

IL “DANNO DIFFERENZIALE” NEGLI INFORTUNI SUL LAVORO. LE DIVERSE PROPOSTE INTERPRETATIVE NELL’ATTESA DI UN INDIRIZZO DI LEGITTIMITÀ

ROLANDO DALLA RIVA*

SOMMARIO

1. La questione. - **2.** Gli orientamenti presenti in materia di “danno differenziale”. - **3.** Gli effetti della scomposizione delle singole voci di danno non patrimoniale sul fronte della regola dell’esonero e su quello previdenziale. - **4.** Prospettive interpretative. Attualità della regola dell’esonero. La possibile incostituzionalità e le conseguenze sulla questione del danno differenziale. - **5.** Natura delle prestazioni previdenziali e calcolo delle medesime. L’art. 38 della Costituzione e funzione delle prestazioni INAIL. - **6.** Le differenze “ontologiche” delle voci di danno nella responsabilità civile nel ristoro per equivalente. Conseguenze. - **7.** La cedibilità dei crediti non patrimoniali. L’indirizzo della Corte di legittimità. Conseguenze. - **8.** Il recupero della funzione anticipatoria delle prestazioni INAIL. Considerazioni conclusive.

1. La questione

Accingendosi a scrivere su un tema del genere non è fuori luogo chiedersi, innanzi tutto, se un approfondimento possa ancora essere utile, dal momento che sulla questione del danno differenziale nel diritto del lavoro sono presenti, ormai, moltissimi interventi della dottrina e un rilevante numero di sentenze della giurisprudenza di merito, che hanno scandagliato ogni possibile aspetto problematico della vicenda.

La materia ha dato spazio ad una pluralità di orientamenti, che si rifanno alle diverse “prospettive” interpretative quando si deve tracciare una linea di equilibrio tra i molteplici interessi coinvolti negli infortuni sul lavoro: da un lato la protezione degli infortunati da parte del sistema previdenziale e dall’altro il regime della responsabilità, con i conseguenti problemi di individuazione dei danni risarcibili, senza pretermettere, infine, i settori di contatto tra i due sistemi, allor-

* Avvocato INAIL in Vicenza.

ché si considerino le c.d. azioni recuperatorie dell'Ente previdenziale. Le soluzioni prospettate dalla dottrina non sono univoche e in alcune questioni appaiono addirittura configgenti, mentre la giurisprudenza in molti casi giunge a decisioni che possono attagliarsi al caso concreto, ma si appalesano di difficile astrazione al fine di creare un principio di diritto, anche perché spesso il metodo di calcolo non è facilmente intellegibile.

Nonostante il panorama legislativo sul fronte previdenziale possa dirsi “provvisoriamente completato” con il D.Lgs. n. 38 del 2000¹, che ha visto l'introduzione del danno biologico nel sistema di tutela previdenziale degli infortuni sul lavoro, a distanza di 15 anni da quella disciplina la Corte regolatrice non ha avuto modo ancora di pronunciarsi *ex professo* sulle numerose questioni di diritto “controverse”, e la mancanza di pronunce specifiche legittima la presenza della varietà di opinioni summenzionata, ognuna ispirata ad un particolare principio di diritto statuito in qualche sentenza della Corte che ha regolato altri aspetti di quella magmatica materia costituita dalla responsabilità civile degli ultimi anni.

Potrebbe non essere inutile, allora, affrontare ancora una volta la questione del danno differenziale negli infortuni sul lavoro che, come anticipato, agita e divide la giurisprudenza quando deve decidere in materia di risarcimento del danno per un infortunio sul lavoro e si trova nella necessità congiunta di pronunciarsi in tema di danno dell'infortunato e nella questione del recupero delle prestazioni erogate dall'Ente di previdenza deputato.

Qual è il punto di equilibrio? Come si garantisce un integrale risarcimento del danno subito? Come si evitano locupletazioni, possibili vista la concorrenza di plurime provvidenze economiche in favore dell'infortunato per il medesimo evento? La coesistenza di tutela risarcitoria da un lato e previdenziale dall'altro, crea il problema di possibili locupletazioni? Come si evita che il danneggiante o chi per esso sia - alla fine - tenuto a pagare una somma maggiore di quanto effettivamente dovuto?

In questo senso viene inteso il termine “danno differenziale”. Il tema, ad una prima lettura, non sembra di particolare rilievo, visto che si riduce al confronto tra grandezze, con riconoscimento in capo al danneggiato della somma risultante da tale confronto².

1 Emblematico, a proposito, lo stesso tenore letterale del primo comma dell'art. 13 del D.Lgs. 23 febbraio 2000, n. 38, che non sfugge alla consolidata tradizione del legislatore italiano di scrivere intenzionalmente norme “provvisorie” e “sperimentali”, lasciate poi indisturbate a vivere nell'ordinamento giuridico per decenni, affidandosi alla capacità di stabilizzazione dell'interpretazione giuridica: “In attesa della definizione di carattere generale di danno biologico e dei criteri per la determinazione del relativo risarcimento, il presente articolo definisce, in via sperimentale, ai fini della tutela dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali il danno biologico come la lesione all'integrità psicofisica, suscettibile di valutazione medico legale, della persona. Le prestazioni per il ristoro del danno biologico sono determinate in misura indipendente dalla capacità di produzione del reddito del danneggiato.”

2 Alcune delle questioni relative al medesimo problema sono state affrontate da chi scrive ne *Il c.d. danno differenziale nel diritto del lavoro*, in *Lavoro e Previdenza Oggi*, 2009, pag. 475 e seg.

Fino all'emersione del danno biologico nel campo del risarcimento del danno tale questione non suscitava quell'interesse che viene oggi riscontrato, infatti era indubbio che l'area del risarcimento del danno (e delle prestazioni previdenziali dell'INAIL) era esclusivamente quella della dimensione patrimoniale, unica conosciuta allora nel campo della responsabilità civile, essendo il riconoscimento di danni non patrimoniali di carattere eccezionale nel nostro ordinamento.

Al tempo, visto che le grandezze da confrontare erano ritenute di natura omogenea, per la determinazione del danno differenziale occorreva una mera operazione algebrica che faceva emergere l'eventuale porzione di danno non ristorato dall'indennizzo dell'Ente previdenziale riconoscendo - per questo pregiudizio - il diritto del danneggiato ad agire direttamente nei confronti del responsabile³.

Come è noto i problemi sono sorti qualora le voci di danno indennizzabili da un lato e risarcibili dall'altro vengano considerate di natura diversa; per talune di esse, attesa la peculiare essenza, esisterebbe una particolare tutela costituzionale tale da essere ritenute di stretta competenza del danneggiato.

Con le sentenze della Corte costituzionale del 1991 (pronunce del 15 febbraio 1991, n. 87, 18 luglio 1991, n. 356 e 27 dicembre 1991, n. 485) si è dato ingresso, nel rapporto tra sistemi previdenziale e del risarcimento del danno, ad una sorta di "scomposizione" del risarcimento del danno nelle singole voci. L'insegnamento che tradizionalmente scaturisce dalla serie di pronunce della Corte delle leggi sulla questione è il seguente:

- 1) la regola dell'esonero di responsabilità (del datore di lavoro) opera solo per quei pregiudizi che trovano ristoro nelle prestazioni previdenziali, mentre negli altri casi per i danni patiti in esito all'infortunio il danneggiato ha diritto di richiederne il risarcimento direttamente al danneggiante, secondo le regole comuni della responsabilità civile⁴;
- 2) solo per quei pregiudizi che trovano ristoro nelle prestazioni previdenziali si porrà un problema di calcolo del c.d. "danno differenziale", mentre per i rimanenti danni (che parte della dottrina identificò nei c.d. danni complementari)⁵ il danneggiato non potrà subire alcun pregiudizio dall'eventuale azione di recupero delle concorrenti prestazioni previdenziali da parte dell'Istituto assicuratore;

3 Beninteso nel rispetto del regime giuridico delle rispettive responsabilità che, per quanto riguarda l'azione nei confronti del datore di lavoro prevedeva la regola dell'esonero di cui all'art. 10 del T.U. n. 1124/1965, mentre nei confronti del terzo responsabile estraneo al rapporto di lavoro nel rispetto delle comuni regole di responsabilità civile.

4 Il precetto di cui alle note sentenze della Corte costituzionale era riferito al danno biologico che al tempo si riteneva estraneo alla copertura assicurativa. L'insegnamento è stato poi esteso a quelle altre voci di danno già presenti del sistema del risarcimento (per il danno morale il riferimento è alla sentenza Corte cost. n. 17 febbraio 1994, n. 37) ovvero individuate successivamente parimenti ritenute estranee all'indennizzo INAIL.

5 Il riferimento è a G. MARANDO, *Responsabilità, danno e rivalsa per gli infortuni sul lavoro*, Giuffrè, 2003, pag. 10 e, in particolare pag. 501 e 513, che fu il primo a proporre una simile impostazione.

- 3) di converso, l'azione recuperatoria dell'Ente previdenziale (indipendentemente dall'importo economico erogato) può essere svolta solo nei confronti (e nei limiti) di quei pregiudizi che trovano copertura nel sistema di tutela apprestato dall'ordinamento, mentre per i rimanenti la natura previdenziale delle erogazioni non consente di pregiudicare un diritto che spetta unicamente al danneggiato.

Ritenuta la natura strettamente patrimoniale delle prestazioni INAIL (presunta e, per verità, espressamente dichiarata non esaustiva)⁶ veniva sancito il principio secondo il quale l'area dell'esonero di responsabilità e del conseguente danno differenziale era da ritenersi sussistente unicamente per quelle voci di danno indennizzate dal sistema previdenziale (patrimoniali pertanto).

Per le rimanenti voci di danno (in particolare l'emergente danno biologico che veniva riconosciuto sempre più nel sistema del risarcimento del danno e per il danno morale) non essendovi "copertura" previdenziale il ristoro poteva, da un lato, essere direttamente richiesto al responsabile civile (secondo le ordinarie regole civilistiche e al di fuori dei presupposti dell'esonero dell'art. 10 del T.U. n. 1124/1965) e, dall'altro, tali poste non potevano essere oggetto di rivalsa dell'Istituto previdenziale⁷.

