

**INSIEME PER LA SICUREZZA  
DEI LAVORATORI  
E DELLE IMPRESE**

**INAIL**



**Due strumenti per migliorare la sicurezza  
nei luoghi di lavoro e le condizioni di salute dei lavoratori**

**Finanziamenti per la sicurezza**

Mettiamo a disposizione oltre 276 milioni di euro per sostenere le imprese nella realizzazione di progetti di investimento per migliorare le condizioni di salute e sicurezza sul lavoro, nell'adozione di modelli organizzativi e di responsabilità sociale e nella rimozione di materiali contenenti amianto dagli ambienti di lavoro. Dal 21 dicembre 2015 su [www.inail.it](http://www.inail.it) trovi il nuovo Avviso pubblico ISI 2015.

**Sconto sul premio per prevenzione**

Riduciamo il premio assicurativo alle aziende che hanno realizzato interventi di prevenzione per migliorare le condizioni di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in aggiunta a quelli previsti dalla normativa in materia. Le aziende devono essere in regola con le disposizioni in materia di prevenzione, infortuni e di igiene del lavoro e con gli obblighi contributivi e assicurativi. La domanda deve essere presentata online entro il 29 febbraio 2016.



**Inail, la persona al centro del nostro impegno**

Chiama il numero gratuito 803.164 da fisso o lo 06.164.164 a pagamento da mobile

[www.inail.it](http://www.inail.it)

€ 22,00

ISSN 0035-5836

**INAIL**

RIVISTA DEGLI INFORTUNI e DELLE MALATTIE PROFESSIONALI - N. 3/2015

# RIVISTA DEGLI INFORTUNI e DELLE MALATTIE PROFESSIONALI

VI SERIE DELLA RASSEGNA DELLA PREVIDENZA SOCIALE ANNO CII

**FASCICOLO N. 3/2015**

PUBBLICAZIONE QUADRIMESTRALE DELL'INAIL - ROMA

*in questo numero*

- **50 ANNI DI TESTO UNICO: IL PROCESSO EVOLUTIVO E LE PROSPETTIVE**
- **ISPettorato Nazionale del Lavoro: UNA PROSPETTIVA IN COSTRUZIONE**
- **NUOVE TECNOLOGIE, COMPETITIVITÀ E TUTELA DEI LAVORATORI**
- **INFORTUNIO IN ITINERE: ABUSO DI ALCOLICI E PSICOFARMACI E USO NON TERAPEUTICO DI STUPEFACENTI E ALLUCINOGENI**

POSTE ITALIANE SPA - SPEDIZIONE IN ABBONAMENTO POSTALE - ART. 2, COMMA 20/C, LEGGE 662/96 - FILIALE DI MILANO

**INAIL**

# INFORTUNI SUL LAVORO: TUTELA PREVIDENZIALE E RESPONSABILITÀ CIVILE

GIUSEPPE LUDOVICO\*

## SOMMARIO

1. Premessa. - 2. Gli attuali confini della regola dell'esonero fra tradizione e innovazione. - 3. Le ragioni del completo superamento della regola dell'esonero. - 4. Il criterio di raffronto tra indennizzo e risarcimento: tra singole poste o tra importi complessivi? - 5. Le azioni di rivalsa dell'Inail.

## 1. Premessa

A distanza di cinquant'anni dall'entrata in vigore del Testo Unico sull'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali (d'ora in poi T.U.), i rapporti tra questa tutela e la responsabilità civile continuano ad essere al centro di un vivace dibattito che ha trovato nuovo impulso nella feconda elaborazione da parte della giurisprudenza della generale tematica del danno alla persona. Si può dire, anzi, che quel dibattito prosegue incessantemente, con alterne vicende, da oltre un secolo ovvero da quando il legislatore, introducendo nell'ordinamento l'assicurazione obbligatoria, ha disciplinato un inedito meccanismo di raccordo con le comuni regole della responsabilità civile che è stato pressoché testualmente riprodotto negli artt. 10 e 11 dell'attuale T.U.

Le ragioni delle numerose incertezze che ancora permangono nella interpretazione di questa disciplina e che sembrano anzi aumentate dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 23 febbraio 2000, n. 38, dipendono in larga misura dalla mai veramente chiarita relazione tra il rimedio assicurativo e la responsabilità civile nonché dal fatto che la relazione tra questa tutela e le regole risarcitorie civilistiche è tuttora formalmente disciplinata da un sistema di regole che riproduce quasi pedissequamente l'originario meccanismo della legge 17 marzo 1898, n. 80.

\* Ricercatore di diritto del lavoro nell'Università degli Studi di Milano.

Non è difficile scorgere in alcune opinioni che tuttora animano quel dibattito, il fascino, mai sopito, dello schema dogmatico che ha ispirato l'originario sistema di collegamento tra disciplina assicurativa e responsabilità civile. Alla retorica del rischio professionale si richiamano - in modo talvolta implicito - numerose decisioni e autorevoli contributi dottrinali, con l'effetto che nelle pieghe di quel dibattito non è difficile individuare le stesse argomentazioni che, oltre un secolo fa, avevano giustificato, in un'ottica di transazione e pacificazione sociale, la parziale disapplicazione delle comuni regole della responsabilità civile.

Senonché, il lungo tempo trascorso dall'introduzione di questa disciplina non è passato invano: da embrionale forma di tutela assicurativa in favore degli infortunati, la tutela indennitaria si è profondamente evoluta, grazie al prezioso contributo della giurisprudenza e del legislatore, elevandosi a piena e matura forma di tutela previdenziale che trova il suo principale fondamento nel secondo comma dell'art. 38 della Costituzione.

Non sono pochi, del resto, i segnali di quella evoluzione. Basti pensare, soltanto per fare qualche esempio, alla disciplina dei contributi, i quali, ancora ambigualmente definiti come "premi", sono in realtà sottoposti ad un sistema di regole chiaramente improntato ad una logica pubblicistica, o a quella delle prestazioni sanitarie, la cui erogazione dimostra come la funzione di questa tutela non sia soltanto quella di elargire una somma di denaro, bensì quella di alleviare lo stato di bisogno del lavoratore costituzionalmente inteso nel suo complessivo valore di individuo.

Altrettanto numerose le conferme della funzione autenticamente previdenziale di questa tutela che sono state offerte dalle pronunce della Corte costituzionale e dai giudici di legittimità, dinanzi alle quali appare a dir poco anacronistico continuare a riproporre l'originario schema assicurativo-privatistico che risulta peraltro contraddetto - come si vedrà - dall'attuale significato del meccanismo di collegamento con la responsabilità civile.

La condizione nella quale si trova questa disciplina può essere allora sinteticamente descritta come un difficile equilibrio tra una concezione privatistica mai del tutto superata ed una prospettiva costituzionale non ancora pienamente condivisa.

## 2. Gli attuali confini della regola dell'esonero fra tradizione e innovazione

L'inclusione del danno biologico nella copertura assicurativa, realizzata dal d.lgs. n. 38/2000 in risposta alle ripetute sollecitazioni della Corte costituzionale<sup>1</sup>, ha ali-

<sup>1</sup> Corte Cost. 15 febbraio 1991, n. 87, in *Foro It.*, 1991, I, c. 1664 ss., con nota di POLETTI D.; Corte Cost. 27 dicembre 1991, n. 485, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1992, II, p. 756 ss., con nota di GIUBBONI S.; Corte Cost. 18 luglio 1991, n. 356, in *Riv. Giur. Lav.*, 1991, III, p. 144 ss., con nota di ANDREONI A.

mentato - come noto - numerose incertezze e contrasti circa l'attuale significato degli artt. 10 e 11 T.U., i quali, almeno formalmente, continuano a prevedere l'esonero del datore di lavoro dalla responsabilità civile, fatta eccezione per i casi in cui lo stesso o un suo dipendente abbiano riportato una condanna penale per un reato perseguibile d'ufficio, nei quali il lavoratore recupera il diritto di agire per il risarcimento dell'eventuale maggior danno rispetto alle indennità erogate dall'Inail che, a sua volta, potrà agire in sede di regresso per il recupero delle somme erogate al lavoratore.

Nel ridefinire i confini oggettivi della tutela indennitaria il legislatore non ha dettato, infatti, alcuna norma di coordinamento con lo speciale meccanismo disciplinato dagli artt. 10 e 11 T.U., confidando evidentemente nel fatto che la copertura assicurativa del danno biologico avrebbe comportato l'automatico superamento delle declaratorie di incostituzionalità del 1991.

Senonché, gli auspici del legislatore sono stati completamente disattesi dal successivo dibattito, il quale ha fornito risposte tutt'altro che univoche alle molte questioni lasciate insolute dal decreto delegato, con il paradossale effetto che la sua entrata in vigore ha reso ancora più incerto il significato di una disciplina che, dopo gli interventi della Consulta, sembrava aver raggiunto un sufficiente livello di stabilità.

