

Università degli Studi di Padova
Dipartimento di Diritto Pubblico
Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza
Tesi in Diritto della Previdenza Sociale



**INFORTUNIO SUL LAVORO E DANNO
DIFFERENZIALE**

Relatore:

Prof. Riccardo VIANELLO

Tesi di Laurea di:
Donatella RUVOLO
Matricola 1060049

Anno Accademico 2023/2024

INDICE

INTRODUZIONE	1
La previdenza degli infortuni sul lavoro	2
1. <i>La previdenza sugli infortuni: cenni storici</i>	2
1.1 <i>La teoria del rischio professionale</i>	5
2. <i>Il “dovere di sicurezza” del datore di lavoro</i>	8
3. <i>L’intervento del legislatore</i>	10
3.1 <i>La legge 17 marzo 1898, n. 80.</i>	13
3.2 <i>Il r.d. 17 agosto 1935 n. 1765 - Disposizioni per l’assicurazione obbligatoria degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali</i>	15
3.3 <i>Il d.P.R. n. 1124 /1965 - Testo unico delle disposizioni per l’assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali.</i>	16
3.4 <i>Altri interventi</i>	17
3.5 <i>Il D. Lgs. 38/2000.</i>	18
3.6 <i>Il D. Lgs. 81/2008.</i>	20
La responsabilità civile del datore di lavoro	22
1. <i>La responsabilità del datore di lavoro in generale</i>	22
1.1 <i>La responsabilità del datore di lavoro a partire dalla responsabilità Aquiliana</i>	25
2. <i>Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale</i>	27
2.2 <i>La responsabilità civile diretta ed indiretta</i>	29
2.3 <i>La responsabilità civile tra connessione soggettiva ed oggettiva</i>	32
3. <i>La funzione della responsabilità civile del datore di lavoro</i>	39
4. <i>Il parziale esonero introdotto dal d.P.R. 1124/1965</i>	42
4.1 <i>Esonero in caso di comportamento abnorme del lavoratore e rischio elettivo.</i>	43
4.2 <i>La crisi del sistema dell’esonero ed il suo superamento ad opera dell’art. 2087 c.c.</i>	45
Dal danno patrimoniale al danno complementare	53
1. <i>Il danno alla persona</i>	53
1.1 <i>Il danno patrimoniale</i>	53
1.2 <i>Il danno non patrimoniale</i>	54
1.2.1 <i>Il danno biologico</i>	58
1.2.2 <i>Il danno estetico</i>	63
1.2.3 <i>Il danno morale</i>	64
1.2.3 <i>Il danno esistenziale</i>	72
2. <i>Il danno complementare</i>	76

Il cd. “danno differenziale”	78
<i>1. La questione del danno differenziale</i>	78
<i>1.1 Il computo del danno differenziale: criteri di ripartizione tra infortunato e INAIL</i>	80
<i>1.2.1 Il danno per inabilità temporanea</i>	83
<i>1.3 I criteri di adeguatezza del danno differenziale</i>	85
<i>1.4 La compensatio lucri cum danno</i>	87
<i>2. Il rapporto tra danno differenziale e processo: la presunzione di colpa e l’esonero del datore di lavoro</i>	88
<i>3. La scissione del risarcimento del danno differenziale in due obbligazioni divisibili</i>	92
<i>4. La risarcibilità del danno differenziale in seguito alla riforma ad opera del D. Lgs. 38/2000</i>	93
<i>5. Orientamenti in materia di risarcimento del danno differenziale</i>	95
<i>6. Le novità apportate dalla legge di bilancio 2019</i>	99
<i>7. La maledizione di Kirchmann, ovvero che ne sarà del danno differenziale?</i>	101
RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI	114

INTRODUZIONE

L'elaborato nasce da un'esigenza di ordinare, più che approfondire, le tematiche in materia di **danno differenziale**, nozione non coniata dal legislatore, ma tema originato e nutrito dalla dottrina e segnato da molteplici sentenze della giurisprudenza di merito.

Come sostenuto in dottrina¹, il panorama legislativo pare essere provvisoriamente completato con il D. Lgs. n. 38 del 2000, eppure sopravvivono ancora ad oggi diverse situazioni controverse, che non permettono di stabilire l'effettivo *quantum* da risarcire all'assicurato infortunato, né è semplice stabilire quando ed in quale misura il risarcimento del danno differenziale non ecceda effettivamente il dovuto dal danneggiante.

Questa tesi auspica di offrire uno spunto di riflessione da cui partire per un corretto inquadramento del danno differenziale, nonché di ponderare le questioni già affrontate da dottrina e giurisprudenza, in vista di una concezione più uniforme, più idonea al contemperamento degli interessi tanto del lavoratore danneggiato, quanto del datore di lavoro.

Partirò ad illustrare le ipotesi di responsabilità civile del datore di lavoro, ponendo a fondamento del percorso di riflessione gli articoli 2087 c.c. e sulla base degli artt. 10 ed 11 del T.U. (D.P.R. n. 1124/1965), per poi approdare alla giurisprudenza nomofilattica e di merito più recente.

¹ Secondo l'opinione di R. Dalla Riva, *Il "danno differenziale" negli infortuni sul lavoro. Le diverse proposte interpretative nell'attesa di un indirizzo di legittimità*, in *Rivista degli infortuni e malattie professionali* – n. 3/2014, pp. 547-582.

CAPITOLO 1

La previdenza degli infortuni sul lavoro

1. La previdenza sugli infortuni: cenni storici – 1.1 La teoria del rischio professionale - 2. Il dovere di sicurezza del datore di lavoro – 3. L'intervento del legislatore – 3.1 La Legge 17 marzo 1898 n. 80 – 3.2 Il r.d. 17 agosto 1935 n. 1765 - Disposizioni per l'assicurazione obbligatoria degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali - 3.3 Il d.P.R. n. 1124/1965 - Testo unico delle disposizioni per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali. - 3.4 Altri interventi - 3.5 Il D. Lgs. 38/2000 - 3.6 Il D.lgs. 81/2008

1. La previdenza sugli infortuni: cenni storici

“In ogni epoca ed in ogni ordinamento la tutela della persona umana è l'indice più alto dello stadio di civiltà raggiunto dai popoli e delle concezioni etico-politico-sociali che ispirano l'azione dello Stato”².

Potrei anche definire l'interesse per la tutela della persona umana come un flusso, un percorso di lenta, progressiva e costante elevazione della persona umana come entità distinta e superiore al resto degli esseri viventi in ragione delle capacità intellettive ad essa attribuite dall'evoluzione della specie. L'interesse alla tutela della persona umana inizia, così, a partire dalla sensibilità del singolo, si propaga alla comunità di cui fa parte, si insinua nell'intreccio delle prime regole di convivenza civile, per poi elevarsi ad interesse di rango collettivo, fino ad assurgere a diritto della persona e ad essere considerato degno di tutela da parte di un ordinamento.

È così che si approda alla prima forma embrionale di interesse per l'integrità fisica della persona umana e che risale all'antichità, molto prima della *lex Aquilia* e possiamo trovarne espressione già nella legge biblica³.

In un primo momento storico la tutela si estende al semplice risarcimento in favore del dominus a carico del responsabile (si tratti indifferentemente di dolo o colpa) che ha

² Cfr. G. Marando, *Responsabilità, danno e rivalsa per gli infortuni sul lavoro*, Giuffrè, Milano 2003, p. 1.

³ Cfr. G. Marando, *Responsabilità, danno e rivalsa per gli infortuni sul lavoro*, cit. p. 101. “Qualora due questionino tra loro e uno percuote l'altro con una pietra o col pugno, e questi non muore, ma deve stare a letto; se egli si leva e va fuori, appoggiato al bastone, colui che l'ha percosso sia assolto; però lo deve indennizzare del tempo ch'egli è stato infermo, e curarlo fino alla perfetta guarigione” (Esodo 21, 18-19).

cagionato il danno; quindi, è caratterizzato da un connotato tipicamente patrimoniale; tale risarcimento è finalizzato al ristoro del *damnum emergens* o per far fronte alla perdita di potenziali ricavi (*lucrum cessans*) subiti dalla *res* (lo schiavo era considerato una “cosa”, un bene di proprietà del dominus).

La *lex Aquilia* introdotta nel 286 a.C. è la prima legge scritta in materia di risarcimento del danno⁴.

Tuttavia, il percorso che porta alla tutela della persona umana in quanto lavoratore è abbastanza travagliato. Non si trova, infatti, alcuna traccia di tutela dell'integrità fisica del lavoratore in quanto tale, fatta eccezione per la teoria della colpa oggettiva (“*ubi commoda ibi incommoda*”) e della responsabilità, in epoca medioevale, sancita dal diritto longobardo a carico del *magister comacinus* (datore di lavoro), per i danni arrecati alla persona da infortunio occorso durante il restauro o la costruzione di case, anche indipendentemente da ogni colpa lieve contemplata dalla *lex*⁵.

A parte qualche eccezione, quindi, il danno specifico da lavoro rimane per secoli indistinto dalle comuni lesioni personali, senza poter godere di una propria autonomia.

Solo a partire dalla seconda metà dell'Ottocento, a seguito dell'esplosione dello sviluppo industriale, emerge la *questione sociale*: si affacciano sul panorama nuove problematiche collegate al rischio professionale, nutrite dal diffondersi delle idee socialiste, dai nuovi principi della dottrina sociale cristiana, dovute anche all'inurbanamento, ai bassi salari ed alle condizioni dei lavoratori, e anche all'abrogazione delle corporazioni che causa la totale mancanza della solidarietà professionale.

In breve tempo si assiste ad una transizione da una comunità popolata da proletari, allevatori e contadini ad una comunità di operai, spesso addetti all'utilizzo di macchinari.

Inizia a porsi il problema degli infortuni sul lavoro, sia per l'influsso di esperienze straniere, sia per una maggiore sensibilità dell'opinione pubblica: si viene a creare una

⁴ In realtà le prime regole scritte erano raccolte nelle XII Tavole, ma si trattava di regole per lo più di diritto privato, destinate a regolamentare in generale le relazioni tra i cittadini romani.

⁵ Cfr. G. Marando, *Responsabilità, danno e rivalsa per gli infortuni sul lavoro*, cit., p. 102.

profonda spaccatura tra il mondo degli imprenditori e quello dei prestatori di lavoro, che versano in una posizione di inferiorità economica.

Sotto tali impulsi nascono le prime Società di Mutuo Soccorso, dall'iniziativa solidale di operai, contadini ed artigiani con lo scopo di aiutarsi vicendevolmente in caso di necessità, malattia o infortuni sul lavoro.

Fu per primo Alessandro Rossi⁶ nel 1861 a introdurre in Italia l'idea di un fondo di previdenza sociale da destinare agli operai, fondando la Società di Mutuo Soccorso il 25 agosto 1861, dapprima specificatamente rivolta alla tutela del lavoratore in caso di malattie da questi contratte e sofferte, che ne avrebbero impedito la produttività.

Nel registro, denominato “*Sussidi agli ammalati*” Alessandro Rossi faceva annotare i dati del lavoratore, la mansione svolta, la tipologia di malattia contratta, i giorni di sussidio e l'importo dello stesso.

Nella relazione al bilancio della Società di Mutuo Soccorso di Schio dell'anno 1865 si legge che il “*fondo di riserva...*” si riteneva indispensabile “*per far fronte all'eventualità di annate eccezionalmente sfavorevoli per malattie o altre cause*”⁷.

Il successo della Società di Mutuo Soccorso fondata da Alessandro Rossi fu tale da portare nel 1877 ad un progetto di legge per il riconoscimento della personalità giuridica, progetto purtroppo non approdato a legge a causa di alcune vicissitudini⁸.

Fu nel 1880 che vennero gettate le basi per l'Istituzione del Fondo per gli inabili al lavoro.

⁶ Figlio di Francesco Rossi, fondatore del Lanificio Rossi di Schio; Alessandro Rossi subentrò nella gestione del lanificio e, con la sua guida illuminata, portò diverse innovazioni nell'azienda di famiglia. Vedi <https://lanerossi.com/pages/la-nostra-storia>.

⁷ Dall'opuscolo “*Società di mutuo soccorso fra gli artieri di Schio: cenni storici e dati statistici compilati per l'esposizione nazionale di Milano 1881, premiata con medaglia di bronzo*” Tipografia Marin, Schio 1885, ottenuto grazie al contributo della Biblioteca Civica R. Bortoli di Schio, dal fondo archivistico personale del Senatore Alessandro Rossi, Serie 10: Società assistenziali.

⁸ Nell'opuscolo non è chiaramente delineato cosa abbia portato alla mancata approvazione del progetto di legge. Questo nasceva dalla volontà della Regina Margherita, ma, oltre a fornire tutela all'ente stesso, avrebbe comportato necessariamente ingerenze da parte del governo, che probabilmente risultavano sgradite ai soci. Inoltre, le sventure nazionali del 1879 (ossia le inondazioni del Po e l'eruzione dell'Etna) comportarono lo spostamento di interesse da tale progetto (sul quale pare non si sia mai giunti ad un accordo) agli interventi necessari per il sostegno agli sfollati.

L'istituzione di tale fondo prevedeva, come per la Società di mutuo soccorso, una quota associativa, e riconosceva un contributo pari a 25 Lire quale sussidio giornaliero per impotenza lavorativa⁹.

Altra manifestazione di tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro in Italia si ebbe nel 1881, quando, alla prima edizione dell'Expo di Milano, veniva conferito uno speciale riconoscimento ad una industria manifatturiera di Intra che aveva provveduto ad assicurare i propri operai contro gli infortuni sul lavoro.

Ma la prima Cassa speciale ad essere giuridicamente riconosciuta, secondo quanto riportato dal Prof. Arnaldo Agnelli nel suo *“Commento alla legge sugli infortuni sul lavoro”* del 1905 fu la Cassa Consorziale di Vercelli, riconosciuta il 27 aprile del 1899.

Quella vercellese non era in verità la prima cassa d'assicurazione, in quanto già il 9 febbraio 1889 era stata approvata la Cassa di assicurazione contro gli infortuni sul lavoro di Gaetano Marzotto e figli (industria laniera) di Valdagno; tuttavia, le casse approvate prima avevano natura privata, mentre quella di Vercelli è la prima Cassa a nascere a livello di consorzio¹⁰.

Successivamente, con la Legge n. 1473 dell'8 luglio 1883 venne istituita la Cassa Nazionale di assicurazione per gli infortuni degli operai sul lavoro. La legge concesse, inoltre, il servizio gratuito delle Casse di Risparmio postali per la stipulazione dei contratti di assicurazione e per tutti gli adempimenti connessi, comprendendo anche le riscossioni dei premi e i pagamenti di indennità.

Da quella data il processo non ha subito soste, approdando poi all'approvazione della Legge n. 80/1898.

1.1 La teoria del rischio professionale

Come approfondirò più avanti, secondo l'impostazione di alcune ricostruzioni storiche, il dibattito dottrinale tra i sostenitori della responsabilità contrattuale e quella aquiliana rappresenta il nodo della questione infortunistica: in realtà tale

⁹Vedi nota n. 7.

¹⁰ F. Quaranta, *Contributo alla storia dell'Assicurazione contro gli Infortuni sul Lavoro a Vercelli. Dalle origini alla vigilia della Prima guerra mondiale (1898-1914)*, Edizione INAIL – Roma 2002, p. 29.

contrapposizione derivava da un diverso modo di vedere la relazione tra regole giuridiche ed esigenze sociali.

Fu il FUSINATO Guido ad individuare tale problematica, denunciando la confusione tra la questione sociale e quella giuridica¹¹. Egli propose di estendere alla locazione d'opere il principio secondo cui chiunque subisce un danno "agendo nell'interesse di un altro" cui è contrattualmente legato, deve essere da questi risarcito: tale "principio generale di giustizia" era già noto al Codice civile (in tema di mandato) ed anche al diritto romano.

Secondo il Fusinato, dal momento in cui il diritto comune non aveva più offerto garanzie di tutela soddisfattive per il lavoratore infortunato, era il diritto civile il terreno fertile sul quale coltivare lo sviluppo della disciplina riguardante gli infortuni sul lavoro, in quanto in esso naturalmente presenti i concetti di contratto, colpa, caso fortuito, responsabilità e risarcimento danni.

Se ai tempi del diritto romano lo schiavo trovava garanzia nella semplice conservazione di interesse patrimoniale del *dominus*, per il quale la morte o malattia dello schiavo si rivelava un danno di tipo patrimoniale, e all'epoca delle corporazioni il lavoratore era tutelato dal sistema stesso, adesso la libertà del lavoratore finisce per collocarlo in una situazione di indubbia iniquità, ove lo stesso subisca un infortunio sul lavoro.

Il diritto comune non offriva rimedi abbastanza soddisfacenti, in quanto era difficile dimostrare la colpa del datore di lavoro, soprattutto nelle ipotesi di infortunio dovuto a caso fortuito o forza maggiore, lasciando spesso il lavoratore infortunato privo di tutela, privo di cure e di ogni sostentamento economico.

Il legislatore cercò di sopperire a tali carenze in seno al diritto privato, lasciando invariato il diritto materiale e introducendo una modifica soltanto processuale, che permetteva all'infortunato di convenire in giudizio il datore per chiedere il risarcimento dei danni subiti in occasione dell'infortunio sul lavoro, dovendo solamente dare prova dell'avvenuto incidente e del danno sofferto; poi l'inversione della prova comportava

¹¹ Cfr. G. Fusinato, *Scritti Giuridici*, Vol. II, Fratello Bocca Editori, Milano, 1921, p. 28.

per il datore di lavoro l'obbligo di dimostrare che l'incidente era dipeso da colpa del lavoratore o da caso fortuito¹².

Altro orientamento sosteneva di modificare, invece, il diritto materiale, estendendo all'imprenditore (*rectius* padrone) l'obbligo di risarcimento dei danni cagionati da disastri sul lavoro, pertanto, l'inversione della prova ne sarebbe derivata come naturale conseguenza.

A parere del Fusinato, tale soluzione apparve come una *legge di carità e di privilegio* a quella che, invece, avrebbe dovuto essere una legge di giustizia¹³. Infatti, egli stesso propose la seguente formula quale soluzione: *“Tutti i capi d'intraprese industriali, commerciali od agricole sono obbligati a risarcire i danni provenienti ai propri operai da un infortunio che li colpisca durante il lavoro. Si liberano da tale obbligo provando che l'infortunio avvenne per un caso di forza maggiore indipendente dalla natura della impresa, o per una colpa grave della vittima stessa. È nullo e come non avvenuto qualunque atto che abbia per iscopo di eliminare o di diminuire tale obbligazione”*¹⁴. L'autore era consapevole del fatto che tale formula avrebbe comportato un aggravio di costi per le imprese, ma ragionando in termini giuridici e sulla base di esperienze vicine, come quella dell'assicurazione obbligatoria introdotta in Germania, la propose come migliore soluzione tra diritto privato (con la formula proposta) e diritto pubblico (tramite l'istituto dell'assicurazione obbligatoria).

Dalle statistiche analizzate nel corso dei vari progetti di legge, emerse che la grande maggioranza degli incidenti sul lavoro erano dovuti al caso fortuito, e non a colpa del lavoratore o dell'omissione delle misure di prevenzione da parte del datore di lavoro.

*“Considerando gli infortuni come “accessorii inevitabili dell'industria, che regolarmente si riproducono”, si riteneva dunque che fosse l'industria, come “causa perenne di pericolo”, a doverne sopportare gli effetti”*¹⁵.

¹² Secondo il progetto di legge presentato nel febbraio 1886 da Lockroy, ministro del commercio e dell'industria.

¹³ Cfr. G. Fusinato, *Scritti Giuridici*, vol. II, cit., p. 34.

¹⁴ Cfr. G. Fusinato, *Gli infortuni sul lavoro e il diritto civile in Scritti Giuridici*, Vol. II, cit. pp. 90-91.

¹⁵ Cfr. G. Ludovico, *Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità civile del datore di lavoro*, Giuffrè Editore, Milano 2012, p. 18.

Questo rappresentò il primo tentativo di elaborazione teorica della responsabilità oggettiva per rischio d'impresa, criterio che si sostituì presto a quello della colpa. Secondo tale visione, responsabile del danno cagionato non era più il datore di lavoro in quanto colpevole, ma nella sua veste di capo dell'attività industriale che comporta, in sé e per sé, l'inevitabilità degli infortuni e pertanto si accolla il rischio che deriva dall'esercizio dell'attività professionale.

Intanto, in Germania, era stato introdotto l'istituto dell'assicurazione obbligatoria, soluzione che parve preferibile a quella che prevedeva sinora il gravare dell'intero peso del rischio sulle spalle del datore di lavoro.

Così con la Legge n. 1473 dell'8 luglio 1883 fu istituita la Cassa nazionale di assicurazione per gli infortuni sul lavoro con la previsione di un inasprimento della responsabilità civile: il datore di lavoro, tuttavia, preferì spesso sopportare il rischio della colpa piuttosto di esporsi al pagamento del premio, in quanto maggiormente oneroso. Per questo motivo l'assicurazione facoltativa non ebbe risvolti significativi.

2. Il “dovere di sicurezza” del datore di lavoro

Il complesso fenomeno di prevenzione degli infortuni sul lavoro compie un percorso di maturazione che si snoda dapprima in una fase “privatistica”, in quanto il verificarsi del danno a seguito di infortunio sul lavoro ed il relativo risarcimento hanno all'inizio un rilievo tipicamente privatistico, insito nel concetto di danno inteso solo come patrimoniale: da qui la dottrina coniò il concetto di “debito di sicurezza”, come a voler indicare la prestazione sinallagmatica del datore di lavoro nei confronti del lavoratore. In base a tale teoria il datore di lavoro ha l'onere di tenere indenne il proprio sottoposto da qualsivoglia rischio lavorativo, onde salvaguardare l'aspetto patrimoniale del lavoratore, parte debole del contratto.

Più avanti, la dottrina si concentra non soltanto sull'aspetto privatistico del danno e del conseguente diritto al risarcimento, ma si sposta su quello pubblicistico, in quanto l'interesse alla prevenzione ed al ristoro dei danni subiti in occasione

dell'incidente sul lavoro si configura come interesse di tipo pubblicistico, perché accompagnato da sanzioni penali che rafforzano il precetto a carico del datore di lavoro.

Così si approda al concetto di “dovere di sicurezza” per sottolineare l’obbligo, penalmente sanzionato, del datore di lavoro di attuare le misure necessarie a tutelare il lavoratore e, in caso di incidente, provvedere agevolmente al ristoro dei danni subiti¹⁶.

Ecco che il *dovere di sicurezza* si ricollega alla teoria del rischio professionale.

In un primo momento, dunque, la teoria del rischio professionale si ancora al terreno della responsabilità civile, “*come prospettiva di una revisione radicale del principio di imputazione per colpa dell’obbligo risarcitorio, allo scopo di adattarne le funzioni alle assai mutate esigenze di una società costretta a confrontarsi con gli insoliti problemi della gestione dei nuovi rischi dell’era industriale*”¹⁷. Il rischio è implicito in tale contesto e viene concepito come imprevedibile nel suo verificarsi, quindi ineliminabile. L’infortunio diventa, pertanto, evento inscindibilmente connesso all’organizzazione produttiva, che si verifica come conseguenza naturale e necessaria dell’attività lavorativa svolta. Ecco che alla colpa del datore di lavoro si sostituisce il nesso eziologico tra infortunio e prestazione lavorativa, ponendo tale relazione a fondamento del diritto al risarcimento.

Facendo perno su tale impostazione, l’imprenditore viene chiamato a rispondere dei danni derivati, in occasione del lavoro, all’integrità fisica del prestatore di lavoro, che svolge la propria attività alle dipendenze e sotto la direzione dell’imprenditore; la ragione di tale responsabilità si rinviene nelle particolari cause di pericolo che risiedono nelle condizioni stesse del lavoro industriale, condizioni previste come necessarie per il suo funzionamento. Possiamo quindi affermare che il rischio professionale è insito nella prestazione lavorativa stessa e l’infortunio è conseguenza ineluttabile, non più frutto di caso fortuito, ma rappresenta una certezza, «*una conseguenza fatale dell’industria e*

¹⁶ Cfr. G. Marando, *Responsabilità, danno e rivalsa per gli infortuni sul lavoro*, cit., pp. 48-49.

¹⁷ Sul punto cfr. Maria Morello, *Alle origini della tutela degli infortuni sul lavoro*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro, Rivista dell’Osservatorio Olympus*, Università degli Studi di Urbino Carlo Bo, vol. 2/2016, pp. 23-55.

Cfr. A. DE MATTEIS, S. GIUBBONI, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 36.

costituisce quel che v'è di imprevedibile e di inevitabile nell'uso di forze che l'uomo non riesce a dominare completamente»¹⁸.

È a questo punto che il caso fortuito diventa parte dell'elemento del rischio professionale globalmente inteso e come tale necessita di un'assicurazione.

La Suprema Corte, con la decisione 16 marzo 2010, n. 6325, espressamente individua nell'esercizio dell'attività di impresa e, comunque, nello scopo lucrativo, il fondamento della responsabilità del preponente nei confronti dei terzi, avendo siffatta responsabilità «come suo presupposto la consapevole accettazione di rischi insiti in quella particolare scelta imprenditoriale»¹⁹.

3. L'intervento del legislatore

Prima dell'approvazione della Legge 80/1898, il rischio professionale gravava interamente sui lavoratori infortunati e sui datori di lavoro: non sarebbe stato corretto far pesare tale rischio sul lavoratore, parte debole del contratto di lavoro, costretto a lavorare in mancanza di sicurezza, con condizioni igieniche ed ambientali che non di rado comportavano l'insorgenza di malattie e che minavano pesantemente il rendimento dell'attività lavorativa del singolo.

In seguito ai vari dibattiti dottrinali, a partire da Fusinato, il lavoratore venne considerato non più come un semplice fattore di produzione, quale *organo della macchina-automa*²⁰, ma come elemento costitutivo di un'organizzazione della società, che si riconosce e si realizza nel lavoro, inteso soprattutto come mezzo di espressione della personalità.

La sicurezza, la libertà e la dignità umana si configurarono così quali condizioni imprescindibili per lo sviluppo di qualsiasi attività lavorativa e la tutela del lavoro venne

¹⁸ Cfr. G. NERVI, *Il concetto di rischio professionale*, in ATTI I CONGRESSO NAZIONALE DEGLI INFORTUNI E DELLE MALATTIE PROFESSIONALI, (Palermo 26-31 ottobre 1947), Roma, Edizioni dell'Inail, 1948, p. 111.

¹⁹ Nel medesimo senso, cfr. Cass., 11 gennaio 2010, n. 215.

²⁰ Fusinato G., *Gli infortuni sul lavoro e il diritto civile*, in ID. *Scritti Giuridici*, Bocca, Torino, 1921, vol. II p. 27 ss.

progressivamente realizzata attraverso l'introduzione di precetti, accompagnati da sanzioni che rendono più efficace la difesa dell'interesse della collettività.

Unitamente a tali considerazioni, maturata la consapevolezza dell'ineluttabilità dell'infortunio lavorativo come realtà di fatto, si assiste ad una produzione di disegni di legge in materia di responsabilità dell'imprenditore e assicurazione obbligatoria.

La necessità avvertita è quella di ricondurre la responsabilità del datore di lavoro a schemi tipicizzati, che rendano reale la tutela dell'infortunato, agevolando l'individuazione del responsabile sulla base di criteri certi e ben definiti.

Le prime proposte sono quelle di Pericoli e Minghetti, ancorate alla tesi di "presunzione della responsabilità" e quindi di inversione dell'onere della prova²¹.

²¹ Cfr. Gaeta L., *Infortunati sul lavoro e responsabilità civile - Alle origini del diritto del Lavoro*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1986, p. 41. Sul punto confronta anche: <https://fondazionecerm.it/gli-infortunati-sul-lavoro/la-prima-iniziativa-parlamentare-in-materia-di-infortunati-sul-lavoro/#:~:text=Pietro%20Pericoli%2C%20avvocato%20romano%20e-presentatore%20il%2017%20marzo%201879.> "Il primo progetto di legge in materia di infortuni sul lavoro fu presentato alla Camera dei deputati dall'on. Pietro Pericoli, avvocato romano e filantropo, il 27 novembre 1878. Si trattava dell'Atto Camera n. 29, dal titolo "Disposizioni dirette a garantire gli interessi degli operai nelle costruzioni di fabbriche, nelle miniere e negli opifici". Il progetto di legge fu illustrato dal presentatore il 17 marzo 1879. Egli sottolineò la situazione di debolezza dell'operaio, indifeso di fronte al perseguimento da parte degli imprenditori di alti profitti a scapito di ogni misura di sicurezza nel lavoro, combinata con il potere dei datori di lavoro e dei direttori delle imprese. Nel porre l'accento sulla necessità di disporre di statistiche sugli infortuni sul lavoro, Pericoli, facendo riferimento alla sua esperienza di amministratore dell'ospedale di Santa Maria della Consolazione di Roma (specializzato in traumatologia) riportò una serie di dati acquisiti dal 1872 al 1878 nella sola città di Roma (1.650 operai ricoverati per cadute nelle costruzioni e cave o feriti dalle macchine, di cui 170 morirono, altri rimasero storpiati o mutilati, inabili al lavoro). Egli sottolineò, sulla base dei dati, che il problema risiedeva innanzitutto nella mancanza di misure di prevenzione e di garanzia dell'incolumità degli operai, mentre la questione era prevalentemente trattata sotto il profilo della responsabilità civile e penale. Anche se il Codice civile (artt. 1151, 1152 e 1153) garantiva il risarcimento del danno subito, persisteva l'impossibilità pratica di provare la colpa dell'imprenditore, riducendo enormemente la possibilità di un'efficace tutela antinfortunistica. Era difficile da parte dell'operaio produrre prove che dimostrassero la responsabilità dell'imprenditore e tantomeno produrre testimoni tra i compagni di lavoro dell'infortunato, poiché facilmente ricattabili con la minaccia del licenziamento. Il progetto di legge prevedeva che la responsabilità del fatto dovesse intendersi a carico "del proprietario, dell'ingegnere e dell'intraprendente, in modo solidale, fino a che non venga dimostrato il caso fortuito o la negligenza del danneggiato", in virtù della condizione speciale dei rapporti che intercorrono tra il datore di lavoro e l'operaio e cioè che quest'ultimo, per un determinato salario, è obbligato a fare ciò che viene disposto dal datore di lavoro a proprio vantaggio. La proposta di Pericoli introduceva due principi innovatori nel diritto comune: la presunzione di colpa dei datori di lavoro e la cosiddetta "inversione dell'onere della prova". La teoria dell'inversione dell'onere della prova, in contraddizione con i principi giuridici italiani, era motivata dall'idea (mutuata dalla legislazione straniera), che la tutela dei deboli doveva entrare negli scopi dello Stato e che attraverso questa misura veniva ristabilito l'equilibrio tra operai e datori di lavoro; questi ultimi, avevano già "il vantaggio delle cognizioni, della ricchezza, dei mezzi". D'altronde, l'inversione dell'onere della prova non avrebbe potuto risolvere che in parte il problema, perché ne

Secondo tali prospettive, il datore di lavoro doveva essere considerato responsabile, così come in altre legislazioni straniere, secondo le quali la tutela dei lavoratori (i “deboli” del rapporto di lavoro) assurgeva a principio fondamentale di cui lo Stato avrebbe dovuto farsi carico. Così scriveva Schupfer: “*Non hanno i padroni il vantaggio delle cognizioni, della ricchezza, dei mezzi? Diamo all’operaio se non altro il vantaggio della prova*”²².

È evidente che il diritto comune non offre più mezzi adeguati ai lavoratori che devono formulare richiesta di risarcimento dei danni subiti, per le molte difficoltà come quella di reperire i mezzi necessari o di dimostrare il nesso causale tra l’evento ingiurioso e il danno sofferto, come anche il timore “reverenziale” nei confronti di chi aveva dato l’opportunità di lavorare e a causa del quale si finiva spesso per transigere e venire a patti con il datore di lavoro.