Con la riforma delle prestazioni per gli infortuni sul lavoro a seguito dell'emanazione del D.Lgs. n. 38/2000, il danno biologico è entrato a far parte delle provvidenze INAIL e, attesa la natura omnicomprensiva del danno non patrimoniale in uno con il principio del c.d. bipolarismo in materia di risarcimento del danno (come statuiti dalle note sentenze delle Sezioni unite della Corte di cassazione dell'11 novembre 2008, nn. 26972-75), viene da chiedersi come operi ora il calcolo del danno differenziale e quale sia il regime di responsabilità che governa la situazione soggettiva del datore di lavoro al verificarsi di un infortunio. L'obiettivo che viene proposto è quello di una "ricomposizione" delle diverse prospettive tale da realizzare - alla fine - un risultato di maggiore equilibrio possibile tra i diversi interessi coinvolti. Riconsiderando i problemi dei rapporti tra sistema previdenziale e sistema della responsabilità civile, forse è possibile proporre una soluzione della questione che sia caratterizzata da una certa prevedibilità e stabilità.

6 "È certo che la copertura assicurativa prevista dall'attuale sistema di assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali non ha per oggetto esclusivamente il danno patrimoniale in senso stretto - ove per tale si intenda la perdita o la riduzione di reddito - posto che la prestazione dell'INAIL spetta a prescindere dalla sussistenza o meno di una effettiva perdita o riduzione di guadagni dell'assicurato. Ma è altrettanto certo che la suddetta copertura assicurativa non ha per oggetto il danno biologico di per sé stesso e nella sua integrità (Corte Costituzionale sentenza n. 87 del 1991), posto che le indennità previste dal D.P.R. n. 1124 del 1965 sono collegate e commisurate esclusivamente ai riflessi che la menomazione psico fisica ha sull'attitudine al lavoro dell'assicurato, mentre nessun rilievo assumono gli svantaggi, le privazioni e gli ostacoli che la menomazione comporta con riferimento agli altri ambiti e agli altri modi in cui il soggetto svolge la sua personalità nella propria vita." (Corte cost. 18 luglio 1991, n. 356).

7 Molti sarebbero i riferimenti sul punto. Per una disamina delle questioni con i richiami dottrinari prima della riforma di cui al D.Lgs. n. 38/2000 v. s. GIUBBONI, *Assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e responsabilità del datore di lavoro*, in *Riv. Inf. Mal. Prof.*, 1999, I, pag. 39 ss.

2. Gli orientamenti presenti in materia di danno differenziale

La pluralità di interventi espressi in proposito può essere ricondotta a due filoni principali, che potremmo sommariamente descrivere come di seguito.

Il *primo orientamento* opera all'interno del principio di scomposizione precedentemente esaminato e determina il danno differenziale "posta per posta omogenea", sottraendo ad ogni singola voce di danno riconosciuto all'infortunato (in questo caso da un lato danno biologico "puro" o "statico" e dall'altro l'eventuale patrimoniale riconoscibile nel caso concreto) la corrispondente voce indennizzata dall'INAIL (da un lato il valor capitale della quota di danno biologico e dall'altro il valor capitale della quota di danno patrimoniale)⁸. Questo orientamento presuppone la diversità ontologica del danno patrimoniale da quello non patrimoniale (riaffermata dalle sentenze di San Martino della Corte di cassazione che conferma la natura bipolare del sistema risarcitorio) e non consente di effettuare delle operazioni compensative di carattere monetario in pregiudizio di danni personali il cui ristoro spetti in primo luogo al danneggiato.

Poiché, secondo la norma previdenziale di cui all'art. 13 del D.Lgs. n. 38/2000 ora l'INAIL indennizza da un lato il biologico e dall'altro il patrimoniale gli eventuali danni differenziali dovranno essere calcolati all'interno delle medesime voci omogenee; si parla pertanto di "danno differenziale biologico" e "danno differenziale patrimoniale".

Per questo orientamento le diverse soluzioni interpretative si rilevano eccessivamente penalizzanti delle ragioni dell'infortunato, soprattutto nell'ipotesi di assenza di un danno patrimoniale liquidabile con le regole di diritto comune per evento che avesse riportato una menomazione pari o superiore al 16 per cento. In simili casi è stato escluso che l'Ente previdenziale possa recuperare il c.d. "danno patrimoniale differenziale" avvalendosi delle somme liquidate, in ambito civilistico, per il danno non patrimoniale, in quanto "l'applicazione del metodo di determinazione del danno differenziale per poste complessive, confrontando nella loro interezza risarcimento civilistico e indennizzo previdenziale, porterebbe a svilire lo stesso dato normativo della comprensione del danno biologico nella copertura assicurativa INAIL, affermatosi a seguito delle indicazioni della giurisprudenza costituzionale (Corte Cost. nn. 356/91 e 485/91), finendo per tradursi in molti casi - segnatamente quando non si debba riconoscere al danneggiato, con i criteri propri della responsabilità civile, un danno patrimoniale futuro - in una sostanziale "indennizzabilità" del danno biologico in contrasto con i prin-

⁸ Essendo la rendita una prestazione periodica vitalizia composta dalla quota biologica e da una quota per le altre conseguenze ulteriori, si pone il problema dei ratei erogati dal momento della costituzione della stessa fino alla data del calcolo del valor capitale. La soluzione di maggior rigore sarebbe quella di ripartire i ratei erogati in quota al danno biologico, ovvero al danno patrimoniale nella stessa proporzione di rispettivi valori capitali.

cipi anche di ordine costituzionale che impongono la tutela della salute mediante l'integrale riparazione della lesione all'integrità psicofisica"⁹.

Ragionando diversamente si consentirebbe all'INAIL di "aggredire" indistintamente ristori che spetterebbero direttamente all'infortunato. L'argomentazione presenta un indubbio effetto persuasivo e trae origine da una rigorosa applicazione dei principi enunciati dalla giurisprudenza costituzionale: le mele si sommano alle mele e le pere si sommano alle pere; non è possibile effettuare operazioni di compensazione tra mele e pere pena lo sconvolgimento dei principi che presidiano l'integrale risarcimento del danno all'infortunato affermatosi a partire dalle note sentenze della Corte costituzionale del 1991.

Se per effetto della contemporanea erogazione di prestazioni previdenziali da un lato e di quanto ottenuto in sede di risarcimento dall'altro, l'infortunato si trovi a disporre di somme maggiori di quelle derivanti dal calcolo del danno civilisticamente inteso, ciò è dovuto ai diversi piani di intervento dei due sistemi di tutela. Secondo tale impostazione l'intervento previdenziale opera sul fronte assistenziale e pubblico ai sensi dell'art. 38 Costituzione, mentre il ristoro dovuto dal danneggiante opera sul piano del diritto civile propriamente inteso e con i limiti ad esso relativi. L'eventuale maggior somma derivante dalla concorrenza di tutele e, nel concreto, erogata dall'Ente previdenziale, attiene ad un profilo di intervento non sovrapponibile a quella civilistica e non fa altro che confermare la tutela costituzionale dell'infortunato per lavoro prevista nel nostro ordinamento, non determinando alcuna questione legata a "locupletazioni" che il danneggiato possa trarre dall'infortunio¹⁰.

Un *secondo orientamento* considera un unico danno differenziale calcolato per "poste complessive": in sintesi, alla sommatoria del danno biologico e patrimoniale civilisticamente riconoscibile all'infortunato (ma di sovente alla sommatoria di tutti i pregiudizi non patrimoniali e patrimoniali) viene sottratto l'*ammontare complessivo* del valor capitale della rendita unitariamente considerata (non distinguendo pertanto tra importi dei valori capitali del biologico previdenziale e patrimoniale previdenziale a cui si aggiungono i ratei erogati che costituiscono parte integrante della rendita).

La novità è costituita proprio dal metodo di calcolo del danno differenziale in quanto, "occorre (...) procedere alla determinazione del danno secondo i criteri civilistici, per poi effettuare un raffronto fra l'importo che ne risulta e l'ammontare delle prestazioni erogate dall'INAIL, riconoscendo in favore del lavoratore

⁹ Trib. Brescia, 13 gennaio 2011, n. 61; in tal senso anche Trib. Piacenza, 25 marzo 2009, n. 162; Trib. Genova, 28 maggio 2009, n. 2116; Trib. Genova, 10 giugno 2009, n. 2270; Trib. Varese, lav., 11 dicembre 2012; Trib. Trento, lav., 12 marzo 2013; App. Venezia, lav., 26 agosto 2011, n. 466; App. Venezia, lav., 22 gennaio 2013, n. 570.

¹⁰ Per una critica di questa impostazione v. G. LUDOVICO, *Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità del datore di lavoro*, Giuffè, 2012, pag. 277-278.

l'eventuale differenza. Tuttavia, per le ipotesi di invalidità pari o superiore al 16%, in cui l'INAIL eroga una rendita riferita per una quota al danno biologico e per l'altra alle conseguenze patrimoniali dell'inabilità permanente, il raffronto deve essere operato non posta per posta, ma avuto riguardo all'ammontare complessivo dei rispettivi ristori, esatto il disposto dei commi sesto e settimo dell'art. 10 del D.P.R. n. 1124/1965 (v. Cass. n. 10035 del 25 maggio 2004) e considerato inoltre che una diversa soluzione è suscettibile di comportare un ristoro superiore all'ammontare del danno effettivamente patito", come risulta dalla motivazione di una delle prime sentenze che si ispirano a tale principio¹¹. Tale pronuncia si muove dal principio affermato dalla Suprema Corte, come espressamente riportato nella motivazione, secondo cui "la norma di cui all'art. 10 del D.P.R. n. 1124 del 1965, commi sesto e settimo, 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 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"¹².

