

Caterina Mazzanti è dottoressa di ricerca in diritto del lavoro e assegnista di ricerca nel Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Udine.

Materiali di diritto del mercato del lavoro e delle relazioni industriali ordinati da

**MAURIZIO DEL CONTE, VALERIA FILÌ,
MICHELE TIRABOSCHI**

Collana della Fondazione ADAPT

Scuola di alta formazione in
Transizioni occupazionali e relazioni di lavoro

Euro 35,00

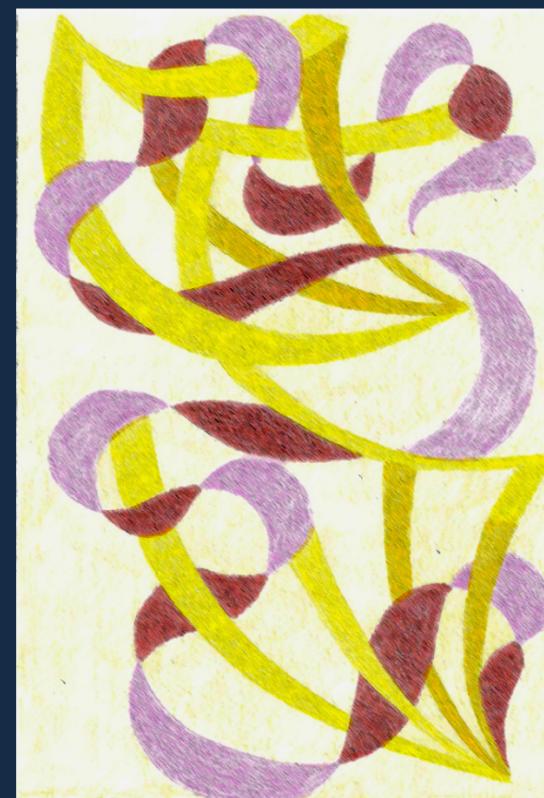


C. Mazzanti - **Risarcimento del danno polifunzionale e tutela del lavoratore**

Risarcimento del danno polifunzionale e tutela del lavoratore

di **Caterina Mazzanti**

con prefazione di **Mattia Persiani**



Il libro offre un contributo allo studio delle funzioni del risarcimento del danno nel diritto del lavoro, materia pionieristica, capace di intercettare il cambiamento sociale, contribuendo in modo innovativo al ripensamento di istituti classici civilistici. Lo studio parte dalla constatazione che il diritto del lavoro ha storicamente privilegiato i rimedi ripristinatori in favore dei lavoratori anziché quelli risarcitori. Nell'ultimo decennio si è, tuttavia, assistito ad una tendenza espansiva del risarcimento del danno che risponde a istanze non solo riparatorie, ma anche sanzionatorie e dissuasive, in relazione all'evoluzione sociale e ai bisogni emergenti. Si parla, al riguardo, di polifunzionalità del risarcimento, rispetto all'esistenza della quale la dottrina non è unanime.

L'indagine, che si sviluppa a partire dal diritto civile, si sofferma, con un approccio di tipo induttivo, sul terreno giuslavoristico, angolo visuale prescelto, ove esistono numerose ipotesi di risarcimento polifunzionale.

La ricerca è arricchita dalla prospettiva multilivello e dalla comparazione con l'ordinamento giuridico tedesco e austriaco, poco considerati rispetto al tema qui affrontato essendo, viceversa, forieri di interessanti riflessioni, stante la loro affinità con l'ordinamento italiano.

L'immagine di copertina – libera reinterpretazione realizzata Lavinia Serrani dell'opera di Giacomo Balla, Forme spaziali compenstrate – intende richiamare la pluralità e l'interrelazione delle prospettive analizzate dall'autrice, per approfondire il tema oggetto di questa pubblicazione. La stretta correlazione fra luce e movimento, cardine dell'estetica di Balla, esplica metaforicamente la necessità espressa in questo volume di muoversi attraverso una serie di interrogativi per poter far luce sullo stato attuale dell'istituto risarcitorio. L'opera di Balla si presta a molteplici punti di osservazione, invitando lo spettatore stesso a muoversi; in modo analogo, l'autrice propone di cambiare angolo visuale, per affrontare un tema da sempre studiato soprattutto dalla dottrina civilistica, con gli strumenti sviluppati dal diritto del lavoro, in particolare nell'ultimo decennio, al fine di adottare un cambio di prospettiva decisamente significativo, se non addirittura radicale.