Se prendiamo poi in considerazione la maggior parte degli infortuni dovuti al caso fortuito o forza maggiore, nessuna tutela potrebbe invocare a suo favore l’infortunato, non potendo dimostrare il nesso tra la causa dell’incidente e la responsabilità di alcuno, in quanto una colpa non sarebbe rinvenibile in capo ad alcun soggetto.

Altre proposte, così, pongono a fondamento il concetto di “responsabilità aggravata” o “inasprita”, fino ad arrivare al disegno di legge di un “sistema misto” (Disegno Berti e Zanardelli) che contemplava l’assicurazione facoltativa contro gli infortuni sul lavoro, con diritto del responsabile di detrarre l’intero ammontare delle indennità assicurative dal risarcimento dovuto, dal quale però rimaneva escluso l’indennizzo per caso fortuito o forza maggiore.

sarebbero stati esclusi tutti i casi in cui gli infortuni non potevano essere attribuiti a cause imputabili al datore di lavoro. Nella seduta del 17 marzo 1879, il Ministro dell’interno Agostino Depretis, nel riconoscere l’importanza del disegno di legge, dichiarava a nome del Governo la sua presa in considerazione, formalizzata dal Presidente dell’Assemblea che lo trasmise agli uffici per il suo esame. Tuttavia, il progetto venne abbandonato, a causa della fine della legislatura e soprattutto a seguito delle proteste da parte degli industriali. Rimane agli atti che con la proposta Pericoli, per la prima volta in Italia, si discusse di “provvidenze di legge” per assicurare gli operai contro gli infortuni sul lavoro.

Cfr. Flavio Quaranta: *Le origini dell’assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali (testimonianze vercellesi)*; in *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali* - n. 3/2013”, pp. 3-7.

²² F. SCHUPFER, *La responsabilità dei padroni per gli infortuni del lavoro*, Roma, 1883, p. 23.

Una nuova svolta si ebbe con i disegni di legge Miceli (1890) e Chimirri (1891) che si concentravano sul “rischio professionale” e stabilivano la stipula di un’assicurazione obbligatoria a fronte della quale il responsabile poteva beneficiare dell’esonero totale dalla responsabilità civile, fatta eccezione per il caso di dolo.

L’assicurazione avrebbe dovuto coprire tutte le casistiche, comprese quelle di infortunio derivante da negligenza dei lavoratori, da caso fortuito, forza maggiore e anche da colpa – sia lieve che grave – del datore di lavoro.

L’esonero previsto dalla proposta si scontrò con le prime applicazioni di diritto civile e venne accusato di essere un ingiusto privilegio che avrebbe posto i lavoratori in una “condizione di manifesta inferiorità giuridica”²³.

Tale disegno non approda ancora ad essere varato come legge, ma viene ripreso dai disegni Rudini e Lacava, fino ad essere modificato da Barazzuoli ed infine da Guicciardini, che ponendo a fondamento la teoria del “rischio professionale”, porta all’approvazione della legge 17 marzo 1898 n. 80.

3.1 La legge 17 marzo 1898, n. 80.

La legge n. 1473 dell’8 luglio 1883, con la quale venne istituita la Cassa nazionale di assicurazione per gli infortuni degli operai sul lavoro, consentiva al datore di lavoro di assicurarsi per far fronte agli infortuni sul lavoro accaduti ai propri dipendenti; tuttavia, tale assicurazione era facoltativa e non esonerava il datore di lavoro dalla responsabilità civile.

La Legge n. 80/1898 istituì, sul modello tedesco, l’assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro²⁴.

Tale legge si pone quale compromesso che ha placato l’acceso dibattito protrattosi per quasi vent’anni: la non codificazione della responsabilità oggettiva per

²³G. Ludovico, *Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità civile del datore di lavoro*, Giuffrè editore, Milano 2012, pp. 31 e segg..

²⁴ Cfr. S. Giubboni e A. Rossi, *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile*, Giuffrè, Milano 2022, p. 73.

rischio d'impresa che lascia impregiudicato il criterio della colpa a cui viene sostituito un meccanismo di tutela che si estende ad ogni evento occasionato dal lavoro²⁵.

In origine l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro era limitata ai soli operai dell'industria, impiegati nelle poche attività qualificate come pericolose dalla legge stessa: si trattava di una casistica tassativa di lavori tutelati, quali il lavoro in miniera, le attività svolte in imprese di costruzioni edilizie, imprese per produzione di gas e forza elettrica, ecc.

Tale impostazione originaria prevedeva, quindi, un sistema chiuso di attività protette elencate dal legislatore, limitate alle attività d'impresa ritenute più pericolose al di fuori delle quali non vi era protezione, al fine di salvaguardare la nascente industria e di non caricarla con costi contributivi previdenziali ritenuti eccessivi.

Il sistema risarcitorio in tale periodo rimane limitato alla corresponsione di un indennizzo a carico di un'assicurazione obbligatoria, a carico del datore di lavoro che, in contropartita, ottiene un esonero parziale da responsabilità civile per tutti gli infortuni cagionati da una sua condotta omissiva colpevole.

Per non rallentare il progresso industriale e salvaguardare gli interessi economici delle imprese, era necessario ricondurre l'alea degli indennizzi per gli operai infortunati ad una unità quantificabile e che, a fronte dell'indennizzo, fosse più conveniente in termini economici e che operasse come limite alla responsabilità oggettiva. Tale unità venne rintracciata appunto nell'assicurazione obbligatoria, la quale rappresentava l'unico onere per il datore di lavoro al fine di essere sgravato da responsabilità oggettiva per colpa. L'assicurazione obbligatoria diveniva così elemento del costo della produzione, più semplice da quantificare e da far rientrare nelle previsioni del bilancio economico. Il premio dell'assicurazione era un costo che veniva sopportato da tutti i datori di lavoro, per mezzo della mutualità, con oneri pari, a parità di rischio, per tutti i soggetti. La legge sottintendeva, pertanto, una responsabilità oggettiva assoluta per qualsiasi infortunio, anche per quegli incidenti derivanti da caso fortuito o forza maggiore, che veniva subito eliminata grazie alla presenza dell'onere assicurativo. Ecco

²⁵ Cfr. G. Ludovico, *Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità civile del datore di lavoro*, cit., p. 32.

che si passa dal criterio della responsabilità oggettiva, che paradossalmente offriva al lavoratore un doppio binario di tutele, a quello del rischio professionale, il cui unico presupposto era il nesso eziologico tra l'evento dannoso e la prestazione di attività lavorativa.

Mentre era ormai pacifico che l'elemento del dolo potesse configurare responsabilità oggettiva senza lasciare spazio a qualsivoglia dubbio, si accese un dibattito sulla colpa grave. Grazie allo studio del Ferraris, il problema venne aggirato, escludendo dal disegno di legge la menzione della colpa, rinviandone la definizione al Codice penale. Pertanto, il dolo e la negligenza del datore di lavoro, non facenti parte del rischio professionale e prodotti eventuali ed inevitabili dell'attività industriale, continuavano ad essere ricondotti alle responsabilità previste dal diritto comune²⁶.

Da tali considerazioni emerge come fosse già radicata, all'epoca, la convinzione, non più presunzione, che gli infortuni fossero “*accessori inevitabili e ricorrenti dell'industria*”²⁷. Pertanto, spettava all'imprenditore sobbarcarsi l'onere degli incidenti che avvenivano sul lavoro, occasionati agli operai a causa di mezzi e metodi da lui scelti, considerando, infine, che da tale attività esso trae utili.

3.2 Il r.d. 17 agosto 1935 n. 1765 - Disposizioni per l'assicurazione obbligatoria degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali

In seguito alla promulgazione del T.U. n. 51 del 31 gennaio 1904 il campo di applicazione dell'assicurazione obbligatoria fu ampliato sotto il profilo oggettivo, rafforzando il principio del carico esclusivo dell'onere assicurativo sul datore di lavoro, introducendo il reato di ritenuta contributiva sui salari.

Con ulteriore intervento legislativo nel 1917²⁸ la tutela venne estesa ai lavoratori agricoli e nel 1929²⁹ vennero incluse anche le malattie professionali.

²⁶ Cfr. G. Marando, *Responsabilità, danno e rivalsa per gli infortuni sul lavoro*, cit., pp. 110-111.

²⁷ Cfr. G. Marando, *Responsabilità, danno e rivalsa per gli infortuni sul lavoro*, cit., p. 109.

²⁸ Vd. Decreto Legislativo Luogotenenziale n. 1450/1917.

²⁹ Vd. Regio Decreto n. 928/1929.

Ma per arrivare ad una vera e propria “difesa sociale del lavoratore”³⁰ è necessario attendere il 1935, foriero di innovazioni a ragione dell’avvento pubblicistico nel sistema della tutela.

La nuova disciplina prevedeva innanzitutto un servizio assicurativo di carattere pubblicistico, finalmente autonomo rispetto alle iniziative dei privati e lontano dai loro fini speculativi, da realizzarsi tramite un Istituto assicuratore pubblico e dotato di automatismi. Inoltre, prevedeva la precedenza della tutela sanitaria rispetto al risarcimento economico e con obbligo dell’infortunato di sopportare le cure e gli interventi chirurgici. È così che si passa da una forma di assicurazione che dapprima era tesa a limitare la responsabilità civile del datore di lavoro ad una forma di assicurazione specifica per il lavoratore che diventa fulcro della tutela assicurativa.

È prioritario reintegrare il lavoratore nella capacità di poter prestare la propria attività lavorativa, restituendo piena integrità fisica e capacità di sostentamento per se stesso e per la propria famiglia.

Il R.D. 1765/35 ha anche il merito di aver introdotto nel sistema il principio della automaticità delle prestazioni, grazie al quale gli infortunati potevano accedere alle prestazioni previdenziali anche in caso di mancato adempimento degli obblighi contributivi a carico del datore di lavoro (art. 22 R.D. 1765/1935).

A questo punto il distacco dall’impronta privatistica si fa evidente e l’avanzamento del nuovo approccio sociale procede con l’approvazione del *d.P.R. n. 1124 del 30 giugno 1965 - Testo unico delle disposizioni per l’assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali*.

3.3 Il d.P.R. n. 1124 /1965 - Testo unico delle disposizioni per l’assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali.

In seguito alla promulgazione della nostra Costituzione nel 1948, si avvertì l’esigenza di conformare i principi di responsabilità civile ai nuovi valori.

Dopo l’approvazione del T.U. l’infortunio viene considerato non più come evento dannoso a cui l’imprenditore deve apprestare rimedi, ma piuttosto come evento

³⁰ Cfr. G. Marando, *Responsabilità, danno e rivalsa per gli infortuni sul lavoro*, cit., p. 117.

lesivo ai danni del lavoratore, inteso adesso come *soggetto la cui attività è inscindibile dalla sua personalità ed è condizionata dall'intera sua vita familiare e sociale*³¹.

La garanzia per l'infortunato è maggiore di quella prevista dalla L. 80/1898, in conseguenza dell'automatismo delle prestazioni e dell'esazione coattiva dei premi, causando l'eliminazione dell'obbligo per il datore di lavoro di pagare le indennità assicurative in caso di omessa assicurazione; la tutela è completa perché attuata tramite l'ente pubblico previdenziale su un presupposto oggettivo dell'esistenza di un rapporto di lavoro svolto nelle condizioni di legge, senza che abbiano più alcuna rilevanza gli adempimenti del datore.

Tra le novità introdotte dal nuovo T.U. le più rilevanti sono: l'ampliamento delle lavorazioni e della categoria dei soggetti assicurati (artigiani, insegnanti, commessi viaggiatori, ecc.); la riliquidazione triennale delle rendite in base al mutato livello dei salari; la nuova nozione di retribuzione; l'aumento dell'indennità temporanea dopo il 90° giorno; il riferimento alla guarigione clinica e non più chirurgica; un più stretto legame tra assicurazione e prevenzione degli infortuni.

Mi soffermerò più avanti sugli art. 10 e 11 del T.U. citato, argomentando a proposito della responsabilità civile del datore di lavoro.

In questa sede, basterà sapere che il testo unico pone dei limiti all'operatività dell'assicurazione sociale: limiti di tipo *soggettivo*, relativamente ai soggetti che fruiscono della particolare tutela previdenziale, elencati negli artt. 4 e 205 T.U. (quest'ultimo introdotto dalla riforma del 1993 che inserisce nel T.U. la tutela del settore agricolo); *oggettivo*, in relazione alla tipologia di attività esercitate ed ai tipi o aliquote di danno indennizzabile³².

3.4 Altri interventi

Sono parte integrante della storia del diritto della previdenza infortuni sul lavoro anche i vari tentativi del legislatore di individuare un ente, pubblico, che fosse in grado di far fronte al nuovo panorama emergente.

³¹ Cfr. G. Marando, *Responsabilità, danno e rivalsa per gli infortuni sul lavoro*, cit., p. 119.

³² Sul punto cfr. G. Marando, *Responsabilità, danno e rivalsa per gli infortuni sul lavoro*, cit., pp. 513-514.

È doveroso riconoscere alla Federazione italiana delle società di mutuo soccorso, nata a Milano nel 1900, la stesura di un progetto di legge relativo agli enti gestori delle assicurazioni sociali, in particolare quella sugli infortuni lavorativi.

Nel 1903, Francesco Beltrami e Mario Abbiate, votarono a favore di un grande Istituto di assicurazioni sociali con sede in Roma, suddiviso poi in due sezioni, l'una previdenziale, l'altra assicurativa.

Il progetto rimase tra le proposte e dopo un periodo di resistenza perpetrata dalle casse di risparmio fondatrici, nel 1911 fu firmata a Roma una nuova convenzione su proposta del ministro Francesco Saverio Nitti. Tale convenzione fu approvata con la Legge n. 304 del 28 marzo 1912. Relatore al Senato fu il presidente dell'Associazione degli agricoltori del Vercellese, Vincenzo Ricci, promotore della prima Cassa mutua infortuni agricoli in Italia.

È opportuno ricordare che quasi contemporaneamente stava avanzando il progetto Nitti-Beneduce sul monopolio statale delle assicurazioni sulla vita, tramite l'istituzione dell'INA (Istituto Nazionale delle Assicurazioni – Legge n. 305 del 4 aprile 1912, che comportò la liquidazione delle compagnie private, che fino ad allora potevano gestire, in concorrenza con la Cassa nazionale infortuni, le polizze assicurative per gli infortuni sul lavoro. Tuttavia, in seguito al Regio Decreto-legge n. 2051 del 5 dicembre 1926, venne istituito il divieto per i datori di lavoro di stipulare polizze con le compagnie private.

Il passo successivo fu la trasformazione della Cassa nell'attuale INAIL (Istituto Nazionale Assicurazione contro gli Infortuni sul Lavoro) con la grande riforma del 1933, che conquistò il monopolio assicurativo nell'intero Paese³³.

3.5 Il D. Lgs. 38/2000

Mi sembra doveroso, prima di arrivare al D. Lgs. 38/2000, segnalare che numerosi sono stati gli interventi del legislatore che hanno interessato il diritto del

³³ Quaranta F., *Le origini dell'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali (testimonianze vercellesi)*, in *Riv. Inf. Lav. Mal. Prof.* - n. 3/2013, pp. 318-321.

lavoro, con particolare attenzione rivolta alla prevenzione dei rischi connessi all'attività lavorativa.

Dapprima, con la promulgazione della Legge 20 maggio 1970 n. 300, meglio conosciuta come lo Statuto dei Lavoratori, viene sancito il diritto dei lavoratori a verificare la corretta applicazione delle norme che pongono a carico del datore di lavoro, secondo quanto disposto dall'art. 9 che riporto integralmente: “**Art. 9. Tutela della salute e dell'integrità fisica.** *I lavoratori, mediante loro rappresentanze, hanno diritto di controllare l'applicazione delle norme per la prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali e di promuovere la ricerca, l'elaborazione e l'attuazione di tutte le misure idonee a tutelare la loro salute e la loro integrità fisica.*”

Successivamente, con il D. Lgs. 626/1994 il legislatore mira ad assicurare al lavoratore un ambiente di lavoro più salubre e sicuro, tramite la previsione di obblighi di prevenzione e sicurezza a carico del datore di lavoro e di obblighi che coinvolgono anche i prestatori di lavoro, interessati da formazione obbligatoria in materia di salute e sicurezza sul lavoro. Il decreto citato introduce anche procedure per una corretta valutazione dei rischi, misure di prevenzione e previsione dei dispositivi di protezione individuali, obblighi in materia di igiene e sicurezza nei luoghi di lavoro, compresi gli obblighi di esposizione della segnaletica di sicurezza e adozione di procedure di emergenza in caso di infortuni sul lavoro.

A continuazione delle tutele esposte finora, il Decreto Legislativo 23 febbraio 2000, n. 38, oltre a riformare l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro, introduce importanti novità in materia di risarcimento del danno, soffermandosi in particolare sull'introduzione del danno biologico nell'ambito dell'assicurazione INAIL, qualora il danno abbia causato una invalidità di tipo permanente, prevedendo nuovi parametri per il calcolo della rendita di cui all'art. 66 del T.U. Inf. (art. 13 comma 2), oltre ad includere una doppia soglia di franchigia (danno biologico e conseguenze patrimoniali).

Tale disciplina pone quale presupposto ai fini dell'indennizzabilità, il danno alla sfera personale del prestatore di lavoro, comportando il superamento della precedente disciplina, fondata sull'erogazione di una rendita diretta per la perdita totale o parziale

della sola capacità lavorativa. La disciplina relativa alla rendita diretta si applica agli infortuni sul lavoro verificatisi e alle malattie professionali denunciate fino alla data di entrata in vigore del D. Lgs. 38/2000; a partire da tale data, si applica, invece, la nuova disciplina del risarcimento del danno biologico.

Oltre al merito di aver introdotto l'indennizzo del danno biologico nel sistema di assicurazione dell'INAIL, il D. Lgs. 38/2000 ha esteso l'ambito di applicazione dell'assicurazione ai lavoratori dell'area dirigenziale, ai lavoratori parasubordinati soggetti a rischi lavorativi specifici ed agli sportivi professionisti. Lo stesso decreto ha inoltre aggiornato le tabelle delle malattie professionali, rivalutato le rendite ed ha esteso la tutela INAIL anche agli infortuni cosiddetti "*in itinere*".

3.6 Il D. Lgs. 81/2008

Oggi l'attenzione verso gli infortuni sul lavoro è elevata a tal punto da richiedere l'identificazione e prevenzione non soltanto dell'incidente, ma addirittura di tutte quelle condotte pericolose che, pur non comportando conseguenze dannose, potrebbero potenzialmente provocare danni: è questo il concetto che i paesi anglosassoni traducono con la locuzione *near-miss*, concetto che è stato in qualche modo interpretato e trasposto nel D. Lgs. 81/2008.

L'obiettivo che il legislatore si prefigge di raggiungere con tale decreto è l'eliminazione dei rischi e, ove ciò non sia possibile, la loro riduzione al minimo. Una volta riscontrata l'impossibilità di eliminarli radicalmente, va compiuta una valutazione per ogni singolo rischio, al fine di individuare eventuali misure protettive che possano ricondurlo ad un livello di tollerabilità, tale da renderlo quasi insignificante.

Precisamente la definizione di valutazione è contenuta nella lettera q) dell'art. 2 del D. Lgs. 81/2008, che recita: "*q) "valutazione dei rischi": valutazione globale e documentata di tutti i rischi per la salute e sicurezza dei lavoratori presenti nell'ambito dell'organizzazione in cui essi prestano la propria attività, finalizzata ad individuare le adeguate misure di prevenzione e di protezione e ad elaborare il programma delle misure atte a garantire il miglioramento nel tempo dei livelli di salute e sicurezza.*"

Il filo conduttore che ha guidato il legislatore per il D. Lgs. n. 626/1994 e successivamente per il D. Lgs. 81/2008, ha indotto alcuni studiosi a ritenere l'abrogazione implicita dell'art. 9 dello Statuto dei Lavoratori, anche se appare preferibile la tesi secondo la quale l'art. 9 sia stato potenziato ed assorbito dalla legislazione successiva³⁴.

³⁴ Cfr. S. Buoso, *Principio di prevenzione e sicurezza sul lavoro*, Giappichelli Editore, Torino, 2020, p. 56.

CAPITOLO 2

La responsabilità civile del datore di lavoro

1. La responsabilità del datore di lavoro in generale – 1.1 La responsabilità del datore di lavoro a partire dalla responsabilità Aquiliana - 2. Responsabilità contrattuale ed extra-contrattuale - 2.2 La responsabilità civile diretta ed indiretta – 2.3 La responsabilità civile tra connessione soggettiva e oggettiva – 3. Il parziale esonero introdotto dal d. P.R. 1124/1965 - 3.1 Esonero in caso di comportamento anormale del lavoratore - 3.2 La crisi del sistema dell'esonero ed il suo superamento ad opera dell'art. 2087 c.c.

1. La responsabilità del datore di lavoro in generale

Se dovessimo considerare l'origine della responsabilità del datore di lavoro, troverei doveroso partire dal concetto di inadempimento delle obbligazioni di lavoro, già applicato nel diritto romano (ed esteso, come già visto, dal contratto di mandato a quello della locazione d'opere) e ripreso dal nostro Codice civile all'art. 1218 che recita: *“Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile”*³⁵.

Pertanto, il datore di lavoro si configura, in tale visione, come debitore del dovere di tenere indenne il lavoratore da qualsiasi pericolo derivante dallo svolgimento della prestazione lavorativa e comunque ad essa collegato, sia perché la prestazione lavorativa del proprio sottoposto è necessaria al raggiungimento di un obiettivo qual è il conseguimento di un utile, sia perché è il datore di lavoro a scegliere i mezzi ed i metodi necessari al raggiungimento del risultato che si è prefisso.

Il datore di lavoro, nel predisporre gli schemi necessari al conseguimento del risultato economico atteso e nel dirigere l'attività economica, trova al contempo un sostegno ed un limite nell'art. 41 Cost., che, oltre a tutelare l'iniziativa economica, obbliga l'imprenditore ad astenersi da comportamenti o attività che possano, anche solo

³⁵ Sul perché ritenga appropriato parlare di debito e di inadempimento, si veda quanto già trattato nel capitolo precedente, a proposito del dovere di sicurezza del datore di lavoro e dall'accollo, da parte di questo, del rischio professionale.

potenzialmente, recare danni alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità del prestatore di lavoro.

A tale impostazione si rifà anche l'art. 2087 c.c., specificando che *“l'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro”*.

Quindi il datore di lavoro dovrà mettere in atto tutte quelle misure atte a prevenire gli incidenti sul lavoro, non solo per le specialità del campo lavorativo, ma anche in base all'esperienza maturata ed alle tecniche solitamente applicate all'ambito lavorativo.

Certo l'art. 2087 c.c. non opera con carattere di automaticità, in quanto deve essere data prova del nesso causale tra l'evento lesivo e la violazione degli obblighi di legge.

A supporto di tale tesi, interviene anche la recente giurisprudenza della Suprema Corte, Sezione Lavoro, che nella decisione n. 12347/2016 chiarisce che l'art. 2087 c.c. non configura una forma di responsabilità oggettiva del datore di lavoro, in quanto la responsabilità va collegata alla violazione degli obblighi di comportamento imposti da norme di legge o suggeriti dalle migliori conoscenze sperimentali o tecniche.

La Suprema Corte delinea gli obblighi del datore di lavoro per la tutela delle condizioni di lavoro: *«Va anzitutto ribadito che l'art. 2087 c.c. non configura una forma di responsabilità oggettiva a carico del datore di lavoro, non potendosi automaticamente desumere dal mero verificarsi del danno l'inadeguatezza delle misure di protezione adottate: la responsabilità datoriale va infatti collegata alla violazione degli obblighi di comportamento imposti da norme di legge o suggeriti dalle migliori conoscenze sperimentali o tecniche del momento al fine di prevenire infortuni sul lavoro e di assicurare la salubrità e, in senso lato, la sicurezza in correlazione all'ambiente in cui l'attività lavorativa viene prestata, onde in tanto può essere affermata in quanto la lesione del bene tutelato derivi causalmente dalla violazione di determinati obblighi di comportamento imposti dalla legge o suggeriti dalle conoscenze sperimentali o tecniche in relazione al lavoro svolto³⁶. Si tratta, in altri termini, di un'obbligazione assimilabile*

³⁶ Cfr. Cass. nn. 8381 del 2001, 3234 del 1999, 5035 del 1998.

a quelle tradizionalmente definite “di mezzi”, in cui la diligenza, oltre a costituire il criterio per valutare l’esattezza dell’adempimento, esaurisce l’oggetto stesso dell’obbligazione, traducendosi nel dovere di conoscere quei saperi e di adottare quelle tecniche considerate più attendibili nell’ottica di perseguire il fine indicato dall’art. 2087 cit., e in cui il mancato conseguimento di tale fine rileva solo in quanto sussista un nesso di causalità (non solo in senso materiale, ma anche normativo) tra la condotta che detto obbligo di diligenza abbia violato e l’evento dannoso in concreto verificatosi. Vale a dire che l’art. 2087 c.c., nella misura in cui costruisce quale oggetto dell’obbligazione datoriale un fare consistente nell’adozione delle “misure che, secondo la particolarità del lavoro, l’esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l’integrità fisica e la personalità dei prestatori di lavoro”, permette di imputare al datore di lavoro non qualsiasi evento lesivo della salute dei propri dipendenti, ma solo quello che concretizzi le astratte qualifiche di negligenza, imprudenza, imperizia o inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline, dovendo per contro escludersi la responsabilità datoriale ogni qualvolta la condotta sia stata diligente ovvero non sia stata negligente (imprudente, imperita, ecc.) in ordine allo specifico pericolo di cagionare proprio quell’evento concreto che in fatto si è cagionato, cioè quando la regola cautelare violata non aveva come scopo anche quello di prevenire quel particolare tipo di evento concreto che si è effettivamente verificato (o almeno un evento normativamente equivalente ad esso)»³⁷.

Tornerò più avanti sulla specifica responsabilità oggettiva e soggettiva del datore di lavoro, per dare spazio, adesso, ad un approfondimento storico della responsabilità del datore di lavoro, a cominciare dalla Lex Aquilia, il famoso plebiscito del 286 a.C. che, oltre a rappresentare la prima legge scritta dopo le XII Tavole, fu il punto di partenza per l’evoluzione legislativa della responsabilità datoriale.

³⁷ Cfr. Cassazione, Sezione Lavoro, n. 12347/2016.

1.1 La responsabilità del datore di lavoro a partire dalla responsabilità Aquiliana

Il concetto di responsabilità del datore di lavoro è profondamente legato a quello del rischio professionale, ma ancor prima della nascita di tale teoria, l'unico modo per ottenere il ristoro di un danno subito per causa di lavoro era costituito dalla tutela offerta dalla *Lex Aquilia*.

Tale legge (ricordiamo fu la prima legge scritta in materia di risarcimento del danno) prevedeva la responsabilità a carico di chiunque avesse cagionato un danno, con conseguente obbligo di risarcimento in favore del soggetto danneggiato; tale regola di carattere generico non poteva soddisfare pienamente le aspettative del danneggiato da infortunio sul lavoro, anche perché l'attività lavorativa era considerata negletta ed affidata agli schiavi e la concezione romana prediligeva la tutela dell'interesse per lo Stato a discapito di quello per il singolo individuo. Anche in seguito all'abolizione della schiavitù, tuttavia, non si arrivò ad un riconoscimento della tutela dell'integrità fisica del lavoratore, fino almeno al momento in cui si affermarono dapprima i principi del cristianesimo ed in seguito quelli della Rivoluzione francese.

Tali eventi, unitamente all'esplosione della questione sociale della seconda metà dell'Ottocento, portarono gradualmente al riconoscimento di una responsabilità per danni cagionati a causa del lavoro autonoma rispetto alla responsabilità generica per danni causati a terzi.

Così, inizialmente, gli articoli 1151 e 1152 del Codice civile del 1865 disciplinavano la responsabilità civile di natura extra-contrattuale, che imponeva al lavoratore infortunato la dimostrazione della colpevolezza del datore di lavoro per conseguire il ristoro del danno alla persona riportato.

In particolare, l'art. 1151 c.c. ricalcava esattamente il modello dell'art. 1382 del *Code Napoléon*, mentre l'art. 1152 c.c. forniva una definizione di colpa secondo cui *“ognuno è responsabile del danno che ha cagionato non solamente per un fatto proprio, ma anche per propria negligenza o imprudenza”*³⁸.

³⁸ Cfr. L. Gaeta, *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile, Alle origini del diritto del lavoro*, Edizioni Scientifiche Italiane 1986, p. 19.

Dunque, il datore di lavoro si trovava a rispondere dell'incolumità del lavoratore, per dolo e per colpa, secondo lo schema della responsabilità extra-contrattuale, come sostenuto da autorevole giurisprudenza dell'epoca³⁹.

La dimostrazione processuale della responsabilità colposa del datore di lavoro era a dir poco difficile e spesso il lavoratore infortunato veniva estromesso dal ciclo produttivo, senza poter nemmeno accedere ad un qualsiasi risarcimento.

Inoltre, nelle ipotesi di caso fortuito o forza maggiore, il lavoratore sarebbe rimasto privo di tutela, non essendo rinvenibile in capo ad alcun soggetto una colpa o una volontà d'agire.

Questo problema emergeva dalla circostanza che il contratto di lavoro veniva considerato come istituto appartenente al mondo dei concetti giuridici, anziché essere inquadrato nel contesto dell'organizzazione di lavoro.

Se, da un lato, questo aiutava a contenere i costi della produzione industriale, dall'altro, tale soluzione non era adatta a risolvere la questione sociale, in quanto tramite la semplice estensione dell'art. 1570 c.c. del 1865 (che prevedeva la locazione d'opera, contratto mediante il quale una parte si obbliga a fare per l'altra una cosa mediante una pattuita mercede) ai contratti di lavoro, non era corretto prevedere un ulteriore obbligo a carico del committente d'opera, quale quello di tenere incolume l'altra parte, in quanto tale clausola sarebbe stata inserita contro il chiaro disposto della legge.

Di contro, la responsabilità extra-contrattuale poteva risolversi in maniera eccessivamente onerosa per l'imprenditore; il rigore di tale impostazione consentiva raramente di giungere ad una decisione favorevole per l'infortunato.

Essendo, peraltro, tanti infortuni dovuti ad imperizia o negligenza non dell'imprenditore, bensì di un compagno di lavoro, iniziò a trovare applicazione l'art. 1153 c.c. del 1865, secondo il quale la colpa del padrone o del committente era presunta per i danni cagionati ai sottoposti, nell'esercizio delle mansioni la loro affidate.

³⁹ Cass. Firenze, 26 marzo 1896, Breschi / Ferrovie Adriatiche; cfr. Gaeta L., *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile, Alle origini del diritto del lavoro*, cit., p. 21.
Cfr. M. Morello, *Saggi, Alle origini della tutela degli infortuni sul lavoro*, in Riv. DSL 2-2016.

Tale regola subì obiezioni, in quanto era applicabile solo nel caso in cui danneggiato fosse stato un terzo, finendo così per equiparare l'operaio ad un terzo estraneo al rapporto di lavoro.

Solo in casi eccezionali era prevista la responsabilità per fatto altrui, ma sempre rintracciandone il fondamento nella colpa (*culpa in eligendo* o *culpa in vigilando*), per non aver custodito con l'ordinaria diligenza le cose o non aver scelto diligentemente i propri sottoposti.

Solo grazie agli sforzi della dottrina e della giurisprudenza si giunse ad una evoluzione della responsabilità del datore di lavoro specifica e differenziata, sulla base della considerazione che il rischio del lavoratore è diverso da tutte le altre tipologie di rischio.

2. Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale

Il danno provocato dall'inosservanza degli obblighi di tutela del lavoratore è riconducibile tanto alla figura della responsabilità contrattuale, quanto a quella della responsabilità extracontrattuale (cd. aquiliana).

In particolare, autorevole dottrina⁴⁰ sostiene che la responsabilità contrattuale al pari di quella aquiliana ha come presupposto la violazione di un obbligo preesistente; pertanto, la colpa, sia essa contrattuale od extracontrattuale, “*non crea ma modifica il rapporto*”, trasformando il rapporto originario in secondario, surrogando all'obbligo primitivo un obbligo di risarcimento, con la conseguenza di richiedere una struttura normativa diversa, ma solo nella forma esteriore, pur rimanendo essenzialmente identica nella sostanza. Quindi si ritiene che il principio del *neminem ledere* (uguale sotto il profilo sostanziale dello schema diritto riconosciuto-obbligo imposto-violazione dell'obbligo-risarcimento) differisca a seconda del contesto considerato solo a causa della distinzione obblighi e doveri in senso stretto.

