

I meccanismi di liquidazione del danno nel diritto del lavoro

d.ssa Tiziana Orrù, consigliere della Corte d'Appello sezione lavoro di Roma

sommario: Premessa; **(1)**. Il risarcimento del danno non patrimoniale pag. 2; **(2)**. La personalizzazione del danno pag. 4; **(3)**. I criteri di liquidazione del danno esistenziale o professionale pag. 8; **(4)**. I criteri di liquidazione del danno biologico e morale pag. 9; **(5)** La liquidazione del danno pag. 15; **(6)**. Il danno differenziale pag. 20; **(7)**. Il danno da perdita della vita pag. 31; **(8)**. Il risarcimento del danno patrimoniale pag. 34.

Premessa

In un convegno sul danno nel diritto del lavoro dedicare uno spazio ai criteri di liquidazione significa avere ben chiare le difficoltà di giudici e avvocati nella materia risarcitoria del danno alla persona.

La liquidazione si pone alla conclusione di un percorso logico argomentativo volto a dimostrare la sussistenza del danno e presuppone la delimitazione teorico-dogmatica e fattuale del caso particolare esaminato.

Il percorso inizia con l'individuazione esatta dell'oggetto della pretesa prosegue con la illustrazione e la valutazione del materiale probatorio e termina con la determinazione quantitativa del danno, realizzando così la giustizia del caso concreto.

Siamo in un settore dell'ordinamento fortemente soggetto al dinamismo creativo dell'elaborazione giurisprudenziale dove la correttezza della soluzione rischia talvolta di rimanere nascosta dietro formule ed espressioni astratte dalle quali fatica ad emergere la realtà del *decisum*.

Spesso gli operatori del diritto dedicano tutte le energie a risolvere il problema preliminare della responsabilità e arrivano stremati alla fase liquidatoria pensando di poter affidare tutto il compito al c.t.u.

Al contrario anche nel momento finale della liquidazione è importante valorizzare le allegazioni i fatti e le prove che emergono dal processo.

E' necessario rappresentarsi una gerarchia dei valori offesi dall'illecito mettendo al centro della valutazione risarcitoria la persona reale ed i suoi diritti senza affidare tutta la decisione al c.t.u. e alle tabelle.

E' necessaria una valutazione motivata di ogni caso. *Altrimenti a cosa serve il giudice? Basterebbe un semplice liquidatore per calcolare i danni.*

-1-

Il risarcimento del danno non patrimoniale

In una riflessione dedicata alla materia risarcitoria è necessario innanzitutto ricordare che un unico evento lesivo può determinare una pluralità di conseguenze dannose di natura patrimoniale e non patrimoniale.

E' perciò sempre bene distinguere nella domanda risarcitoria quale ristoro si intende ottenere (patrimoniale, non patrimoniale o entrambi) in modo tale che il giudice, nel procedere alla liquidazione, possa distinguere il risarcimento del danno patrimoniale da quello non patrimoniale.

I problemi maggiori riguardano la liquidazione del danno non patrimoniale a causa della pluralità di pregiudizi potenzialmente derivanti alla persona da un unico evento dannoso.

Il risarcimento del danno non patrimoniale viene rappresentato, solitamente, come utilità sostitutiva: con funzioni variabili satisfattiva – dissuasiva -punitiva. Su quest'ultimo fronte devono essere evidenziati i relevantissimi interventi della giurisprudenza di merito e di legittimità che hanno ricostruito il danno alla persona intesa nei suoi molteplici aspetti e possibili pregiudizi (salute, personalità, esistenza, sofferenza morale, professionalità) e hanno elaborato-con riguardo al danno biologico- la figura del danno differenziale.

La fabbrica, l'azienda o qualsiasi luogo di lavoro costituiscono infatti, un ambiente potenzialmente produttivo di lesioni e patologie fisiche e psichiche che possono avere una grave ripercussione sull'esistenza del lavoratore, sia a causa delle condizioni spazio-temporali in cui si svolge l'attività lavorativa, che in ragione delle relazioni che inevitabilmente ogni lavoratore intrattiene quotidianamente con i colleghi e con i superiori.

Come ricordato delle Sezioni Unite del 2006 n° 6752 nel rapporto di lavoro subordinato non viene in rilievo solo il momento dello scambio di prestazioni (prestazione di lavoro/compenso ma anche la forte valenza esistenziale di tale rapporto contrattuale con il diretto coinvolgimento del lavoratore non solo come creditore/debitore di prestazioni ma anche come persona che va tutelata nei suoi valori fondamentali (salute e personalità morale) anche perché il lavoro è una occasione di realizzazione della personalità.

Le alterazioni del corretto svolgimento del rapporto possono infatti provocare scompensi psico-fisici della persona del lavoratore e sconvolgimenti della sua vita quotidiana, anche negli aspetti relazionali, privando o alterando le modalità e le occasioni con le quali il lavoratore esprime all'esterno la sua personalità.

Tutti questi pregiudizi, possono trovare un ristoro nell'ambito della categoria del danno non patrimoniale attraverso il risarcimento del danno biologico che individua il pregiudizio alla salute nei suoi aspetti statici e dinamici, del danno esistenziale che riguarda il pregiudizio oggettivo, inteso quale modifica della qualità della vita, delle scelte di vita, di relazioni interpersonali, del danno morale che individua il pregiudizio soggettivo, ossia il dolore, la sofferenza, il patema d'animo transeunte e non.

Ciascuna conseguenza dannosa patrimoniale e non patrimoniale può verificarsi singolarmente o combinata con altre dando luogo, in quest'ultimo caso, a problematiche risarcitorie a lungo discusse in dottrina e in giurisprudenza.

La liquidazione è fondata su criteri di natura squisitamente equitativa (art. 1226 c.c. con riferimento all'illecito contrattuale) secondo cui se il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare, è liquidato dal giudice con valutazione equitativa.

I metodi di liquidazione delle singole voci che possono comporre il danno non patrimoniale (danno biologico, danno esistenziale e danno morale) sono ormai ancorati a parametri di valutazione equitativa abbastanza standardizzati quali ad esempio i criteri tabellari per il danno biologico ed il danno morale ed il criterio retributivo per il danno esistenziale o professionale.

Il giudice ha l'onere di determinare l'incidenza del pregiudizio subito sulla persona del lavoratore in base alla gravità della lesione subita dai singoli beni (salute, personalità morale, professionalità) facendo riferimento allo stato di malattia denunciata, alla sofferenza psichica descritta o al pregiudizio alla vita e alla professionalità lamentati.

In sostanza risulta indispensabile per il giudice di merito evitare la motivazione oscura ossia quella motivazione che non consente di ricostruire anche in punto di quantificazione in che modo ed in base a quali elementi si sia formato un determinato convincimento e si sia giunti alle conseguenziali statuizioni.

Altra accortezza da seguire per rendere chiara la liquidazione è sicuramente quella di evidenziare -all'interno dell'unica quantificazione- le singole poste eventualmente utilizzate per la personalizzazione del danno distinguendole per voci.

Solo in questo modo è possibile dare conto in maniera precisa dell'eventuale adattamento e rimodulazione degli *standards* di liquidazione alle peculiarità delle singole fattispecie sulla base delle specifiche richieste, delle allegazioni e delle prove esistenti agli atti.

In concreto possono presentarsi al giudice una molteplicità di variabili difficilmente prevedibili nella loro completezza in quanto dipendenti dalla ricorrenza in concreto di pregiudizi assolutamente non omologabili in relazione ad eventi lesivi simili.

Così da una dequalificazione professionale o anche da un infortunio sul lavoro, possono derivare danni alla salute, danni esistenziali e danni morali non solo in misura diversa, ma anche in diversa composizione.

-2-

La personalizzazione del danno

Per ordinare un quadro confuso e caratterizzato da incertezze definitorie che si ripercuotevano sugli aspetti risarcitori con frequente duplicazione dei diversi pregiudizi non patrimoniali la giurisprudenza è approdata alle note sentenze delle sezioni unite del 11.11. 2008 n. 26972 - n. 26975 che costituiscono un punto cruciale nell'elaborazione delle tipologie di danno non patrimoniale

risarcibile e si collocano come un momento di riordino del sistema attraverso la definizione di una serie di punti fermi:

1.- l'elaborazione di una nozione di ingiustizia del danno collegata alla lesione di diritti inviolabili della persona.

2.- la previsione della risarcibilità ancorata alla serietà della lesione ed alla gravità del danno (con esclusione dei c.d. danni bagatellari).

3.- la risarcibilità del danno non patrimoniale anche in caso di inadempimento contrattuale pur sempre nei limiti della lesione di diritti inviolabili della persona.

4.- la riaffermazione della necessità di allegare e provare, anche in via presuntiva, il pregiudizio subito (già s.u. n.6572/2006).

5.- l'unitarietà della nozione di danno non patrimoniale.

Quest'ultimo aspetto è particolarmente rilevante proprio nel momento dell'accertamento e della liquidazione, in termini monetari, dei pregiudizi subiti, soprattutto con riferimento al danno esistenziale e a quello morale.

Le sezioni unite n° 6572/2006 hanno definito il **danno esistenziale** come quel pregiudizio di natura non meramente emotiva ed interiore, ma oggettivamente accertabile provocato sul fare areddittuale del soggetto, che alteri le sue abitudini e gli assetti relazionali propri, inducendolo a scelte di vita diverse quanto all'espressione e realizzazione della sua personalità nel mondo esterno.

Se ne è sottolineata la natura non meramente emotiva ed oggettivamente accertabile attraverso l'allegazione e la prova di scelte di vita diverse da quelle che si sarebbero adottate se non si fosse verificato l'evento dannoso.

Le sezioni unite del 2008 hanno ricondotto il danno esistenziale ad una componente del danno non patrimoniale risarcibile, oltre che nelle ipotesi di reato ovvero in quelle espressamente previste dalla legge, anche nel caso in cui la lesione investa in maniera grave un diritto inviolabile della persona oggetto di tutela costituzionale.

La successiva giurisprudenza della Suprema Corte ha sostanzialmente confermato il quadro di riferimento definito nel 2008, puntualizzando che il danno esistenziale è una componente descrittiva del danno non patrimoniale con valenza meramente nominalistica ed insuscettibile di autonoma qualificazione, da liquidare secondo i criteri di personalizzazione.

Qualche particolare specificazione è stata invece adottata dalla Suprema Corte con riferimento al danno morale che a partire da Cass. 30 dicembre 2011 n. 30668 ha chiarito che: *il danno morale appartiene ad una categoria autonoma e distinta dal danno biologico, entro l'ampio genere del pregiudizio non patrimoniale; il profilo*

morale del danno non patrimoniale è, dunque, autonomo e non può certo considerarsi scomparso "per assorbimento" all'interno dell'onnicomprendivo danno biologico tabellato.

E' inoltre da evidenziare che l'evoluzione giurisprudenziale risulta sempre più orientata a fare risaltare le caratteristiche di ciascuna voce di danno nel tentativo di descriverne le specificità al fine di addivenire ad una liquidazione sempre più attenta e vicina alle caratteristiche del caso concreto.

In particolare la Suprema Corte insiste sulla necessità di personalizzazione del risarcimento.

Così nelle motivazioni di Cass. 687/2014 e Cass. 17006/2014 viene sottolineato che danno biologico e danno morale incidono su due momenti essenziali della sofferenza dell'individuo e che la liquidazione del danno morale con criterio equitativo deve tener conto di tutte le circostanze del caso concreto. In particolare Cass. n.687/2014 (richiamando espressamente Cass. n. 4043/2013) precisa che il danno conseguente ad una sofferenza psichica, ove imputato a danno biologico oltre che al danno morale, integra una errata duplicazione del risarcimento *a meno che non si sia inteso riferirsi "a pregiudizi diversi"*.

Qualche esempio concreto rende forse più facile la comprensione del complicato meccanismo di liquidazione dei danni non patrimoniali.

