

CHIOSE A MARGINE DI UN CONVEGNO

ANTONIO FONTANA*

1. Nell'elegante cornice del Residence Loano 2 Village (SV), organizzato dall'Associazione Avvocati INAIL, dalla Scuola superiore dell'Avvocatura e dall'ordine degli Avvocati di Savona, si è tenuto, il 25 febbraio u.s., un seminario sul tema: *Gli infortuni in itinere: tutela previdenziale e risarcimento del danno*. Le tre Relazioni, affidate, rispettivamente, all'avv. GUGLIELMO CORSALINI, dell'INAIL di Macerata, al Presidente on. della Corte di cassazione ALDO DE MATTEIS¹ ed all'avv. SERGIO RIVA, hanno occupato un pomeriggio intero e sono state seguite con attenzione da un folto uditorio, di cui facevano parte anche numerosi professionisti del libero foro. Riassumerle in così breve spazio significherebbe mutilarle di troppe loro parti. C'è solo da augurarsi che quanto prima ne venga reso disponibile, almeno *online*, il testo integrale.

In queste pagine il lettore troverà perciò solo alcuni pensieri che il loro ascolto mi ha suggerito, accennati, più che svolti, senza pretese di organicità, ma con la speranza di approfondirli in altra occasione.

2. Induce a riflettere, anzitutto, la scelta dell'argomento. Essa dimostra, infatti, come l'infortunio *in itinere* continua a far discutere, malgrado gli ampi dibattiti di cui è già stato al centro. Né ciò sorprende, qualora si considerino le sue peculiarità, che ne rendono problematica perfino la collocazione nel quadro della tutela dai rischi professionali.

Dovere primario di ogni studioso è quello di delimitare l'oggetto della propria indagine. Ma, appena si cerca di fornire una definizione del nostro istituto, bisogna constatare che questa è più agevole se si procede *a contrario*, mettendo in rilievo ciò che esso *non* è. In modo assai schematico, credo di poter fissare i quattro punti seguenti.

* Già Professore associato nell'Università di Genova.

¹ Autore, altresì, del volume *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, di cui, proprio in tale occasione, è stata presentata la 2a ed., aggiornata, Milano, Giuffrè. 2011, pp. 1293.

A) L'infornunio *in itinere* non può mai verificarsi durante l'orario di lavoro, ma solo prima che questo abbia inizio, o dopo che sia terminato. Questa osservazione, riferita all'ipotesi più semplice e tradizionale di percorso, quello dal luogo di abitazione al luogo di lavoro, e viceversa, resta pienamente valida pur dopo che l'art. 12 del D.Lgs. 23 febbraio 2000, n. 38 vi ha aggiunto quello fra due luoghi di lavoro e quello di andata e ritorno dal luogo di lavoro a quello di consumazione abituale dei pasti. In tutti questi casi è infatti evidente che: 1. la "persona assicurata" non presta alcuna opera nell'interesse del proprio datore, sicché non può dirsi che l'infornunio eventualmente subito sia accaduto in attualità di lavoro²; 2. Il rischio al quale si espone è *sempre e soltanto* quello dell'*iter*, che è ben diverso da quello derivante dal lavoro. In termini più tecnici si può dire che il percorso da un luogo di lavoro all'altro, e quelli di andata e ritorno dal luogo di lavoro a quello di consumazione abituale dei pasti configurano altrettante ipotesi di sospensione dell'obbligazione principale che al lavoratore deriva dal contratto: quella, appunto, di prestare la propria attività.

B) L'infornunio *in itinere* non può mai verificarsi nel luogo di lavoro. Il che ha gravi conseguenze sul piano giuridico. Ne deriva infatti che esso *non* rientra nell'ambito di applicabilità delle norme dettate in materia di prevenzione. Basti ricordare che il D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81 ha cura di circoscrivere, già *in limine*, il proprio oggetto alla tutela della salute e della sicurezza, per l'appunto, "nei luoghi di lavoro", alla specificazione dei quali dedica poi, per intero, il Titolo II (artt. 62-68), senza dire della frequenza con cui la stessa locuzione compare anche al di fuori di esso (cfr., ad es., att. 2, comma 1, lett. v; 3, comma 13; 8, commi 1 e 4; 9, comma 2, lett. m e 6 lett. i, l, p. q; 13, commi 2, 3 e 6; 15, comma 1, lett. h, ecc.): riferimenti, tutti, rimasti invariati, pur dopo la Novella del 3 agosto 2009, n. 106 (di cui cfr., in particolare, gli artt. 38-40). Per ridurre il numero degli infornunio *in itinere* non basta, infatti, inasprire le sanzioni a carico del datore di lavoro, dei dirigenti, dei preposti, ed anche dei semplici lavoratori, come hanno fatto i provvedimenti testè ricordati, rispetto al D.Lgs. 19 settembre 1994 n. 626³; occorre un'azione a ben più vasto raggio, che investa sia le Amministrazioni cui compete la cura della viabilità, sia tutti i cittadini.

C) Può darsi che anche un infornunio *in itinere* sia fonte di responsabilità per il datore di lavoro. Pensiamo ad uno dei casi che da più tempo, e con maggior faci-

2 Solo per scrupolo di completezza si può aggiungere che gli infornunio *in itinere* non sono i soli a verificarsi fuori dell'attualità di lavoro: lo stesso deve dirsi per quelli che avvengono nei locali della mensa durante la pausa pranzo, nei dormitori durante le ore di riposo, e, ancora, nelle toilettes, negli spogliatoi, ecc. Ma, indubbiamente, agli infornunio *in itinere* bisogna riconoscere, rispetto ad essi, un rilievo ben maggiore, sia per la loro frequenza, sia per la gravità delle lesioni che, purtroppo, quasi sempre comportano.