**Materiali di diritto del mercato del lavoro e relazioni industriali
ordinati da MAURIZIO DEL CONTE, VALERIA FILÌ e MICHELE TIRABOSCHI**

**Collana della FONDAZIONE ADAPT – Scuola di alta formazione in
*Transizioni occupazionali e relazioni di lavoro***

Comitato scientifico internazionale di ADAPT

LENA ABRAHAMSSON (*Luleå University of Technology, Sweden*), GIUSEPPE BER-
TAGNA (*University of Bergamo, Italy*), JOHN BUDD (*University of Minnesota,*
USA), ALEXIS BUGADA (*Aix-Marseille University, France*), FEDERICO BUTERA
(*University of Milano-Bicocca, IRSO Foundation, Italy*), JESÚS CRUZ VILLALÓN
(*University of Seville, Spain*), MARC DE VOS (*Ghent University, Belgium*), RUTH
DUKES (*University of Glasgow, UK*), ANTHONY FORSYTH (*RMIT University, Au-*
stralia), BERNARD GAZIER (*University of Paris I Panthéon-Sorbonne, France*),
JOSÉ LUIS GIL Y GIL (*University of Alcalá, Spain*), JULIO ARMANDO GRISOLIA
(*National University of Tres de Febrero, Argentina*), THOMAS HAIPETER (*Uni-*
versity of Duisburg-Essen, Germany), JÖZSEF HAJDÚ (*University of Szeged, Hun-*
gary), THOMAS KOCHAN (*Massachusetts Institute of Technology, USA*), FELI-
CITY LAMM (*Auckland University of Technology, New Zeland*), LOURDES MELLA
MÉNDEZ (*University of Santiago de Compostela, Spain*), SHYNIA OUCHI (*Kobe*
University, Japan), DAIVA PETRYLAITE (*Vilnius University, Lithuania*), JUAN
RASO DELGUE (*University of the Republic, Uruguay*), WILLIAM ROCHE (*Univer-*
sity College Dublin, Ireland), ALFREDO SANCHEZ CASTANEDA (*National Auto-*
nomous University of Mexico, Mexico), MICHELE TIRABOSCHI (*Scientific coor-*
dinator of ADAPT, University of Modena and Reggio Emilia, Italy), ERIC TUC-
KER (*York University, Canada*), MANFRED WEISS (*Goethe University, Ger-*
many), ADRIAN WILKINSON (*Griffith University, Australia*)

@ 2023 ADAPT University Press (www.adapt.it)

ISBN 979-12-80922-17-5

Questo lavoro di ricerca è stato realizzato nell'ambito del Progetto di ricerca "PRIN WORKING POOR N.E.E.D.S.: New Equity, Decent work and Skills" (Bando PRIN 2017 PROT. 2017RTYN2N, Università degli Studi di Udine, P.I. Prof.ssa Marina Brollo).

Si ringrazia il Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università degli Studi di Udine.

I volumi pubblicati nella presente collana sono oggetto di *double blind peer review*, secondo un procedimento standard concordato dai Direttori della collana con il Comitato scientifico internazionale e con l'Editore, che ne conserva la relativa documentazione.

Risarcimento del danno polifunzionale e tutela del lavoratore

di
Caterina Mazzanti

con prefazione di
Mattia Persiani

A Violante

INDICE

<i>Prefazione di Mattia Persiani</i>	XVII
<i>Introduzione</i>	XXIII

CAPITOLO I IL RISARCIMENTO DEL DANNO COME PARADIGMA RIMEDIALE GIUSLAVORISTICO

1. L'istituto risarcitorio nel diritto del lavoro: divergenze funzionali rispetto all'impostazione classica civilistica	1
2. La polifunzionalità del risarcimento del danno: eccezione o ampliamento della regola?	5
3. Sintesi e rinvio al dibattito civilistico sulle funzioni della responsabilità civile.....	11
3.1. La teoria della monofunzionalità del risarcimento del danno	13
3.2. La teoria della polifunzionalità del risarcimento del danno	15
4. La metamorfosi giuslavoristica: la marginalizzazione del rimedio reintegratorio e l'espansione di quello risarcitorio.....	18
5. Il risarcimento nel prisma dell'effettività della tutela	23
6. Il problema della quantificazione del danno	29
6.1. La forfezzazione normativa del danno risarcibile	31
6.2. La rilevanza della condotta del danneggiante.....	33
7. Il limite del principio di legalità.....	35
8. Qualche osservazione conclusiva.....	38

