

AZIONE DI REGRESSO. ASPETTI E PROBLEMATICHE ATTUALI*

ANTONIO FONTANA**

SOMMARIO

1. L'azione di regresso nella normativa in tema di assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro. Suoi rapporti con l'azione di surrogazione prevista dall'art. 1916 c.c. - **2.** Il datore di lavoro come unico soggetto passivamente legittimato all'azione di regresso secondo la meno recente giurisprudenza (Cass. S.U. 6 maggio 1952, n. 1267). - **3.** Applicazioni del principio. Suoi inconvenienti sul piano processuale. - **4.** La "svolta" della Suprema Corte (Cass. S.U. 16 aprile 1997, n. 3288). - **5.** L'argomento letterale addotto a suo sostegno. Critica. - **6.** Considerazioni di ordine storico-sistematico: la limitazione della responsabilità civile quale "contropartita" dell'obbligo, imposto al datore di lavoro, di finanziare l'assicurazione versando i premi. Ampiezza del concetto di "datore di lavoro" che si desume dall'art. 9 del T.U. approvato con D.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124. - **7.** La c.d. "efficacia monitoria" dell'azione di regresso e quella dell'azione di surrogazione. - **8.** Carattere monolitico della giurisprudenza successiva al 1997, fino ad oggi. - **9.** Per una sua giustificazione in chiave di politica economica. - **10.** I "nuovi lavori" previsti dal D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276. Due considerazioni di carattere generale. - **11.** In particolare, il contratto di somministrazione di manodopera. Si ritiene che legittimato passivo all'azione di regresso sia soltanto l'utilizzatore, ma senza condividere tutti gli argomenti da altri addotti a sostegno di questa tesi.

1. L'azione di regresso esiste da quando esiste l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro. Infatti la prevedeva già la legge 17 marzo 1898, n. 80 (art. 23). Da allora, tutti i cultori della nostra materia hanno avuto occasione di occuparsene, con maggiore o minore ampiezza. Si tratta dunque di un tema che ormai può ben dirsi classico; ma proprio in questi ultimi anni si è avuta, nei suoi confronti, una nuova ondata di interesse, che ha condotto ad una ricca fioritura

* Relazione presentata in occasione del Seminario degli Avvocati INAIL, su "Semplificazione ed economicità per la tutela integrale del lavoratore. Il ruolo dell'Avvocatura dell'INAIL", tenutosi a Roma nei giorni 15-16 novembre 2010.

** Già Professore associato nell'Università di Genova.

di studi. Se ho ben compreso, tutti ruotano intorno ad un medesimo interrogativo di fondo: contro chi detta azione può essere esperita? Ovvero, in termini più tecnici, a chi compete, nei suoi riguardi, la legittimazione passiva?

Chi credesse di potersela cavare con una risposta sibillina sarebbe tentato, probabilmente, di esprimersi così: l'azione di regresso, oggi regolata dagli artt. 10 e 11 del T.U. approvato con D.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124, può essere esperita nei confronti di chi non sia, invece, passivamente legittimato all'azione di surrogazione prevista dall'art. 1916 c.c. Ma anche a voler essere chiari, com'è doveroso in questa sede, bisogna riconoscere, in tale risposta, qualcosa di vero. Regresso e surrogazione si richiamano infatti a vicenda, sicché è quasi impossibile occuparsi del primo, senza occuparsi anche della seconda. Non si può delimitare l'ambito di applicabilità del regresso, senza che ne resti delimitato, *a contrario*, anche quello della surroga, e viceversa. Il problema che dalle origini è giunto fino a noi sta dunque tutto in un regolamento di confini. Ad esso la giurisprudenza ha dato, nel corso del tempo, soluzioni divergenti, che ritengo pertanto doveroso passare in rassegna.

2. Tralasciando precedenti più remoti, perché è delle problematiche attuali che devo occuparmi, un buon punto di partenza mi sembra costituito dalla decisione della Suprema Corte, a Sezioni Unite, 6 maggio 1952, n. 12671: come cercherò di dimostrare, essa conserva infatti, ancor oggi, tutta la sua importanza.

Tale sentenza affermò che la normativa speciale in tema di regresso è “applicabile nella sola ipotesi di illecito giuridico dovuto al fatto del datore di lavoro che aveva praticato l'assicurazione, fatto proprio o dei suoi preposti², del cui operato egli era tenuto a rispondere, e non anche nel caso di danno cagionato da un terzo estraneo al rapporto di lavoro ed a quello assicurativo”.

A sostegno di questa conclusione il Collegio addusse due argomenti. Il primo si può qui tralasciare perché desunto dalla formulazione letterale di norme contenute nel T.U. approvato con R.D. 31 gennaio 1904, n. 51, sulla base del quale, *ratione temporis*, ancora doveva essere deciso il caso preso in esame. Il secondo, invece, merita di essere riferito perché tratteggia, con felice concisione, la genesi e la *ratio* del nostro istituto. Ricorda infatti la Cassazione che “ nelle discussioni seguite in Senato in ordine alle finalità della legge infortuni del 1898... si manifestarono due opposte tendenze, in quanto mentre da taluni si sostenne la opportunità sociale di non tener conto dei pochi casi nei quali l'infortunio dovesse ascrivere a colpa dell'imprenditore o dei suoi dipendenti, altri, invece, furono

¹ In *Riv.inf. mal. prof.*, 1952, II, p. 109, con nota di richiami.

² Il riferimento ai soli preposti non deve sorprendere, se si tiene conto che solo Corte cost. 9 marzo 1967 (in *Foro it.*, 1967, I, col. 684 con nota di DE CUPIS, *Costituzionalità della limitazione della responsabilità civile dell'imprenditore per l'infortunio sul lavoro*, e in *Dir. lav.*, 1967, II, p. 395, con nota di PERSIANI, *Esonero dalla responsabilità civile dell'infortunio sul lavoro e principi costituzionali in tema di previdenza sociale*) avrebbe esteso la responsabilità civile del datore di lavoro anche al fatto dei suoi dipendenti non incaricati della direzione o della sorveglianza.

d'avviso che, accertata la colpa, si dovessero senz'altro applicare le norme di diritto comune. Allo scopo di conciliare tali opposte tendenze si adottò... una soluzione intermedia, esonerando i capi ed esercenti, che avessero provveduto all'assicurazione, dalle responsabilità civili nei soli casi di colpa meno grave, tenendo ferme, invece, tali responsabilità nei casi più gravi, rispondenti a quei reati per i quali a termine del codice penale si procede d'ufficio. Il che dimostra inequivocabilmente che la sfera di applicazione della sancita limitazione di responsabilità si volle circoscritta ai soli soggetti del rapporto assicurativo”.

A questa presa di posizione la giurisprudenza di gran lunga prevalente si sarebbe mantenuta fedele per oltre quarant'anni, traendone, di volta in volta, come altrettanti corollari, i criteri ai quali ispirarsi per le sue decisioni. Vediamone un paio di esempi.

3. A) La Cassazione, terza Sez., fu chiamata a pronunciarsi su di una controversia in cui “i ricorrenti *insistevano* nel dedurre che l'azione di rivalsa di specie non sarebbe (stata) regolata” dall'art. 1916 c.c. bensì dalla “legge speciale³...ovvero, in altri termini, che quest'ultima...sarebbe (stata) applicabile a tutti i responsabili civili dell'infortunio occorso al lavoratore, *fossero* essi partecipi od estranei al rapporto assicurativo. E ciò soprattutto al fine di far comprendere l'azione in parola nell'ambito della prescrizione più breve della legge speciale (un anno)⁴, piuttosto che in quella più lunga del codice”. La Corte⁵ respinse il ricorso.

Anche qui, dopo una minuziosa esegesi dei dati testuali, su cui sorvolo perché avente ad oggetto norme non più in vigore, troviamo, a mo' di conclusione, un argomento tratto dalla considerazione del sistema nel suo complesso. “Il legislatore - osservò infatti il Collegio - in tema d'infortuni sul lavoro, ha voluto garantire al lavoratore, in tutti i casi in cui l'infortunio possa essere riferito al lavoro, un *indennizzo certo*⁶, pur se non corrispondente il più delle volte all'effettivo danno subito ed ha conseguito tal fine imponendo al datore di lavoro l'obbligo dell'assicurazione; correlativamente ha esonerato quest'ultimo da responsabilità civile in tutti i casi in cui l'infortunio non sia stato determinato da fatto colposo o doloso suo o di suoi dipendenti”. Pertanto “esonero da responsabilità ed onere assicurativo appaiono...strettamente fra loro collegati nel sistema della legge e poiché l'onere assicurativo è, a sua volta, imposto soltanto ai datori di lavoro... analogo collegamento sussiste tra rapporto di lavoro e rapporto di assicurazione nel senso che vi è il secondo soltanto quando vi è il primo”. La conseguenza che se può trarre, per esclusione, è dunque una sola: “...il

3 Il riferimento era al R.D. 17 agosto 1935, n. 1765, applicabile, ancora una volta, *ratione temporis*.

4 Tale era il termine previsto dall'art. 67 del R.D. n. 1765 del 1935, citato. Nel vigente T.U. la materia è regolata dall'art. 112, la cui interpretazione, com'è noto, ha dato luogo a molte difficoltà, sulle quali non mi posso qui soffermare.