3 Espressamente abrogato dall'art. 304, comma 1, lett. a del D.Lgs. n. 81 del 2008; per una rapida, ma chiara valutazione comparativa basterà ricordare qui L. GALANTINO, *La sicurezza sul lavoro alla luce delle recenti innovazioni legislative*, in *Dir. prat. lav.*, 2009, pp. 2578 ss.

lità, sono stati compresi nella copertura assicurativa: quello dei lavoratori che si servono, o, addirittura, sono tenuti a servirsi, di un bus-navetta fornito loro dall'impresa, per agevolare gli spostamenti, con risparmio di tempo⁴. Se l'infortunio consegue ad un'imprudenza dell'autista avremo, oltre alla responsabilità di questi per fatto proprio, anche quella, oggettiva, del datore di lavoro, per fatto altrui, secondo quanto previsto dall'art. 2049 c.c. Nei confronti di entrambi l'INAIL potrà quindi esperire azione di regresso ex artt. 10 e 11 T.U. 30 giugno 1965, n. 1124; così, almeno, secondo l'orientamento accolto dalla Cassazione con la nota sentenza delle Sezioni Unite 16 aprile 1997, n. 32885, e da allora sempre confermato, nonostante le critiche di qualche studioso⁶.

Più delicata l'ipotesi in cui emerge la responsabilità di un terzo. Vero è che tale potrebbe essere anche il proprietario del cane da cui il lavoratore sia stato azzannato per via; ma ormai, come si sa, la maggior parte degli infortuni *in itinere* è dovuta alla circolazione di quei veicoli "senza guida di rotaie", cui si riferisce l'art. 2054 c.c. In questi casi la situazione si complica per l'entrata in scena di un "quarto": la compagnia che gestisce la relativa assicurazione obbligatoria. Contro di essa l'INAIL potrà avvalersi della speciale azione di surrogazione prevista dall'art. 142 del D.Lgs. 7 settembre 2005 n. 209, senza pregiudizio - si insegna⁷ - di quella generale che ad ogni assicuratore attribuisce l'art. 1916 c.c. (di cui cfr. soprattutto l'ultimo comma).

Lungi da me l'idea di avventurarmi in una dettagliata analisi di queste norme e dei loro rapporti. Se vi ho accennato, l'ho fatto solo per giungere a questa constatazione: l'infortunio *in itinere*, ancor più di quello in attualità di lavoro, può dar luogo a controversie di particolare delicatezza, per cui si richiede, a quanti se ne occupano, una preparazione ben più vasta di quella normalmente posseduta da uno "specialista": termine cui oggi si attribuisce spesso una valenza non del tutto positiva.

D) L'infortunio *in itinere* non trova mai origine in un rischio specifico, a differenza di quanto accade, almeno di solito, per quelli che vengono detti infortuni sul lavoro, nell'accezione comune del termine. Insomma: l'infortunio sul lavoro può essere facilmente tratteggiato come figura autonoma, senza bisogno di richiamare, per contrasto, quello *in itinere*; assai meno facile, invece, è il procedimento inverso.

3. Vien fatto allora di chiedersi se sia corretto, sul piano concettuale, includere l'uno e l'altro nella medesima categoria, e quale vantaggio se ne ottenga, su quello pratico, per l'individuazione dei criteri con cui risolvere i rispettivi casi.

4 Cfr. in proposito già le *Linee guida per la trattazione dei casi di infortuni in itinere*, elaborate dall'INAIL, in questa Rivista, 1998, I, pp. 156 ss., sul punto p. 158.

5 Vedila, ad es., in *Resp. civ. prev.*, 1997, pp. 353 ss., con ampio commento di G. MARANDO.

6 Cfr. soprattutto G. MARANDO, già nel commento ricordato alla nt. precedente, e, ancora, nel volume *Responsabilità, danno e rivalsa per gli infortuni sul lavoro*, Milano, 2003, pp. 289 ss., ove riferimenti.

7 Cfr. G. CRISALINI, *Gli infortuni in itinere. Estensione della tutela previdenziale e risarcimento del danno*, Milano, 2009, pp. 160 ss.

Significativo mi sembra, in proposito, il fatto che l'autore di una delle trattazioni più recenti dedicate alla nostra materia, ANTONIO DE SIMONE, abbia intitolato il suo libro⁸ *Gli infortuni sul lavoro e in itinere*. Facendo specifica, separata menzione dei primi e dei secondi, egli ha inteso, verosimilmente, sottolineare i tratti che li distinguono, più di quelli che hanno in comune.

De iure condito bisogna tuttavia riconoscere che il concetto di infortunio è unico. Così è sempre stato fin dalle origini della nostra disciplina, ed il legislatore del 2000 lo ha chiaramente ribadito quando, nel dettare una normativa specifica dell'infortunio *in itinere*, anziché dedicare ad essa un articolo apposito, l'ha concentrata in un solo comma, che ha aggiunto, come una sorta d'appendice, all'art. 2 (per il settore dell'industria) ed all'art. 210 (per quello agricolo), entrambi concernenti l'oggetto dell'assicurazione. Da ciò una conseguenza del massimo rilievo: chi non è assicurato contro l'infortunio sul lavoro, non lo è nemmeno contro quello *in itinere*. Le critiche a questa impostazione sono ben note, e pienamente giustificate. Fra il rischio del lavoro e quello della strada non esiste infatti correlazione alcuna: un insegnante di lettere⁹, per recarsi a scuola, può essere costretto a percorrere una via più pericolosa di quella che deve percorrere un minatore per recarsi alla miniera.

De iure condendo i rimedi possibili sono due. Si potrebbe, in attuazione dei principi costituzionali (Cfr., oltre all'art. 38, comma 2, gli artt. 35, comma 1, e 4, comma 2), generalizzare la tutela contro gli infortuni sul lavoro, estendendola a tutta la popolazione attiva, ed in tal modo verrebbe generalizzata, automaticamente e di riflesso, anche quella contro gli infortuni *in itinere*. Oppure si potrebbe recidere quel vincolo di strumentalità, fra *iter* e lavoro, che ancor oggi permane, riconoscendo che il rischio della strada è ormai così rilevante, di per sé, da richiedere una protezione apposita, mediante l'istituzione di una nuova forma di previdenza per tutti i cittadini, indipendentemente dal loro *status* professionale. Personalmente, preferirei la prima soluzione, che mi sembra più facilmente realizzabile.