⁴⁰ Cfr. C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè Editore, Milano 1997, pp. 184 e segg., con particolare riferimento alla teoria del Carnelutti.

È qui che risiede la differenza intrinseca tra la responsabilità contrattuale di diritto civile e la responsabilità extracontrattuale di diritto comune: nel fatto che l'obbligo alla prestazione di ristoro dei danni subiti dipenda dalla violazione di un obbligo determinato in esecuzione di un contratto a prestazioni corrispettive, piuttosto della generica violazione di un obbligo assoluto di non arrecare danni ad altri a qualsiasi titolo. La colpa è elemento costitutivo della responsabilità aquiliana, non come invece nella responsabilità contrattuale, ove la responsabilità è insita nell'obbligazione stessa, la cui mancata realizzazione causa di per sé l'impossibilità di adempiere con conseguente responsabilità nel momento stesso in cui si realizza la ragione che estingue l'obbligazione⁴¹.

L'art. 2043, nel quale è stato travasato il contenuto dell'art. 1151 del Codice Civile del 1865, costituiva il fondamento della disciplina della responsabilità extracontrattuale ed offriva al lavoratore danneggiato da infortunio sul lavoro l'unico mezzo esperibile per ottenere un risarcimento del danno patrimoniale, in mancanza di norme specificamente formulate per l'ambito lavorativo: dunque il danneggiato aveva la possibilità di scegliere di esercitare l'azione in via alternativa o cumulativamente, secondo la configurazione che avrebbe previsto un esito allo stesso più favorevole.

Se dall'art. 2043 si fa discendere una serie di conseguenze dovute alla violazione del principio generale del *neminem ledere*, l'art. 2087 presuppone invece la sussistenza di un "obbligo di protezione" in capo al datore di lavoro, obbligo accessorio all'obbligazione principale del datore di lavoro, derivante da un contratto che vede lavoratore e datore di lavoro quali titolari di situazioni giuridiche contrapposte e con aspettative non limitate alla prestazione oggetto del contratto, ma estese alla salvaguardia da ogni pregiudizio personale⁴².

È proprio tale obbligo di protezione che differenzia profondamente la responsabilità del datore di lavoro rispetto alla figura generica della responsabilità aquiliana.

⁴¹ Sul punto cfr. C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., pp. 186-187.

⁴² Cfr. G. Marando, *Responsabilità, danno e rivalsa per gli infortuni sul lavoro*, cit., p. 73.

Ascrivere un danno alla disciplina della responsabilità contrattuale oppure a quella della responsabilità aquiliana non significa solamente assoggettare la responsabilità ad un diverso regime, ma innanzitutto affermare l'esistenza o inesistenza di situazioni giuridiche soggettive giuridicamente rilevanti sulle quali sono modellate le condotte da tenere nei confronti di terzi.

Ritornando alla disciplina del Codice civile, mentre l'art. 2087 è applicabile nei soli confronti del datore di lavoro, in conseguenza dell'inosservanza degli obblighi posti a tutela della sicurezza e senza bisogno di dimostrazione del nesso causale con l'evento lesivo, l'art. 2043 ha portata più ampia ed è applicabile nei confronti di altri soggetti diversi dal datore di lavoro, quali ad esempio un collega di lavoro.

2.2 La responsabilità civile diretta ed indiretta

Mentre è pacifica l'applicazione della responsabilità civile per la persona del datore di lavoro, essendo regolata esplicitamente dal *T. U. Inf.*, non è altrettanto chiara la responsabilità civile indiretta, sotto il profilo dell'esonero.

Secondo la dottrina più risalente⁴³, infatti, la responsabilità civile del datore di lavoro non è soltanto diretta, *“ma può essere anche indiretta per i danni arrecati dal fatto illecito dei loro domestici e commessi nell'esercizio delle incombenze a cui sono adibiti (art. 2049 c.c.) o, comunque, per i fatti dolosi o colposi di coloro dell'opera dei quali il debitore si valga nell'adempimento dell'obbligazione (art. 1228 c.c.)”*.

Tale elaborazione dottrinale è stata alimentata dalla giurisprudenza del primo '900, che sosteneva che *“per la risarcibilità dell'infortunio non occorre il nesso causale diretto tra lavoro ed infortunio, ma è sufficiente il nesso occasionale; addirittura, non si esige dal legislatore che il lavoro costituisca causa efficiente dell'infortunio, ma che ne sia la causa indiretta, mediata, concorrente, occasionale”*⁴⁴.

⁴³ Cfr. E. Irace, *La responsabilità civile del datore di lavoro per infortuni sul lavoro e malattie professionali*, in *Trattato di previdenza sociale*, diretto da B. Bussi - M. Persiani, Cedam, Padova, 1981, pp. 551 e segg.

⁴⁴ Cfr. F. Carnelutti, *Infortuni sul lavoro (Studi)*, Volume primo, Athenaeum Roma, 1918, pp. 209 e segg.

L'*occasione di lavoro* diventa così l'unico presupposto rilevante ai fini della responsabilità del datore di lavoro, poiché era radicata la convinzione che l'imprenditore dovesse sopportare il danno degli infortuni, generati da quella industria di cui egli gode i vantaggi; l'*occasione di lavoro* assurge così a chiave per l'interpretazione del fondamento della responsabilità civile. Da qui è possibile estendere la responsabilità civile agli altri soggetti coinvolti a motivo dell'*occasione di lavoro*, soggetti del cui operato il datore è chiamato a rispondere secondo la configurazione della *culpa in eligendo* e della *culpa in vigilando*, in quanto riconducibili al lavoro quale causa, diretta o indiretta, dell'infortunio.

Quindi mentre in passato si riteneva che il datore di lavoro fosse tenuto a rispondere a causa di negligenza nella scelta dei propri sottoposti (*culpa in eligendo*) oppure a causa della mancata o scarsa sorveglianza sull'operato degli stessi (*culpa in vigilando*), le teorie più recenti hanno abbracciato la teoria del rischio professionale, secondo il principio "*cuius commoda, eius et incommoda*", ossia chi beneficia del supporto di altre persone nella realizzazione di un'opera, ne sopporta anche i rischi derivanti.

Il datore di lavoro è chiamato a rispondere, in tali ipotesi, per responsabilità extracontrattuale ex art. 2049 c.c., articolo dedicato alla responsabilità dei padroni e committenti: tale norma attribuisce ai padroni e committenti la responsabilità per i danni arrecati dal fatto illecito dei loro domestici e commessi nell'esercizio delle incombenze a cui sono adibiti. La responsabilità del padrone o committente, così configurata, è una responsabilità indiretta, ossia per fatto illecito altrui, ancorata all'esistenza di due presupposti: l'esistenza di un rapporto di preposizione e la commissione dell'illecito nell'esercizio delle proprie incombenze. Essa si atteggia diversamente rispetto alla responsabilità extracontrattuale prevista dall'art. 2043 c.c., sia perché il soggetto obbligato a risarcire il danno è diverso da chi ha tenuto la condotta dalla quale è derivato il fatto illecito, sia perché non è qui contemplata la possibilità per il soggetto chiamato a rispondere del danno di poter fornire prova della diligente adozione delle misure idonee ad evitarlo. Ora non è necessario che tale danno sia conseguenza immediata e diretta della condotta illecita tenuta nell'esercizio delle incombenze commissionate dal

datore di lavoro; tuttavia, devono semplicemente configurarsi come “occasioni” che si dimostrano favorevoli al verificarsi dell’infortunio⁴⁵. Tale presupposto acquisisce maggior rilevanza nel momento in cui l’evento lesivo sia occasionato in dipendenza del comportamento negligente di altri lavoratori dipendenti. Vi sono anche teorie più rigide che richiedono, quale presupposto indispensabile, la semplice sussistenza di “incombenze”. L’esercizio di tali incombenze allude ad una rosa di comportamenti molto più ampia di quella che ricomprende i comportamenti strettamente inerenti all’esecuzione dell’incarico specifico. Bisogna, pertanto, far riferimento all’intera gamma di comportamenti, che ricomprenda tutte le attività che siano funzionalmente connesse, anche se non stabilite in maniera espressa al momento del conferimento di incarico da parte del committente. In tale alveo sono ricomprese, dunque, tutte quelle attività considerate necessarie all’espletamento del proprio lavoro all’interno dell’azienda, necessarie al conseguimento dell’obiettivo prefissato dal committente. Affinché ci sia responsabilità del datore di lavoro per i fatti dei propri preposti, deve sussistere un legame tra la condotta che ha causato il danno e la finalità per il cui raggiungimento il datore di lavoro aveva affidato al dipendente le mansioni, il cui svolgimento ha cagionato l’evento lesivo.

Tuttavia, non è sufficiente che il danno sia occasionato sul luogo e durante l’orario di svolgimento dell’attività lavorativa affinché sia rilevata la responsabilità civile del datore di lavoro. Vi è, infatti, tutta una serie di ipotesi in cui non si ritiene configurabile la responsabilità extracontrattuale indiretta del datore di lavoro per fatto dei sottoposti ai sensi dell’art. 2049 c.c., come ad esempio quei comportamenti che non sono prevedibili né evitabili dal datore, né tantomeno strumentali all’espletamento dell’incarico ricevuto, all’attività lavorativa ed al rischio d’impresa ad essa collegato⁴⁶ ed infine tutti i casi di danni imputabili all’attività privata del preposto, che costituiscono espressione della personale autonomia dello stesso.

Altro punto di riflessione sulla responsabilità civile indiretta è offerto dalla sentenza n. 2037 del 1975 della Suprema Corte di Cassazione, che individua una sorta

⁴⁵ Ritorna qui il concetto anglosassone di *near-miss* già richiamato al capitolo 1, paragrafo 3.6.

⁴⁶ Vd. Paragrafo 3.1.

di solidarietà debitoria tra il datore di lavoro ed il dipendente lavoratore danneggiante e ritiene esperibile l'azione di regresso di cui all'art. 1916 c.c. sia nei confronti del datore di lavoro che dei dipendenti, responsabili penalmente dell'infortunio stesso, proprio a supporto della tesi della responsabilità civile oggettiva per fatto imputabile ai sottoposti di cui all'art. 2019 c.c.⁴⁷.

La differenza tra l'applicazione della disciplina della responsabilità civile diretta o indiretta è finalizzata ad una migliore comprensione dell'applicazione dell'esonero da responsabilità civile del datore di lavoro di cui all'art. 10 del d.P.R. 1124/1965.

2.3 La responsabilità civile tra connessione soggettiva ed oggettiva⁴⁸

Ogni qualvolta si assista alla rilevanza di nuove situazioni giuridiche soggettive, in quel momento l'evoluzione sociale avanza ed è necessario riscrivere i contorni della responsabilità civile del datore di lavoro. Ecco perché l'argomento è stato sempre nutrito e discusso dalla dottrina e dalla giurisprudenza con sempre rinnovato fervore.

Seguendo tale evoluzione, l'esperienza italiana procede di pari passo insieme a quella di altri ordinamenti europei e non soltanto, accostandosi e distanziandosi spesso all'ordinamento francese, a quello tedesco e financo a quello statunitense.

Se il criterio della colpa era stato per secoli fondamento indiscusso della responsabilità oggettiva del datore di lavoro, l'evoluzione sociale e normativa mette in discussione tale criterio, perché con l'avvento delle macchine viene gradualmente ad essere insufficiente la visione che prevede un solo individuo quale centro di imputazione della propria vicenda esistenziale. Man mano si inizia a prospettare una depersonalizzazione dell'evento dannoso, collegandolo piuttosto alla nuova realtà che vede uomo e macchina come un connubio inscindibile, come due parti dello stesso individuo, due collaboratori che svolgono la propria attività lavorativa in modo complementare e simbiotico. Almeno questa doveva sembrare la visione all'alba della

⁴⁷ G. Naletto, *Le azioni di surroga e di regresso dell'I.N.A.I.L.*, in *Trattato di previdenza sociale*, diretto da Bussi e Persiani, Volume quarto "La Tutela contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali", Cedam, Padova 1981, pp. 479-494.

⁴⁸ Cfr. C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., pp. 33 e segg.

rivoluzione industriale. Purtroppo, però, come tutte le innovazioni, anche l'introduzione dei macchinari all'interno dell'organizzazione lavorativa portò all'emersione di tante problematiche, soprattutto legate alla individuazione ed imputazione della responsabilità all'interno dell'organizzazione stessa. Le azioni individuali, non più libere e responsabili, vanno lette in un nuovo contesto, interpretate ed inquadrate, spesso con notevole sforzo, all'interno delle regole ormai vetuste e superate, alle quali anche la giurisprudenza fatica a distaccarsi.

Presto anche la scuola Pandettistica viene superata, soprattutto grazie al contributo della dottrina tedesca⁴⁹, la quale aveva posto in evidenza che il problema giuridico fondamentale era non tanto individuare il soggetto che avrebbe dovuto risarcire il danno, bensì definire chi avrebbe dovuto sopportare definitivamente il costo provocato dal danno.

Un contributo importante e significativo è stato offerto, al di fuori dell'ambito squisitamente giuridico, anche dall'economista austriaco Victor Mataja, che ha inserito la propria esperienza applicata alla nuova realtà, supportando l'impostazione moderna della responsabilità civile nella dottrina.

È proprio la visione di Mataja che introducendo un nuovo approccio metodologico tramite l'applicazione dell'analisi economica al diritto, dà una svolta al vecchio sistema: la consapevolezza che il danno è un fenomeno che nessun ordinamento al mondo potrà mai eliminare, in quanto costituisce un fatto ormai verificato e concluso, e che l'unico rimedio possibile per l'ordinamento è introdurre regole per la prevenzione dei danni e impostazioni del risarcimento tali da far ricadere la mole del danno sui soggetti che appaiono maggiormente idonei a sopportarne il peso, secondo le esigenze di giustizia e dell'assetto economico degli interessi.

Mentre la dottrina statunitense⁵⁰ identificava nella colpa l'unico criterio idoneo a giustificare lo spostamento del danno dal soggetto che lo subisce al soggetto che lo ha provocato, il Mataja sosteneva che il criterio della colpa non può assicurare il

⁴⁹ Voglio ricordare principalmente gli studiosi R. Jhering (considerato il padre del superamento del principio *nullum crimen sine culpa*), K. Binding e A. Merkel.

⁵⁰ Che trova il suo maggior esponente in O.W. Holmes, noto per essere il padre del diritto statunitense.

conseguimento di quei risultati che la responsabilità civile dovrebbe prefiggersi, essendo inadeguata sia sotto il profilo della prevenzione che sotto quello della reazione al danno occorso.

Sulla scia del pensiero austriaco, la teoria della responsabilità senza colpa inizia a essere abbracciata a livello europeo ed in Italia: fu il Venezian, indipendentemente dalle teorie tedesche, sulla base del pensiero della Scuola positiva di diritto penale, a formulare una ipotesi di responsabilità che esclude la colpa *in toto* e pone a fondamento della stessa il semplice nesso causale. Tale teoria parte dalla considerazione dell'illecito civile al pari del reato, come specie di un unico genere che è il torto. «L'obbligo del risarcimento ha luogo quando il torto dannoso si congiunge mediante un nesso causale oggettivo ad un fattore considerevole, appartenente alla sfera giuridica d'altri che del danneggiato e il risarcimento è integrale o parziale, in proporzione delle cause concorrenti che spettano al danneggiato»⁵¹. Quindi, secondo tale impostazione, non è più il soggetto che ha agito in maniera da consentire il verificarsi del danno a dover rispondere per colpa, ma è il suo patrimonio; pertanto, non ha senso di parlare di anti-giuridicità, perché questa qualifica l'azione, è riferita ad un comportamento, una condotta e prevede sempre un agente al quale questa azione possa essere attribuita.

Ma allora come può esistere una responsabilità patrimoniale per eventi totalmente fortuiti o accidentali? Purtroppo, la teoria della responsabilità oggettiva (senza colpa) non è stata accolta con entusiasmo dalla dottrina italiana e ne possiamo trovare conferma nella legge n. 739 del 30 giugno 1912 che regola la circolazione "degli automobili" e nell'opinione della dottrina maggioritaria, della quale sono espressione il Coviello⁵² ed il Barassi.

⁵¹ Cfr. C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 40. G. Venezian, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, in *Opere Giuridiche I*, Roma, 1919, p. 56 e segg.

⁵² Cfr. N. Coviello, *La responsabilità senza colpa*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1897 XXII, pp. 188 e segg.: «Contro la teoria della presunzione assoluta di colpa va rilevato che ritenere in astratto l'esistenza della colpa ed in pratica prescindere dalla concreta e reale esistenza di questa equivale a rimettere altrove, che nella colpa, la ragione della responsabilità di cui trattasi. Ove l'assenza di colpa non può provarsi, è evidente che si risponde oltre la colpa non per colpa presunta; la colpa presunta dalla legge assolutamente (senza possibilità di prova contraria) è un artificio che mira a far salvo formalmente il principio della colpa anche laddove questo deve cedere il passo a un diverso e sostanziale criterio di responsabilità».

Secondo l'opinione *soggettivista*, *“l’infortunio del lavoro rientra nella responsabilità contrattuale, ma questa non può essere affermata se non quando è dimostrata la colpa del padrone”*⁵³. Così la colpa finiva per governare anche la materia della responsabilità contrattuale, come sostenuto dalla Cassazione romana con decisione del 16 giugno 1897, resa in risposta alle opinioni che sostenevano che la responsabilità contrattuale si accompagna ad una visione rigorosamente oggettiva dell'inadempimento: *“si adduce per ragione giustificativa di così sconfinata responsabilità essere tale obbligo un corrispettivo della locazione, ancorché non ci sia colpa per parte del conduttore, salvo che egli provi che ci sia colpa per parte dell'operaio, ovvero che il disastro sia effetto di mero caso fortuito o di forza maggiore. Tale assunto però che presume di rompere la ‘crosta del classico aprioristico di diritto civile, per assurgere al movimento odierno del nuovo diritto industriale’, se affatica la dottrina e le tendenze di una legislazione sociale che si propongono di risolvere e conciliare la lotta tra il capitale e il lavoro, in jure condendo, non può accettarsi allo stato della vigente patria legislazione, perché né nel codice civile, né in quello commerciale rinvenni alcuna disposizione che esageri la responsabilità del padrone per gl'infortuni incontrati sul lavoro fino al segno ove vorrebbero spingere i fautori della svenunciata teorica”*⁵⁴.

Siccome la responsabilità civile oggettiva richiedeva la sussistenza di un nesso eziologico tra comportamento del datore di lavoro ed infortunio, le conseguenze avrebbero potuto essere ancor più gravose per il datore rispetto a quanto lo sarebbero state secondo quanto sostenuto dai sostenitori della teoria della responsabilità contrattuale. Perché, secondo la teoria contrattuale della responsabilità, l'operaio che avanzasse richiesta di risarcimento, avrebbe solamente dovuto dimostrare di aver subito un infortunio in costanza di lavoro, rimanendo a carico del datore la preoccupazione di doversi scagionare, dimostrando di aver osservato un comportamento ordinariamente diligente. Con l'introduzione del nesso causa-effetto, però, l'operaio avrebbe perso il

⁵³ L. Gaeta, *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile. Alle origini del diritto del lavoro*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1986, p. 55-56.

⁵⁴ Vedi nota 51.

beneficio dell'inversione dell'onere della prova, dovendo dar dimostrazione non soltanto di aver subito una lesione personale, ma anche della dipendenza di tale lesione ad una trascuranza, da parte dell'imprenditore, delle norme che avrebbero potuto prevenire, quindi impedire, l'accadimento. Invece, applicando la teoria contrattualistica, il lavoratore danneggiato avrebbe potuto chiamare in giudizio il datore di lavoro, chiedendo, in virtù dell'inadempimento del contratto, la restituzione in pristino stato (questo secondo una fantasiosa quanto artificiosa ricostruzione), rinunciando così, a quell'inversione della prova che invece avrebbe potuto essere la chiave di accesso alla tutela risarcitoria. Tale ricostruzione operata dai sostenitori della teoria contrattualistica della responsabilità datoriale metteva in pericolo l'istituto dell'inversione della prova, privando concretamente l'operaio di un mezzo valido per ottenere il riconoscimento del proprio diritto al ristoro dei danni subiti. Ecco che la teoria contrattualistica, quindi, iniziò a subire un deciso ridimensionamento: è naturalmente impossibile, una volta verificatosi l'infortunio, quella "*restitutio in integrum*", ossia richiedere che il datore di lavoro restituisca all'operaio la propria capacità lavorativa o, addirittura, la vita, sia per impossibilità naturale oggettiva, sia perché non è corretto equiparare l'operaio, una persona dotata di dignità umana, ad un oggetto di commercio.

Questa è un'ulteriore riprova dello scarso successo conseguito dalla teoria della responsabilità civile oggettiva.

Altri autori⁵⁵ riconoscono l'esistenza di una responsabilità indiretta oggettiva per fatto degli ausiliari, rintracciandone, probabilmente, il fondamento nella "*connessione incolpevole del fatto illecito del dipendente con la scelta di quest'ultimo da parte del dominus*", ma in caso di responsabilità per fatto proprio dell'agente, non riesce a distaccarsi dal criterio della colpa, affermando che "*il fatto dell'uomo è...pur sempre decisivo per il sorgere della responsabilità*"⁵⁶.

Secondo altra corrente dottrinale, qualsiasi definizione possa essere fornita per attribuire la responsabilità è una definizione tautologica, che non riesce a spiegare il concetto se non utilizzando gli stessi termini con i quali viene definita la colpa. Nessun

⁵⁵ A. De Cupis, *Il danno*, Volume II, Milano, 1970, pp. 139 e segg.

⁵⁶ Cfr. C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 53.

criterio è in grado di fornire quell'idea di connessione così forte tra agente, condotta e conseguente sanzione della condotta che ha provocato il danno, idea che invece è già insita nel significato stesso della colpa.

Anche in riferimento al nostro Codice civile è improbabile configurare una responsabilità oggettiva, escluso appunto il caso di responsabilità per fatto altrui, in quanto l'unico articolo (2050) che qualifica la fattispecie in funzione della *pericolosità*, è profondamente segnato dall'utilizzo del criterio della colpa. “*L'idea di prospettare la creazione di pericolo come giustificazione del risarcimento si avvale ancora del punto di vista che considera la responsabilità civile in termini di sanzione risarcitoria per un comportamento illecito*”⁵⁷.

Le teorie sopra esposte (*cuius commoda eius et incommoda*, pericolo, rischio professionale) riportano costantemente un problema rimasto irrisolto, ossia la corretta intuizione e raffigurazione della realtà che si scontra con l'incapacità di formalizzare correttamente il criterio posto a fondamento della responsabilità oggettiva, senza poi cadere in contraddizione.

Per comprendere meglio la problematica della responsabilità civile oggettiva, è necessario procedere ad equiparazioni con l'istituto della stessa responsabilità civile applicato ad ambiti diversi da quello degli infortuni sul lavoro: per questo, farò una breve digressione, facendo riferimento ad un elaborato pionieristico di Guido Calabresi, che illustra e apre la strada a nuove soluzioni nella sua opera “*Costo degli Incidenti*”, trattando a proposito di sinistri automobilistici⁵⁸.

Il Calabresi sostiene che lo scopo precipuo dell'istituto della responsabilità civile è sia quello di ridurre il più possibile il “*costo*” dei sinistri, sia il “*costo*” impiegato per la prevenzione dei sinistri, prendendo in considerazione tre tipologie di “*riduzione dei costi*”: una “*riduzione* definita “*primaria*”, *mediante il metodo di prevenzione generale o del mercato, e il metodo della prevenzione specifica o collettivo; una riduzione “secondaria”, mediante i metodi del frazionamento dei rischi e della “tasca profonda;*

⁵⁷ Cfr. ancora C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 57.

⁵⁸ G. Calabresi, *Costo degli incidenti e responsabilità civile Analisi economico-giuridica*, Giuffrè, Milano, 1975.

infine, riduzione “terziaria” o di tipo “efficientistico””. Tali metodi saranno combinati insieme per sortire l’effetto sperato. È necessaria la distinzione di tre metodi di riduzione del costo, in quanto non sempre le categorie di costo sono del tutto fungibili.

Partendo dal presupposto che nessun sistema di responsabilità può essere fondato su una sola “*funzione*”⁵⁹, i tre metodi proposti si basano su una visione economica del danno: ecco perché l’autore adopera il termine di “*costo*”.

L’autore individua il metodo del frazionamento dei rischi, che individua tre aree sulle quali i rischi possano essere distribuiti, e cioè: assicurazione sociale, assicurazione privata volontaria e responsabilità aziendale. In particolare, tramite la tecnica che prevede la ripartizione dei rischi sulla responsabilità aziendale, è possibile “*imputare i danni su coloro che sono in grado di trasferirli sugli acquirenti dei propri prodotti o sui fattori impiegati nella produzione dei propri prodotti (inclusi capitale e lavoro) e di provocare, in tal modo, un frazionamento dei danni abbastanza ampio*”⁶⁰. Diversamente da un sistema nel quale il peso degli incidenti è sopportato in modo frazionato tramite l’utilizzo delle assicurazioni sociali obbligatorie o di quelle private facoltative, in cui assistiamo ad un’ampia distribuzione delle perdite, si ritiene che l’azienda, dopo un periodo iniziale di assestamento, riesca a conseguire un buon livello di frazionamento delle perdite. La circostanza che il sistema secondo cui le perdite debbano essere sopportate dalle persone più propense ad assicurarsi e dalle aziende (considerate come soggetti che hanno la possibilità di “*trasferire*” il costo dei danni sugli acquirenti dei loro prodotti) abbia riscosso vasti consensi è una dimostrazione del fatto che la gente non è disposta ad assicurarsi volontariamente.

Tuttavia, le tecniche di frazionamento dei danni non sono idonee ad evitare il costo degli incidenti, così come quello degli infortuni sul lavoro.

Tramite il metodo di prevenzione generale, è possibile incoraggiare tutte quelle attività ritenute più “sicure”, ovvero incoraggiare la riduzione del pericolo insito in certe attività: purtroppo tale metodo incontra il limite della teoria della distribuzione delle

⁵⁹ Secondo il Calabresi, il concetto di *funzione* è qui utilizzato per indicare gli scopi più ampi della responsabilità civile, cfr. *Costo degli incidenti*, cit., p. 35.

⁶⁰ G. Calabresi, *Costo degli incidenti*, cit., pp. 78 e segg.

risorse, in quanto ci sono attività più onerose rispetto ad altre che, anche se meno sicure, rappresentano opportunità di impiego di forza lavoro o di guadagno maggiori rispetto ad altre tipologie di attività che, obiettivamente, sono meno esposte al rischio di incidenti. Permangono, in conclusione, in qualsiasi ipotesi di prevenzione generale o specifica, due problemi: uno è l'attribuzione del costo degli incidenti; l'altro è la valutazione del costo degli incidenti. Entrambi i problemi si possono superare solamente grazie alla combinazione dei due metodi.

L'autore conclude affermando che il metodo preferibile è comunque quello di ancorare la responsabilità civile alla colpa, affermando poi la necessità, come esigenza già percepita dalla maggior parte dei sistemi giuridici, di una riforma dell'intera disciplina del diritto degli incidenti, che sviluppi un sistema misto che possa risultare più soddisfacente rispetto a quello basato sul criterio della colpa.

3. La funzione della responsabilità civile del datore di lavoro

La funzione della responsabilità civile è stata, per lungo tempo, considerata sempre come compensativa, ossia si poneva come rimedio alla mancata capacità di guadagno che l'infortunio sul lavoro aveva cagionato; ecco, in tal senso il risarcimento (che verrà trattato più avanti a proposito del danno alla persona) compensava quella parte di reddito che il lavoratore aveva "perso" a causa della sua inabilità temporanea al lavoro. Oppure, in caso di inabilità parziale permanente, avrebbe costituito un ristoro a compensazione del difetto di qualità della prestazione, che ne determina una svalutazione in termini economici.

La giurisprudenza ha, progressivamente, portato ad un superamento di tale *carattere monofunzionale della responsabilità civile*, indicando altre possibili funzioni, tra cui quella *preventiva-deterrente* che, in senso generale, rappresenta un ammonimento per l'intera comunità sociale, e la funzione *sanzionatoria-afflittiva*

(definita anche, in modo scorretto⁶¹, *punitiva*), che va a colpire il singolo soggetto coinvolto.

Decisiva è, a tal proposito, la sentenza del 5 luglio 2017, n. 16601 delle Sezioni Unite della Cassazione⁶² con la quale si prospetta, quantomeno a livello di principio, la compatibilità dei risarcimenti punitivi con il vigente ordinamento italiano: *“Nel vigente ordinamento, alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, poiché sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabile civile. Non è quindi ontologicamente incompatibile con l’ordinamento italiano l’istituto di origine statunitense dei risarcimenti punitivi”*.

Giunse a tale medesima conclusione anche la Corte Costituzionale che, in fase di decisione *“su una questione relativa all’art. 96 c.p.c., ha consacrato la natura non risarcitoria e più propriamente sanzionatoria, con finalità deflattive del contenzioso della responsabilità stessa”*⁶³. A supporto di tale tesi, si affianca la consapevolezza che la polifunzionalità della responsabilità civile sia già desumibile direttamente dall’ordinamento giuridico interno, come sostenuto da vari esponenti della dottrina, sulla scorta del primo comma dell’art. 96 cod. proc. civ., che recita: *“Se risulta che la parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, il giudice, su istanza dell’altra parte, la condanna, oltre alle spese, al risarcimento dei danni, che liquida, anche d’ufficio, nella sentenza”*. Tale espressione ha una natura giuridica diversa rispetto a quella dettata dall’art. 2043 cod. civ., in quanto individua nell’azione valutativa del giudice (che determina l’entità del risarcimento secondo equità), ampi limiti di giustificazione extra-compensativa del risarcimento stesso.

⁶¹ Come approfondirò a proposito del danno alla persona, la funzione punitiva è preferenzialmente, se non addirittura esclusivamente, propria del sistema di diritto penale, deputata pertanto ad infliggere sanzioni personali, reali e pecuniarie, al soggetto agente che con la sua condotta ha determinato l’illecito. Ecco perché è più appropriato parlare di carattere “punitivo” con riferimento quasi esclusivo alle sanzioni penali.

⁶² Decisione emessa a seguito dell’ordinanza di rimessione n. 9978 del 2016 della prima sezione della Corte di Cassazione, con la quale veniva ammesso il riconoscimento di una sentenza statunitense di condanna del soggetto danneggiante al risarcimento di danni ultra-compensatori.

⁶³ Sul punto vedi: <https://www.diritto.it/danni-punitivi-polifunzione-responsabilita-civile/>.

Possiamo affermare che la funzione punitiva non è affatto estranea alla responsabilità civile, ma, che, anzi, può dirsi parte della stessa, essendo sufficiente analizzare, ad esempio, la struttura della responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 e 2059 c.c.. Secondo tale impostazione, la responsabilità extra-contrattuale è già ontologicamente sanzionatoria, per poi assumere, solo successivamente carattere compensativo.

Diverse sono le esemplificazioni del carattere sanzionatorio della responsabilità civile nel nostro codice, ove gli illeciti civili vengono sanzionati, oltre che con il risarcimento del danno, con una sanzione pecuniaria comminata a cura del giudice civile e devoluta alla Cassa delle ammende (sanzione pecuniaria che si somma al risarcimento del danno, ma che è destinata ad incidere sulla sola sfera del danneggiante come sanzione aggiuntiva, in quanto non diretta ad un ristoro del danneggiato).

Tuttavia, le tesi esposte finora a supporto della concezione della responsabilità civile con funzione prevalentemente punitiva, non legittimano un'apertura totale in ordine alla ricezione incondizionata dell'istituto dei danni punitivi, poiché il carattere affittivo di tale istituto, rende necessaria una laboriosa valutazione comparativa da parte del giudice, che applicherà tale istituto di volta in volta al caso concreto considerato, onde garantire il rispetto del principio di legalità ex artt. 23 e 25 della Costituzione e di cui all'art. 7 della Convenzione Europea sulla salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali.