CAPITOLO II
IL RISARCIMENTO DEL DANNO
COME STRUMENTO DI TUTELA DEL SOGGETTO DEBOLE
NEL RAPPORTO E NEL MERCATO DEL LAVORO

1. La semantica correlata alla tutela risarcitoria: una premessa terminologica e delimitazione del campo di indagine.....	43
1.1. <i>Segue</i> : la semantica correlata alla tutela risarcitoria nel diritto del lavoro tedesco.....	47
2. Il risarcimento del danno come sanzione: casi emblematici e profili critici.....	49
2.1. Il “danno minimo” previsto dall’articolo 18, comma 2, legge n. 300/1970 e dall’articolo 2, comma 2, decreto legislativo n. 23/2015 .	54
2.2. Abuso del contratto a termine e indennità risarcitoria nel rapporto di lavoro privato.....	57
2.3. <i>Segue</i> : ...e nel rapporto di lavoro alle dipendenze della PA	62
2.4. Il danno all’immagine della pubblica amministrazione cagionato dal dipendente.....	69
3. Il risarcimento del danno per la protezione del lavoratore non subordinato nello Statuto del lavoro autonomo e nel c.d. decreto <i>riders</i> .	74
3.1. Abuso di dipendenza economica e risarcimento del danno (articolo 3, legge n. 81/2017)	78
3.2. La violazione degli obblighi informativi e del requisito della forma scritta del contratto nell’articolo 47- <i>ter</i> , decreto legislativo n. 81/2015	82
3.3. Il problema dell’effettività della tutela risarcitoria del lavoratore non subordinato	83
4. Il danno non patrimoniale alla persona del lavoratore e l’annoso problema della (ir)risarcibilità del danno-evento	85
4.1. Il danno tanatologico del lavoratore	88
4.2. Il danno da demansionamento e alla dignità professionale	90
4.3. L’inadeguata adozione degli assetti organizzativi ai sensi dell’articolo 2086, comma 2, c.c.	98
4.4. Il <i>mobbing</i>	100
4.5. Lo <i>straining</i>	103

Indice

4.6. Il danno da superamento dei limiti orari del lavoro straordinario e da mancato godimento del riposo settimanale.....	107
4.7. Il danno da “superlavoro” e la violazione del diritto alla disconnessione.....	109
5. Il concorso tra tutela previdenziale e tutela risarcitoria	112
5.1. Esposizione della questione: concorso o <i>compensatio lucri cum damno?</i>	113
5.2. Assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e danno differenziale.....	113
5.3. Il cumulo tra pensione di reversibilità e risarcimento del danno.....	117
6. Risarcimento polifunzionale, liquidazione del danno e rendita vitalizia. I profili problematici e le proposte.....	119
6.1. Criteri giuslavoristici di quantificazione del risarcimento polifunzionale. Una proposta.....	122
6.2. La funzione riparatorio-compensativa del risarcimento del danno sotto forma di rendita vitalizia ai sensi dell’articolo 2057 c.c. Il confronto con l’ordinamento tedesco	123
7. Qualche considerazione conclusiva.	128

CAPITOLO III DISCRIMINAZIONI SUL LAVORO E RISARCIMENTO POLIFUNZIONALE

1. Il contributo dei <i>Principles of European Tort Law</i> al dibattito sulle funzioni del risarcimento del danno	135
2. La risposta sanzionatoria alle discriminazioni sul lavoro nella normativa europea	138
2.1. La proposta di direttiva 2021/93 del Parlamento europeo e del Consiglio per il rafforzamento del principio della parità di trattamento retributivo tra uomini e donne.....	142
2.2. La normativa italiana di recepimento delle direttive europee	144
3. La valorizzazione della polifunzionalità del risarcimento da parte della giurisprudenza eurounitaria e italiana	151
3.1. L’orientamento della Corte di giustizia dell’Unione europea	152
3.2. L’orientamento della giurisprudenza italiana	156