4. Quando si parla di infortuni *in itinere* il pensiero corre spontaneamente, ai rischi della strada¹⁰. Per ricondurre anch'essi nell'ambito di applicabilità di una

⁸ Editto nel 2007, anch'esso per i tipi della Giuffrè di Milano, col sottotitolo: *L'occasione di lavoro negli orientamenti giurisprudenziali*.

⁹ Scelgo questo esempio dopo aver letto il brillante, benché amaro, saggio di G. ARCIDIACONO, *Infortunio in itinere. Lettera (dell'INAIL) ad una professoressa: litterae non dant panem*, in *questa Rivista*, 2010, I, pp. 227 ss., che, a sua volta, riprende un rilievo di G. CORSALINI, *Gli infortuni sulle vie del lavoro*, Padova, 2005, p. 133.

¹⁰ Se, infatti, non è necessario esporsi a questi rischi, l'infortunio *in itinere* non è nemmeno ipotizzabile. Sotto questo profilo sono da valutare positivamente i progressi dell'informatica e della telematica, che stanno aprendo sempre più importanti prospettive al lavoro detto, una volta "a domicilio", ed ora "a distanza" (cfr., ad es., art. 3, comma 10, D.Lgs. n. 81 del 2008, cit.). Non si può tuttavia escludere che esso provochi, per converso, un aumento delle malattie professionali, specialmente a carico del sistema audiovisivo. Già il fatto che la normativa in tema di prevenzione se ne occupi, è, del resto, significativo, per questo aspetto.

legge dettata per quelli “sul lavoro”¹¹ FRANCESCO CARNELUTTI, il quale costituisce ancor oggi un punto di riferimento obbligato, faceva leva, agli inizi del secolo scorso, sul concetto di rischio generico aggravato che, nella sua ben nota tripartizione, corrispondeva alla fascia intermedia fra quello specifico e quello generico *tout court*. Scriveva infatti: “...ogniquialvolta...il cammino presenti singolari pericoli può ricorrere anche qui la figura dell’infortunio professionale. Certo si esige che i pericoli sieno realmente singolari, non bastando la esistenza di essi in misura anche rilevante, quando siano comuni alla maggior parte delle vie della località. Così il transito per le vie di una città popolosa, piene di movimento, solcate da veicoli d’ogni genere, da tram, da automobili, non basta a costituire un rischio aggravato, come non basterebbe il trasporto dell’operaio su vetture ordinarie, su treni o su automobili”¹². Ma - soggiungeva il Maestro - l’aggravamento del rischio non si sarebbe potuto negare “quando si *trattasse*, per es., di passaggio su sentieri di montagna, o comunque ripidi e pericolosi, lungo i binari delle linee o di una stazione ferroviaria, o per vie rese pericolose da minacce di scioperanti in caso di conflitti collettivi”¹³. In tal modo il lavoro, anche se non assurgeva ad unica e sola fonte del rischio, rilevava pur sempre, in quanto ne costituiva una concausa.

Questo schema argomentativo è stato seguito dalla giurisprudenza per oltre cinquant’anni, e non di rado dal suo impiego sono scaturite soluzioni che si potrebbero condividere tranquillamente anche oggi. Mi limito ad un solo esempio: ancora nel 1991 il Tribunale di Firenze¹⁴ ha ritenuto che l’incidente verificatosi sulla pubblica via, ma nei pressi di uno stabilimento industriale, fosse configurabile, appunto, come infortunio *in itinere*, perché il rischio del ritorno a casa, di per sé generico, era aggravato, nella specie, dall’immissione contemporanea e tumultuosa nel flusso della circolazione di un rilevante numero di lavoratori, per giunta stanchi e frettolosi, chi in bicicletta, chi in moto e chi in auto, in corrispondenza con la fine del turno.

5. Da quando Carnelutti scriveva, però, molte trasformazioni sono avvenute nel nostro Paese, con gli effetti, sulla viabilità, che sono sotto gli occhi di tutti. Parallelamente, l’esigenza di percorrere, ogni giorno, anche lunghe distanze, per recarsi dall’abitazione al lavoro e viceversa, si è fatta sentire sempre più, per ragioni molteplici: la difficoltà di trovare, nei grandi centri urbani, alloggi decen-

¹¹ Così il T.U. approvato con RD 31 gennaio 1904 n. 51, sotto il vigore del quale Carnelutti scriveva. Ma la stessa locuzione compariva già sia nella legge n. 80 del 17 marzo 1898, sia nella n. 243 del 29 giugno 1903, ed è stata mantenuta nel T.U. n. 1124 del 1965, già cit., che costituisce tuttora la fonte più importante per la nostra disciplina.

¹² *Occasione di lavoro*, in *Infornuti sul lavoro (Studi)*, I, Roma, 1913, pp. 209 ss., sul punto pp. 298-99.

¹³ *Op. cit.* alla nt. precedente, p. 299, ed ivi riferimenti alla conforme giurisprudenza tedesca.

¹⁴ Con sentenza 30 luglio 1991 in *Toscana lav. giur.*, 1993, p. 620.

ti ad un canone accessibile, il desiderio di trascorrere il tempo libero in località meno inquinate, ecc.