Nel concreto, all'ammontare monetario complessivo del danno biologico (calcolato secondo le tabelle in uso del Tribunale, ma in molti casi esteso anche alle altre voci di danno non patrimoniali attesa l'unicità della categoria) e del danno patrimoniale per la riduzione della capacità lavorativa, viene sottratto - ai fini del calcolo del "danno differenziale" spettante al lavoratore - la somma del *valor capitale complessivo* della rendita riconosciuta dall'INAIL e dei *ratei di rendita*

¹¹ Tra le prime pronunce in tal senso Trib. Bassano del Grappa, lav. 24 gennaio 2006, n. 59 (est. Attanasio); Trib. Vicenza, lav. 4 gennaio 2007, n. 321 (est. Dosi) con motivazione sul punto del tutto sovrapponibile. La questione è di particolare interesse per il Tribunale di Vicenza in quanto solo qualche mese prima (con la sentenza 10 ottobre 2006, n. 240) il medesimo estensore applicava per il calcolo del danno differenziale il metodo "posta per posta". Più recentemente, Trib. Vicenza, lav., 27 gennaio 2012, n. 149 (est. Laurenzi); Trib. Vicenza, lav., 6 dicembre 2013 n. 358 (est. Bianchi). A questo orientamento si ispirano anche le pronunce Trib. Vicenza, 22 gennaio 2013, n. 103 (est. Pesenti) e Trib. Vicenza, 7 maggio 2013, n. 643 del (est. Pesenti). È un orientamento presente in molte altre pronunce di merito: Trib. Lucera, sez. di Rodi Garganico 20 gennaio 2012, n. 16; Trib. Reggio Emilia, 7 marzo 2011, n. 330; Trib. Milano, 22 novembre 2010, n. 4852; Trib. Siena, 27 ottobre 2010, n. 554; Trib. Pisa, 3 giugno 2010, n. 733; Trib. Pistoia - sez. Monsummano Terme, 17 maggio 2011, n. 157; Trib. Montepulciano, 19 giugno 2009, n. 149; Trib. Piacenza, 4 giugno 2009; Trib. Milano, 8 giugno 2010, n. 7500; Trib. Milano, 22 giugno 2010, n. 2811; Trib. Milano, 29 giugno 2010, n. 2938.

¹² Cass., 25 maggio 2004, n. 10035. Per vero, nonostante questa sentenza sia stata quasi unanimemente citata nelle pronunce che si rifanno a questo orientamento, occorre osservare che la fattispecie sulla quale pronuncia è relativa al sistema di protezione infortunistica precedente alla riforma di cui al D.Lgs. n. 38/2000.

erogati fino al calcolo del valor capitale (che costituiscono null'altro che la parte della rendita già pagata).

Le sentenze che si ispirano a tale orientamento muovono in primo luogo dal dato formale dell'art. 10, settimo comma, del T.U. n. 1124/1965 il quale dispone che "quando si faccia luogo a risarcimento, questo è dovuto solo per la parte che eccede le indennità liquidate a norma dell'art. 66 e ss." e dalla necessità di evitare un'eventuale locupletazione dell'infortunato oltre al danno effettivamente patito. L'argomentazione di base è la seguente: a seguito della riforma del 2000 nella copertura indennitaria a carico dell'Ente previdenziale è entrato il danno biologico (voce omnicomprensiva del danno non patrimoniale) unitamente al danno patrimoniale (del precedente regime indennitario); ne consegue che non è propriamente corretto parlare di "danno biologico differenziale" e di "danno patrimoniale differenziale" nei casi di infortunio su lavoro, bensì di "danno differenziale complessivo" (biologico e patrimoniale).

Tale danno differenziale è rappresentato dalla sottrazione fra la somma delle voci di danno civilistiche riconoscibili in concreto all'infortunato e la somma delle corrispondenti indennità conseguenti a voci di danno indennizzate dall'INAIL.

In buona sostanza, tanto è irrilevante il disposto dell'art. 13 del D.Lgs. n. 38/2000 "a monte" ai fini del calcolo del danno civilistico, essendo la norma scritta solo al fine specifico di determinare l'ammontare delle indennità di tipo previdenziale, tanto deve essere irrilevante l'imputazione attribuita dall'Ente previdenziale alle somme erogate (purché all'interno delle voci di ristoro biologico e patrimoniale). Sotto un diverso profilo viene osservato che le voci che compongono la rendita INAIL a seguito della novella del 2000 devono intendersi come "categorie virtuali, metodi di calcolo attraverso i quali pervenire all'individuazione di una somma globale di equo indennizzo che viene considerato unitariamente, e che viene liquidato forfettariamente a prescindere dalla effettiva riferibilità all'una o l'altra categoria"¹³.

Secondo questa prospettazione, dalla previsione dell'art. 13 del D.Lgs. n. 38/2000 non nasce alcuna presunzione di danno biologico permanente propriamente civilistico (le tabelle medico legali dell'INAIL non sono adottate quale parametro legale per la determinazione del valore del danno biologico nel campo civile), né di danno patrimoniale civilistico (dovendo questo essere dimostrato secondo i principi comuni sulla dimostrazione del danno patrimoniale). Se così è allora anche l'ammontare complessivo dell'indennizzo INAIL non deve essere scorporato nelle voci del danno biologico e patrimoniale. L'operazione interpretativa è resa possibile anche dal fatto che l'elemento comune al ristoro, sia del danno biologico sia del danno patrimoniale, è il valore monetario con il quale viene effettuata la liquidazione.

¹³ In questi termini Trib. Vicenza, lav., 27 gennaio 2012, n. 149 (est. Laurenzi).

Un tratto condiviso delle motivazioni delle pronunce che si rifanno a questo secondo orientamento attiene a ragioni di equità in senso ampio, rinvenibile nel principio indennitario ovvero nella necessità che sia rispettato, nel campo della determinazione del risarcimento al danneggiato, il principio della c.d. *compensatio lucri cum damno*¹⁴. Si sostiene che diversamente opinando, qualora non si considerasse globalmente la predetta valutazione, nel calcolo differenziale verrebbe in alcuni casi a verificarsi un indebito arricchimento dell'attore che riceverebbe, per effetto del concorso di provvidenze, un biologico differenziale "puro" (dal danneggiante) e un maggior danno patrimoniale (dall'INAIL) che, in realtà, potrebbe non spettargli secondo i normali computi civilistici¹⁵. La soluzione interpretativa si ritrova in altre pronunce della giurisprudenza di merito che affrontano il problema del calcolo del danno differenziale¹⁶ ed è in linea con un orientamento già presente nella dottrina che si era occupata del danno differenziale alla luce del decreto legislativo n. 38/2000¹⁷.

L'effetto che tale orientamento produce è sicuramente una maggior semplificazione nel calcolo delle singole voci da risarcire e nelle voci da riconoscere all'Ente previdenziale ed è, comunque, da verificare se possa essere ritenuto preferibile a quello descritto in precedenza della "posta per posta".

Tra questi due orientamenti principali si registra l'opinione che propone una sintesi delle diverse posizioni e che offre una lettura costituzionalmente orientata dell'intera vicenda, tendente ad evitare l'evidente semplificazione dei rapporti introdotta da uno scorporo complessivo delle prestazioni previdenziali dall'inte-

¹⁴ In senso critico, ritenendo inconferente il richiamo alla teoria della *compensatio lucri cum damno* in relazione alle interazioni tra tutela risarcitoria e tutela INAIL v. M. BONA, *Accordi transattivi INAIL - Assicuratore R.C. auto e concorso di colpa: quali interazioni tra tutela risarcitoria e protezione indennitaria*, in *Resp. Civile e previdenza*, 2013, p. 1689. In tema di *compensatio lucri cum damno* si v. M. FERRARI, *I nuovi confini della "compensatio lucri cum damno"*, in *Il diritto degli affari.it* del 26 luglio 2014.

¹⁵ In questi termini, Trib. Arezzo, 9 gennaio 2007, n. 22. Questo orientamento è altresì accolto da Trib. Arezzo, 14 marzo 2007, n. 235; Trib. Vicenza, lav., 4 maggio 2007, n. 80; Trib. Bassano del Grappa, lav., 12 novembre 2007, n. 24; Trib. Vicenza, lav., 8 novembre 2007, n. 313; Trib. Pisa, lav., 6 marzo 2008, n. 19; Trib. Pisa, lav., 15 febbraio 2008, n. 1012; Trib. Terni, lav., 12 giugno 2008, n. 148; Trib. Vicenza, 19 agosto 2008, n. 1292;

¹⁶ Anche se il principio di diritto non viene espressamente formulato, giungono al medesimo risultato Trib. Rovereto, Lav., sent. 10 maggio 2005, n. 18; Trib. Milano, II Civ., sent. 10 maggio 2005, n. 5298.

¹⁷ Nel senso propugnato del danno differenziale per "poste complessive" e non per singole poste i primi interventi possono essere ricondotti a: A. DE MATTEIS, "L'evoluzione del sistema previdenziale in materia di danno alla persona. La regola dell'esonero e le eccezioni. Il danno complementare e differenziale" e L. LA PECCERELLA, *I rapporti tra indennizzo e risarcimento del danno da menomazione dell'integrità psico-fisica* - Atti del Convegno su *Il danno biologico, "differenziale", morale ed esistenziale dopo il D.Lgs. n. 38/2000 in Rassegna di Giurisprudenza del Lavoro del Veneto*, 2005, n.1, pagg. 27 e 48; L. LA PECCERELLA, *Il danno alla persona nell'infortunistica del lavoro tra indennizzo e risarcimento*, in *Riv. Inf. Mal. Prof.*, 2008, I, pag. 47 e segg. e, in particolare, pag. 75.