Una recente sentenza della sezione lavoro (Cass. n.21917del 2014), investita della domanda di risarcimento del danno morale ed esistenziale, iure proprio e iure hereditatis, chiesto dagli eredi di un lavoratore deceduto a seguito di una malattia contratta in servizio ed a causa del lavoro svolto afferma che il danno morale, pur costituendo un pregiudizio non patrimoniale al pari di quello biologico, non è ricompreso in quest'ultimo e va liquidato autonomamente, in ragione della differenza ontologica esistente tra tali danni che corrispondono a due aspetti differenti: il dolore interiore e la significativa alterazione della vita quotidiana. Pur ricordando che si tratta in tutti i casi di richiesta di risarcimento di danni non patrimoniali (così che non è necessaria la proposizione di una specifica domanda relativa a tutti i singoli aspetti risarcitori, purché le peculiarità di tali danni risultino, seppur presuntivamente, provate: Cass. 23147/2013), con riferimento specifico al danno morale del *de cuius* - per effetto del lento progredire della malattia e della crescente consapevolezza del suo esito infausto - precisa *che si tratta di voce risarcitoria distinta rispetto al danno biologico subito dal lavoratore, riguardando specificamente le sofferenze psicofisiche del danneggiato e non le conseguenze invalidanti dell'integrità psicofisica dello stesso.* Si tratta di un pregiudizio non patrimoniale al pari di quello biologico ma non è ricompreso in quest'ultimo e va liquidato autonomamente in ragione della differenza ontologica esistente tra di essi.

Ed ancora, il danno c.d. "catastrofale" (così definita la sofferenza patita dalla vittima dell'evento dannoso che vede approssimarsi la perdita della propria

vita) è, per la Corte di Cassazione, danno diverso da quello c.d. “tanatologico” connesso alla perdita della vita in sé come massima espressione del bene salute. Con una rivoluzionaria sentenza **Cassazione civile , sez. III, sentenza 23.01.2014 n° 1361** la Corte di Cassazione ha riconosciuto per la prima volta il danno per la perdita della vita (la questione tuttavia è ora al vaglio delle Sezioni Unite, essendo stata rimessa dalla stessa terza sezione civile, con ordinanza 5056/2014 del 5/2/2014). Nella premessa la Corte fa una attenta ricognizione delle opzioni interpretative in punto di danno non patrimoniale, e, ai fini che qui interessano, conferma l’esistenza della triade costituita dai pregiudizi di natura esistenziale, morale e biologico, sia pure non come categoria di danni a sé, ma come aspetti descrittivi, ancorchè *ontologicamente diversi* (a prescindere dalla nomenclatura utilizzata), della unica categoria del danno non patrimoniale, secondo le note sentenze gemelle delle Sez. Unite del 2008.

La sentenza , valutando tutte le poste del danno non patrimoniale, sottolinea come **il danno morale** ha natura complessa perché ha riguardo sia alla sofferenza soggettiva (il perturbamento dello stato d’animo) cagionata dal reato in sé considerata, sia alla lesione della dignità della persona. Il giudice perciò non fa bene il suo mestiere se, chiamato a liquidare i due aspetti del danno, ne consideri uno soltanto, ove nell’offesa recata ad un soggetto sia implicata anche la dignità della persona. Perché appunto si tratta di un diverso aspetto del danno, *avente un autonomo e specifico rilievo*. La Corte evidenzia in proposito che è “*escluso che il valore della integrità morale possa stimarsi in una quota minore del danno biologico*” e che si possa fare ricorso a meccanismi semplificativi di tipo automatico.

Con riferimento al **danno esistenziale**, afferma esplicitamente che “*al contrario di quanto da alcuni dei primi commentatori sostenuto e anche in giurisprudenza di legittimità a volte affermato deve escludersi che le Sezioni Unite del 2008 abbiano negato la configurabilità e la rilevanza a fini risarcitori anche del c.d. danno esistenziale*”.

<<.....gli aspetti o voci di danno non patrimoniale non rientranti nell'ambito del danno biologico, in quanto non conseguenti a lesione psico- fisica, ben possono essere definiti come esistenziali, attenendo alla sfera relazionale della persona, autonomamente e specificamente configurabile allorquando la sofferenza e il dolore non rimangano più allo stato intimo ma evolvano, seppure non in "degenerazioni patologiche" integranti il danno biologico, in pregiudizi concernenti aspetti relazionali della vita v. Cass., Sez. Un., 11/11/2008, n. 26972. Nel senso che il danno biologico può sostanziarsi nel "danno alla salute" che risulti "il momento terminale di un processo patogeno originato dal medesimo turbamento dell'equilibrio psichico che sostanzia il danno morale soggettivo, e che in persone predisposte da particolari condizioni (debolezza cardiaca, fragilità nervosa, ecc.), anzichè esaurirsi in un patema d'animo o in uno stato di angoscia transeunte, può degenerare in un trauma fisico o psichico permanente, alle cui conseguenze in termini di perdita di qualità personali, e non semplicemente al pretium doloris in senso stretto, va allora commisurato il i risarcimento", v. già Corte Cost., 27/10/1994, n. 372).>>

La sentenza studia i rapporti tra le diverse voci del danno esistenziale, biologico e morale confermando “l'autonomia” della prima voce *rispetto sia alla nozione di danno morale elaborata dall'interpretazione giurisprudenziale (e successivamente recepita dal legislatore) sia a quella normativamente fissata di danno biologico (a tale stregua cogliendosi una sicura diversità con quanto al riguardo indicato dalla norma del Codice delle assicurazioni).*

Quanto al danno biologico la Cassazione, richiamando le Sez. Un. 26972/2008, gli attribuisce portata tendenzialmente, (e quindi da verificare alla stregua dei casi concreti) omnicomprensiva rispetto alla sofferenza morale, ma non certamente rispetto al danno morale relativo alla offesa della dignità della persona.

“La diversità ontologica dei suindicati aspetti (o voci) di cui si compone la categoria generale del danno non patrimoniale impone che, in ossequio al principio (delle Sezioni Unite del 2009 assunto ad assioma) della integrità del risarcimento dei danni, in quanto sussistenti e provati, vengano tutti risarciti e nessuno sia lasciato privo di ristoro”.

Emerge evidente come rimanga a tale stregua invero sostanzialmente osservato il principio dell'integralità del ristoro, sotto il suindicato profilo della necessaria considerazione di tutti gli aspetti o voci in cui la categoria del danno non patrimoniale si scandisce nel singolo caso concreto, non essendovi in realtà differenza tra la determinazione dell'ammontare a tale titolo complessivamente dovuto mediante la somma dei vari "addendi", e l'imputazione di somme parziali o percentuali del complessivo determinato ammontare a ciascuno di tali aspetti o voci

Queste riflessioni effettuate dalla Corte appaiono legittimare in pieno l'orientamento giurisprudenziale che procede alla liquidazione del danno differenziale con il metodo c.d. del “posta per posta”.

Analogamente il danno esistenziale da perdita del rapporto parentale relativo ad alterazioni dell'esistenza futura del familiare superstite va tenuto distinto dal danno morale che riguarda le mere sofferenze psichiche derivanti dal lutto e va liquidato autonomamente senza che si incorra in pericoli di duplicazioni.

Si tratta a ben vedere di figure o meglio di voci di danno non patrimoniale che assumono connotazioni definite che implicano liquidazioni personalizzate sempre più dettagliate nella ricerca di una effettiva ed integrale ristorazione del danno.

Di recente (Cass. n. 1361 del 2014), in sostanziale condivisione dei principi già espressi da (Cass. 14402/11) ha sottolineato che *“duplicazioni risarcitorie si configurano solo allorché lo stesso aspetto (o voce) viene computato due o più volte, sulla base di diverse, meramente formali, denominazioni, laddove duplicazioni non sussistono in presenza della liquidazione dei molteplici e diversi aspetti negativi causalmente derivanti dal fatto illecito o dall'inadempimento e incidenti sulla persona del danneggiato/creditore.”*

L'analisi giurisprudenziale in sostanza fa emergere la assoluta necessità per il giudice del lavoro di procedere alla liquidazione del danno attraverso una

personalizzazione dell'incidenza del pregiudizio evitando le tanto temute duplicazioni.

Si tratta così di trovare il giusto equilibrio tra una congrua valorizzazione delle peculiarità del caso concreto ed una certa omogeneità di valutazione di fattispecie simili tenendo presente che *la liquidazione equitativa del danno è inevitabilmente caratterizzata da un certo grado di approssimazione ed è censurabile in sede di legittimità sotto il profilo del vizio di motivazione solo se difetti totalmente la giustificazione che quella statuizione sorregge, o macroscopicamente di discosti dai dati di comune esperienza o sia radicalmente contraddittoria.* (Cass. 12318/2010 e da ultimo Cass. 15530/2014: *essendo l'equità il contrario dell'arbitrio, la liquidazione equitativa operata dal giudice di merito è sindacabile in sede di legittimità (solamente) laddove risulti non congruamente motivata, dovendo di essa "darsi una giustificazione razionale a posteriori).*

-3-

I criteri di liquidazione del danno esistenziale o professionale

In questi casi la giurisprudenza è solita fare riferimento al criterio retributivo rapportato all'entità del pregiudizio subito, sul presupposto che trattandosi di liquidazione di un danno sorto in ambito lavorativo, la retribuzione possa essere un valido parametro di riferimento.

Nel caso di liquidazione di danni alla professionalità o meramente esistenziali, solitamente la liquidazione, avviene, attribuendo una percentuale della retribuzione -variabile in relazione alla gravità del danno patito- valutata con riferimento alla durata della lesione alla sua intensità e agli ulteriori elementi eventualmente sussistenti nel caso concreto quali ripercussioni sulla vita di relazione oltre che su quella lavorativa.

Si tratta di un vero e proprio giudizio di valore, rimesso alla discrezionalità del giudice che deve però essere sempre congruamente motivato facendo riferimento a tutti gli elementi di fatto riscontrati e dimostrati. *Il giudice, nell'esercizio dei propri poteri discrezionali nella valutazione equitativa del danno, deve rispettare i principi di adeguatezza e proporzione nonché quello di parità di trattamento e, affinché la liquidazione non risulti arbitraria, deve fornire in sentenza l'indicazione delle ragioni del processo logico sul quale essa è fondata.* (Cass. 15883/2014)

-4-

I criteri di liquidazione del danno biologico e morale

Più complessa e articolata è la liquidazione del danno biologico e di quello morale.

Tra i diversi parametri elaborati nel tempo dalla giurisprudenza per la liquidazione equitativa di tali danni, il più utilizzato è senz'altro, l'utilizzo delle tabelle ossia il criterio del punto di invalidità desunto dai precedenti giudiziari

dell'ufficio di merito di riferimento che consente una facilitazione motivazionale ed un' astratta uniformità di trattamento.

Di recente, nel tentativo di dare ulteriore concretezza all'esigenza di omogeneità dei criteri di valutazione utilizzati dai diversi tribunali sulla base di tabelle locali redatte avvalendosi di *standards* valutativi profondamente difforni sul territorio nazionale, la Corte di Cassazione con le sentenze n. 12408/2011 e n. 14402/2011 ha assunto a parametro per la liquidazione del danno non patrimoniale le tabelle elaborate presso il Tribunale di Milano in considerazione della diffusa applicazione sul territorio nazionale tanto da far assumere alle stesse la valenza, in linea generale, di parametro di conformità della valutazione equitativa del danno biologico di cui agli artt. 1226 e 2056 c.c.. Nell'elevare a parametro generale di liquidazione equitativa i c.d. aspetti relazionali propri del danno non patrimoniale si è altresì considerato che le tabelle milanesi tengono conto pure del c.d. "danno esistenziale", vale a dire dell'alterazione/cambiamento della personalità del soggetto che si estrinsechi in uno sconvolgimento dell'esistenza, e cioè in radicali cambiamenti di vita.

