

FONDAMENTO E LIMITI DELL'ESONERO DEL DATORE DI LAVORO DALLA RESPONSABILITÀ CIVILE*

ROBERTO RIVERSO**

SOMMARIO

1. Premessa. - 2. La tutela primaria della salute. - 3. L'esonero esiste. - 4. La *ratio* dell'esonero. - 5. I limiti dell'esonero. Il danno differenziale. - 6. Danno complementare. - 7. L'onere di allegazioni e prova. - 8. Questioni in punto di specificità delle allegazioni e doveri del giudice. - 9. Assicurazioni INAIL del rischio da organizzazione (*mobbing*; fumo passivo) ed esonero. - 10. Limiti dell'esonero e dubbi costituzionali sull'adeguatezza della tutela.

1. Premessa

La riparazione del danno subito dal lavoratore (o dai suoi congiunti) al verificarsi di un infortunio o di una malattia professionale, si rivela una funzione tecnicamente complessa, più di quanto accada ordinariamente, dato che la riparazione risarcitoria si intreccia con la protezione sociale garantita dal sistema di assicurazione sociale obbligatoria INAIL. Si tratta di una funzione che risulta stimolante per gli interpreti del settore ai quali l'intreccio normativo suggerisce valutazioni sistematiche ed uno sguardo allargato nella prospettiva del dialogo tra i diversi saperi giuridici (col diritto penale, il diritto civile generale, la medicina legale, la previdenza sociale, il diritto processuale civile e penale).

Altro fattore che rende tecnicamente complessa la materia è data dalla pluralità di azioni che spettano all'infortunato ed eventualmente ai prossimi congiunti ed all'Istituto assicuratore verso soggetti diversi (datore, terzi corresponsabili; committenti), ma anche nei confronti l'uno dell'altro. Lo stesso INAIL può esercitare l'azione di regresso contro l'infortunato quando l'infortunio sia avvenuto per dolo del medesimo accertato con sentenza penale (art. 11 D.P.R. n. 1124/1965). Ma anche il piano dei danni risarcibili risulta articolato, se si considera come nel rapporto di lavoro sia normalmente coinvolta non solo la salute del lavoratore, ma anche la personalità morale del prestatore di lavoro (come si evince anche

* Relazione presentata al Seminario Nazionale Avvocati INAIL, tenutasi a Rimini dal 22 al 24 ottobre 2014.

** Magistrato Tribunale di Ravenna.

dall'art. 2087 c.c.): due beni costituzionali, la cui offesa è spesso implicata nella medesima vicenda lesiva. E ciò pone la necessità non solo di una valutazione complessa dei pregiudizi subiti dal lavoratore, ma anche di tracciare una linea di confine tra i due beni dell'integrità psicofisica e della dignità morale; una linea che si presenta però in perenne tensione, quanto più diviene estesa la concezione dell'uno o dell'altro bene coinvolto nel rapporto.

Al centro di questi snodi, tra i più complessi della responsabilità civile, si pone il principio dell'esonero del datore di lavoro dalla responsabilità civile, ancora scritto nell'art.10 del D.P.R. n. 1124/1965 e che è oggetto di molteplici dispute e vicissitudini; e del quale sono a tutt'oggi discussi la *ratio*, i limiti, la sua stessa esistenza.

Per esaminare questi temi occorre muovere dal monito, cui è intitolato questo convegno, il quale ci mette in guardia dal rischio - dell'interprete non meno che del legislatore - di incappare nell'eterogenesi dei fini. Un rischio presente nell'argomento dell'esonero ed in cui incorrono - come si dirà - coloro che negano l'esistenza dell'istituto o che ne riducono la *ratio* esclusivamente al principio della transazione sociale, fondata sul pagamento dei contributi.

Non si può parlare invece di eterogenesi dei fini, a proposito di quelle interpretazioni, soprattutto giurisprudenziali, che dopo l'introduzione del danno biologico nell'area dell'assicurazione obbligatoria INAIL avevano finito per privare i lavoratori (soltanto) del diritto all'integrale risarcimento del danno alla salute affermando che si doversero accontentare dell'indennizzo erogato dall'INAIL. E neppure si può utilizzare la stessa espressione a proposito di quelle tesi che a seguito del processo costituzionale di ampliamento del danno non patrimoniale *ex art. 2059 c.c.* ed in conseguenza della ritenuta esistenza di una categoria unitaria di danno (sostenuta dalle Sez. Unite nel 2008, peraltro non senza ambiguità); avevano in pratica negato ai lavoratori (soltanto) qualsiasi risarcimento del danno morale ed esistenziale, sostenendo addirittura un difetto di legittimazione passiva del datore in relazione alle medesime voci; reclamabili pure esse esclusivamente nei riguardi dell'INAIL in quanto riconducibili nel concetto di danno biologico, inteso in una dimensione così lata che esso non ha e non potrebbe avere, nemmeno con la benedizione delle Sez. Unite della Cassazione (come peraltro dimostra tutta la successiva giurisprudenza di legittimità).

A proposito di questi orientamenti giurisprudenziali non è il caso di parlare di eterogenesi dei fini, perché essi perseguivano intenzionalmente lo stesso cattivo fine di danneggiare soltanto il lavoratore (infortunato o malato per causa di lavoro). Si tratta semplicemente di tesi infondate perché incostituzionali sotto diversi parametri (artt. 2, 3, 32, 35). E non occorre qui aggiungere altro.

2. La tutela primaria della salute

Interessa supportare questa disamina ponendo una seconda premessa, ricavata

dagli artt. 32 e 41 della Costituzione che impongono di proteggere in modo pieno ed incondizionato la salute del lavoratore, alla stregua di un diritto fondamentale (e va rimarcato come non ci sia nella Costituzione altro diritto definito fondamentale). Di talchè per essere tale la tutela, la vera tutela, deve essere necessariamente improntata attraverso modalità preventive ed in tempi reali. Qui ed ora, nei luoghi di lavoro dove è necessario ridurre (in mille modi) lo scarto enorme che ancora esiste tra la proclamazione delle regole dettate a protezione della salute e la loro effettiva applicazione. Detto in maniera diretta: prevenzione primaria significa soltanto evitare e ridurre le malattie e gli infortuni. Promuovere quindi un modello di lavoro, ambiente e di vita in cui non prevalga l'accettazione del rischio come requisito costitutivo dell'attività lavorativa. Tenere conto anche qui del monito della Corte Costituzionale allorchè, in tempi non sospetti¹, nella sentenza n. 399/1996 (a proposito della tutela dal fumo passivo nei luoghi di lavoro) affermò che in caso di incompatibilità con la tutela della salute potrebbe discenderne non soltanto un obbligo di gestire il rischio esistente, ma anche un dovere di astensione da comportamenti leciti che permangono pur sempre rischiosi. In base allo stesso art. 41 Cost. quindi non dovrebbe ipotizzarsi conflitto tra l'esercizio dell'impresa e diritto alla salute; posto che quest'ultimo in quanto diritto fondamentale ed "incomprimibile" dell'individuo (Corte Cost. sentenza 309/1999) risulta preminente rispetto a qualsiasi esigenza di tipo economico. Se questa è la chiave di volta, se l'obiettivo prioritario che la Costituzione ci affida è quello della tutela primaria della salute e non la sua monetizzazione; nell'interpretazione del complesso ordinamento protettivo lavoristico, in ogni sua anche apparentemente lontana diramazione, deve essere preferita la tesi che meglio si impronti a questa medesima finalità e chiave di tutela; che riesca cioè ad attribuire agli istituti una più forte funzione protettiva di natura reale; anche se la stessa interpretazione potrebbe apportare una minore tutela protettiva di natura riparatoria, che va appunto considerata secondaria; ed anzi indice stesso dell'ineffettività del diritto del lavoro (come osservava L. MONTUSCHI in un saggio del 1994)².