4. Il problema della quantificazione del risarcimento del danno da discriminazione	161
5. Spunti comparatistici sul tema della polifunzionalità della responsabilità civile. Il dibattito nel diritto tedesco secondo la prospettiva civilistica....	163
5.1. <i>Segue</i> : ...e del diritto antidiscriminatorio.....	165
6. Il dibattito nel diritto austriaco secondo la prospettiva civilistica... ..	171
6.1. <i>Segue</i> : ...e del diritto antidiscriminatorio.....	172
6.2. Le discriminazioni nell'accesso al lavoro.....	175
6.3. La mancata promozione del lavoratore per motivi discriminatori....	176
6.4. I rimedi contro le discriminazioni nell'accesso alla formazione e alla riqualificazione professionale	176
7. Una notazione conclusiva.....	178
 <i>Conclusioni</i>	 183
 <i>Bibliografia</i>	 191

PREFAZIONE

di Mattia Persiani

Caterina Mazzanti affronta con la sua monografia il problema di sapere in che senso e con quale efficacia il risarcimento del danno costituisce, e può costituire, una tutela adeguata a chi vive del proprio lavoro quando i suoi diritti e interessi sono stati lesi dal datore di lavoro.

Problema che, come risulta anche da una sommaria lettura, Caterina Mazzanti affronta non solo con la necessaria sensibilità, ma che risolve con una buona conoscenza del metodo giuridico e della disciplina nazionale e comunitaria così come sono state interpretate dalle rispettive giurisprudenze. A ciò si aggiunga il tratto, sicuramente originale, rappresentato sia dalla considerazione anche della problematica relativa al lavoro autonomo, sia dall'interessante confronto comparativo con le soluzioni adottate dagli ordinamenti austriaco e tedesco.

Per aiutare a comprendere le caratteristiche del contributo che Caterina Mazzanti fornisce allo studio della problematica affrontata, ritengo opportuno prendere le mosse da due considerazioni.

La prima considerazione è che, a partire dalla codificazione del 1942, il legislatore, per consentire la realizzazione della funzione dell'impresa che è quella di produrre reddito, ha attribuito al datore di lavoro poteri giuridici unilaterali ai quali fanno riscontro vere e proprie soggezioni del lavoratore e, in tal modo, ha derogato al diritto comune dei rapporti tra privati che, per antica tradizione, presuppone la parità delle posizioni giuridiche attribuite alle parti.

Fatto è che l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, sebbene abbia confermato con il riconoscimento della libertà di iniziativa privata economica la scelta del sistema di produzione capitalistico, ha imposto al legislatore di attenuare i poteri unilaterali che già erano stati attribuiti al datore di lavoro e, quindi, di ricercare un equilibrato temperamento tra l'interesse della produzione e la tutela dell'uomo che lavora.

Ed è così che il legislatore ha posto limiti sempre più penetranti, anche di natura procedimentale, all'esercizio dei poteri unilaterali del datore di lavoro sancendone la violazione con la nullità dei provvedimenti emessi nel loro esercizio.

Senonché, in alcuni casi, come quello dei provvedimenti disciplinari conservativi illegittimi, la nullità realizza già da sola una tutela efficace perché esclude l'esistenza giuridica della sanzione disciplinare che aveva leso i diritti del lavoratore.

Così non è, però, quando illegittimo è il provvedimento del datore di lavoro che, per motivi disciplinari o economici, determina l'estinzione del rapporto di lavoro.

Ed infatti, in questo caso, la nullità di quel provvedimento non assicura una tutela effettiva in quanto il ripristino del rapporto di lavoro è condizionato, nei fatti, dalla volontà del datore di lavoro che, per il principio *nemo ad factum cogi potest*, non è coercibile.