Il criterio di applicazione delle tabelle milanesi non è tuttavia assoluto, registrandosi diversità di orientamenti. Un indirizzo giurisprudenziale di legittimità successivo ha anzi sollevato dubbi sul carattere vincolante delle tabelle. In particolare, Cass. civ., 23 gennaio 2015, n. 1361, cit., ha argomentato diffusamente, concludendo per *l'illegittimità dell'apposizione di una limitazione massima non superabile alla quantificazione dei danni alla persona*. "è oramai da tempo acquisita la condivisione dell'assunto che il principio dell'integrale risarcimento del danno non può subire restrizione quando è in discussione la tutela dei diritti fondamentali ed individuali della persona (Cfr. Corte Cost. 485/1991) e che alla inderogabilità di tale tutela debba conseguire, come è stato osservato in dottrina, una consequenziale personalizzazione dei pregiudizi che tenga conto delle modalità del caso concreto e della sua specificità al fine di pervenire ad una totale restaurazione della persona", si sottolinea, **e questa non è una novità**, che di tale personalizzazione deve essere dato atto nella motivazione della sentenza e che il giudice del merito, pur non essendo tenuto a supportare la sua decisione con una motivazione minuziosa e particolareggiata, deve nella valutazione equitativa di detti danni *ex artt. 1226 e 2059 cc*, individuare dei validi criteri di giudizio parametrati alla specificità del caso da esaminare e, conseguentemente, funzionalizzati ad una "personalizzazione" del risarcimento di detti danni.

Si precisa anche, **e questa mi sembra esser la particolarità**, che tale personalizzazione non è conseguibile attraverso *standards* valutativi delle tabelle normative (di cui all'art. 13 del d.lgs n.38 del 2000 e degli artt. 138 e 139 del d.lgs n. 209 del 2005 e successive modifiche) o di quelle del Tribunale di Milano, che pure hanno trovato riconoscimento nella giurisprudenza di legittimità.

Continua la Corte osservando che il “principio della personalizzazione del danno non patrimoniale” e, in primo luogo, del danno morale soggettivo richiede un’attenta valutazione delle singole ed individuali situazioni esistenziali in cui versa il danneggiato ed un esame delle possibili ricadute delle sofferenze sulla salute anche psichica dello stesso.

Ciò determina la necessità di un graduale aggiornamento delle tabelle e, si nota nella decisione, la materia risulta difficilmente adattabile ai criteri di quantificazione da queste previsti.

In sostanza se ne riscontra il limite per essere queste volte ad equiparare danni che, invece, per loro natura devono rimanere differenziati.

Se tale indicazione dovesse trovare ulteriori conferme alcune delle certezze (per qualcuno intese come rigidità) acquisite anche attraverso l’opera mediatrice di interpretazione della Cassazione, mostrerebbero evidenti limiti e riemergerebbero dubbi forse mai sopiti.

Alcune pronunce di merito motivano espressamente sull’uso di tabelle diverse da quelle di Milano.

In tema di quantificazione del danno biologico, il principio secondo cui l’equità, come criterio di liquidazione va intesa non solo come regola del caso concreto ma anche come parità di trattamento, può trovare applicazione anche attraverso l’utilizzo dei parametri contenuti nelle tabelle (nel caso di specie, quelle applicate a Roma), elaborata in relazione alla media dei risarcimenti liquidati in loco, secondo un sistema di risarcimento (non standardizzato, come quello milanese, con limitati spazi di personalizzazione) in cui viene individuato un valore base del danno biologico (secondo indici parametrati all’età ed i postumi riportati) che rimane fisso e che viene tuttavia integrato, in un’ottica di ampia personalizzazione, attraverso il potere equitativo del giudice che non può prescindere dal caso concreto e dai fatti allegati e provati nel procedimento (Trib. Roma sez. XII n° 522 del 13.01.2015).

Il caso più semplice, sotto il profilo risarcitorio è sicuramente quello della sussistenza di un danno biologico eventualmente accompagnato dalla presenza di pregiudizi esistenziali e/o morali.

Normalmente in questo caso si procede alla liquidazione del danno biologico attraverso l’utilizzo delle tabelle che prevedono una personalizzazione del danno per età e per percentuale di danno accertato.

Una ulteriore personalizzazione potrà quindi essere realizzata nel caso in cui sia dimostrata ed allegata l’esistenza di pregiudizi esistenziali e morali diversi e/o maggiori a quelli già risarciti con il punto tabellare che normalmente fa riferimento al criterio della sofferenza media.

Di fondamentale importanza è quindi lo studio preventivo dei criteri tabellari utilizzati e del loro confronto con l’accertamento concreto dei pregiudizi subiti dal danneggiato.

Il ricorso alle tabelle semplifica il lavoro del giudice che normalmente si attiene ai risultati della c.t.u., ove congruamente motivata, e liquida l'ammontare indicato dalle tabelle sulla base dell'età del lavoratore al momento della lesione. Tale ammontare dovrà quindi essere personalizzato sulla base delle percentuali indicate dalle tabelle per le voci in esse non ricomprese. L'importo complessivo non necessita di ulteriore attualizzazione e gli accessori maturano quindi dalla data della sentenza.

Il grado di invalidità permanente espresso da un "barème" medico legale esprime la misura in cui il pregiudizio alla salute incide su tutti gli aspetti della vita quotidiana della vittima, restando preclusa la possibilità di un separato ed autonomo risarcimento di specifiche fattispecie di sofferenza patite dalla persona, quali il danno alla vita di relazione e alla vita sessuale, il danno estetico e il danno esistenziale. Soltanto in presenza di circostanze specifiche ed eccezionali, tempestivamente allegate dal danneggiato, le quali rendano il danno concreto più grave, sotto gli aspetti indicati, rispetto alle conseguenze ordinariamente derivanti dai pregiudizi dello stesso grado sofferti da persone della stessa età, è consentito al giudice, con motivazione analitica e non stereotipata, incrementare le somme dovute a titolo risarcitorio in sede di personalizzazione della liquidazione. (Cass. 23778/2014)

In questi termini anche il quesito da sottoporre al c.t.u. deve essere il più particolareggiato possibile in modo da ricomprendere, a seconda delle specificità del caso concreto, quante più variabili possibili.

Il quesito da porre al c.t.u. riguarda sostanzialmente l'accertamento della malattia, la data di insorgenza, il nesso causale o concausale, e le conseguenze in termini di invalidità, temporanea (assoluta e parziale) e permanente.

-5-

Liquidazione del danno

Le considerazioni che precedono mostrano senza dubbio che il giudice nel procedere alla liquidazione deve procedere quanto più possibile alla c.d. "personalizzazione" del danno così da garantire l'integralità del ristoro spettante al danneggiato.

Come detto occorre innanzitutto individuare la tipologia di danno da risarcire quindi si dovrà utilizzare lo strumento equitativo prescelto adattandolo quanto più possibile alla fattispecie concreta.

Nel caso si tratti di danno biologico è necessario accertare innanzitutto il sistema normativo applicabile perché il d.lgs. 38/00 che ha reso indennizzabile dall'Inail il danno biologico è applicabile per tutti gli infortuni verificatisi dopo il 8/8/2000, e per le malattie professionali denunciate dopo tale data – cfr. art. 13, c. 2 D.Lgs 38/2000, D.M. 12/7/2000, art. 73, comma 3 L. 23/12/00, n. 388, e art. 1, comma 2 D.Lgs. 19/4/01, n.202.

-A-

Nel sistema previgente sotto la vigenza del T.U. 1124/65 l'assicurazione obbligatoria per gli infortuni e le malattie professionali, indennizzava l'inabilità permanente o temporanea del lavoratore intesa quale riduzione, causata dalla lesione infortunistica, della capacità di continuare a produrre i mezzi adeguati alle esigenze della vita (art. 38, comma 2 Cost), e cioè della capacità di lavoro e di guadagno.

Per la determinazione del grado percentuale di invalidità si aveva riguardo alla riduzione dell'”attitudine di lavoro” e non già alla compromissione dell'integrità psicofisica; b) il danno era forfettizzato “ex lege” per il ricorso a retribuzioni convenzionali e perché il guadagno dell'infortunato aveva rilievo solo entro determinati minimali e massimali; c) le prestazioni previdenziali erano corrisposte, anziché per equivalente, nella forma della rendita vitalizia; d) al di fuori dell'invalidità permanente competevano prestazioni solo per il caso di inabilità temporanea assoluta e non parziale e l'indennità giornaliera, che spettava per l'inabilità temporanea, era correlata al guadagno dell'infortunato.

L'inabilità costituiva pertanto una nozione diversa dal danno alla persona.

Il danno alla salute del lavoratore per infortunio o malattia professionale intervenuto prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 38/00 va quindi valutato in maniera articolata in relazione alle prestazioni stabilite dall'Inail tra le quali non rientra il risarcimento del danno biologico che resta totalmente a carico del datore di lavoro e che dovrà quindi essere liquidato dal giudice tenendo conto in via esclusiva dei criteri di liquidazione equitativa di natura civilistica.

Nella giurisprudenza di legittimità è prevalsa la tesi secondo cui *il danno biologico non è valutabile in alcun modo in sede di assicurazioni contro gli infortuni sul lavoro, essendo essa volta esclusivamente ad indennizzare la riduzione o la perdita della capacità lavorativo-reddituale degli assicurati* (cfr. Cass. 25 luglio 1991, n. 8341; Cass. 4 dicembre 1992, n. 12911; Cass. 6 maggio 1994, n. 4412; Cass. 4 ottobre 1994, n. 8054; Cass. 15 settembre 1995, n. 9761; Cass. 6 dicembre 1995, n. 12569; Cass. 30 dicembre 1997, n. 13126; Cass. 22 gennaio 1998, n. 605).

In sintesi la Corte di Cassazione non si è posta il problema, affrontato da alcuni giudici di merito, della eventuale individuazione del “ quantum” di danno biologico che, essendo collegato alla perdita o riduzione della capacità lavorativa generica, poteva ritenersi già ricompreso nel trattamento previdenziale.

-B-

D.L.gs. 23 febbraio 2000, n.38

L'art. 13 del D.L.gs. 23 febbraio 2000, n.38 1- *in via sperimentale* definisce il danno biologico ai fini della tutela dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali; 2-stabilisce un indennizzo del danno biologico conseguente ad infortunio o malattia professionale, purchè la menomazione sia di grado pari o superiore al 6%, prevedendo una

corresponsione di denaro in capitale per le menomazioni ricomprese tra un 6% ed un 16% , e l'erogazione di una rendita per le menomazioni superiori al 16%; 3-stabilisce una rendita per indennizzare le conseguenze patrimoniali derivanti da menomazioni di grado pari o superiori al 16%; 4- stabilisce la predisposizione di tabelle di indennizzo del danno biologico e tabelle dei coefficienti da utilizzarsi per la determinazione dell'indennizzo del danno patrimoniale, indicando quale autorità competente per la loro predisposizione il Ministro del lavoro e della previdenza sociale, che opererà su delibera del consiglio di amministrazione dell'INAIL; 5- prevede l'applicabilità, per quanto non previsto dal d.l.gs, della normativa del testo unico, in quanto compatibile .

L'art. 13 cit., al primo comma definisce ai fini della tutela dell'assicurazione obbligatoria INAIL, il danno biologico *come la lesione all'integrità psicofisica, suscettibile di valutazione medico legale, della persona*. Precisa poi che *le prestazioni per il ristoro del danno biologico sono determinate in misura indipendente dalla capacità di produrre del reddito dal danneggiato*. In tal modo viene recepito legislativamente l'orientamento della Corte Costituzionale e della giurisprudenza di merito e di legittimità che hanno fino ad ora considerato il danno biologico come il danno al bene primario della salute, tutelato dall'art. 32 Cost., non avente natura patrimoniale, ma suscettibile di quantificazione in termini monetari.