Pertanto l'istituto dei danni punitivi non è suscettibile di applicazione *tout court* nel nostro ordinamento, poiché è richiesto che siano regolati da specifiche disposizioni di legge potendo addivenire ad un giudizio di contrarietà di una condanna al pagamento di danni punitivi *“solo quando la liquidazione sia giudicata effettivamente abnorme, in conseguenza di una valutazione, in concreto, che tenga conto delle circostanze del caso di specie e dell'ordinamento giuridico dello stato membro del giudice adito”*⁶⁴.

⁶⁴ Il riferimento è ancora al sito <https://www.diritto.it/danni-punitivi-polifunzione-responsabilita-civile/>.

4. Il parziale esonero introdotto dal d.P.R. 1124/1965

Con l'intervento legislativo del 1965 la figura del lavoratore acquista una nuova dignità, emerge la consapevolezza che la sua attività è inscindibile dalla sua personalità ed è condizionata dall'intera sua vita familiare e sociale.

Grazie alla regolamentazione della responsabilità civile del datore di lavoro, all'automatismo delle prestazioni ed all'esazione coattiva dei premi, scompare l'obbligo per il datore di lavoro di pagare le indennità assicurative in caso di omessa assicurazione: la tutela dell'infortunato è completa in quanto l'indennizzo viene erogato direttamente dall'ente pubblico previdenziale, sull'unico presupposto oggettivo dell'esistenza di un rapporto di lavoro regolamentato dalla legge.

Elidendo, quindi, l'azione risarcitoria prevista dalla legge del 1898 in caso di carenza di assicurazione fondata sul rischio professionale, la posizione del datore di lavoro non è più correttamente inquadrata nei termini originari di responsabilità, in quanto l'esonero previsto dal nuovo T.U. è contrassegnato da alcuni limiti soggettivi e oggettivi.

Innanzitutto, l'art. 10 T.U. prevede l'esonero dalla responsabilità civile del datore di lavoro assicurato e nessun altro soggetto può giovare di tale esonero, in quanto la norma non ricomprende i soggetti estranei al rapporto assicurativo, seppure legati al datore di lavoro da rapporto lavorativo.

Altro limite d'applicazione, sempre soggettivo, è dato dal presupposto che tale esonero è efficace nei confronti del solo datore di lavoro che sia in regola con gli obblighi assicurativi, ovvero abbia adempiuto ad essi in modo tempestivo ed esatto⁶⁵. Su tale questione, però, la Suprema Corte si è pronunciata in senso contrario,⁶⁶ "affermando che la disciplina della responsabilità civile del datore di lavoro, stabilita dagli artt. 4 e 5 del R.D. n. 1765 de 1935 (attualmente artt. 10 e 11 T.U.) vige anche nei confronti del datore di lavoro inadempiente agli obblighi assicurativi, dal momento che l'omissione o il ritardo da parte di questi, mentre lo espongono a responsabilità di

⁶⁵ Sul punto cfr. G. Alibrandi, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, in (a cura di) F. Facello e P. Rossi, Giuffrè editore, Milano, 2002, p. 725.

⁶⁶ Cfr. Cass. 21 ottobre 1961 n. 2324.

carattere sanzionatorio, non esercitano alcuna influenza negativa sul diritto dell'infortunato a percepire dall'Istituto assicuratore le prestazioni previste dalla legge⁶⁷.

Altro limite, questa volta di natura oggettiva, è dovuta alla sussistenza di una condanna penale a carico del datore di lavoro (o di un suo sottoposto del cui operato debba rispondere) che fa permanere la responsabilità civile secondo le regole di diritto comune, applicabile sulla base di due presupposti: innanzitutto il fatto da cui è derivato l'infortunio deve costituire reato perseguibile d'ufficio e deve essere accertata l'esistenza di un nesso causale tra la violazione delle norme in materia di prevenzione e sicurezza e l'evento dannoso; altro presupposto è rappresentato dal passaggio in giudicato della sentenza penale di condanna.

Un ulteriore limite oggettivo dell'esonero è costituito dal fatto che esso non opera nel caso in cui l'evento lesivo abbia comportato una inabilità lavorativa inferiore al minimo previsto per l'indennizzabilità⁶⁸.

La regola dell'esonero, nonostante le critiche sollevate, è stata concepita in piena sintonia con il disposto combinato degli articoli 2059 c.c. e 185 c.p. con riferimento al risarcimento del danno non patrimoniale⁶⁹.

4.1 Esonero in caso di comportamento abnorme del lavoratore e rischio elettivo

Abbiamo visto che l'intero sistema della previdenza degli infortuni pone a fondamento della tutela la figura del datore di lavoro quale garante, il quale è obbligato a tenere indenne il dipendente da lesioni all'integrità fisica e psichica, anche se il danno possa derivare, potenzialmente, da un comportamento non diligente dello stesso lavoratore.

Quindi il datore di lavoro, pur osservando gli obblighi di sicurezza e prevenzione imposti dalla legge, potrebbe ritrovarsi comunque a rispondere penalmente.

⁶⁷ Cfr. G. Alibrandi, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, cit., p. 725.

⁶⁸ Cfr. G. Marando, *Responsabilità, danno e rivalsa per infortuni sul lavoro*, cit., p. 523. Poi cfr. Cass. 29 marzo 1995, n. 3740.

⁶⁹ Cfr. G. Ludovico, *Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità civile del datore di lavoro*, cit., p. 98.

La giurisprudenza di legittimità è intervenuta più volte sull'argomento, delineando un particolare caso di esclusione di responsabilità da parte del datore di lavoro. In particolare, con la sentenza 29/03/2018, n. 31615, la IV sezione della Cassazione ha annullato senza rinvio la condanna di un imprenditore per non aver effettuato idonea manutenzione sul macchinario utilizzato dal dipendente, applicando il principio per cui *“il comportamento del lavoratore va ritenuto abnorme allorquando, pur rientrando nelle mansioni che gli sono state attribuite, consista in una condotta radicalmente e ontologicamente lontana dalle ipotizzabili, e quindi prevedibili, scelte anche imprudenti di un lavoratore nell'esecuzione del lavoro, con conseguente esonero da responsabilità del titolare della posizione di garanzia”*.

In casi come quello esposto, la condotta del lavoratore può ritenersi, pertanto, abnorme e idonea ad escludere il nesso di causalità tra la condotta del datore di lavoro e l'evento lesivo, non tanto perché considerato imprevedibile, quanto perché considerato tale da attivare un rischio eccentrico o esorbitante dalla sfera di rischio governata dal soggetto titolare della posizione di garanzia, ovvero nel caso in cui la condotta sia stata attuata autonomamente, in un ambito estraneo alle mansioni affidategli e, come tale, al di fuori di ogni prevedibilità da parte del datore di lavoro, oppure vi rientri, ma sia lontana dalle scelte imprudenti del lavoratore, ipotizzabili e prevedibili, nella esecuzione del proprio lavoro⁷⁰.

In caso di danno alla salute del lavoratore, la responsabilità del datore di lavoro è esclusa solo se il danno è stato cagionato da una condotta atipica ed eccezionale del prestatore, condotta che dovrà dimostrarsi l'unica ad aver cagionato l'evento dannoso. Qui viene richiamato il concetto di *rischio elettivo*, che interviene quando la condotta abnorme del lavoratore sia tale da *spezzare* il nesso causale tra l'obbligo di sicurezza gravante sul datore di lavoro e l'infortunio occorso.

Tuttavia, permane la responsabilità del datore di lavoro, ove questo ometta di vigilare sul rispetto delle misure adottate da parte del dipendente. Infine, l'obbligo di tutela delle condizioni di lavoro (ex art. 2087 c.c.) non si considera adempiuto se le misure di prevenzione non siano ritenute idonee ad eliminare, nella misura massima

⁷⁰ Cfr. Cassazione sez. 4, n. 7188 del 10/01/2018.

possibile, anche i rischi derivanti da imprudenza, negligenza o imperizia del lavoratore, come affermato dalla Suprema Corte nell'ordinanza del 22 settembre 2021, n. 25597⁷¹. Nel caso di specie, la Cassazione non ha ritenuto invocabile il rischio elettivo, rilevando invece che il giudice di Appello era incorso in un errore di diritto, per violazione dell'art. 2087 c.c., in quanto ha del tutto omesso di indagare sulla *“idoneità delle misure di prevenzione adottate dalla datrice di lavoro e/o dalla committente [...] a scongiurare il rischio connesso alla movimentazione delle lamiere, di notevole peso e dimensioni; rischio che era necessario valutare anche in relazione ad una possibile condotta negligente e imprudente del lavoratore”*⁷².

4.2 La crisi del sistema dell'esonero ed il suo superamento ad opera dell'art. 2087 c.c.

All'istituto dell'esonero parziale dalla responsabilità civile del datore di lavoro sono state mosse diverse critiche, tanto da parte della dottrina che da parte della giurisprudenza. La discussione sulla legittimità di tale intervento ha dato origine a una serie di problemi che hanno portato progressivamente ad una crisi del sistema di esonero dalla responsabilità civile.

Emblematica è, a tal proposito, la sentenza della Corte Costituzionale n. 22 del 9 marzo 1967, con la quale la Corte accoglie la questione di legittimità sollevata dal Tribunale di Milano, dichiarando l'incostituzionalità dell'art. 4, primo comma, R.D. n. 1765 del 1935 *“nella parte in cui limita la responsabilità civile del datore di lavoro per infortunio sul lavoro derivante da reato, all'ipotesi in cui questo sia stato commesso dagli incaricati della direzione o sorveglianza del lavoro e non anche dagli altri dipendenti, del cui fatto debba rispondere secondo il Codice civile”*⁷³ ed ancora dell'art.

⁷¹ Sull'argomento cfr. <https://www.altalex.com/documents/news/2021/10/04/datore-lavoro-responsabile-anche-caso-imprudenza-lavoratore>.

⁷² Cfr. Cass. Civ., Sez. lavoro, ordinanza 21 settembre 2021 n. 25597.

⁷³ Si riporta il dispositivo della sentenza richiamata: "LA CORTE COSTITUZIONALE a) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, terzo comma, del R.D. 17 agosto 1935, n. 1765, contenente "disposizioni per l'assicurazione obbligatoria degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali" nella parte in cui limita la responsabilità civile del datore di lavoro per infortunio sul lavoro derivante da reato, all'ipotesi in cui questo sia stato commesso dagli incaricati della direzione o sorveglianza del lavoro e non anche dagli altri dipendenti, del cui fatto debba rispondere secondo il Codice civile; b) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, quinto comma, del R.D. 17 agosto 1935, n. 1765, in quanto consente che il

10, D.P.R. 1124/1965, nella parte in cui richiama lo stesso disposto dell'art. 4, ritenendo, al contempo, non fondata la questione di costituzionalità sollevata per il medesimo articolo nei confronti degli art. 3 e 38 della Costituzione.

Con tale decisione la Corte non intende causare la caducazione dell'intera disposizione, comportando un vuoto legislativo, ma semplicemente far venir meno le limitazioni criticate, con la duplice conseguenza che il datore di lavoro è civilmente responsabile del fatto costituente reato commesso da un qualsiasi sottoposto del cui operato egli debba rispondere e che le azioni di responsabilità civile sono ammissibili in qualsiasi ipotesi di estinzione del reato, compresa l'ipotesi della prescrizione⁷⁴.

Dall'altra parte della bilancia, si è prevista la riduzione della misura del risarcimento a discapito del lavoratore infortunato, "rispetto alla generalità dei casi in cui il danno sia stato cagionato dal fatto doloso o colposo altrui, ma dall'altro il danneggiato potrebbe giovare di un'altra serie di norme che apportano significativi vantaggi, sia sotto il profilo sostanziale, in quanto gli garantiscono il risarcimento in ogni caso, sia sotto il profilo procedimentale, in quanto l'automaticità dell'indennizzo lo esclude dal dover proporre l'azione giudiziaria e dall'osservanza delle regole sull'onere della prova⁷⁵.

Più di recente la Corte ha ribadito la correttezza costituzionale del meccanismo previsto dall'art. 10 D.P.R. 1124/1965, esattamente con la sentenza n. 74 del 26 maggio 1981, ma poi, con altra decisione del 19 giugno 1981 n. 102, sembra essere stato compromesso l'equilibrio sul quale si reggeva il meccanismo assicurazione obbligatoria-responsabilità⁷⁶.

giudice civile possa accertare che il fatto che ha provocato l'infortunio costituisca reato soltanto nelle ipotesi di estinzione dell'azione penale per morte dell'imputato o per amnistia, senza menzionare l'ipotesi di prescrizione del reato; c) in applicazione dell'art. 27, ultima parte, della legge 11 marzo 1953, n. 87: dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 10 del D.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124, che approva il T.U. delle disposizioni per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro, limitatamente al comma terzo ed al comma quinto, nella parte in cui essi riproducono le norme dichiarate incostituzionali nei limiti di cui sub a) e b); d) dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, primo e secondo comma, del R.D. 17 agosto 1935, n. 1765 predetto, in riferimento agli artt. 3, primo e secondo comma, 35 e 38 della Costituzione, sollevata con ordinanza 25 marzo 1965 del Tribunale di Milano".

⁷⁴ Cass. 16 maggio 1968, n. 1541.

⁷⁵ E. Irace, *La responsabilità civile del datore di lavoro*, in *Trattato di Previdenza Sociale*, cit., p. 560.

⁷⁶ Cfr. C. Castronovo, *La nuova responsabilità*, cit., p. 427.

Al di là delle rielaborazioni giurisprudenziali⁷⁷, anche la dottrina ha contribuito alla crisi del sistema dell'esonero introdotto con il d.P.R. 1124/1965.

Infatti, gli studiosi hanno criticato il riferimento al sistema di esonero come modellato sullo schema genere-specie, in quanto l'esonero non può di certo definirsi eccezione alla regola di applicazione della responsabilità civile: una disposizione che preveda la responsabilità senza colpa, quale può essere, ad esempio, quella derivante da fatto dei preposti, non può definirsi eccezione, al pari della previsione dell'assicurazione contro gli infortuni resa obbligatoria dalla legge, che esula totalmente dal modello regola-eccezione.

Parere contrario⁷⁸, invece, sostiene che *“la responsabilità dell'imprenditore stabilita dalla legge degli infortuni, sotto la particolare forma e con la particolare garanzia della assicurazione obbligatoria è eccezionale di fronte al principio romano dominante il nostro diritto privato, secondo il quale la rispondenza del patrimonio non deriva se non dall'imputabilità dell'agente”*⁷⁹.

Se il regime di parziale esonero sopra descritto sembra apparentemente in contrasto con la disciplina dettata dall'art. 2087 c.c., in realtà non è incompatibile con la stessa, in quanto questa è norma generale, rispetto alla quale l'art. 4 del r. d. n. 1765 del 1935 si atteggia quale norma di carattere speciale, che deroga alla regola generale.

Secondo l'art. 2087, norma di diritto comune, *“l'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro”*.

Partendo da tale imposizione normativa, il datore di lavoro ha l'obbligo di mettere in atto una serie di misure idonee a prevenire i rischi interni ed esterni all'ambiente di lavoro, ambiente che indica il contesto in cui il lavoratore presta la propria attività lavorativa, ponendo in primo piano la sicurezza del lavoratore rispetto agli interessi propri del datore di lavoro (profitto).

⁷⁷ Vedi in particolare C. Castronovo e F. Carnelutti, opere citate.

⁷⁸ Cfr. C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., pp. 410-411.

⁷⁹ Cfr. F. Carnelutti, *Infortuni sul lavoro*, Athenaeum, cit., pp. 32-33

Tale norma ha portata generale e possiede una valenza integrativa rispetto alla legislazione che si occupa della tutela degli infortuni sul lavoro, qualificandosi come *norma di chiusura*⁸⁰ dell'intero sistema antinfortunistico. Sebbene quindi si possa considerare il completamento del campo di applicazione della tutela degli infortuni sul lavoro, è anche punto di partenza utile per comprendere lo sviluppo delle argomentazioni del presente elaborato.

Sebbene precedente alla nostra Carta costituzionale, l'art. 2087 si può considerare antesignano della tutela degli interessi di cui agli artt. 32 e 41 Cost.; dalla lettura combinata di tali norme si ricava che l'attività economica, che nasce dalla libera iniziativa del singolo, non può in alcun modo svolgersi in contrasto con le esigenze di dignità e sicurezza umana, e quindi con il fondamentale diritto alla salute.

Quindi viene imposto all'imprenditore, a conferma del suo ruolo di garante dell'incolumità fisica del lavoratore, di mettere in atto tutte le precauzioni suggerite dall'esperienza e dal buon senso, al fine di tutelare chi presta lavoro alle sue dipendenze. L'art. 2087 si pone quindi come naturale corollario dell'art. 32⁸¹, riconoscendo il diritto alla salute ed al contempo impone un dovere di carattere generico e ad intento prevenzionistico.

A tal proposito il datore di lavoro può avvalersi di una serie di misure: quelle intimate dalla legge, quelle generali dettate dalla prudenza comune e quelle che si rendono indispensabili per le particolarità della prestazione lavorativa.

Tale dovere si pone anche come condizione essenziale per lo svolgimento dell'iniziativa economica privata di cui all'art. 41 Cost., quale dovere di sicurezza come corrispettivo del diritto alla salute del lavoratore.

Dal dovere di sicurezza imposto al datore di lavoro, si ricava che la responsabilità del datore di lavoro può assumere una connotazione soggettiva, nel momento in cui lo stesso sia direttamente responsabile del danno sofferto dal proprio dipendente.

⁸⁰ Così G. Marando, *Responsabilità, danno e rivalsa per gli infortuni sul lavoro*, cit., pp. 59-69.

⁸¹ Sul punto confronta G. Marando, *Responsabilità, danno e rivalsa per gli infortuni sul lavoro*, cit., pp. 59-69.

Al di là della crisi del sistema dell'esonero, che ha sollevato non pochi dubbi di legittimità, è pacifico che lo stesso non operi in presenza di condanna penale di un fatto del datore di lavoro dal quale l'infortunio è derivato. Da qui si ricava la misura "premiante" dell'esonero, che non può naturalmente trovare applicazione nel caso di accertamento di dolo o colpa del datore di lavoro.

Esaminando, adesso, la dottrina più recente, si discute di *crisi dell'effettività della regola dell'esonero*, in quanto con la lettura costituzionalmente orientata dell'articolo 2059 la giurisprudenza ha, di fatto, svuotato la valenza operativa del primo comma dell'articolo 10 del T.U., di fatto assorbito dalla deroga di cui al secondo comma del medesimo articolo. L'interprete rilegge l'impostazione della giurisprudenza come se il significato fosse il seguente: *"nonostante l'assicurazione predetta, permane la responsabilità civile per danno non patrimoniale in caso di colpa penale ovvero di lesione di diritti inviolabili della persona costituzionalmente protetti"*. Ne consegue che, se il danno non patrimoniale viene risarcito anche in assenza di colpa e di condanna penale, considerato che *"i diritti tutelati dal T.U. sono tutti diritti inviolabili della persona, l'area dell'eccezione viene a coincidere con l'area della regola, che quindi non ha più ragione di esistere; i due insieme, di segno contrario, ormai coincidenti, si annullano"*. Quindi se si considera la violazione dell'articolo 2087 c.c. (che fonda la responsabilità civile del datore di lavoro), utilizzando gli stessi criteri di imputazione previsti per la fattispecie dell'inadempimento contrattuale ex articolo 1218 c.c., la sopravvivenza formale della regola dell'esonero non ha più alcun significato⁸².

Secondo altra dottrina, è difficile determinare *"quanta parte della lettura penalistica dell'articolo 2087 c.c. sia dovuta alla volontà di superamento della regola dell'esonero e quanta invece sia la diretta conseguenza della tendenza dei giudici penali di privilegiare il criterio di imputazione del rischio, sottraendosi così "alla impossibilità di ritenere provata la causalità individuale"*⁸³". L'utilizzo in chiave penalistica dell'art. 2087 c.c. ha causato, in tal modo, una notevole contrazione

⁸² Sul punto cfr. S. Giubboni e A. Rossi, *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile*, cit., pp. 33-35.

⁸³ Sull'argomento vedi G. Ludovico, *Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità civile del datore di lavoro*, cit., pp. 121-125.

dell'esonero, consentendo ai giudici di sconfinare, al di là dell'utilizzo dello stesso quale criterio di imputazione dell'illecito penale, anche nella sua perseguibilità d'ufficio. La questione è stata poi risolta dalla giurisprudenza, sulla scorta della considerazione che fa discendere dalla semplice violazione dell'articolo 2087 c.c. il presupposto della perseguibilità d'ufficio per i reati di lesioni colpose gravi e gravissime. Anche la Corte costituzionale si era espressa in tal senso, definendo sufficiente l'inosservanza degli obblighi di cui all'art. 2087 c.c. come condizione idonea di per sé a configurare la nozione giuridica di colpa⁸⁴.

Altra parte della dottrina sostiene che, a seguito dell'inclusione del danno biologico all'interno del sistema di indennizzo previdenziale, si sia verificata una riespansione dell'ambito di applicazione degli articoli 10 e 11 del T.U.

Infatti, secondo De Matteis, *“l'ambito di applicazione dell'esonero è commisurato a quello dell'intervento dell'assicurazione sociale; a sua volta il regresso ha una estensione inversamente proporzionale a quella dell'esonero ed il suo ambito si modifica nell'identica misura di ogni oscillazione della responsabilità; tuttavia, se l'ampliamento della garanzia previdenziale antinfortunistica ex articolo 38 Cost. ha restituito alla regola dell'esonero da responsabilità civile del datore di lavoro buona parte dell'area occupata dal danno biologico, non perciò pare corretto affermare che il decreto legislativo n. 38 del 2000 avrebbe segnato un ritorno all'antico, in pratica il ripristino della vecchia logica transattiva dell'assicurazione ottocentesca”*. Tale riespansione, però, subisce una battuta d'arresto ad opera della più recente giurisprudenza di legittimità costituzionale in tema di danno morale ed esistenziale, secondo la cui linea interpretativa la colpa dell'autore dell'illecito può essere accertata anche dal giudice civile sulla scorta del meccanismo di presunzione della colpa che opera nel campo dell'art. 2054 c.c.: tale influenza finisce per propagarsi necessariamente, *mutatis mutandis*, all'ambito degli infortuni sul lavoro⁸⁵.

⁸⁴ Sul punto cfr. ancora G. Ludovico, *Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e malattie professionali e responsabilità civile del datore di lavoro*, cit., p. 123.

⁸⁵ Sull'argomento cfr. A. De Matteis, S. Giubboni, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, cit., pp. 955-960.

Infine, sulla scorta della sentenza n. 9817 del 2008 della Suprema Corte, è stata formulata una teoria secondo la quale non è possibile una ricostruzione diversa dell'art. 10 T.U.

Fino ad oggi l'assetto regolativo veniva letto nel senso che l'assicurazione obbligatoria esonera il datore di lavoro da responsabilità civile per i danni indennizzati al lavoratore dall'INAIL, ma in caso di condanna per fatto illecito del datore di lavoro o dei suoi ausiliari e preposti (del cui operato il datore debba rispondere), il datore dovrà risarcire direttamente al lavoratore danneggiato anche il danno differenziale (ossia quella parte di danno che va al di là di quanto indennizzato dall'INAIL). Pertanto, l'esonero opera all'interno di due limiti: uno è l'assenza di illiceità penale, l'altro è la necessità che il danno sia coperto dall'assicurazione (e quindi riguardi il danno biologico e quello patrimoniale); la responsabilità civile, invece, rimane ferma per gli altri danni definiti come complementari o differenziali qualitativi (oggi individuabili nel danno esistenziale, morale, biologico temporaneo, biologico in franchigia, patrimoniale in franchigia). Ove il danno ascenda, per le stesse voci, ad importi maggiori rispetto a quelli erogati dall'ente assicuratore, il datore di lavoro sarà tenuto a rispondere della parte "eccedente" solo in caso di responsabilità penale. Perché mai il datore di lavoro dovrebbe rispondere per tale tipologia di danno essendo assoggettato ad un regime più aggravato di quello previsto per gli altri danni non patrimoniali (danno alla salute, morale ed esistenziale)? Non è possibile che il sistema di tutela contro gli infortuni sul lavoro preveda conseguenze più gravi per il datore di lavoro rispetto ad altri soggetti che, in ambiti totalmente dissimili, sono chiamati a rispondere per inadempimento contrattuale. Quindi, in realtà, il superamento della regola positiva dell'esonero non è dovuto a quanto affermato dalla giurisprudenza degli anni 2000 e 2003, ma alla riscrittura dell'intero sistema dei pregiudizi alla persona suscettibili di risarcimento.

È proprio la riconduzione dei diritti fondamentali inviolabili dell'uomo all'interno della tutela risarcitoria che muta il quadro della regola dell'esonero, lo indebolisce ma non lo cancella.

Altro motivo che fa resistenza alla crisi dell'esonero è la considerazione che il lavoratore ben potrebbe intraprendere un'azione per responsabilità extracontrattuale del

datore di lavoro, azione che sembrerebbe non essere considerata nella ricostruzione della giurisprudenza degli anni 2000-2003 (imperniata, come detto, sulla base che la violazione dell'art. 2087 c.c. costituisce inadempimento contrattuale): in tal caso, in assenza di condanna penale del datore di lavoro, potrebbe il lavoratore danneggiato richiedere i danni maggiori rispetto a quanto indennizzato dall'INAIL? La risposta data dall'interprete è negativa.

Se in base agli artt. 10 e 11 del T.U. l'INAIL può agire in regresso verso il datore di lavoro che ha riportato condanna penale per l'evento lesivo, non si vede il motivo per cui si dovrebbe riconoscere al lavoratore un diritto maggiore di quello spettante all'ente assicuratore: si assisterebbe ad uno sbilancio eccessivo a favore del lavoratore che non è previsto dalla lettera della norma.

In conclusione, l'autore sostiene che *“non è possibile esercitare l'azione di regresso in mancanza dei presupposti oggettivi e soggettivi dell'illiceità penale del fatto, quindi dall'unica identica normativa speciale riferita sia al danno differenziale che all'azione di regresso non si può costruire un regime differenziato che valga a selezionare per l'azione di danno differenziale i soli elementi oggettivi della responsabilità penale, mentre per l'azione di regresso continui a richiedere pure quelli soggettivi”*⁸⁶.

⁸⁶ Cfr. R. Riverson, *Esiste ancora l'esonero del datore di lavoro dalla responsabilità civile dell'art. 10 del T.U. 1124/1965?*, in *Riv. Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 11/2008, pp. 1083-1089.

CAPITOLO 3

Dal danno patrimoniale al danno complementare

1. Il danno alla persona – 1.1 Il danno patrimoniale – 1.2 Il danno non patrimoniale - 1.2.1 Il danno biologico – 1.2.2 Il danno estetico - 1.2.3 Il danno morale – 1.2.4 Il danno esistenziale – 2. Il danno complementare

1. Il danno alla persona

Strettamente collegato ai concetti finora richiamati, come quello di responsabilità, colpa, torto, è il concetto di danno: in particolare mi soffermerò sul danno alla persona, fulcro della disciplina sulla tutela degli infortuni sul lavoro.

Sin dall'antichità la forza lavoro era considerata il bene più prezioso in mano ai cosiddetti "*proletari*", coloro la cui unica risorsa era, appunto, la prole. Quindi il venir meno della capacità lavorativa, dell'idoneità nel "portare a casa il pane", era una disgrazia, un evento il cui impatto poteva misurarsi innanzitutto in termini di patrimonio, di perdita di potere d'acquisto.

Con l'avvento dell'industrializzazione e dall'emersione della nuova "questione sociale", la considerazione del danno da infortunio iniziò progressivamente ad estendersi ad altri aspetti del danno medesimo, non più limitato all'aspetto patrimoniale, ma considerando la lesione alla persona del lavoratore.

Illustrerò in breve il danno alla persona nelle varie declinazioni del danno soprattutto non patrimoniale, in quanto tale tipologia di danno è quella che riveste maggior interesse per la critica del diritto ed è essenziale per la comprensione del concetto di danno differenziale.

1.1 Il danno patrimoniale

Il panorama italiano è stato caratterizzato, anche successivamente al 1942, da una concezione patrimonialistica della responsabilità contrattuale, secondo la quale rileva solo la relazione di interesse con i beni economici del contraente.

Il danno patrimoniale non ha visto scenari, contrariamente ad altri argomenti, di accese discussioni e dibattiti dottrinali: infatti, il danno patrimoniale è da sempre stato riconosciuto e tutelato (vedi sopra i cenni alla Lex Aquilia) ed è la tipologia di danno il cui risarcimento ha come base di determinazione parametri sempre certi e quantificabili, quindi molto più semplice da individuare, quantificare e ristorare.

Ecco perché il danno patrimoniale è stato per lungo tempo l'unico tipo di danno tutelato e per il quale l'INAIL poteva esercitare azione di regresso nei confronti del datore di lavoro che avesse ommesso di osservare gli obblighi di tutela previsti dalla normativa vigente.

Il danno in generale è identificato nel pregiudizio arrecato da una condotta umana non consentita dall'ordinamento o, seppure non esplicitamente vietata, comunque lesiva di interessi giuridicamente rilevanti e, in quanto tali, tutelati dall'ordinamento.

Non mi dilungherò molto sull'argomento danno patrimoniale perché non ha mai fornito particolari problemi di interpretazione.

Esso è caratterizzato da due componenti: quella del danno emergente (*damnum emergens*) e quella del lucro cessante (*lucrum cessans*) ed è determinato nell'*an* e nel *quantum*.

1.2 Il danno non patrimoniale

Nella fase di transizione dal Codice civile italiano del 1865 a quello del 1942 è stata introdotta una importante novità in materia di responsabilità extracontrattuale: la espressa previsione del risarcimento del danno non patrimoniale, con il superamento della tesi di risarcibilità della sola componente patrimoniale del danno, in quanto suscettibile di quantificazione in termini economici.

Superata la concezione puramente "patrimonialistica" del danno, il legislatore del 1942 ha espressamente previsto all'art. 2059 del Codice civile che "*il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge*", armonizzando così la disciplina in materia di responsabilità extracontrattuale, estendendo il rimedio risarcitorio di cui all'art. 2043 anche al danno non patrimoniale, sempre entro il limite dei "*casi determinati dalla legge*". Nonostante ciò, il tentativo di affiancare il

risarcimento del danno non patrimoniale a quello patrimoniale appare sbilanciato in favore della clausola generale di responsabilità di cui all'art. 2043 c.c.⁸⁷.

Inoltre, bisogna sottolineare che, fino al momento della nascita del nuovo Codice civile, l'unica ipotesi prevista dalla legge era rinvenibile all'art 185 c.p., che recita: “Ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui”. Conseguentemente, in un primo momento, la regola civilistica veniva interpretata nel senso di riconoscere il solo *danno morale soggettivo*, derivante dalla commissione di un reato e identificato nel turbamento psichico e d'animo provocati dalla condotta lesiva alla vittima.

Mentre, come già esposto al paragrafo precedente, il danno patrimoniale è sempre risarcibile, in subordine al fatto che sia conseguenza della lesione di un interesse giuridicamente protetto e che gli effetti dell'evento dannoso siano suscettibili di una valutazione economica, secondo i parametri di mercato, il danno non patrimoniale sarebbe, invece, risarcibile solo nei casi previsti dalla legge, ossia, per l'epoca, solo per quanto previsto dall'art. 185 c.p., ove i patemi d'animo o le sofferenze psichiche fossero state conseguenza diretta ed immediata della commissione di un reato. Tale concezione è coerente con la visione “*paneconomica*” del diritto privato, che considera meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento solo quegli interessi suscettibili di valutazione economica, determinati nell'*an* e determinabili nel *quantum*, rispetto ai danni non patrimoniali che necessitano, di volta in volta, di essere accertati e che sono, a differenza di quelli patrimoniali, incerti tanto nell'*an* che (soprattutto) nel *quantum*.