Prima dell'intervento del legislatore, nel 2000, è toccato ai nostri giudici il non facile compito di affrontare, con i mezzi di cui disponevano, i tanti problemi dei quali la pratica esigeva la soluzione. Tre erano le vie fra cui potevano scegliere: *a)* attenersi con rigore all'orientamento tradizionale, respingendo la domanda di indennizzo ogniqualvolta il lavoratore, sul quale incombeva il relativo onere, non fosse riuscito a fornire la prova che, nella specie, la soglia del rischio generico era stata sicuramente oltrepassata; *b)* cercare invece di mitigarlo, largheggiando nel riconoscere, anche in circostanze poco significative, con frequente ricorso alle presunzioni semplici, quel famoso *quid pluris* che consentiva l'accesso al giardino, in cui cresceva l'albero del rischio generico aggravato; *c)* voltare le spalle tanto all'uno quanto all'altro orientamento, per ripensare in termini nuovi il rapporto fra il lavoro ed il rischio da cui deriva l'infortunio *in itinere*. I dati in nostro possesso inducono a ritenere che tutte e tre le vie siano state battute, anche se non è possibile precisare in quale misura, perché molto è il materiale che attende ancora di essere raccolto e classificato. Certo è che a riscuotere i maggiori consensi è stata, infine, l'ultima: si è giunti così ad un sistema di diritto pretorio, della cui formazione vorrei illustrare, per sommi capi, almeno qualche tappa.

6. Allo stato attuale delle nostre conoscenze possiamo collocare sul finire degli anni Ottanta i primi contributi forniti ad essa dalla Suprema Corte. Il contrasto fra la concezione all'epoca ancora dominante ed il "nuovo corso" traspare con chiarezza, ad es., dai vari gradi del giudizio definito con la decisione n. 4657 del 22 maggio 1987¹⁵. Un operaio era stato investito e ucciso da un'auto mentre, fermo sul ciglio della via, in prossimità della sua abitazione, attendeva un collega che, come di consueto, gli avrebbe dato un "passaggio" per recarsi insieme alla fabbrica dove entrambi lavoravano. Pretore e Tribunale avevano concordemente respinto la domanda della vedova diretta ad ottenere dall'INAIL la rendita prevista dall'art. 85 del T.U. n. 1124 del 1965. In particolare, i giudici d'appello avevano motivato il proprio rifiuto col rilievo che "il lavoratore, trovandosi come pedone in una normale strada cittadina in attesa del veicolo privato che avrebbe dovuto trasportarlo sul posto di lavoro, in un'ora della giornata il cui il traffico cittadino risultava non intenso, era esposto in definitiva ai comuni e generici rischi propri di qualsiasi pedone fermo ai bordi di qualsiasi strada cittadina, e che la circostanza che egli fosse in attesa di un mezzo privato anziché pubblico si rivelava del tutto irrilevante ai fini della qualificazione del sinistro, atteso che non appariva idonea né a trasformare quel rischio generico in rischio specifico, né ad aggravarlo".

¹⁵ In *Mass. giur.lav.*, 1987, pp. 390 ss., con Nota fieramente critica di M. PERSIANI, *Occasione di lavoro e necessari limiti all'indennizzabilità dell'infortunio in itinere*.

Carnelutti avrebbe approvato *summa cum laude* un tale verdetto, che del suo insegnamento faceva, ancora una volta, puntuale applicazione. Il Supremo Collegio, invece, lo ha ribaltato. Nella sua sentenza leggiamo infatti che deve comprendersi “fra gli infortuni tutelati quello occorso *in itinere* a chi sia costretto, dalla necessità di raggiungere sollecitamente il posto di lavoro e dalla carenza di convenienti mezzi pubblici di trasporto e di mezzi posti a disposizione dal datore di lavoro, ad avvalersi di un mezzo privato, eventualmente...di un proprio collega di lavoro”, perché “ tali prospettate necessità e carenze costituiscono...quel *quid pluris* in grado, con il concorso del *nesso eziologico* tra la *prestazione lavorativa* e l'*attività* svolta dal lavoratore *anteriamente a quella prestazione*¹⁶, di aggravare il rischio generico insito nel comportamento di un qualsiasi utente della strada”.

La terminologia, come si vede, non è cambiata. Si parla ancora di un *quid pluris* che, nella specie, avrebbe aggravato il rischio generico dell'*iter*. Ciò si spiega con la ritrosia di certi magistrati ad abbandonare le formule accreditate dall'uso, anche quando propongono soluzioni innovative: anziché “uscire allo scoperto” essi preferiscono “velare” il loro pensiero sotto una parvenza di continuità col passato.

Ma in che cosa consistesse questo aggravamento, lo Corte non ce lo ha detto, né avrebbe potuto dircelo. Quell'operaio avrebbe forse rischiato di meno se, fermo nello stesso posto ed alla medesima ora, avesse atteso la fidanzata, per andarsene a passeggio con lei? Evidentemente no. Il rischio sarebbe rimasto lo stesso. Diversa sarebbe stata però la causa o, se si preferisce, la molla psicologica del suo agire. Qui sta il punto. Rivelatore della più profonda convinzione dei giudici è quel riferimento al “nesso eziologico” che ho sottolineato. Ponendolo in rilievo essi hanno infatti lasciato intendere che l'operaio meritava di venir tutelato per la pura e semplice ragione che il suo comportamento era dovuto alla necessità, in cui si trovava, di recarsi al lavoro, e non ad altri motivi.

Al tempo stesso hanno chiarito che “l'attività” da lui “svolta”, uscendo di casa e recandosi al luogo dell'appuntamento con il collega, non era ancora la “prestazione lavorativa”, ma ne costituiva un *prius*. Il che è vero; nasce tuttavia spontanea la domanda, se non se ne potesse dare una qualificazione in termini più precisi. È questo uno dei tanti punti che qui non posso sviluppare come vorrei. Credo però che da un'indagine più dettagliata risulterebbe come anche in quella “attività” potesse e dovesse ravvisarsi pur sempre l'adempimento di un'obbligazione contrattuale.

Che dal medesimo contratto possano scaturire, in capo alla medesima parte, anche due (o più) obbligazioni, è risaputo. Basti qui ricordare, ad es., l'art. 1177 c.c., ov'è stabilito che quella di consegnare una cosa determinata include quella di custodirla fino alla consegna. Qui la seconda obbligazione ha carattere strumen-

16 Corsivi miei.

tale rispetto alla prima: è ovvio, infatti, che, se si smarrisce la cosa, o si lascia che altri se ne impossessi o la distrugga, non si potrà più consegnarla.