Ai fini indennitari può essere preso in considerazione soltanto il danno alla persona che si traduce nella accertata perdita dell'integrità psico-fisica e nelle conseguenti limitazioni della possibilità di continuare ad esplicare gli atti ordinari della vita comune, cioè quel danno che, a parità di sesso, età e lesione, è uguale per qualsiasi soggetto.

Per contro, non possono assumere rilievo diverse componenti del danno, quali il danno esistenziale, all'immagine, estetico, che sono correlate alle specifiche abitudini di vita del soggetto leso e si riducono ad un coacervo di ipotesi non suscettibili di "reductio ad unum" perché necessitano di rigorosa prova caso per caso e sono inoltre insuscettibili di liquidazione predeterminata attraverso un sistema parametrico.

Al comma 2, lett.a), allorchè viene indicata la modalità di indennizzo del danno biologico, facendo riferimento ad una *tabella delle menomazioni* di nuova costituzione, il legislatore fornisce indicazioni ulteriori per comprendere in cosa consiste il danno alla salute, prevedendo che la tabella di calcolo dell'indennizzo sia *comprensiva degli aspetti dinamico-relazionali*.

In sintesi, l'art. 13 abolisce la rendita per inabilità permanente e al suo posto prevede:

- nessun indennizzo per gradi di menomazione inferiori al 6% (franchigia);
- indennizzo in capitale del solo danno biologico per gradi di menomazioni pari o superiori al 6% ed inferiori al 16%;
- indennizzo in rendita per gradi di menomazione pari o superiori al 16%, di cui una quota per danno biologico ed una ulteriore quota aggiuntiva per conseguenze patrimoniali delle menomazioni.

Gli strumenti attraverso i quali si attua il nuovo sistema di indennizzo sono le tre tabelle previste dall'art. 13, comma 2, punti a) e b) ed approvate con il Decreto Ministeriale 12 luglio 2000, n. 119, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 172 del 25/7/2000, serie generale, e cioè:

a) la “Tabella delle menomazioni” che contempla tutti i quadri menomativi derivanti da lesioni e/o da malattie, comprendendovi gli aspetti dinamico-relazionali. Questa tabella sostituisce le tabelle sia dell'industria che dell'agricoltura allegate al Testo Unico che contemplavano solo menomazioni incidenti sulla attitudine lavorativa. Il grado della menomazione accertato e valutato applicando la nuova tabella delle menomazioni costituisce la base di calcolo sia per l'indennizzo del danno biologico in capitale o in rendita, che per la determinazione della ulteriore quota di rendita per l'indennizzo delle conseguenze patrimoniali;

b) la “Tabella indennizzo danno biologico”, che contiene le misure del ristoro economico del danno biologico dal 6% al 100%. Tale indennizzo, pur essendo determinato sempre con gli stessi criteri, viene erogato in capitale per gradi di invalidità pari o superiori al 6% ed inferiori al 16%, ed in rendita a partire dal 16%;

c) la “Tabella dei coefficienti”, attraverso i quali si calcola la percentuale di retribuzione da prendere in riferimento per il calcolo dell'ulteriore quota di rendita che ristora le conseguenze patrimoniali derivanti, in via presuntiva, dalla menomazione a partire dal 16%.

I principi sui quali è impostata la “Tabella indennizzo danno biologico” sono tre:

- 1- l'indennizzo è areddituale, prescinde cioè dalla retribuzione dell'assicurato, in quanto la menomazione in sé produce lo stesso pregiudizio alla persona per tutti gli esseri umani;
- 2- l'indennizzo è crescente al crescere della gravità della menomazione in misura più che proporzionale sia in termini assoluti che in termini relativi. Infatti, al crescere della percentuale di invalidità, aumenta il peso di ciascun punto percentuale aggiuntivo, in quanto va ad incidere su di un quadro clinico maggiormente compromesso;
- 3- l'indennizzo è variabile in funzione dell'età (decrese al crescere dell'età) e del sesso (tiene conto della maggiore longevità femminile). Infatti l'indennizzo in capitale deve essere proporzionato alla durata della residua vita nel corso della quale deve ristorare il pregiudizio della menomazione.

Si tratta dei principi del c.d. “sistema a punto variabile” che è quello seguito da molti Tribunali per il risarcimento civilistico del danno biologico da fatto illecito.

Il valore finanziario del punto base unitario (“punto INAIL”), è stabilito in £. 1.600.000 (ora €. 826,33), e cresce in misura progressiva all'aumentare del grado.

Per quanto attiene all'età, gli importi dell'indennizzo sono modulati in undici classi quinquennali sulla base dell'andamento delle speranze di vita riscontrate per la collettività degli infortunati INAIL.

La tabella prevede indennizzi differenziati per i due sessi (superiori per le femmine), in ragione della maggiore longevità delle donne.

La “Tabella indennizzo danno biologico” per gradi di menomazioni pari o superiori al 6% ed inferiori al 16% si applica come una tabella a “doppia entrata” : una volta accertato il grado dei postumi, l’importo dell’indennizzo è determinato dall’incrocio tra la riga del grado stesso e la colonna della classe di età, distintamente per maschi e per femmine.

Per quanto riguarda l’età da prendere in riferimento, il comma 2, lettera a), dispone che si deve considerare l’età dell’assicurato al momento della guarigione clinica, e cioè alla data di cessazione del periodo di inabilità temporanea assoluta.

Nei casi in cui non esiste un periodo di inabilità temporanea assoluta (ad es. in diverse fattispecie di malattie professionali), deve essere presa a riferimento l’età dell’assicurato al momento della ricezione della denuncia.

Ai sensi del comma 9, se l’assicurato al quale è riconosciuto l’indennizzo in capitale del danno biologico decede prima che tale indennizzo sia stato corrisposto, è dovuto un indennizzo proporzionale al tempo trascorso tra la data della guarigione clinica e la morte.

Si tratta dell’applicazione del principio di carattere generale secondo il quale l’indennizzo in capitale deve essere proporzionato alla durata della residua vita nel corso della quale deve ristorare il pregiudizio della menomazione, principio che sta alla base della differenziazione dell’indennizzo in relazione all’età. E’ perciò consequenziale che in caso di morte prima della erogazione della prestazione si debba corrispondere un indennizzo rapportato alla effettiva durata della sopravvivenza del danneggiato, e non quello indicato nella “Tabella indennizzo danno biologico”, costruito utilizzando parametri statistici.

Si osserva, peraltro, che la norma riguarda solo la fattispecie in cui la morte sopravviene prima della corresponsione dell’indennizzo, con la conseguenza che se l’importo liquidato in capitale è stato corrisposto e regolarmente riscosso, questa disposizione non si applica.

Gli infortunati o tecnopatici con postumi di grado pari o superiore al 16% hanno diritto primariamente all’indennizzo del danno biologico e, in aggiunta, ad un ulteriore indennizzo per le conseguenze patrimoniali della menomazione. Entrambi gli indennizzi sono corrisposti in forma di rendita vitalizia che, pur essendo unitaria, è composta di due quote in relazione alla diversa natura e alle conseguenti differenze delle modalità di calcolo.

La quota di rendita per l’indennizzo del danno biologico è quella indicata nella parte della “Tabella indennizzo danno biologico” riferita a gradi di menomazioni pari o superiori al 16%.

Va precisato che gli indennizzi del danno biologico relativi ai gradi di invalidità di cui si tratta sono stati determinati con gli stessi criteri utilizzati per i gradi inferiori, e quindi sono anche essi di natura aritmetica e crescenti con il crescere della gravità della menomazione in misura più che proporzionale sia in termini assoluti che relativi. In questo caso, però, la tabella non è articolata per

fasce di età e per sesso e riporta un solo valore di rendita annua in corrispondenza di ciascun grado di menomazione. Ciò non significa che si perdano le relative specificità : queste incidendo sulla durata della rendita vitalizia determinano automaticamente la diversificazione dell'importo complessivo dell'indennizzo (ad esempio, un soggetto di 20 anni percepirà la prestazione per un tempo verosimilmente più lungo di un soggetto di 50 anni, con un conseguente maggiore importo dell'indennizzo complessivamente corrisposto).

Una volta determinata la quota di rendita annuale per danno biologico, ad essa va aggiunta una seconda quota per l'indennizzo delle conseguenze patrimoniali, che viene calcolata ai sensi dell'art.1, comma 1 D.Lgs 19/4/01, n.202, emanato in virtù dell'art. 78, comma 26, lett.b) L.23/12/00, n.388 (il quale ultimo, modificando l'art. 55, comma 2 L.17/5/99, n.144, dispone che entro due anni dalla data di entrata in vigore del D.Lgs 38/00 possono essere emanate disposizioni correttive ed integrative del decreto medesimo), moltiplicando la retribuzione, determinata con le modalità e i criteri del Testo Unico, per il coefficiente di cui alla "tabella dei coefficienti" e per il grado percentuale di menomazione.(Il testo originario degli ultimi due periodi del comma 2 lett.b) dell'art. 13 D.Lgs 38/00 prevedevano invece che la quota di rendita fosse liquidata con le modalità e i criteri di cui all'art. 74 T.U., e cioè rapportando il grado della menomazione valutata sulla base della tabella delle menomazioni alla retribuzione calcolata secondo le disposizioni dell'art. 116 e 120, sulla base delle aliquote di cui all'allegato n.7).

L'importante innovazione introdotta dall'art. 13 D.Lgs. 38/2000 è costituita dal fatto che la retribuzione , ferma restando la sua preliminare riconduzione, ove occorra, al minimale o massimale di legge, non viene considerata per intero (salvo che in precisi e determinati casi), ma viene assunta in una misura percentualmente ridotta in funzione della gravità della menomazione, e della sua incidenza sulla capacità lavorativa del lavoratore di produrre reddito attraverso il lavoro. Questa operazione viene effettuata utilizzando appunto l'apposita "Tabella dei coefficienti".

Quest'ultima tabella è finalizzata a determinare uno dei fattori che incidono sulla quantificazione dell'indennizzo delle conseguenze patrimoniali della menomazione (gli altri fattori sono la retribuzione, il grado di menomazione accertato sulla base della nuova "tabella delle menomazioni").

In un sistema indennitario di tutela sociale la determinazione e la quantificazione delle conseguenze patrimoniali della menomazione avviene attraverso parametri fissati per legge, non essendo possibile la prova caso per caso, né essendo il sistema finalizzato a risarcire il danno nell'esatta misura in cui si è verificato. Pertanto la "Tabella coefficienti" è stata costruita dal legislatore con criteri che prescindono dalle specifiche e contingenti peculiarità delle effettive modalità di svolgimento dell'attività lavorativa, né delle concrete condizioni socio-economiche del mercato del lavoro.

Testualmente il D.M. 12/7/2000 recita : *Ai fini della presente Tabella si intende per categoria di attività lavorativa di appartenenza dell'assicurato il complesso delle attività*

adeguate al suo patrimonio bio-attitudinale-professionale (cultura, età, sesso, condizione psicofisica, esperienze lavorative, ecc.); si intende per ricollocabilità dell'assicurato la possibilità che le residue capacità psicofisiche siano utilizzabili per attività lavorative anche mediante interventi di supporto e ricorso a servizi di sostegno.

In questa chiave vanno interpretati ed applicati i concetti espressi dal D.M. di *attività svolta*, *categoria di appartenenza*, e *ricollocabilità*.

Con circolare n. 57 del 4 agosto 2000 la Direzione Generale dell'INAIL ha fornito una prima interpretazione del dato normativo, specificando che per *attività svolta* va preso in considerazione il tipo di attività nelle sue *generali connotazioni*, indipendentemente dalle condizioni contingenti e peculiari dell'organizzazione del lavoro in cui in concreto il danneggiato operava; per *categoria di appartenenza* quella che va rapportata al complesso delle attività adeguate, generalmente configurate; per *ricollocabilità* occorre avere riguardo esclusivamente alle *potenzialità lavorative del soggetto*, tenendo conto anche dei risultati degli interventi riabilitativi effettuati né dei benefici che il soggetto può ricavare dagli interventi di supporto ambientali e dai servizi di sostegno effettivamente fruibili.