Le ragioni di questi contrasti sono in realtà da ricercare - come anticipato - nella mai superata contrapposizione tra le diverse letture della tutela indennitaria, rappresentando l'attuale dibattito nient'altro che l'aggiornata versione del mai sopito confronto tra le concezioni che intendono la garanzia assicurativa come un rimedio alternativo e sostitutivo della responsabilità civile e quelle che, invece, tentano più coerentemente di ricondurne la funzione ai principi sanciti dalla Costituzione<sup>2</sup>.

Quella contrapposizione non ha risparmiato neppure le pronunce con cui il giudice costituzionale ha sollecitato l'inclusione del danno biologico nella copertura assicurativa, che sono state interpretate, al contempo, come una esplicita conferma della funzione risarcitoria e previdenziale della relativa tutela.

Procedendo con ordine, la questione di gran lunga più controversa sollevata dalla copertura indennitaria del danno biologico è costituita dalla definizione degli attuali confini della regola dell'esonero dalla responsabilità civile. Le diverse opinioni, al riguardo, possono essere ricondotte, con una certa approssimazione, a tre principali orientamenti interpretativi.

2 Per un'approfondita disamina delle diverse posizioni v. GIUBBONI S., LUDOVICO G., ROSSI A., *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Cedam, Padova, 2014, p. 375 ss.; DE MATTEIS A., *La responsabilità del datore di lavoro*, Aracne, Roma, 2013, p. 86 ss.; GIUBBONI S., *La crisi della regola dell'esonero nell'assicurazione infortuni*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2012, p. 273 ss.; GIUBBONI S., ROSSI A., *Infortuni sul lavoro e risarcimento del danno*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 51 ss.; GIUBBONI S., *Note d'attualità in tema di risarcimento del danno da infortunio sul lavoro*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2009, p. 1 ss. Sia consentito sul punto rinviare anche a LUDOVICO G., *Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità civile del datore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 227 ss.

Una prima tesi, che ha raccolto alcune soltanto limitate adesioni, nega addirittura l'esistenza di un danno biologico differenziale, presumendo la piena satisfattività della prestazione indennitaria rispetto ai titoli di danno inclusi nella copertura assicurativa<sup>3</sup>.

Il ragionamento si fonda sull'assunto che l'assicurazione sociale sarebbe tuttora fondata sulla originaria soluzione transattiva che rispetto ai danni compresi nella tutela indennitaria garantirebbe al datore di lavoro la completa esclusione del diritto dell'infortunato al risarcimento dell'eventuale maggior danno come naturale contropartita del finanziamento della più intensa garanzia offerta dal rimedio assicurativo rispetto alle comuni regole civilistiche.

Al di là di altre considerazioni, questa tesi si pone in realtà in contrasto con la stessa formula dell'art. 10 T.U., il quale al settimo comma ammette esplicitamente l'esistenza del danno differenziale «*per la parte che eccede le indennità*», limitandosi semmai a condizionarne il risarcimento alla sussistenza di un reato perseguibile d'ufficio.

Una volta confutata la tesi più radicale, la questione del danno differenziale si riduce dunque alla semplice alternativa tra la tesi che ne afferma la risarcibilità secondo la risalente regola dell'esonero e l'orientamento che invece ne affida il risarcimento alle comuni regole della responsabilità civile.

Già da queste prime battute è facile comprendere come l'intera questione ruoti semplicemente attorno all'applicabilità o meno di quella regola e in particolare alla sua giustificazione rispetto alla più recente evoluzione della generale tematica del danno alla persona.

La tesi più tradizionale ritiene che la copertura indennitaria del danno biologico avrebbe comportato la sua automatica inclusione nella sfera operativa di quella regola con l'effetto che il risarcimento dell'eventuale maggior danno rispetto a quanto liquidato dall'ente previdenziale sarebbe sottoposto ai limiti e alle condizioni stabilite dall'art. 10 T.U.<sup>4</sup>. Le argomentazioni a sostegno di questa lettura

3 In dottrina LUCIANI V., *Danni alla persona e rapporto di lavoro*, Esi, Napoli, 2007, p. 129 ss.; LANZA F., *Rilievi critici ed aspetti pratici nella liquidazione del danno biologico differenziale*, in *Riv. Giur.Lav. Veneto*, 2005, p. 39. In giurisprudenza: Trib. Salerno 5 febbraio 2001, in *Lav. Prev. Oggi*, 2001, p. 406; Trib. Torino, 10 giugno 2003, n. 3393, in *Riv. Inf. Mal. Prof.*, 2003, II, p. 69; Trib. Torino 22 dicembre 2003, in *Danno Resp.*, 2004, p. 1230 ss.; Trib. Vicenza 3 giugno 2004, n. 82, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2005, II, p. 356 ss.; Trib. Vicenza 5 aprile 2005, n. 96, in *Riv. Giur.Lav. Veneto*, 2005, p. 102; Trib. Roma 4 dicembre 2007, in *Lav. Giur.*, 2008, p. 611; Trib. Salerno 9 marzo 2012, n. 1110, in *Boll. Adapt*, 2012, n. 13.

4 Nella dottrina più recente: RIVERSO R., *Fondamento e limiti dell'esonero del datore di lavoro dalla responsabilità civile*, in *Riv. Inf. Mal. Prof.*, 2014, p. 663 ss.; GAMBACCIANI M., *Il danno differenziale*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2013, p. 194 ss.; CASOLA M., *Esonero da responsabilità del datore di lavoro e conseguenze processuali in tema di danno differenziale*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2009, I, p. 113 ss.; GIUBBONI S., *Note, cit.*, p. 1 ss.; ID., *Il danno patrimoniale da inabilità permanente al lavoro fra indennizzo e risarcimento*, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2005, p. 676 ss.; RIVERSO R., *Esiste ancora l'esonero del datore di lavoro dalla responsabilità civile dell'art. 10 del T.U. 1124/1965?*, in *Lav. Giur.*, 2008, p. 1083 ss.; LA PECCERELLA L., *Il danno alla persona nell'infortunistica del lavoro tra indennizzo e risarcimento*, in *Riv. Inf. Mal. Prof.*, 2008, I, p. 69 ss.; MARANDO G., *Responsabilità, danno e rivalsa per gli infortuni sul lavoro*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 501 ss.; ROSSI A., *La compromissione dell'integrità psico-fisica del lavoratore subordinato: livelli di protezione e profili evolutivi delle forme di tutela*, in *Riv. Inf. Mal. Prof.*, 2004, I, p. 316 ss.

muovono ancora una volta dall'idea secondo la quale l'intervento del legislatore avrebbe comportato una implicita rinnovazione dell'originario patto transattivo, con l'effetto che il danno biologico avrebbe cessato di essere governato dalle comuni regole della responsabilità civile per transitare definitivamente nell'orbita dello speciale regime di responsabilità civile di cui agli artt. 10 e 11 T.U.

Non è difficile cogliere nelle pieghe di questo ragionamento la risalente concezione della teoria del rischio professionale che, secondo una logica compromissoria, concepiva la garanzia assicurativa come un rimedio parzialmente sostitutivo della responsabilità civile: l'imposizione dell'obbligo assicurativo in capo dal datore di lavoro deriverebbe da un criterio di imputazione oggettiva per rischio d'impresa che giustificerebbe la contropartita della parziale esclusione nei suoi confronti delle comuni regole della responsabilità civile, mentre il lavoratore, beneficiando di questa più intensa tutela anche per eventi non imputabili, rinunciarebbe all'integrale risarcimento del danno, fatta eccezione per i casi di dolo o colpa grave del datore di lavoro<sup>5</sup>.

Non è certo questa la sede per approfondire il valore che questa teoria ha assunto all'indomani dell'introduzione dell'assicurazione obbligatoria o le ragioni per cui a distanza di così tanto tempo quella spiegazione continua tuttora ad esercitare una notevole influenza nelle opinioni di molti interpreti.

Occorre invece chiedersi se quella teoria ha davvero un valore giuridico o soltanto ideologico-politico e se quella spiegazione possa essere riproposta nell'attuale contesto dei valori costituzionali.

Quanto al primo quesito, è stato da tempo svelato il grave equivoco sotteso alla teoria del rischio professionale, la quale muoveva da un'indebita confusione dello strumento assicurativo con le regole della responsabilità civile nella parte in cui pretendeva di spiegare la prima come un criterio di imputazione oggettiva della seconda. Per quanto quella teoria abbia giocato un ruolo decisivo nell'originario dibattito, consentendo di superare le molte resistenze che si opponevano all'introduzione della tutela assicurativa, essa risulta quindi priva di un reale valore giuridico, trattandosi in realtà soltanto della giustificazione politica del particolare assetto transattivo che ha dato origine all'assicurazione obbligatoria<sup>6</sup>.