Per tali autori, comunque, l'importo da cui sottrarre le erogazioni dell'INAIL non comprende quelle voci di danno non patrimoniale escluse dalle coperture previdenziale (biologico temporaneo, morale e lesione di altri diritti costituzionalmente tutelati). V. ampiamente L. LA PECCERELLA, *Il danno alla persona nell'infortunistica del lavoro tra indennizzo e risarcimento*, cit.

ro danno civile dell'infortunato effettuato in maniera indifferenziata. Ciò comporterebbe altresì, come effetto conseguente, l'estensione della regola dell'esonero per tutti i pregiudizi derivanti da un infortunio sul lavoro. Una ricostruzione del genere viene vista come eccessivamente penalizzante per le ragioni dell'infortunato ed idonea a mettere in crisi la stessa regola dell'esonero, così come applicata dalle pronunce della Corte costituzionale del 1991. Anche perché dovrebbero comunque rimanere estranee al calcolo del danno differenziale, anche nel regime di tutela previdenziale successiva al 2000, quelle voci di danno (biologico al di sotto dell'intervento previdenziale, biologico c.d. "temporaneo", danno morale, la "personalizzazione" del danno biologico, altre voci di danno dinamico - relazionali) che non rientrano pacificamente secondo la comune opinione nella copertura degli indennizzi dell'INAIL, ritenendo per questo necessario, ogni volta che si tratta di risarcire il danno subito dal lavoratore assicurato, considerare autonomamente i singoli pregiudizi, soprattutto quelli di carattere prettamente soggettivo e personale, in precedenza espressione del danno morale e del danno esistenziale, i quali eccedono la sfera dell'indennizzo previdenziale assicurativo¹⁸.

Preservate, così, le legittime aspirazioni del danneggiato alla liquidazione civilistica dei pregiudizi estranei alla tutela sociale, vengono meno, per questa particolare prospettiva, le perplessità sull'utilizzo del calcolo per sommatoria, che risulta ancora valido quando si tratta di recuperare gli importi erogati per profili di danno ammessi alla tutela sociale in base al principio di indistinzione¹⁹.

Tutte queste autorevoli posizioni nascono dall'applicazione di condivisibili principi posti dalla giurisprudenza costituzionale, ovvero dalla combinazione di pronunce di legittimità, oppure, ancora, da fondamentali indirizzi interpretativi che si sono sedimentati nel tempo in materia di responsabilità civile. Tali fonti interpretative (in questa materia specifica) tuttavia sono state sottoposte a profonda verifica e "riordino" a seguito delle note pronunce della Corte regolatrice del novembre del 2008 che, pur non occupandosi espressamente della materia, ha introdotto (almeno per ora) i principi di "omnicomprensività" del danno non patrimoniale da un lato e del "bipolarismo" in materia di risarcimento del danno dall'altro, che non possono non avere effetti anche per l'argomento che ci occupa, determinando delle inevitabili incrinature interpretative nei citati orientamen-

¹⁸ In tal senso A. ROSSI in S. GIUBBONI, A. ROSSI, *Infortunati sul lavoro e risarcimento del danno*, Giuffrè, 2012, pag. 185 e segg. A tali conclusioni pervenivano anche alcuni primi commenti della riforma introdotta dall'art. 13 del D.Lgs. n. 38/2000. V. in proposito G. CORSALINI, *La tutela del danno biologico da parte dell'INAIL tra novità e continuità*, in *Riv. Inf. Mal. Prof.*, 2002, I, pag. 11 e segg., in particolare pag. 17.

¹⁹ In tal senso A. ROSSI in S. GIUBBONI, A. ROSSI, *Infortunati sul lavoro e risarcimento del danno*, Giuffrè, 2012, pag. 190. Si rifanno a questo orientamento: Trib. Arezzo, 20 aprile 2012, n. 351; Trib. Pistoia, 28 novembre 2011; Trib. Pisa, 3 settembre 2011, n. 330; Trib. Vicenza (già Bassano del Grappa), 2 dicembre 2013, n. 578.

ti. È per questo che, con ogni probabilità, si renderà necessario un ulteriore intervento della Corte per comprendere come e in che misura i precetti di cui alle note sentenze di San Martino si possano applicare con riferimento agli ambiti di interferenza tra il sistema previdenziale e il sistema della responsabilità civile da infortuni sul lavoro.

Infatti, gli orientamenti che si riportano in maniera rigorosa al principio di scomposizione possono trovare un limite nell'enunciazione della c.d. omnicomprensività del danno non patrimoniale, il quale dovrebbe costituire ora una categoria unitariamente considerata, non scomponibile in varie voci ontologicamente difformi.

Se si ritiene che esista un unico danno non patrimoniale dovrebbe discenderne che esso è indennizzato assieme al danno biologico *ex art.* 13 D.Lgs. n. 38/2000 in maniera unitaria e inscindibile (essendo le altre voci di danno come il morale e la lesioni di altri diritti inviolabili integralmente comprese). L'ambito di rivalsa dell'Ente che agisce dovrebbe, pertanto, estendersi a tutte le voci di danno non patrimoniale, non essendo attualmente più sostenibili diversità ontologiche tra voci di danno diverse all'interno del danno non patrimoniale. Diversamente, il giudice delle azioni di rivalsa dovrebbe essere investito dell'arduo compito di scorporare il *quantum* liquidato a titolo di danno biologico da quello assegnato ad altro tipo di danno, in quanto solo con riferimento alla prima tipologia di danno sarebbero esperibili le azioni di surroga e di regresso²⁰.

In altre parole, si giocherebbe, a parti invertite, una partita analoga a quella iniziata con le sentenze della Corte Costituzionale del 1991: allora veniva sostenuta la natura omnicomprensiva ed inscindibile del danno biologico, al fine di non consentire che una "quota" di esso fosse riconducibile alle prestazioni previdenziali e pertanto scorporabile²¹; ora, per coerenza, dovrebbe sostenersi l'inscindibilità delle voci del "nuovo" danno non patrimoniale attesa la sua natura "ontologica" omogenea.

Non è dato sapere se effettivamente l'intenzione delle Sezioni unite, nel ridefinire il nuovo statuto del danno non patrimoniale, sia stata quella di approdare a simili conseguenze nel disegno dei nuovi equilibri tra danneggiati ed Istituto previdenziale. È evidente, tuttavia, che con questo approdo interpretativo ci si allontana dai principi che la Corte, con ben quattro sentenze di seguito, aveva voluto

²⁰ Per queste considerazioni, svolte ben prima delle sentenze di San Martino del 2008, V. M.L. VALLAURI, *Brevi note sulla risarcibilità del danno biologico differenziale*. Nota a Trib. Roma 4 dicembre 2007, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, n. 6/2008 pag. 611. Occorre tuttavia osservare come la stessa Corte di legittimità si sia discostata in altre pronunce successive alle sentenze di San Martino dal principio di omnicomprensività, giungendo a riconoscere una autonomia ontologica al danno morale rispetto al biologico.

²¹ Potrebbe essere interessante rilevare come, seppur a fini indennitari, nel campo dell'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro, la c.d. bipolarità degli strumenti di riparazione del danno fosse già presente nell'art. 13 del D.Lgs. n. 38/2000: in esso troviamo molte analogie con le pronunce delle SS.UU. del 2008: la bipolarità appunto e la riconducibilità al danno biologico di tutti quegli aspetti dinamico relazionali propri del danno non patrimoniale.

affermare. Per questo orientamento la diversità ontologica delle voci di danno all'interno del danno non patrimoniale (pur apparentemente sconfessata nel nuovo statuto di tale danno) riaffiora nell'ambito del rapporto fra danneggiato - responsabile - Ente previdenziale. Anche perché - pur con l'estensione della copertura del danno biologico - potrebbe sostenersi l'estraneità dell'intervento previdenziale nei confronti del ristoro di aspetti (come quello relativo al "nuovo" danno morale ovvero alla lesione di diritti costituzionalmente riconosciuti) che possono non aver nulla in comune con il danno biologico in senso stretto ritenuto oggetto di copertura indennitaria.

Sotto un altro profilo, la riaffermazione del rigido bipolarismo (patrimoniale da un lato e non patrimoniale dall'altro) rischia di collidere con la proposta di calcolo del danno differenziale per "poste complessive" (ancorché limitato a quei pregiudizi oggetto di copertura previdenziale assicurativa), in quanto sembrerebbe indubbio che non possa operarsi (a vantaggio dell'Ente previdenziale) la possibilità di considerare come limite della propria rivalsa la sommatoria di due diversi ristori (biologico da un lato e patrimoniale dall'altro) che la Suprema Corte tiene distintamente separati²².

Basterebbero queste considerazioni preliminari per comprendere come l'approfondimento delle molte questioni legate alle interferenze tra il sistema previdenziale e quello del risarcimento del danno metta in luce le increspature delle diverse soluzioni proposte. Se le diverse scelte interpretative giungono a soluzioni di volta in volta configgenti con i principi da cui queste promanano, non è escluso che debba essere ridiscusso il "punto di partenza" da cui queste soluzioni partono²³.

²² Per questo orientamento nella quantificazione del danno differenziale occorre mantenere l'omogeneità dei valori a confronto nell'operare la detrazione INAIL, come diretta conseguenza del principio di scomposizione di cui alle sentenze della Corte costituzionale del 1991. "Solo detto criterio di computo, peraltro, si concilia con il principio del netto bipolarismo tra danno non patrimoniale e danno patrimoniale affermato dalle sentenze gemelle del novembre 2008, sicché a maggior ragione, non si può decurtare il danno biologico civilistico, appartenente all'ampia categoria del danno non patrimoniale, per effetto di importi che afferiscono invece a pregiudizio patrimoniale, ristorati con indennizzo INAIL." (Così App. Venezia, lav. - est. Parise, 26 agosto 2011, n. 466).

²³ Secondo l'impostazione fatta propria dalle pronunce della Corte costituzionale e poi recepita nella giurisprudenza di legittimità, le "incomprensioni" tra sistema previdenziale e sistema della responsabilità civile saranno sempre destinate ad esistere: da un lato abbiamo un sistema che fonda le sue previsioni (ed erogazioni previdenziali) sulla base di norme di legge e che pertanto sono tipicamente irrigidite dalla previsione normativa, dall'altro, invece, un sistema che è per la quasi totalità (con l'eccezione dei sinistri stradali per micro - permanenti) regolato dalla giurisprudenza, che, inevitabilmente, elabora categorie giuridiche ed economiche che nel tempo cambiano e si evolvono.

3. Gli effetti della scomposizione delle singole voci di danno non patrimoniale sul fronte della regola dell'esonero e su quello previdenziale

Se si risolve la questione legata al principio di omnicomprensività del danno non patrimoniale, affermando che questo possa utilmente governare il sistema della responsabilità civile senza tuttavia operare nei confronti del sistema previdenziale, dove occorre far riemergere le distinte voci di cui è composto²⁴, la soluzione del confronto tra singola voce di danno sembra essere quella maggiormente coerente all'impostazione data dalla Corte costituzionale negli anni '90 del secolo scorso e all'evoluzione della giurisprudenza di legittimità sul tema.