Peraltro pur valendo solo in subordine - in caso di fallimento dell'obiettivo prioritario di prevenzione del danno e persino del pericolo - riparare ogni pregiudizio prodotto al lavoratore, nella sua integrità e molteplice manifestazione, resta un imperativo categorico minimale che la Costituzione impone di conseguire.

- 1 Un lessico diverso utilizza la Corte Cost. nella sentenza 85/2013 sul caso ILVA, allorchè, non senza sorpresa, ha affermato che non esisterebbe una gerarchia dei valori costituzionali, non esistono "diritti tiranni" e che ogni diritto, anche quello alla salute - fatto salvo il rispetto del nucleo essenziale - sarebbe discrezionalmente bilanciabile dal legislatore. Affermazioni che destano più di una riserva sia perché un diritto può benissimo avere "preminenza" su un altro in relazione alla posizione che occupa nell'ordinamento, senza che questa preminenza debba essere qualificata come "tirannica". Sia perché la Corte ha considerato in detto bilanciamento soltanto il diritto al lavoro e il diritto alla salute, tacendo completamente sulla libertà di iniziativa economica privata che pur costituiva la scaturigine di tutti le questioni controverse coinvolte nel caso ILVA.
- 2 L. MONTUSCHI, *Problemi del danno alla persona nel rapporto di lavoro*, in *RIDL*, 1994, 323.

3. L'esonero esiste

Alla luce di queste premesse, va qui respinta la suggestiva tesi secondo cui il principio dell'esonero non esisterebbe più nell'ordinamento³; pure essendo ancora lì, scritto nell'art.10 del T.U.: norma speciale intesa a regolare la pretesa del lavoratore di ricevere dal datore esonerato il danno differenziale, ma solo in presenza di un fatto che costituisca illecito penale perseguibile d'ufficio (ritenuto oggi in via incidentale anche soltanto nella sede civile, autonomamente azionabile rispetto al giudizio penale; e ciò al termine di un lungo percorso tracciato dalla Corte Costituzionale con le sentenze nn. 22/1976, 102/1981, 118/1986). Si tratta di un assetto regolativo, la cui perdurante efficacia è dimostrata anche dal successivo art.11 che in egual modo ed alle stesse condizioni regola la pretesa di rivalsa dell'Istituto assicuratore nei confronti del datore e di altri responsabili, pure subordinandola alla valutazione incidentale della responsabilità penale. Il principio dell'esonero perciò esiste ed è ancora l'asse portante del sistema regolativo.

Chi sostiene che la regola dell'esonero non esista più confonde il processo di ampliamento della risarcibilità del danno non patrimoniale (prima negato ed oggi risarcito anche con presunzioni) con le regole dell'imputazione delle responsabilità (di volta in volta dettate dall'ordinamento). Si sostiene che il lavoratore potrebbe chiedere al datore il danno differenziale con le stesse regole presuntive della colpa valevoli nell'ambito della responsabilità contrattuale; e dunque senza gravarsi dell'onere della prova dell'illiceità penale del fatto, la quale postula per sua natura la prova del compendio degli elementi oggettivi ma anche soggettivi costitutivi dell'illiceità penale (che non tollera presunzione alcuna). Si tratta di una tesi che pur essendo mossa dall'intento, sicuramente condivisibile de iure condendo, di ampliare le condizioni di risarcibilità del danno non patrimoniale recato alla persona del lavoratore; vorrebbe in pratica far sì che il danno biologico differenziale fosse risarcibile al lavoratore in base a presunzione di colpa contrattuale *ex art.1218 e 2087 c.c.*

Molti ostacoli si frappongono però all'accoglimento di questa tesi.

Contro questa stessa teorica muove, anzitutto, proprio la specialità della disciplina dettata dal T.U. per l'indennizzo di infortuni e malattie professionali attraverso la regola dell'esonero del datore di lavoro. La stessa Corte Cost. ha già notato in più di una occasione, fin dalla sentenza 134/1971 "come il sistema introdotto con la legge infortunistica non ingiustificatamente sia ispirato a criteri non in tutto uniformi a quelli del diritto comune".

D'altra parte la riconosciuta specialità del regime della tutela assicurativa sociale garantita dall'INAIL impedisce di riconoscere fondamento ai dubbi di legittimità costituzionale in relazione al fatto che la limitazione della liquidazione del danno biologico o non patrimoniale, in mancanza di prova della responsabilità

³ A. DE MATTEIS, *Assicurazione infortuni: perché non esiste più la regola dell'esonero*, in *RDSS*, 2, 2011.

penale del datore, potrebbe recare pregiudizio soltanto ai lavoratori; i quali per altro verso, come è noto, sono abilitati a pretendere l'indennizzo previdenziale (insieme ai loro eredi) anche nell'ipotesi in cui il fatto da cui sia derivato l'infortunio o la malattia professionale fosse fortuito o addebitabile a loro colpa, salvo la presenza del rischio elettivo.

Sul piano sistematico occorre poi che la legge (artt. 10 e 11 del T.U.) con perfetta simmetria assoggetta allo stesso regime dell'azione di danno differenziale quella di regresso dell'INAIL che è, pure essa, subordinata all'esistenza dell'illeceità penale del fatto. Talchè anche da questo punto di vista non si spiega una differenza di disciplina sulla base del medesimo testo normativo.

A questo proposito va ricordato come sulla stessa azione di regresso dell'INAIL - di recente potenziata nelle sue possibilità applicative prima dall'art. 2 della L. 123/2007, ed ora dal nuovo T.U. 81/2008 all'art. 61 - la Corte Costituzionale, già con la sentenza 102/1981, aveva interpretato l'analogo dettato normativo risultante dall'art. 10 (e 11) del T.U. nel senso che il titolo giuridico della responsabilità del datore di lavoro, e il conseguente diritto di regresso dell'INAIL, vada individuato nell'atto di accertamento (costituito da un sentenza di condanna penale ma anche da un pronuncia incidentale del giudice civile) "che i fatti da cui deriva l'infortunio costituiscano reato sotto il profilo dell'elemento soggettivo e oggettivo". Ed analoga pronuncia la Corte rese poi in favore del lavoratore che esercitava l'azione civile nei confronti del datore per ottenere il risarcimento del c.d. danno differenziale (Corte Costituzionale 118/1986).