Anche volendo ignorare questi rilievi, non sarebbe comunque possibile trascurare la profonda evoluzione subita dalla regola che dovrebbe costituire la diretta espressione normativa dell'originario assetto compromissorio. Il riferimento è ovviamente alla regola dell'esonero e all'inarrestabile processo di erosione dei

5 Come noto la prima elaborazione in questi termini della teoria del rischio professionale risale a CARNELUTTI F., *Criteri d'interpretazione della legge su gli infortuni*, in ID., *Infortuni sul lavoro. Studi*, Athenaeum, Roma, 1913, vol. 1, p. 20 ss.

6 CASTRONOVO C., *L'assicurazione come alternativa alla responsabilità. Diritto privato generale e diritti secondi*, in ID., *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 388, il quale definisce tale teoria come un «falso storico».

suoi confini applicativi che ne ha radicalmente modificato il significato, tanto da apparire oggi soltanto come uno sbiadito ricordo della regola originaria.

È significativo, del resto, come molti abbiano intravisto nel d.lgs. n. 38/2000 l'occasione utile per restituire vitalità ad una regola che, ancor prima degli interventi della Consulta del 1991, era stata già relegata ad una condizione di stabile regressione dei suoi confini applicativi. Questo processo di erosione ha preso avvio con la risalente pronuncia con cui il giudice costituzionale aveva riconosciuto la responsabilità civile del datore di lavoro, con conseguente disapplicazione della regola dell'esonero, anche in caso di reato commesso da qualunque dipendente non incaricato della direzione e sorveglianza del lavoro<sup>7</sup>, ed è proseguito incessantemente con l'orientamento giurisprudenziale tuttora dominante che dalla semplice inosservanza dell'art. 2087 c.c. desume gli estremi necessari per la configurazione del reato perseguibile d'ufficio<sup>8</sup>, con l'ulteriore vantaggio per il lavoratore di una favorevole ripartizione degli oneri probatori derivante dalla natura contrattuale della responsabilità datoriale<sup>9</sup>.

Non meno rilevanti sono le deroghe subite da quella regola nella parte in cui richiedeva la sussistenza di una condanna penale per il reato perseguibile d'ufficio. Una condizione processuale che è stata dapprima fortemente ridimensionata dalle pronunce con cui la Consulta ha ampliato le ipotesi di accertamento del reato da parte del giudice civile<sup>10</sup>, per essere poi definitivamente superata, secondo il più recente orientamento giurisprudenziale, dal principio di completa autonomia della giurisdizione civile rispetto a quella penale introdotta dal vigente codice processuale penale<sup>11</sup>.

Ebbene, dinanzi a questo inarrestabile processo di erosione, riesce davvero difficile comprendere le ragioni per cui, nel silenzio del legislatore, quella regola dovrebbe ora riespandere i suoi confini applicativi, limitando il diritto dell'infortunato all'integrale risarcimento del danno biologico.

È stato spesso obiettato che la conservazione dell'esonero - *id est* la sua riespansione rispetto all'assetto precedente - si imporrebbe in ragione dell'originaria impostazione transattiva che ancora oggi costituirebbe il principale fondamento di questa tutela. Sarebbe a dire che la specialità di quella regola rispetto al regi-

7 Corte Cost. 9 marzo 1967, n. 22, in *Foro It.*, 1967, I, c. 685 ss., con nota di DE CUPIS A., nonché in *Dir. Lav.*, 1967, II, p. 400 ss., con nota di PERSIANI M.

8 Sia consentito, per un approfondimento di questo orientamento, rinviare a LUDOVICO G., *op. cit.*, p. 105 ss.

9 Cass. 14 aprile 2008, n. 9817, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2008, p. 681; Cass. 13 agosto 2008, n. 21590; Cass. 22 dicembre 2008, n. 29935; Cass. 21 dicembre 2010, n. 25865; Cass. 22 dicembre 2011, n. 28205.

10 Corte Cost. 19 giugno 1981, n. 102, in *Mass. Giur. Lav.*, 1981, p. 281 ss.; Corte Cost. 24 aprile 1986, n. 118, in *Foro It.*, 1988, I, c. 383 ss. In generale su queste pronunce v. MARANDO G., *op. cit.*, p. 265.

11 In questo senso da ultimo Cass. Sez. Un. 16 marzo 2015, n. 5160, in *Lav. Giur.*, 2015, p. 719 ss., con nota di GIORGI E. In precedenza tra le più recenti: Cass. 5 febbraio 2015, n. 2138; Cass. 10 settembre 2013, n. 20724; Cass. 17 maggio 2010, n. 11986, in *Mass. Giur. Lav.*, 2011, p. 275, con nota di CECCONI A., GIAMMARIA F.; Cass. 2 febbraio 2007, n. 2242; Cass. 9 aprile 2003, n. 5578; Cass. 14 luglio 2001, n. 9601, in *Orient. Giur. Lav.*, 2001, p. 558 ss.; Cass. 16 marzo 2001, n. 3825, in *Giust. Civ.*, 2002, I, p. 2209 ss., con nota di ZUMPARO M.A.

me comune della responsabilità civile sarebbe motivo sufficiente per riaffermarne la condizione penalistica. Non meno ricorrente è l'argomentazione secondo la quale la limitazione del diritto dell'infortunato al completo risarcimento del danno sarebbe ampiamente compensata dalla garanzia di un'immediata e automatica tutela che prescinde dall'imputazione dell'illecito, estendendosi a qualunque evento occasionato dal lavoro.

Il ragionamento potrebbe anche essere condiviso se non fosse che l'assetto transattivo evocato da quella regola si traduce sul piano costituzionale in un diretto rapporto di scambio tra il diritto alla tutela previdenziale sancito dall'art. 38, secondo comma, Cost. e il diritto fondamentale alla salute di cui all'art. 32 Cost. Si dovrebbe allora supporre che la funzione costituzionale della tutela indennitaria è la medesima di quella risarcitoria, giacché è soltanto in questa logica che la garanzia assicurativa potrebbe giustificare una compressione del diritto all'integrale risarcimento del danno.

Senonché, tra i due rimedi sussiste una differenza talmente profonda da rendere oltremodo difficile una loro seppur parziale assimilazione. Dal punto di vista strutturale la tutela indennitaria prescinde dalla sussistenza dell'illecito e dalle tipiche logiche di imputazione della responsabilità civile, avendo la funzione di tutelare il lavoratore rispetto a qualunque evento generato dall'attività lavorativa<sup>12</sup>. Si può dire, anzi, che la tutela assicurativa sia nata storicamente proprio per assolvere ad un'esigenza di tutela dal bisogno che non avrebbe potuto trovare alcuna risposta nei criteri di imputazione della responsabilità civile.

Deve altresì escludersi che i premi possano costituire uno strumento di anticipato adempimento dell'obbligazione risarcitoria. Al di là del fatto che la tutela indennitaria - come già detto - non si esaurisce all'illecito ma si estende a qualunque evento generatore di uno stato di bisogno, quella spiegazione poteva avere senso nell'originaria impostazione privatistica di questa tutela, mentre nell'attuale cornice normativa è palesemente contraddetta dal principio di automaticità delle prestazioni che ne garantisce l'erogazione anche in assenza del versamento dei premi. Anche nella disciplina assicurativa, al pari delle altre tutele previdenziali, i contributi sono dunque oggetto di un'autonoma obbligazione pubblicistica che risponde in chiave solidaristica alla necessità di reperire le risorse necessarie al finanziamento della tutela<sup>13</sup>. Anche le prestazioni economiche, del resto, rifuggono dall'obiettivo risarcitorio della integrale riparazione del danno in quanto condizionate nel loro ammontare non solo alla gravità del bisogno, ma anche all'esigenza di garantire l'equilibrio finanziario della tutela.

<sup>12</sup> DI BONA L., *Concorso tra indennizzo Inail e risarcimento del danno: alcuni profili problematici*, in AA.VV., *Semplificazione ed economicità per la tutela integrale del lavoratore. Il ruolo dell'Avvocatura nel nuovo Inail*, Inail, Roma, 2011, p. 171 ss.

<sup>13</sup> Cfr. Corte Cost. 7 luglio 1986, n. 173, in *Foro It.*, 1986, I, c. 2087 ss.; Corte Cost. 2 marzo 1991, n. 100, in *Riv. Inf. Mal. Prof.*, 1991, II, p. 9 ss., con nota di BOZZI R.; Corte Cost. 28 aprile 1976, n. 91.

La tutela indennitaria risponde, dunque, ad una funzione radicalmente diversa rispetto al sistema risarcitorio civilistico che si traduce sul piano costituzionale nel suo necessario inquadramento nella prospettiva solidaristica dell'art. 38, secondo comma, Cost.<sup>14</sup>. Da qui la difficoltà di giustificare la regola dell'esonero - definita come un caso di «*archeologia giuridica*»<sup>15</sup> - rispetto ad una tutela che non può essere riduttivamente considerata come un rimedio sostitutivo della responsabilità civile.