Una svolta fondamentale, a tal proposito, è costituita dalle decisioni della Suprema Corte del 2008, note con il nome di “sentenze di San Martino”. Tali sentenze rappresentano un “faro luminoso” dopo le numerose vicende giudiziarie che avevano visto riconoscere al lavoratore danneggiato risarcimenti eccessivi, dovuti spesso alla duplicazione delle singole componenti del danno. La lesione subita dal lavoratore danneggiato era, non soltanto potenzialmente ma realmente, risarcita due volte: prima

⁸⁷ Cfr. G. Marando, *Responsabilità, danno e rivalsa per gli infortuni sul lavoro*, cit., p. 469.

come danno biologico, poi come danno morale, inteso sia come lesione del diritto alla vita di relazione che come sofferenza interiore.

Tale rischio di duplicazione della tutela risarcitoria ha indotto la Suprema Corte ad intervenire in materia di danno morale ed esistenziale, fornendo una linea interpretativa che semplifica il danno non patrimoniale nel suo complesso e lo rende unico a livello di tutela risarcitoria.

Con le sentenze dell'11 novembre 2008 (nn. 26972, 26973, 26974 e 26975), le Sezioni Unite della Cassazione hanno cercato di dare una risposta a due contrapposte esigenze: da un lato la necessità di ricondurre il sistema del danno non patrimoniale ad un corpo unico, in quanto ormai divenuto frammentario e complesso; dall'altro l'opportunità di inibire il "diluvio delle responsabilità", cioè il rischio di una incontrollata moltiplicazione delle ipotesi risarcitorie, spesso basate su pretese generiche, svincolate da una concreta individuazione della norma violata.

Con tali sentenze le Sezioni Unite hanno recepito l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., interpretazione già resa dalla stessa Corte di Cassazione nel 2003⁸⁸ ed in seguito accolta anche dalla Corte costituzionale⁸⁹.

Indicativamente, l'interpretazione delle Sezioni Unite si può sintetizzare in alcuni punti fondamentali: innanzitutto il danno non patrimoniale non va più inteso in senso stretto come unica declinazione della specie del danno morale soggettivo, ma va considerato più in generale come danno derivante dalla lesione di interessi di rango costituzionale che attengono alla persona, ma, ciononostante, sono privi di alcuna rilevanza economica. Inoltre, secondo il sistema bipolare accolto dal nostro Codice civile, l'art. 2043 c.c. è norma di riferimento per il ristoro del danno patrimoniale nella sua accezione più generale, mentre l'art. 2059 c.c. è posto a tutela del danno non patrimoniale: tale differenza da una parte, non si riflette in una differenza di presupposti, in quanto il danno, sia esso patrimoniale o non patrimoniale, quale conseguenza di un fatto illecito, deve avere gli stessi elementi costitutivi in entrambe le fattispecie richiamate.

⁸⁸ Cfr. Cassazione 31 maggio 2003, nn. 8827/8828.

⁸⁹ Cfr. Corte costituzionale 11 luglio del 2003, n. 233.

Il danno patrimoniale resta comunque differenziato nei connotati rispetto al danno non patrimoniale, in quanto caratterizzato da atipicità: è sufficiente che ad una condotta lesiva sia susseguita, in una sequenza di connessione diretta causa-effetto, una lesione ad un bene della vita giuridicamente tutelato. Invece, il danno non patrimoniale è caratterizzato da tipicità (ampliabile solo ad opera della giurisprudenza grazie all'applicazione dell'art. 2 della nostra Costituzione) e tassatività di legge: non è risarcibile il danno non patrimoniale che non sia espressamente riconosciuto come tale dalla legge o che sia inerente alla lesione di diritti inviolabili dell'uomo. Si può quindi affermare che la differenza sostanziale tra le due tipologie di danno sopra menzionate è attinente alla lesione dell'interesse protetto.

Tornando sul focus dell'interpretazione della Suprema Corte, emerge che il danno non patrimoniale è una categoria unitaria, pertanto le singole figure del danno morale, esistenziale e biologico non rappresentano più declinazioni autonome suscettibili di essere indennizzate di per sé, ma costituiscono più semplicemente singole voci del danno prospettato dall'art. 2059 c.c. Tali voci saranno "descrittivamente" considerate ai fini del risarcimento, che sarà comunque integrale. In considerazione del danno non patrimoniale come danno-conseguenza, esso dovrà essere allegato e provato, non potrà dunque trovare accoglimento la tesi secondo cui il danno è *in re ipsa*; la prova potrà essere fornita con ogni mezzo, anche se il mezzo preferenziale individuato dal legislatore è l'accertamento medico legale.

Le Sezioni Unite, sebbene in tale sede abbiano risolto diversi aspetti della questione attinente al danno non patrimoniale, non hanno fornito linee guida in merito alla quantificazione dello stesso, lasciando agli interpreti una questione di ardua soluzione.

Parte della problematica dipendeva dalla negazione dell'autonomia ontologica delle singole voci di danno, private di rilievo precettivo; da tale problematica discende la conseguenza che, a fronte di una categoria unitaria di danno non patrimoniale, non è chiaro se la funzione del risarcimento relativo debba essere considerata in maniera altrettanto unitaria.

La linea interpretativa delle sentenze di San Martino, che lasciava dunque delle criticità irrisolte sulla quantificazione del risarcimento, sollevò perplessità nella dottrina e nella successiva giurisprudenza: in particolare suscitava preoccupazione il rischio di “*biologizzazione*”⁹⁰ del danno alla persona, ossia il rischio di impoverimento del danno biologico e la riconduzione ad esso di tutte le altre voci di danno rimaste prive di autonomia ontologica.

Infatti, a soli venti giorni di distanza dalle sentenze predette, le Sezioni Unite⁹¹ si discostavano dall’interpretazione data nelle sentenze dell’11 novembre 2008, riaffermando l’autonomia ontologica del danno morale rispetto al danno biologico “*in relazione alla diversità del bene protetto*”, rispondendo così alle nuove esigenze di tutela emerse nel contesto sociale dell’epoca.

1.2.1 Il danno biologico

La prima elaborazione di danno biologico è stata compiuta dalla giurisprudenza ed è stata solo in seguito trasposta sul piano legislativo.

Convenzionalmente si fa risalire la nascita del danno biologico come categoria autonoma di danno ad una sentenza del Tribunale di Genova⁹² nella quale si legge: “*Nell’ipotesi di lesioni fisiche alla persona, per la determinazione del danno risarcibile occorre considerare due distinti profili: da un lato, il pregiudizio di ordine patrimoniale subito dal danneggiato in conseguenza delle lesioni...; dall’altro – e cumulativamente – il pregiudizio non patrimoniale consistente nel danno biologico, e cioè la lesione dell’integrità in sé e per sé considerata*”⁹³. Qui viene riconosciuta, per la prima volta, la sussistenza di un “*danno alla salute*” in sé e per sé considerato, che è poi stato definito come *tertium genus* (danno extrapatrimoniale) rispetto al danno patrimoniale e al danno morale. Inoltre, tale pronuncia ha il merito di aver individuato, quale parametro

⁹⁰ Cfr. G. Travaglino, *Il futuro del danno alla persona*, in *Danno e responsabilità*, 2/2011, pp. 113-117.

⁹¹ Cassazione, 28 novembre 2008, n. 28407.

⁹² Cfr. A. Federici, *Il danno biologico nel sistema previdenziale*, Giuffrè Milano, 2009, p. 11.

⁹³ Trib. Genova sentenza del 25 maggio 1974.

oggettivo da utilizzare per la quantificazione del danno alla salute, il valore del reddito nazionale *pro capite*.

Tale pronuncia ha dato il via ad altre decisioni dello stesso tenore, come, ad esempio, quella del Tribunale di Pisa che, pur concordando con il Tribunale di Genova, evidenzia l'importanza di dover commisurare il risarcimento in proporzione “*alla gravità degli impedimenti economici e sociali causati dal fatto lesivo*”, effettuando una distinzione tra danno biologico statico (inteso come quella menomazione naturalistica della normale efficienza fisica in sé considerata), e danno biologico dinamico (che include i riflessi negativi sulle attività occupazionali-lavorative del soggetto).

Nei principi possiamo affermare che il “*primordiale riconoscimento del danno biologico*” è avvenuto nel 1973, ad opera della giurisprudenza della Suprema Corte⁹⁴: è importante sottolineare, che in tale pronuncia, il bene alla salute non soltanto è riconosciuto e tutelato dalla Costituzione come diritto fondamentale dell'individuo, ma è parimenti tutelato come interesse della collettività e che, in quanto tale, non può essere influenzato o condizionato da alcun rapporto giuridico.

Questo era il quadro prima dell'approvazione del D. Lgs. 38/2000 che, come accennato nel primo capitolo, introduce ufficialmente il danno biologico nel sistema previdenziale.

Inizialmente tale *species* di danno veniva ricompresa nell'art. 2043 c.c., ponendo a fondamento una nozione di patrimonialità più ampia, poi inserita nel contesto dell'art. 2059 c.c. in seguito alle pronunce della Cassazione del 2008.

Prima di tali sentenze, è doveroso ricordare il contributo offerto al danno biologico dalle sentenze della Corte costituzionale pronunciate nel 1991, ossia: la sentenza n. 348 del 1991 riconosce che il danno biologico configura una categoria autonoma di danno e non può essere valutato alla luce della sola considerazione del danno patrimoniale subito; la sentenza n. 349 del 1991 sancisce il principio secondo cui il risarcimento per danno biologico deve essere adeguato e proporzionato al grado di gravità del danno subito, tenendo conto delle circostanze del caso concreto, nonché di tutti gli aspetti

⁹⁴ Cass., s.u., 21 marzo 1973 n. 796. Cfr. A. Federici, *Il danno biologico nel sistema previdenziale*, cit., p. 13

fisici, psicologici e sociali della persona danneggiata; la sentenza n. 350 del 1991, infine, statuisce che il danno biologico non può essere limitato dalla legge o dalla prassi giuridica, sancendo il diritto di ciascun individuo ad ottenere un risarcimento equo e adeguato all'entità delle lesioni subite.

Grazie alle strade interpretative offerte da tali sentenze, il danno biologico è stato considerato quale danno conseguente alla lesione dell'integrità psicofisica, riportandone l'inquadramento nella più generale tutela del diritto alla salute di cui all'art. 32 della nostra Costituzione.

Tale teoria concettualizza il danno biologico identificandolo nei postumi patologici conseguenti alla lesione del diritto della salute, comportanti una alterazione o una perdita della funzionalità biologica. Questa è la c.d. "componente statica"⁹⁵ del danno biologico, che prende in considerazione le ricadute pregiudizievoli della patologia in termini di funzionalità alterate o perse a causa della lesione, a prescindere dalla concreta e specifica realtà esistenziale del danneggiato e che garantisce quell'uniformità pecuniaria di base in cui si traduce il principio di uguaglianza formale in sede di liquidazione⁹⁶.

A tale componente statica si accosta una componente "dinamica" alla quale il legislatore (con il codice delle assicurazioni), ed in seguito anche le Sezioni Unite con le sentenze del 2008, hanno dato rilevanza. La componente dinamica è rappresentata dalle conseguenze che l'alterazione patologica delle funzionalità pregiudicate dalla lesione determina sul vivere quotidiano del danneggiato; non si trova alcun riferimento relativamente alla perdita della capacità di produrre redditi, capacità che appartiene alla sfera patrimoniale del soggetto; né, invero, si fa riferimento alle difficoltà del vivere quotidiano, in cui la perdita della funzionalità biologica mostra la propria evidenza.

⁹⁵ Cfr. però parere contrario della Cassazione, sentenza 19 settembre 2022, n. 27380. https://www.ilsole24ore.com/art/il-danno-biologico-e-unico-e-sofferenze-morali-vanno-valutate-parte-AE9UZh4B?refresh_ce=1 "Non è corretto frammentare il danno biologico in una componente "statica" e in una "dinamico-relazionale": c'è una nozione unitaria, che comprende sia le alterazioni nella fisiologia della persona sia le loro conseguenze sugli atti della vita quotidiana, che vanno valorizzate all'interno della quantificazione di base dell'invalidità permanente e non liquidate a titolo di "personalizzazione" del danno da tale invalidità. Diversa posta di danno attiene alle eventuali sofferenze morali soggettive: ontologicamente distinte dal danno biologico, vanno valutate a parte".

⁹⁶ Sul punto cfr. Corte Cost., 30 giugno 1986, n. 184.

Dato che la componente statica del danno rispetta il criterio dell'uguaglianza formale in sede di liquidazione, quella dinamica, invece, è posta a garanzia dell'uguaglianza sostanziale, in quanto permette una valutazione, in via equitativa, commisurata alla concreta realtà del danneggiato. Mentre la componente statica sarà sempre valutata tenendo conto esclusivamente del pregiudizio subito, la componente dinamica, in quanto considera le ricadute che la lesione ha avuto sul piano esistenziale e relazionale, non può prescindere dalla valutazione della personalità del soggetto danneggiato, delle sue condizioni soggettive, delle attività da questo svolte e, quindi, deve necessariamente considerare anche una serie di elementi che esulano dalla patologia conseguente all'illecito aquiliano.

In linea con il D. Lgs. 38/2000 il legislatore, con il codice delle assicurazioni, agli articoli 138 e 139, ha definito il danno biologico come la *“lesione temporanea o permanente all'integrità psico-fisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di produrre reddito”*.

Nella parte in cui si riferisce alla *“incidenza negativa sulle attività quotidiane”*, il legislatore intende riferirsi alla componente statica del danno biologico; nella parte in cui, invece, richiama *“l'incidenza negativa sugli aspetti dinamico-relazionali”*, viene in rilievo la componente dinamica del danno biologico.

Grazie a tale intervento legislativo, sono state superate le incertezze generate dalle precedenti definizioni normative⁹⁷, le quali sembravano riferirsi alla sola componente statica e non anche a quella dinamica.

Compatibilmente con tale visione, il legislatore ha sempre richiesto, come necessario, l'accertamento medico-legale, in quanto proprio la componente statica del danno biologico è idonea ad essere accertata in campo medico. È proprio l'accertamento medico legale che individua il valore di base della componente statica del danno biologico che si sostanzia quale parametro fondamentale per garantire l'uguaglianza formale dei soggetti danneggiati. Inoltre, in tema di danno biologico, l'accertamento

⁹⁷ Ad esempio, vedi art. 13 D. Lgs. 38/2000.

medico-legale è senza alcun dubbio più che un mezzo di prova, in quanto funzionale non solo alla determinazione del *quantum*, ma anche indispensabile per la determinazione dell'*an*. Infatti, l'accertamento dell'esistenza di una patologia derivante dalla lesione consente di ovviare al problema del superamento della soglia minima richiesta perché il danno sia ammesso al risarcimento; inoltre, l'accertamento medico legale funge da parametro che consente la "misurazione" dell'entità del danno, traducendo la riduzione di capacità lavorativa in una percentuale (di invalidità) alla quale corrisponde un valore di mercato tabellare.

In questo modo anche il risarcimento del danno biologico assurge a quella funzione compensativa che è propria del risarcimento del danno patrimoniale, nel quale la lesione è già determinata nel *quantum* ed è immediatamente indennizzabile.

Tuttavia, possiamo parlare di funzione compensativa del risarcimento del danno biologico solo con riferimento alla componente statica, considerato che solamente questa può essere tradotta, attraverso la scala di valori formulata mediante l'accertamento medico-legale, nella percentuale di invalidità, a sua volta comparabile con un valore determinato in denaro, mediante i parametri individuati a tabella e atteso che la misurazione avviene prescindendo dai caratteri dell'illecito o da altri elementi estranei alla patologia.

Con riferimento alla componente dinamica, invece, cadono i presupposti per poter procedere ad una stima di carattere obiettivo, secondo un parametro di riferimento che possa essere omogeneo. In tal caso non rileva tanto l'incidenza della lesione sulla funzionalità biologica del soggetto, ma verranno necessariamente in rilievo anche altri aspetti e circostanze che esulano dalla fattispecie risarcitoria in sé considerata, come, ad esempio, la personalità del soggetto leso, le attività che lo stesso conduce quotidianamente, fino a coinvolgere persino la valutazione dei suoi *hobbies* e dei suoi interessi: tutti elementi per i quali non è previsto un parametro convenzionale di misurazione. Proprio per questo motivo, ai fini della valutazione economica della componente dinamica, è necessaria la valutazione compiuta in via equitativa dal giudice, che procederà ad adeguare il risarcimento in base a tutti gli aspetti che formano la realtà concreta del soggetto danneggiato. In questo modo viene garantita quella esigenza di

elasticità e flessibilità⁹⁸ che trova il suo corrispondente nella uniformità pecuniaria di base, realizzando, così, l'uguaglianza sostanziale tra i soggetti danneggiati.

Le considerazioni appena esposte portano inevitabilmente ad una problematica di raccordo rispetto ai sistemi di tutela civile e previdenziale, in quanto, in assenza di un regime derogatorio, il danno biologico deve ritenersi risarcibile secondo le regole della responsabilità civile del datore di lavoro⁹⁹.

Per esaminare il profilo della tutela previdenziale del danno biologico, rinvio al sistema dell'esonero dalla responsabilità civile (già trattato al capitolo 2) ed alla successiva esposizione sul danno differenziale.

1.2.2 Il danno estetico

Ancor prima dell'introduzione del danno biologico, il danno estetico o *fisiognomico*¹⁰⁰ era considerato una semplice voce di danno rientrante talvolta nel danno patrimoniale, altre nel danno morale, in quanto poteva risolversi in un danno alla vita relazionale, con conseguente difficoltà a ricoprire determinate posizioni sociali dalle quali potessero derivare utilità economicamente valutabili, oppure rappresentava un danno morale dovuto allo stato di perturbazione psichica causato dal difetto estetico¹⁰¹.

Tale distinzione escludeva l'autonoma rilevanza del danno estetico, espungendolo dai criteri di calcolo, in quanto, per propria natura, tale tipologia di danno non comporta alcuna compromissione di organi o apparati che possa incidere sulla capacità lavorativa, alterandola o causandone la perdita.

Nel contesto penale il danno estetico è inteso come “*ogni modificazione peggiorativa dell'estetica individuale, che interessi non soltanto i lineamenti del volto, ma tutti gli attributi morfologici e funzionali che caratterizzano la persona nell'ambito della vita di relazione*”¹⁰²; nel contesto delle assicurazioni contro gli infortuni sul lavoro,

⁹⁸ Corte Cost., 14 luglio 1986, n. 184.

⁹⁹ A. Federici, *Il danno biologico nel sistema previdenziale*, cit., p. 195.

¹⁰⁰ G. Alibrandi, *Infortuni e malattie professionali*, cit., p. 385.

¹⁰¹ Sul punto cfr. A. De Matteis – S. Giubboni, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, cit., pp. 154-155.

¹⁰² G. Alibrandi, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, cit., p. 385.

invece, il danno estetico assume rilevanza solo in quanto incidente sulla capacità dell'assicurato di trovare occupazione nel mercato di lavoro. Pertanto, in concreto deve trattarsi di sfregi al volto, deturpamenti o minorazioni che producano una ripugnanza dell'ambiente esterno, influenzando così l'altrui giudizio in fase di valutazione attitudinale all'attività lavorativa.

Anche la giurisprudenza condivide tale concezione¹⁰³, estendendola non solamente all'aspetto fisico in senso stretto, in quanto una lesione, anche se non evidente, potrebbe comunque far apparire il soggetto leso come ripugnante e sgradevole ad altri, cagionandogli difficoltà nel reperimento di una posizione lavorativa o comunque a condizioni svantaggiose tenuto conto dell'andamento del mercato del lavoro.

La problematica del danno estetico è stata risolta in sede di riforma dettata dal D. Lgs. 38/2000 che ha introdotto il danno biologico, del quale il danno estetico costituisce una voce autonoma, che deve essere valutata ed inserita nell'accertamento medico-legale.

1.2.3 Il danno morale

Fino alla svolta segnata dal D. Lgs. 38/2000 ed alle sentenze di San Martino, l'unica fattispecie di danno non patrimoniale risarcibile veniva rinvenuta nel danno morale, identificato come “*l'ingiusto turbamento dello stato d'animo del danneggiato o anche nel patema d'animo o stato d'angoscia transeunte generato dall'illecito*”¹⁰⁴.

Con le sentenze del 2008, la teoria secondo la quale il danno morale sarebbe necessariamente transitorio è stata superata: l'intensità e la durata della sofferenza, in definitiva, non sarebbero rilevanti ai fini dell'identificazione del danno, ma solo ai fini della determinazione del *quantum* del risarcimento. Il danno morale, pertanto, andrebbe inquadrato come sofferenza soggettiva conseguente all'illecito, ammesso che tale sofferenza non si trasformi in patologia, altrimenti l'unico danno che verrebbe in

¹⁰³ Vd. nota 79.

¹⁰⁴ Cass. civ., sez. III, 17/07/2002, n. 10393.

considerazione potrebbe essere soltanto il danno biologico, il cui risarcimento aumenterebbe proporzionalmente in considerazione anche della sofferenza patita.

Tale orientamento è stato contestato dalla giurisprudenza, in quanto non necessariamente il danno morale potrebbe dirsi assorbito nel coevo danno biologico, perché si tratta di danni ontologicamente diversi, fondati sulla lesione, e conseguente pregiudizio, di beni giuridici distinti e autonomi. I beni giuridici a cui faccio riferimento, sono il diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost., ben distinto dal diritto alla dignità morale dell'individuo sancita a livello nazionale dall'art. 2 Cost. e, a livello sovranazionale, dall'art. 1 della Carta di Nizza, che sancisce la dignità morale come diritto inviolabile dell'uomo. Ecco che dalla lesione di due diritti distinti e separati, consegue un diverso trattamento risarcitorio per il danno morale, inteso come sofferenza soggettiva intrinseca, turbamento d'animo, che mal si conciliano con un diritto di contenuto diverso quale quello di cui all'art. 32 Cost.

È chiaro che un tale turbamento d'animo può essere cagionato da un qualsiasi evento lesivo, come anche essere conseguenza di un infortunio sul lavoro; così viene superata la teoria che vuole, quale presupposto del danno morale, che l'evento lesivo provenga da un fatto o un atto illecito penalmente rilevante.

Proprio in quanto il danno morale venga rappresentato dalla sofferenza soggettiva e dal turbamento dell'animo, non essendo possibile prevedere un accertamento medico legale su qualcosa che costituisce uno stato interiore dell'individuo e che poi non degeneri in patologia, viene considerato un pregiudizio indeterminabile sulla base di parametri convenzionali, con tutte le conseguenze e le problematiche che ciò può comportare in sede di liquidazione e di individuazione della funzione del risarcimento. Ed infatti, proprio tale indeterminatezza rende necessaria la valutazione di elementi che esulano dalla considerazione del pregiudizio subito. Quindi è possibile affermare che per danno morale si deve intendere lo stato di sofferenza soggettiva o il turbamento d'animo transeunte conseguenti all'evento lesivo di interessi giuridicamente rilevanti non soltanto penalmente, patema che permane in uno stato interiore senza mai concretizzarsi in una epifania patologica accertabile a livello medico e scientifico. È possibile individuare, sulla base della giurisprudenza relativamente

recente¹⁰⁵, un sostegno normativo nell'art. 612-*bis* c.p., ove viene dato rilievo al “*perdurante e grave stato di ansia e di paura*”, quindi al dolore interiore come momento essenziale della sofferenza dell'individuo.

Ancora la Cassazione ha anche definito il danno morale come “*uno stato di prostrazione psicologica*”¹⁰⁶, proprio a sottolineare il profilo interiore del danno, che non può essere accertato al pari di una lesione esteriore. Poi, la Suprema Corte, insistendo sulla teoria di derivazione del danno morale a partire dalla lesione della dignità morale, con sentenza n. 1361 del 2014, ha evidenziato che il danno morale deve essere considerato *non solo* come mero patema d'animo, *ma anche* come lesione della dignità o integrità morale, quasi lasciando intendere che sia possibile dare una doppia valutazione per tale voce di danno, che quindi verrebbe in rilievo *sia* come patema d'animo *sia* come lesione della dignità morale considerata in sé. In realtà, coerentemente con l'interpretazione secondo la quale il danno-conseguenza è risarcibile, si dovrebbe concludere che la sofferenza soggettiva costituisce il *contenuto* del danno morale, ma che tale sofferenza può *derivare* dalla lesione di diversi beni giuridici, ossia dal reato (cioè dalla lesione di un bene giuridico penalmente rilevante) oppure dalla lesione dell'integrità psicofisica (nel caso in cui il fatto abbia generato un turbamento dello stato d'animo che rimane allo stato interiore, senza manifestarsi sotto forma di patologia alcuna), e, infine, dalla lesione della dignità morale (senza che sia necessaria la configurabilità di un reato o della lesione dell'integrità psicofisica). La lesione del bene dell'integrità morale resta, così, base fondamentale del danno morale, con la conseguente interpretazione della sentenza del 2014 secondo la quale, ai fini del risarcimento, si renda necessaria la lesione della dignità morale, lesione che però potrebbe anche derivare dalla commissione di un fatto illecito che ha inciso in maniera diretta sulla stessa, oppure in maniera indiretta, derivando la lesione stessa da un illecito che ha mostrato ripercussioni su altro diverso bene giuridico della persona, pregiudicandone, così di riflesso, anche la dignità morale.

¹⁰⁵ Cass. Pen. Sez. III, 3 marzo 2015 n. 9222.

¹⁰⁶ Cass. Pen., Sez. V, 11 dicembre 2014 n. 51718.

Volendo applicare tale interpretazione al tema degli infortuni sul lavoro, direi che la lesione alla dignità morale può derivare dall'evento lesivo tanto in forma diretta, quanto in forma indiretta.

Richiamando il concetto di lesione della dignità morale, indirettamente si valorizza la *plurioffensività* di alcuni delitti contro la persona, soprattutto nel caso in cui il danno biologico sia di ridotta entità. In tale ipotesi, collegare il danno morale alla lesione della dignità morale del danneggiato significa dare rilievo a due distinti pregiudizi, ovvero la lesione al diritto alla salute e quella all'integrità morale, così evitando la fagocitazione del danno morale nel danno biologico. Infine, in relazione ai presupposti del risarcimento del danno morale, bisogna fare una distinzione tra fattispecie di danno morale tassativamente previste dalla legge ed ipotesi di danno ricavate a mezzo interpretazione di principi fondamentali o diritti costituzionalmente tutelati. Solo in questo ultimo caso, ammesso che si sia verificata una lesione di diritti inviolabili della persona, opererà il doppio filtro della *gravità della lesione* e della *serietà del danno*¹⁰⁷, ossia quell'argine posto dalla giurisprudenza a tutela contro il rischio di moltiplicazione del danno *bagatellare*¹⁰⁸.

Le connotazioni del danno morale appena delineate incidono inevitabilmente sui profili funzionali del risarcimento. Come prima considerazione, il dato dell'imponderabilità sembrerebbe proprio escludere che il risarcimento possa avere funzione compensativa. Sembra preferibile parlare di una funzione satisfattiva del risarcimento, ove per satisfattivo si intende richiamare una "*necessaria proporzionalità del risarcimento nei confronti del danno*", ovvero che il risarcimento venga identificato in una somma di denaro quantitativamente proporzionale all'entità del danno, al fine di dare rispondenza ad una situazione di svantaggio che, in quanto inerente alla sfera interiore dell'individuo, sarà difficilmente apprezzabile tramite la valutazione di parametri oggettivi¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Cfr. Cass. civ., sez. III, 4 giugno 2009 n. 12885.

¹⁰⁸ Sul punto rivedi le sentenze di San Martino del 2008.

¹⁰⁹ Sul punto confronta E. Navarretta, *Il danno non patrimoniale. Principi, regole e tabelle per la liquidazione*, cit., pp. 158-169. Qui l'autrice sostiene che, in realtà, il danno morale inteso come *pretium doloris* è suscettibile di valutazione medico legale.

Permane, tuttavia, la questione fondamentale dell'identificazione dei criteri necessari per procedere alla determinazione del *quantum* risarcitorio. Ed infatti, siccome la valenza satisfattiva è basata sulla proporzionalità del risarcimento nei confronti del danno, è altrettanto pacifico che il danno costituisce un dato incerto a livello di rappresentazione quantificabile, proprio perché caratterizzato di per sé in un turbamento interiore non riconoscibile scientificamente. Bisognerà, quindi, temperare da un lato l'esigenza di garantire una qualche forma di risarcimento all'individuo danneggiato per la sofferenza effettivamente patita e, dall'altro lato, evitare la formulazione di richieste risarcitorie eccessivamente pretestuose. Il metodo per bilanciare entrambe le esigenze è stato rinvenuto nel sistema che rintraccia due dati che permettono di valutare l'entità della sofferenza, in una sorta di *fictio iuris*¹¹⁰: la tipologia di offesa e le condizioni del soggetto danneggiato, su cui la stessa si ripercuote, a cui si aggiunge anche la considerazione del tipo di interesse violato dall'illecito. La giurisprudenza posteriore al 2008 fa spesso riferimento alla “*considerazione delle condizioni soggettive della vittima e della gravità del fatto*”¹¹¹, al fine di poter ricavare dalle stesse l'entità della sofferenza patita dal soggetto danneggiato.

Grazie alla *fictio iuris* si ottiene, così, un incremento dell'entità del danno al quale corrisponde, con un rapporto di proporzionalità diretta, un incremento dell'entità del risarcimento: si trova così non tanto un valore numerico, ma un dato descrittivo, che è costituito dalla sofferenza interiore patita dal danneggiato, al quale si cerca di far corrispondere un somma di denaro che possa avere una contropartita satisfattiva o, altrimenti, una risposta solidaristica, nel caso in cui le ripercussioni del fatto illecito siano tali da arrecare un pregiudizio che appare del tutto inconsolabile.

Volendo chiarire i parametri richiamati, la gravità dell'offesa può qualificarsi come oggettiva o soggettiva: per gravità oggettiva si intende il grado di coinvolgimento dell'interesse leso; maggiore sarà il coinvolgimento dell'interesse pregiudicato

¹¹⁰ Fenomeno giuridico per il quale una norma viene applicata ad una fattispecie diversa da quella per cui era stata posta, fingendo che si siano verificati i presupposti di fatto di questa; in modo approssimativo, può dirsi che la *fictio iuris*, di cui si servì largamente il diritto romano, abbia avuto una funzione simile a quella dell'interpretazione analogica.

¹¹¹ Cass. civ. 28 novembre 2008, n. 28407.

dall'illecito, tanto maggiore sarà la sofferenza patita. Il grado di coinvolgimento dipende dal tipo di offesa e dalle condizioni di questa ed è il nostro stesso sistema giuridico a dare rilievo alla gravità oggettiva dell'offesa, come già visto a proposito dell'art. 612-bis c.p., il quale fa riferimento al “*perdurante e grave stato di ansia o di paura*” oppure ancora all'art. 5 c.c. che fa riferimento agli atti di disposizione del proprio corpo che comportino una “*diminuzione permanente dell'integrità fisica*”. Le qualificazioni come “*grave*”, “*perdurante*”, “*permanente*” sono la prova che l'ordinamento attribuisce effettivamente importanza alla intensità della compromissione dell'interesse lesivo. Le sentenze di San Martino già richiamate hanno potenziato questi orientamenti così fino a ritenere rilevante la gravità dell'offesa non solo ai fini del *quantum*, ma anche ai fini dell'*an* del risarcimento. Per la valutazione dell'entità delle sofferenze patite, poi, si dovrà tener conto anche delle condizioni personali del soggetto danneggiato, nonché delle circostanze su cui l'offesa ricade: caratteri come l'età, la sensibilità, la personalità (fino a considerare a volte anche le condizioni economiche dell'offeso) sono tutte circostanze che, considerate nel loro complesso e nel contesto dell'evento lesivo, possono ampliare l'entità della sofferenza patita, giustificando, parimenti, un aumento risarcitorio.