5 Cfr. sentenza 26 luglio 1962 n. 2119 in *Resp. civ.prev.*, 1962, p. 280, ove riferimenti.

6 In corsivo nel testo.

responsabile civile di un infortunio che non sia datore di lavoro dell'infortunato non può considerarsi partecipe del rapporto di assicurazione sociale obbligatoria, e, per ciò stesso, soggetto alle norme proprie della relativa disciplina della legge speciale". La sua responsabilità potrà quindi e dovrà valutarsi alla stregua del diritto comune.

Troviamo qui, in termini espliciti, quella contrapposizione fra l'azione di regresso e quella di surroga cui accennavo all'inizio. Il loro rapporto è di esclusione reciproca. Ne consegue che i rispettivi ambiti di applicabilità sono inversamente proporzionali: se si estende quello della prima si restringe, d'altrettanto, quello della seconda. È proprio quanto sarebbe accaduto, come vedremo fra poco, per effetto dell'inversione di rotta compiuta nel 1997 dalla Cassazione, ancora una volta a Sezioni Unite. In teoria, si potrebbe ipotizzare anche il fenomeno inverso, di un ampliamento dell'ambito di applicabilità della surroga a spese di quello di regresso; ma, nel corso della nostra legislazione antinfortunistica, ciò non si è mai verificato.

B) Un'altra sentenza alquanto significativa è la n. 12340 del 14 dicembre 1993, emessa dalla Sez. lavoro⁷.

Nel frattempo era entrata in vigore la legge 11 agosto 1973, n. 533 che, sostituendo le corrispondenti norme del codice di procedura civile, aveva dettato una nuova disciplina per la trattazione delle controversie in materia di previdenza e di assistenza obbligatorie, dando così adito ad ulteriori problemi che, com'è risaputo, proprio nel nostro campo si sarebbero trascinati a lungo. Sotto questo profilo, il caso sottoposto alla Corte può dirsi davvero emblematico. Come sovente accade, infatti, l'infortunio era avvenuto per colpa concorrente del datore di lavoro e di altra persona, alle sue dipendenze, configurandosi in tal modo un cumulo di responsabilità, contrattuale per il primo ed aquiliana per il secondo. L'istituto assicuratore aveva agito congiuntamente nei confronti di entrambi, chiedendone la condanna in solido, come l'art. 2055 c.c. gli consentiva. I giudici non esitarono a ribadire la necessità di distinguere, osservando: "...l'azione surrogatoria esercitata dall'INAIL ai sensi dell'art. 1916 contro il terzo responsabile dell'infortunio del lavoratore ha natura risarcitoria secondo le comuni regole della responsabilità per danni e, quindi, è di competenza del giudice in sede ordinaria, secondo i normali criteri di valore, diversamente dall'azione di regresso *ex artt.* 10 e 11 D.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124, che, esperita dal medesimo istituto nei confronti del datore di lavoro, ricade, attenendo al rapporto di assicurazione obbligatoria, nella competenza funzionale del giudice del lavoro". Da ciò la conseguenza che "...le relative cause, se proposte in un unico processo davanti al pretore in funzione di giudice del lavoro, debbono essere separate, affinché ciascuna sia esaminata e decisa con il rito che le è proprio".

⁷ In *Riv.inf.mal.prof.*, 1994, II, p. 47.

Che un tale sistema del “doppio binario” potesse causare disagi agli operatori del diritto, bisogna francamente riconoscere. Ma non era il caso di sopravvalutarli, come ha fatto invece quella corrente di giurisprudenza, minoritaria fino al 1997, che ha cercato di trarne sostegno per la propria tesi. Ad essa sarebbe stato sufficiente ricordare la regola, antica ma sempre valida, secondo cui, per privare un argomento della sua forza logica, non basta addurre un inconveniente pratico che ne derivi.

Sui vantaggi di una semplificazione, per quanto attiene all’economia processuale, hanno posto l’accento anche le Sezioni Unite⁸ nel motivare il loro *revirement*, che è tempo ormai di considerare un po’ più da vicino.

4. La controversia da esse presa in esame era molto simile a quella definita dalla Sez.lavoro con la sentenza n. 12340 del 1993, poc’anzi ricordata. Ancora una volta l’infortunio era dovuto al concorso di colpa di più persone, e l’INAIL aveva agito congiuntamente nei confronti della società datrice di lavoro (una Srl), del suo amministratore delegato e del direttore tecnico. Si poneva il problema se le responsabilità di tutti e tre potessero valutarsi nel medesimo processo (civile) e se questo fosse stato iniziato tempestivamente, rispetto alla conclusione di quello penale.

Quale sia stata la risposta è noto, così come lo sono i commenti che vi hanno fatto eco⁹. Mi sento perciò dispensato dal dovere di ripercorrere ancora, passo passo, tutto l’*iter* attraverso cui le Sezioni Unite sono giunte a ribaltare quanto avevano affermato nel 1952, inaugurando una nuova stagione¹⁰. Nelle pagine che seguono il cortese lettore troverà solo pochi rilievi su alcuni punti da esse trattati, che più di altri hanno attirato la mia attenzione.

8 Cass.S.U. 16 aprile 1997 n. 3288 ha ritenuto infatti “preferibile” l’indirizzo interpretativo che configura l’azione nei confronti dei dipendenti del datore di lavoro “come azione di regresso e non come surrogazione ex art. 1916 c.c.”, anche perché “presenta il vantaggio, non secondario, di non pervenire alla...necessità di separazione delle cause, che implica, in fattispecie per loro natura così opinabili, il rischio di interpretazioni e valutazioni contraddittorie di identiche situazioni di fatto” (il brano si legge a p. 1182 di *Giust. civ.*, 1997, I; Rivista che, oltre al testo della sentenza, fornisce anche, in nota, un ampio quadro dei precedenti).

9 Duramente critico quello di MARANDO, *Reato-infortunio del dipendente ed amnistia: surroga, regresso, prescrizione, decadenza. Una storia infinita*. In *Resp.civ. prev.*, 1997, pp. 362 ss. (Questo A. ha ribadito la sua posizione nel volume *Responsabilità, danno e rivalsa per gli infortuni sul lavoro*, Milano, 2003, pp. 289 ss.). Blandamente adesivi, invece, quelli di VARONE, *Decadenza e prescrizione dell’azione di regresso dell’INAIL. Intervento chiarificatore della Suprema Corte*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1997, II, pp. 1 ss., e di GIOVAGNOLI, *L’azione dell’INAIL contro i dipendenti responsabili dell’infortunio*, in *Mass. giur. lav.*, 1997, pp. 442 ss.

10 Fra le ultime sentenze, prima della “svolta”, si può ricordare Cass. 13 agosto 1996 n. 7532, in *Arch.civ.* 1997, p. 26, con nota di richiami, che ha consentito il regresso solo contro la società datrice di lavoro (ancora una Srl), qualificando invece surroga ex art. 1916 l’azione contro la persona fisica responsabile del cantiere. Un’anticipazione, di quanto avrebbero affermato le S.U. nel 1997 può leggersi invece in Cass. 18 ottobre 1994, n. 8467 in *Notiz. giur. lav.*, 1995, p. 308, anch’essa corredata da ampia nota redazionale.

5. Fra gli argomenti addotti dalla Corte ve n'è uno della cui fondatezza, ancor di recente, si sono mostrati convinti (a mio avviso, cadendo in equivoco) anche studiosi autorevoli¹¹.

Esso è di tipo letterale, e consiste nel collegare due disposizioni del vigente T.U., facendo osservare: a) che l'art. 11, primo comma, parla di regresso "contro le persone civilmente responsabili", e non contro il datore di lavoro *tout court*; b) che l'art. 10, cui il primo comma dell'art. 11 testualmente rinvia, mentre nel primo e nel terzo comma usa la locuzione "datore di lavoro", al singolare, nel secondo impiega invece un pronome relativo al plurale: "coloro". Si è creduto perciò di poter affermare che l'azione di regresso dell'INAIL può essere esperita "non solo nei confronti del datore di lavoro, ma anche verso i soggetti responsabili o corresponsabili dell'infortunio a causa della condotta da essi tenuta in attuazione dei compiti di preposizione o meri addetti all'attività lavorativa"¹².

Ora, è ben vero che, nel linguaggio comune, "coloro" equivale a "chiunque", che è pronome indefinito, usato per indicare "tutti" o "chicchessia". Ma, nel nostro caso, non ci si può limitare a questa constatazione.