### 3. Le ragioni del completo superamento della regola dell'esonero

Nella stessa direzione depongono altre argomentazioni che discendono dalla più recente evoluzione della giurisprudenza in materia di danno alla persona.

Si allude alla radicale svolta interpretativa operata dai giudici di legittimità e confermata dal giudice costituzionale<sup>16</sup> che ha ristabilito l'originario assetto bipolare del sistema risarcitorio, ricomponendo nell'art. 2059 c.c. l'intera fattispecie del danno non patrimoniale.

Quella svolta è stata resa possibile grazie ad una profonda rilettura della riserva di legge contenuta nella norma codicistica che, in collegamento con l'art. 185 c.p., condizionava il risarcimento dei danni non patrimoniali alla necessaria sussistenza di una fattispecie di reato. Un meccanismo non molto dissimile rispetto a quello disciplinato dall'art. 10 T.U. e che, anzi, si poneva con quest'ultimo in rapporto di evidente complementarietà nella misura in cui la fattispecie di reato richiesta dalla norma speciale ai fini dell'insorgenza della responsabilità civile

<sup>14</sup> In questo senso le numerose pronunce con cui la Consulta ha riconosciuto la «*natura squisitamente sociale*» della tutela indennitaria (Corte Cost. 22 giugno 1971, n. 134, in *Foro It.*, 1971, I, c. 1774 ss.; Corte Cost. (ord.) 28 novembre 1983, n. 338, in *Giur. Cost.*, 1983, I, p. 2147 ss.) in quanto «*parte integrante del sistema generale di sicurezza sociale*» (Corte Cost. 19 gennaio 1995, n. 17, in *Lav. Prev. Oggi*, 1995, p. 815 ss.), e, come tale, diretta ad assicurare ai lavoratori la più intensa garanzia dei «*mezzi adeguati alle loro esigenze di vita*» (Corte Cost. 14 luglio 1999, n. 297, in *Riv. Giur. Lav.*, 2000, II, p. 378 ss., con nota di COCUZZA G.; Corte Cost. 21 novembre 1997, n. 350, in *Danno e Resp.* 1998, p. 141 ss., con nota di POLETTI D.; Corte Cost. 19 gennaio 1995, n. 17, *cit.*; Corte Cost. 26 febbraio 1993, n. 71, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1994, II, p. 27 ss., con nota di GRASSO B.; Corte Cost. 18 febbraio 1988, n. 179, in *Riv. It. Dir. Lav.* 1988, II, p. 897 ss.; Corte Cost. 5 febbraio 1986, n. 31, in *Foro It.*, 1986, I, c. 1770 ss.; Corte Cost. 26 aprile 1971, n. 80, in *Riv. Inf. Mal. Prof.*, 1971, II, p. 147 ss.; Corte Cost. 8 luglio 1969, n. 116, in *Foro It.*, 1969, I, c. 665 ss.). Nella giurisprudenza di legittimità più di recente Cass. 19 gennaio 2015, n. 777, inedita, la quale «*a conferma delle notevoli divergenze strutturali tra l'indennizzo erogato dall'INAIL e il risarcimento del danno biologico*» ribadisce che «*mentre quest'ultimo trova titolo nell'art. 32 Cost., l'indennizzo INAIL è invece collegato all'art. 38 Cost., e risponde alla funzione sociale di garantire mezzi adeguati alle esigenze di vita del lavoratore*». Particolarmente esplicita al riguardo è anche Cass. 11 dicembre 2013, n. 27644, in *Riv. Inf. Mal. Prof.*, 2014, II, p. 52 ss., con nota di CORSALINI G., *La rinuncia alle prestazioni economiche dell'Inail non è ammissibile...e neppure vantaggiosa, anzi*.

<sup>15</sup> BALANDI G.G., *Un caso di archeologia giuridica: ciò che resta oggi del "rischio professionale"*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1976, III, p. 93 ss.

<sup>16</sup> Corte Cost. 11 luglio 2003, n. 233, in *Giur. It.*, 2003, p. 1777 ss., con nota di CENDON P., ZIVIZ P., nonché in *Foro It.*, 2003, I, c. 2201 ss., con nota di NAVARRETTA E.

costituiva condizione sufficiente anche per la risarcibilità del danno non patrimoniale ai sensi dell'art. 2059 c.c.

Superando l'impostazione tradizionale che richiedeva l'effettiva dimostrazione di tutti gli elementi costitutivi del reato, i giudici di legittimità hanno anzitutto ammesso la possibilità di procedere all'accertamento della colpa mediante il ricorso alle presunzioni civilistiche di cui agli artt. 2051 c.c.<sup>17</sup>. Di rilievo indubbiamente maggiore ai fini qui considerati è però la lettura costituzionalmente orientata che le Corti superiori hanno offerto dell'art. 2059 c.c., escludendo che la relativa condizione penalistica possa trovare applicazione ove la «*lesione abbia inciso su un interesse costituzionalmente protetto*», tenuto conto altresì che il rinvio ai «*casi determinati dalla legge*» «*ben può essere riferito, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, anche alle previsioni della legge fondamentale*» che in questo senso «*configura un caso determinato dalla legge, al massimo livello, di riparazione del danno non patrimoniale*»<sup>18</sup>.

Ebbene, una parte della dottrina si è interrogata circa la possibilità di ricorrere alle presunzioni civilistiche anche ai fini dell'accertamento del reato richiesto dalla regola dell'esonero, offrendo peraltro risposte profondamente divergenti<sup>19</sup>. Sennonché, il principio di maggiore portata ai fini qui considerati è certamente quello che sottrae la risarcibilità del danno non patrimoniale alla necessaria ricorrenza della fattispecie di reato ove siano in gioco lesioni di interessi costituzionalmente garantiti.

Non sembrano infatti sussistere ragioni per cui quel principio non debba trovare applicazione nei confronti dell'analogo meccanismo disciplinato dall'art. 10 T.U., tanto più che nella materia infortunistica la lesione degli interessi costituzionalmente protetti discende automaticamente dal personale coinvolgimento del lavoratore nell'evento lesivo. Sarebbe così davvero strano se proprio i lavoratori dovessero rimanere esclusi dalla generale riscoperta dei valori fondamentali della persona nonostante la più intesa tutela garantita loro dai principi costituzionali.

Né pare di ostacolo al riconoscimento dell'autonoma risarcibilità del danno alla persona nel rapporto di lavoro la circostanza che tale principio sia stato affermato con riferimento alla responsabilità aquiliana di cui all'art. 2059 c.c. Può dirsi, infatti, definitivamente superato il risalente orientamento dogmatico che negava la risarcibilità dei danni non patrimoniali nei rapporti contrattuali, avendo esplicitamente chiarito le Sezioni Unite che la lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. consente di «*affermare che anche nella materia della responsabilità contrattuale è dato il risarcimento dei danni non patrimoniali*» e ciò a

<sup>17</sup> Cass. 12 maggio 2003, n. 7281, 7282, 7283, in *Resp. Civ. Prev.*, 2003, p. 676 ss., con nota di BARGELLI E. e ZIVIZ P., nonché in *Foro It.*, 2003, I, c. 2273 ss, con nota di NAVARRETTA E.

<sup>18</sup> Cass. 31 maggio 2003, n. 8827 e 8828, in *Danno e resp.*, 2003, p. 816 ss., con nota di BUSNELLI F.D., PONZANELLI G. e PROCIDA MIRABELLI DI LAURO A.

<sup>19</sup> In senso positivo GIUBBONI S., *Note, cit.*, spec. p. 13 ss. Per la tesi contraria RIVERSO R., *Fondamento e limiti dell'esonero, cit.*, p. 666 ss.; CASOLA M., *op. cit.*, p. 99 ss.

maggior ragione nel rapporto di lavoro dove l'interesse non patrimoniale del lavoratore trova esplicito riconoscimento nell'obbligo del datore di lavoro di tutelarne l'integrità fisica e la personalità morale sancito dall'art. 2087 c.c.<sup>20</sup>.

L'opinione contraria alla estensione di questi principi alla materia infortunistica è solita obiettare anche in questo caso che la specialità dell'esonero sarebbe tale da rendere questa regola del tutto impermeabile alle sollecitazioni provenienti dalla generale evoluzione della giurisprudenza.