La Tabella contiene una predeterminazione dei coefficienti in relazione a fasce di gradi di menomazione: Fascia A, *la menomazione non pregiudica gravemente né l'attività svolta né quelle della categoria di appartenenza*, (menomazione dal 16% al 25%); Fascia B, *la menomazione pregiudica gravemente o impedisce l'attività svolta, ma consente comunque altre attività della categoria di appartenenza anche mediante interventi di supporto e ricorso a servizi di sostegno*, (menomazione da 26% a 50%); Fascia C, *la menomazione consente soltanto lo svolgimento di attività lavorative diverse da quella svolta e da quelle della categoria di appartenenza, compatibili con le residue capacità psicofisiche anche mediante interventi di supporto e ricorso a servizi di sostegno*, (menomazione da 51% ad 85%); Fascia D, *la menomazione impedisce qualunque attività lavorativa, o consente il reimpiego solo in attività che necessitano di intervento assistenziale permanente, continuativo e globale*, (menomazione da 86% a 100%). Questa suddivisione in fasce sottende la presunzione che, con il crescere della menomazione, aumenti l'incidenza della menomazione stessa sulla capacità dell'infortunato di produrre reddito.

Tale presunzione, al fine di personalizzare l'indennizzo, può essere superata, con adeguata motivazione medico-legale, mediante l'attribuzione, in particolari casi, di un coefficiente previsto per una fascia di gradi superiore (cfr. D.M. 12/7/2000: *E' consentito, con motivato parere medico-legale, sia in sede di prima valutazione dei postumi che in sede di revisione, attribuire o confermare il coefficiente previsto per una fascia di grado superiore.*

Per l'applicazione di un coefficiente superiore a quello predeterminato per legge in via presuntiva, occorre attenersi ai principi ed ai concetti di "attività svolta", "categoria di appartenenza" e "ricollocabilità" così come sopra illustrati.

Si richiama l'attenzione sui seguenti aspetti:

- è consentito attribuire coefficienti indicati in una fascia di gradi superiore ma non inferiore;

- è possibile attribuire, sempre motivatamente, un coefficiente indicato in una qualunque delle fasce superiori e, quindi, non necessariamente in quella immediatamente superiore;
- in sede di revisione è possibile attribuire un più alto coefficiente per la prima volta, se non è già stato attribuito in precedenza; se invece lo è stato. È necessario che sia espressamente confermato o revocato;
- per retribuzioni inferiori al minimale o superiori al massimale di legge, il coefficiente va applicato rispettivamente al minimale e al massimale.

-6-

Il danno differenziale

Le difficoltà di liquidazione aumentano qualora il pregiudizio alla salute subito dal lavoratore sia suscettibile di essere indennizzato dall'Inail secondo le regole previste dall'art. 13 d.lgs e abbia determinato altresì ulteriori conseguenze dannose di natura non patrimoniale e/o patrimoniale.

Recentemente la Corte di Cassazione con la sentenza n° 777/2015 ha ammesso la risarcibilità, già quasi unanimemente riconosciuta dai giudici di merito, del danno differenziale. Il fondamento è da ricercare nelle differenze strutturali e funzionali tra indennizzo assicurativo e risarcimento del danno civilistico: l'indennizzo a carico dell'Inail consiste in un ristoro, erogato al lavoratore, che non copre l'intero danno; la differenza tra l'entità dell'indennizzo ed il completo risarcimento del danno biologico, consiste, appunto, nel danno differenziale, che è posto a carico del datore di lavoro.

A tal fine è importante sottolineare che il principio cardine della risarcibilità del danno differenziale è la sopravvivenza nell'ordinamento della regola dell'esonero prevista dall'art. 10 co. 7° D.P.R. n. 1124/65, per cui *"quando si faccia luogo a risarcimento, questo è dovuto solo per la parte che eccede le indennità liquidate"*.

L'affermazione consente di giustificare non solo la possibile esistenza del danno differenziale, ma anche di determinare la sua possibile ampiezza desumibile per differenza da quanto l'Inail, con l'azione di regresso, può ripetere dal datore di lavoro responsabile del danno indennizzato o indennizzabile al lavoratore.

Il danno differenziale può quindi consistere in una mera differenza tra il danno biologico quantificato in termini civilistici e l'indennizzo liquidato o liquidabile dall'Inail (danno supplementare)

Oppure può consistere (anche) in una serie di danni detti complementari in quanto compresi nel risarcimento civilistico, ma esclusi dall'indennizzo Inail che quindi restano sempre e comunque a totale carico del datore di lavoro.

Si tratta del danno morale, del danno esistenziale, dell'eventuale personalizzazione del danno biologico, del danno biologico temporaneo e

ovviamente del danno biologico permanente al di sotto della soglia indennizzabile.

Qualche problema di ordine processuale:

a) P'ammissibilità del danno differenziale quantitativo.

Certamente più serie sono le problematiche di ordine processuale che possono aprirsi a seguito della proposizione da parte del lavoratore di tale azione, dovendosi anzitutto indagare i rapporti che intercorrono tra l'azione avente ad oggetto il danno differenziale e quella avente ad oggetto l'indennizzo sociale. Si è già rilevato, al riguardo, che tutto il sistema assicurativo è costruito sulle caratteristiche di normale immediatezza e di tendenziale priorità logica e temporale dell'indennizzo rispetto al risarcimento: non casualmente anche l'articolo 10, comma 6, nel disciplinare l'azione avente ad oggetto il danno differenziale stabilisce che non si fa luogo a risarcimento qualora il giudice riconosca che questo non ascende a somma maggiore dell'indennità che, per effetto del presente decreto, è liquidata all'infortunato o ai suoi aventi causa, aggiungendo al comma successivo che questo è dovuto solo per la parte che eccede l'indennità liquidate a norma dell'articolo 66 e seguenti.

Non mi pare, però, che attraverso il riferimento alle indennità liquidate il legislatore abbia inteso subordinare l'azionabilità del danno differenziale alla preventiva liquidazione dell'indennizzo, che pure rappresentando l'ipotesi normale non costituisce, tuttavia, condizione necessaria ai fini della sua esperibilità.

In tal senso depongono, anzitutto, il riferimento testuale al fenomeno della liquidazione secondo le norme del decreto, ossia un criterio virtuale di ricostruzione contabile dell'indennizzo, ben diverso dal chiaro riferimento alle "somme pagate" a titolo di indennità operato ai fini del regresso, nel quale la effettiva corresponsione delle indennità costituisce una condizione espressa dell'azione di rivalsa.

Sotto tale profilo l'autonoma azionalità del danno differenziale non può risultare preclusa dalla omessa denuncia da parte del datore di lavoro ovvero del lavoratore dell'infortunio o della malattia professionale, così come non può essere esclusa, in via di principio, dal mancato riconoscimento dell'indennizzo in sede giudiziale a seguito, a titolo esemplificativo, di accoglimento dell'eccezione di prescrizione avanzata dell'istituto assicuratore.

In entrambe le ipotesi il lavoratore potrà chiedere il danno differenziale ed il giudice - previo accertamento incidentale della misura dell'indennizzo cui lo stesso avrebbe avuto diritto - e ponendolo a confronto con il danno biologico spettante in base alle regole risarcitorie ordinarie dovrà quantificare, in presenza degli altri presupposti di cui si dirà di seguito, il danno differenziale, decurtando dal secondo l'importo del primo ai sensi dell'art. 1227 c.c..

b) gli oneri di allegazione ai fini della valida instaurazione del giudizio:

Su questo punto deve registrarsi difformità di opinioni nella giurisprudenza di merito. Secondo una prima impostazione l'azione di danno differenziale, siccome connotata da specialità, oltre che da diversità di petitum e di causa petendi sia rispetto a quella avente ad oggetto il danno biologico - indennizzo, sia rispetto alla ordinaria azione risarcitoria, deve essere corredata dall'allegazione di una serie di elementi imprescindibili, qualificati come fatti costitutivi ciascuno dei quali deve formare oggetto, ai sensi dell'art. 414 cod. proc. civ., di specifica allegazione della parte.

Non condivido la necessità di simile rigorismo ed a tal fine mi pare opportuno rammentare che a seguito dell'illecito si producono diversi tipi di pregiudizi: uno di questi è il danno biologico che è unitario nella sua essenza giacché diverse sono solo le sue dimensioni quantitative e qualitative che il legislatore ha ritenuto di dovere graduare diversamente in relazione alle differenti funzioni assolute dai due istituti e dai diversi soggetti preposti alla loro corresponsione.

Se così è, allora non mi pare che l'azione del lavoratore, il quale dopo aver allegato l'esistenza del rapporto di lavoro, la violazione da parte datore degli obblighi di natura prevenzionale specifici o generici ai sensi dell'articolo 2087 c.c., l'esistenza del danno ed il nesso causale tra la predetta violazione ed il danno, possa essere rigettata in difetto di qualsivoglia istruzione nel merito.

Al contrario, la allegazione nel ricorso introduttivo di un fatto integrante in astratto, così nei suoi presupposti oggettivi che soggettivi, un reato perseguibile di ufficio è, a mio avviso, sufficiente a incardinare validamente la causa per danno biologico nei confronti del datore di lavoro, radicando nel giudice il potere - dovere di dar corso all'istruttoria attraverso l'accertamento anzitutto dell'esistenza del fatto reato e poi, superato positivamente tale accertamento, dell'esistenza in concreto di un danno differenziale.

E' certo, in altri termini, che il danneggiato debba formulare nell'atto introduttivo del giudizio una ricostruzione, quanto più dettagliata possibile, dell'ambiente di lavoro e delle circostanze di fatto che hanno caratterizzato la verifica dell'evento infortunio ovvero la insorgenza della malattia professionale; non mi pare invece necessario che sussista un onere di precisa indicazione della norma preventiva in concreto violata (oltre al generico rinvio all'art. 2087 c.c.) ogni qual volta dalla espositiva del ricorso sia comunque agevole individuare la fonte dell'obbligo contravvenuto sia per il giudice, in base al potere - dovere di qualificazione giuridica della fattispecie, sia per il datore di lavoro che, proprio entro i limiti della proposta ricostruzione del fatto, sarà poi tenuto, ai sensi dell'art. 1218 c.c. a dimostrare di avere adottato tutte le cautele esigibili e che, ciò non di meno, l'evento dannoso si è verificato per causa a lui non imputabile.

Per fare degli esempi se io allego che l'infortunio è avvenuto mentre operavo in quota senza far uso di fune di sicurezza o trattenuta direi che sto allegando la violazione dell'art. 10 del D.P.R. 7 gennaio 1956 n. 164; se deduco che mi sono infortunato nell'eseguire una incombenza di manutenzione pericolosa su

macchinari nel giorno del sabato senza la presenza di superiori gerarchici o preposti della società direi che sto implicitamente allegando la violazione dell'art. 4 del D.P.R. 27 aprile 1955 n. 547; ancora se allego di essermi infortunato mentre spostavo manualmente ed in assenza di alcun piano di lavoro con altri colleghi una cabina elettrica del peso di 700 Kg. che, per effetto di uno sbilanciamento dovuto al fatto di avere i maggiori gravi concentrati verso l'alto, aveva finito poi per travolgermi mi pare che sto implicitamente denunciando la violazione dell'art. 48 del D. Lgs n. 626 del 1994.