Il medesimo art. 10, secondo comma, parla, altresì, di una responsabilità civile che "permane", cioè non viene meno, resta, "nonostante l'assicurazione". Queste parole hanno un significato soltanto se poste in rapporto, come eccezione rispetto alla regola, con altra norma che detta responsabilità, invece, escluda, allorché l'assicurazione vi sia. Dunque, l'assicurazione opera, di regola, come fatto impeditivo della responsabilità, e solo eccezionalmente l'una e l'altra possono coesistere. È appunto quanto dispone lo stesso art. 10, nel suo primo comma (al quale il secondo risulta perciò subordinato, sul piano sistematico, in conformità a quanto indica già la numerazione), ove dispone che "l'assicurazione... esonera... dalla responsabilità civile". Esonerare, com'è fatto palese dall'etimologia, significa liberare da un *onus*, da un peso: termine, quest'ultimo, che ben rende l'idea della responsabilità, la quale consiste, per l'appunto, nella posizione creata ad un soggetto dalla necessità giuridica di subire la perdita di un bene a titolo di riparazione, in ragione di un torto messo a suo carico. Ma chi viene esonerato, in virtù dell'art. 10, primo comma? Il datore di lavoro, e soltanto lui! Dunque, per capire il secondo comma dello stesso art. 10 bisogna precisare la portata del "coloro" che vi ricorre, intendendolo riferito unicamente al datore di lavoro, ed a nessun altro.

Fin qui l'interpretazione logica. Se poi si passa a quella storica, si riesce anche a spiegare perché il legislatore abbia fatto uso del plurale, anziché del singolare, nelle due locuzioni "coloro" e "persone civilmente responsabili". E la spiegazione

¹¹ Cfr., in particolare, MIANI CANEVARI, *La responsabilità civile del datore di lavoro e le nuove tipologie di lavoro*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2005, I, pp. 31 ss., sul punto p. 33.

¹² Cfr. ancora MIANI CANEVARI, *op. e loc. cit.*, che riprende testualmente alcune parole della sentenza (su cui v. oltre, par. 7). Per un'adesione, in termini più generici, all'orientamento delle S.U., cfr. DI GILIO, *L'azione di regresso dell'INAIL*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2001, I, pp. 59 ss., specie p. 66.

è tale da confermare l'infondatezza dell'argomento che le Sezioni Unite, con l'avallo di parte della dottrina, ha ritenuto di poterne trarre.

Il precedente diretto del T.U. oggi in vigore, per il Titolo I, relativo agli infortuni nell'industria, in cui gli artt. 10 e 11 sono contenuti, è costituito dal R.D. 17 agosto 1935, n. 1765, ove le medesime espressioni comparivano già, rispettivamente, nel secondo comma dell'art. 4 e nel primo dell'art. 5.

Risalendo ancora più indietro, si arriva al T.U. 31 gennaio 1904, n. 51. Qui la norma-cardine, inserita, non a caso, nel Titolo VI, dedicato alle "Disposizioni generali", era l'art. 34, il quale stabiliva: "...i capi o esercenti d'impresе, industrie e costruzioni... dopo stipulata l'assicurazione...restano esonerati dalla responsabilità civile per gli infortuni sul lavoro". L'art. 32, primo comma, a sua volta recitava: "nonostante l'assicurazione effettuata con le norme da questa legge stabilite, rimane la responsabilità civile a carico di *coloro* che siano assoggettati a condanna penale pel fatto dal quale l'infortunio è derivato"; ed il successivo art. 33, anch'esso al primo comma: "gli istituti assicuratori, i sindacati e le casse speciali debbono pagare le indennità anche nei casi previsti dal precedente articolo, salvo il diritto di regresso che loro compererà delle somme pagate a titolo d'indennità e delle spese accessorie contro *le persone civilmente responsabili*"¹³.

La corrispondenza, *ratione materiae*, tra queste disposizioni e quelle degli artt. 10, primo e secondo comma, e 11, primo comma, oggi in vigore, è evidente. Ma torniamo, ancora per un attimo, al T.U. n. 51 del 1904. Abbiamo visto, per la parte che ci interessa, gli artt. 34, 33 e 32; se procediamo a ritroso - ma rimanendo pur sempre nell'ambito delle "Disposizioni generali" - all'art. 31, primo comma, ritroviamo il pronome "coloro" ("coloro che non adempiono all'obbligo dell'assicurazione nel termine stabilito ecc."), mentre all'art. 29, primo comma, leggiamo: "I capi od esercenti di impresе, industrie o costruzioni obbligati all'assicurazione degli operai ecc.", ed al quarto: "I capi o esercenti d'impresе, industrie o costruzioni di nuovo impianto debbono assicurare gli operai ecc.". Il ricorso a queste locuzioni, che a noi oggi appaiono sovrabbondanti, prolisse, si comprende agevolmente considerando che nei primi anni del secolo scorso la dottrina giuslavoristica era appena agli albori¹⁴, e non disponeva ancora di una terminologia sua propria. Di tale mancanza ha risentito anche il lessico dei compilatori del T.U. del 1904, che si sono dovuti esprimere *sicut loquitur vulgus*: basti pensare che in tale provvedimento la locuzione "datore di lavoro" (un calco che sarebbe stato ricavato dal tedesco *Arbeitgeber*)¹⁵ non ricorre mai.

In questa prospettiva acquista significato anche la preferenza dimostrata dal

¹³ Corsivi miei.

¹⁴ Per avere un punto di riferimento è sufficiente ricordare che la prima edizione della monografia (che in realtà è un trattato) di BARASSI su *Il contratto di lavoro* vide la luce a Milano nel 1901.

¹⁵ Quando anche in Italia cominciò a circolare l'opera del LOTMAR, *Der Arbeitsvertrag*, in due volumi, pubblicati fra il 1902 ed il 1908.

legislatore per il plurale (“capi”, “esercenti”). Anche qui, egli non ha fatto altro che adeguarsi al linguaggio popolare, il quale si serve, per l’appunto, di tale forma per designare, empiricamente, quanti siano partecipi di un medesimo *status* professionale (ad es.: i contadini, i bottegai), mentre è proprio di quello tecnico l’uso del singolare per indicare figure più accuratamente definite ed ormai “tipizzate” (così, per rimanere agli esempi addotti, dai contadini emerge il coltivatore diretto, dai bottegai il piccolo commerciante). Ma, una volta scelto il plurale per la stesura dell’art. 29, la concordanza imponeva di mantenerlo, altresì, per l’art. 32 (“coloro”) e per l’art. 33 (“persone civilmente responsabili”): abbiamo qui solo il rispetto di una regola di grammatica, e non certo l’intenzione di estendere la cerchia dei soggetti passivamente legittimati all’azione di regresso. Nel R.D. n. 1765 del 1935, citato, fa la sua comparsa, in forma singolare, proprio perché appartiene alla nomenclatura tecnica elaborata nel frattempo, una locuzione riassuntiva dotata di grandi capacità di sintesi: quella, appunto, di “datore di lavoro”. La ritroviamo anche all’art. 4, primo comma, corrispondente all’art. 34 del T.U. n. 51 del 1904, laddove quest’ultimo parlava, come abbiamo visto, di “capi o esercenti d’imprese, industrie o costruzioni”. Senonché, una volta imboccata la strada della semplificazione linguistica, il legislatore del 1935 avrebbe dovuto percorrerla fino in fondo. Purtroppo, così non è stato. Infatti, nel secondo comma dello stesso art. 4, e nel primo dell’art. 5, ha ripetuto, per forza d’inerzia, le stesse parole (“coloro” e “persone civilmente responsabili”) dei precedenti artt. 32, primo comma, e 33, primo comma, mentre, dopo la sostituzione operata all’art. 4, primo comma, “non vi era ormai più ragione né bisogno di usare termini comprensivi e generici”¹⁶: bastava portare a compimento la già iniziata *reductio ad unum*, nella nozione, appunto, di datore di lavoro, dei “diversi soggetti menzionati nel T.U. del 1904”¹⁷.

Il difetto di coordinamento che ne è derivato, e che la giurisprudenza più attenta non ha mancato di denunciare già in sede di esegesi del R.D. n. 1765 del 1935, è perciò dovuto ad una banale dimenticanza¹⁸. Ed è passato, pari pari, nel T.U. oggi in vigore solo perché i suoi compilatori, aggiungendo trascuratezza a trascuratezza, non hanno saputo cogliere l’occasione propizia per correggerlo, come avrebbero potuto e dovuto fare.

¹⁶ Così già Trib. Firenze 7 febbraio 1950 (di cui fu estensore il CAPACCIOLI, che alcuni anni dopo sarebbe passato all’insegnamento) in *Riv. dir. lav.*, 1950, II, pp. 196 ss., sul punto p. 205, con nota adesiva di Cataldi, *L’azione surrogatoria dell’ente assicuratore contro i terzi responsabili dell’infortunio sul lavoro ai sensi dell’art. 1916 c.c. e i criteri e le modalità di rimborso*.