Non sarebbe difficile replicare con alcuni semplici interrogativi: la specialità di questa disciplina è sufficiente a restituire vitalità ad una regola da tempo relegata ad una posizione del tutto residuale? Un assetto transattivo anacronistico e palesemente incompatibile con i principi costituzionali può giustificare l'esclusione dei principi elaborati dalla giurisprudenza per garantire piena tutela proprio agli interessi della persona costituzionalmente protetti? E, infine, i valori fondamentali dell'individuo non dovrebbero trovare maggiore riconoscimento proprio in questa materia, tenuto conto della particolare rilevanza che il lavoro assume nei principi costituzionali?

Non paiono dunque sussistere alternative alla tesi che in coerenza con la «*ontologica diversità*»<sup>21</sup> della tutela previdenziale rispetto a quella risarcitoria, esclude che la regola dell'esonero possa pregiudicare il diritto al risarcimento del danno biologico differenziale per il quale il lavoratore deve poter agire secondo le comuni regole della responsabilità civile.

Questa tesi, che sembra trovare sempre maggiori consensi in dottrina<sup>22</sup> e giurisprudenza<sup>23</sup>, conduce evidentemente al completo superamento della regola dell'esonero, portando così a definitivo compimento il processo di graduale riduzione dei suoi confini applicativi.

<sup>20</sup> Cass. Sez. Un. 11 novembre 2008, n. 26972, 26973, 26974, 26975, in *Resp. Civ. Prev.* 2009, p. 38 ss., con nota di MONATERI P.G., NAVARRETTA E., POLETTI D., ZIVIZ P., nonché in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2009, II, p. 465 ss., con nota di SCOGNAMIGLIO R. e DEL PUNTA R.

<sup>21</sup> Così esplicitamente Corte Cost. 26 febbraio 1993, n. 71, *cit.*

<sup>22</sup> DE MATTEIS A., *op. ult. cit.*, p. 105 ss.; ID., *Assicurazione infortuni: perché non esiste più la regola dell'esonero*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2011, p. 355 ss.; DALLA RIVA R., *Il "danno differenziale" negli infortuni sul lavoro. Le diverse proposte interpretative nell'attesa di un indirizzo di legittimità*, in *Riv. Inf. Mal. Prof.*, 2014, I, p. 547 ss.; DI BONA L., *op. cit.*, p. 173 ss.; ALBI P., *Art. 2087. Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona*, in *Il codice civile. Commentario* fondato e diretto da SCHLESINGER P., Giuffrè, Milano, 2008, p. 285; BONA M., voce *Danno alla persona*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ., Agg.*, I, Utet, Torino, 2003, p. 652; CORSALINI G., *La tutela del danno biologico da parte dell'Inail tra novità e continuità*, in *Riv. Inf. Mal. Prof.*, 2002, I, p. 17; ID., *Tutela previdenziale del danno biologico ed esonero del datore di lavoro dalla responsabilità civile per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali*, in CURZIO P. (a cura di), *Il danno biologico dopo il decreto legislativo 38/2000*, Cacucci, Bari, 2002, p. 145-146; ZOPPOLI L., *Il danno biologico tra principi costituzionali, rigidità civilistiche e tutela previdenziale*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2001, p. 394. Riconosce l'anomalia insita nei limiti imposti dall'esonero alla tutela risarcitoria dei diritti fondamentali della persona AVIO A., *Gli infortuni sul lavoro e la responsabilità civile*, in *Lav. Dir.*, 2014, p. 156.

<sup>23</sup> Da ultimo Cass. 19 gennaio 2015, n. 777, *cit.*, secondo la quale «*in armonia con i principi ricavabili dalle sentenze della Corte Cost. n. 356 e 485 del 1991 e con il conseguente orientamento della giurisprudenza ordinaria sui limiti della surroga dell'assicuratore - tale esonero non riguarda il danno alla salute o biologico e il danno morale di cui all'art. 2059 c.c., entrambi di natura non patrimoniale, al cui integrale risarcimento il lavoratore ha diritto ove sussistano i presupposti della relativa responsabilità del datore di lavoro*».

#### 4. Il criterio di raffronto tra indennizzo e risarcimento: tra singole poste o tra importi complessivi?

Ancora più controversa è l'ulteriore questione, strettamente collegata alla precedente, riguardante i criteri di quantificazione del danno differenziale che, secondo un primo orientamento, dovrebbe risultare da un separato confronto per singole poste di danno tra indennizzo e risarcimento. L'opinione muove dalla radicata convinzione che le pronunce del giudice costituzionale del 1991 avrebbero sancito il principio della completa autonomia delle singole poste risarcitorie, dovendo così distinguersi i titoli o le frazioni di danno che risultano inclusi nella copertura assicurativa, per i quali l'eventuale differenza tra indennizzo e risarcimento sarebbe risarcibile alle condizioni stabilite dalla regola dell'esonero (c.d. danno differenziale o quantitativo), dalle tipologie o porzioni di danno che sono invece esclusi dalla tutela indennitaria, per i quali, viceversa, il risarcimento del danno differenziale sarebbe regolato dalle comuni regole della responsabilità civile (c.d. danno complementare o qualitativo)<sup>24</sup>.

Ebbene, oltre a confermare la perdurante vigenza dell'esonero, questa distinzione si presta a numerosi rilievi critici a cominciare dalla difficoltà di operare una così netta distinzione tra danni inclusi o esclusi dalla copertura indennitaria.

Con riguardo ai primi, alcuni problemi si pongono anzitutto per i danni biologici di gravità superiore al 6%, che, come tali, sono inclusi nella garanzia assicurativa. L'eventuale maggior somma risultante dal confronto tra gli importi delle tabelle civilistiche e quelle Inail viene così generalmente ricondotta al danno differenziale. Sennonché, questa disparità di importi non costituisce soltanto una differenza quantitativa, ma segnala una ben più profonda differenza qualitativa derivante dal fatto che, mentre il risarcimento è orientato alla integrale riparazione del danno, la prestazione previdenziale è finalizzata alla sollevazione dal bisogno, oltre ad essere condizionata nel suo ammontare dagli equilibri finanziari della tutela.

Lo stesso discorso vale per i danni patrimoniali di entità superiore al 15%. Anche in questo caso l'eventuale differenza di importi tra indennizzo e risarcimento riflette il profondo divario esistente tra i criteri necessariamente uniformi e standardizzati della tutela previdenziale e la funzione del sistema risarcitorio di garantire l'integrale riparazione del danno subito.

Dubbi ancora maggiori si pongono per i danni biologici e patrimoniali che, non raggiungendo le rispettive soglie di franchigia, sono generalmente ricondotti alla categoria del danno complementare. Si tratta infatti di tipologie di lesione che

<sup>24</sup> In questo senso da ultimo GIUBBONI S., LUDOVICO G., ROSSI A., *op. cit.*, p. 405 ss.; CASOLA M., *op. cit.*, p. 123 ss.; DE MATTEIS A., GIUBBONI S., *Infurtuni sul lavoro e malattie professionali*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 1010; ROSSI F., *Infurtunio sul lavoro e risarcibilità del "danno biologico differenziale" dopo il D.Lgs. n. 38/2000*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2005, II, p. 365 ss.; GIUBBONI S., *Note, cit.*, p. 30 ss. Le definizioni di danno differenziale e complementare sono state coniate da MARANDO G., *op. cit.*, p. 504.

potrebbero essere inquadrate anche nel danno differenziale come porzioni di titoli di danno inclusi nella tutela indennitaria. Non è da escludere peraltro che un evento inizialmente collocato al di sotto della franchigia si trovi a superarla a causa di un successivo aggravamento<sup>25</sup> oppure che un evento ritenuto non indennizzabile possa superare la soglia di indennizzabilità cumulandosi con un'altra successiva lesione o, infine, che un evento ritenuto in ambito previdenziale di gravità inferiore alla soglia di franchigia sia invece considerato di gravità superiore in ambito risarcitorio.

Analoghi problemi si pongono anche per il danno biologico temporaneo, il quale potrebbe essere inquadrato tanto nel danno complementare in ragione della sua esclusione dalla tutela indennitaria, quanto in quello differenziale come sottocategoria del danno biologico e alcune incertezze potrebbero porsi anche per il danno esistenziale, il quale, benché estraneo alla copertura assicurativa, potrebbe comunque essere parzialmente assorbito nel danno biologico ove valutato quest'ultimo nei suoi «*aspetti dinamico-relazionali*», come richiesto dall'art. 13, secondo comma, lett. a) del d.lgs. n. 38 del 2000<sup>26</sup>.

Un discorso in parte diverso deve essere invece svolto per il danno da perdita della vita, il quale, dapprima ammesso quale autonoma voce risarcitoria<sup>27</sup>, è stato più di recente disconosciuto dalle Sezioni Unite<sup>28</sup> che hanno così inteso dare continuità all'orientamento che in assenza del titolare nega l'esistenza di un credito risarcitorio trasmissibile agli eredi.