L'accettazione di questa prospettiva, che sembrerebbe dogmaticamente fondata, non è, tuttavia, esente da evidenti incongruità, che emergono nell'analisi delle numerose situazioni sperimentate da chi opera in questo settore. Tale orientamento - come si è esaminato sopra - comporta la parcellizzazione della responsabilità del datore di lavoro, con due diversi regimi di responsabilità (quella ordinaria di cui alle obbligazioni civili da un lato e l'esonero di cui all'art. 10 del T.U. 1124/1964 dall'altro) a seconda se il pregiudizio conseguente all'infortunio sia escluso oppure sia oggetto di copertura previdenziale²⁵.

È pur vero che le distinzioni tra i due regimi di responsabilità si sono nel tempo assottigliate ad opera della progressiva erosione dell'esonero di responsabilità operata dalle pronunce della Corte delle leggi e dalla Corte di legittimità²⁶. Tale sistema di responsabilità differenziata, tuttavia, è tuttora presente nel nostro ordinamento a meno di una interpretazione abrogatrice che, forse, non è ancora possibile.

Considerate le voci di danno (o, forse, più correttamente i pregiudizi) conseguenti all'infortunio sul lavoro come elaborate attualmente dalla giurisprudenza, l'attuale "mappa" della responsabilità del datore di lavoro risulta dalla tabella a pagina seguente.

²⁴ Affermazione che dovrebbe essere oggetto di dimostrazione oltre che di enunciazione. Sul punto v. Trib. Varese, lav., sent. 11 dicembre 2012 (est. Fumagalli). Secondo tale orientamento "l'operazione di liquidazione del danno non patrimoniale - che comprende la componente biologica e morale - deve essere effettuata con operazioni parzialmente differenti rispetto ad altri campi del diritto civile e cioè scorporando le differenti voci di danno posto che non tutte quelle spettanti al lavoratore sono soggette alla tutela assicurativa. In altre parole, in campo lavoristico, è talvolta necessario "separare" ciò che la Cassazione ha unito al solo scopo di evitare duplicazioni (...)"

²⁵ V. ampiamente sul punto: L. LA PECCERELLA, *Il danno alla persona nell'infortunistica del lavoro tra indennizzo e risarcimento*, in *Riv. Inf. Mal. Prof.*, 2008, I, pag. 78 e segg.

²⁶ Progressivo venir meno della pregiudizialità penale e valorizzazione del debito di sicurezza di cui all'art. 2087 del c.c. con l'affermarsi dell'onere della prova "liberatoria" a carico del datore di lavoro anche nelle ipotesi di esonero; allargamento dei poteri del giudice civile in ordine alla sussistenza dei requisiti oggettivi del reato e limitazione della regola dell'esonero ai soli pregiudizi indennizzati dal sistema previdenziale.

	inferiori al 6%	dal 6% al 15%	oltre il 16%
danno PATRIMONIALE astensione dal lavoro (lucro cessante)	ESONERO D.L. DIFFERENZIALE		
danno PATRIMONIALE PERMANENTE (danno emergente)	REGOLE CIVILISTICHE ALL'INFORTUNATO		ESONERO D.L. DIFFERENZIALE
SPESE MEDICHE E PROTESI	ESONERO D.L. DIFFERENZIALE		
DANNO NON PATRIMONIALE			
DANNO BIOLOGICO "BASE" O "STATICO"	REGOLE CIVILISTICHE ALL'INFORTUNATO	ESONERO D.L. DIFFERENZIALE	
DANNO BIOLOGICO "PERSONALIZZAZIONE"	REGOLE CIVILISTICHE ALL'INFORTUNATO		
DANNO BIOLOGICO TEMPORANEO	REGOLE CIVILISTICHE ALL'INFORTUNATO		
DANNO MORALE	REGOLE CIVILISTICHE ALL'INFORTUNATO		
ALTRI DANNI COSTITUZIONALMENTE RILEVANTI	REGOLE CIVILISTICHE ALL'INFORTUNATO		

Per ogni singolo pregiudizio (oggetto o meno di copertura previdenziale secondo la teoria della scomposizione) viene riportato, in relazione alla diversa gravità, il relativo regime giuridico della responsabilità del datore di lavoro (esonero di responsabilità del medesimo secondo il T.U. n. 1124/1965, oppure responsabilità contrattuale secondo le comuni regole civilistiche) con l'ammissibilità del danno differenziale per l'eventuale maggior somma civilistica, ovvero l'esclusiva spettanza all'infortunato (danno complementare).

Già al primo sguardo la tabella denuncia una complessità difficilmente sostenibile in una materia così delicata come quella del risarcimento del danno. La combinazione delle diverse voci di danno con i diversi gradi del medesimo genera (per ora) 10 situazioni diverse disciplinate dalle regole sopra riportate.

Come è intuibile notare, il regime di responsabilità non cambia solo in considerazione della **voce di danno** presa in esame (che può essere considerata danno complementare o differenziale a seconda sia esclusa o compresa nella tutela previdenziale), ma, addirittura all'interno della stessa voce, il **regime di responsabilità cambia a seconda della gravità**, atteso che l'intervento previdenziale prevede delle soglie di copertura al di sotto delle quali opererebbe un sorta di "franchigia" (con un termine mutuato dalla scienza delle assicurazioni private).

Ebbene, se da un punto di vista dogmatico tale sistema regge, nell'analisi di dettaglio delle molte situazioni che l'esperienza ci consegna emergono i limiti di una tale impostazione.

In primo luogo non può non essere notato come il regime di responsabilità sia legato ad un elemento (gravità del danno, in quanto da tale fatto dipende l'intervento previdenziale) che suscita a sua volta interrogativi.

Occorrerebbe chiedersi quale valutazione di danno determini l'esonero o meno: quella civilistica basata sulle tabelle medico - legali di maggiore diffusione? Quella basata sulle tabelle delle menomazioni utilizzata dall'Ente previdenziale? La rigorosa applicazione dei principi affermati dalle sentenze costituzionali degli anni '90 (oltre che l'impossibilità di valutazioni univoche, viste le diverse tabelle civilistiche esistenti) comporta che debba essere preferita quest'ultima tra le ipotesi considerate, in quanto l'intervento previdenziale è legato ad una valutazione del danno effettuata in via autonoma dall'INAIL; tale soluzione, tuttavia, presenta come conseguenza la consapevole accettazione che questa "unilaterale" valutazione (effettuata a fini previdenziali) riverbera effetti sul regime di responsabilità civile del datore di lavoro. Questa conseguenza pare in contraddizione con gli stessi postulati da cui muovono le sentenze della Corte delle leggi.

Superato comunque questo problema, risulta che un danno biologico inferiore al 6% è soggetto alle regole di responsabilità delle obbligazioni contrattuali, regime ben più stringente di quello previsto per un danno biologico più grave, dove è prevista la regola dell'esonero, attesa la copertura previdenziale da tale soglia. Parimenti dicasi per il danno patrimoniale permanente il quale, se derivante da un infortunio entro il grado biologico del 15%, è sottoposto alle regole delle obbligazioni contrattuali, mentre se è pari o superiore al 16% rientra nell'esonero di cui all'art. 10 del T.U.

È congrua (e ragionevole) tale differenziazione laddove il danno meno grave è sottoposto ad un regime di responsabilità più severo a carico del datore di lavoro (presupposti legittimanti la responsabilità derivanti da un fatto - reato, onere della prova, limitazione alla differenza di quanto erogato dall'INAIL) rispetto al danno di maggiore gravità?

Ma l'analisi dei molti casi che l'esperienza ci consegna mette in luce un altro problema. Come è stato detto e ripetuto autorevolmente: al di sotto dell'intervento previdenziale non vi è esonero, atteso che l'INAIL considera tali eventi in franchigia. Questa affermazione non regge l'analisi dei fatti.

Ancorché si utilizzi il termine "franchigia" mutuato dalla scienza assicurativa privata, come sopra si è anticipato, tale lemma non ha lo stesso significato nel campo della tutela infortunistica INAIL. Il sistema di tutela dell'INAIL, con l'istituto delle c.d. preesistenze, è radicalmente diverso dalla franchigia classica delle assicurazioni private²⁷; può capitare che un evento di modesta entità che non darebbe luogo di per sé ad intervento previdenziale si cumuli con preesistenze infortunistiche con la conseguenza del riconoscimento di prestazioni previdenziali (e, pertanto, regola dell'esonero).

Lo stesso evento, qualora fosse il "primo" della storia infortunistica di quel lavoratore, dovrebbe essere escluso dalla regola dell'esonero e sottoposto alla comune disciplina civilistica. È congruo e ragionevole che il regime giuridico della responsabilità del datore di lavoro (e delle relative azioni degli altri soggetti coinvolti) dipenda dall'accidente casuale dovuto all'unicità del fatto o dalla presenza di preesistenze?

Si giungono alle medesime, incerte, conclusioni anche quando si osserva che mentre nella valutazione civilistica del danno questa solitamente avviene in un'unica previsione di tipo "prognostico", quella effettuata in ambito previdenziale non risulta "definitiva" in quanto è sottoposta al regime delle revisioni di cui all'art. 83 del T.U. n. 1124/1965, che consente all'Istituto assicuratore di seguire e valutare il decorso dei postumi entro un tempo di 10 anni se trattasi di infortunio e di 15 anni se trattasi di malattia professionale.