Del resto la stessa Corte di Cassazione (sentenza 15715/2012) pronunciandosi proprio ai fini dell'azione di regresso ha specificamente affermato che l'INAIL debba farsi carico dell'onere della prova della colpa; smentendo espressamente la precedente sentenza 10529/2008 laddove si sosteneva che l'onere dell'INAIL che agisse in regresso fosse regolato dalla presunzione *ex* artt 1218 e 2087 sostenendo che "tale affermazione non appare coerente con i principi che regolano la materia".

Appare assai problematico, dunque, l'abbandono dell'assetto tradizionale della normativa e va ribadito come ancora oggi l'accertamento pregiudiziale demandato al giudice del lavoro debba essere effettuato con la stessa tecnica penalistica, senza che sia possibile alcuno scarto. Perciò la colpa va accertata in concreto, la causalità spiegata con il criterio della conditio sine qua non; la misura della prova deve superare la soglia del ragionevole dubbio; ma questo, va sottolineato, ai soli fini del danno differenziale; mentre per il danno complementare (esistenziale, morale, biologico temporaneo, biologico in franchigia, patrimoniale in franchigia) vanno adoperate, anche nello stesso giudizio, le comuni categorie (sostanziali e probatorie) proprie del diritto civile che sono meglio rispondenti all'esigenza di più congrua allocazione del danno, questione di cui si cura in generale il diritto civile. Accontentarsi della fattispecie oggettiva del reato, come sottende la Cassazione con la sentenza n. 9817/2008, porterebbe ad eliminare in

radice l'esonero del datore (non solo per danno non patrimoniale, ma anche per quello patrimoniale), perché in ogni caso di lesioni del lavoratore per infortunio o malattia (con violazione delle norme sulla prevenzione infortuni, fosse anche l'art. 2087 c.c.) esiste sempre una fattispecie oggettiva di un reato; ed anche di un reato procedibile d'ufficio essendo sufficiente ipotizzare (quando il periodo di inabilità fosse superiore a 40 giorni) soltanto una violazione di norma antinfortunistica o anche di una cautela non codificata ai sensi dell'art. 2087 c.c.

Ne uscirebbe stravolto lo stesso assetto della tutela assicurativa predisposto dal T.U.; come per il danno c.d. complementare il lavoratore potrebbe sempre adire oltre all'istituto assicuratore lo stesso giudice civile per chiedere il danno differenziale, a tal punto che l'azione di danno potrebbe divenire automatica. Non avrebbe più senso alcuno allora la sopravvivenza della stessa regola dell'esonero; perché prevederla per fatti la cui mera verifica obiettiva sarebbe sufficiente per superarla?

Contro questa affermazione (l'esonero non esiste) si pone anche la funzione deterrente che è indirettamente assolta dal meccanismo dell'esonero e della pregiudizialità penale (sul piano logico), nel momento in cui graduando la responsabilità in funzione della provata inosservanza di una regola di prevenzione, spinge il datore ad adottarla (come osservò la Corte Costituzionale n. 134/1971 a proposito dell'azione di regresso); se non vuole esporsi all'azione di danno differenziale ed a quella di regresso dell'istituto.

Funzione deterrente che verrebbe indebolita appunto in virtù di una tesi che porterebbe a chiamare il datore a rispondere comunque in giudizio nei confronti del lavoratore e dell'INAIL in via di regresso a prescindere dalla colpa, a prescindere dall'aver adottato o meno le misure di prevenzione, talché egli potrebbe essere disincentivato ad adottarle.

Si verifica perciò qui quella eterogenesi dei fini rispetto alla tutela primaria della salute del lavoratore che abbiamo posto come criterio prioritario dell'ordinamento da rispettare, e criterio interpretativo cardine di ogni istituto.

Si deve perciò concludere che "la regola dell'esonero esiste ancora". Mentre il superamento dell'assetto regolativo della materia e del principio dell'esonero del datore dalla responsabilità civile rientra invece nella discrezionalità del legislatore e presupporrebbe una riscrittura ampia del sistema assicurativo antinfortunistico; all'interno delle possibili scelte che il legislatore dovrà vagliare, ove si dovesse mai porre mano ad una simile riforma, forse riuscirebbe più utile e congrua la stessa eliminazione della categoria del danno differenziale che potrebbe essere attuata garantendo subito, in prima battuta da parte dell'INAIL, al lavoratore infortunato un'indennizzo previdenziale tendenzialmente uniforme ai criteri di liquidazione del danno di diritto comune (e fatta salva l'eventuale personalizzazione del danno).

Del resto ciò è stato espressamente affermato dalla Corte Cost. secondo la quale "il nostro sistema previdenziale-assicurativo in materia di infortuni sul

lavoro è fondato su equilibri di interessi, di diritti, di prestazioni. Ciò significa che l'integrale eliminazione dell'istituto dell'esonero - ormai circoscritta ad ipotesi assai limitate - comporterebbe una ristrutturazione del sistema che non potrebbe che essere opera del legislatore." (Corte Cost. n. 356 del 18 luglio 1991; v. pure sentenze nn. 22 del 1967 e 74 del 1981).

4. La *ratio* dell'esonero

L'opinione tradizionale riporta il principio dell'esonero alla tesi della *transazione sociale*, base dell'assicurazione sociale. Ed il connotato transattivo starebbe nella corrispettività tra contributi ed esonero: il datore che paga i contributi è perciò esonerato dalla responsabilità civile, salva l'illiceità penale.

Si tratta di uno schema logico riconosciuto in equilibrio con la Costituzione e fondato sul meccanismo della corrispettività, declinato più volte dalla Corte Cost. (a partire dalla sentenza 9 marzo 1967, n. 22). Ma che andrebbe oggi ripensato - come propone LUIGI LA PECCERELLA⁴ - laddove restringe l'area del parziale esonero dalla responsabilità civile al solo datore di lavoro, in quanto soggetto obbligato al pagamento dei contributi.

Mentre, in ragione della complessità che ha assunto il mondo del lavoro si avverte la necessità di estendere l'area soggettiva dell'esonero anche ad altre figure che non possono dirsi datori di lavoro. E ciò appunto allo scopo di allargare gli effetti benefici (di prevenzione generale e di deterrenza) che sono insiti nel meccanismo dell'esonero che gradua la responsabilità civile datoriale ed espone al regresso dell'istituto solo in ragione della accerta presenza di un colpa penale. Questo accade per il lavoro parasubordinato in cui non esiste un datore di lavoro, bensì un committente sul quale l'onere contributivo grava solo in parte, essendo la residua parte a carico del lavoratore.

E vi sono poi i casi in cui vi è dissociazione tra datore di lavoro formale e datore sostanziale: come nel lavoro somministrato e prestato in distacco, in cui il soggetto che paga i contributi (somministratore, distaccante) è diverso dal soggetto su cui incombe il dovere di sicurezza e che è tenuto a risarcire il lavoratore.

L'Autore⁵ osserva che negare l'esonero in questi casi (in quanto non rientrerebbero nella *ratio* della transazione sociale e della corrispettività, non trattandosi di datore in senso tecnico che pagano i contributi) potrebbe indebolire la funzione preventiva che esso esercita, ed indebolisce perciò la tutela della salute e del lavoro.