La giurisprudenza è solita invece riconoscere il diritto al risarcimento del danno biologico ove tra la data della lesione e quella del successivo decesso sia intercorso un apprezzabile lasso temporale<sup>29</sup> e, in coerenza con tale indirizzo, l'art. 13, nono comma, del d.lgs. n. 38/2000 stabilisce che, in caso di morte avvenuta prima dell'indennizzo in capitale, all'assicurato sia dovuto un indennizzo proporzionale al tempo trascorso tra la data della guarigione clinica e la morte.

Anche in questi casi si potrebbe così assistere ad una diversa quantificazione della lesione tra sistema indennitario e risarcitorio, con la conseguente difficoltà di stabilire se tali differenze siano soggette alla regola dell'esonero o autonomamente risarcibili secondo le regole di diritto comune.

<sup>25</sup> Cfr. LA PECCERELLA L., *I rapporti tra indennizzo e risarcimento del danno da menomazione dell'integrità psicofisica*, in *Rass. Giur. Lav. Veneto*, 2005, p. 53.

<sup>26</sup> LUCIANI V., *Il danno biologico tra trattamento previdenziale e tutela risarcitoria: la questione del danno "differenziale"*, in NATULLO G., SANTUCCI R. (a cura di), *Ambiente e sicurezza sul lavoro. Quali tutele in vista del Testo Unico?*, F. Angeli, Milano, 2008, p. 193-194.

<sup>27</sup> Cass. 23 gennaio 2014, n. 1361, in *Foro It.*, 2014, I, c. 719 ss., con nota di PALMIERI A., PARDOLESI R., SIMONE R., CASO R., MEDICI C., nonché in *Resp. Civ. Prev.*, 2014, p. 493 ss., con nota di BIANCA C.M.

<sup>28</sup> Cass. Sez. Un. 22 luglio 2015, n. 15350, al momento inedita.

<sup>29</sup> Senza pretesa di completezza sul punto v. Cass. 19 ottobre 2007, n. 21976, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2008, p. 1198 ss.; Cass. 21 marzo 2013, n. 7126, in *Arch. Giur. Circol. Sin.* 2013, p. 603 ss.; Cass. 22 marzo 2007, n. 6946, in *Resp. Civ. Prev.*, 2007, p. 1850 ss., con nota di CHINDEMI D.; Cass. 31 maggio 2005, n. 11601, in *Riv. It. Med. Leg.* 2006, p. 694 ss.; Cass. 8 aprile 2010, n. 8360, in *Giust. Civ. Mass.* 2010, p. 516; Cass. 7 giugno 2010, n. 13672, in *Giust. Civ.* 2011, p. 1560, con nota di BUFFA F.

La complicazione ovviamente aumenta in presenza di superstiti ai quali la tutela indennitaria riconosce l'autonomo diritto di ricevere prestazioni economiche calcolate in ragione del criterio patrimoniale della retribuzione del defunto. Il confronto per singole poste di danno imporrebbe così di distinguere, nell'ambito del danno *iure proprio*, quello complementare che comprenderebbe anche quello biologico, per il quale gli eredi dovrebbero poter agire secondo le comuni regole della responsabilità civile, da quello differenziale che riguarderebbe soltanto il danno patrimoniale, per il quale opererebbe invece la condizione penalistica dell'esonero, per poi procedere, nell'ambito dei danni *iure hereditatis*, alla ulteriore distinzione tra danni differenziali e complementari<sup>30</sup>.

Oltre a questi problemi di carattere interpretativo e applicativo, il confronto per singole poste di danno pone infine ulteriori problemi di compatibilità rispetto a quanto affermato dalle Sezioni Unite del 2008, secondo le quali «il danno non patrimoniale è categoria generale non suscettiva di suddivisione in sottocategorie variamente etichettate», sicché nessuna autonomia potrebbe essere ragionevolmente attribuita al danno morale, biologico o esistenziale<sup>31</sup>.

Ebbene, dinanzi a questa esplicita presa di posizione dei giudici di legittimità, sono in molti a ritenere che il confronto tra indennizzo e risarcimento debba continuare ad essere svolto per singole voci di danno, riconoscendo in questo modo una loro persistente autonomia nell'esclusivo ambito della materia infortunistica<sup>32</sup>.

Questa tesi - come già anticipato - muove dall'assunto che la distinzione tra i diversi titoli di danno sarebbe richiesta, da un lato, dalla perdurante operatività dell'esonero e, dall'altro, dalle pronunce con cui la Consulta, sollecitando la copertura assicurativa del danno biologico, avrebbe sancito il principio della necessaria distinzione delle singole componenti di danno in ragione della loro inclusione o meno nella tutela indennitaria.

Si tratta invero di argomentazioni non insuperabili e che anzi si prestano a numerosi rilievi critici.

Quanto alla sopravvivenza dell'esonero, non è necessario ripetere ancora una volta quanto già rilevato a proposito delle molteplici ragioni che sollecitano, sul piano sistematico e costituzionale, il definitivo superamento di quella regola.

Con riguardo invece all'autonomia dei titoli di danno che sarebbe imposta dalle

<sup>30</sup> Sul punto v. Trib. Ravenna 9 settembre 2009 n. 545, est. *Riverso*, in [www.altalex.it](http://www.altalex.it), che invece sottopone alla regola dell'esonero anche il danno biologico richiesto *iure proprio* dagli eredi.

<sup>31</sup> Cass. Sez. Un. 11 novembre 2008, n. 26972, 26973, 26974, 26975, *cit.*

<sup>32</sup> GIUBBONI S., *op. ult. cit.*, p. 30; RIVERSO R., *Fondamento e limiti dell'esonero*, *cit.*, p. 663 ss.; ID., *La liquidazione del danno non patrimoniale del lavoratore dopo le sentenze delle sezioni unite del 2008*, in *Lav. Giur.*, 2010, p. 1067 ss.; ID., *Esiste ancora l'esonero*, *cit.*, p. 1083 ss.; VALLAURI M.L., *Il danno non patrimoniale alla luce della giurisprudenza delle Sezioni unite*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2009, p. 427 ss.; Ead., *Sulla risarcibilità del danno biologico differenziale e dei c.d. danni complementari*, in *Inf. Prev.*, 2008, p. 667-668; ROSSI A., *La problematica riferibilità del principio di unitarietà del danno non patrimoniale al risarcimento del danno da infortunio sul lavoro*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2010, p. 146 ss.; CHINDEMI D., *Il danno differenziale: oneri allegativi e probatori per le domande relative ad infortuni o malattie professionali*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2011, p. 1656 ss.

pronunce della Consulta del 1991, è bene ricordare che, al momento del triplice intervento del giudice costituzionale, la categoria del danno non patrimoniale risultava frammentata nelle diverse componenti del danno biologico e morale, assumendo soltanto il primo una esplicita rilevanza sul piano costituzionale. Il giudice costituzionale era così pervenuto al principio della distinzione delle diverse componenti di danno al solo fine di sottrarre il danno biologico alla condizione penalistica dell'esonero, sicché, una volta definitivamente superata quella regola, non residuano ulteriori ragioni per continuare a distinguere tra le singole voci di danno. Quel criterio, in definitiva, ha costituito soltanto una contingente e temporanea deviazione dall'unica regola tuttora sancita dall'art. 10, settimo comma, T.U. che affida la quantificazione del danno differenziale ad un semplice raffronto tra i rispettivi importi dell'indennizzo e del risarcimento.

Nel senso appena indicato militano peraltro ulteriori e più importanti considerazioni che si contrappongono all'assunto - talvolta espresso in maniera esplicita<sup>33</sup> - secondo il quale il confronto per singole poste di danno sarebbe imposto dalla natura qualitativamente omogenea dell'indennizzo e del risarcimento che, come tali, sarebbero analiticamente comparabili nei loro contenuti. Non occorrono ulteriori spiegazioni per comprendere che la prestazione previdenziale risponde invece ad una funzione ontologicamente diversa rispetto al risarcimento, con l'effetto che questa *«diversità strutturale dei rapporti dedotti in comparazione trova poi coerente e consequenziale riscontro nella non omogeneità dei presupposti e dei criteri di quantificazione»*<sup>34</sup>. Immaginare tra entità così eterogenee un confronto analitico tra i rispettivi contenuti, equivale in definitiva a presumerne l'identità di funzione in palese contraddizione con il diverso obiettivo di tutela costituzionalmente attribuito al rimedio previdenziale.