Il che comporta, sul piano processuale, che una volta fornita dal lavoratore la prova della effettiva sussistenza della ricostruzione del fatto storico allegato compete, poi, al datore di lavoro, ai sensi dell'art. 1218 c.c., dimostrare di avere adottato tutte le cautele necessarie (e, quindi, per stare agli esempi dianzi citati, di avere fornito a tutti i lavoratori impegnati nel cantiere la fune di sicurezza e di aver vigilato costantemente sull'uso di tale dispositivo, di avere organizzato il lavoro affinché anche in quella giornata le operazioni di manutenzione fossero eseguite in squadra ed alla presenza del diretto superiore responsabile, infine di non avere potuto movimentare la cabina elettrica in modo meccanico, come previsto dalla norma, solo per ristrettezza degli spazi ma di avere provveduto alla predisposizione dei piani di lavoro atti a ridurre al minimo il rischio di incidenti nello spostamento manuale dei carichi) e che ciò non ostante l'evento dannoso si è comunque verificato per fatto a lui non imputabile.

Una volta acclarata la responsabilità del datore di lavoro, il dedotto accertamento in ordine al danno differenziale esistenziale non può ritenersi precluso dalla natura non puntuale delle allegazioni fornite dal ricorrente in ordine all'avvenuta liquidazione o meno dell'indennizzo sociale atteso che la predetta indagine, attenendo ai limiti di fondatezza quantitativa della domanda azionata, deve essere svolta d'ufficio dal giudice.

Indagine quest'ultima che, come detto, il giudice può condurre con utilizzazione dei suoi poteri ufficiosi attraverso l'espletamento del libero interrogatorio del danneggiato, richiesta di informazioni scritte all'INAIL sulla misura della prestazione eventualmente erogata, accertamento tramite consulenza tecnica del valore dell'indennizzo cui il lavoratore avrebbe avuto diritto qualora l'avesse richiesto, con decurtazione se del caso del medesimo ai sensi dell'art. 1227 c.c., in vista dell'eventuale accoglimento della domanda nei limiti del danno differenziale effettivamente sussistente.

È pacifico che, stante l'assoluta diversità delle cause aventi ad oggetto l'indennizzo, da un lato, con quella di danno differenziale, dall'altro, nella causa promossa dal lavoratore ai sensi dell'articolo 10 del testo unico non sussistono ipotesi di litisconsorzio necessario tra INAIL e datore di lavoro e che la eventuale chiamata in causa dell'istituto, per motivi di opportunità, ai sensi dell'art. 270 cod. proc. civ. resta affidata alla discrezionalità del giudice.

c) L'accertamento del requisito del reato procedibile d'ufficio.

Altro aspetto processuale problematico riguarda i criteri di accertamento in sede civile di un reato perseguibile d'ufficio.

Occorre premettere che **sul piano oggettivo** le ipotesi di reato che vengono più frequentemente in rilievo sono le fattispecie penali incriminatrici dell'omicidio colposo e quella delle lesioni colpose gravi o gravissime con violazione di norme di prevenzione degli infortuni, dell'igiene sul lavoro o che abbiano cagionato una malattia professionale (art. 590 ultimo comma), essendo le lesioni lievi procedibili a querela di parte e, come tali, soggette sempre alla regola dell'esonero ex art. 10 comma 4.

E' noto, al riguardo, che la violazione dell'art. 2087 c.c. come norma prevenzionale, avente carattere generale e sussidiario e di chiusura dell'ordinamento, è pacificamente ritenuta idonea a fondare l'addebito di colpa a carico del datore di lavoro anche in sede penalistica ai sensi dell'articolo 43 codice penale e, quindi, ad integrare la fattispecie del reato di cui all'art. 590 c.p. (cfr. per tutte Cass. 12 febbraio 2000 n. 1579 ed in senso conforme già Corte Costituzionale 26 maggio 1981 n. 74).

La questione nevralgica consiste tuttavia nello stabilire attraverso quali modalità l'accertamento di tale colpa debba avvenire in sede civile, se con la regola presuntiva prevista dall'articolo 1218 del codice civile in materia di responsabilità contrattuale ovvero con i più rigidi meccanismi di accertamento previsti dalla responsabilità penale, i quali richiedono, viceversa, che il requisito della colpa, quale elemento costitutivo del reato, sia provato nel caso concreto senza ricorso ad alcun meccanismo presuntivo, con la conseguente assoluzione dell'imputato nei casi in cui la stessa non venga provata al di là di ogni ragionevole dubbio.

Sul punto l'orientamento non è univoco né in dottrina né in giurisprudenza.

In dottrina prevale l'opinione che in sede civilistica l'accertamento della colpa deve essere effettuato alla stregua dei meccanismi presuntivi stabiliti dall'articolo 1218, così come avviene per tutti i danni complementari estranei alla regola dell'esonero di cui all'articolo 10 del testo unico. Tale conclusione si fonda su un'interpretazione evolutiva dell'articolo 10 del T.U., coerente con la lettura costituzionalmente orientata dei danni non patrimoniali alla persona formulata dalla Cassazione fin dal 2003, al fine di non esporre la tutela dei danni non patrimoniali del lavoratore infortunato o tecnopatico a restrizioni non vevoli per gli altri cittadini e quindi, a possibili violazioni degli articoli 2, 3 e 32 della Costituzione.

A tal fine utilizza il principio di diritto affermato dalla Cassazione con sentenza n. 7282 del 12 maggio 2003, con la quale è stata ritenuta non ostativa alla risarcibilità in sede civile del danno morale subiettivo nella ipotesi di cui all'art. 2054 c.c., pur in assenza dell'accertamento dell'esistenza del reato in sede penale, la circostanza che lo stesso fosse riscontrato con i meccanismi di accertamento presuntivi previsti dalla norma suddetta.

Proprio l'estensione di tale principio – per identità di ratio – anche all'interpretazione dell'articolo 10 del T.U. n. 1124/1965 consente di operare l'accertamento della colpa del reato in sede civile con i meccanismi presuntivi

previsti dall'articolo 1218 c.c., vieppiù in considerazione della circostanza che il danno dipendente da un determinato illecito è sempre lo stesso sia che processualmente risulti connotato da un accertamento positivo sulla sussistenza della colpa ovvero la stessa debba essere considerata sussistente in via presuntiva, per effetto della mancanza di prova liberatoria da parte dell'autore del danno, ed, inoltre, del fatto che ciò che viene in gioco in sede civile sono solo gli effetti civili della condotta del danneggiante e che la finalità del processo civile non riposa nell'esigenza di punire il colpevole ma di garantire il diritto al risarcimento integrale del danno del soggetto leso.

D'altra parte il ragionamento operato dalla Cassazione del 2003 non solo costituisce diritto vivente, ma ha ottenuto l'avallo anche della Corte Costituzionale che con sentenza n. 233 del 2003, proprio sulla scorta della predetta interpretazione evolutiva dell'art. 2059 c.c., ha escluso che la norma prevedesse una disciplina del danno non patrimoniale configgente con gli artt. 2, 3 e 32 Cost.?

Questa impostazione risulta allo stato recepita da un costante indirizzo della Corte di Cassazione, la quale sia con riferimento al danno differenziale di cui all'art. 10 del T.U. sia con riguardo all'azione di regresso (ossia materia soggetta ad identici principi almeno sotto il profilo della necessità dell'accertamento del fatto reato ai fini della caduta della regola dell'esonero), ha in modo pressoché sistematico affermato che, ai fini dell'accertamento del fatto reato richiesto dall'art. 10 e 11 del T.U., è sufficiente il riscontro della responsabilità ex art. 2087 c.c. del datore e dei suoi preposti, la quale avendo natura contrattuale può essere riconosciuta in base alla presunzione di colpa sancita dall'articolo 1218 c.c., salva la dimostrazione da parte del datore di lavoro della non imputabilità dell'evento (da ultimo cass. s.u. 18 novembre 2008 n. 27337 le quali – modificando la precedente interpretazione fornita delle S.U. n. 5121 del 2002 del disposto dell'art. 2947 comma 3 c.c. in tema di prescrizione del fatto illecito – ha affermato che “ *nel caso in cui l'illecito civile sia considerato dalla legge come reato, ma il giudizio penale non sia stato promosso, anche se per mancata presentazione della querela, l'eventuale, più lunga prescrizione prevista per il reato, si applica anche all'azione di risarcimento, a condizione che il giudice civile accerti, incidenter tantum, e con gli strumenti probatori ed i criteri propri del procedimento civile, la sussistenza di una fattispecie che integri gli estremi di un fatto reato in tutti i suoi elementi costitutivi soggettivi ed oggettivi...*”)

Secondo il consolidato indirizzo dianzi riportato il descritto assetto non individua, d'altra parte, un'ipotesi di responsabilità obiettiva, permanendo in capo al lavoratore infortunato l'onere di dimostrare l'esistenza dell'obbligazione lavorativa e del danno, la violazione da parte del datore di lavoro della norme di sicurezza o di prevenzione (nei limiti della sola allegazione dell'inadempimento e con onere della controparte, ai sensi dell'art. 1218 c.c. di comprovare l'esatto adempimento dell'obbligazione di sicurezza) ed il nesso causale tra i predetti elementi (cfr. ancora per tutte Cass. 24 febbraio 2006 n. 4184; Cass. 8 maggio 2007 n. 10441 e Cass. 19 luglio 2007 n. 16003 e da ultimo, in termini ancora più netti, Cass. 13 agosto 2008 n. 21590).

Restano al di fuori dalla responsabilità del datore di lavoro – come si desume da una giurisprudenza ampiamente consolidata sul punto – i comportamenti del lavoratore caratterizzati da requisito della abnormità, inopinabilità ed esorbitanza rispetto al procedimento lavorativo e alle direttive ricevute, il dolo del lavoratore, il cosiddetto rischio elettivo, ossia tutte quelle condotte atipiche ed eccezionali tali da porsi, ai sensi dell'articolo 41 comma 2 c.p., come causa esclusiva dell'evento.

Qualora, viceversa, la condotta imprudente e negligente del lavoratore – che di norma non elide la responsabilità del datore per la violazione delle obbligazioni di sicurezza e di garanzia su di lui gravante – si inserisca nel procedimento causale di verifica dell'evento, che senza tale apporto si sarebbe realizzato con modalità o con conseguenze differenti, si determina un'ipotesi di concorso di colpa della vittima che, in base ai principi generali, determina una corrispondente riduzione percentuale del danno risarcibile, con correlativa influenza anche ai fini del calcolo del danno differenziale.

d) I criteri di comparazione quantitativa tra risarcimento del danno ed indennizzo.

Un aspetto delicato nell'ambito del giudizio sul danno differenziale è quello che concerne i criteri di comparazione quantitativa tra risarcimento del danno ed indennizzo.

Occorre anzitutto rilevare che vi è la necessità di procedere ad una comparazione qualitativamente omogenea delle voci di danno: il raffronto va operato tra somme calcolate a risarcimento delle medesime voci di danno non potendosi far luogo ad una sorta di compensazione tra quanto ricevuto in più da una parte con quanto ricevuto in meno dall'altra, operazione che risulta non praticabile, sotto il profilo giuridico, trattandosi di somme dovute a diverso titolo da soggetti diversi (cfr. Cass. 9761 del 1995).

La comparazione va effettuata **posta per posta** nella ipotesi in cui l'indennizzo liquidato o liquidabile dall'INAIL per il danno biologico sia inferiore al 16%, ma necessita invece di talune precisazioni per l'ipotesi in cui invece lo stesso sia pari o superiore al 16% e comprenda perciò, come dianzi precisato, oltre una quota a titolo di danno biologico anche una quota (la c.d. ulteriore quota di rendita) per le conseguenze patrimoniali indotte dall'inabilità permanente.

L'esistenza in questa ipotesi, nell'ambito dell'indennizzo sociale, di una diversa componente del danno comporta la necessità di operare il raffronto avuto riguardo all'ammontare complessivo dei rispettivi ristori, in conformità al disposto dell'art. 10, commi 6 e 7, del T.U. che prevede, per l'appunto, che non si fa luogo a risarcimento del danno qualora il giudice accerti che lo stesso non ascende a somma maggiore all'indennità che, per effetto del presente decreto, è liquidata dall'I.N.A.I.L. e che quando si fa luogo a risarcimento questo è dovuto solo per la parte che eccede le indennità liquidate.