¹⁷ Trib. Firenze, *loc. cit.* alla nota precedente.

¹⁸ In senso conforme MARANDO, *Responsabilità, danno e rivalsa per gli infortuni sul lavoro*, cit., p. 287, che, nella sua critica alle Sezioni Unite, aggiunge un argomento sistematico: la collocazione degli artt. 10 e 11 vigenti nel Capo quarto, dedicato appunto ai “datori di lavoro”, per cui non sarebbe corretto riferirli ad altri. Ed anche questo è un rilievo di cui va tenuto conto.

6. Di fronte alle opinioni contrastanti espresse dalla Suprema Corte, rispettivamente, nel 1952 e nel 1997, resto perciò tuttora convinto che a cogliere nel segno sia stata la prima.

Essa, infatti, trova fondamento, oltre che nei dati testuali appena ricordati, nelle considerazioni di ordine sistematico che già traspaiono dagli stralci di giurisprudenza che ho riportato, ai quali, pertanto, ben poco rimane da aggiungere.

Già la legge n. 80 del 1898 aveva posto il finanziamento dell'assicurazione contro gli infortuni ad esclusivo carico del datore di lavoro. Allora, tale scelta di politica economica era stata giustificata con la ben nota teoria del rischio professionale, e l'esonero parziale della responsabilità civile era stato la contropartita che egli ne aveva ricevuto, nell'ambito di quella soluzione "transattiva" di cui pure si è tanto parlato. Oggi alla teoria del rischio professionale nessuno crede più. A fondamento dell'assicurazione contro gli infortuni, come di tutte le altre assicurazioni sociali, è subentrato l'art. 38 della Costituzione. Ma certe linee direttive, tracciate fin dalle origini, non sono cambiate. Tant'è vero che l'obbligo, da parte del datore di lavoro, di versare i "premi o contributi"¹⁹ all'istituto assicuratore è stato ribadito ancora dall'art. 27 del T.U. del 1965, che commina, altresì, una sanzione pecuniaria a suo carico, qualora mediante trattenute, dirette o indirette, sulle retribuzioni, egli faccia concorrere i suoi dipendenti alla relativa spesa. La Corte costituzionale²⁰ dal canto suo, ha rilevato che l'art. 38 si limita ad affidare i compiti relativi all'assistenza ed alla previdenza ad "organi od istituti predisposti o integrati dallo Stato", senza stabilire nulla di categorico circa il loro finanziamento, e pertanto non esclude che determinati oneri "possano farsi gravare su singole categorie di soggetti" - quali, appunto, nel nostro caso, i datori di lavoro - anziché sull'intera comunità.

In un'altra sentenza, di poco precedente²¹, la stessa Corte aveva dichiarato infondata la questione di legittimità dell'art. 4, primo e secondo comma, del R.D. n. 1765 del 1935 (corrispondenti, come ormai sappiamo, al primo ed al secondo comma dell'art. 10 del T.U. attualmente in vigore).

Ancor oggi si può dunque tranquillamente sostenere che la limitazione di responsabilità ivi prevista costituisce un trattamento di favore (il Rescigno

¹⁹ Per questa locuzione cfr., ad es., l'art. 28, primo comma, del T.U. vigente. Si tratta di una endiadi. La "o" posta fra i due sostantivi non ha, infatti, il significato forte del latino *aut*, ma quello debole di *vel*, per cui equivale alla congiunzione "e". Anche dal punto di vista lessicale ritengo dunque corretto definire (v. più avanti, nel testo) "contribuente" chi è tenuto al versamento dei "premi", con un vocabolo che, se è nato nel diritto tributario, ormai non può più considerarsi esclusivo di questo settore. Quanto al termine "premi", è noto che il suo uso in materia di assicurazioni contro gli infortuni è dovuto, ormai, solo alla forza della tradizione, in cui sopravvive il ricordo - ma non altro che il ricordo - delle origini privatistiche del nostro istituto (cfr. le precisazioni terminologiche di CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Torino, 2010, p. 225).

²⁰ Corte cost. 20 febbraio 1969, n. 21 in *Foro it.*, 1969, I, col. 810, con nota di richiami.

²¹ Corte cost. 9 marzo 1967, n. 22, già cit. *retro*, alla nota 2.

parlerebbe, probabilmente, di immunità²²) riservato al datore di lavoro²³, in considerazione del fatto che è lui a sostenere tutto il costo del meccanismo assicurativo.

In termini più aggiornati, rispetto al linguaggio ancora usato dalla giurisprudenza e da alcuni studiosi, il medesimo concetto potrebbe esprimersi così: il datore di lavoro è l'unico soggetto passivo del rapporto contributivo che ha, come soggetto attivo, l'istituto assicuratore, nel nostro caso l'INAIL. Tutti gli altri, compresi i suoi dipendenti, sono "terzi", appunto perché estranei a questo rapporto. Si tratta di un normale rapporto di provvista, perché suo scopo è quello di provvedere all'ente pubblico i mezzi finanziari che gli occorrono per il suo funzionamento, sicché, come già detto, io non avrei difficoltà a sostituire la qualifica di "assicurante", assegnata al datore di lavoro dai seguaci della concezione tradizionale²⁴, con quella di "contribuente".

La sua legittimazione passiva all'azione di regresso comincia solo dove questa immunità finisce, vale a dire quando sia accertata, se non in sede penale, quantomeno da parte del magistrato civile, *incidenter tantum*, la commissione di un fatto che costituisce reato procedibile d'ufficio, imputabile allo stesso datore di lavoro (ed in questo caso si parla di responsabilità diretta, o per fatto proprio) o ad altra persona di cui egli debba rispondere, secondo il combinato disposto degli artt. 1228 e 2049 c.c. (e in questo caso si parla di responsabilità indiretta, o, secondo una locuzione che, personalmente, ritengo preferibile, per fatto altrui). Chi datore di lavoro non è, non è tenuto al versamento dei premi, e perciò non ha neppure titolo a questo trattamento di favore. Se dal suo comportamento, che, ovviamente, può consistere tanto in un'azione quanto in una omissione, deriva un infortunio, contro di lui è pertanto esperibile l'azione di surrogazione, la quale presuppone soltanto l'accertamento di un fatto che sia qualificabile come semplice illecito, alla stregua degli artt. 2043 ss.

22 Cfr. il suo ben noto saggio *Immunità e privilegio*, in *Persona e comunità*, Bologna, 1966, pp. 379 ss. (e già in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, pp. 415 ss., nonché negli *Studi in onore di A.C. Jemolo*, II, Milano, 1963, pp. 681 ss.).

23 Naturalmente, non è detto che datore di lavoro sia sempre una persona fisica. Questa sarà, anzi, l'ipotesi meno frequente, considerato il grado di sviluppo economico oggi raggiunto. Nella soluzione dei relativi problemi l'interprete è agevolato dalla formulazione "a maglie larghe" dell'art. 9 T.U., che "considera" datori di lavoro (cioè assimila ai datori di lavoro propriamente detti, indicati nel primo comma), le cooperative ed ogni altro tipo di società, anche di fatto -quindi, non solo quelle dotate di personalità giuridica - e, ancora, le carovane di facchini, le scuole, le case di cura, gli ospizi, gli stabilimenti di prevenzione e di pena, ecc. Per una rassegna ancora abbastanza aggiornata in proposito cfr. DE MATTEIS e GIUBBONI, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Milano, 2005, pp. 419 ss. Sull'esperibilità dell'azione di regresso nei confronti del titolare di un'impresa familiare v., fra le decisioni più recenti, Trib. Venezia 28 febbraio 2008, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2008, II, pp. 42 ss.

24 Cfr., ancora, ALIBRANDI, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali* (11a ed., a cura di FACELLO e ROSSI, Milano, 2002, pp. 283 ss.); per la costruzione del rapporto contributivo, come distinto da quello previdenziale, fondamentali sono i contributi di PERSIANI. Mi limito qui a ricordare le varie edizioni del suo manuale *Diritto della previdenza sociale* (mentre scrivo ho sott'occhio la 16a, Padova, 2007, pp. 65 ss., con ampia bibliografia).

7. Ben diversa la linea di demarcazione tracciata nel 1997 dalle Sezioni Unite, che si sono espresse in questi termini: a) "...l'azione di regresso...è esperibile non solo nei confronti del datore di lavoro, ma anche verso i soggetti responsabili o corresponsabili dell'infortunio a causa della condotta da essi tenuta in attuazione dei loro compiti di preposizione o di meri addetti all'attività lavorativa, giacché essi, pur essendo estranei al rapporto assicurativo, rappresentano organi o strumenti mediante i quali il datore di lavoro ha violato l'obbligo di garantire la sicurezza nel luogo di lavoro". Quindi, procedendo per sottrazione: b) "...l'azione surrogatoria ...residua per quei fatti commessi per colpa esclusiva, cioè senza colpa concorrente del datore di lavoro e dei suoi dipendenti, da estranei all'azienda, perciò terzi (clienti, visitatori, trasportatori, montatori, spedizionieri, collaudatori, consulenti, misuratori, stivatori, operai di altre aziende di manutenzione o di pulizia ecc.)". A questi esempi, qualcun altro se ne potrebbe aggiungere: senza dubbio, sono estranei all'azienda chi fabbrica macchinari difettosi, chi li vende o, comunque, ne fa commercio (si pensi, ad es., alla cessione in *leasing*), chi fornisce cibi avariati alla mensa, ecc., per non parlare del pirata della strada che investe il lavoratore durante l'*iter* che deve compiere, o dei teppisti che lo aggrediscono, se, disgraziatamente, il suo luogo di lavoro si trova nei pressi di un campo sportivo (da buon genovese penso a quanto, purtroppo, è recentemente accaduto nella mia città...).