Una diversa conclusione non pare, del resto, giustificata neppure delle pronunce con cui la Consulta ha sollecitato l'inclusione del danno biologico nella copertura assicurativa. Nonostante alcune ambiguità nelle relative motivazioni che hanno contribuito ad alimentare l'equivoco della funzione risarcitoria dell'indennizzo previdenziale, l'obiettivo di quelle decisioni non era certo quello di piegare la tutela indennitaria alle logiche risarcitorie del sistema civilistico. Con quelle decisioni la Consulta aveva inteso piuttosto ribadire che il sistema previdenziale non poteva rimanere estraneo alla tutela dei valori fondamentali della persona, nel senso che le stesse ragioni di protezione che avevano originariamente *«indotto a giudicare non soddisfacente la tutela ordinaria e ad introdurre un sistema di assicurazione sociale obbligatoria contro il rischio»* infortunistico, si ponevano a maggior ragione per le lesioni dell'integrità psicofisica, rendendo così necessaria la previsione di una *«garanzia differenziata e più intensa che consent[isse] mediante apposite modalità sostanziali e procedurali, quella effet-*

<sup>33</sup> Così CASOLA M., *op. cit.*, p. 127.

<sup>34</sup> Così Corte Cost. 26 febbraio 1993, n. 71, *cit.*

*tiva, tempestiva ed automatica riparazione del danno che la disciplina comune non è in grado di apprestare»<sup>35</sup>.*

Come altrove argomentato<sup>36</sup>, l'obiettivo di quelle pronunce era soltanto quello di operare un diretto collegamento tra gli artt. 38, secondo comma, e 32 Cost., sollecitando un coerente adeguamento del concetto di bisogno al valore fondamentale del bene salute. Il ragionamento da cui prendevano le mosse quelle decisioni muoveva, in poche parole, dall'incontestabile assunto che i principi dell'art. 38 Cost. si collocano nella stessa trama di valori consacrati dall'art. 32 Cost.<sup>37</sup>, rappresentando la salute un valore di rango fondamentale la cui tutela non può essere unicamente rimessa ai comuni rimedi risarcitori. Il che non giustifica alcuna sovrapposizione tra le due tutele che rimangono nettamente distinte sul piano funzionale nel senso che, mentre il rimedio previdenziale è chiamato ad assicurare una pronta e automatica liberazione dal bisogno indipendentemente dalla sussistenza dell'illecito, quello risarcitorio rimane invece vincolato alla imputabilità dell'evento, garantendo però l'integrale riparazione del danno.

Questa distinzione ha trovato ulteriore conferma nella più recente decisione con cui la Consulta, riconoscendo la legittimità della riforma operata dal legislatore, ha ribadito che la tutela indennitaria è orientata al parametro costituzionale dell'adeguatezza di cui all'art. 38, secondo comma, Cost., spettando alla discrezionalità legislativa la «*determinazione dei tempi, dei modi e della misura delle prestazioni sociali sulla base di un razionale contemperamento con la soddisfazione di altri diritti, anch'essi costituzionalmente garantiti, e nei limiti delle compatibilità finanziarie*»<sup>38</sup>.

È chiaro a questo punto che tra entità così diverse l'unico confronto possibile è tra i loro complessivi importi, a meno di voler continuare - in palese contraddizione con la prospettiva costituzionale - a ricondurre la tutela previdenziale alla funzione del risarcimento del danno anziché a quella della protezione dal bisogno, con il rischio in questo modo di creare le premesse della incostituzionalità

<sup>35</sup> Corte Cost. 15 febbraio 1991, n. 87, *cit.*, par. 2 della motivazione. Nello stesso senso le successive sentenze Corte Cost. 18 luglio 1991, n. 356, *cit.*, par. 6, e Corte Cost. 26 febbraio 1993, n. 71, *cit.*, par. 2 e 3 della motivazione

<sup>36</sup> Sia consentito, ancora una volta, rinviare a LUDOVICO G., *op. cit.*, p. 217 ss.

GIUBBONI S., voce *Infurtuni sul lavoro e malattie professionali*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Comm., Agg.*, Utet, Torino, 2000, p. 389; ID., *Il danno biologico del lavoratore tra responsabilità civile e tutela previdenziale*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind., L'obbligazione di sicurezza*, 1994, n. 14, p. 199 ss.; FRANCO M., *Diritto alla salute e responsabilità civile del datore di lavoro*, F. Angeli, Milano, 1995, p. 25 ss.; MARIANI M., *Il risarcimento del danno biologico in seguito ad infortunio sul lavoro e l'assicurazione Inail*, in *Lav. Dir.*, 1994, p. 431 ss.; ROSSI A., *La protezione sociale del danno biologico e la valorizzazione della persona umana: possibili ripercussioni sulla tutela previdenziale del lavoratore in materia di invalidità e infortunio*, in *Inf. Prev.*, 2002, n. 2, p. 327 ss.

<sup>37</sup> Così già Corte Cost. 2 marzo 1991, n. 100, in *Riv. Inf. Mal. Prof.*, 1991, II, p. 9 ss., secondo la quale «*il distacco dell'assicurazione obbligatoria dal concetto statistico-assicurativo di rischio è sollecitato da un'interpretazione dell'art. 38, secondo comma, coordinata con l'art. 32 Cost.*».

<sup>38</sup> Corte Cost. 19 dicembre 2006, n. 416, in *Arg. Dir. Lav.*, 2007, II, p. 1343 ss., con nota di GAMBACCIANI E., LA PECCERELLA L.

della riforma nella parte in cui non garantisce alcuna riparazione in caso di lesione di altri beni di rilevanza costituzionale.

È per queste ragioni che non paiono sussistere alternative al criterio utilizzato da un crescente orientamento dottrinale e giurisprudenziale, il quale, superando l'ambigua distinzione tra danno differenziale e complementare, recupera la regola sancita dall'art. 10, settimo comma, T.U., affidando la quantificazione dell'eventuale maggior danno ad un semplice raffronto tra i complessivi importi dell'indennizzo e del risarcimento, sulla cui differenza il lavoratore avrà diritto di agire secondo le comuni regole della responsabilità civile<sup>39</sup>.

## 5. Le azioni di rivalsa dell'Inail

Le soluzioni finora proposte con riguardo ai rapporti tra tutela previdenziale e responsabilità civile non possono non avere conseguenze per le azioni di rivalsa dell'Inail che, al pari dell'azione dell'infortunato, devono essere esercitate nei limiti del risarcimento complessivamente dovuto dal responsabile civile.

Occorre infatti comprendere se anche l'ente previdenziale possa avvantaggiarsi del superamento dell'esonero ai fini dell'esercizio dell'azione di regresso che, ai sensi dell'art. 11 T.U., è subordinata ai medesimi presupposti sostanziali e processuali dell'azione risarcitoria del lavoratore.

L'impostazione finora prevalsa in giurisprudenza è stata quella di perpetuare l'originario schema del T.U., facendo derivare dalla contrazione dell'esonero una speculare dilatazione della responsabilità civile anche in favore dell'ente previdenziale che ha così visto dilatarsi le possibilità di agire nei confronti del datore di lavoro per recuperare quanto corrisposto all'infortunato a titolo di prestazioni e spese accessorie. Questa impostazione è stata duramente criticata da una parte della dottrina che ha accusato la giurisprudenza di aver indebitamente assimilato la posizione dell'ente previdenziale a quella del lavoratore, trascurando di considerare che soltanto nei confronti di quest'ultimo la contrazione dell'esonero

<sup>39</sup> DE MATTEIS A., *La responsabilità del datore di lavoro*, cit., p. 86 ss.; ID., *Assicurazione infortuni*, cit., p. 372 ss.; ID., *Danno differenziale e danno complementare dopo le Sezioni unite del 2008*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2010, spec. p. 402-403; ID., *L'evoluzione del sistema previdenziale in materia di danno alla persona. La regola dell'esonero e le eccezioni: il danno complementare e il danno differenziale*, in *Rass. Giur. Lav. Veneto*, 2005, p. 21 ss.; DI BONA L., *op. cit.*, p. 171 ss.; DALLA RIVA R., *op. cit.*, p. 547 ss. In giurisprudenza da ultimo Cass. 19 gennaio 2015, n. 777, cit., la quale, tenuto conto della «*differenza strutturale e funzionale*» tra indennizzo e risarcimento, ha escluso anzitutto che le somme erogate dall'istituto assicuratore potessero considerarsi integralmente soddisfattive del diritto al risarcimento del danno biologico, precisando che le stesse «*devono semplicemente detrarsi dal totale del risarcimento spettante al lavoratore*». Sul punto sia consentito rinviare a LUDOVICO G., *op. cit.*, p. 307 ss., ove più ampie citazioni di dottrina e giurisprudenza, nonché a ID., *La persona del lavoratore tra risarcimento del danno e tutela dal bisogno: la questione del danno differenziale*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2013, p. 1049 ss.

assumeva una giustificazione costituzionale<sup>40</sup>. Non sono così mancate, anche di recente, le proposte volte a ridimensionare la sfera applicativa del regresso, condizionandone l'esercizio ad una condotta di particolare gravità<sup>41</sup>.