Negli stessi casi significherebbe anche che l'INAIL non potrebbe esercitare soltanto la speciale azione di regresso *ex art. 11* ma quella comune di surroga ai sensi

⁴ L. LA PECCERELLA, *Le azioni di rivalsa dell'INAIL ed il danno differenziale*, pag. 6, inedito.

⁵ L. LA PECCERELLA, *Le azioni di rivalsa dell'INAIL ed il danno differenziale*, pag. 8, inedito.

art.1916 c.c. (avvalendosi quindi delle presunzioni codicistiche in tema di responsabilità). Indebolendo ulteriormente l'effetto di deterrenza del sistema complessivo; siccome ricostruito ad es. dalle Sez. unite 3288/200 le quali attribuirono efficacia monitoria alla azione di regresso sostenendo costituissero pure una remora alla inosservanza delle norme poste a prevenzione degli infortuni ("del tutto coerente con i fini generali di prevenzione che presiedono alla disciplina, non sottraendo i diretti responsabili del danno all'integrità o 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 alla inosservanza delle norme poste a prevenzione degli infortuni.)".

D'altra parte non osta a questa interpretazione la mancanza di qualifica di datore di lavoro in senso formale o la mancata corresponsione dei contributi. Le Sez. unite 3288/2007 allo scopo di operare un'estensione dell'ambito soggettivo dell'azione di regresso INAIL avevano sostenuto che l'Istituto può agire in regresso non solo nei confronti del datore di lavoro, ma nei confronti di tutti coloro i quali, nell'ambito del lavoro tutelato, abbiano commesso fatti astrattamente configurabili come reati perseguibili di ufficio dai quali sia derivato il danno.

Da questo punto di vista quindi, non solo il regresso esiste ma, come propone LUIGI LA PECCERELLA, andrebbe esteso a tutti coloro che hanno un debito di sicurezza. La *ratio* dell'esonero andrebbe oggi legata più che al debito contributivo al debito di sicurezza o come dice LA PECCERELLA ad un bilanciamento di interessi e valori di rilevanza costituzionale. In altri termini, l'imprenditore (e non più il datore soltanto) che pure esercita una attività, quale quella produttiva, di interesse sociale e di rilievo costituzionale, è soggetto, al fine di garantire la sicurezza dei lavoratori utilizzati - che è anch'essa di rilievo costituzionale - ad obblighi di cautela e di diligenza più stringenti e cogenti di quelli gravanti sulla generalità dei cittadini; all'imprenditore che, adempiendo ai suddetti obblighi, ottemperi alle prescrizioni della normativa di prevenzione è riconosciuto l'esonero dalle comuni regole della responsabilità civile, quanto meno nei rapporti con l'INAIL. In sostanza l'esonero, secondo questa chiave di lettura, andrebbe collegato al "debito di sicurezza", sicché l'INAIL potrebbe esercitare il regresso, e non la surroga, nei confronti del soggetto sul quale - indipendentemente dalla sua qualificabilità come datore di lavoro - gravino specifici obblighi di prevenzione, per avere inserito un lavoratore nella propria organizzazione lavorativa⁶.

6 L. LA PECCERELLA, *Le azioni di rivalsa dell'INAIL ed il danno differenziale*, pag. 10, inedito.

5. I limiti dell'esonero. Il danno differenziale

Il principio dell'esonero opera entro limiti precisi. Esso è infatti l'asse portante di un sistema regolativo che per quanto innovato, ha mantenuta inalterata un'altra caratteristica peculiare, senza la quale nulla sarebbe intellegibile. Si tratta della caratteristica selettività o parzialità della tutela assicurativa INAIL. Pur avendo ampliato il proprio orizzonte di tutela obbligatoria, in varie direzioni, il sistema sociale di protezione INAIL era e rimane selettivo: non copre tutti i lavori; nè tutti i lavoratori; ma nemmeno tutti gli eventi e tutto il danno subito dal lavoratore.

Il sistema funziona entro limiti soggettivi ed oggettivi. Manca una completa socializzazione del rischio per infortuni e malattie professionali, come afferma testualmente la sentenza n. 26 del 2000 della Corte Cost. che ha ritenuto legittima *ex art. 3 Cost.* l'esclusione della tutela per alcune categorie di lavoratori agricoli autonomi. Non tutte le attività sono assicurate ma solo quelle c.d. pericolose e non tutti i soggetti sono assicurati ma solo quelli protetti. Non tutti i danni sono indennizzati ma solo quelli compresi nella polizza. Non tutte le ripercussioni dei danni assicurati sono indennizzati ma solo quelli standard.

Abbiamo così una prima tensione dialettica tra i due sistemi di riparazione, fondata su distinti parametri costituzionali (art. 32 e art. 38) che hanno di mira risultati diversi: perché il primo ha la funzione di riparare e prevenire il torto, imponendo la piena ed integrale tutela del diritto alla salute (e quella risarcitoria è la minima e subordinata delle tutele). Mentre, l'indennizzo previdenziale di cui all'art. 38, come chiarito dalla Corte costituzionale (sent. n. 87/1991), è finalizzato soltanto a garantire al lavoratore la libertà dal bisogno (*a garantire mezzi adeguati alle esigenze di vita*). L'erogazione dell'indennizzo corrisposto dall'INAIL non esclude quindi la necessità di rivolgersi al datore di lavoro quante volte, sussistendone gli specifici presupposti, il danneggiato intenda ottenere l'integrale ristoro del maggior danno subito e quantificato secondo i normali criteri civilistici.

Ed è qui, che va collocato l'ambito ed i limiti dello stesso esonero del datore di lavoro. Se il sistema assicurativo è selettivo, l'esonero sarà selettivo o come si dice più propriamente parziale. Si tratta certo di una selettività interna al sistema assicurativo (che vale cioè per le attività, i soggetti protetti ed i pregiudizi protetti); e che è stata descritta con mirabile sintesi dalla Corte Cost. allorchè disse "se non si fa luogo a prestazione previdenziale non c'è assicurazione; mancando l'assicurazione cade l'esonero" (nelle note sentenze nn. 356 e 485 del 1991). Ciò vuol dire che l'esonero da responsabilità civile vale per i soggetti e di danni coperti dalla stessa assicurazione obbligatoria, la cui individuazione, peraltro, è mutata nel corso degli anni (cfr. *ex plurimis*, Cass., nn. 3616/1996; 859/1997; 8182/2001; 1114/2002; 16250/2003 e da ultimo 10834/2010). L'esonero cioè riguarda il danno patrimoniale per invalidità temporanea, il biologico dal 6%, il patrimoniale dal 16%, la rendita ai superstiti. Non può riguardare altro. Il supe-

ramento dell'esonero con la speciale azione risarcitoria per danno differenziale può essere concepito soltanto per le medesime componenti di danno e solo esistendo responsabilità di rilievo penale, in presenza della quale (l'esonero viene superato) il datore torna ad essere appunto civilmente responsabile secondo le regole generali (nei confronti del lavoratore o dei suoi eredi), ma appunto per il solo danno quantitativamente superiore a quello oggetto dell'assicurazione INAIL. Essendo pure tenuto alle stesse condizioni a rispondere nei confronti dell'INAIL che agisca in via di regresso.