È innegabile, comunque, che le Sezioni Unite hanno drasticamente ridotto il numero dei soggetti passivamente legittimati all'azione di surrogazione, estendendo l'immunità che gli artt. 10 e 11 T.U. riservano al datore di lavoro perché - lo ripeto ancora una volta - è l'unico tenuto al versamento dei premi, a tutti i suoi dipendenti, dal più modesto manovale al più elevato dirigente, che da tale obbligo sono invece liberi, accomunando nel medesimo trattamento, con palese violazione del principio di eguaglianza, situazioni fra loro ben diverse.

Colpisce anche la forma in cui si sono espresse. Se mi è consentito un facile paragone, è come se avessero giocato con l'immagine del bicchiere mezzo vuoto, che è anche un bicchiere mezzo pieno. Chi legge che l'azione di regresso è esperibile *non solo* nei confronti del datore di lavoro, *ma anche* ecc., se non conosce i precedenti è indotto a pensare che, con questa interpretazione, sia stato realizzato un ampliamento dei poteri dell'INAIL, mentre è vero proprio il contrario: non di ampliamento si è trattato, ma di restrizione. Il significato esatto dell'affermazione, infatti, è questo: nei confronti dei dipendenti *non* è esperibile l'azione di surrogazione, ma *solo* quella di regresso, così come nei confronti del loro datore di lavoro.

C'è di più. La Corte è stata esplicita nell'affermare che questo suo orientamento "appare del tutto coerente con i fini generali di prevenzione che presiedono alla disciplina " della materia, "non sottraendo i diretti responsabili del danno all'integrità e alla salute del lavoratore all'azione di rivalsa dell'Istituto, che, almeno per certi aspetti, ha efficacia monitoria persino maggiore dell'eventuale

azione spiegata dall'interessato o dai suoi aventi causa, ed anzi costituendo una ulteriore remora all'inosservanza delle norme poste a prevenzione degli infortuni". Ora, che all'origine della maggior parte degli infortuni stia l'inosservanza di norme dettate a garanzia della sicurezza del lavoro risulta anche troppo chiaramente dalle statistiche di cui disponiamo. Sacrosanta è dunque la battaglia per imporne il rispetto. Ma, proprio per questo, bisogna aver cura di scegliere gli strumenti più efficaci. All'epoca, la fonte di maggior rilievo era costituita dal D.Lgs. 19 settembre 1994 n. 626, che distribuiva il relativo obbligo secondo uno schema quadripartito, imponendolo, in varia misura, oltre che al datore di lavoro, ai dirigenti, ai preposti ed ai semplici lavoratori²⁵. Nei confronti di queste tre ultime categorie, stando alla giurisprudenza allora prevalente, sarebbe stata esperibile non già l'azione di regresso, bensì quella di surroga. Orbene, se non mi illudo, da quanto sono venuto esponendo sin qui, dovrebbe risultare ormai chiaro che per l'esercizio della seconda bastano presupposti assai meno rigorosi di quelli richiesti per la prima. Essa può dunque operare in un campo molto più vasto. Anche l'azione di regresso, ben s'intende, può esercitare una forma di coazione psicologica all'osservanza delle norme antinfortunistiche²⁶ ma soltanto entro i limiti in cui il ricorso ad essa è ammissibile: limiti, sui quali non ritengo più necessario soffermarmi. Non riesco perciò a comprendere come si sia potuto insistere sull'importanza dell'obbligo di sicurezza, proprio mentre si concedeva l'impunità per una parte - ed una gran parte - delle sue trasgressioni. La sentenza del 1997 mi sembra in contraddizione, non solo con quella del 1952, ma anche con sé stessa.

25 Cfr., per tutti, BASENGHI, *La ripartizione intersoggettiva degli obblighi prevenzionistici*, nel volume a cura di GALANTINO *La sicurezza del lavoro*, Milano, 1995, pp. 53 ss. Nella stessa linea si è mantenuto anche il D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81 (v. in particolare gli artt. 16-20, con le modifiche apportate all'art. 18 dall'art. 13 del D.Lgs. 3 agosto 2009, n. 106). I due provvedimenti sono già stati oggetto di numerosi studi; qui mi limito a ricordare, per una prima panoramica, della stessa GALANTINO, *La sicurezza sul lavoro alla luce delle recenti innovazioni legislative*, in *Dir. e prat. lav.*, 2009, pp. 2578 ss., e P.E. ROSSI, *Il sistema sanzionatorio della prevenzione infortuni sul lavoro dopo il decreto di agosto 2009*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2009, I, pp. 793 ss.

26 Questa sua funzione, del resto, era già stata colta con chiarezza da Corte cost., 22 giugno 1971, n. 134 (in *Foro it.*, 1971, I, col. 1776) secondo cui l'azione di regresso, oltre ad essere "rivolta a reintegrare l'Istituto di quanto erogato per conto e in vece del datore... adempie anche allo scopo pratico di incentivare l'adempimento dell'obbligo del datore di adottare ogni misura idonea a prevenire i sinistri". Nello stesso senso cfr., ancor di recente, COSTANZI, *Sull'ampliamento dei confini dell'azione di regresso dell'INAIL*, in *Riv. giur. lav.*, 2008, II, p. 734, che alla sentenza della Corte fa espresso richiamo. Un accostamento, fra regresso e surroga, sotto il profilo che qui interessa, sarebbe consentito soltanto qualora in tutte le violazioni delle norme dettate per garantire la sicurezza del lavoro si potessero ravvisare altrettanti reati perseguibili d'ufficio. Ma così non era sotto il vigore del D.Lgs. n. 626 del 1994, e non è neppure adesso: per convincersene basta scorrere le "Disposizioni penali" contenute negli artt. 55-60 del D.Lgs. n. 81 del 2008, come modificate dagli artt. 32-37 del D.Lgs. n. 106 del 2009. E se anche fosse, la loro efficacia "monitoria" resterebbe pur sempre diversa, essendo diversi i rispettivi termini di prescrizione: per questo parlo di semplice accostamento, e non già di equivalenza.

7. Tuttavia, di quel ripensamento, da parte della Suprema Corte, che la dottrina più avveduta²⁷ si augurava, non è mai stato possibile cogliere il benché minimo segno. Tutta la giurisprudenza successiva al 1997 si è mantenuta, almeno a quanto consti, nel solco che fu allora tracciato²⁸. Vediamone, anche qui, un paio di esempi.

A) Semplificando al massimo, il primo caso può così riassumersi. Tizio, dipendente dell'Enel, cade da un ballatoio della centrale elettrica di X, a causa del cedimento di una ringhiera di protezione, alla quale si era appoggiato, riportando lesioni mortali. Si procede per omicidio colposo nei confronti di Caio, legale rappresentante della società Y, e di Sempronio, titolare della ditta Z, rispettivamente appaltatrice e subappaltatrice dei lavori di costruzione dei parapetti della centrale Enel. Viene condannato solo Sempronio. L'INAIL gli chiede il rimborso di quanto erogato ai superstiti di Tizio. Si tratta di regresso o di surroga? La Cassazione, Sez. terza, di fronte alla quale la vicenda si conclude, con sentenza 21 luglio 2003 n. 11315²⁹, risolve l'alternativa nel secondo senso, ricordando come possa dirsi ormai acquisita "la netta distinzione intercorrente tra la speciale azione di regresso consentita, dal combinato disposto degli artt. 10 e 11 del D.P.R. n. 1124 del 1965, all'INAIL... nei confronti del datore di lavoro dell'infortunato e di coloro che egli ha incaricato della direzione e della sorveglianza del lavoro (i cosiddetti preposti, ai quali, in virtù della sentenza della Corte costituzionale n. 22/1967, sono equiparati tutti i dipendenti)... e la ordinaria azione surrogatoria *ex art.* 1916 c.c. esperibile dall'INAIL nei confronti del terzo responsabile, esterno al rischio protetto dall'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni". Il subappaltatore è dunque un terzo, perché non è legato al committente (Enel) da un rapporto di lavoro subordinato.