Queste tesi non sembrano tuttavia cogliere l'aspetto più significativo dell'azione di regresso, il cui esercizio non costituisce soltanto un fattore deterrente nei confronti delle violazioni dell'obbligo di sicurezza, ma anche un importante strumento di finanziamento della tutela assicurativa<sup>42</sup>.

L'ampliamento della sfera operativa del regresso, che è stata fatta derivare dalla contrazione dell'esonero, appare così del tutto conforme alla funzione di questo strumento nella misura in cui consente all'ente previdenziale di agire nei confronti del responsabile civile alle stesse condizioni del lavoratore infortunato. Si può dire, anzi, che la dilatazione dei suoi confini rappresenti un'ulteriore conferma del graduale riassorbimento dello speciale regime del T.U. nelle comuni regole della responsabilità civile che da questo versante si è tradotto nel progressivo avvicinamento dei presupposti del regresso a quelli della comune di azione di surroga di cui all'art. 1916 cod.civ.

Le ragioni della iniziale differenza tra le due azioni sono andate infatti gradualmente assottigliandosi tanto sul piano processuale quanto su quello sostanziale. Dal primo versante, l'originaria condizione che subordinava il regresso alla sussistenza di una condanna penale - già implicitamente contraddetta dal principio di autonomia delle giurisdizioni accolto dall'attuale codice di procedura penale - è stata definitivamente superata dall'art. 61, primo comma, del d.lgs. n. 81 del 2008, il quale ne ha ammesso l'esercizio indipendentemente dall'accertamento penale del reato<sup>43</sup>.

Con una recente pronuncia le Sezioni Unite hanno così ribadito che l'originaria condizione processuale sancita dagli artt. 10 e 11 T.U. si pone «*in evidente contrasto con la ormai pacifica autonomia del sistema civilistico della rivalsa rispetto al sistema penale della responsabilità del datore di lavoro*», risultando insostenibile «*l'argomento secondo cui il sistema speciale dei rapporti tra giu-*

<sup>40</sup> MARINO V., *La responsabilità del datore per infortuni e malattie da lavoro*, F. Angeli, Milano, 1990, p. 175 ss.; PERSIANI M., *Rischio professionale e regresso dell'Inail*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1986, p. 572; CASTRONOVO C., *L'assicurazione contro gli infortuni tra diritto privato generale e diritti secondi*, in ID., *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 446.

<sup>41</sup> BRIGNONE A., *Infortunio, responsabilità, regresso*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 181 ss.

<sup>42</sup> In questo senso Corte Cost. 4 maggio 1972, n. 78, in *Riv. Inf. Mal. Prof.*, 1972, II, p. 107 ss. Per un approfondimento del dibattito sulla funzione del regresso sia consentito rinviare a LUDOVICO G., *Tutela previdenziale*, cit., p. 137 ss. nonché ID., *Per una rilettura costituzionalmente coerente delle azioni di rivalsa dell'Inail*, in *Riv. Inf. Mal. Prof.*, 2014, I, p. 611 ss.

<sup>43</sup> Superando le incertezze manifestate dalla giurisprudenza, la norma ha definitivamente chiarito - come noto - che l'azione di regresso non è vincolata all'accertamento penale del reato, potendo essere esercitata in un momento antecedente rispetto a quest'ultimo mediante la costituzione di parte civile. Sul punto v. ROSSI A., *L'azione di regresso dell'Inail dopo l'art. 2 della legge n. 123 del 2007: riflessi sul rapporto tra processo penale e processo civile*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2008, p. 187 ss.

*dizio penale e giudizio civile previsto dal T.U. del 1965 e dalle sentenze della Corte Costituzionale sarebbe fondamentalmente rimasto tale»<sup>44</sup>.*

La specialità di questa disciplina, ripetutamente evocata in dottrina a sostegno della sua sopravvivenza, non sarebbe così un motivo sufficiente per sottrarre le rispettive regole ai generali principi dell'ordinamento, con la conseguenza che l'azione di regresso, stante il superamento della pregiudizialità penale, deve ritenersi condizionata soltanto all'astratta previsione legale come reato del fatto causativo dell'infortunio.

Risolviendo il contrasto insorto in seno alla Sezione Lavoro, la stessa pronuncia ha quindi chiarito che, ove non sia stato iniziato alcun procedimento penale, il termine triennale di esercizio del regresso di cui all'art. 112 T.U. deve ritenersi di prescrizione, con decorrenza dal momento di liquidazione dell'indennizzo al danneggiato. E ciò in quanto mediante il regresso l'Inail fa valere in giudizio un diritto proprio, nascente direttamente dal rapporto assicurativo, che deve necessariamente agganciarsi, per la certezza dei rapporti giuridici, alla liquidazione dell'indennizzo assicurativo che costituisce il fatto certo e costitutivo del diritto a svolgere, nel termine previsto, l'azione di regresso<sup>45</sup>.

Una volta superato sul piano processuale il vincolo della pregiudizialità penale, non sembrano allora sussistere motivi perché l'Inail non debba giovare anche sul piano sostanziale del completo superamento dell'esonero.

In senso contrario non sembra deporre l'argomentazione secondo la quale i limiti imposti al regresso costituirebbero la naturale contropartita del pagamento dei premi. Benché fosse questo l'originario significato attribuito a quei limiti, la successiva evoluzione della disciplina ha definitivamente reciso ogni legame causale tra l'obbligazione contributiva e lo speciale regime di responsabilità dell'art. 11 T.U., trovando quest'ultimo applicazione anche ai dipendenti del datore di lavoro che evidentemente non sono tenuti al pagamento di alcun premio<sup>46</sup>.

Nello stesso senso militano anche altre considerazioni che muovono dall'autentico significato della regola sancita dall'art. 11, secondo comma, T.U. che individua nella sentenza di accertamento della responsabilità civile il presupposto dell'automatica costituzione del credito in favore dell'ente previdenziale. È la stessa disciplina, in definitiva, a sancire la perfetta simmetria tra l'azione risarcitoria dell'infortunato e quella di regresso dell'Inail e le ragioni di tale simmetria sono facilmente individuabili nella volontà legislativa di consentire all'ente previdenziale di reperire ulteriori risorse attraverso una quota del risarcimento dovuto dal responsabile civile. L'eventuale disapplicazione dell'esonero nei soli confronti

<sup>44</sup> Così Cass. Sez. Un. 16 marzo 2015, n. 5160, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, con nota critica di ROSSI A., *In mancanza di un procedimento penale l'azione di regresso dell'Inail è soggetta al termine triennale di prescrizione, decorrente dalla liquidazione delle prestazioni previdenziali: luci ed ombre della pronuncia delle Sezioni unite*.

<sup>45</sup> Così ancora Cass. Sez. Un. 16 marzo 2015, n. 5160, *cit.*

<sup>46</sup> Cass. Sez. Un. 16 aprile 1997, n. 3288, in *Resp. Civ. Prev.*, 1997, p. 353 ss., con nota di MARANDO G.

dell'infortunato, oltre a porsi in palese contraddizione con la lettera della norma, avrebbe così l'effetto, alterando l'equilibrio sancito dagli artt. 10 e 11 T.U., di limitare in molti casi il risarcimento dovuto dal responsabile civile alla sola quota spettante al danneggiato.

Non sembra, del resto, che la riduzione dei costi assicurativi giustamente sollecitata dal mondo imprenditoriale possa trovare un'adeguata risposta nella disciplina del regresso, a meno di voler pregiudicare il delicato equilibrio tra l'azione dell'Inail e quella dell'infortunato. In coerenza con la natura previdenziale di questa tutela, quell'obiettivo dovrebbe invece essere più correttamente perseguito mediante una generale riduzione degli oneri contributivi che troverebbe peraltro una precisa giustificazione nella consistente diminuzione del numero di eventi che è stata registrata negli ultimi anni.

## RIASSUNTO

I difficili rapporti tra tutela previdenziale e responsabilità civile si sono ulteriormente complicati da quando il legislatore ha provveduto alla inclusione del danno biologico nella copertura assicurativa. Sullo sfondo dell'attuale dibattito si cela in realtà la mai risolta contrapposizione tra la risalente concezione della garanzia assicurativa come rimedio sostitutivo della responsabilità civile e la sua più moderna visione come rimedio previdenziale. Ricostruendo le diverse posizioni dell'attuale dibattito, l'Autore esamina le diverse questioni che rendono ancora incerti i rapporti tra i due rimedi, proponendo una loro più netta distinzione in coerenza con le rispettive funzioni costituzionali

## SUMMARY

The difficult relationship between social protection and civil liability has become more complicated when the legislature has provided for the inclusion of biological damage in insurance coverage. The current debate depends on the unresolved conflict between the old prospective of social insurance as substitute remedy of the civil liability and its modern concept as public remedy. Starting from the analysis of the different positions, the Author examines the relevant issues that make still uncertain the relation between the two remedies, offering a clearer distinction in compliance with their constitutional functions.