Quanto al contratto di lavoro, le norme in materia di prevenzione vanno sempre più estendendo la gamma delle obbligazioni cui, nei confronti della prestazione lavorativa, va riconosciuta funzione preparatoria, come quello di indossare speciali tute protettive, guanti, occhiali, elmetti, ecc. Da tempo si parla poi di un obbligo di mantenere integre le proprie energie fisiopsichiche, così da essere pronti ad adempiere, quando ne sia il momento: se ne hanno gli esempi più vistosi nella rigida disciplina cui debbono sottoporsi gli sportivi professionisti, specie durante i periodi di “ritiro”.

Infine, secondo autorevoli studiosi, da tale contratto deriverebbe proprio e soltanto l’obbligazione di presentarsi nel luogo e nel momento stabiliti dal datore, mentre quella di lavorare non sorgerebbe che dopo l’esercizio, da parte di quest’ultimo, del potere direttivo, mediante il quale viene specificata, entro il *genus* delle mansioni, la prestazione dovuta *hic et nunc*.

Approfondendo questi rapidi accenni si potrebbe forse giungere alla conclusione che anche il semplice fatto di percorrere la distanza fra l’abitazione ed il luogo di lavoro, ad una determinata ora di un determinato giorno, può essere già ricondotto nell’ambito di esecuzione del contratto, o, addirittura, che questa si risolve in quello, senza residui. Se così fosse, tanto più stretto si rivelerebbe quel “nesso eziologico” su cui la Suprema Corte ha, in realtà, fondato la sua argomentazione.

7. La storia, si sa, non procede mai in modo rettilineo. Anche il passaggio dall’una all’altra forma di tutela contro l’infortunio *in itinere* ha fatto registrare incertezze, battute d’arresto, ripensamenti. Perché la “svolta” potesse dirsi definitivamente compiuta si sono dovuti attendere gli ultimissimi anni del Novecento. Il DE MATTEIS¹⁷ ha indicato in due pronunzie¹⁸ del 1998 il “conclusivo approdo” su cui “si è attestata la giurisprudenza di legittimità successiva”. La prima si riferiva al caso di persona “deceduta a seguito dell’incidente stradale occorso all’autobus di linea sul quale viaggiava per raggiungere dal luogo di residenza il posto di lavoro”; la seconda a quello di un giovane, investito “mentre a piedi rientrava al lavoro dopo aver desinato, durante l’intervallo...presso la propria abitazione sita nelle vicinanze”. In entrambe le ipotesi sarebbe stato vano ricercare un *quid pluris* che aggravasse il rischio del lavoratore. Tutti coloro che viaggiano sul medesimo autobus sono evidentemente esposti al medesimo rischio, così come lo sono tutti coloro che, alla medesima ora, percorrono a piedi la medesima strada. Eppure, *in entrambe le ipotesi*, la Suprema Corte ha ravvisato la configurabilità dell’infortunio *in itinere*. La motivazione più semplice e

¹⁷ *Op. cit.*, pp. 218-19.

¹⁸ Si tratta di Cass. 19 gennaio 1998 n. 455, che ha suscitato la più vasta eco di commenti (è pubblicata in *questa Rivista*, 1998, I, p. 123 con Nota di SCIOTTI, in *Riv. giur. lav.*, 1998, II, p. 641 con nota di COCUZZA, ed in *Foro it.*, 1998, I, 1, col. 781, con nota di FERRARI). E di Cass. 5 maggio 1998 n. 4535 in *Foro it.*, 1998, I, 1, col. 1792, annotata anch’essa dal FERRARI.

chiara è quella che si legge nella sentenza n. 455. In essa è detto, testualmente, che il “sinistro” costituisce infortunio *in itinere* qualora “tra l’esposizione al rischio della strada ed il lavoro vi sia un rapporto di stretta connessione, nel senso che il rischio sia reso indispensabile dalla prestazione lavorativa e non determinato da libera scelta del lavoratore”.

La stessa idea, in forma più elaborata, si ritrova nella concezione c.d. “finalistica”, ormai largamente accolta da parte della dottrina più recente¹⁹. Il lavoro viene preso in considerazione non più come un fattore che accentua il rischio della strada, bensì come il motivo che costringe il lavoratore ad affrontare quel rischio. Egli si mette in viaggio *perché* deve recarsi al lavoro. È questo scopo che conferisce un significato particolare al suo comportamento, differenziandolo - non già nel suo aspetto esteriore, materiale, ma nell’apprezzamento che il diritto ne fa, in termini di meritevolezza - da quello di chi compie lo stesso viaggio, e quindi affronta lo stesso rischio, magari seduto accanto a lui sullo stesso autobus, per motivi diversi, ad es., per andare a trovare un parente, o a visitare un museo; motivi, come ognuno intende, perfettamente leciti, ma ai quali il comune sentire, di cui la valutazione compiuta dal giudice è il filtro²⁰ non riconosce lo stesso valore sociale. Non a caso ho parlato di “meritevolezza”: il fenomeno presenta infatti spiccate analogie con quello che si verifica quando la tutela dell’ordinamento viene estesa, a norma dell’art. 1322, comma 2, c.c., ad un contratto atipico, avuto riguardo, appunto, alla sua causa, o funzione.

Quanto ai dati normativi, la Suprema Corte non si è spinta oltre l’esegesi dell’art. 2 T.U. n. 1124 del 1965, nella parte in cui fa riferimento all’occasione di lavoro, che, per la già rilevata unità del concetto di infortunio, deve riscontrarsi anche in quello *in itinere*. Ma un ruolo di primo piano, nell’orientare le sue decisioni, ha senz’altro avuto l’art. 4, comma 2, della Costituzione. Infatti, chi si reca al lavoro lo fa per “svolgere... un’attività... che concorre al progresso materiale o spirituale della società”. È precisamente nella valutazione in termini positivi di questa attività che si trova la giustificazione, la *ratio iuris*, della protezione a lui accordata già durante il percorso, per il suo carattere preparatorio, o strumentale che dir si voglia, rispetto all’adempimento della prestazione lavorativa che, come abbiamo visto, la Corte stessa ha avuto cura di porre in luce.