B) Secondo caso. L'INAIL conviene in giudizio la Srl X ed il suo rappresentante legale Tizio, a seguito d'infortunio nel quale due dipendenti di detta società sono morti ed altri due sono rimasti feriti. Tizio eccepisce che nei suoi confronti l'ente avrebbe potuto agire solo con l'azione di surrogazione (ormai prescritta) spettando a lui la veste di terzo in quanto "estraneo al rapporto assicurativo". La Cassazione, Sez. lavoro, con sentenza 16 maggio 2006, n. 11426³⁰, respinge il ricorso. Premesso che "la qualifica di terzo... ai fini dell'azione di regresso da parte

²⁷ Cfr. ancora MARANDO, *Responsabilità, danno e rivalsa per gli infortuni sul lavoro*, cit. p. 291.

²⁸ E la dottrina ne accetta ormai l'orientamento, senza più discuterlo. Se non vado errato, l'unica voce critica che si sia levata in questi ultimi anni è quella del COSTANZI, *op. cit.* alla nota 26, il quale, nel commentare Cass. 7 marzo 2008, n. 6212 (di cui è estensore il DE MATTEIS, noto esperto della materia) riprende, ma in tono più blando, i rilievi di MARANDO.

²⁹ In bd46.leggiditalia.it

³⁰ In bd46.leggiditalia.it. Ancora una volta l'estensore è DE MATTEIS. Dalla narrativa si apprende che era stata eccepita anche la prescrizione dell'azione di regresso nei confronti della società datrice di lavoro, per vicende attinenti al procedimento penale intentato nei confronti di Tizio. *En passant*, si può quindi osservare come i due temi della prescrizione, e dei rapporti fra processo civile e penale, nonostante tutte le indagini ad essi dedicate, continuano a dar filo da torcere.

dell'INAIL è già stata esclusa per i dipendenti dell'imprenditore, in quanto interni al rischio aziendale" la Corte soggiunge che "la stessa conclusione" vale, "a maggior ragione per il legale rappresentante delle società di persone... e di capitali... datrici di lavoro, il quale è legato alla società da un rapporto organico, ed è quindi l'organo attraverso il quale la società ha violato l'obbligo di garantire la sicurezza sul lavoro".

Entrambe le decisioni hanno cura di ricordare il precedente delle Sezioni Unite. La seconda lo definisce, addirittura, come l'unico "punto di riferimento e di equilibrio... cui tutta la giurisprudenza di legittimità successiva si è conformata". Come si vede, il soggetto passivamente legittimato all'azione di surrogazione continua ad essere definito "terzo", ma a questo termine viene ora attribuita una portata ben diversa da quella originaria, tanto che si potrebbe parlare di eterogenesi dei significati. Esso non designa più chi è estraneo al rapporto assicurativo (o contributivo, come preferisco dire io) ma chi è estraneo a quella che i nostri colleghi d'oltr'Alpe chiamano la Betriebsgemeinschaft, ovvero la comunità, che noi possiamo intravedere guardando controluce, ad es., l'art. 2086, o l'art. 2104, secondo comma, c.c., formata da quanti abbiano stipulato un contratto di lavoro subordinato col medesimo imprenditore.

9.- A questo punto bisogna porsi una domanda. Se la giurisprudenza non ha più abbandonato l'orientamento prescelto ben tredici anni fa, una ragione dovrà pur esserci, ma quale?

Non credo che la risposta possa trovarsi in rilievi di natura processuale. L'inconveniente di dover trattare in sedi separate cause fra loro connesse è stato ridotto, ma non eliminato. Esso si ripresenta infatti ogniqualvolta corresponsabili dell'infortunio siano due persone, una interna e l'altra esterna al "rischio aziendale" o "protetto", secondo il modo di esprimersi preferito, come abbiamo appena visto, dalla Cassazione.

E allora? Qui posso prospettare soltanto una mia ipotesi personale, nella speranza che possa fornire lo spunto per un confronto a più voci.

Quanti lavorano nel medesimo stabilimento, o reparto, o ufficio, hanno fra loro rapporti quotidiani, o quasi, per la maggior parte dell'anno. Quale ne sia la natura giuridica, è problema che qui non occorre approfondire; basta una constatazione del tutto empirica, e cioè che, con le occasioni di condividere esperienze, essi ne accrescono anche i pericoli, tant'è vero che la dottrina ha ormai da tempo elaborato il concetto di responsabilità da "contatto sociale". È infatti assai più probabile, e i dati statistici lo confermano, che a causare un infortunio sia l'apprendista, il quale, per definizione, è un *imperitus*, o il collega, o lo stesso superiore gerarchico, per una sua disattenzione, dovuta ad un ben comprensibile momento di stanchezza, anziché il cliente, il fornitore od il semplice visitatore, i quali si recano sul luogo di lavoro solo saltuariamente, e per tempi molto brevi. Orbene, se ogni dipendente fosse ritenuto responsabile, o corresponsabile, per qualunque illecito

da lui commesso, senza limitazione alcuna, avremmo un ricorso in massa alle assicurazioni private, per la copertura del relativo rischio³¹. Il che, attraverso le rivendicazioni sindacali che, com'è intuitivo, ne seguirebbero, per un adeguato aumento delle retribuzioni, finirebbe col ripercuotersi sui costi di produzione, determinandone una sensibile crescita³². Risultato finale, la perdita di competitività sul mercato, tanto più grave in tempi di globalizzazione. Questo si può evitare estendendo, per l'appunto, all'intera comunità delle maestranze, l'immunità che la legge riserva al datore di lavoro. La scelta compiuta dai nostri giudici è dunque funzionale all'interesse delle imprese, in quanto allevia gli oneri di cui altrimenti queste dovrebbero farsi carico, a scapito dell'INAIL, che vede sensibilmente ridotte le probabilità di recuperare quanto ha erogato alle vittime degli infortuni od ai loro familiari, e va letta in termini di prevalenza attribuita all'interesse privato su quello pubblico.

10. La dottrina più recente³³ si è dovuta misurare con i problemi concernenti l'applicabilità della normativa antinfortunistica ai cosiddetti "nuovi lavori", cioè alle figure contrattuali derivate dalla frantumazione del modello³⁴ delineato dal

31 Del resto, anche i datori di lavoro, com'è noto, ricorrono ad assicurazioni private per quella parte di responsabilità che il meccanismo di cui agli artt. 10 e 11 non copre. Ciò ha indotto a dubitare della legittimità dell'azione di regresso, per contrasto con l'art. 41, primo comma, Cost., in quanto costringe le imprese a distrarre risorse economiche dai fini produttivi loro propri, con pregiudizio dello sviluppo dell'iniziativa privata. La questione è stata ritenuta priva di fondamento dai giudici della Consulta con sentenza 29 ottobre 1999, n. 405, in *Giur. cost.*, 1999, p. 3135, ove riferimenti.

32 In questa prospettiva di analisi economica del diritto sarebbe altresì interessante un'indagine diretta a stabilire quali conseguenze abbia avuto la norma (art. 5 della legge 13 maggio 1985, n. 190) che ha imposto al datore di lavoro l'obbligo di assicurare i propri dipendenti, appartenenti alla categoria dei quadri intermedi, "contro il rischio di responsabilità civile verso terzi conseguenti a colpa nello svolgimento delle proprie mansioni contrattuali".

33 Oltre al saggio di MIANI CANEVARI, *La responsabilità civile del datore di lavoro e le nuove tipologie di lavoro*, già cit., cfr. PICCININNO, *I "nuovi lavori" e l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali*, negli *Scritti in memoria di S. Hernandez*, Roma, 2003, pp. 597 ss.; CORSALINI, *I nuovi modelli del lavoro flessibile e l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2006, pp. 227 ss., specie 236 ss.; VIDIRI, *Legge 3 agosto 2007, n. 123: infortuni sul lavoro ed azione di regresso dell'INAIL*, in *Mass. giur. lav.*, 2007, pp. 904 ss.; RIVERSO, *Esiste ancora l'esonero del datore di lavoro dalla responsabilità civile dell'art. 10 del T.U. 1124/1965?* in *Lav. giur.*, 2008, pp. 1083 ss. Di utile consultazione, fra le indagini a carattere più generale, sono anche SMURAGLIA, *Nuovi fattori di rischio, prevenzione e responsabilità del datore di lavoro. Quali regole?* in *Riv. giur. lav.*, 2005, I, pp. 3 ss.; A. ROSSI, *Le azioni di rivalsa dell'INAIL e le nuove frontiere della risarcibilità del danno alla persona del lavoratore*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2006, I, pp. 241 ss.; MARINO, *Dalla responsabilità del datore di lavoro alla "responsabilità sociale"* (L. 3 agosto 2007, n. 123) negli infortuni sul lavoro, in *Dir. lav. Marche*, 2008, pp. 220 ss.; LEPORE, *La responsabilità sociale d'impresa*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2009, I, pp. 853 ss.