In buona sostanza, dal valore del danno biologico calcolato e del danno patrimoniale eventualmente accertato in dipendenza della riduzione della capacità lavorativa si sottrae, ai fini del calcolo del danno differenziale

spettante al lavoratore, la somma relativa al valore capitale della rendita riconosciuta dall'Inail e dei ratei di rendita erogati fino al calcolo del valore capitale. Per quanto concerne l'adeguamento del valore capitale delle rendite si ricorre allo speciale meccanismo di rivalutazione inizialmente triennale previsto dall'art. 116 del T.U. (divenuto annuale a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 1 della legge 10 maggio 1982 n. 251 e poi ulteriormente modificato dall'art. 111 della legge n. 412 del 1991) pur sempre collegata alla retribuzione media giornaliera fissata con decreto del Ministero del lavoro, soggetta a revisione periodiche in presenza di variazione del costo della vita superiore a determinate soglie.

-7-

Il danno da perdita della vita

Costituisce ormai principio consolidato della giurisprudenza di legittimità (v. da ultimo Cass. 22228/2014 che il danno biologico spettante jure hereditatis ai congiunti del lavoratore deceduto a seguito di infortunio o malattia professionale, non può essere rapportato all'invalidità permanente totale, in quanto il danno biologico è conseguente ad una lesione del diritto alla salute e non del diritto alla vita.

Oltre a ciò la sopravvenienza della morte è circoscritta in un lasso di tempo determinato rispetto all'evento lesivo e, pertanto, il parametro per valutare il danno patito non può essere liquidato "come se" il decujus fosse sopravvissuto alle lesioni per il tempo corrispondente alla sua ordinaria speranza di vita, essendo ormai divenuta nota la sua precisa durata.

La liquidazione del danno deve perciò essere effettuata in relazione alla menomazione della integrità psicofisica patita dal danneggiato per quel determinato periodo di tempo, con commisurazione all'inabilità temporanea, sebbene da adeguare alle circostanze del caso concreto e cioè tenuto conto del fatto che, se pure temporaneo, detto danno è massimo nella sua entità ed intensità, tanto che la lesione alla salute è stata così elevata da non essere suscettibile di recupero ed esitare nella morte (cfr. Cass., in termini 28 agosto 2007, n. 18163).

Il danno biologico c.d. terminale è trasmissibile iure hereditatis.

Può forse ritenersi dopo la sentenza di Cass. 1361/2014, sopra richiamata, che al danno biologico si aggiunga un danno differenziale qualitativo (o complementare) da perdita della vita che può essere chiesto in aggiunta al tradizionale danno non patrimoniale (danno biologico + danno morale + danno esistenziale) a prescindere dall'indennizzo percepito dall'INAIL, per i titoli per i quali opera l'esonero disciplinato dall'art. 10 T.U. 1124/65, ivi compresa la rendita superstiti disciplinata dall'art. 85 T.U. 1124/65, che pacificamente indennizza solo un danno patrimoniale.

La Corte di Cassazione, nella sentenza citata, ha infatti, statuito che:

Va conclusivamente affermato che il danno non patrimoniale da perdita della vita consiste nella perdita del bene vita, bene supremo dell'individuo oggetto di un diritto assoluto e inviolabile dall'ordinamento garantito in via primaria, anche sul piano della tutela civile.

Trattasi di danno altro e diverso, in ragione del diverso bene tutelato, dal danno alla salute, e si differenzia pertanto dal danno biologico terminale e dal danno morale terminale (o catastrofe o catastrofico) della vittima, rilevando ex se, nella sua oggettività di perdita del bene vita, oggetto di un diritto assoluto e inviolabile.

La perdita della vita va ristorata a prescindere dalla consapevolezza che il danneggiato ne abbia, anche in caso di morte c.d. immediata o istantanea, senza che assumano pertanto rilievo né il presupposto della persistenza in vita per un apprezzabile lasso di tempo successivo al danno evento né il criterio dell'intensità della sofferenza subita dalla vittima per la cosciente e lucida percezione dell'ineluttabile sopraggiungere della propria fine.

Il diritto al ristoro del danno da perdita della vita si acquisisce dalla vittima istantaneamente al momento della lesione mortale, e quindi anteriormente all'exitus, costituendo ontologica, imprescindibile eccezione al principio dell'irrisarcibilità del danno-evento e della risarcibilità dei soli danni-conseguenza, giacché la morte ha per conseguenza la perdita non già solo di qualcosa bensì di tutto; non solamente di uno dei molteplici beni, ma del bene supremo della vita; non già di qualche effetto o conseguenza, bensì di tutti gli effetti e conseguenze, di tutto ciò di cui consta(va) la vita della (di quella determinata) vittima e che avrebbe continuato a dispiegarsi in tutti i molteplici effetti suoi propri se l'illecito non ne avesse causato la soppressione

Il ristoro del danno da perdita della vita ha funzione compensativa, e il relativo diritto (o ragione di credito) è trasmissibile iure hereditatis (cfr. Cass., 3/10/2013, n. 22601), non patrimoniale essendo il bene protetto (la vita), e non già il diritto al ristoro della relativa lesione.

Il danno da perdita della vita è imprescindibilmente rimesso alla valutazione equitativa del giudice ;

Non essendo il danno da perdita della vita della vittima contemplato dalle Tabelle di Milano, è rimessa alla prudente discrezionalità del giudice di merito l'individuazione dei criteri di relativa valutazione che consentano di pervenire alla liquidazione di un ristoro equo, nel significato delineato dalla giurisprudenza di legittimità, non apparendo pertanto idonea una soluzione di carattere meramente soggettivo, né la determinazione di un ammontare uguale per tutti, a prescindere cioè dalla relativa personalizzazione, in considerazione in particolare dell'età delle condizioni di salute e delle speranze di vita futura, dell'attività svolta, delle condizioni personali e familiari della vittima.

Vale al riguardo altresì segnalare che dal riconoscimento della ristorabilità della perdita del bene vita in sé e per sé considerato, anche in caso di immediatezza o istantaneità della morte, deriva, quale corollario, la necessità di procedere alla relativa quantificazione senza dare in ogni caso ingresso a duplicazioni risarcitorie.

Nell'attesa della pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione, a cui è stata rimessa la questione, rimane tuttavia il problema dei criteri di liquidazione a cui ricorrere per quantificare e adeguatamente personalizzare il danno, per evitare che la liquidazione di detto nocumento si palesi del tutto arbitraria e soggettiva.

Nella citata sentenza la Suprema Corte dopo aver accertato il danno da morte nell'an, affronta il problema del quantum. Poiché che le tabelle di Milano non contemplano tale voce di danno, il compito di determinare l'ammontare del risarcimento viene affidato alla valutazione equitativa del giudice di rinvio, il quale, non potendo fornire né soluzioni «di carattere meramente soggettivo» né «la determinazione di un ammontare uguale per tutti», dovrà prendere in considerazione una serie di indici di personalizzazione sia quantitativi sia qualitativi, come l'età, le condizioni di salute, le speranze di vita futura, l'attività svolta, nonché le condizioni personali e familiari della vittima.

Da segnalare una pronuncia di merito (Corte appello Potenza 28 novembre 2014 n. 411) che ha condiviso i principi espressi da Cass. 1361/2014) affermando che *il danno da perdita della vita (cd. tanatologico) è autonomo e diverso rispetto al danno alla salute, riguardato quest'ultimo come danno biologico terminale ovvero come danno catastrofale. Il risarcimento del danno non patrimoniale da perdita della vita - bene supremo dell'individuo, oggetto di un diritto assoluto ed inviolabile - è garantito dall'ordinamento in via primaria anche sul piano della tutela civile, presentando carattere autonomo, in ragione della diversità del bene tutelato, dal danno alla salute, nella sua duplice configurazione di danno "biologico terminale" e di danno "catastrofale". Esso, pertanto, rileva "ex se", a prescindere dalla consapevolezza che il danneggiato ne abbia avuto, dovendo ricevere ristoro anche in caso di morte cosiddetta "immediata" o "istantanea", senza che assumano rilievo né la persistenza in vita della vittima per un apprezzabile lasso di tempo, né l'intensità della sofferenza dalla stessa subita per la cosciente e lucida percezione dell'ineluttabilità della propria fine.* La Corte ha, tuttavia respinto la domanda in quanto *l'appellante ha agito esclusivamente per il riconoscimento del danno biologico jure hereditatis, senza che abbia mai avanzato alcuna altra domanda a diverso titolo per il danno da perdita della vita.*

-8-

Il risarcimento del danno patrimoniale

La liquidazione del danno patrimoniale presenta senza dubbio minori difficoltà potendo essere ancorata a criteri certi, collegati alla perdita subita che, nel diritto del lavoro, spesso è riferibile a parametri retributivi.

In questi termini si continua a risarcire il danno patrimoniale conseguente alla perdita di professionalità o alla perdita di chances o alle lesioni personali subite in caso di condotta illegittima del datore di lavoro in un'ottica riparatoria dei pregiudizi subiti.

In caso di perdita della professionalità è frequente la liquidazione del danno parametrata ad una percentuale della retribuzione mensile rapportata alle

circostanze concrete in cui si è verificato il pregiudizio (es gravità della lesione medica o durata del demansionamento, lesione dell'immagine lavorativa ecc.)

In relazione alla perdita patrimoniale connessa alla capacità di lavoro specifica la giurisprudenza di legittimità è orientata a ritenere che *il grado di invalidità permanente determinato da una lesione all'integrità psico-fisica non si riflette automaticamente, né tanto meno nella stessa misura, sulla riduzione percentuale della capacità lavorativa specifica e, quindi, di guadagno della stessa. Tuttavia, nei casi in cui l'elevata percentuale di invalidità permanente rende altamente probabile, se non addirittura certa, la menomazione della capacità lavorativa specifica ed il danno che necessariamente da essa consegue, il giudice può procedere all'accertamento presuntivo della predetta perdita patrimoniale, liquidando questa specifica voce di danno con criteri equitativi. La liquidazione di detto danno può avvenire attraverso il ricorso alla prova presuntiva, allorché possa ritenersi ragionevolmente probabile che in futuro la vittima percepirà un reddito inferiore a quello che avrebbe altrimenti conseguito in assenza dell'infortunio.* (Cass. 25634/2013)

E Ancora *il danno patrimoniale futuro, derivante da lesioni personali, va valutato su base prognostica ed il danneggiato può avvalersi anche di presunzioni semplici, sicché, provata la riduzione della capacità di lavoro specifica, se essa non rientra tra i postumi permanenti di piccola entità, è possibile presumere, salvo prova contraria, che anche la capacità di guadagno risulti ridotta nella sua proiezione futura - non necessariamente in modo proporzionale - qualora la vittima già svolga un'attività lavorativa. Tale presunzione, peraltro, copre solo l'"an" dell'esistenza del danno, mentre, ai fini della sua quantificazione, è onere del danneggiato dimostrare la contrazione dei suoi redditi dopo il sinistro, non potendo il giudice, in mancanza, esercitare il potere di cui all'art. 1226 cod. civ., perché esso riguarda solo la liquidazione del danno che non possa essere provato nel suo preciso ammontare, situazione che, di norma, non ricorre quando la vittima continui a lavorare e produrre reddito e, dunque, può dimostrare di quanto quest'ultimo sia diminuito.* (Cass. 11361/2014).