Il nuovo orientamento della giurisprudenza va quindi apprezzato non solo per l’esito cui è pervenuto, di estendere l’ambito di applicabilità della tutela antinfortunistica, ma, forse ancor più, per l’impegno posto nel “rileggere”, alla luce dei valori introdotti dalla Carta costituzionale, un testo normativo le cui origini risalgono ad epoca ben più remota, caratterizzata da tutt’altro clima storico politico.

¹⁹ Cfr. G. CORSALINI, *Gli infortuni in itinere*, cit., p. 37, ove riferimenti.

²⁰ Non dimentichiamo che appunto “sentire” è il verbo da cui deriva il sostantivo “sentenza”, che indica, perciò, un fatto di sentimento: cfr. lo splendido saggio di A. FALZEA, intitolato proprio *Fatto di sentimento*, composto originariamente per gli *Studi* in onore di F. Santoro-Passarelli, Napoli, 1972, VI, pp. 315 ss., ed ora in *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, 1978, pp. 439 ss.

8. Questo tuttavia non significa che la nozione di rischio generico aggravato sia oggi da rifiutare *in toto*. In alcuni casi essa può ancora trovare applicazione. Pensiamo, ad es., al contadino che per recarsi al lavoro debba percorrere un viottolo reso sdruciolevole dal fango o dal ghiaccio, portando con sé attrezzi ingombranti, come un badile od un rastrello, che ne rendono ancor più precario l'equilibrio. Ma una simile ipotesi, se poteva essere frequente un secolo fa, di certo non lo è più ai giorni nostri. Ciò che manca alla costruzione di Carnelutti non è il fondamento logico; a mio avviso il suo "difetto" è anzi quello di essere troppo logica, e quindi rigida, incapace di adattarsi al mutare dei tempi.

Si è visto come una delle due sentenze citate, del 1998, si sia dovuta occupare di un lavoratore che viaggiava su di un autobus di linea. Molti erano, già allora, anche quelli che si avvalevano della ferrovia. A questo proposito, pur sapendo che è indice sicuro d'invecchiamento, mi permetto un'autocitazione. Nello stesso anno, e nello stesso ordine di idee, riferendomi alla figura del "pendolare", scrivevo: "È vero che il rischio del treno è un rischio generico, in quanto ad esso tutti i viaggiatori sono esposti in egual misura; ma è altrettanto vero che per lui l'atto di prendere proprio *quel* treno ha una motivazione ben precisa: giungere puntualmente al lavoro. E se il treno deraglia, con tutto il suo carico di varia umanità, l'uomo comune non avrà dubbi: dirà che il pendolare è morto a cagione del suo lavoro. In questo modo di esprimersi, ignaro delle sottigliezze giuridiche, v'è un'intuizione che coglie nel segno: infatti la causa immediata e diretta della morte è stato il disastro ferroviario, ma il lavoro ne è stato la *causa causae*."²¹

Lo stesso può ripetersi per quanti si servano di battelli, o, specie in occasione di trasferte, di navi o di aerei: ipotesi, quest'ultima, ancora piuttosto rara tredici anni fa, ma non improbabile oggi, grazie all'art. 4 del D.Lgs. n. 38 del 2000, che ha esteso l'assicurazione obbligatoria anche ai lavoratori dell'area dirigenziale. Di un aggravamento del rischio dovuto al lavoro si può dunque continuare a parlare, ma solo per alcune forme di attività, che hanno ormai un certo sapore arcaico; diventa impossibile, invece, proprio di fronte alle figure d'infortunio *in itinere* che più si vanno diffondendo, come effetto (collaterale e indesiderato) del progresso.

9. L'appello, lanciato nel 1987 dal Persiani, a circoscrivere "l'indennizzabilità" dell'infortunio *in itinere*, per evitare "gravi conseguenze soprattutto di carattere economico"²², non è caduto nel vuoto. Finché la concezione carneluttiana ha avuto seguito, un limite sicuro era costituito dalla mancanza del *quid pluris*. Ma dopo?

Il "dopo" ha visto un ricorso, sempre più massiccio, al concetto di rischio elettivo. Secondo una definizione particolarmente accurata, esso "è configurabile in presenza di un comportamento del lavoratore abnorme rispetto al contenuto lavo-

²¹ Dottrina e giurisprudenza a confronto sull'occasione di lavoro, in questa Rivista, 1998, I, sul punto p. 430.

²² Cfr. lo scritto già cit. *retro*, alla nt. 15.

rativo e integrato da una scelta puramente volontaria e arbitraria del medesimo, diretta a soddisfare impulsi personali e tale da condurre ad affrontare rischi diversi da quelli inerenti alla normale attività, con conseguente perdita da parte dell'evento di ogni aspetto di professionalità"²³.

Sarebbe questo, secondo l'opinione ormai concorde della giurisprudenza, l'unico limite alla ravvisabilità dell'infortunio. Il punto più delicato, in tale prospettiva, è costituito dalla distinzione fra rischio elettivo e colpa del lavoratore. Il timore che il richiamo al primo venga usato come semplice paravento per attribuire, in pratica, alla seconda, quella rilevanza che le vien negata in teoria, è stato espresso già quasi cinquant'anni fa²⁴, e, come un fiume carsico, periodicamente riemerge, alimentando le discussioni.

A mio avviso è opportuno distinguere, anche qui, tra infortunio sul lavoro ed infortunio *in itinere*. Un'indicazione in questo senso si trova, del resto, anche nella giurisprudenza. Un'altra massima consolidata recita infatti: "Il rischio elettivo, configurato come l'unico limite alla copertura di qualsiasi infortunio in quanto ne esclude l'essenziale requisito dell'occasione di lavoro, con riferimento all'infortunio *in itinere* assume una nozione più ampia, rispetto all'infortunio che si verifichi nel corso dell'attività lavorativa vera e propria, in quanto comprende comportamenti del lavoratore infortunato anche contrari a norme di legge e di comune prudenza"²⁵. Il che val quanto dire che l'infortunio *in itinere* è ammissibile solo in un ambito proporzionalmente più ristretto, e la giustificazione di tale diversità di trattamento si suole indicare in ciò, che il suo rapporto col lavoro non è altrettanto immediato.