Anche in questo caso, che succede se per effetto di questa revisione (norma cogente prevista dall'ordinamento previdenziale) l'evento "transita" da una colonna all'altra della tabella che sopra si è riportata? Secondo la rigorosa applicazione dei principi giurisprudenziali esaminati, il regime di responsabilità dovrebbe passare da quello delle obbligazioni a quello dell'esonero (o viceversa). Si comprende bene come tale eventualità (che si verifica con frequenza maggiore di quello che ci si potrebbe aspettare) metta in crisi tale impostazione, che non può mutare a seconda (anche qui) di contingenze fattuali soggette a mutamenti

²⁷ Da un lato abbiamo un Ente che segue la storia infortunistica del soggetto tutelato, dall'altro abbiamo interventi assicurativi legati a singoli episodi oggetto di assicurazione e rientranti del rischio assicurato. Ogni evento infortunistico sul lavoro è tutelato dall'INAIL (quantomeno per le conseguenze temporanee invalidanti) e la valutazione del danno (anche se non dà luogo a prestazioni previdenziali legate alla menomazione in sé nel caso concreto) viene "storicizzata", pronta per essere valutata qualora per un successivo evento si raggiunga o si superi il livello di franchigia.

La dottrina più attenta che si è occupata della specifica questione trattata nel testo, parla di "incerta linea di demarcazione tra i danni inclusi nella copertura indennitaria e danni esclusi", che mette in discussione la stessa distinzione tra "danni differenziali" e "danni complementari" tanto cara alla dottrina dominante. V. G. LUDOVICO, *Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità del datore di lavoro*, Giuffè, 2012, pag. 257. Sul punto specifico della "franchigia" INAIL v. pag. 258.

nel tempo, dando luogo a diverse responsabilità con presupposti e conseguenze liquidatorie parimenti differenti²⁸.

Le questioni non sono solo quelle legate alla mera valutazione medico - legale: all'interno poi dello stesso **danno biologico**, voce di danno caratterizzata da un'evidente omogeneità ontologica, il nocuo "base", "statico" o che dir si voglia sarà sottoposto alla regola dell'esonero e alla decurtazione dell'indennizzo INAIL, mentre quello derivante dalla personalizzazione (o dalla considerazione delle componenti dinamico relazionali) sarà sottoposto al regime del danno complementare e, pertanto, sottoposto alle regole delle obbligazioni contrattuali. Anche in questo caso risulta da dimostrare la ragionevolezza di questa dicotomia a fronte del medesimo danno ontologico²⁹. Infatti, la porzione di danno "oggettivo" deriva dall'adeguamento della liquidazione al caso concreto, con specifici oneri di allegazione a carico del danneggiato. La tesi della sua estraneità non si giustifica ove si convenga che la traslazione in ambito previdenziale del danno biologico è avvenuta per titoli di danno e non per porzioni dello stesso, atteso che il legislatore delegato del D.Lgs. n. 38/2000 non ha inteso configurare una nozione di danno biologico ontologicamente diversa da quello civilistico³⁰.

Sempre per quanto riguarda la voce - danno biologico - siamo in presenza di voci di danno etimologicamente uguali ma soggetti a regime di responsabilità diverse a seconda della natura temporanea o permanente dello stesso: si è così sicuri di trovarci di fronte a due danni diversi, oppure a due aspetti del medesimo danno, legati al diverso presupposto fattuale del pregiudizio?³¹

Un'ultima osservazione potrebbe riguardare quella voce di danno che in misura maggiore si discosta dalle questioni tradizionali del danno biologico e che pertanto nulla dovrebbe avere a che fare con le prestazioni previdenziali: il danno morale.

²⁸ In termini problematici la questione viene posta anche da L. LA PECCERELLA, *Il danno alla persona nell'infortunistica del lavoro tra indennizzo e risarcimento*, in *Riv. Inf. Mal. Prof.*, 2008, I, pag. 79. Tale autore osserva che "una lettura in chiave diacronica, e quindi essenzialmente prospettica, potrebbe indurre a ritenere che le menomazioni di grado inferiore al 6%, pur non essendo indennizzate, nell'immediato, tuttavia non sono estranee all'area di tutela, potendo dar luogo, nel divenire del tempo, all'erogazione di provvidenze economiche in conseguenza di possibili aggravamenti futuri". A conclusioni diametralmente opposte si perviene se, in chiave strettamente sincronica, si dà preminente valore alla considerazione delle conseguenze immediate, invece che alla visione prospettica, in tal modo dovendosi ritenere che le menomazioni in questione siano estranee all'oggetto di tutela, per non aver dato luogo, allo stato, all'erogazione di indennizzo."

²⁹ Nella vigenza del sistema precedente all'intervento del 2000 era ritenuto dalla giurisprudenza dominante che le prestazioni INAIL avessero natura patrimoniale. Nonostante il fatto che le prestazioni previdenziali avessero come "parametro" quello retributivo, compreso tra un minimo e di un massimo, all'interno della voce "danno patrimoniale" non si è mai fatta questione tra quello "base" che sarebbe spettato in ogni caso all'infortunato (oggetto della regola dell'esonero e della rivalsa dell'Ente) e quello "personalizzato" (dovuto alle particolari condizioni del caso dell'infortunato) che sarebbe stato di esclusiva sua spettanza, al di fuori della possibile rivalsa in quanto estraneo al sistema previdenziale pubblico.

³⁰ In tal senso R. D'AVOSSA, *Danno Differenziale ed esonero di responsabilità civile del datore di lavoro per infortunio o malattia professionale: le questioni irrisolte*, in *Riv. It. di Diritto del Lavoro*, 2007, II, pag. 77.

³¹ V. sul punto, con analoga osservazione critica, G. LUDOVICO, *Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità del datore di lavoro*, Giuffè, 2012, pag. 259.

Pur “ontologicamente” diverso dal danno biologico - atteso che può sussistere anche indipendentemente da una lesione biologica - tale posta di danno viene tradizionalmente e unanimemente liquidata come frazione (pur equitativamente determinata) dell’ammontare del danno biologico: per il calcolo del suo ammontare viene utilizzato un “metodo di calcolo” che parte, comunque, dal valore del danno biologico. Non può non essere scorta, se non un’identità ontologica tra le due voci di danno, comunque una “parentela” ben più stretta di quanto non possa apparire ad una prima lettura. Ciò ha portato, nei primi commenti alla riforma delle prestazioni INAIL, alla riconducibilità di tale danno (e di quello che allora era definito danno esistenziale) all’interno del danno biologico³².

Non verranno di proposito affrontate, in questa sede, le svariate questioni legate al calcolo del danno differenziale (e se questo sussista o meno) nei casi di concorso di colpa dell’infortunato. Tale situazione è fonte di ulteriori problemi pratici legati, in primo luogo, all’ambito di calcolo del danno civilisticamente spettante al danneggiato nel caso concreto, per poi determinare quali eventuali voci di questo siano utilizzabili ai fini dell’ammontare dei limiti della rivalsa dell’Ente previdenziale per giungere, infine, alla somma da riconoscere per differenziale all’infortunato. Non è infrequente che in tali casi il giudice a cui viene sottoposta la causa, dopo che ha affrontato i vari passaggi sempre più intricati di una sentenza in materia di responsabilità da infortunio sul lavoro, sia indotto a scegliere soluzioni di “semplificazione” sul fronte del calcolo del danno differenziale, che possono essere ritenute eccessive, ma sono frutto di un’esigenza di maggiore linearità probabilmente non sufficientemente esplicitata³³.

Anche per tali motivi (oltre a quelli che si sono visti in precedenza) potrebbe essere auspicabile una ricomposizione della materia che giunga ad un equilibrio complessivo, anche in vista di una maggiore definizione dei rapporti e che dia luogo ad una certa stabilità (e prevedibilità) alle vicende liquidatorie.

32 V. sul punto C. LO GIUDICE, *La rivalsa INAIL estesa al danno morale e al danno esistenziale*, in *Altalex.it* del 10 dicembre 2003 e ID., *Danno biologico INAIL e danno differenziale del lavoratore*, in *Altalex.it*, del 27 settembre 2004. L’osservazione potrebbe apparire fuori luogo e inconferente per le questioni trattate. Giova precisare che desumere dal metodo di calcolo degli importi riconosciuti all’infortunato la loro natura ontologica è stato (ed è) il metodo con il quale vengono classificate le prestazioni dell’ente previdenziale. V. *supra* al §5. Parla altresì di una anacronistica distinzione tra danno biologico e danno morale, già con riguardo al regime anteriore al 2000, G. CORSALINI, *Giusto indennizzo dell’infortunio sul lavoro ed equilibrio di interessi divergenti*, in *Riv. Inf. Mal. Prof.*, 1999, I, 783 e segg., in part. pag. 786. Tale autore evidenzia altresì, come nel precedente sistema di indennizzo le prestazioni non fossero riconducibili al puro aspetto patrimoniale degli interessi ristorati.

33 Emblematica, sul punto, la motivazione della sentenza del Trib. Vicenza, lav. (est. Italiano), 25 agosto 2010, n. 75. Nel corpo della motivazione si dà atto che nel regime di tutela conseguente alla riforma del 2000, la regola dell’esonero attiene unicamente alle sole voci di danno oggetto di assicurazione, confermando la distinzione tra voci di danno differenziale e danno complementare. Nella successiva liquidazione del danno spettante, tuttavia, tutte le voci di danno civilistico vengono indistintamente utilizzate per determinare l’ambito di rivalsa dell’INAIL. Nel caso concreto (con un concorso di colpa del lavoratore del 50%), dopo tale operazione nulla risulta liquidato a favore dell’infortunato, nemmeno di quelle voci di danno complementare che avrebbero dovuto “sfuggire” al conto e che sarebbero state di diretta spettanza dell’infortunato (nei limiti del concorso di colpa).

4. Prospettive interpretative. Attualità della regola dell'esonero. La possibile incostituzionalità e le conseguenze sulla questione del danno differenziale

Come si è osservato in precedenza, la rigorosa applicazione del principio di scomposizione nei rapporti tra sistema della responsabilità civile del datore di lavoro e sistema previdenziale comporta delle soluzioni confliggenti o poco coerenti: l'indubbia validità teorica della ricostruzione spesso non regge l'alto numero delle variabili con le quali la realtà spesso si presenta.