6. Danno complementare

Quando invece manchi l'assicurazione *ab origine* (e "cade l'esonero"), il giudice dovrà accertare ogni elemento della fattispecie costitutiva della responsabilità adoperando unicamente categorie civilistiche (della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale), sia sul piano sostanziale sia in relazione al profilo probatorio, senza alcuna pregiudiziale penale, né necessità di compulsare preventivamente l'INAIL per un danno che non è oggetto d'assicurazione (cfr. Cass. 1523 dell'8 febbraio 1993).

Perciò la regola dell'esonero - e del suo superamento solo in presenza di illiceità penale - non vale per il danno che esula *ab origine* dalla copertura assicurativa INAIL (c.d. danno complementare, definito pure differenziale qualitativo) come il biologico temporaneo, il biologico in franchigia (fino al 5%), il patrimoniale in franchigia (fino al 15%), il morale ed i pregiudizi esistenziali, il danno tanatologico o da morte *iure proprio* e *iure successionis*, la personalizzazione o ricadute soggettive del danno biologico); per ottenere il quale il lavoratore o suoi eredi possono agire nei confronti del datore secondo il diritto civile, azionando anche una domanda per responsabilità contrattuale (oltre che extracontrattuale); avvalendosi quindi se del caso dell'inversione dell'onere della prova della colpa, nella logica oramai assodata della responsabilità contrattuale *ex artt.* 2087 e 1218 c.c. Dunque la questione del danno differenziale e complementare è tutta qui, regolata da principi apparentemente chiari: esistono voci di danno subiti dal lavoratore e dagli eredi del lavoratore che sono assicurati dal datore presso l'INAIL e per le quali risponde direttamente l'istituto nei limiti stabiliti dalla legge. Se però il danno ascende, per le stesse voci, ad importi maggiori da quelli erogati in sede previdenziale ("eccede le indennità liquidate", art. 10 T.U.) questo limite può essere superato solo se nel fatto vi sia l'illiceità penale del fatto per responsabilità del datore o dei dipendenti di cui egli deve rispondere⁷. Per tutti gli altri

7 Ai sensi dell'art. 10 del T.U. si richiede pure che il reato sia procedibile d'ufficio; ma, come si dirà, tutti gli infortuni e le malattie professionali sono procedibili d'ufficio essendo sufficiente allo scopo la contestazione della violazione di una norma a carattere prevenzionale, fosse pure soltanto l'art. 2087 c.c.

danni, ovvero per le voci non assicurate all'INAIL, valgano i principi generali della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (nei confronti del lavoratore e dei suoi eredi)⁸.

Ergo in caso di operatività dell'assicurazione INAIL, tutte le azioni in materia di danno (spettanti al lavoratore o all'INAIL) sono condizionate dalla regola fondamentale dell'esonero parziale del datore da responsabilità civile; per inclusione o per esclusione.

Prima di affrontare una qualsiasi azione in materia di danno ma anche di regresso bisogna confrontarsi con questa regola, per capire come articolare causa petendi e petitum e come ottemperare agli oneri di allegazione e prova. Chi agisce in giudizio deve perciò chiedersi cosa sia e cosa non sia oggetto di esonero; ed in base a quali regole sia possibile superarlo. Se si parla ancora di esonero, è perché il principio ha rilevanti conseguenze pratiche; oltre che implicazioni sistematiche con cui bisogna fare i conti.

7. L'onere di allegazioni e prova

Ciascuno dei rimedi che l'ordinamento garantisce al lavoratore in caso di infortunio o malattia è legato a presupposti ed ad oneri di allegazione e prova differenti. Un conto è chiedere, anche all'interno dello stesso giudizio, il danno differenziale (biologico, permanente e patrimoniale; legato all'illiceità penale); altro conto è chiedere il danno complementare (biologico temporaneo, esistenziale, morale, alla capacità lavorativa specifica, tutti legati ai criteri generali della responsabilità civile); altra cosa ancora, è chiedere l'indennizzo assicurativo gestito dall'INAIL (condizionato dalla mera copertura soggettiva ed oggettiva dell'evento secondo le regole del T.U. n. 1124/1965). Non dovranno perciò mai confondersi i presupposti per l'erogazione di un indennizzo INAIL (basta un infortunio in "occasione di lavoro", anche con colpa esclusiva del lavoratore; oppure basta una malattia, addirittura con nesso causale presunto se tabellata), con i presupposti per la responsabilità penale e civile, che devono essere accertati in concreto in giudizio ai fini, rispettivamente, del risarcimento del danno differenziale e complementare. Come emerge da quanto fin qui esposto, la liquidazione del danno differenziale richiede per previsione normativa requisiti più rigorosi di quelli pretesi per la liquidazione del danno complementare, o dell'indennizzo assicurativo essendo necessario per il primo tipo di danno (e solo per esso) il

⁸ Cass. n. 9909 del 20 giugno 2003: In tema di assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro, l'esonero del datore di lavoro dalla responsabilità civile per i danni occorsi al lavoratore infortunato e la limitazione dell'azione risarcitoria di questi al cosiddetto danno differenziale nell'ipotesi di esclusione di questo esonero per la presenza di responsabilità di rilievo penale (a norma dell'art. 10 D.P.R. n. 1124 del 1965 e delle inerenti pronunce della Corte costituzionale), riguarda solo le componenti del danno coperte dall'assicurazione obbligatoria (fattispecie antecedente alla entrata in vigore del D.Lgs. n. 38 del 2000).

rispetto degli oneri fissati dall'ordinamento ai fini della dimostrazione dell'illeceità penale. Se così è, le domande di danno avanzate nell'ambito dello stesso giudizio (nei confronti dell'INAIL e del datore o di terzi) potrebbero portare anche a risultati contrastanti, che solo in apparenza possono essere ritenuti contraddittori; quante volte si finisce per negare la colpa del datore o addirittura la stessa malattia professionale in relazione ad una voce di danno ed ad affermare gli stessi elementi per un altro profilo di danno.

Da questa disciplina, discende dunque che il lavoratore o i suoi eredi che agiscano per ottenere danni differenziali debbono dedurre e provare tutti gli elementi costitutivi della responsabilità del datore ed *in primis* quelli incidentali relativi all'illeceità penale: e li debbono provare alla stregua delle categorie e delle regole di giudizio penalistiche e non solo secondo schemi civilistici, in particolare per quanto riguarda l'elemento soggettivo della colpa.

Altri problemi, nel raffronto tra i due sistemi protettivi di tutela della salute, scaturiscono dalle diverse nozioni di danno biologico accolte nell'ambito di ciascuno di esso; ed invero mentre in ambito civilistico vale un concetto dinamico e personalizzato del danno alla salute da risarcire; nell'ambito del sistema assicurativo amministrativo opera una concezione standardizzata che, per quanto aperta alle compromissioni di natura dinamica, ha pur sempre riguardo, nei valori di riferimento, ad una lesione recata ad un uomo medio; talchè al momento della liquidazione del danno differenziale biologico, dovranno essere esaminate singolarmente le varie componenti del danno, per verificare quali di esse siano estranee alla definizione di danno biologico INAIL; onde procedere ad un ulteriore risarcimento, trattandosi di pregiudizi diversi e ulteriori rispetto a quelli riconosciuti in sede INAIL.

