.P.I., nel diritto dei marchi*, in *Dir. ind.*, 2006, 323 ss.;
- VARONE V., *Il danno all'immagine*, in CANALE A., FRENI F., SMIROLDO M. (a cura di), *Il nuovo processo davanti alla Corte dei conti*, Giuffrè, Milano, 2017, 1189;
- VEZZOLI G., *La lunga marcia della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in www.personaemercato.it, 3 dicembre 2007;
- VILLA G., *La Direttiva europea sul risarcimento del danno antitrust: riflessioni in vista dell'attuazione*, in *Corriere giur.*, 2015, 301 ss.;
- VILLA G., *La forfetizzazione legislativa del danno risarcibile*, in SIRENA P., (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, Giuffrè, Milano, 2011, 257;
- VILLANI U., *Il risarcimento dei danni da inosservanza di obblighi comunitari da parte degli Stati. Relazione svolta al 52° Convegno nazionale di studio dell'Unione Giuristi Cattolici Italiani sul tema "Nuove prospettive nella teoria giuridica del danno", tenutosi a Roma nei giorni 6-8 dicembre 2002*, in *Iustitia*, 2003, 2, 241 ss.;
- VINCIERI M., *Il risarcimento dei danni alla persona avanti alle Sezioni Unite: dalla "sommastigo" al trionfo delle regole*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2006, 4/5, 1269;
- VISINTINI G., *Risarcimento del danno*, in RESCIGNO, P., (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1984, IX, 203 ss.;
- VULLO E., *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 737;
- WEINRIB E. J., *Punishment and disgorgement as contract remedies*, Chicago-Kent, 2003, 78;

- WILCOX V., *Punitive damages in England*, in KOZIOL, H., WILCOX, V., (a cura di), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Springer, Wien-New York, 2009, 16;
- WORZALLA M., *Die Haftung des Arbeitgebers wegen geschlechtsspezifischer Diskriminierung bei Einstellung nach der neuen Rechtsprechung des EuGH*, in *Neue juristische Wochenschrift*, 1997, 1809-1812;
- ZAMPIERI L., *Abuso del contratto a termine nel pubblico impiego ed effettività del regime sanzionatorio applicabile nel dialogo tra corti*, in *Foro Amm.*, 2015, II, 917;
- ZAPPALÀ L., *La tutela risarcitoria nei casi di conversione del contratto di lavoro a tempo determinato al vaglio della Consulta*, in *Riv. It., Dir. Lav.*, 2011, 2, 788 ss.;
- ZENO ZENCOVICH V., *Il risarcimento esemplare per diffamazione nel diritto americano e la riparazione pecuniaria ex art. 12 della legge sulla stampa*, in *Resp. civ. prev.*, 1983, 40 ss.;
- ZILLI A., *Addio “mobbing”, benvenuto “straining”: il mal di lavorare dannoso è sempre risarcibile, anche senza intento persecutorio*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 6, 1933 ss.;
- ZILLI A., *Demansionamenti vecchi e nuovi, tutti ricompresi nel Jobs Act*, in *Labor, il Lavoro nel diritto*, 2017, 3, 317 ss.;
- ZILLI A., *Il mobbing nel pubblico impiego contrattualizzato*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 5, 997 ss.;
- ZILLI A., *La “via della consapevolezza” porta al risarcimento del danno tanatologico*, in *Lav. giur.*, 2010, 12, 1219 ss.;
- ZIVIZ P., *Il danno non patrimoniale*, Giuffré, Milano, 2011, 307 ss.;
- ZOPPOLI I., *Abuso di dipendenza economica e lavoro autonomo: un microsistema di tutele in difficile equilibrio*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, 1, 97 ss.;
- ZULEEG M., *Gleicher Zugang von Männer und Frauen zu beruflicher Tätigkeit*, in *Recht der Arbeit*, 1984, 325-332;
- ZWEIGERT K., KÖTZ H., *Introduzione al diritto comparato*, Giuffré, Milano, II, 2011, 252 ss.

Sintesi.

Il tema delle funzioni della responsabilità civile è oggetto di ampio e risalente interesse da parte della dottrina civilistica e meno di quella giuslavoristica. Il diritto del lavoro ha, infatti, storicamente privilegiato i rimedi ripristinatori e promozionali a favore del lavoratore, anziché quelli risarcitori.

Negli ultimi anni si assiste ad un cambiamento radicale, di cui sono esemplificativi gli interventi del legislatore in materia di licenziamenti (l. 28 giugno 2012, n. 92 e d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23), che hanno condotto a una sensibile riduzione della tutela reintegratoria a favore di quella indennitaria, cui si ascrivono diverse funzioni. Alla disciplina sanzionatoria avverso i licenziamenti illegittimi si aggiungono numerose altre ipotesi – provenienti anche dal diritto antidiscriminatorio, oltre che dal diritto del lavoro – esemplificative di una tendenza espansiva della responsabilità civile, in risposta a istanze sanzionatorie e deterrenti, e non solo riparatorie.

Tale rilievo induce l'interprete a chiedersi se stiamo assistendo ad un ripensamento generale dell'istituto e delle sue funzioni.

Sollecitato dagli spunti che emergono dalle singole fattispecie legislative, l'obiettivo della presente ricerca è proprio quello di verificare l'esistenza della natura polifunzionale della responsabilità civile nel diritto del lavoro. In particolare, ci si chiede se tali ipotesi normative, nelle quali è rinvenibile una funzione prettamente deterrente e sanzionatoria dell'istituto, siano semplici eccezioni alla regola generale della funzione riparatorio-compensativa, poiché volte a rispondere a peculiarità del caso specifico, o se invece siano indicative dell'esistenza di un principio generale che amplia l'identità della responsabilità civile.

Conclusivamente, le diverse fattispecie analizzate dimostrano che la natura polifunzionale del risarcimento del danno è di fatto tesa a supplire alle mancanze del sistema e a rispondere alle istanze di giustizia sociale avvertite dai soggetti deboli, posta l'insussistenza

di validi rimedi alternativi, in un mondo in continuo e rapido mutamento. In quest'ottica, il risarcimento del danno assolve a una nuova funzione solidaristica, confermando il carattere pionieristico del diritto del lavoro.