34 Nell'ambito del quale, del resto, già poteva individuarsi una pluralità di figure: cfr., per tutti, CATAUDELLA, *Spunti sulla tipologia dei rapporti di lavoro*, (relazione al convegno su "Flessibilità dell'organizzazione produttiva e tipologia dei rapporti di lavoro", organizzato a Firenze, nei giorni 18-19 marzo 1983, dal Centro lunigianese di studi giuridici e dal Centro di studi di diritto del lavoro "D. napoletano"), ora in *Scritti giuridici*, Padova, 1991, pp. 247 ss.

Codice agli artt. 2094 ss., da parte del D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, emanato in attuazione delle deleghe conferite al Governo in materia di occupazione dalla legge 14 febbraio 2003, n. 30.

Personalmente concordo con l'opinione, espressa da un autorevole giurista³⁵ con rara franchezza, già prima che la riforma ivi delineata giungesse a compimento, secondo cui le novità da essa introdotte non sono molte, né di grande rilievo. Per quanto attiene, specificamente, al tema che mi è stato affidato, due punti credo opportuno mettere in luce.

A) Il nostro sistema conosce da gran tempo casi nei quali il lavoro viene prestato a beneficio di persona diversa da quella con cui è stato stipulato il relativo contratto. Tutti i manuali ricordano la figura dell'iscritto ad una compagnia portuale, che svolge la sua opera di carico e scarico nell'interesse di un armatore (il quale, a sua volta, non è necessariamente il proprietario della nave). Ad essa si può aggiungere quella del radiotelegrafista di bordo, anch'egli a disposizione dell'armatore e membro dell'equipaggio, con cui condivide tutti i rischi della navigazione, ma dipendente dalla società concessionaria del relativo servizio. Entrambe sono previste dall'art. 9 del T.U. n. 1124 del 1965. E vi è ancora un terzo esempio, probabilmente il più antico: quello dello scambio di manodopera fra piccoli imprenditori agricoli (vero precedente storico dell'odierno distacco), regolato dagli usi cui rinvia l'art. 2139 c.c., che ha resistito impavido a settant'anni di riforme del collocamento.

B) Anche il principio secondo cui più lavoratori, se esposti al medesimo rischio, hanno diritto alla medesima tutela, benché dipendano da imprenditori diversi, costituisce ormai *ius receptum*. È in base ad esso che la Corte costituzionale³⁶, vent'anni fa, ha potuto estendere la copertura assicurativa al c.d. "assistente contrario". Ma le sue prime applicazioni risalgono assai più indietro, all'epoca in cui una delle lavorazioni più pericolose, compresa nell'elenco di quelle "protette", era la trebbiatura del grano. La trebbiatrice rientrava fra le macchine agricole, per i cui addetti l'assicurazione era obbligatoria a norma dell'art. 1, n. 4, del T.U. n. 51 del 1904. Ma non per questo diventava imprenditore agricolo chi provvedeva al suo esercizio, spostandosi da una località all'altra, a seconda delle richieste. Costui si limitava a prestare periodicamente un servizio a quanti gliene facessero domanda: esercitava quindi un'impresa di somministrazioni, appartenente al novero di quelle industriali. Imprenditori agricoli erano invece coloro che dai rispettivi poderi gli recavano il grano da trebbiare. Se alla relativa operazione quegli avesse provveduto soltanto con maestranze proprie, *nulla quaestio*. Sovente, però, una parte almeno della manodopera veniva fornita dallo stesso proprietario del grano, che mirava in

³⁵ VALLEBONA, *La riforma del mercato del lavoro: cambia poco ed è sbagliata*, in *Dir. lav.*, 2003, I, pp. 191 ss.

³⁶ Per un riepilogo dell'intera vicenda, che non è stata né breve né lineare, cfr. DE MATTEIS e GIUBBONI, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, cit., pp. 331 ss.

tal modo sia a ridurre i costi sia ad assicurarsi, tramite persone di sua fiducia, un certo controllo sull'esattezza dell'adempimento. Accadeva così che in una medesima lavorazione fossero impegnati, fianco a fianco, due diversi gruppi di operai, nel senso che gli uni dipendevano da un imprenditore industriale, gli altri da un imprenditore agricolo (che allora, in linea di massima, era escluso dall'ambito di applicazione delle norme antinfortunistiche). *Quid iuris* se l'infortunio colpiva uno di questi ultimi? Dopo qualche incertezza si giunse ad un orientamento univoco, espresso molto bene da questa massima della Cassazione di Torino: " Gli esercenti di trebbiatrici sono tenuti ad assicurare anche gli operai ausiliari, il cui lavoro è necessario pel funzionamento della macchina, sebbene dipendano e siano pagati dal proprietario del fondo per cui la macchina è usata. Tale obbligo sussiste anche se i detti operai siano avventizi ed assunti in servizio a giornata o a frazione di giornata, e con salario ignoto all'esercente della trebbiatrice"³⁷.

11. Quanti si sono occupati della distinzione fra regresso e surroga concordano nel ritenere che, fra le varie figure previste dal D.Lgs. n. 276 del 2003, la più problematica ma, proprio per ciò, anche la più interessante, in tale prospettiva, sia quella del contratto di somministrazione di lavoro³⁸, regolato nel Capo I (artt. 20-28) del Titolo terzo. E ad essa, per ragioni di spazio, dovrò limitarmi in questa sede, sperando, tuttavia, che mi si presenti presto l'occasione di occuparmi anche delle altre.

Chi ha avuto la pazienza di seguirmi fin qui non si sorprenderà se, parafrasando il vecchio consiglio degli investigatori, *cherchez la femme*, io suggerisco: *cherchez*...il contribuente, perché, a mio avviso, la chiave del problema non cambia: si tratta, ancora e sempre, di individuare i soggetti a carico dei quali è posto il finanziamento dell'assicurazione.

L'art. 23, terzo comma, dispone: "l'utilizzatore è obbligato in solido con il somministratore a corrispondere... i contributi previdenziali". Come di consueto, la solidarietà passiva è stabilita nell'interesse del creditore, nel nostro caso l'INAIL, che è posto così al riparo del rischio dell'insolvenza dei singoli condebitori, potendo esigere il pagamento integrale da quello, fra i due, che appaia più solvibile. E si noti come, di fronte a lui, utilizzatore e somministratore si trovino nella medesima situazione: non è previsto, infatti, alcun *beneficium excussionis*, di cui l'uno o l'altro possa avvalersi³⁹. Ma a norma dell'art. 21, primo

³⁷ Cass. Torino 2 dicembre 1918 in *Foro it.*, 1919, I, col. 595. Tale decisione, e le altre, conformi, che la seguirono, sono all'origine di quanto stabilisce ora l'art. 9 T.U. vigente, al suo terzo comma.

³⁸ O di manodopera: entrambe le locuzioni compaiono nel testo del provvedimento. Si confronti, ad es., il primo comma dell'art. 20 con quello dell'art. 21.

³⁹ Sul punto cfr. soprattutto PICCININNO, *I "nuovi lavori" e l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali*, cit., specie p. 605, seguito da DE MATTEIS e GIUBBONI, *op. cit.*, pp.327 ss., 1016 ss. V. anche ICHINO, *Il contratto di somministrazione di lavoro*, nel volume a cura di PEDRAZZOLI, *Il nuovo mercato del lavoro*, Bologna, 2004, pp. 258 ss., specie p. 316; più recentemente SCHIAVONE, *Il lavoro in somministrazione*, in *Dir. e prat. lav.*, 2009, pp. III ss. dell'inserto (scritto, quest'ultimo, senza ambizioni scientifiche, ma chiaro e completo, con ampi riferimenti).

comma, il contratto di somministrazione (che per l'INAIL è, evidentemente, *res inter alios acta*) deve contenere sia la “assunzione da parte del somministratore della obbligazione...del versamento dei contributi previdenziali” (lett. *h*), sia quella “dell’obbligo dell’utilizzatore di rimborsare al somministratore gli oneri...previdenziali da questi effettivamente sostenuti in favore dei prestatori di lavoro” (lett. *i*).

Se, dunque, l'INAIL chiede l'adempimento all'utilizzatore, questi non potrà rivalersi, neppure *pro quota*, sul somministratore, perché si sentirebbe rispondere: *frustra petis quod mox redditurus es*; se, invece, la richiesta dell'INAIL è rivolta al somministratore, questi potrà pretendere dall'utilizzatore la rifusione dell'intera somma versata. A differenza di quanto avviene, di regola, nel diritto comune (cfr. art. 1298 c.c.) quella che nei rapporti esterni col creditore è un'obbligazione solidale, nei rapporti interni fra condebitori non si trasforma, qui, in obbligazione parziaria. La somma eventualmente versata all'INAIL dal somministratore, in sostanza, non è che un anticipo⁴⁰. In definitiva è l'utilizzatore, e soltanto lui, che sostiene il costo dell'assicurazione: direttamente, se richiesto dall'INAIL del relativo pagamento, ovvero indirettamente, se “rimborsa” al somministratore l'importo dei premi da quest'ultimo “*effettivamente*” versati.