Chiarita l'importanza della connotazione oggettiva della gravità dell'offesa, non posso trascurare di descrivere brevemente l'elemento soggettivo dell'illecito: tale elemento è riferito ad un parametro che attiene alla sfera del danneggiante e che comporta una differente funzione del risarcimento, non più satisfattiva né compensativa, bensì con valenza *punitiva*. La tesi della “funzione punitiva” del risarcimento, in passato accolta da larga parte della dottrina, è stata accantonata in seguito alla decisione della Cassazione del 2007¹¹², con la quale i magistrati hanno definito i c.d. danni punitivi contrari all'ordine pubblico. Tale sentenza ha suscitato non pochi dubbi. I danni punitivi, infatti, rimandano ad una concezione che li configurerebbe al pari di una pena privata che, quindi, è ben diversa da quella funzione punitiva che il risarcimento dovrebbe rivestire: si tratta di una categoria di danni che interessa la condotta del danneggiante, lontana dal considerare gli echi che la stessa possa aver comportato nella sfera del

¹¹² Cass. civ., 19 gennaio 2007, n. 1183.

danneggiato. Se si fa riferimento ad una funzione punitiva del risarcimento (o, per meglio dire, deterrente-sanzionatoria), si considera un tipo di risarcimento alla cui base c'è una valutazione del pregiudizio sofferto dal danneggiato, con aggiunta dell'incidenza sullo stesso della condotta soggettiva del danneggiante. Tramite una *fictio iuris* si può affermare che l'elemento soggettivo del danneggiante è dotato di rilievo ai fini risarcitori, in quanto abbia avuto una ripercussione concreta sul pregiudizio sofferto dal danneggiato, ovvero sulla sua sofferenza soggettiva. Il dolo o la colpa grave devono essere stati determinanti al fine di aver reso più alta la sofferenza del danneggiato. Proprio grazie alla finzione giuridica è possibile transitare da una considerazione dell'intensità dell'elemento soggettivo del danneggiante alla intensità della sofferenza patita dal danneggiato e, per ottenere un aumento proporzionale del risarcimento, si rende necessaria una meticolosa valutazione delle circostanze del caso concreto.

La funzione punitiva si concretizza nella semplice attenzione a criteri che riguardano la sola sfera del danneggiante ed ha il merito di integrare il risarcimento, consentendo di aumentare proporzionalmente la base risarcitoria determinata, dando voce a poste di danno altrimenti sprovviste di risarcimento.

Tuttavia, ritengo che sia corretto parlare più di funzione sanzionatoria del risarcimento, ancorandone il concetto a quello di responsabilità civile, come già accennato argomentando sulla funzione della responsabilità civile.

Tornando alla funzione punitiva del risarcimento è assolutamente giustificabile richiedere un aumento risarcitorio, in quanto maggiormente evidente il nesso tra l'elemento soggettivo del danneggiante ed il pregiudizio sofferto dal danneggiato.

Se dovessimo prendere in esame la lesione di diritti inviolabili della persona al di fuori delle ipotesi previste dalla legge, sappiamo già che, per accedere alla tutela risarcitoria, il danno lamentato dovrebbe superare il doppio filtro della gravità della lesione e della serietà del danno. Invece, se per le ipotesi già previste dalla legge è esclusa l'operatività di tale filtro, in altre ipotesi il legislatore sembra contemplare, in maniera implicita, la necessità di tale doppio filtro, come già visto a proposito del caso di cui all'art. 612-bis c.p. In altre ipotesi ancora, ricorrenti soprattutto in ambito penale, non solo tale filtro non assume alcun rilievo, ma si evidenzia, al contempo, la totale

assenza di una qualsivoglia lesione di un diritto inviolabile della persona: proprio in questi casi, il risarcimento potrebbe essere considerato in un'ottica meramente punitiva: nonostante il grado di coinvolgimento dell'interesse leso sia piuttosto esiguo, il risarcimento del danno troverebbe la propria giustificazione nella stessa gravità della condotta soggettiva, o nella particolare riprovevolezza della stessa, connaturata nel fatto stesso che ad essere stato leso sia stato un bene giuridico al quale il nostro ordinamento garantisce tutela proprio attraverso la comminazione di sanzioni penali.

In tali ipotesi, secondo parte della dottrina¹¹³, la funzione punitiva avrebbe un ruolo “*trainante*”, tale cioè da giustificare il risarcimento di un danno che, pur in mancanza della lesione di un diritto inviolabile, comunque si sostanzia in patemi o altre forme di vessazioni.

In conclusione, il risarcimento del danno morale può assumere una funzione punitiva, la quale potrebbe svolgere un ruolo anche soltanto meramente integrativo, spingendo l'incremento proporzionale dell'entità del risarcimento in considerazione della gravità dell'elemento soggettivo; ovvero, in mancanza della lesione di un diritto inviolabile, ma a fronte di un'ipotesi di risarcimento di un danno non patrimoniale prevista per legge, il risarcimento del danno morale, può avere una funzione sì punitiva, ma avente ruolo “*trainante*” e, quindi, consente di puntare l'attenzione sull'elemento soggettivo dell'illecito, proprio in virtù della riprovevolezza stessa della condotta, la quale ha causato la lesione di un interesse giuridicamente rilevante e meritevole di tutela sino al punto da essere presidiato da norme coercitive. Siccome, però, in presenza della lesione di un diritto inviolabile della persona trova sempre applicazione il limite del doppio filtro della gravità della lesione e della serietà del danno, allora in tal caso la gravità, intesa in senso oggettivo, rileverà ai fini dell'*an* del risarcimento, laddove, invece, la gravità soggettiva (la cui valutazione ha per effetto l'incremento proporzionale dell'entità del risarcimento) rilevarebbe ai fini del *quantum* (svolgendo un ruolo cosiddetto “*ancillare*”¹¹⁴ o integrativo). Nei casi di dubbia interpretazione, la considerazione della gravità soggettiva dell'offesa può affiancare

¹¹³ F. D. Busnelli, *Danno e responsabilità civile*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 242 e segg.

¹¹⁴ Il riferimento è ancora a F. D. Busnelli, *Danno e responsabilità civile*, cit.

quella della gravità oggettiva, al solo scopo di verificare la sussistenza dei presupposti necessari per accedere al risarcimento: una parte della dottrina parla, a tal proposito, di “*ruolo complementare*” della funzione punitiva¹¹⁵. Deve, comunque, escludersi che la componente punitiva possa avere un rilievo preponderante nell’ambito del risarcimento del danno morale, in quanto, altrimenti, si assisterebbe ad una visione distorta del risarcimento, ormai totalmente slegato dal pregiudizio effettivamente subito. La base del risarcimento resta sempre di carattere satisfattivo, con la conseguente possibilità di configurare il danno morale anche nelle ipotesi di responsabilità oggettiva.

1.2.3 Il danno esistenziale

La tematica del danno alla persona non può certamente concludersi con la sola introduzione del danno biologico, in quanto superata la dicotomia danno patrimoniale-danno morale, le interpretazioni discese da alcune pronunce della Corte costituzionale hanno condotto alla scoperta di nuovi pregiudizi per la persona e, dunque, alla previsione di nuove forme di tutela aggiuntiva, frutto di elaborazione della tecnica “*del combinato disposto*”¹¹⁶.

Con la storica sentenza “Dell’Andro”¹¹⁷, infatti, la Corte costituzionale, prendendo atto del diritto vivente, cercò di superare i limiti dell’art. 2059, fornendo una lettura costituzionalmente orientata dell’art. 2043 c.c. insieme con il disposto dell’art. 32 Cost.; così, al fine di consentire la tutela del diritto alla salute, diede inizio ad una proliferazione delle categorie di danno, consentendo anche a pregiudizi non aventi connotazione patrimoniale, di accedere alla tutela risarcitoria, pur senza sottostare alle restrizioni imposte dall’art. 2059 c.c.¹¹⁸.

Per gran parte degli anni Novanta i giudici facevano confluire tutti i nuovi pregiudizi nell’alveo del danno alla salute, opportunamente allargato tramite l’utilizzo dei

¹¹⁵ E. Navarretta, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 354-357

¹¹⁶ Sul punto cfr. G. Marando, *Responsabilità, danno e rivalsa per gli infortuni sul lavoro*, cit., pp. 453 e segg.

¹¹⁷ Corte Cost. 14 luglio 1986, n. 184. Sul punto cfr. E. Navarretta, *Il danno non patrimoniale*, cit., p. 83.

¹¹⁸ Sull’argomento cfr. G. Marando, *Responsabilità, danno e rivalsa per infortuni sul lavoro*, cit. pp. 453 e segg.

medesimi *escamotages* adottati per aggirare le strettoie dell'art. 2059 c.c., ove la salute poteva essere intesa quale diritto "contenitore", che assicurava la tutela contro ogni compromissione delle attività che realizzano la persona. Al di là dei casi in cui il danno viene ricondotto a conseguenze che si ripercuotono sull'alterazione della normale vita di relazione, la lesione del diritto personale in considerazione esplicherebbe i suoi effetti sulla integrità psicofisica del soggetto, in una visione della salute quale benessere esistenziale, non soltanto come uno stato di benessere psicofisico. Quindi mentre il danno biologico deriva da una lesione psichica o fisica ed è accertabile in ambito medico legale, ed è altrettanto possibile accertare la lesione della salute psichica, intesa come patologia vera e propria, come sofferenza (danno morale), il concetto di danno esistenziale, invece, si atteggia non come lesione ma come turbamento del benessere psichico, come uno sconvolgimento delle normali attività quotidiane di relazione della persona e, come tale, non è suscettibile di valutazione medico legale.

Pertanto, numerose tipologie di danno alla persona rischierebbero di rimanere scoperte da una tutela risarcitoria, lasciando un vuoto che adesso viene colmato con il ricorso alla figura del danno esistenziale, inteso come peggioramento della qualità della vita, come compromissione della sfera realizzatrice della persona (che ricomprende attività biologico-sussistenziali, culturali e religiose, del tempo libero; rapporti familiari e sociali). La lesione di tale sfera di interessi, comporta la perdita di un'attività dell'esistenza rappresentativa di un interesse tutelato dall'ordinamento, pertanto meritevole di tutela e, quindi, risarcibile ai sensi dell'art. 2043 c.c.

Per alcuni studiosi il danno così considerato si sostanzia nella violazione di diritti della personalità, *in re ipsa*, guardando la teoria del danno-evento, così come enunciata dalla Corte costituzionale con la già citata sentenza 184 del 1986.

Altri¹¹⁹, invece, sostengono la teoria del danno-conseguenza, rintracciando l'ingiustizia del danno dalla lesione di una situazione soggettiva protetta dal nostro ordinamento e nella quale si ravvisa il pregiudizio "*come forzosa rinuncia ad attività a-*

¹¹⁹ Vd. sul punto G. Marando, op. cit., p. 459 in cui fa riferimento alla "scuola triestina".

*reddituale meritevoli di tutela, attraverso le quali si realizza la persona umana e della cui perdita va fornita la prova*¹²⁰.

La giurisprudenza di merito ha accolto la tesi della scuola triestina che fa riferimento al danno-conseguenza, in modo da conferire al danno esistenziale un carattere “riepilogativo” di tutti i pregiudizi residuali rispetto al danno biologico e morale, anche se questa concezione ha portato dissensi tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, considerando che il concetto di uguaglianza sostanziale e di realizzazione della persona enunciato dall’art. 2 Costituzione, finirebbe per diventare un “*illimitato contenitore di ogni disagio della persona*”. Le Sezioni Unite, con la sentenza 22 luglio 1999, n. 500 hanno fornito, allora, un indirizzo per evitare uno straripamento delle tutele, che individui di volta in volta gli interessi giuridicamente rilevanti, suggerendo al giudice di procedere “*con un giudizio di comparazione e valutazione degli interessi in conflitto...condotte alla stregua del diritto positivo, al fine di accertare se, e con quale intensità, l’ordinamento assicura tutela all’interesse del danneggiato, con disposizioni specifiche ... ovvero comunque lo prende in considerazione sotto altri profili (diversi dalla tutela risarcitoria), manifestando così un’esigenza di protezione...*¹²¹”.

Con sentenza del 7 giugno 2000, n. 7713 la Suprema Corte prendeva definitivamente posizione in merito al riconoscimento del danno esistenziale, esprimendosi così: “*E, in questa prospettiva, non v’è dubbio che il comportamento sanzionato dall’articolo 570 del codice penale - sia pur costituito nella sua materialità dalla mancata corresponsione di mezzi di sussistenza - rilevi, sul piano civile, in termini di violazione non di un mero diritto di contenuto patrimoniale ma di sottesi e più pregnanti diritti fondamentali della persona, in quanto figlio e in quanto minore. Ed è poi del pari innegabile che la lesione di diritti siffatti, collocati al vertice della gerarchia dei valori costituzionalmente garantiti, vada incontro alla sanzione risarcitoria per il fatto in sé della lesione (danno evento) indipendentemente dalle eventuali ricadute patrimoniali che la stessa possa comportare (danno conseguenza). Il che è stato del resto già ben*

¹²⁰ Sull’argomento del danno esistenziale cfr. ancora G. Marando, *Responsabilità, danno e rivalsa per infortuni sul lavoro*, cit., pp. 453 e segg..

¹²¹ Cfr. Cass. S.U. 22 luglio 1999, n. 500.

posto in luce dalla Corte costituzionale con la nota sentenza 184/1986, relativa al danno-evento da lesione del diritto alla salute (cd. danno biologico) ma riferibile (per la latitudine dei suoi enunciati) ad ogni analoga lesione di diritti comunque fondamentali della persona, risolvendosi in un danno esistenziale ed alla vita di relazione. La vigente Costituzione, garantendo principalmente e primariamente valori personali impone, infatti, una lettura costituzionalmente orientata dell'articolo 2043 Cc. (che non si sottrarrebbe altrimenti ad esiti di incostituzionalità) "in correlazione agli articoli della Carta che tutelano i predetti valori", nel senso appunto che quella norma sia "idonea a compensare il sacrificio che gli stessi valori subiscono a causa dell'illecito", attraverso "il risarcimento del danno [che] è sanzione esecutiva del precetto primario ed è la minima delle sanzioni che l'ordinamento appresta per la tutela di un interesse". Il citato articolo 2043 c.c., correlato agli articoli 2 e ss. Costituzione, va così "necessariamente esteso fino a ricomprendere il risarcimento non solo dei danni in senso stretto patrimoniali ma di tutti i danni che almeno potenzialmente ostacolano le attività realizzatrici della persona umana". Per cui, quindi - essendo le norme costituzionali di garanzia dei diritti fondamentali della persona pienamente e direttamente, operanti "anche nei rapporti tra privati" (cd. drittwirkung) - "non è ipotizzabile limite alla risarcibilità", della correlativa lesione, "per sé considerata" (184/1986 cit.), ai sensi dell'articolo 2043 c.c.: che, per tal profilo la Corte veneziana ha per ciò correttamente applicato, riconoscendo all'attore il ristoro del danno (non già "morale" da illecito penale, ma) da lesione in sé di suoi diritti fondamentali, in conseguenza della riferita condotta del suo genitore¹²²".

Quindi, l'art. 2043 c.c., secondo la Corte, deve necessariamente ricomprendere il risarcimento dei danni patrimoniali, nonché *dei danni che ostacolano le normali attività di realizzazione della persona umana.*

Successivamente, con sentenza del 31 maggio 2003, n. 8827, la Corte di Cassazione ha respinto la tradizionale lettura dell'art. 2059 c.c., in riferimento all'art. 185 c.p. "come diretto ad assicurare tutela soltanto al danno morale soggettivo, alla sofferenza contingente, al turbamento dell'animo transeunte", conseguenti ad un fatto illecito

¹²² Cass. Civ., Sezione Prima, sentenza 7 giugno 2000 n. 7713.

costituente reato. Conseguentemente, secondo la Suprema Corte bisogna ammettere che il danno non patrimoniale costituisce oggi un'ampia categoria (la Corte parla di "*lata estensione della nozione di danno non patrimoniale*"), comprendente "*ogni ipotesi in cui sia lesa un valore inerente alla persona*" e non più soltanto il danno morale soggettivo. È per questo motivo che, nel momento in cui vengano in considerazione valori della persona ai quali la Costituzione attribuisce rilevanza, il limite a cui è sottoposto il risarcimento del danno non patrimoniale diviene inoperante e, in particolare, decade il riferimento all'art. 185 c.p., in forza del quale il risarcimento del danno non patrimoniale potrebbe essere consentito solo in caso di fatto illecito costituente reato. Ed ecco che in tale contesto sono ammessi alla tutela risarcitoria anche i danni diversi da quelli biologico e morale soggettivo, sempre ricadenti nell'ambito dell'art. 2059 c.c. La Corte di Cassazione mantiene la stessa linea anche con la sentenza "gemella", la n. 8828 sempre del 31 maggio 2003.

2. Il danno complementare

Mentre il danno differenziale (che illustrerò nel prossimo capitolo) dà luogo a problemi di ordine *quantitativo*, vi sono tipologie di danno che invece sono totalmente escluse dall'area dell'assicurazione sociale contro gli infortuni sul lavoro e sono i cosiddetti *danni complementari*.

Operante il regime di esonero della responsabilità civile del datore di lavoro, rimangono autonomamente e direttamente risarcibili solamente le voci di danno qualitativamente diverse da quelle incluse nell'oggetto dell'assicurazione, per il risarcimento delle quali si applicano i criteri generali di responsabilità civile e quantificazione.

Ed infatti rimangono confinate nell'ambito della responsabilità civile tutte quelle poste sulle quali l'istituto assicuratore non può esercitare l'azione di rivalsa, e precisamente: il danno biologico per inabilità temporanea e quello *iure proprio* dei superstiti; il danno morale soggettivo *ex art. 2059 c.c.*; il danno esistenziale; il danno patrimoniale in franchigia (invalidità sino al 15%); il danno da inabilità temporanea e

quello permanente inferiore al 33% nell'infortunio domestico e, infine, il danno permanente sotto la soglia di legge (6%)¹²³.

Tali poste di danno (già trattate nei paragrafi precedenti), si contraddistinguono per il loro carattere *aggiuntivo* (ossia complementare) rispetto alle voci incluse nella copertura assicurativa, allorché l'infortunio sia indennizzato dalla gestione previdenziale; invece sarà *esclusivo* quel tipo di risarcimento proprio di un sinistro, che pur coinvolgendo un soggetto assicurato a norma del T.U. citato, non determina un indirizzo a carico dell'assicurazione sociale per carenza di un qualche presupposto oggettivo.

¹²³ Sul punto cfr. G. Marando, *Responsabilità, danno e rivalsa per infortuni sul lavoro*, cit., p. 514 e D. Larussi, *Responsabilità civile e nuovi danni risarcibili per gli infortuni sul lavoro*, Maggioli Editore, 2010, pp. 131-132.

CAPITOLO 4

Il cd. “danno differenziale”

1. La questione del danno differenziale – 2. Il rapporto tra danno differenziale e processo: la presunzione di colpa e l’esonero del datore di lavoro – 3. La scissione del risarcimento del danno differenziale in due obbligazioni divisibili – 4. La risarcibilità del danno differenziale in seguito alla riforma ad opera del D. Lgs. 38/2000 - 5. Orientamenti in materia di risarcimento del danno differenziale - 6. Le novità apportate dalla legge di bilancio 2019 – 7. La maledizione di Kirchmann, ovvero che ne sarà del danno differenziale?

1. La questione del danno differenziale

Se il principio dell’esonero datoriale risulta essere regola generale e tendenziale, il tema del danno che sto per descrivere si atteggia quale mero corollario, rientrando in una sottopotesi concettualmente sott’ordinata.

Poiché le prestazioni derivanti da infortunio vengono liquidate secondo i parametri dettati dal T.U. nel quadro del sistema indennitario, che non garantisce l’integralità del risarcimento, la parte di danno calcolata secondo il diritto comune e non coperta dall’intervento previdenziale dà luogo al cosiddetto «*danno differenziale*»¹²⁴.

Fin dall’inizio della tutela previdenziale degli infortuni sul lavoro era pacifico ritenere che il danno differenziale fosse riferito alla sola differenza algebrica tra il danno patrimoniale risarcito dall’INAIL e quello effettivamente patito dall’infortunato, in quanto era piuttosto semplice, considerata l’omogeneità dei valori posti a confronto, calcolare l’effettivo ammontare del danno eccedente la quota già indennizzata dall’Ente previdenziale.

Il panorama subì un mutamento in seguito alle sentenze della Corte costituzionale del 15 febbraio 1991 n. 87 e 18 luglio 1991 n. 356 e 27 dicembre 1991 n. 485: il danno venne “scomposto” in singole voci e il danno non patrimoniale (biologico, estetico, morale) diventò danno meritevole di risarcimento.

¹²⁴ Cfr. G. Marando, *Responsabilità, danno e rivalsa per gli infortuni sul lavoro*, cit., p. 504.

Dalle pronunce del 1991 della Corte costituzionale si può ricavare innanzitutto che la regola dell'esonero di responsabilità opera solo in caso di danni indennizzabili nel campo delle prestazioni previdenziali, mentre in caso di danni che non rientrano in tale sistema, il danneggiato ha la sola possibilità di richiedere il risarcimento tramite le regole della responsabilità civile; in secondo piano, per tutte quelle prestazioni previdenziali, si porrà il problema di calcolo del cosiddetto "danno differenziale", mentre per i danni esclusi da tale contesto (e identificati dalla dottrina nei danni complementari) il danneggiato non potrà subire alcun pregiudizio dall'eventuale azione di regresso da parte dell'istituto assicuratore.

Il principio della scomponibilità del danno ha condotto ad una distinzione delle varie voci e titoli di danno, dando luogo ad un confronto analitico e non più sintetico, allo scopo di limitare la rivalsa dell'istituto ai singoli importi delle poste incluse nella copertura previdenziale, riservando esclusivamente agli infortunati il rimedio del risarcimento per i danni civilistici non ricompresi nella tutela pubblica.

La differenza può manifestarsi nell'area sia patrimoniale che in quella biologica e va calcolata con riferimento al *quantum* delle prestazioni assicurative erogate, comportando il diritto per l'infortunato a conseguire l'eccedenza di risarcimento civile rispetto alle seguenti voci: l'indennità per il danno patrimoniale da inabilità temporanea; il capitale per il danno biologico permanente dal 6% al 15%; la quota di rendita patrimoniale per l'invalidità dal 16% in poi; il danno patrimoniale dei superstiti e l'assegno funerario; le spese mediche di cura e protesi; la rendita, a partire dal 33% di invalidità, per l'infortunio domestico¹²⁵.

Tuttavia, il lavoratore danneggiato potrà richiedere, in caso di danno differenziale, ad ogni singolo debitore (datore di lavoro, INAIL) la sola parte di danno spettante, senza poter richiedere un integrale ristoro del danno, anche nel caso in cui l'ente assicuratore non abbia ancora provveduto ad erogare l'indennizzo previdenziale.

Quando si verifica di un infortunio in occasione della propria prestazione di lavoro, siamo dinanzi ad una fattispecie astratta di responsabilità del datore di lavoro.

¹²⁵ Sul punto cfr. ancora G. Marando, *Responsabilità, danno e rivalsa per gli infortuni sul lavoro*, cit., p. 505.

Secondo il parere della Suprema Corte, “*il contenuto del contratto individuale di lavoro risulta integrato per legge (ai sensi dell'articolo 1374 c.c.) [...] e la responsabilità contrattuale è configurabile tutte le volte che risulti fondata sull'inadempimento di un'obbligazione giuridica preesistente*”¹²⁶.

Sempre la Suprema Corte aveva già chiarito, in una precedente pronuncia¹²⁷, la ricostruzione così delineata, affermando che qualsiasi tipo di danno occorso sul lavoro (dunque verificatosi in costanza di un rapporto di lavoro) è conseguenza di un comportamento già ritenuto illecito sul piano contrattuale, pertanto ponendo automaticamente il datore di lavoro in una situazione di esclusivo inadempimento contrattuale.

Considerato che l'ente assicuratore, in occasione dell'infortunio di lavoro, è tenuto a indennizzare il prestatore di lavoro danneggiato tramite diverse prestazioni (economiche e sanitarie) tutte le erogazioni diverse da rendita per inabilità permanente o per i superstiti sono dovute dal datore di lavoro responsabile, al quale il danneggiato dovrà rivolgersi per ottenere l'integrale risarcimento del danno subito.

*1.1 Il computo del danno differenziale: criteri di ripartizione tra infortunato e INAIL*¹²⁸

Qualora l'esonero della responsabilità civile del datore di lavoro non dovesse aver luogo (per i motivi sopra esposti), rimarrebbe il problema della ripartizione del *quantum* dovuto dal responsabile civile tra il lavoratore e l'INAIL, in quanto la vittima dell'infortunio avrebbe comunque il diritto di ottenere l'integrale risarcimento del danno subito, mentre l'INAIL potrebbe recuperare il costo sostenuto per le prestazioni erogate, esercitando l'azione di rivalsa nei confronti del datore di lavoro.

Per ottenere un computo attendibile, dottrina e giurisprudenza hanno offerto vari criteri di calcolo, che si possono ricondurre a tre metodologie fondamentali: il metodo

¹²⁶ Cass., 25 maggio 2006, n. 12445 e Cass. sez. lav. 13 agosto 2008 n. 21590.

¹²⁷ Cass. 14 marzo 2006, n. 6572.

¹²⁸ Sull'argomento cfr. G. Corsalini, *La centralità del lavoratore nel sistema di tutela INAIL*, Giuffrè, Milano, 2020, pp. 299 e segg.

del “*differenziale puro*”; il “raffronto posta per posta”; il “raffronto per poste congiunte”.

Il punto di partenza è sempre la quantificazione iniziale di quello che è il danno civilistico e di quello che, invece, costituisce l’indennità INAIL.

Utilizzando il primo metodo, ossia quello del “*differenziale puro*”, l’intero indennizzo si detrae dall’ammontare del risarcimento: in questo modo il responsabile civile paga il ristoro del danno civilistico (indipendentemente dall’importo erogato dall’INAIL), mentre l’INAIL può esercitare l’azione di regresso ottenendo il recupero dell’intero importo erogato alla vittima ed il lavoratore danneggiato risulta, così, integralmente soddisfatto rispetto al danno subito.

Considerato così, in astratto, tale metodo sembrerebbe preferibile a qualunque altro, eppure la giurisprudenza sembrerebbe orientata diversamente, sulla scorta delle pronunce della Corte Costituzionale del 1989 e 1991 (319/1989, 356/1991 e 485/1991), con le quali era stato stabilito che l’INAIL non potesse agire in rivalsa per titoli di danno diversi da quelli che costituiscono oggetto della tutela e, comunque, non può pregiudicare il diritto del lavoratore a conseguire l’integrale ristoro per il danno subito.

Proprio sulla scorta dell’indirizzo fornito da tali sentenze, per poter meglio definire i limiti dell’azione di rivalsa dell’INAIL e conseguire una esatta quantificazione del danno spettante al lavoratore infortunato, è stata introdotta la distinzione tra danno differenziale detto *differenziale quantitativo* (così definito in quanto derivato da una differenza contabile tra danno risarcito e danno indennizzato), e danno complementare o *differenziale qualitativo* (che va interamente riconosciuto al solo lavoratore danneggiato, in quanto escluso dalla rivalsa dell’assicuratore).

Parte della dottrina ritiene che, in seguito all’entrata in vigore del D. Lgs. 38/2000, sia residuo solo il principio del diritto all’integrale risarcimento dei danni alla persona in favore del lavoratore danneggiato, e che tale diritto non può essere prevaricato dal diritto di rivalsa dell’INAIL.

Altra parte della dottrina, invece, preferisce contestualizzare le pronunce del 1989 e 1991 al periodo storico e sociale a cui fanno riferimento, momento in cui il danno non patrimoniale era ancora frammentato e ricondotto in parte sotto l’alveo dell’art.

2043 c.c. (con riferimento al danno biologico, non ancora introdotto nella tutela previdenziale) ed in parte al disposto di cui all'art. 2059 c.c. (per quanto concerne il danno morale): la ragione di quelle decisioni era quella di poter garantire il risarcimento del danno biologico aggirando la regola dell'esonero del datore di lavoro, esigenza cessata dopo l'approvazione del D. Lgs. 38/2000.

Nonostante tale cessata esigenza, viene mantenuta la distinzione tra danno differenziale e danno complementare, per tenere distinti due tipi di pregiudizio che differiscono l'uno dall'altro per il semplice motivo di essere o no oggetto dell'azione di rivalsa dell'INAIL. Tra i pregiudizi oggetto di rivalsa, poi, si è soliti distinguere anche tra danni patrimoniali, rientranti nella tutela dell'art. 2043 c.c., e danni non patrimoniali (art. 2059 c.c.), proprio a sottolineare la bipolarità del sistema di tutela del danno alla persona, così come prospettato dalle sentenze gemelle della Suprema Corte del 2003 (nn. 8827 e 8828) e dalle sentenze nn. 26972, 26973, 26974, 26975 del 2008 già richiamate nel capitolo 2.

Queste considerazioni sono i presupposti sulla scorta dei quali la Cassazione ha pronunciato le proprie decisioni, seguendo il criterio della scomposizione per voci di danno con la *comparazione per poste omogenee di pregiudizi*, come nel caso della sentenza n. 17407/2016 con la quale la Cassazione¹²⁹ afferma: “*se l'assicuratore sociale, in forza della speciale legislazione che ne disciplina i doveri, è tenuto ad indennizzare obbligatoriamente un pregiudizio che, dal punto di vista civilistico, la vittima non risulta avere subito, per il relativo importo non può esserci surrogazione; il credito risarcitorio della vittima si riduce solo e nella misura in cui abbia ricevuto dall'assicuratore sociale indennizzi destinati a ristorare danni che dal punto di vista civilistico possano dirsi effettivamente patiti*”.

In base a tale pronuncia, quindi, l'INAIL può agire in rivalsa per il danno biologico, pur restando nei limiti del danno non patrimoniale risarcibile in ambito civilistico, e per il danno patrimoniale, nei limiti del danno patrimoniale civilistico.

¹²⁹ Cfr. Cass. 30 agosto 2016, n. 17407.

Nell'ipotesi in cui vi sia concorso di colpa del lavoratore danneggiato nel verificarsi dell'evento lesivo, l'ammontare del danno civilistico verrebbe a ridursi drasticamente, determinando un necessario sbilancio a sfavore dell'infortunato¹³⁰.

*1.2. Il danno per inabilità temporanea*¹³¹

In materia di danno differenziale, è legittimo il riconoscimento per il lavoratore, in sede civile, del danno per inabilità temporanea, voce di danno "non patrimoniale" esclusa dalla tutela previdenziale, dal momento che le somme versate dall'I.N.A.I.L. non possono ritenersi automaticamente soddisfattive del danno non ricomprendendo alcune voci di risarcimento, quali il danno morale o biologico temporaneo, presenti invece in sede civile.

Tale tipologia di danno può essere erogata (così come accade per la rendita erogata ai superstiti, vedi *infra*) in totale assenza di danno patrimoniale, cosa che si verifica quando l'infortunio si è verificato nell'ultimo o nell'unico giorno di lavoro.

Sul danno di inabilità temporanea si è pronunciata la Cassazione nella sentenza 18 maggio 2020, n. 9083, che nelle osservazioni precedenti al dispositivo scrive: «... la sentenza [impugnata], escludendo il diritto del M. al risarcimento del danno per inabilità temporanea, non si è invero uniformata al procedimento determinativo, di cui a Cass. n. 9112/2019, secondo la quale "in tema di danno c.d. differenziale, la diversità strutturale e funzionale tra l'erogazione Inail del D. Lgs. n. 38 del 2000, ex art. 13, ed il risarcimento del danno secondo i criteri civilistici non consente di ritenere che le somme versate dall'Istituto assicuratore possano considerarsi integralmente soddisfattive del pregiudizio subito dal soggetto infortunato o ammalato, con la conseguenza che il giudice di merito, dopo aver liquidato il danno civilistico, deve procedere alla comparazione di tale danno con l'indennizzo erogato dall'Inail secondo

¹³⁰ Cfr. Cass., sez. lav., 4 agosto 2008, n. 21112: "Quando l'infortunio sia stato causato anche da colpa del prestatore di lavoro, il danno differenziale non deve essere sopportato dall'imprenditore nel suo intero ammontare, ma è suo onere provare l'imputabilità, anche parziale, al lavoratore, e chiedere pertanto che il concorso di colpa incida sull'ammontare del risarcimento"; cfr. anche Cass. 30 gennaio 2019, n. 2550.