Il legislatore, prevedendo la reintegrazione del lavoratore in tutti i casi in cui fosse stato illegittimamente licenziato, ritenne di poter superare quel principio ancorché la dottrina più attenta ed avvertita avesse fatto presente che si trattava di una "tutela immaginaria" avente soltanto un "valore etico" perché sfornita degli strumenti processuali che avrebbero dovuto consentire l'esecuzione forzata dell'ordine del giudice.

Se mai, è da dire che, se la reintegra nel posto di lavoro non era realizzabile, il licenziamento illegittimo non estingueva, comunque, la obbligazione retributiva che, quindi, allo stesso modo dell'obbligazione di versare i contributi previdenziali continuava ad esistere fino alla reintegrazione.

La conseguenza è stata che la notevole durata dei processi appesantiva l'onere economico posto a carico del datore di lavoro che rifiutava di reintegrare il lavoratore illegittimamente licenziato con due ulteriori conseguenze.

Da un lato, il datore di lavoro poteva essere, nei fatti, indotto alla reintegrazione per ridurre, o evitare, quell'onere e, d'altro lato, sebbene continuasse a trattarsi di retribuzione, il danno causato dal licenziamento illegittimo avrebbe potuto, in alcuni casi, essere considerato adeguatamente risarcito.

Questa situazione, però, è stata radicalmente modificata quando, con la legge n. 92/2012 e il decreto legislativo n. 23/2015, non solo sono stati sensibilmente ridotti i casi in cui il lavoratore illegittimamente licenziato ha diritto alla reintegrazione, ma, allo scopo di garantire la "certezza dei costi", è stato previsto che, nella maggioranza dei casi, il datore di lavoro, non più tenuto alla reintegrazione, debba soltanto erogare una indennità

risarcitoria determinata nella sua misura minima e in quella massima in deroga a quanto disposto dall'articolo 1223 c.c.

Ed è appena il caso di ricordare che la stessa soluzione era stata adottata anche per il risarcimento dei danni determinati dall'illegittima apposizione di un termine ai contratti di lavoro subordinato.

La seconda considerazione che aiuta a comprendere le caratteristiche del contributo fornito da Caterina Mazzanti riguarda, più in generale, l'evoluzione subita nel secolo scorso dal concetto di responsabilità civile.

Ed infatti, da un lato, la tradizionale funzione punitiva del danno è stata sostituita da una funzione riparatoria o compensativa e, d'altro lato, è stato ricompreso nel concetto di responsabilità contrattuale anche il risarcimento dei danni non patrimoniali.

Estensione significativa perché ha consentito alla dottrina e alla giurisprudenza giuslavoristica di arricchire la tutela di chi vive del proprio lavoro prevedendo, in caso di inadempimento del datore di lavoro, anche il diritto al risarcimento dei danni alla persona e, cioè, del danno biologico, di quello alla salute e alla vita di relazione.

Anzi, l'affermazione della risarcibilità anche di danni non patrimoniali ha, a sua volta, comportato, sul finire del secolo scorso, la rapida ed improvvisa emersione di una responsabilità del datore di lavoro ulteriore rispetto a quella per inadempimento. Trattasi di quella responsabilità, si potrebbe dire, per abuso dei poteri unilaterali che costituisce il presupposto della tematica del *mobbing* e dello *straining*.

La conseguenza di tutto ciò è che, come avverte anche Caterina Mazzanti, il risarcimento del danno che un tempo era stato considerato con sospetto in quanto comporta la mercificazione della lesione di diritti essenziali, ha finito per svolgere un compito determinante nella tutela di chi vive del proprio lavoro quando subisce una violazione dei suoi diritti.

Compito che presuppone, però, che la tutela risarcitoria sia effettiva e, quindi, non assolva soltanto a quella che era la sua tradizionale funzione compensatoria, ma eserciti anche una funzione dissuasiva e, cioè, disincentivi comportamenti lesivi dei diritti di chi lavora.

Orbene, Caterina Mazzanti analizza le diverse funzioni che la tutela risarcitoria è chiamata ad assolvere e, al riguardo, esegue un interessante confronto con l'ordinamento tedesco e con quello austriaco anche con riguardo al diritto antidiscriminatorio.

Resta che la pluralità delle funzioni assegnate alla tutela risarcitoria determina l'importanza del problema della quantificazione del danno. Quantificazione rispetto alla quale Caterina Mazzanti ritiene di poter affermare

che, ai fini dell'effetto dissuasivo desiderato, sarebbe rilevante la condotta del danneggiante.