Per chi accolga la concezione finalistica decisivo è pur sempre lo scopo che con un dato comportamento si mira a conseguire. Quando l'infortunio avviene in attualità di lavoro, è abbastanza facile distinguere quello diretto all'adempimento della relativa prestazione, da quello suggerito invece da "impulsi personali", che con tale adempimento nulla ha a che vedere. Emblematico il caso²⁶ del muratore che, per cogliere una nidia di uccelli, si sporge dal cornicione dell'edificio su cui sta lavorando, perde l'equilibrio e precipita. Qui la scelta era fra un atto di adempimento della prestazione di lavoro e un atto ad essa totalmente estraneo; il muratore ha preferito quest'ultimo, e la configurabilità dell'infortunio è stata esclusa proprio e soltanto per tale ragione, non perché, sporgendosi nel vuoto,

²³ Cito da Cass. 21 settembre 2001 n. 15312, in *Resp. civ. prev.*, 2003, p. 1414, con nota di G. CORSALINI, ma in termini sostanzialmente non dissimili si esprimono tutte le altre decisioni di cui si abbia notizia: cfr., fra le più recenti, Cass. 18 maggio 2009, n. 11417, in *Foro it.*, 2009, I, 1, col. 2058.

²⁴ Da F.D. BUSNELLI, *In tema di c.d. "rischio elettivo" negli infortuni sul lavoro*, (nota critica a Cass. 14 aprile 1965 n. 679), in *Riv. giur. lav.*, 1965, II, pp. 404 ss.

²⁵ Cito da Cass. 10 settembre 2009 n. 19496 in *Foro it.*, Rep. 2009, s.v. *Infortuni sul lavoro*, n. 56. Nella specie una lavoratrice era stata investita da un treno, in stazione, mentre attraversava i binari, anziché servirsi del sottopassaggio: la Corte, ravvisando in tale comportamento una macroscopica imprudenza, ha escluso la configurabilità dell'infortunio.

²⁶ Riferito da DE MATTEIS e GIUBBONI, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Milano, 2005, p. 249.

avesse commesso un'imprudenza. Se si fosse sporto altrettanto per prendere un secchio di calce che un suo collega gli porgeva, il verdetto sarebbe stato, presumibilmente, diverso.

Più delicato è il problema per l'infortunio *in itinere*. Qui lo scopo non è quello di adempiere la prestazione lavorativa, ma solo quello di recarsi sul luogo in cui tale prestazione dovrà essere adempiuta. Il luogo di lavoro può essere raggiunto, però, in vari modi, almeno di regola: a piedi, in bicicletta, con l'autobus, ecc. Avremo quindi - ripeto, di regola - una pluralità di comportamenti possibili, tutti diretti al medesimo fine. Fra questi il lavoratore potrà e dovrà scegliere. Ma la sua scelta non sarà pienamente libera: di essa, infatti, potrà essere chiamato a rendere conto.

10. La mia impressione è, pertanto, che il ricorso al concetto di rischio elettivo comporti (mi si perdoni il bisticcio di parole) un grave...rischio: quello che il lavoratore venga assoggettato a controlli troppo penetranti per quanto riguarda la sua vita privata. A cominciare dalla decisione concernente la sua residenza, che - si afferma - può essere stabilita anche in luogo diverso da quello di lavoro, ma a condizione che la distanza fra l'uno e l'altro sia "ragionevole"²⁷. Ragionevole per chi? È chiaro che in caso di controversia l'ultima parola spetta al giudice, la cui valutazione sarà, inevitabilmente, soggettiva, e, per giunta, poiché si traduce in un apprezzamento di fatto, non soggetta a censura in sede di legittimità, sol che egli abbia cura di motivarla adeguatamente. Un mio amico, figlio unico, si alza, da anni, ad ore antelucane, e percorre ogni giorno, in treno, più di 300 km., pur di tornare, la sera, a far compagnia all'anziana madre, vedova. Se mai dovesse accadergli un infortunio potrebbe solo sperare di trovarsi di fronte un magistrato che si porti dentro, nel subconscio, un complesso di Edipo altrettanto ingombrante... Né va dimenticato che accanto ai limiti, più o meno avvertiti, di ordine psicologico, economico, ecc., qui possono rilevare anche limiti giuridici ben precisi. Se il lavoratore è sposato, nel fissare la residenza dovrà tener conto anche delle esigenze della moglie (la quale, nella maggior parte dei casi, avrà, anche lei, un lavoro extradomestico) e di quelle "preminenti" della famiglia (cfr. art. 144, comma 1, c.c.). Come potrà un giudice sindacare, *ab extrinseco*, la congruenza di una decisione, diciamo pure transattiva, in cui hanno trovato il loro punto di equilibrio interessi così numerosi e delicati?

Lo stesso criterio della "ragionevolezza" è stato invocato, com'è noto, per giustificare l'uso del mezzo di trasporto privato, in modo da dilatare un poco lo spiraglio, strettissimo, lasciato, a questo proposito, dalla formulazione letterale dell'art. 12 che pretende, addirittura, la "necessità". Sembra che l'argomentazione

²⁷ In questi termini si era già espressa Cass. 19 gennaio 1998, n. 455. cit.

abbia avuto successo²⁸. Ma anche così il lavoratore si troverà pur sempre in una situazione non facile sul piano processuale, e sgradevole su quello umano. Dovrà infatti provare che l'utilizzo del mezzo pubblico avrebbe comportato per lui disagi eccessivi, abbandonando allo *strepitus processus* tutti i dati concernenti le sue personalissime abitudini, o, magari i ritmi di vita che gli sono imposti dalle non perfette condizioni di salute. Sotto quest'ultimo profilo, allo stesso sacrificio della *privacy* dovrà rassegnarsi chi sia costretto a consumare i pasti a casa propria, perché il vitto della mensa aziendale o del ristorante con cui il datore di lavoro è convenzionato mal si addice al suo tasso di azotemia...