¹³¹ Sull'argomento cfr. G. Corsalini, *La centralità del lavoratore nel sistema di tutela INAIL*, Giuffrè, Milano, 2020, pp. 299 e segg.

il criterio delle poste omogenee, tenendo presente che detto indennizzo ristora unicamente il danno biologico permanente e non gli altri pregiudizi che compongono la nozione pur unitaria di danno non patrimoniale; pertanto, occorre dapprima distinguere il danno non patrimoniale dal danno patrimoniale, comparando quest'ultimo alla quota Inail rapportata alla retribuzione e alla capacità lavorativa specifica dell'assicurato; successivamente, con riferimento al danno non patrimoniale, dall'importo liquidato a titolo di danno civilistico vanno espunte le voci escluse dalla copertura assicurativa (danno morale e danno biologico temporaneo) per poi detrarre dall'importo così ricavato il valore capitale della sola quota della rendita Inail destinata a ristorare il danno biologico permanente».

Anche nel caso di rendita erogata ai superstiti, il criterio da applicarsi è sempre quello del confronto tra poste omogenee, trattandosi di prestazione di carattere patrimoniale che va necessariamente raffrontata solo con l'ammontare di risarcimento che ha il medesimo titolo¹³². Tuttavia potrebbe accadere che l'INAIL eroghi la rendita anche in caso di mancata sussistenza di un danno patrimoniale in capo ai superstiti e, in tal caso, potrebbe vedersi negato il diritto alla rivalsa; mentre i superstiti, oltre alla rendita, potrebbero ben ottenere il pieno risarcimento del danno morale e di eventuali altri danni, conseguendo un beneficio economico nettamente superiore a quello che avrebbero potuto ottenere in sede civilistica, determinando, così, uno sbilancio di tutela in favore dei superstiti e a discapito dell'INAIL.

Come illustrerò in seguito, la giurisprudenza ha cercato di ovviare al problema di ingiusta locupletazione, utilizzando il criterio della “*compensatio lucri cum damno*”.

Rimane fondamentale, non soltanto ai fini del computo del danno differenziale, tenere a mente la differenza ontologica tra indennizzo e risarcimento: il risarcimento è il rimedio posto a ristorare integralmente il danno alla persona subito in conseguenza dell'evento lesivo; l'indennizzo è la realizzazione della tutela previdenziale, che ha lo scopo di assicurare ai lavoratori infortunati “*i mezzi adeguati alle loro esigenze di vita*”, così come sancito dall'art. 38 Cost.

¹³² Cfr. Cass. 27 maggio 2019, n. 14362.

1.3 I criteri di adeguatezza del danno differenziale¹³³

A questo punto ritengo necessaria una riflessione sulla valutazione del criterio di adeguatezza del computo del danno differenziale. Perché, se è stata criticata la lettura combinata del disposto dell'articolo 2043 c.c. con l'articolo 32 Cost., non si può, invece, prescindere dalla considerazione dell'articolo 38 Cost., in quanto non si può negare al cittadino il diritto ad mantenimento ed all'assistenza sociale, ma, soprattutto, ai lavoratori spetta il “*diritto che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria*” (art. 38 Cost., 2 comma). Tale principio può essere letto insieme al disposto di cui all'art. 36 che prevede, per il lavoratore, il diritto ad una retribuzione proporzionata e commisurata alla quantità e qualità del lavoro svolto, al fine di consentire lo svolgimento di una vita libera e dignitosa: ciò ricomprende il diritto del lavoratore a percepire una retribuzione anche per quei momenti in cui lo stesso è impossibilitato a svolgere la propria attività lavorativa, quindi nei casi di assenza per malattia o infortunio.

Ecco che allora l'indennizzo deve concretamente essere adeguato alle esigenze di vita del lavoratore, che gli consentano comunque ed a prescindere dai danni subiti, un'esistenza libera e dignitosa per sé ed i propri familiari.

Come già esposto in precedenza, sarebbe impossibile una *restitutio in integrum* del lavoratore al pristino stato in cui lo stesso non aveva subito alcun danno, perché, purtroppo, ogni evento lesivo, lieve o grave che sia, ha sempre delle conseguenze, delle ripercussioni che si riflettono indiscutibilmente sulle abitudini quotidiane del singolo danneggiato.

Entro i limiti del tema trattato, l'estensione della copertura previdenziale al danno biologico richiede una riflessione sulla misura dell'adeguatezza delle prestazioni e sul rapporto tra tale misura ed il risarcimento derivante dalla responsabilità civile.

Un elemento chiave è il comma 6 dell'art. 10 T.U., che limita il «*risarcimento qualora il giudice riconosca che questo non ascende a somma maggiore*» delle

¹³³ R. Vianello, *Principio di adeguatezza e tutela contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali*, in *Variazioni su temi di diritto del lavoro*, Fascicolo 4-2021, pp. 841 ss.

prestazioni previdenziali liquidate all'infortunato o ai suoi aventi diritto. Questo comma è stato modificato dalla legge n. 145/2018 e, successivamente, è stato rapidamente ripristinato nella sua versione originale dal D.L. n. 34/2019.

Altro elemento importante implica la considerazione secondo la quale la tutela previdenziale, così come attuata dall'art. 13 del D. Lgs. n. 38/2000, non copre completamente l'ambito del risarcimento civilistico, risultando quindi inferiore.

Inoltre, è fondamentale considerare che il risarcimento deve coprire tutto il danno subito, senza rappresentare una fonte di arricchimento per il danneggiato. Il risarcimento deve porre il danneggiato nella stessa posizione in cui sarebbe stato in assenza del verificarsi del fatto illecito, considerando anche eventuali effetti vantaggiosi conseguiti¹³⁴.

Tale ultimo elemento considera, dandolo per scontato, che sia possibile ottenere, *a priori*, una comparazione tra il risultato del risarcimento civilistico e il risultato dell'indennizzo previdenziale: qualora, però, il calcolo del danno differenziale derivante dai calcoli effettuati sulla base delle tabelle INAIL dovesse risultare superiore a quello ottenibile seguendo i criteri civilistici standard, tale *gap* quantitativo potrebbe avere ripercussioni sul mercato lavorativo, influenzando il comportamento tanto delle aziende quanto dei lavoratori; da un lato, si teme che una copertura assicurativa più generosa possa ridurre l'incentivo per le aziende a migliorare le condizioni di sicurezza sul lavoro, poiché i costi associati agli infortuni sarebbero comunque coperti in misura più copiosa dall'INAIL; dall'altro lato, una tutela rafforzata potrebbe offrire maggiore giustizia ai lavoratori, garantendo loro un risarcimento adeguato ai danni subiti e fungendo così da deterrente per le aziende che possano apparire poco scrupolose.

Sulla scorta delle considerazioni appena operate, emerge l'esigenza di un adeguamento normativo che possa garantire una maggiore equità nel risarcimento dei danni e che possa, pertanto, ripristinare l'equilibrio tra tutela e responsabilizzazione.

È fondamentale che la legislazione italiana preveda meccanismi di compensazione più efficaci che tengano conto delle varie componenti del danno, comprese quelle non patrimoniali, al fine di evitare ingiuste sperequazioni. Un

¹³⁴ Sul punto cfr. Cass., s.u., 22 maggio 2018 n. 12566, punto 4.1 della motivazione.

approccio integrativo potrebbe includere la revisione delle tabelle per la quantificazione del danno biologico e morale, così da assicurare una corrispondenza più precisa tra il pregiudizio subito ed il risarcimento accordato. Inoltre, le procedure di accertamento del danno richiedono maggiore trasparenza e competenza specialistica per garantire una valutazione corretta e onnicomprensiva. La cooperazione tra istituzioni previdenziali e organismi giuridici dovrebbe essere rafforzata per ottimizzare l'efficacia dei sistemi di tutela e risarcimento.

1.4 La compensatio lucri cum damno

Proprio in ossequio al principio di adeguatezza, non è possibile sconfinare in quella che potrebbe apparire come una ingiusta locupletazione per il danneggiato.

Infatti, proprio su tale tema vertono le decisioni delle Sezioni Unite della Cassazione nn. 12564, 12565, 12567 e 12566 del 22 maggio 2018, che fanno leva sul principio cardine del principio di indifferenza, ovvero il divieto di locupletazione per il danneggiato¹³⁵.

In particolare, si legge nella sentenza n. 12566 che *“se l'atto dannoso porta, accanto al danno, un vantaggio, quest'ultimo deve essere calcolato in diminuzione dell'entità del risarcimento: infatti, il danno non deve essere fonte di lucro e la misura del risarcimento non deve superare quella dell'interesse leso o condurre a sua volta ad un arricchimento ingiustificato del danneggiato”*. Nella stessa sentenza viene sottolineato che *«la compensatio opera, appunto, quando sia prevista la possibilità di rivalsa a favore dell'ente erogatore dell'indennizzo “capace di valorizzare l'indifferenza del risarcimento, ma nello stesso tempo di evitare che quanto erogato dal terzo al danneggiato si traduca in un vantaggio inaspettato per l'autore dell'illecito”»*¹³⁶.

¹³⁵ G. Corsalini, *La centralità del lavoratore nel sistema di tutela INAIL*, cit., p. 305.

¹³⁶ Cfr. G. Corsalini, *La centralità del lavoratore nel sistema di tutela INAIL*, cit., p. 307.

*2. Il rapporto tra danno differenziale e processo: la presunzione di colpa e l'esonero del datore di lavoro*¹³⁷

Le recenti analisi sul danno differenziale mostrano che la regola dell'esonero da responsabilità del datore di lavoro è stata superata. Tuttavia, questo cambiamento è stato accolto con poca critica e consapevolezza scientifica, basandosi solo su riscontri empirici. Nonostante ciò, un'attenzione scrupolosa alle norme vigenti indica che l'esonero datoriale rimane il principio fondamentale del sistema assicurativo, mentre il danno differenziale è solo un corollario.

La complessità della tematica non deriva dall'ambiguità delle singole norme, ma dalla convivenza di diversi sistemi normativi. In questo contesto, si affronta un complicato intreccio di discipline normative, incluse l'assicurazione previdenziale obbligatoria, la responsabilità civile e penale, aggravate dalla stratificazione nel tempo.

Ogni volta che un lavoratore subisce un danno durante il lavoro, la responsabilità del datore di lavoro è di natura contrattuale, come affermato dalle Sezioni Unite della Cassazione nel 2006. Questo significa che qualsiasi danno è visto come risultato di un comportamento contrattualmente illecito del datore di lavoro. In questo caso, si applica una presunzione legale di colpa a carico del datore di lavoro, secondo l'articolo 1218 c.c. La colpa del datore è generalmente implicita nell'inadempimento, quindi il lavoratore non ha l'obbligo di dimostrarla. Tuttavia, il datore di lavoro ha la possibilità di liberarsi da questa responsabilità dimostrando che l'inadempimento è dovuto a cause a lui non imputabili, come eventi fortuiti o forza maggiore. Si tratta di una prova liberatoria che deve essere rigorosa e convincente. Ad esempio, il datore di lavoro può dimostrare di aver adottato tutte le misure necessarie e idonee a prevenire il danno, come previsto dalle normative sulla sicurezza sul lavoro. In questo contesto, si può fare riferimento al Testo Unico sulla Sicurezza sul Lavoro (D. Lgs. 81/2008), che stabilisce dettagliatamente i doveri del datore di lavoro in materia di prevenzione e protezione dei lavoratori. Laddove il datore di lavoro riesca a fornire tale prova, può essere esonerato

¹³⁷ Sul punto cfr. M. Casola, *Esonero da responsabilità del datore di lavoro e conseguenze processuali in tema di danno differenziale*, in Riv. It. Dir. L., 2009, n. 1, pp. 101 e segg.

dalla responsabilità per il danno subito dal lavoratore. Tuttavia, la giurisprudenza spesso interpreta in maniera restrittiva queste possibilità di esonero, proprio per tutelare maggiormente i diritti dei lavoratori.

L'autrice¹³⁸ chiarisce che la presunzione menzionata negli articoli 1218 e 2697 c.c. riguarda aspetti probatori e non i preliminari aspetti assertivi. Si distingue tra oneri di allegazione e oneri di prova, e la sentenza delle Sezioni unite n. 13533/2001 afferma che il creditore deve allegare e provare i fatti costitutivi della pretesa. Il creditore deve, inoltre, indicare un inadempimento colpevole senza doverne fornire la prova, mentre il debitore deve dimostrare l'adempimento o l'assenza di colpa. In tale contesto, è importante comprendere la differenza sostanziale tra l'onere dell'allegazione, che riguarda la narrazione dei fatti e delle circostanze rilevanti per supportare la propria domanda, e l'onere della prova, che consiste nel fornire evidenze sufficienti a dimostrare la veridicità di tali allegazioni. Questo distacco tra le due fasi permette di focalizzare l'attenzione sui diversi momenti del processo giuridico, garantendo una più chiara distinzione delle responsabilità. La sentenza delle Sezioni unite n. 13533/2001 risponde quindi a una necessità di chiarezza interpretativa del Codice civile, specificando che la colpevolezza nell'inadempimento è presunzione di legge, permettendo così al creditore di avanzare la sua pretesa senza dover affrontare la difficile e spesso onerosa dimostrazione dell'assenza di colpa del debitore.

In ambito processuale, l'atto introduttivo di un giudizio risarcitorio deve fornire tutti gli elementi necessari per dimostrare un possibile inadempimento colpevole. Il lavoratore non può semplicemente affermare di aver subito un danno durante il lavoro, poiché la responsabilità INAIL non è di tipo risarcitorio. Tuttavia, spesso si presume erroneamente che il lavoratore sia esonerato dall'onere di dimostrare l'inadempimento del datore di lavoro. La prova a carico del datore sorge solo se l'attore ha chiaramente dedotto l'omissione necessaria per evitare il danno; un ricorso generico è destinato al rigetto. Inoltre, è fondamentale che l'atto introduttivo specifichi in maniera dettagliata quali comportamenti od omissioni del datore di lavoro abbiano causato il danno. Il

¹³⁸ Cfr. ancora M. Casola, *Esonero da responsabilità del datore di lavoro e conseguenze processuali in tema di danno differenziale*, in Riv. It. Dir. L., 2009, n. 1, pp. 101 e segg.

lavoratore deve quindi fornire prove concrete e circostanziate riguardo al mancato rispetto delle normative di sicurezza sul lavoro o ad altre negligenze imputabili al datore. Ad esempio, se il danno è derivato da attrezzature difettose, il lavoratore dovrà dimostrare che il datore di lavoro era a conoscenza del difetto e non ha assunto misure adeguate a ripararlo o sostituirlo. Altresì, il ricorso deve essere tempestivo e rispettare i termini di prescrizione stabiliti dalla legge. Una ritardata presentazione dell'atto introduttivo può infatti compromettere seriamente le chances di successo del lavoratore, dato che il decorso del tempo potrebbe rendere più difficile la raccolta delle prove necessarie. Il giudice, poi, valuterà non solo la documentazione presentata, ma anche la credibilità delle testimonianze fornite e la coerenza delle argomentazioni esposte.

L'estremo della colpa nell'ambito lavorativo è legato all'obbligo di sicurezza del datore di lavoro, sancito dall'art. 2087 c.c., una norma di chiusura che colma le lacune della disciplina speciale. Questo obbligo comporta che il datore di lavoro debba adottare tutte le misure tecnologicamente fattibili per garantire la sicurezza, anche oltre le prescrizioni esistenti. Tuttavia, l'oggetto specifico di tale obbligo è spesso indefinito e genera un ampliamento eccessivo della colpa, trasformandola in responsabilità oggettiva. In questo contesto, diventa essenziale per il datore di lavoro mantenere un bilanciamento tra l'applicazione delle normative vigenti e l'implementazione di misure innovative che mirano alla prevenzione dei rischi. Tale bilanciamento non è privo di difficoltà, poiché richiede un costante aggiornamento e adattamento alle nuove tecnologie e metodologie di lavoro. Nonostante ciò, l'eccessiva vaghezza dell'art. 2087 c.c. comporta che i giudici abbiano un margine di discrezione molto ampio nell'interpretazione della colpa del datore di lavoro. Questa discrezionalità può risultare problematica, poiché può portare a decisioni difformi e talvolta ingiuste. Inoltre, il crescente sviluppo delle norme di sicurezza e le sempre più stringenti condizioni di lavoro imposte dai contesti competitivi attuali fanno sì che il confine tra negligenza e adempimento delle responsabilità sia sempre più sottile.

La responsabilità del datore di lavoro per i danni subiti dal dipendente sussiste non solo allorché non adotti misure protettive adeguate, ma anche ove non controlli che queste siano state effettivamente impiegate. La giurisprudenza riconosce un difetto

di responsabilità solo se il comportamento del dipendente è anormale e del tutto imprevedibile. Questo principio di responsabilità oggettiva è rinforzato anche dalla particolare struttura processuale esistente in materia. Il datore di lavoro, pertanto, deve agire con la massima diligenza non solo nell'implementare le misure di sicurezza previste dalla legge, ma anche nel garantire che tali misure siano effettivamente osservate dai dipendenti. Quest'ultimo aspetto comporta, tra l'altro, l'obbligo di organizzare periodiche sessioni di formazione e di aggiornamento sulla sicurezza sul luogo di lavoro, nonché di effettuare controlli regolari e documentati sull'uso dei dispositivi di protezione individuale. In caso contrario, il non rispetto di tali doveri può comportare gravi conseguenze legali per l'azienda. Ad esempio, in un eventuale procedimento giudiziario, l'assenza di prove adeguate sulla sorveglianza e l'educazione dei dipendenti in materia di sicurezza può portare ad una presunzione di colpa a carico del datore di lavoro.

L'art. 10, secondo comma, T.U. dispone: *«nonostante l'assicurazione predetta permane la responsabilità civile a carico di coloro che abbiano riportato condanna penale...»*. Attraverso tale norma l'ordinamento protegge gli interessi sociali di rilievo pubblico, in quanto l'antigiuridicità di una condotta non può lasciare l'ordinamento in uno stato di inerzia. La responsabilità penale costituisce, pertanto, un criterio selettivo di quelle sole fattispecie *«esorbitanti dal particolare debito per rischio d'impresa, annullato a priori con il pagamento dei premi»*¹³⁹. Si assiste, in tale contesto, ad una riepansione parziale della responsabilità civile del datore di lavoro, per gli stessi danni coperti dall'ente assicuratore. Ma, in tale ipotesi, il sesto comma dell'art. 10, prevede 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 diritto»*.

Il settimo comma, infine, dispone che *«quando si faccia luogo a risarcimento, questo è dovuto solo per la parte che eccede le indennità liquidate a norma degli articoli 66 e seguenti»*: ebbene la «parte che eccede», cioè la differenza contabile tra indennizzo e risarcimento, è il danno differenziale.

¹³⁹ Cfr. G. Marando, *Responsabilità, danno e rivalsa per gli infortuni sul lavoro*, cit. p. 116

Il secondo comma dell'art. 10 riporta una disciplina la cui natura è di tipo speciale, specialità che è fondamento dell'autonomia ed esclusività del titolo di responsabilità: tale disposizione speciale prevale su tutte le altre discipline concorrenti, sia assicurative (regola dell'esonero) che civilistiche (responsabilità comune), tratteggiando un titolo di responsabilità unico ed autonomo. I due limiti della normativa sono rappresentati dalla responsabilità penale datoriale e dalla quantificazione del danno in un importo superiore a quello dell'indennizzo assicurativo¹⁴⁰. La specialità della norma e l'autonomia del diritto di credito contenuto nell'art. 10 T.U. implicano alcune ripercussioni sul piano processuale, come rilevato in una sentenza della Corte costituzionale¹⁴¹.

3. La scissione del risarcimento del danno differenziale in due obbligazioni divisibili

Nell'ipotesi di condanna penale del datore di lavoro, il diritto del lavoratore all'integrale ristoro del danno viene sdoppiato in un diritto ad ottenere dall'INAIL l'indennizzo e in un diritto a ricevere dal datore di lavoro l'eventuale eccedenza quantitativa a titolo risarcitorio. Le due posizioni giuridiche non sono unificabili, ma rimangono completamente separate ed autonome, risultando differenziate nella natura (previdenziale/contrattuale), nell'oggetto (indennizzo/eccedenza risarcitoria), nei presupposti (l'occasione di lavoro/la responsabilità penale), nel soggetto debitore (INAIL/datore di lavoro) e nel regime complessivo (es. termini prescrizionali). Il danneggiato potrà chiedere a ciascuno dei due debitori solo la singola prestazione gravante su ciascuno: pertanto rimane esclusa l'ipotesi della solidarietà.

Per tali motivi si può individuare un esonero parziale eventuale, in quanto la responsabilità civile datoriale è delimitata parzialmente nel *quantum*, con la possibilità di espansione all'intero ristoro dovuto al danneggiato solamente qualora abbia avuto successo l'azione di regresso esercitata dall'I.N.A.I.L.

¹⁴⁰ Cfr. Cass. 16 maggio 1968, n. 1541.

¹⁴¹ Cfr. Corte cost. 28 novembre 1983, n. 326. La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2751 bis n. 1 c.c. nella parte in cui non munisce del privilegio il credito del lavoratore in esame.

L'individuazione di due obbligazioni divisibili ed autonome è condivisa dalla Corte costituzionale, la quale, con la sentenza n. 1834/1971, insiste nello sdoppiamento necessario dell'azione comune di responsabilità civile in due distinte e parallele richieste, per ragioni che attengono alla tutela dell'assicurato. In altra pronuncia¹⁴², la Corte medesima ha precisato che *«al fine di evitare che per un unico danno il lavoratore infortunato venga a lucrare un doppio (ed ingiustificato) indennizzo...non è quindi il regresso dell'I.N.A.I.L. che limita il risarcimento spettante all'infortunato, ma è quest'ultimo che è possibile solo per la parte in cui eccede le prestazioni previdenziali»*. Quindi per la pronuncia in esame il risarcimento del danno biologico non deve influire sulla regola dell'esonero del datore dalla responsabilità civile ma non deve nemmeno influire sul *quantum* risarcitorio del danno differenziale.

4. La risarcibilità del danno differenziale in seguito alla riforma ad opera del D. Lgs. 38/2000

Il quadro finora illustrato rappresenta il regime di risarcibilità del danno differenziale prima della riforma di cui al D. Lgs. n. 38 del 2000, che pare aver riportato una situazione di disequilibrio. Infatti, poiché l'indennizzo erogato dall'I.N.A.I.L. è inferiore rispetto a quello individuato in base alle tabelle utilizzate dai Tribunali ai fini della quantificazione equitativa del danno biologico da invalidità permanente, non è chiaro se il danneggiato possa pretendere dai responsabili per l'infortunio, il risarcimento del danno biologico differenziale, ovvero l'integrale di risarcimento del danno biologico subito.

Tale questione si pone solamente con riferimento al danno biologico derivante da invalidità permanente, mentre le altre voci di danno sono autonomamente risarcibili da parte di chi ha cagionato l'infortunio. In linea con tale indirizzo, la Corte costituzionale, con la già citata sentenza n. 485 del 1991, ha sancito il principio dell'autonoma risarcibilità, nell'ambito degli infortuni sul lavoro, delle varie voci di danno (ossia biologico, morale, da invalidità temporanea, da invalidità permanente), le

¹⁴² Cfr. C. cost. 27 dicembre 1991, n. 485.

quali devono essere singolarmente considerate. Sulla stessa scia il D. Lgs. n. 38 del 2000 ha confermato il principio dell'autonoma risarcibilità delle varie voci di danno patito dal lavoratore a seguito dell'infortunio.

Il D. Lgs. 38/2000 non ha avuto alcuna incidenza sulla legittimità dell'integrale ristoro del danno biologico, ma ha semplicemente rimodulato la rendita per invalidità lavorativa generica ed ha introdotto l'indennizzo per il danno biologico, senza alcuna previsione in tema di azione per il risarcimento integrale del danno promosso dal lavoratore. La Corte costituzionale aveva dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 10 del d.P.R. 1124/1965 solo nella parte in cui non consentiva l'integrale risarcibilità del danno biologico; il limite all'integrale risarcibilità, dunque, permane per tutte le altre poste di danno.

Dunque, se leggiamo l'articolo 10 del testo unico in combinazione con quanto riportato nella riforma del 2000, emerge che il legislatore ha voluto introdurre il danno biologico all'interno del sistema indennitario dell'I.N.A.I.L. proprio con il significato di accordare l'integrale risarcimento in sede indennitaria, senza necessità alcuna di ricorrere all'istituto della responsabilità di diritto comune per conseguire il maggior danno patito¹⁴³.

L'erogazione dell'indennità da parte dell'istituto assicuratore per il danno biologico subito rimane nell'ambito del sistema indennitario: il legislatore non ha voluto introdurre un unico indennizzo anche per l'ipotesi di risarcitoria, che rimane legata alla sussistenza della responsabilità del datore di lavoro di cui all'art. 10 del T.U.; quindi l'interpretazione che nega la risarcibilità del danno biologico differenziale da invalidità permanente si pone in contrasto non solo con la lettera, ma anche con lo spirito della riforma del 2000. Ricordiamo che tale riforma ha raccolto l'invito formulato dalla Corte costituzionale con la sentenza 87/1991, ove la stessa Corte riaffermava la netta distinzione tra tutela indennitaria e tutela risarcitoria, ribadendo la necessità di un intervento statale solo sulla prima tipologia di tutela. Ecco perché la riforma ha introdotto la tutela indennitaria del danno biologico, mentre la tutela risarcitoria rimane

¹⁴³ Sul punto cfr. D. Iarussi, *Responsabilità civile e nuovi danni risarcibili per gli infortuni sul lavoro*, cit., p. 93.

appunto ancorata alla responsabilità del datore di lavoro, trovando espressione nel danno biologico differenziale¹⁴⁴.

5. Orientamenti in materia di risarcimento del danno differenziale

In materia di danno differenziale potremmo riassumere due filoni principali.

Il primo orientamento si basa sul principio di scomposizione che prevede il calcolo del danno differenziale “*posta per posta omogenea*”, sottraendo da ogni voce di danno riconosciuto all’infortunato la corrispondente voce indennizzata dall’INAIL. Questo approccio presuppone una distinzione tra danno patrimoniale e non patrimoniale e non permette di effettuare compensazioni monetarie che ledano i diritti del danneggiato. Secondo l’art. 13 del D. Lgs. n. 38/2000, l’I.N.A.I.L. indennizza separatamente il danno biologico e quello patrimoniale; quindi, i danni differenziali devono essere calcolati all’interno delle stesse voci omogenee. Questo sistema può risultare penalizzante per l’infortunato, soprattutto se non è presente un danno patrimoniale liquidabile secondo le regole di diritto comune.

Il secondo orientamento, invece, propone una valutazione complessiva del danno subito dall’infortunato, sommando tutti i risarcimenti erogati dall’INAIL e ponendoli a confronto con il totale del danno riscontrato. Questo metodo, più flessibile rispetto al primo, consente di compensare le diverse voci di danno tra loro, permettendo un risarcimento che tenga conto della globalità delle perdite subite dall’infortunato. Tuttavia, tale approccio potrebbe portare a una potenziale conflittualità tra le parti in causa, poiché richiede una valutazione più soggettiva, nonché meno rigorosa delle singole componenti del danno. Ad esempio, se l’infortunato subisce un danno biologico che l’I.N.A.I.L. non copre completamente, il risarcimento “*differenziale*” considererà non solo il danno biologico ma anche eventuali disagi economici non direttamente compensati. Così facendo, l’infortunato potrebbe ottenere un risarcimento che meglio riflette l’ampiezza del danno subito, senza doversi confrontare con le limitazioni imposte da un’analisi “*posta per posta*”.

¹⁴⁴ Cfr. ancora D. Iarussi, *Responsabilità civile e nuovi danni risarcibili per gli infortuni sul lavoro*, cit., p. 95.

Il principio della valutazione “*posta per posta*”, confermato dalla Suprema Corte, tiene conto del tipo di lesione subita e della sua durata. Questo è fondamentale al fine di assicurare che il lavoratore riceva un compenso equo e adeguato, senza che vi siano sovrapposizioni con le prestazioni già erogate dall’I.N.A.I.L. Conformemente a tale orientamento, la normativa vigente stabilisce che il danno biologico debba essere valutato separatamente dal danno morale e patrimoniale, permettendo una disaggregazione più accurata dei vari componenti del danno. Tuttavia, tale valutazione è stata criticata dalla dottrina¹⁴⁵, che ha rilevato come tale computo rischi di riconoscere un risarcimento eccessivo per il lavoratore danneggiato.

Considerando la questione sotto un diverso profilo, si osserva che le voci che compongono la rendita I.N.A.I.L. a seguito della novella del 2000, devono intendersi come “*categorie virtuali*”, seguendo metodi di calcolo attraverso i quali pervenire all’individuazione di una somma globale di equo indennizzo considerato unitariamente, e che viene liquidato forfettariamente a prescindere dalla effettiva riferibilità all’una o l’altra categoria. L’importo, così quantificato, non deriva da una presunzione di danno biologico permanente o patrimoniale civilistico; quindi, l’indennizzo globale non deve essere suddiviso in danno biologico e patrimoniale. È palese che la riforma punta a semplificare e uniformare il risarcimento; questo approccio mira a garantire una maggiore equità e trasparenza, riducendo le discrepanze interpretative e le controversie legali. Tuttavia, alcune critiche sono emerse riguardo alla possibilità che questa modalità di indennizzo non riesca ad inquadrare adeguatamente la specificità e la gravità di alcuni casi individuali. Di conseguenza, è sempre aperta la discussione sull’opportunità di introdurre nuove riforme o aggiustamenti che potrebbero permettere una valutazione più personalizzata dei singoli danni, senza rinunciare alla praticità e all’efficienza del sistema attuale.

Nel cercare di armonizzare i vari approcci, alcuni tribunali hanno adottato criteri standardizzati, mentre altri hanno preferito procedere ad una valutazione caso per caso, tenendo conto delle circostanze specifiche di ogni singola situazione.

¹⁴⁵ Cfr. G. Corsalini, *La centralità del lavoratore nel sistema di tutela INAIL*, cit., p. 306.

Infine, l'influenza delle pronunce di legittimità ha avuto ripercussioni non solo sugli enti pubblici ma anche sui privati: in particolare, le assicurazioni hanno dovuto rivedere le loro politiche di risarcimento, adeguandosi ai nuovi principi e affrontando un aumento delle richieste di indennizzo legate ai danni non patrimoniali. Ciò ha portato, da una parte, a una maggiore tutela dei diritti dei danneggiati, ma, dall'altra, ad un incremento dei costi per le imprese assicurative, con possibili ricadute sui premi assicurativi.

Con la sentenza della Cassazione del 26 giugno 2015, n. 13222 è stata sostanzialmente sancita l'intangibilità delle due componenti del danno differenziale ovvero quella qualitativa e quella quantitativa, aprendo la strada ad un nuovo filone, le cui linee guida sono state dettate dalla Cassazione con la pronuncia del 30 agosto 2016, n. 17407. Le successive sentenze si sono conformate a quest'ultima decisione della Corte, precisando che per il calcolo del danno differenziale occorre considerare il risarcimento del danno biologico spettante per intero all'assicurato, il cui relativo importo non può essere decurtato da quanto allo stesso già erogato a titolo di danno patrimoniale; inoltre, l'assicuratore che abbia indennizzato l'assicurato avrà diritto di surrogarsi nei confronti del terzo responsabile, nei limiti del danno patrimoniale effettivamente verificatosi¹⁴⁶.