In questo caso, quindi, ove il lavoratore abbia diritto all'indennizzo INAIL, sarà sempre necessario accertare (anche teoricamente, in caso di mancata erogazione) l'importo riconosciuto (o riconoscibile) dall'INAIL, per detrarlo dall'ammontare del risarcimento richiesto in giudizio. Occorre in pratica effettuare il calcolo dell'indennizzo INAIL in via incidentale, anche *ex officio*, in base ai criteri legislativamente previsti, detraendolo dall'ammontare complessivo del danno; questo perché il datore assicurato INAIL non può mai rispondere dinanzi al lavoratore (ma semmai solo in via di regresso nei confronti dello stesso INAIL) della porzione di danno indennizzabile dall'istituto previdenziale; e ciò in virtù della regola che stabilisce il suo esonero dalla responsabilità civile.

8. Questioni in punto di specificità delle allegazioni e doveri del giudice

Riconosciuto che le azioni di danno differenziale e complementare postulino, sul piano concettuale, oneri di allegazione e prova differenti a carico del lavoratore (e

che giammai sarà possibile liquidare un danno differenziale senza accertare in concreto una colpa del datore), non possono però condividersi le soluzioni formalistiche talune volte adottate in giurisprudenza sul requisito della specificità dell'allegazioni; ed in base alle quali sarebbe ad es. necessario che ai fini del danno differenziale la domanda contenga una puntuale e formale qualificazione dei fatti in termini di illiceità penale; così come sarebbe altrettanto fondamentale dedurre il preteso *quantum* in termini differenziali con l'indennizzo liquidato (o liquidabile) dall'INAIL. Perciò, in base a questi orientamenti restrittivi, si imporrebbe l'inammissibilità o il rigetto della domanda del lavoratore danneggiato senza alcuna istruttoria allorché il ricorrente ha chiesto genericamente il risarcimento del danno biologico senza limitare la pretesa al danno differenziale; oppure quando manchi la domanda amministrativa di indennizzo/rendita all'INAIL (per Trib. Monza 12 maggio 2009, n. 241 si tratta di domanda inammissibile per carenza di interesse ad agire); o ancora manchi l'allegazione di quanto ricevuto dall'INAIL oppure l'INAIL abbia respinto la domanda amministrativa.

Contrariamente a questi indirizzi deve sostenersi che, quanto alla prima condizione, se tutto si riducesse all'onere di allegazione in termini espliciti dell'"illiceità penale" del fatto, va pure detto che si tratterebbe di effettuare una qualificazione giuridica la quale rientra nei compiti del giudice dover pronunciare quante volte siano allegati gli elementi costitutivi dei fatti da qualificare. Pertanto, se si è allegata la sofferenza di gravi infortuni o patologie professionali, e si sono descritte condizioni di lavoro incompatibili con lo stato di salute; sussiste certamente l'allegazione di una responsabilità con violazione quantomeno *ex art. 2087 c.c.* (posto che il lavoratore non deve essere mai posto al lavoro in quelle condizioni). Ciò che vale ad integrare, ad un tempo, sia l'illiceità penale del fatto completo nei suoi requisiti (oggettivi e soggettivi) occorrenti per il danno differenziale; sia, a maggior ragione, quelli della responsabilità contrattuale *ex art. 1218 c.c.* bastevoli per la liquidazione del complementare (come il morale, per il quale è perciò sufficiente la fattispecie oggettiva del reato e la presunzione di colpa, essendo stato oramai attratto anche nell'area della responsabilità contrattuale).

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

Come detto, in materia di calcoli del differenziale, il giudice, non potendo mai condannare il datore assicurato INAIL al pagamento del *quantum* oggetto dell'assicurazione, dovrà anzitutto procedere a calcolare il *quantum* dell'indennizzo assicurativo *ex officio*; anche quando non è stata effettuata alcuna allegazione

circa la superiorità del risarcimento rispetto all'indennizzo; ed anche in mancanza di qualsivoglia indennizzo per difetto di riconoscimento INAIL; lo stesso farà anche nel caso in cui non è stata neppure richiesta alcuna prestazione all'INAIL posto che il comportamento del lavoratore non può determinare una maggiore esposizione del datore assicurato. L'esonero da responsabilità riconosciuto al datore di lavoro fino all'ammontare del danno indennizzato (o indennizzabile) dall'INAIL opera infatti *ex lege* e non può essere condizionato da una domanda o da una scelta del lavoratore (l'esonero non può, ad esempio, venir meno a seguito dell'inerzia del lavoratore che abbia lasciato decorrere il termine prescrizione per richiedere le prestazioni INAIL). In altre parole il lavoratore non può legittimamente disporre, annullandolo, del diritto del datore di lavoro al parziale esonero della responsabilità civile *ex art. 10 D.P.R. n. 1125/1965*. In tutti questi casi la domanda risarcitoria è ammissibile nei confronti del datore di lavoro, ma nei limiti del danno differenziale.

D'altra parte si potrebbe anche ipotizzare, in caso di mancata denuncia all'INAIL, una riduzione del danno ai sensi dell'art. 1227 c.c. restando a carico del lavoratore l'indennizzo erogabile dall'INAIL nel caso in cui per colpa non abbia richiesto tale indennizzo pur avendone diritto.

Sia l'INAIL che il datore di lavoro sono comunque debitori della sola prestazione posta dalla legge a proprio carico, senza alcuna solidarietà e con esclusione della possibilità per il lavoratore di richiedere l'integrale risarcimento del danno nei confronti del datore di lavoro, anche nel caso in cui non fosse stato ancora corrisposto l'indennizzo INAIL.

L'art. 10, sdoppia, infatti, la tutela del danneggiato in due obbligazioni divisibili e non solidali, con l'esonero parziale del datore di lavoro che, anche in caso di esclusiva responsabilità, non può essere condannato a pagare l'intero danno, ma solo il differenziale costituito dalle somme eccedenti le indennità erogate dall'INAIL.

“La norma di cui all'art. 10 D.P.R. n. 1124 del 1965, sesto e settimo comma, prevede che il risarcimento spettante all'infortunato sul lavoro o ai suoi aventi diritto sia dovuto solo nella misura differenziale derivante dal raffronto tra l'ammontare complessivo del risarcimento e quello delle indennità liquidate dall'INAIL in dipendenza dell'infortunio, al fine di evitare una ingiustificata locupletazione in favore degli aventi diritto, i quali, diversamente, percepirebbero, in relazione al medesimo infortunio, sia l'intero danno, sia le indennità. Tale danno “differenziale” deve essere, quindi, determinato sottraendo dall'importo del danno complessivo (liquidato dal giudice secondo i principi ed i criteri di cui agli art. 1223 e ss., 2056 ss. c.c.) quello delle prestazioni liquidate dall'INAIL, riconducendolo allo stesso momento cui si riconduce il primo, ossia tenendo conto dei rispettivi valori come attualizzati alla data della decisione” (Cass., 25 maggio 2004, n. 10035). Al momento della liquidazione il giudice, sussistendo la regola cardine dell'esonero, deve quindi detrarre dal *quantum* dei danni, quanto ottenuto o ottenibile

dall'INAIL per effetto dell'assicurazione obbligatoria; ed effettuare tale scomputo anche *ex officio*; non trattandosi di eccezione in senso stretto, ma di questione che attiene agli elementi costitutivi della responsabilità.