In tal modo egli adempie a quella che ritengo essere la condizione al tempo stesso necessaria e sufficiente per aver diritto alla limitazione della responsabilità civile di cui agli artt. 10 e 11 T.U., con il corollario che nei casi, ormai noti, in cui detta responsabilità, invece, “permanga”, contro di lui sarà esperibile l'azione di regresso, e non quella di surroga.

Altri argomenti, che pur sono stati adottati a sostegno di questa conclusione, non mi sembrano probanti.

Tale, ad es., quello che fa perno sull'art. 25, terzo comma, in base al quale “gli obblighi per l'assicurazione contro gli infortuni ... sono determinati in relazione al tipo e al rischio delle lavorazioni svolte”. Potrebbe mai essere diversamente? Il lavoratore, pur avendo stipulato il relativo contratto con il somministratore, presta la sua opera a profitto dell'utilizzatore, e, affinché ciò sia possibile, dev'essere inserito nel contesto tecnico-organizzativo di quest'ultimo. Con una frase ad effetto si potrebbe dire che egli nasce nell'impresa del somministratore, ma vive in quella dell'utilizzatore. Perciò l'art. 25, terzo comma, cit., non fa altro che assicurargli parità di tutela rispetto a quanti, avendo stipulato il contratto di lavoro con quest'ultimo, siano addetti alle stesse lavorazioni e quindi esposti agli stessi pericoli per la loro incolumità, applicando, ancora una volta, un principio che - lo abbiamo visto - ha ispirato fin dalle origini lo sviluppo della nostra disciplina.

Non insisterei nemmeno sul rilievo che gli obblighi di sicurezza sono imposti

⁴⁰ Come, del resto, un anticipo è anche la somma versata dall'INAIL al lavoratore infortunato a norma dell'art. 11, primo comma, T.U., il cui scopo è soltanto quello di trasferire, dal secondo al primo, il rischio dell'insolvenza del datore di lavoro civilmente responsabile.

all'utilizzatore assai più che al somministratore⁴¹. Ciò è pur vero, ma il fatto di essere gravati da obblighi, di per sé solo, non è ancora un titolo di merito, tale da dar diritto ad un "premio", come appunto è la limitazione di responsabilità. Titolo di merito è osservarli. Ma siccome l'osservanza spontanea presuppone un grado di sensibilità etica cui non tutti, purtroppo, sono ancora giunti, il legislatore deve, realisticamente, predisporre adeguati strumenti di coazione, anche psicologica. E qui bisogna guardarsi dal ricadere nell'immagine del bicchiere mezzo pieno e mezzo vuoto, che mi è parso di cogliere fra le righe di alcuni saggi pubblicati sul nostro tema. A quanto mi risulti, tutti concordano nell'affermare che l'utilizzatore non può essere considerato terzo nei confronti del lavoratore "somministrato", ancorché, fra di essi, non sia stato stipulato alcun contratto di lavoro, e che, quindi, egli è passivamente legittimato all'azione di regresso. Ma questo non basta a fornire un quadro completo dello *ius quo utimur*. Bisogna chiarire che nei confronti dell'utilizzatore è esperibile *soltanto* l'azione di regresso, e *non* quella di surrogazione, dalla quale ci si potrebbero attendere, forse, risultati più apprezzabili, in tema di prevenzione degli infortuni. Aggiungerei, pur essendo consapevole di andare controcorrente, che terzo, nei confronti del lavoratore "somministrato", dev'essere considerato...proprio il somministratore ! Quest'ultimo, infatti, stipula il contratto di lavoro, ma non sopporta, *in via definitiva*, il costo dell'assicurazione, come risulta, *per tabulas*, dal già citato art. 21, primo comma, lett. i). Perciò nei casi, rari, ma non impossibili, come la dottrina più attenta ha già messo in rilievo⁴², in cui l'infortunio derivi dalla violazione di una norma di prevenzione da parte del somministratore, contro di lui sarà esperibile, a mio avviso, non l'azione di regresso, bensì quella di surrogazione. Casi rari, perché, come già si è visto, il dovere di sicurezza grava in massima parte sull'utilizzatore. Ne consegue che, di regola, le infrazioni delle norme dettate a tutela della salute e dell'integrità fisica del lavoratore, godranno della limitazione di responsabilità sancita dall'art. 10, primo comma, T.U., e solo eccezionalmente daranno luogo a responsabilità piena ed integrale, a norma degli artt. 2043 ss. c.c.

41 Cfr. ora l'art. 3, del D.Lgs. n. 81 del 2008, il cui quinto comma, che a noi interessa, è stato lasciato invariato dall'art. 3 del D.Lgs. n. 106 del 2009. Quanto all'art. 61, primo comma, dello stesso D.Lgs. n. 81 del 2008, non sarò certo io a volerne sminuire l'importanza sotto l'aspetto processuale, ma per la soluzione del problema, cui queste pagine sono dedicate, mi sembra inconferente. Esso, infatti, si limita a prevedere l'obbligo, a carico del pubblico ministero, di comunicare all'INAIL la *notitia criminis* "ai fini dell'eventuale costituzione di parte civile e dell'azione di regresso", senza dire nei confronti di chi tale azione sia esperibile. Né potevamo aspettarci che lo dicesse: qualunque indicazione, in questo senso, si sarebbe risolta in un "salto di corsia": fuor di metafora in un eccesso di delega (cfr. infatti l'art. 2 della legge 3 agosto 2007, n. 123 e, su di esso, specialmente VIDIRI, *op. cit.*, p. 911), sanzionabile a norma dell'art. 76 Cost. In argomento v. comunque, fra i molti scritti già pubblicati, CACIOPPO, *Brevi riflessioni in ordine all'attività processuale dell'INAIL nel procedimento penale*, in *Riv. inf.mal. prof.*, 2009, 1, pp. 355 ss.; OTTOLINI, *La costituzione di parte civile dell'INAIL nei processi penali per infortunio o malattie professionali. Prospettive difensive e istituzionali*, *ibidem*, pp. 651 ss.; ACCONCIA, *Funzioni e ruoli dell'INAIL alla luce dei Decreti 81/08 e 106/09*, *ibidem*, pp. 743 ss.

42 Cfr. specialmente CORSALINI, *I nuovi modelli del lavoro flessibile e l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni*, *cit.*, sul punto p. 239.

Di questa conclusione, per quanto paradossale, l'interprete che voglia restar fedele al suo compito non può far altro che prendere atto. Ma nessuno potrà impedirgli di concludere, in cuor suo, come anche da ciò risulti, inoppugnabilmente, quale "pasticciaccio brutto" (mi perdoni, dal paradiso dei romanzieri, Carlo Emilio Gadda) sia stata la c.d. riforma Biagi.

RIASSUNTO

L'Autore prende in esame l'azione di regresso che l'INAIL può esperire nei confronti del datore di lavoro quando sussistano le condizioni richieste dagli articoli 10-11 del T. U. 30 giugno 1965, n. 1124 e la confronta con quella di surrogazione che ogni assicuratore può esperire verso i terzi responsabili a norma dell'art. 1916 c.c. Egli rileva come la sentenza 16 aprile 1997, n. 3288 della Cassazione a Sezioni Unite abbia notevolmente ampliato l'ambito della prima, rispetto all'orientamento della giurisprudenza precedente e ricerca le ragioni di questo mutamento d'indirizzo; ragioni che, a suo avviso, sono prevalentemente di politica economica. Infine, espone alcune considerazioni sui problemi posti in materia dai "nuovi lavori" previsti dal D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276.

Dopo il Convegno romano dell'Avvocatura dell'INAIL (15-16 novembre 2010) un pregevole contributo sull'argomento è stato pubblicato da DANIELE IARUSSI, *L'efficacia del giudicato penale nel giudizio civile per i danni da infortunio sul lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, fasc. luglio 2011, pp. 558 ss.

SUMMARY

The Author examines the "gaining back action" (azione di regresso) that INAIL can commence against the employer when the conditions required by artt. 10-11 of the T.U. of 30th June 1965, n. 1124 are in existence. He compares this action with the subrogation action that every insurer can commence against a liable third party according to art. 1916 of the c.c. He observes that the sentence of 16th April 1997, n. 3288 of the Supreme Court (Cassazione a Sezioni Unite), in contrast with the tendency of past law-courts' sentences, has greatly widened the scope of the gaining back action. The reasons underlying this shift in law-courts' sentences are mainly attributable - in the author's analysis - to questions of economic policy. Lastly, he considers the problems deriving from the "new jobs" regulated by the DLgs. Of the 10th September 2003, n. 276.

After the meeting of the INAIL lawyers that took place in Rome (15th-16th November 2010) a valuable contribution to the question of the gaining back action has been published by DANIELE IARUSSI, *L'efficacia del giudicato penale nel giudizio civile per i danni da infortunio sul lavoro*, in *Mass. Giur.lav.*, July 2011, pp. 558 ff.