In caso di danno da perdita di chances Cass. 2737/2015 ha ritenuto che *Il danno patrimoniale da perdita di "chance" è un danno futuro, consistente nella perdita non di un vantaggio economico, ma della mera possibilità di conseguirlo, secondo una valutazione "ex ante" da ricondursi, diacronicamente, al momento in cui il comportamento illecito ha inciso su tale possibilità in termini di conseguenza dannosa potenziale; l'accertamento e la liquidazione di tale perdita, necessariamente equitativa, sono devoluti al giudice di merito e sono insindacabili in sede di legittimità se adeguatamente motivati. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza del giudice di merito, che, inquadrata la responsabilità per tardiva trasposizione legislativa delle direttive CEE, relative al compenso in favore dei medici ammessi ai corsi di specializzazione universitari, nell'ambito della responsabilità per inadempimento dell'obbligazione "ex lege" dello Stato, aveva identificato la "chance" perduta nella possibilità di godere dei benefici effettivi sullo sviluppo professionale derivanti da una tempestiva attuazione delle direttive ed aveva liquidato il danno in ragione di un criterio prognostico, basato sulle concrete e ragionevoli possibilità di risultati utili).*

E' inoltre opportuno segnalare che con le modifiche legislative degli ultimi anni si è passati quanto al risarcimento del danno patrimoniale, da una prospettiva squisitamente ripristinatoria ad una tutela indennitaria.

I nuovi modelli di tutela patrimoniale -che rappresentano da sempre le forme tipiche di protezione processuale del lavoratore, soprattutto subordinato- evidenziano l'esistenza di enormi limitazioni alla prospettiva della reintegrazione in forma specifica dei diritti, introducendo tecniche e forme di reintegrazione patrimoniale con carattere dissuasivo e deterrente.

Numerose le modifiche normative.

Con l'art. 32 L. 183/2010 è stata fortemente attenuata la tutela ripristinatoria del danno in caso di conversione del contratto a termine; la liquidazione avviene con la determinazione di una indennità calcolata entro limiti predeterminati sulla base dell'ultima retribuzione globale di fatto percepita.

I parametri di riferimento della liquidazione sono facilmente individuabili nelle dimensioni imprenditoriali del datore di lavoro, nel numero dei contratti illegittimi e nella loro durata.

Le decisioni, con semplicità motivazionale, normalmente si caratterizzano per l'adozione di criteri differenziati che danno prevalenza ad un parametro, piuttosto che ad un altro, in un ventaglio di soluzioni in ogni caso contenuto nei limiti minimi e massimi prefissati dalla legge.

Per la determinazione dell'indennità abbiamo stabilito un catalogo di misure ancorato alle dimensioni del datore di lavoro ed al numero dei contratti. Abbiamo stabilito un aumento del minimo, fissato in cinque mensilità, in caso di imprese di grandi dimensioni come Poste Italiane e Rai ed una variazione fino al massimo in relazione al numero dei contratti, tenendo conto eventualmente delle limitazioni di cui all'art. 32, comma 6, L. 183/2010 (stipulazione di accordi di bacino).

Analogamente con la legge Fornero (L. n. 92/2012) con riferimento alle sanzioni conseguenti alla illegittimità del licenziamento si sono limitate le conseguenze di tipo risarcitorio ad indennità da graduare in relazione a criteri predeterminati.

I criteri di liquidazione, previsti dal nuovo art. 18 sono differenziati in ragione della specifica tutela accordata.

Il licenziamento discriminatorio in senso lato, di cui ai co. 1-3, è **sanzionato esclusivamente con la reintegra "piena"**, caratterizzata dalla continuità del rapporto dovuta alla nullità del licenziamento, con conseguente corresponsione di una indennità risarcitoria *"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"*, ma, comunque, non inferiore a cinque mensilità, ferma

restando la possibilità per il lavoratore di avvalersi dell'obbligazione a facoltà alternativa di richiedere un'indennità pari a quindici mensilità. Regime, questo, cui è assoggettato anche il **licenziamento orale**, colpito da una inefficacia assimilabile ad una nullità.

A sua volta, il **licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo, o disciplinare, illegittimo** di cui ai co. 4-5, è **sanzionato alternativamente**, a seconda che sia o meno dichiarato illegittimo “*per insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili*”, con: **a) la reintegra “attenuata”**, caratterizzata anch'essa dalla continuità del rapporto dovuta all'annullamento del licenziamento, con conseguente attribuzione di una indennità risarcitoria “*commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto il lavoratore ha percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché quanto avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione*”, ma, comunque, per non più di dodici mesi, così da trasferire il costo di un prolungamento del processo oltre tale termine dal datore al lavoratore, ferma sempre la possibilità di avvalersi dell'obbligazione a facoltà alternativa di richiedere in sostituzione della reintegrazione un'indennità pari a quindici mensilità; e **b) la indennità risarcitoria “forte”**, preceduta da una risoluzione del rapporto con effetto dalla data del licenziamento e prevista come “*omnicomprensiva ... tra un minimo di dodici e un massimo di ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, in relazione all'anzianità del lavoratore e tenuto conto del numero dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti, con onere di specifica motivazione al riguardo*”.

il **licenziamento illegittimo per un vizio formale o procedimentale**, di cui al co. 6, cioè “*per violazione del requisito della motivazione di cui all'articolo 2, comma 2 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni, della procedura di cui all'art. 7 della presente legge, o della procedura di cui all'art. 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni?*” è colpito da una inefficacia impropria, perché, ferma restando la risoluzione del rapporto, è sanzionato con un rinvio al co. 5, peraltro contestualmente corretto **si da aversi come sanzione una indennità risarcitoria “debole” o “dimidiata”**, “*omnicomprensiva determinata, in relazione alla gravità della violazione formale o procedurale commessa dal datore di lavoro, tra un minimo di sei e un massimo di dodici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, con onere di specifica motivazione a tale riguardo*”.

Il comma 7, il **licenziamento per giustificato motivo oggettivo in senso lato, comprensivo di quello economico, illegittimo** può essere **sanzionato alternativamente**, a seconda che sia o meno dichiarato illegittimo per “*la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento*”, con: **a) la reintegra “attenuata”**, con rinvio al co. 4; **b) la indennità risarcitoria “forte”**, con rinvio al co. 5, integrato con un ulteriore passo dove si dice che “*il giudice, ai fini della determinazione dell'indennità tra il minimo e il massimo previsti,*

tiene conto, oltre ai criteri di cui al quinto comma, delle iniziative assunte dal lavoratore per la ricerca di una nuova occupazione e del comportamento delle parti nell'ambito della procedura di cui all'art. 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604".

In questo contesto è perciò oramai pressoché totalmente abbandonato quel principio in varie occasioni elaborato dalla giurisprudenza della Cassazione di effettività dei rimedi.

Il giudice del lavoro per la concreta liquidazione del danno può utilizzare un ventaglio di criteri predeterminati e distinti per ogni ipotesi di tutela accordata *con onere di specifica motivazione a tale riguardo".*

L'obbligo motivazionale circa i criteri seguiti per la liquidazione dell'indennità costituisce quindi un passaggio necessario della sentenza suscettibile di specifica impugnazione sia in sede di merito che di legittimità.

Di non minore importanza in sede di liquidazione dell'indennizzo è la possibilità di utilizzare la sottrazione dell'*aliunde perceptum* o *percipiendum* a seconda del tipo di tutela accordata e di attribuire un valore economico alle *iniziative assunte dal lavoratore per la ricerca di una nuova occupazione e del comportamento delle parti nell'ambito della procedura di cui all'art. 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604".*

Si tratta di meccanismi automatici che presuppongono a monte la scelta di tutela e la selezione dei criteri utilizzati per il calcolo dell'indennizzo con l'unico limite della motivazione dei principi scelti.

Il 7 marzo 2015 è entrato in vigore il decreto legislativo n° 23/2015 che ha dato attuazione al principio di delega previsto all'art. 1, comma 7, lett. c) della Legge n. 183/2014: *"c) previsione, per le nuove assunzioni, del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti in relazione all'anzianità di servizio, escludendo per i licenziamenti economici la possibilità della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, prevedendo un indennizzo economico certo e crescente con l'anzianità di servizio e limitando il diritto alla reintegrazione ai licenziamenti nulli e discriminatori e a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato, nonché prevedendo termini certi per l'impugnazione del licenziamento"* ed ha introdotto nell'ordinamento il *contratto a tutele crescenti*.

Non si tratta di una nuova tipologica contrattuale, ma di un comune contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato caratterizzato da una particolare disciplina del recesso che ha ridisegnato il catalogo delle sanzioni riducendo in maniera drastica le ipotesi reintegratorie.

La novità legislativa che incide anche sugli aspetti risarcitori merita qualche riflessione di sistema a cominciare dalla disciplina del campo di applicazione.

L'art. 1, comma 1, del d. Lgs. n. 23/2015 prevede il principio generale per cui la disciplina del nuovo contratto a tutele crescenti trova applicazione per le assunzioni effettuate dalla data di entrata in vigore del Decreto Legislativo, ovvero dal 7 marzo 2015, tuttavia i commi successivi ne prevedono l'estensione anche ai lavoratori a cui sia convertito il contratto a tempo determinato o di apprendistato in contratto a tempo indeterminato e ai

lavoratori già in servizio nel caso in cui il datore di lavoro, in conseguenza di assunzioni a tempo indeterminato avvenute successivamente all'entrata in vigore del decreto, superi i 15 dipendenti.

La disposizione, letta unitamente alla previsione di esclusione, per il contratto a tutele crescenti, dell'applicazione della disciplina prevista dalla Legge Fornero, legittima di fatto la coesistenza di tre differenti regimi normativi sostanziali e di due regimi processuali in dipendenza del periodo di assunzione e/o di licenziamento dei lavoratori che richiederà agli operatori del diritto e ai datori di lavoro un forte impegno nella verifica della disciplina applicabile alle singole fattispecie.

Situazione ancora più complessa in caso di licenziamento collettivo, ove gli eventuali vizi della medesima procedura potranno giustificare l'applicazione del regime reintegratorio o risarcitorio a seconda del periodo di assunzione dei lavoratori.

Merita infine di essere segnalata un'altra importante novità, sempre in tema di campo di applicazione, introdotta dal d. lgs. n. 23/2015, ossia l'estensione della disciplina del contratto a tutele crescenti alle cd. "organizzazioni di tendenza" e alle piccole imprese.

In particolare per le imprese che non soddisfano i requisiti dimensionali per l'applicazione dell'art. 18 della Legge n. 300/1970 la misura dell'indennità e degli importi sono dimezzati rispetto a quelli previsti dal decreto per la generalità delle imprese e l'indennità non può, in ogni caso, superare le 6 mensilità.

La *ratio* dichiarata nell'art. 1, comma 7, lett. c, della legge delega della nuova riforma della disciplina del licenziamento è senza dubbio quella di rafforzare il percorso di maggiore certezza del diritto e prevedibilità delle sanzioni e, per quello che qui interessa di dare certezza e predeterminabilità della misura dell'indennizzo economico che viene parametrato all'anzianità di servizio del lavoratore.

Su questo secondo punto deve essere evidenziato che il legislatore ha specificato che la retribuzione/parametro da utilizzare per il calcolo della misura delle indennità risarcitorie è l'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto.

Viene, quindi, meno il generico riferimento all'ultima retribuzione globale di fatto, più incerto nella sua determinazione, rispetto alla retribuzione eventualmente definita dai contratti collettivi ai sensi dell'art. 2120, comma 2, c.c..

L'altro parametro di riferimento è l'anzianità di servizio. Di regola questa viene determinata sulla base degli anni di durata del rapporto di lavoro dal momento dell'assunzione fino a quello della cessazione del rapporto di lavoro medesimo con le specificazioni contenute nell'art. 8 per cui *per le frazioni di anno d'anzianità di servizio, le indennità e l'importo di cui all'articolo 3, comma 1, all'articolo 4, e*

all'articolo 6, sono riproporzionati e le frazioni di mese uguali o superiori a quindici giorni si computano come mese intero e nell'art. 7 per cui in caso di successione di aziende in un appalto l'anzianità di servizio del lavoratore che passa alle dipendenze dell'impresa subentrante nell'appalto si computa tenendosi conto di tutto il periodo durante il quale il lavoratore è stato impiegato nell'attività appaltata.