Le considerazioni che precedono evidenziano altresì che l'art. 10 del D.P.R. n. 1124/1965 costituisca un precetto di necessaria applicazione, anche in assenza di specifica allegazione, trattandosi di norma che prevede l'esonero del datore di lavoro dalla responsabilità civile: se non si applicasse l'art. 10 del D.P.R. n. 1124/1965 il datore di lavoro dovrebbe rispondere per intero del danno nonostante l'inclusione del danno biologico nell'ambito dell'assicurazione INAIL, dal momento che nessun esonero è previsto nell'art. 13 del D.Lgs. n. 38/2000.

Deve altresì ritenersi che - stante l'assoluta diversità delle cause aventi ad oggetto, da un lato, l'indennizzo, dall'altro, il danno differenziale - nella causa promossa dal lavoratore ed avente ad oggetto il risarcimento del danno biologico (differenziale) non sussista un'ipotesi di litisconsorzio necessario tra il datore di lavoro e l'INAIL, che può essere solo chiamato in causa per motivi di opportunità, ai sensi dell'art. 270 c.p.c. È indubitabile, infatti, che la decisione della controversia, sia essa di accoglimento o di rigetto, possa certamente essere adottata senza la necessaria partecipazione al giudizio dell'INAIL e che la sentenza non può considerarsi *inutiliter data* (Cass., 22 settembre 2004, n. 19003).

In caso di erogazioni di prestazioni previdenziali al lavoratore è invece utile richiedere all'INAIL, anche *ex officio* da parte del giudice, di fornire il prospetto dell'erogazioni effettuate con indicazioni del relativo quantum.

9. Assicurazione INAIL del rischio da organizzazione (*mobbing*, fumo passivo) ed esonero

Ovviamente influisce anche sui limiti dell'esonero ogni discussione relativa all'ambito soggettivo o oggettivo dell'assicurazione INAIL. Appena si estende l'operatività dell'assicurazione si estende di riflesso l'esonero. Se si estende la copertura assicurativa al *mobbing* o al fumo passivo o ad ogni altro danno che è comunque connesso col rischio ambientale o dell'organizzazione del lavoro (più che col rischio legato allo svolgimento della prestazione in senso stretto), ed allora occorre applicare coerentemente le stesse regole dell'esonero.

Com'è noto, i giudici amministrativi hanno negato possa esservi una tutela previdenziale assicurativa del *mobbing*, annullando le provvidenziali determinazioni prese dall'INAIL nei casi di compromissioni patologiche rilevanti sul piano psichico dagli illeciti datoriali che attengono all'organizzazione del lavoro, ivi definite come casi di "costrittività organizzativa". Si tratta delle decisioni assunte dai giudici amministrativi - Tar Lazio (sentenza 4 luglio 2005) e Consiglio di Stato, VI sez. sentenza n. 1576/2009 - secondo cui con i predetti atti l'INAIL avrebbe operato un'estensione *contra legem* della indennizzabilità delle malattie profes-

sionali, in quanto nel nostro ordinamento, l'art. 1 del cit. D.P.R. n. 1124/1965 condiziona l'intervento dell'assicurazione obbligatoria per le malattie professionali, anche non tabellate, alla sussistenza di un "rischio specifico" (e non già comune), cui è esposto il lavoratore addetto a determinate lavorazioni c.d. protette. La sentenza del Consiglio di Stato, laddove invoca l'intervento del legislatore per l'ammissione alla tutela delle malattie da *mobbing*, non sembrava lasciare spazio all'intervento della giurisprudenza, anche se la stessa soluzione determinava medio tempore un rilevante vuoto di tutela; e lo stesso vuoto non sembrava colmabile neppure con un giudizio di costituzionalità, attesa la discrezionalità del legislatore di delimitare la tutela assicurativa alle più diffuse e pericolose attività protette.

Nell'ambito della giurisdizione ordinaria, il giudice che volesse ottemperare al *dictum* dei giudici amministrativi, non dovrebbe allora porsi nessun problema di responsabilità INAIL, nè di esonero da responsabilità del datore in eventuale giudizio civile. Mancando l'assicurazione dovrebbe condannare al risarcimento il solo datore.

Non è escluso tuttavia che, valorizzando gli argomenti sistematici (rischio ambientale, sistema misto di tutela, nesso tra esercizio del lavoro e malattia psichica, incongruente distinzione tra conseguenze fisiche e psichiche della stessa organizzazione del lavoro), si possa ragionare diversamente dai giudici amministrativi ed accogliere le domande di indennizzo svolte nei confronti dell'INAIL da lavoratori vessati sul lavoro ed affetti da malattia psicosomatiche.

In ipotesi di domanda risarcitoria del danno biologico relativo al pregiudizio psichico derivante da *mobbing* (per costrittività organizzativa), il giudice del lavoro, che ritenesse di non seguire il CdS, dovrebbe poi operare i due calcoli (indennitario e di diritto comune) e condannare il datore al solo danno differenziale, sottraendo dal calcolo risarcitorio la posta relativa all'indennizzo previdenziale per danno biologico da mettere a carico dell'INAIL, e ciò - come già detto- anche *ex officio*.

Una soluzione simile ha adottato il tribunale di Roma (con sentenza del 15 ottobre 2009, giud. Orrù), il quale ha disatteso la soluzione del Consiglio di Stato; ed ha sostenuto che non sia preclusiva del riconoscimento della malattia psichica come malattia professionale indennizzabile dall'INAIL sulla base dell'insegnamento della Corte Cost. in materia di malattie non tabellate e sulla base di una nozione ampia di causa lavorativa. La stessa soluzione è stata seguita inoltre dalla Corte d'Appello di Roma 12 dicembre 2012 con la quale i giudici romani dopo aver affermato che "la nozione di causa lavorativa ricomprende non solo la nocività delle lavorazioni in cui si sviluppa il ciclo produttivo aziendale, ma anche quelle riconducibili all'organizzazione aziendale dell'attività lavorativa"; hanno conseguentemente liquidato ad un lavoratore mobbizzato (soltanto) il danno biologico differenziale e le altre voci autonome di danno.

L'indirizzo difforme da quello preso dai giudici amministrativi sulla tutela assi-

curativa del *mobbing*, ha ricevuto un avallo importante dalla sentenza della Corte di Cassazione (10 febbraio 2011, n. 3227)⁹, che ha ricondotto l'esposizione al fumo passivo subita dal lavoratore nei luoghi di lavoro nell'ambito del rischio della lavorazione assicurato presso l'INAIL ai sensi del D.P.R. n. 1124/1965; e pertanto indennizzabile dall'Istituto attraverso le prestazioni di legge; ribadendo così che la tutela obbligatoria contro le malattie professionali (artt. 1 e 3 del D.P.R.) si estende al c.d. rischio specifico improprio (ossia non strettamente insito nell'atto materiale della prestazione ma strettamente collegato con la prestazione stessa) ed al rischio ambientale.