Non basta. La stessa distinzione fra mezzo pubblico e mezzo privato, come profilata dall'art. 12, ha un certo qual sapore libresco, perché, in realtà, esistono diversi mezzi pubblici, e diversi mezzi privati, sicché una scelta è necessaria pur nell'ambito dei primi, così come in quello dei secondi. Supponiamo che Tizio sia inviato, per motivi di lavoro, dal continente in un'isola, o viceversa; sarà libero di scegliere fra nave ed aereo, oppure quest'ultimo gli verrà consentito solo se dimostra, con certificato medico alla mano, di soffrire atrocemente il mal di mare?

Quanto ai mezzi privati, è evidente che quattro ruote danno maggior sicurezza di due. Il lavoratore che cada dalla bicicletta o dallo scooter sarà perciò tenuto a dimostrare che le sue condizioni economiche non gli permettono di acquistare nemmeno un'utilitaria di seconda mano? E se invece disponesse del denaro sufficiente per comprarsi, poniamo, anche una Ferrari, ma preferisse farne un altro uso, più conforme ai suoi gusti? Per tacere delle complicazioni, giudiziarie e familiari, cui andrebbe incontro, se venisse accertato che, in un eccesso di filantropia, quel denaro lo ha devoluto in beneficenza a favore di una "escort" minorenni... Sono domande che sorgono spontanee, quando si sente affermare, come spesso avviene, che è dovere del lavoratore scegliere, fra i vari mezzi di trasporto disponibili, quello meno pericoloso. Se questo è vero, mi sembra che non si possa più parlare di libertà, ma solo di discrezionalità, nel senso che a questo termine attribuiscono gli studiosi di diritto amministrativo, quando trattano del sindacato di merito cui può essere assoggettato un atto della pubblica autorità. Si avvicina forse il tempo in cui un giudice ci dirà che servirsi del proprio "motorino", anziché pren-

²⁸ Cfr. i riferimenti in G. CORSALINI, *Gli infortuni in itinere*, cit., pp. 57 ss. Ritengo opportuno far notare come questo orientamento sia in sintonia con le indicazioni che si ricavano da altre norme del nostro diritto antinfortunistico. Penso, in particolare, all'art. 6 del T.U. n. 1124 del 1965, sull'infortunio *in itinere* dei componenti dell'equipaggio. La dottrina dell'ultimo decennio, concentrata, in prevalenza, sull'esegesi dell'art. 12 del D.Lgs. n. 38 del 2000, lo ha lasciato un po' in ombra, e non sempre si è posta il problema del coordinamento fra le due norme. A mio avviso, la prima deve ritenersi tuttora in vigore, perché *lex posterior generalis non derogat priori speciali*. Orbene, in base ad essa la tutela permane "sempreché nel viaggio di andata o di ritorno" gli aventi diritto "non mutino *senza ragione* l'itinerario prestabilito". È facile desumerne, *a contrario*, che l'assicurazione copre anche le deviazioni, a giustificazione delle quali possa addursi una "ragione", cioè, tutte quelle che siano, appunto, "ragionevoli", e non solo quelle "necessitate", nel senso rigoroso del termine, cioè indispensabili. L'interpretazione più rigida dell'art. 12 introdurrebbe perciò nel sistema una disarmonia che la coerenza consiglia di evitare.

dere il filobus, per andare al lavoro, costituisce abuso di potere? Ecco un altro aspetto che varrebbe la pena di approfondire. Ma queste “noterelle” sono già anche troppo lunghe, ed è ora di scrivere la parola fine. Del resto, non avevo la pretesa di suggerire soluzioni. Concludo perciò con una (facile) previsione: malgrado l’impegno posto fino ad oggi sia dalla giurisprudenza, sia dalla dottrina, nello studio delle varie questioni concernenti l’infortunio *in itinere*, questo darà ancora ad entrambe molto filo da torcere. Coraggio, dunque, prepariamoci: domani si ricomincia.

RIASSUNTO

Prendendo lo spunto da un Convegno che si è tenuto a Loano (SV) il 25 febbraio u.s., alla cui organizzazione l’INAIL ha ampiamente partecipato, l’Autore espone alcune considerazioni sugli infortuni di cui i lavoratori restano vittime, mentre si recano dalla loro abitazione al luogo di lavoro e viceversa. Rileva come i rischi della strada siano grandemente aumentati in questi ultimi decenni, e richiama alcune importanti decisioni, specialmente della Corte di Cassazione, che hanno esteso l’ambito di applicabilità della relativa assicurazione, che spesso concorre con quella della responsabilità civile per i danni derivanti dalla circolazione di veicoli. Conclude accennando ad alcuni problemi cui ancora potrà dar luogo l’applicazione dell’art. 12 del D.Lgs. 23 febbraio 2000, n. 38, che attualmente regola questa materia, specialmente per quanto concerne il ricorso, da parte della giurisprudenza più recente, al concetto del c.d. “rischio elettivo”, dipendente, cioè, da una scelta arbitraria del lavoratore stesso, e per la sua distinzione da quello di colpa.

SUMMARY

The Author makes a few remarks on the accidents that occur to workers, on the way to work and back home. The idea came while attending a Conference held in Loano (SV) on February 25th this year, organized with a substantial contribution by INAIL. The author points out that the road hazards have greatly increased in the last decades. He recalls some relevant decisions, mainly by the Supreme Court, which have extended the liability of the insurance companies for damages caused by vehicle to a tort liability. He concludes by mentioning some problems that may still be caused by the application of art. 12 D.Lgs. February 23rd 2000 n. 38, which currently regulates this subject. In particular he refers to the fact that more recent Jurisprudence focuses on the so called *elective risk*, namely the one that depends on an arbitrary choice by the worker himself, as distinct from the concept of fault.