Per questi motivi (a prescindere da quelli di carattere sistematico che trascendono l'ambito della questione in discussione) parte della dottrina più attenta individua, oltre a quella definita come "crisi di effettività", una vera e propria "crisi di legittimità" della regola dell'esonero nel nostro ordinamento³⁴. Le antinomie e le contraddizioni presenti e scaturite nel sistema della responsabilità del datore di lavoro e l'emersione di una diversa sensibilità nei confronti di diritti costituzionalmente tutelati renderebbe non più sostenibile l'attuale equilibrio previsto dalla norma di cui all'art. 10 del T.U. n. 1124/1965.

La pronuncia di incostituzionalità della transazione sociale sulla base della quale per lungo tempo è stata costruita la relazione tra diritto (primo) della responsabilità civile e diritto (secondo) previdenziale sarebbe l'approdo necessario secondo questo orientamento.

Ciò comporterebbe l'eliminazione dall'ordinamento della regola dell'esonero di responsabilità del datore di lavoro di cui all'art. 10 del T.U. n. 1124/1965 e il "ritorno", dopo oltre 130 anni, della responsabilità civile datoriale all'interno dell'alveo del diritto comune.

Tuttavia, questo è comunque un approdo allo stato ipotetico. Come operatori ci troviamo, comunque, di fronte alla presenza di una norma (quella appunto dell'art. 10 del T.U. n. 1124/1965) che, pur depotenziata nel suo contenuto precettivo, comunque continua a disciplinare la materia. Tale soluzione, tra l'altro, non risolverebbe comunque i problemi di interferenza tra diritto civile (responsabilità) e diritto previdenziale (ambito della rivalsa dell'Ente nei casi eventualmente previsti) che si sono sopra illustrati: il "confronto" tra ciò che deve essere garantito all'infortunato e ciò che eroga l'Ente previdenziale sarà comunque un problema che dovrà essere affrontato anche in questa nuova prospettiva.

A meno che la tendenza storica di un progressivo svuotamento degli effetti della regola dell'esonero ne comporti la definitiva "crisi di effettività", ove si debba definitivamente radicare la tendenza interpretativa che fa coincidere la riapertu-

³⁴ V. S. GIUBBONI, in S. GIUBBONI, A. ROSSI, *Infortuni sul lavoro e risarcimento del danno*, Giuffrè, 2012, pag. 27. Sulla crisi della regola dell'esonero v. D. POLETTI, *Il danno non patrimoniale e il sistema previdenziale*, in E. NAVARRETTA (a cura di) *Il danno non patrimoniale*, pag. 177 e seg.; A. DE MATTEIS, S. GIUBBONI, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Giuffrè, 2005, pag. 955; A. DE MATTEIS, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Giuffrè 2011, pag. 1099.

ra della responsabilità datoriale con il mero inadempimento dell'obbligo di sicurezza; se così fosse "il sistema acquisirebbe le sembianze di un regime a doppio binario e allora avrebbe probabilmente meno senso porsi i problemi di confronto tra le poste del danno non patrimoniale (...). Le spettanze previdenziali costituirebbero nulla più che un'anticipazione del successivo risarcimento, con la sola esclusione delle ipotesi di danni imputabili ad auto responsabilità del lavoratore e ferma restando comunque la necessità di regolare i profili di surroga assicurativa per evitare aggressioni a scapito dei danni non altrimenti indennizzati"³⁵.

Con la consapevolezza del radicamento in dottrina di impostazioni ormai consolidate sulla vicenda del danno differenziale, si potrebbe, comunque, proporre una diversa "lettura costituzionale" della questione, che fuoriesca dai tradizionali canoni entro i quali finora è stata impostata e consenta un approccio idoneo a risolvere *in apicibus* i rapporti tra diritto civile e diritto previdenziale e che dia luogo (come esigenza sempre maggiormente manifestata) ad una certa stabilità e prevedibilità alle vicende liquidatorie, unico vero e serio antidoto alla proliferazione di un contenzioso, forse ingiustificato in relazione ai valori in discussione. Per far questo occorrerebbe, con ogni probabilità, cambiare il "punto di partenza" da cui si dipanano poi le opzioni interpretative presenti in dottrina e giurisprudenza.

L'approccio classico della vicenda del danno differenziale deriva dall'applicazione, nella materia trattata, delle medesime condizioni individuate nel tempo dalla giurisprudenza in tema di *compensatio lucri cum damno*. Tale operazione appare possibile, nella quantificazione del danno spettante in concomitanza di provvidenze economiche per il medesimo evento, a condizione che: 1) il pregiudizio e incremento patrimoniale discendano dallo stesso evento; 2) danno e vantaggio conseguano con rapporto di causalità diretto ed immediato dall'evento; 3) le poste compensative abbiano la medesima natura giuridica³⁶.

³⁵ Così D. POLETTI, *Il danno non patrimoniale e il sistema previdenziale*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *Il danno non patrimoniale*, pag. 208. In proposito occorre riportare l'opinione di chi fornisce una lettura diversa dell'esonero. Secondo G. LUDOVICO la regola dell'esonero di responsabilità svolge una funzione diversa. Le pronunce della Corte costituzionale sul confronto tra risarcimento e indennizzo previdenziale si prestano in realtà ad una lettura più coerente con la funzione costituzionalmente assegnata alla tutela indennitaria, dovendosi anzitutto considerare che la disciplina contiene una speciale deroga al principio della piena cumulabilità del risarcimento con l'indennizzo. La finalità di questa deroga è quella di permettere all'infortunato di partecipare al finanziamento della tutela mediante la prededuzione in favore dell'INAIL di una porzione del risarcimento corrispondente all'importo delle prestazioni erogate. Ne è così derivata una peculiare forma di compensazione che non opera più - come nella *compensatio lucri cum damno* - tra benefici dovuti per lo stesso titolo, bensì tra rimedi e prestazioni aventi cause nettamente distinte che rispondono a regole e finalità completamente diverse. G. LUDOVICO, *Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità del datore di lavoro*, Giuffè, 2012, pag. 151 e 205-206.

³⁶ Il principio della *compensatio* opera da sempre nell'ordinamento italiano, pur privo di un diretto riferimento normativo, nella fase di liquidazione del danno risarcibile in presenza di limiti di applicabilità suggeriti dalla dottrina e dalla giurisprudenza e che si sono sopra riportati. V. M. FERRARI, *La compensatio lucri cum damno come utile strumento di equa riparazione del danno*, Milano, 2008 e, di recente, M. FERRARI, *I nuovi confini della "compensatio lucri cum damno"*, in *Il diritto degli affari.it* del 26 luglio 2014.

Se le prime due condizioni possono essere riconosciute sussistenti nel calcolo del danno differenziale da infortunio sul lavoro³⁷, il dibattito si è sempre concentrato sulla sussistenza della terza condizione, che ha visto il confronto tra ciò che deve essere garantito all'infortunato e ciò che eroga l'Ente previdenziale. In questo metodo di lavoro assume preliminare questione la catalogazione degli interventi previdenziali all'interno delle voci di danno previste; in estrema sintesi, prima si definisce quale nome dare agli indennizzi erogati dall'Ente previdenziale nel caso concreto e poi tali indennizzi si confrontano con quanto è riconoscibile all'infortunato all'interno del sistema civilistico. Da queste premesse comuni, in relazione alle voci di danno che si ritengono confrontabili (singolarmente o complessivamente), scaturiscono gli orientamenti interpretativi che si sono esaminati in tema di danno differenziale.

Come già anticipato³⁸, secondo l'impostazione fatta propria dalle pronunce della Corte Costituzionale e poi recepita nella giurisprudenza di legittimità, le "incomprensioni" tra sistema previdenziale e sistema della responsabilità civile saranno sempre destinate a mantenersi: da un lato esiste un sistema che fonda le sue previsioni (ed erogazioni previdenziali) sulla base di norme di legge e che pertanto sono tipicamente irrigidite dalla previsione normativa, dall'altro, invece, è presente un sistema che, per la quasi totalità (con l'eccezione dei sinistri stradali per micro - permanenti) è regolato dalla giurisprudenza, la quale, inevitabilmente, elabora categorie giuridiche ed economiche che nel tempo cambiano e si evolvono. Non sarà mai possibile effettuare questo "confronto" tra qualcosa che è dotato di una relativa stabilità normativa e ciò che è continuamente sottoposto ai venti dell'interpretazione giurisprudenziale. È fuori dubbio che la regola (normativamente prevista) che impone la liquidazione del (o dei) danno (o dei danni) in via differenziale rischia di essere resa non operativa, attesa l'ontologica diversità dei sistemi in confronto, come potrebbe essere facilmente osservato. È di tutta evidenza che la necessità di un giusto risarcimento del danno da infortunio sul lavoro deve trovare contemperamento nella norma positivamente espressa che prevede il recupero (in determinate circostanze) delle prestazioni previdenziali e la liquidazione (ancorché garantita) del "solo" danno differenziale in capo al danneggiato³⁹.

³⁷ Non mancando, tuttavia, opinioni che escludono sussistere la seconda condizione in quanto, mentre il risarcimento discende per causalità diretta dal fatto illecito, le provvidenze INAIL discenderebbero dalla previsione di legge che considerano l'evento lesivo mero presupposto per le conseguenti erogazioni. La questione sembra ora risolta dalla III sezione della Cassazione con la sentenza del 13 giugno 2014, n. 13537 (in *Giust. Civ. Massimario 2014 e Foro Italiano, 2014, 9, I, 2470*), che ha ampiamente argomentato in materia di presupposti per l'applicazione della *compensatio lucri cum danno* proprio in relazione al rapporto tra risarcimento del danno e benefici assistenziali o previdenziali percepiti in conseguenza del medesimo evento.

³⁸ V. in nota 23.

³⁹ In questa materia, la dogmatica della scomposizione ha effettivamente alterato e reinterpretato la norma che consentiva un punto di contatto tra sistema civilistico e sistema previdenziale alla luce della piena ed incondizionata tutela costituzionale della salute. Sotto questo particolare profilo, le diverse ipotesi interpretative

Sotto un diverso profilo, occorre osservare che l'elaborazione dottrinarica e giurisprudenziale in materia di *compensatio* si è resa necessaria per l'assenza di un diretto riferimento normativo. Nella materia che ci occupa la "corretta" liquidazione del danno differenziale viene comunque prevista dalla legge all'art. 10 del T.U. n. 1124/1965, ancorché il *dictum* di tale norma sia stato oggetto di interpretazioni costituzionali e di legittimità succedutesi nel tempo.