Si tratta di una pronuncia di rilievo che si pone in aperto contrasto con la diversa opzione seguita dai giudici amministrativi secondo i quali anche dopo la sentenza della Corte Costituzionale n.178/1988 sono tutelabili dall'INAIL soltanto le patologie (ancorchè non tabellate) causate dal rischio specifico di una delle lavorazioni indicate nell'art. 1 del D.P.R. n. 1124/1965. La Corte di Cassazione ha mostrato invece di seguire una strada opposta nell'interpretazione della normativa, che richiederebbe a questo punto un intervento chiarificatore delle Sezioni Unite, anche per la delicatezza delle conseguenze che ne derivano sul piano risarcitorio (posto che quanto più si allarga l'area dell'indennizzo assicurativo, tanto più si restringe quella del risarcimento dovuto al lavoratore in conseguenza dell'esonero da responsabilità civile del datore di lavoro per le prestazioni assicurate INAIL e della sottrazione della relativa posta nella determinazione del danno differenziale.

10. Limiti dell'esonero e dubbi costituzionali sull'adeguatezza della tutela

Occorre anche evidenziare alcuni dubbi sulla congruità dell'assetto attuale della tutela INAIL (che è come dire della mancanza di esonero del datore). Un sistema selettivo come quello INAIL, in un ordinamento che sottopone a verifica la logicità e la giustizia delle scelte del legislatore; e quindi degli ambiti che sono lasciati fuori della tutela, pone subito il tema del controllo di costituzionalità. Non è un caso se il T.U. sia stato uno dei laboratori della giurisprudenza costituzionale: come ci ricordano l'ampliamento della tutela assicurativa con riguardo a malattie non tabellate, la copertura del danno biologico, l'inclusione di soggetti prima esclusi dalla tutela (collaboratori, familiari); l'ampliamento della risarcibilità del danno differenziale attraverso l'autonomia del giudizio civile rispetto a quello penale, la delimitazione del danno oggetto di aggressione nella rivalsa dell'Istituto.

⁹ Sulla quale v. il commento di A. DE MATTEIS, *Rischio ambientale e fumo passivo*, in *Rivista degli infortuni e della malattie professionali*, 2011, p. 20.

D'altronde quanto più si espande l'operatività della tutela assicurativa, tanto più diventano oggetto di criticità gli spazi che vengono tenuti esclusi. Il problema della giustificazione della carenza di tutela per alcune categorie di lavoratori non assicurati si pone soprattutto quando la nuova disciplina non appare più rispondente alla logica selettiva del criterio del rischio professionale, su cui era fondata l'assicurazione sociale originaria. Ciò si è accentuato con la riforma del 2000. La nuova tutela delineata con la riforma del T.U. pone anzitutto un problema di adeguatezza ai sensi dell'art. 38 Cost. dal momento che lascia scoperti da indennizzo molti lavoratori che presentano danni di lieve entità. La franchigia prevista per i danni valutati di grado inferiore al 6% riguarda infatti un numero elevato di eventi e di menomazioni pari circa al 23% delle malattie professionali (secondo una ricerca di fonte Inca Cgil)¹⁰.

Non vi è poi riconoscimento di danno patrimoniale per l'invalidità inferiore al 16%, che possono pure comportare per il lavoratore l'impossibilità di continuare la propria mansione; come accade per es. per i lavoratori edili affetti da ernia discale o discopatie lombari da movimentazione manuale di carichi e posture ingombranti o soggetti come ad esempio parrucchieri o infermieri che hanno contratto una dermatite o un'asma allergica e sono costretti a cambiare attività (e non rileva certo il fatto che l'INAIL non indennizzi la lesione della capacità di lavoro specifica ma soltanto quella generica). E si tratta di casi in cui spesso non vi sono neppure estremi di responsabilità datoriale. Andrebbe quindi valutata una proposta di riforma orientata all'abolizione della c.d. franchigia e alla revisione della tabella delle menomazioni, oltre che alla necessità di garantire adeguati strumenti di tutela quali la riqualificazione e la ricollocazione del personale ed un collocamento mirato per i lavoratori che hanno subito danni di lieve entità, con un'adeguata rendita di passaggio che li accompagni fino alla nuova mansione idonea¹¹.

C'è poi un altro dubbio sotto rispetto ai soggetti assicurati. L'aver ricompreso il danno alla salute in sé e per sé fra l'oggetto della tutela assicurativa da una parte; e l'aver allargato dall'altra l'area dell'indennizzabilità oltre quella della pericolosità obiettiva dell'attività (come ad es. per il rischio di infortunio *in itinere* addirittura secondo la giurisprudenza allargato a qualsiasi fatto anche doloso che accorra al lavoratore nell'ambito del cammino), pone un problema di disparità di tutela tra lavoratori destinatari dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni e lavoratori esclusi dalla stessa tutela (a cui rimane solo l'area della responsabilità civile ordinaria e nei limiti di essa).

¹⁰ S. PETRELLA, *Le malattie da lavoro scheda di documentazione*, in *Le malattie da lavoro*, a cura di C. SMURAGLIA, Ediesse, Roma, 2008.

¹¹ S. PETRELLA, *Le malattie da lavoro scheda di documentazione*, in *Le malattie da lavoro*, a cura di C. SMURAGLIA, Ediesse, Roma, 2008.

Ad es. se un soggetto non addetto ad alcuna attività protetta si fa male o muore in itinere mentre va al lavoro egli o gli eredi non ricevono soddisfazione di alcun tipo (né dall'INAIL, né dal datore di lavoro se non è in colpa); pur essendo il rischio della strada (che si incontra nel recarsi al lavoro e nel ritornare da esso) in tutto simile per l'uno o per l'altro lavoratore.

Non pare si possa parlare neppure a questo proposito di eterogenesi di fini. Si tratta semmai di adeguamento dei fini alla luce del principio di eguaglianza che più di ogni altro deve guidare i nostri passi in questa materia.

RIASSUNTO

Il principio dell'esonero del datore di lavoro dalla responsabilità civile, pur oggetto di molteplici dispute e vicissitudini, è ancora scritto nell'art. 10 del D.P.R. n. 1124/1965. Esso si pone al centro di tutti gli snodi che riguardano la complessa materia della protezione risarcitoria del lavoratore per infortuni e malattie professionali. Oggi ne sono discussi ancora la *ratio*, i limiti e la sua stessa perdurante esistenza.

SUMMARY

The principle of exemption of employer's liability, although subject to many disputes and vicissitudes, is still written in the article 10 of the Italian Presidential Decree No. 1124/1965. The issues affecting the complex subject of the protection of the worker compensation for occupational accidents and diseases are very significant. Today, the *ratio*, limits and its own continuing existence are still discussed.