In seguito, con la sentenza del 10 aprile 2017, n. 9166, la Corte di Cassazione ha riaffermato il diritto del lavoratore a ottenere il risarcimento del danno differenziale in caso di infortunio o malattia professionale. Annullando, così, la decisione della Corte d'Appello di Napoli, la Suprema Corte ha stabilito che il risarcimento dei danni eccedenti l'indennizzo dell'I.N.A.I.L. può essere richiesto anche al datore di lavoro, senza bisogno di ulteriori specificazioni. In particolare, la Corte ha chiarito che non è necessario qualificare formalmente l'illecito penale o specificare dettagliatamente il danno differenziale, essendo questo un compito riservato al giudice. Inoltre, la sentenza in questione ha sottolineato l'importanza della tutela effettiva dei diritti dei lavoratori, ribadendo che la giurisprudenza deve sempre considerare il benessere e la sicurezza dei

¹⁴⁶ Cfr. M. Ferrari, *Il danno differenziale fra orientamenti giurisprudenziali, ius superveniens e ripensamento del legislatore*, in *Rivista responsabilità civile e previdenza* n. 2-2020, p. 537

dipendenti come priorità. La Corte di Cassazione ha, poi, richiamato l'attenzione sulla necessità di un'indagine approfondita da parte del giudice per determinare l'entità del danno subito dal lavoratore, valutando caso per caso le circostanze specifiche. La sentenza ha anche affrontato il ruolo delle prove fornite dalle parti, evidenziando che sia il lavoratore che il datore di lavoro devono collaborare attivamente per illuminare i fatti rilevanti. In pratica, ciò significa che i procedimenti giudiziari relativi al risarcimento del danno differenziale richiederanno un'analisi dettagliata delle condizioni di lavoro, delle misure di sicurezza adottate e delle eventuali negligenze che possono aver contribuito all'infortunio o alla malattia professionale.

In sintesi, muovendo dalla partizione dell'indennizzo e del risarcimento in singole componenti di danno, si afferma che il danno differenziale debba essere calcolato voce per voce; anche la quantificazione della rivalsa INAIL va assoggettata a tale scomposizione in singole poste: tuttavia, quest'ultima subisce di fatto una “*irragionevole amputazione*”¹⁴⁷. Rispetto al danno complementare, il lavoratore ha diritto ad un risarcimento ulteriore per pregiudizi non coperti dall'indennizzo INAIL.

La tesi della scomposizione qualitativa per poste omogenee, tuttavia, subisce molte critiche, pur essendo ribadita spesso dalla Corte di Cassazione¹⁴⁸. Sembra essere preferita, invece, una soluzione quantitativa sia ai fini della rivalsa INAIL che del danno differenziale, a motivo di ragioni di principio e di soluzione dei problemi concreti. La soluzione quantitativa implica una valutazione complessiva del danno subito dal lavoratore, considerandolo nella sua totalità e non come una somma di singole voci. Essa mira a evitare duplicazioni e sovrapposizioni di risarcimenti, garantendo al lavoratore un'equa compensazione per tutti i pregiudizi subiti. Tuttavia, alcuni critici sostengono che questa metodologia possa portare a una sottovalutazione di specifiche componenti del danno, che potrebbero essere meglio riconosciute e valutate con un approccio qualitativo.

¹⁴⁷ Sul punto cfr. L. Di Bona, *Regresso dell'INAIL e risarcimento del lavoratore in caso di infortunio o malattia professionale: un problema ancora aperto*, in *Rivista DSL*, 2-2024, p. 1.

¹⁴⁸ Cfr. Cass. civ., sez. lav., 15 novembre 2022, n. 33639; Cass. civ., sez. III, 27 settembre 2021, n. 26117; Cass. civ., sez. lav., 19 giugno 2020, n. 12041; Cass. civ., sez. VI, 30 agosto 2016, n. 17407.

Un'altra questione rilevante sollevata dai critici riguarda la trasparenza e la comprensibilità delle decisioni di risarcimento: un metodo quantitativo uniforme, pertanto, potrebbe apparire meno chiaro e giustificabile nei casi concreti, rispetto a una valutazione più dettagliata delle singole voci di danno.

6. Le novità apportate dalla legge di bilancio 2019

Superate le problematiche sollevate fino a qui, si intromette un altro intervento legislativo che cerca di fare ordine sul risarcimento del danno differenziale: la legge 145 del 2018.

Nel sistema precedente la legge finanziaria del 2019, il danno differenziale veniva calcolato detraendo dalle indennità civilistiche del lavoratore quelle corrisposte dall'I.N.A.I.L. per danni patrimoniali e biologici. Solo la parte della rendita I.N.A.I.L. specifica per il danno biologico veniva sottratta, escludendo quella legata alla retribuzione e capacità lavorativa. Inoltre, l'I.N.A.I.L. poteva esercitare il diritto di regresso verso il responsabile civile per le indennità pagate, entro i limiti delle somme versate dal datore di lavoro. Con l'introduzione della nuova legge finanziaria del 2019 sono state apportate significative modifiche al calcolo del danno differenziale: l'intero importo dell'indennità corrisposta dall' I.N.A.I.L., comprese sia la parte patrimoniale che quella biologica, viene detratto dalle indennità civilistiche dovute al lavoratore. Questo cambiamento ha suscitato numerose polemiche e critiche da parte dei sindacati e delle associazioni dei lavoratori, in quanto implica una riduzione complessiva del risarcimento netto ricevuto dalle vittime di infortuni sul lavoro. Inoltre, il diritto di regresso dell'I.N.A.I.L. è stato riconfermato, ma con alcune limitazioni aggiuntive. Adesso l'I.N.A.I.L. può rivalersi sul responsabile civile non solo entro i limiti delle somme versate dal datore di lavoro, ma anche tenendo conto delle effettive responsabilità e colpe del datore di lavoro nell'accaduto.

La legge n. 145 del 2018 modifica il calcolo del danno differenziale, rendendo indifferente la natura delle voci di risarcimento e dell'indennità I.N.A.I.L. tra cui operare

la detrazione. Questo cambiamento comporta che il risarcimento del datore di lavoro riguarda solo la parte eccedente le indennità liquidate dall'I.N.A.I.L.

La legge del 2019 ha cambiato i criteri di calcolo influenzando la totalità del risarcimento del danno alla persona. Tuttavia, tali modifiche non si applicano agli eventi occorsi prima del 1° gennaio 2019.

Inoltre, è importante sottolineare che le nuove disposizioni introdotte dalla legge n. 145 del 2018 mirano a semplificare e rendere più equo il sistema di compensazione dei danni, in particolare per quanto riguarda i lavoratori che subiscono infortuni sul lavoro o malattie professionali. Prima di questa modifica, il calcolo del danno differenziale poteva risultare complesso e portare a disparità nei risarcimenti, creando incertezze tanto per i lavoratori quanto per i datori di lavoro. Con le nuove regole, si punta a una maggiore chiarezza e uniformità nei criteri di liquidazione.

La legge 145/2018 prevede, inoltre, due benefici per il datore di lavoro: innanzitutto il giudice può ridurre l'importo dovuto dal datore di lavoro all'Inail in caso di regresso, prendendo in considerazione, quale parametro per operare la riduzione, la condotta del datore di lavoro prima e dopo che si sia verificato l'evento lesivo, tenendo conto anche delle misure di sicurezza adottate. È onere del datore di lavoro provare di aver adempiuto ai propri obblighi con la ordinaria diligenza e osservando una condotta in buona fede. La riduzione dell'importo del regresso presuppone sì che il datore di lavoro sia considerato responsabile, ma al contempo consente allo stesso di dimostrare la sua condotta iniziale e successiva, al fine di limitare le ripercussioni negative. In questo contesto, è cruciale per il datore di lavoro raccogliere e conservare documentazione il più possibile dettagliata sulle misure di sicurezza adottate e sulle azioni intraprese per prevenire incidenti. Tra queste azioni possono rientrare corsi di formazione per i dipendenti, revisioni regolari delle attrezzature, nonché la implementazione di procedure di sicurezza rigidamente osservate e segnalate in apposito documento (come prevede il D. Lgs. 81/2008). È importante che il datore di lavoro sia in grado di dimostrare di aver reagito prontamente e adeguatamente all'incidente, adottando misure correttive immediate e fornendo il necessario supporto al lavoratore infortunato. Questo può includere l'attivazione di un'indagine interna per

determinare le cause, la revisione delle procedure di lavoro, e l'assicurazione che ogni lesione appresa venga integrata nelle pratiche future.

Nonostante i benefici riscontrati, il dispositivo dell'art. 1, comma 1126 della Legge 30 dicembre 2018, n. 145 ha creato profonde incertezze sul tema del risarcimento del danno per i lavoratori a seguito di infortuni sul lavoro o *in itinere*: ed infatti, a soli pochi mesi dall'entrata in vigore della legge 145/2018, il legislatore ha avuto un ripensamento e ha approvato la legge di conversione del decreto crescita n. 58/2019, che ha cancellato le lettere a), b), c), d), e) e f) del comma 1126 dell'art. 1, l. 30 dicembre 2018, n. 145, comportando la reviviscenza delle "vecchie" disposizioni sul "danno differenziale".

La legge n. 58/2019 di conversione, con modificazioni, del d.l. n. 34/2019 (c.d. decreto crescita), ha introdotto l'art. 3-sexies («*Revisione delle tariffe INAIL dall'anno 2023*»), che recita quanto segue: «*All'articolo 1, comma 1126, della citata legge n. 145 del 2018, le lettere a), b), c), d), e) e f) sono abrogate; le disposizioni ivi indicate riacquistano efficacia nel testo vigente prima della data di entrata in vigore della medesima legge n. 145 del 2018*».

Del precedente contesto normativo, sopravvive una sola disposizione, ossia quella introdotta dalla lett. g) del comma 1126, Legge di Bilancio 2019 al comma 3 dell'art. 11 d.P.R. n. 1124/1965, per cui «*nella liquidazione dell'importo dovuto [dal datore di lavoro all'INAIL in sede di regresso] il giudice può procedere alla riduzione della somma, tenendo conto della condotta precedente e successiva al verificarsi dell'evento lesivo e dell'adozione di efficaci misure per il miglioramento dei livelli di salute e sicurezza sul lavoro. Le modalità di esecuzione dell'obbligazione possono essere definite tenendo conto del rapporto tra la somma dovuta e le risorse economiche del responsabile*».

7. La maledizione di Kirchmann, ovvero che ne sarà del danno differenziale?

«Tre paroline del legislatore, ed intere biblioteche giuridiche divengono cartaccia»

Questa frase è diventata celebre ed è conosciuta come la maledizione di Kirchmann¹⁴⁹, e sembra essersi incarnata nell'art. 1, comma 1126, della legge 30 dicembre 2018, n. 145 (recante *Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021*).

Questa norma ha ridefinito i criteri con cui: *in primis*, si deve calcolare il risarcimento del danno (cd. differenziale) spettante al lavoratore che, per colpa del datore di lavoro o d'un terzo, abbia patito un infortunio in occasione di lavoro; *in secundis*, si deve calcolare il credito spettante all'Inail quando, indennizzata la vittima, abbia diritto di regresso nei confronti del datore di lavoro o di surrogazione nei confronti del terzo responsabile.

Sul danno differenziale si discute da quarant'anni, eppure dottrina e giurisprudenza sembravano essere riuscite a raggiungere alcuni punti fermi, ossia: l'assicuratore sociale non può surrogarsi su somme dovute alla vittima a titolo di risarcimento di danni non coperti dall'assicurazione; la surrogazione incontra il limite oggettivo dei danni effettivamente causati dal responsabile civile; il danno differenziale si ricava sottraendo il danno civilistico dal danno "I.N.A.I.L." per singole voci, e non globalmente.

Ma in seguito all'ingresso dell'art. 1, comma 1126, della legge 145/18, tali certezze sembrano destinate a svanire.

I commi che riguardano la questione del danno differenziale sono esposti dai commi 1121 a 1126. Con la legge di stabilità per l'anno 2019 veniva introdotto un meccanismo di progressiva riduzione dei contributi assicurativi dovuti dal datore di lavoro all'I.N.A.I.L., al dichiarato fine di alleggerire il costo del lavoro. Questo meccanismo è stato confermato dalla legge di stabilità del 2019, la quale ha previsto (art. 1, comma 1121), una riduzione delle tariffe I.N.A.I.L. per 1.535 milioni di euro in tre anni, «considerate le risultanze economico-finanziarie e attuariali e tenuto conto

¹⁴⁹ Cfr. M. Rossetti, articolo on line dal sito: https://www.questionegiustizia.it/articolo/la-maledizione-di-kirchmann-ovvero-che-ne-sara-del-danno-differenziale_06-02-2019.php.

Julius Hermann Von Kirchmann (1802–1884) fu un insigne giurista e filosofo del XIX sec. Nella sua opera più famosa (*La mancanza di valore della giurisprudenza come scienza*, Pisa 1942) lanciò ai giuristi una maledizione che sarebbe diventata proverbiale.

degli andamenti prospettici del predetto Istituto». Per bilanciare la riduzione dei premi assicurativi, la legge di stabilità ha previsto due misure principali: da un lato, dei tagli alle risorse destinate dall'I.N.A.I.L. a finanziare, tra l'altro, i progetti di investimento e formazione in materia di salute e sicurezza sul lavoro (art. 1, comma 1122); e, dall'altro, la riforma dei criteri di calcolo del danno differenziale, del regresso dell' I.N.A.I.L. nei confronti del datore di lavoro, e della surrogazione dell'I.N.A.I.L. nei confronti del terzo responsabile (art. 1, comma 1126). L'art. 1, comma 1126, legge 145/18 ha modificato gli artt. 10 e 11 del d.P.R. 30 giugno 1965 n. 1124, nonché l'art. 142, comma 2, D. Lgs. 7 settembre 2005 n. 209 (codice delle assicurazioni), che disciplina la surrogazione dell'assicuratore sociale nei confronti dell'assicuratore della r.c.a. del responsabile dell'infortunio occorso al lavoratore.

La seconda regola introdotta dalla novella del 2018 dice che nel calcolo del danno differenziale dovuto al lavoratore non si dovrà più distinguere tra l'indennizzo pagato dall'I.N.A.I.L. a titolo di ristoro del danno biologico e la maggiorazione pagata a titolo di ristoro del danno patrimoniale da incapacità lavorativa, in quanto entrambi dovranno essere defalcati dal credito risarcitorio vantato dal danneggiato verso il datore di lavoro.

Tuttavia, a causa della eterogeneità delle voci che possono formare oggetto di risarcimento rispetto a quelle che formano oggetto di indennizzo, può accadere che le somme pagate dall'istituto assicuratore a titolo di inabilità temporanea o per impianti protesici finiscano per essere defalcati dalle somme dovute alla vittima a titolo di danno biologico.

La terza regola si legge al comma 8 del modificato art. 10 d.P.R. 1124/65, ma poiché al comma 6 si stabilisce che il danno differenziale si accerta sottraendo dal credito civilistico per risarcimento gli indennizzi pagati dall'Inail «*a qualunque titolo*», è superfluo ribadire, nell'ottavo comma, che il «*sottraendo*» del danno differenziale consista nel «*valore capitale della rendita complessivamente liquidata (...) nonché da ogni altra indennità erogata a qualsiasi titolo*».

Da tali considerazioni emerge che l'Inail può esercitare il diritto di regresso nei confronti del datore di lavoro, anche a discapito del credito del lavoratore per quei danni

non coperti dall'assicurazione. La Corte costituzionale ha dichiarato incostituzionale, per ben due volte¹⁵⁰, questa possibilità, poiché viola diritti fondamentali come il risarcimento del danno morale, non ancora incluso nell'assicurazione INAIL. La Corte ha stabilito che i valori costituzionali, come il diritto alla salute, non possono essere compromessi dall'azione di regresso dell'Inail. Pertanto, il diritto del lavoratore al risarcimento non dovrebbe essere sacrificato.

¹⁵⁰ Cfr. Corte cost., 06 giugno 1989, n. 319 e Corte cost., 18 luglio 1991, n. 356.

CONCLUSIONI

Anche se la maledizione di Kirchmann tenda ad avverarsi con una certa puntualità, posso dire che nonostante gli errori interpretativi e i vari tentativi di contemperamento degli interessi, la dottrina e la giurisprudenza hanno dato al legislatore, e continuano ad oggi a dare, un valido supporto, in assenza del quale assisteremmo ad uno studio del diritto sterile e privo di stimoli al miglioramento, stimoli che invece, per fortuna o sfortuna, ci sono e sempre ci saranno.

È così che dal concetto di *culpa* si è arrivati alla responsabilità civile, che obbliga chi ha cagionato un danno, già secondo le leggi più antiche, a risarcire le lesioni cagionate ad un qualsiasi interesse tutelato dall'ordinamento, perché di interesse si parla quando facciamo riferimento allo schiavo ferito da un dardo o da una verga, o quando si tratti del danneggiamento di un diverso oggetto che costituisce uno specifico bene della vita giuridicamente tutelato dal sistema.

Non si può prescindere dalla considerazione che la responsabilità può essere direttamente in capo al soggetto agente, ma potrebbe anche essere, invece, in carico ad altro soggetto, oppure allo stesso datore di lavoro in dipendenza del comportamento di un terzo del quale egli sia chiamato a rispondere, quale potrebbe essere, ad esempio, il preposto o un altro lavoratore.

E abbiamo visto anche le difficoltà incontrate nell'inquadrare il momento esatto in cui la responsabilità civile sorga come contrattuale rispetto a quando, invece, sia nata extra-contratto, in base alle diverse

interpretazioni che dell'art. 2087 c.c. sono state fornite dalla giurisprudenza e dalla dottrina.

E come fare a meno delle critiche mosse all'esonero da responsabilità civile, che un tempo pareva essere chiaramente delineato dall'art. 10 T.U. inf., ma che, con le considerazioni e le letture dei disposti combinati, è quasi destinato ad essere posto nel nulla ed oggi ne esce piuttosto affievolito?

E ancora, quante teorie, filoni interpretativi, pagine intere ed interi volumi dedicati al danno biologico sono stati dissolti dall'ultima parola pronunciata dal legislatore; così come per il danno differenziale, ultima "vittima" della maledizione di Kirchmann.

Ciò premesso, mi sembra doveroso riepilogare i punti focali del tema trattato, tenendo l'obbiettivo puntato, in particolar modo, sull'istituto della responsabilità civile e sulla questione, sempre attuale, del danno differenziale.

Individuerò quelli che rappresentano, nella storia, i tasselli fondamentali (o tappe fondamentali) della tutela del lavoratore contro gli infortuni sul lavoro.

Abbiamo visto che la storia inizia dall'esperienza industriale, che ha inevitabilmente comportato, oltre al progresso, anche il verificarsi di numerosi incidenti sul lavoro.

Ecco perché, di fronte ad uno scenario del genere, il legislatore non poteva rimanere impotente e si è prodigato per raggiungere quell'ideale di giustizia che mancava, elevando i diritti del lavoratore mediante la previsione di specifiche normative riservate, oppure estese per analogia, all'ambito lavorativo e degli infortuni sul lavoro e malattie professionali.

Tutto ebbe inizio con le casse di solidarietà istituite dai privati, per poi approdare alla legge istitutiva della Cassa nazionale di assicurazione per gli infortuni sul lavoro degli operai nel 1883; tale cassa sarebbe durata poco, se non fosse intervenuta la legge 80 del 1898 sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro, la prima legge organica che affronta il tema della sicurezza sul lavoro in Italia e che prevede innanzitutto, l'obbligatorietà dell'assicurazione sociale (possiamo dire il primo tassello della tutela infortunistica), che ha contribuito, piano piano nel tempo, ad ammortizzare il "costo" degli incidenti ed ha iniziato a fornire una tutela realistica (prevedendo un indennizzo e cure mediche) alle vittime danneggiate da infortunio sul lavoro.

Con l'approdo al T.U. n. 51 del 31 gennaio 1904, l'assicurazione obbligatoria fu oggettivamente estesa, ponendo l'onere assicurativo esclusivamente a carico del datore di lavoro e introducendo penalità per la mancata ritenuta contributiva sui salari; tale tutela fu poi estesa ai lavoratori agricoli nel 1917, arrivando ad includere anche le malattie professionali nel 1929. La vera "difesa sociale del lavoratore" si realizzò però solo nel 1935, con significative innovazioni nel sistema di tutela introdotte dal R.D. 1765/1935, che ebbe il merito di assicurare la tutela dei lavoratori infortunati anche in caso di omesso versamento dei premi assicurativi da parte del datore di lavoro (secondo tassello fondamentale).

In seguito alla promulgazione della Costituzione, fu introdotto un nuovo T.U., il d.P.R. n. 1124/1965, grazie al quale (come già trattato), venne ampliato l'elenco delle lavorazioni e della categoria dei soggetti assicurati, nonché venne stabilito un più stretto legame tra assicurazione e prevenzione degli infortuni.

Altro tassello fondamentale è l'introduzione di una definizione, seppur in via sperimentale, del concetto di danno biologico all'interno del sistema di tutela indennitaria dell'INAIL, operato dal D. Lgs. 38/2000.

Ultimo tassello è costituito dal D. Lgs. 81/2008 che, con nuovi metodi di prevenzione degli infortuni, si attesta quale ultimo intervento decisivo in materia di prevenzione.

Definiti i "tasselli" storici, è importante segnalare l'evoluzione dell'istituto della responsabilità civile, che ha influenzato la tutela risarcitoria contro gli infortuni sul lavoro, costituendo l'ago della bilancia, che si declina in favore della tutela indennitaria o in favore di quella risarcitoria, a seconda delle interpretazioni della giurisprudenza di legittimità e delle ricostruzioni date dalla dottrina.

Se il principio dell'esonero parziale enunciato dall'art. 10 T.U. (1124/1965) poteva sembrare chiaro e delineato, così non è apparso all'applicazione pratica, considerato che ha scatenato non poche discussioni dapprima sull'estensione soggettiva (datore di lavoro in regola con i premi o non in regola, terzo preposto), poi in merito all'ambito oggettivo, rendendo difficoltoso individuare quando, concretamente, il criterio dell'esonero sarebbe potuto entrare in gioco o no (con riguardo alla tipologia di danno e, dunque, di diritto violato).

Non è stata sempre d'aiuto la distinzione, operata soprattutto dalla giurisprudenza e dalla dottrina, tra danno patrimoniale e non patrimoniale, tra danni inclusi nella tutela indennitaria e danni risarcibili solo a livello civilistico (denominati complementari, in quanto esclusi *in toto* dall'ambito di tutela INAIL). Anzi, soprattutto la determinazione del *quantum* risarcibile è stata sempre difficoltosa, atteso che, al di là dei danni

patrimoniale, biologico ed estetico, non esistono valori tabellari che possano quantificare il danno morale o il danno esistenziale. In effetti, queste tipologie di danno sono in realtà considerate meramente voci descrittive del danno, ora fatte rientrare nel danno biologico, ora in quello patrimoniale.

A complicare il quadro, già articolato di per sé, interviene, dal 1974 ad oggi, la questione del danno differenziale, ossia, come già visto nell'ultimo capitolo, di quella parte di danno (patrimoniale o biologico) che eccede la misura indennitaria erogata dall'INAIL e, per ottenere la quale, il lavoratore dovrà agire verso il datore di lavoro responsabile penalmente, anzi responsabile anche civilmente se il diritto violato fa parte di uno dei diritti inviolabili fondamentali dell'uomo: ovviamente, quale diritto enunciato dal T.U., considerato anche nella sua formulazione novellata dalla legge 145/2018, non è un diritto fondamentale?

Tralasciando questo aspetto, che è stato ampiamente discusso, le modifiche apportate dalla legge di bilancio 2019 al T.U. 1124/1965 hanno avuto una incidenza fondamentale sul computo del danno differenziale spettante al lavoratore ed anche sui limiti all'azione di regresso esercitabile dall'INAIL. La novella prevedeva in favore dell'Istituto assicuratore il recupero di somme maggiori dai responsabili degli infortuni e dalle loro compagnie di assicurazione: infatti era imposta la detrazione, dal risarcimento, di tutto l'importo complessivamente erogato dall'INAIL, senza procedere ad uno scomputo delle singole poste di danno. Tale criterio di calcolo, però, finiva per ledere il diritto costituzionalmente garantito del lavoratore all'integrale riparazione del danno non patrimoniale subito, presentando, secondo la dottrina maggioritaria, rilevanti profili di

incostituzionalità. L'abrogazione della riforma, intervenuta poco dopo, ma senza alcun effetto retroattivo, ha fatto rivivere la disciplina precedente, prevendendone l'applicabilità, però, soltanto a partire dalla data di entrata in vigore della legge abrogatrice.

Infine, non posso non citare il principio della *compensatio lucri cum danno*, espresso dalle sezioni unite della Cassazione nel 2018 e che rappresenta, ad oggi, il fulcro della tutela indennitaria.

Per esperienza personale, sento di condividere pienamente il pensiero della Corte, potendo affermare che il principio della *compensatio lucri cum danno* opera, per alcune tipologie di infortunio (in quelle più semplici, come ad esempio l'infortunio *in itinere* dovuto ad incidente stradale causato da un terzo, completamente estraneo al rapporto di lavoro) in maniera automatica e precisa.

Concludendo, si può notare come la giurisprudenza abbia sempre svolto un ruolo fondamentale nell'interpretazione e nello sviluppo di una disciplina a volte lacunosa, altre eccessivamente restrittiva, influenzando direttamente la prassi giuridica.

Inoltre, sono evidenti le criticità e le sfide che la giurisprudenza deve affrontare in ambito infortunistico, cercando sempre un contemperamento degli interessi delle parti in causa: sarà anche merito ed onere della dottrina suggerire possibili soluzioni per migliorare l'efficacia della tutela giuridica apprestata dal nostro ordinamento.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- G. Alibrandi, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, in (a cura di) F. Facello e P. Rossi, Giuffrè Editore, Milano 2002
- G. Calabresi, *Costo degli incidenti e responsabilità civile, Analisi economico-giuridica*, Giuffrè, Milano, 1975
- M. Casola, *Esonero da responsabilità del datore di lavoro e conseguenze processuali in tema di danno differenziale*, in Riv. it. dir. lav. 2009, fascicolo I, p. 101
- C. Castronovo, *Alle origini della fuga dal codice. L'assicurazione contro gli infortuni tra diritto privato generale e diritti secondi*, in Rivista "Jus", 1985I, p. 20
- C. Castronovo, *Danno alla persona nel rapporto di lavoro*, in AIDLASS, *Il danno alla persona del lavoratore*, in Europa e Diritto Privato, 2006, p. 1343
- C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè editore, Milano, 1997
- E. Cataldi, *Il diritto infortunistico*, in *La rivista italiana di previdenza sociale: dottrina, giurisprudenza, legislazione, bibliografia, notiziario*, Giuffrè, 1948, p. 3
- M. Cinelli, *Diritto della previdenza sociale*, Torino, Giappichelli, 2012
- G. Corsalini, *La centralità del lavoratore nel sistema di tutela Inail*, Giuffrè, Milano, 2020
- N. Coviello, *La responsabilità senza colpa*, in Riv. it. sc. giur., 1897, XXII, p. 188
- A. De Cupis, *Il danno*, Volume II, Giuffrè, Milano, 1970
- A. De Matteis, S. Giubboni, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Giuffrè editore, Milano 2005
- R. Dalla Riva *Il c.d. "danno differenziale" negli infortuni sul lavoro. Tra le diverse proposte interpretative e nell'attesa di un indirizzo di legittimità. Quale possibile prospettiva di giustizia per tutte le parti in causa?*, in *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, 2014, 3, p. 547
- V. Ferrante – T. Tranquillo, *Nozioni di diritto della previdenza sociale*, CEDAM, Padova, 2016
- M. Ferrari, *Il danno differenziale fra orientamenti giurisprudenziali, ius superveniens e ripensamento del legislatore*, in *Rivista responsabilità civile e previdenza* n. 2-2020, p. 531
- G. Fusinato, *Gli infortuni sul lavoro e il diritto civile*, in ID. *Scritti Giuridici*, vol. II, Fratelli Bocca Editori, Torino, 1921
- L. Gaeta, *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile*, Edizioni Scientifiche Italiane 1986
- S. Giubboni e A. Rossi, *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2022

D. Iarussi, *Responsabilità civile e nuovi danni risarcibili per gli infortuni sul lavoro*, Maggioli Editore, 2010

E. Irace, *La responsabilità civile del datore di lavoro per infortuni sul lavoro e malattie professionali*, in *Trattato di previdenza sociale*, diretto da B. Bussi - M. Persiani, Cedam, Padova, 1981

F. Lanza, *Rilievi critici ed aspetti pratici nella liquidazione del danno biologico differenziale*, in "Rassegna di giurisprudenza del lavoro nel Veneto", 2005, 1, p. 39

G. Ludovico, *Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità civile del datore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2012

G. Marando, *Responsabilità, danno e rivalsa per gli infortuni sul lavoro*, Giuffrè Editore, Milano 2003

F. Quaranta, *Contributo alla storia dell'assicurazione contro gli infortuni sul Lavoro a Vercelli. Dalle origini alla vigilia della Prima guerra mondiale (1898-1914)*, Edizione INAIL, Roma 2002

M. Morello, *Saggi, Alle origini della tutela degli infortuni sul lavoro*, in Riv. DSL 2-2016, p. 23

G. Naletto, *Le azioni di surroga e di regresso dell'I.N.A.I.L.*, in *Trattato di previdenza sociale*, diretto da Bussi e Persiani, Volume quarto "La Tutela contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali", Cedam, Padova 1981.

E. Navarretta, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Giappichelli editore, Torino, 1996

E. Navarretta, *Il danno non patrimoniale. Principi, regole e tabelle per la liquidazione*, Giuffrè, Milano, 2010

R. Rivero, *Esiste ancora l'esonero del datore di lavoro dalla responsabilità civile dell'art. 10 del T.U. 1124/1965?*, in Riv. Il lavoro nella giurisprudenza, n. 11/2008, p. 1083.

A. Rossi, *La responsabilità civile del datore di lavoro per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali: il sistema di parziale esonero*, in Facello (a cura di), *Il sistema di tutela degli infortuni e delle malattie professionali*, Milano, 2005

G. Travaglio, *Il futuro del danno alla persona*, in *Danno e responsabilità*, 2/2011, p. 113

P. Tullini, *Il danno differenziale, il diritto vivente e il legislatore*, in Riv. it. Dir. Lav., XXXVIII:3(2019), p. 335

G. Venezian, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, in *Opere Giuridiche I*, Roma, 1919

R. Vianello, *Principio di adeguatezza e tutela contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali*, in *Variazioni su temi di diritto del lavoro*, Fascicolo 4-2021, p. 841

Sitografia

<https://www.diritto.it/danni-punitivi-polifunzione-responsabilita-civile/>

<https://fondazionecerm.it/gli-infortuni-sul-lavoro/la-prima-iniziativa-parlamentare-in-materia-di-infortuni-sul-lavoro/>

https://www.inail.it/cs/internet/docs/alg-contributo_storia_assicurazione_contro_gli_infortuni.pdf

https://www.questionegiustizia.it/articolo/la-maledizione-di-kirchmann-ovvero-che-ne-sara-del-danno-differenziale_06-02-2019.php

<https://vicenza.biblioteche.it/sites/biblioinrete/assets/Schio/Archivio/Inventario-Archivio-sen-A-Rossi.pdf>

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Corte di Cassazione

Cass. sez. un., 21 marzo 1973 n. 796
Cass. sez. lav. 22 maggio 1975, n. 2037
Cass. sez. un. 22 luglio 1999, n. 500
Cass. civ. 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828
Cass. civ., sez. lav., 4 agosto 2008 n. 21112
Cass. civ., sez. lav., 13 agosto 2008 n. 21590
Cass. sez. un., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974 e 26975
Cass. sez. un., 28 novembre 2008, n. 28407
Cass. civ., sez. lav., 15 giugno 2016, n. 12347
Cass. civ., sez. VI, 30 agosto 2016, n. 17407
Cass., sez. 4, 10 gennaio 2018, n. 7188
Cass., sez. 4, 29 marzo 2018, n. 31615
Cass. sez. un., 22 maggio 2018 nn. 12564, 12565, 12566 e 12567
Cass., 18 maggio 2020, n. 9083
Cass. civ., sez. lav., 19 giugno 2020, n. 12041
Cass. civ., sez. III, 27 settembre 2021, n. 26117
Cass. civ., sez. lav., 15 novembre 2022, n. 33639

Corte Costituzionale

Corte Cost. 9 marzo 1967, n. 22
Corte Cost. 30 giugno 1986, n. 184
Corte cost., 06 giugno 1989, n. 319
Corte Cost. 15 febbraio 1991 n. 87
Corte Cost. 18 luglio 1991 n. 356
Corte Cost. 27 dicembre 1991 n. 485
Corte Cost. 11 luglio del 2003, n. 233

Tribunale

Trib. Genova, 25 maggio 1974