Una qualche attenzione è stata dedicata anche alla questione di sapere se, e in che limiti, la forfettizzazione del danno riduca, o addirittura escluda, l'effetto dissuasivo.

Al riguardo, Caterina Mazzanti ritiene che, se mai, un effetto dissuasivo è realizzato dalla previsione di una soglia minima dell'indennità risarcitoria, che esonera il lavoratore dall'onere di provare, sia l'esistenza di un danno risarcibile, sia che questo è conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento del datore di lavoro. Sia pure in modo molto sintetico Caterina Mazzanti affronta anche il problema di sapere se anche la previsione di un tetto massimo dell'indennità risarcitoria possa impedire l'effetto dissuasivo nella misura in cui costituisce una deroga *in pejus* alla regola del diritto comune che impone sia risarcita non solo la perdita subita, ma anche il mancato guadagno (articolo 1223 c.c.).

Viene, poi, affrontata la problematica del risarcimento dei danni subiti dai lavoratori autonomi e, in particolare, dei *riders*.

Al riguardo dei lavoratori autonomi, Caterina Mazzanti si sofferma sulle conseguenze che, nei casi di dipendenza economica, la legge riconduce all'abuso di posizione dominante e lamenta l'assenza di una soglia minima di risarcimento anche se segnala come i rimedi risarcitori sono affiancati dalla previsione di sanzioni amministrative.

Anche per i *riders* Caterina Mazzanti lamenta la mancata previsione di una soglia minima di risarcimento e, al tempo stesso, la preclusione alla possibilità di chiedere il risarcimento dei danni ulteriori rispetto al massimo previsto.

Nella trattazione successiva sono affrontati i problemi che potrebbero essere considerati i più significativi a cominciare da quello relativo alla risarcibilità del c.d. danno-evento rispetto al quale viene segnalata l'esistenza di residue perplessità giurisprudenziali con riguardo ai danni da demansionamento, da *mobbing* e da *straining*.

Segue, poi l'analisi dei problemi relativi al danno tanatologico, al danno derivante da demansionamento e dalla lesione della dignità professionale, dalla violazione dell'obbligo di sicurezza anche con riguardo alla carenza degli assetti organizzativi previsti dal nuovo secondo comma dell'articolo 2086 c.c., dal *mobbing* e dallo *straining*, dal superamento dei limiti orari del lavoro straordinario e dal mancato godimento del riposo settimanale, dal super lavoro e dalla violazione del diritto alla disconnessione.

In relazione a queste problematiche Caterina Mazzanti, da un lato, affronta anche le questioni derivanti dalla esistenza di una tutela previdenziale che

si aggiunge a quella risarcitoria e, d'altro lato, si occupa delle questioni relative al rapporto tra liquidazione del danno e rendita vitalizia anche nel confronto con l'ordinamento tedesco. Specialmente su questi ultimi aspetti Caterina Mazzanti formula interessanti considerazioni conclusive.

Particolare attenzione è dedicata anche alla problematica relativa al risarcimento dei danni derivanti dalla discriminazione.

Su questa problematica Caterina Mazzanti analizza con attenzione critica la disciplina eurocomunitaria (e, in particolare la proposta di direttiva 2021/93) e la normativa italiana di recepimento tenendo conto delle indicazioni risultanti dalla giurisprudenza comunitaria e da quella italiana. A ciò aggiunge un significativo confronto con la disciplina prevista dall'ordinamento tedesco e austriaco.

È, infine, affrontato il problema della quantificazione dei danni derivanti dalle discriminazioni sia con riguardo a quelle relative all'accesso al lavoro che a quelle consistenti nella mancata promozione e aventi ad oggetto l'accesso alla formazione e alla riqualificazione professionale.

In conclusione, ben può essere ritenuto che Caterina Mazzanti ha preso atto di ciò che, nella sostanza, la tutela risarcitoria oramai costituisce, o può costituire, se non il rimedio migliore rispetto agli eventuali inadempimenti del datore di lavoro, almeno il rimedio più efficace perché suscettibile di esecuzione forzata.