5. Natura delle prestazioni previdenziali e calcolo delle medesime. L'art. 38 della Costituzione e funzione delle prestazioni INAIL

Come si è detto, potrebbero essere maturi i tempi per un ripensamento di approcci interpretativi consolidati che, come si è visto, possono presentare aspetti problematici. Finora la questione, in estrema sintesi, era di "appiccicare" alle prestazioni dell'Ente previdenziale una targhetta che ne qualificasse la natura causale e ne definisse la funzione, per poi effettuare in confronto con quelle riconosciute nel settore della responsabilità civile.

Derivando il sistema previdenziale nel corso del secolo scorso dal (l'unico) panorama patrimoniale esistente allora considerato, è sembrato naturale che le prestazioni INAIL avessero (fino al 2000) unicamente natura patrimoniale⁴⁰.

Ora che l'art. 13 del D.Lgs. n. 38/2000 prevede la componente legata alle menomazioni (superiori al 6%) all'integrità psicofisica da un lato e, per le menomazioni pari o superiori al 16%, dell'ulteriore quota di rendita per l'indennizzo delle conseguenze delle stesse commisurata al grado e alla retribuzione, si parla in maniera unanime, di prestazioni di natura biologica e di natura patrimoniale⁴¹.

che propongono un punto intermedio che si sono sopra riportate (differenziale per poste complessive oppure differenziale per poste complessive al netto dei danni complementari) alla fine si fondano su considerazioni di principio molto generali (rispetto del principio indennitario e divieto di locupletazione) che per loro natura sono facilmente superabili se si applica la dogmatica specifica della scomposizione del danno e la diversità dei piani di intervento (civiltico da un lato e previdenziale dall'altro) che si sono esaminati sopra al § 2. Alla fine, anche queste diverse letture maggiormente sensibili all'equilibrio complessivo dei rapporti in campo si ispirano a principi di mero contenuto equitativo.

⁴⁰ L'argomento maggiormente speso per la dimostrazione che le prestazioni INAIL erano di esclusiva natura patrimoniale era il fatto che le stesse avessero come parametro di riferimento la retribuzione dell'infortunato rapportata al grado di invalidità lavorativa. Anche la stessa Corte costituzionale aveva ammesso che tale natura non era esaustiva delle prestazioni INAIL (v. sopra nota n. 6).

⁴¹ Per la verità il legislatore delegato si è premurato di "definire" in via normativa le singole provvidenze che andava a disciplinare nel testo normativo: una legata alle menomazioni conseguenti alle lesioni dell'integrità psicofisica valutate in base alla specifica tabella comprensiva degli aspetti dinamico - relazionali e l'altra (per le menomazioni di grado pari o superiore al 16%) per l'indennizzo delle conseguenze delle stesse, commisurato al grado di menomazione e alla retribuzione dell'assicurato (art. 13, primo comma, del D.Lgs. n. 38/2000). Ancorché nella formulazione normativa fosse previsto che la componente "biologica" è comprensiva degli aspetti dinamico relazionali, tale componente è stata ritenuta estranea dai commentatori secondo i quali, non essendo possibili le dovute personalizzazioni, tale componente non poteva che ristore il mero danno biologico "base" o "statico". Si rinvia sul punto a quanto già detto al §3.

Proprio in queste considerazioni, ritenute oramai tautologiche, potrebbe stare il problema. Una diversa prospettiva interpretativa potrebbe mettere in discussione il principio secondo il quale la **natura** delle prestazioni si debba desumere dal **metodo di calcolo delle stesse**. Non è certo, infatti, che una simile operazione sia del tutto possibile, alla luce della normativa (anche costituzionale) di settore. Per sua essenza il sistema previdenziale deve intervenire con adeguata tempestività e certezza di tempi in caso di bisogno. I meccanismi di liquidazione delle prestazioni devono essere certi nell'ammontare e - possibilmente - veloci nella relativa liquidazione. Per loro natura non possono effettuare sofisticate personalizzazioni (alcune, tra l'altro, sono espressamente previste proprio a riguardo della c.d. componente patrimoniale) e devono considerare dei parametri che possono immediatamente fornire alcuni dati sui quali effettuare il calcolo di quanto viene riconosciuto⁴². Questo, tuttavia, non vuol dire che siano per loro natura destinate causalmente ad indennizzare una parte soltanto dei pregiudizi cui soccorrono.

L'autentica natura delle prestazioni previdenziali (la loro vera causa in fin dei conti) può essere scorta attraverso una lettura maggiormente aderente al testo della normativa che fonda l'intero sistema e dà ad esso una nuova prospettiva costituzionale, che non dovrebbe essere condizionata dalle singole previsioni di normativa ordinaria: l'art. 38, secondo comma della Costituzione, il quale ci ricorda che "I lavoratori hanno diritto che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria."

Con sorprendente attualità, la Costituzione non dice che in caso di infortunio al lavoratore debba essere assicurato il mantenimento del **patrimonio** o del **reddito** o che debba essere assicurato il ristoro di **un qualche particolare diritto leso** (l'integrità psicofisica per esempio, oppure la sua "personalizzazione", oppure

⁴² L'opinione dominante in dottrina - come già illustrato - è quella secondo cui la natura delle prestazioni previdenziali si desuma dai meccanismi di calcolo delle stesse. Fino al 2000 i parametri di riferimento erano il grado di invalidità e la retribuzione e da ciò ne conseguiva che erano di natura patrimoniale anche se era evidente che prescindevano dall'accertamento di un vero e proprio danno patrimoniale (v. nota 6 e sullo specifico problema v. G. CORSALINI, *Giusto indennizzo dell'infortunio sul lavoro ed equilibrio di interessi divergenti*, in *Riv. Inf. Mal. Prof.*, 1999, I, 789 e segg.). Dopo il 2000 - visto il meccanismo di calcolo di cui all'art. 13 del D.Lgs. n. 38/2000 - le prestazioni dovrebbero pertanto indennizzare il ristoro del danno biologico e patrimoniale entro i limiti dei valori capitali indicati dall'Istituto.

Tuttavia, come viene spiegato nel testo, con ciò si confonde tra "meccanismo di calcolo" e "natura" delle prestazioni. In relazione ai tempi di liquidazione delle stesse è del tutto ovvio che occorre un meccanismo che consenta una veloce erogazione di provvidenze economiche e sanitarie all'infortunato, che siano indipendenti da accertamenti complessi (modalità concrete di verifica, responsabilità, situazioni extralavorative e relazionali) che possano comprometterne la funzione assistenziale. Per vero, occorre osservare come l'istituto della revisione della rendita, previsto dall'art. 83 del T.U. n. 1124/1965, sia - alla fine - una forma di personalizzazione delle prestazioni, in quanto si garantisce l'adeguamento delle stesse alle (possibili) mutate condizioni di salute che intervengono nel tempo fino ad un periodo (di 10 anni in caso di infortunio e di 15 anni in caso di malattia professionale) dove si può ragionevolmente ritenere che i postumi si siano stabilizzati.

altre lesioni che dottrina e giurisprudenza individueranno negli anni a venire). L'art. 38 Cost. non distingue tra pregiudizi in un senso o dell'altro, ma si riferisce alle **esigenze di vita del lavoratore**, con una formula che estrinseca una capacità espansiva ben maggiore della fantasia (*rectius*: interpretazione) della dottrina e della giurisprudenza in materia di voci di danni risarcibili.

È dunque a quest'articolo della Costituzione che, oltre a rifondare l'intero sistema previdenziale italiano nel campo degli infortuni sul lavoro⁴³, occorre far riferimento per la determinazione della **natura delle prestazioni previdenziali** dell'INAIL; le norme ordinarie che disciplinano le prestazioni previdenziali hanno in realtà una funzione più "limitata" alla strutturazione delle singole prestazioni in relazione alle modalità di finanziamento complessive, più che vere e proprie funzioni "definitorie" delle prestazioni stesse⁴⁴.

Per loro intrinseca natura e mandato costituzionale le prestazioni INAIL sono destinate a fornire **mezzi adeguati** (in questo è evidente il carattere indennitario e non risarcitorio delle medesime) a **tutte le esigenze di vita** che l'infortunio ha compromesso e che il lavoratore ha diritto siano riconosciute. In senso stretto, se questo fosse l'angolo visuale da cui partire, si potrebbe affermare che le prestazioni previdenziali sono di natura "acausale", in quanto non trovano fondamento in questo o quel concreto pregiudizio sofferto (beninteso entro il limite delle conseguenze della lesione personale subita a seguito dell'infortunio sul lavoro), **ma sono destinate a ristorare tutti i pregiudizi**. Il dato letterale consentirebbe una simile prospettiva interpretativa: il legislatore Costituzionale ha espressamente evitato di attribuire alle prestazioni previdenziali una particolare "causa" o "natura", utilizzando l'espressione "esigenze di vita" che è idonea a ricomprendere qualsiasi aspetto della vita del lavoratore compromessa dall'infortunio in una dimensione universalistica delle prestazioni previdenziali⁴⁵.

⁴³ Con tale previsione costituzionale si porta a compimento l'affrancamento del sistema dall'iniziale impostazione assicurativa "Bismarkiana" di fine '800 verso una moderna e costituzionalizzata tutela degli infortunati sul lavoro.

⁴⁴ Una simile ricostruzione presuppone un valore precettivo della norma costituzionale ben maggiore di quello comunemente attribuito all'art. 38. Secondo infatti l'opinione dominante l'art. 38 prevede una norma di cornice con funzione programmatica, all'interno della quale il legislatore ordinario provvede all'individuazione di quali pregiudizi siano ritenuti meritevoli di protezione indennitaria assicurativa. Diversamente l'art. 38, (...) "limitandosi a porre solo principi generali relativi ad ogni specie di prestazioni previdenziali, non esclude che la legge ne disciplini variamente le attuazioni, allo scopo di meglio adeguarle alle particolarità delle singole specie in cui le prestazioni medesime si ripartiscono curando la predisposizione dei correlativi mezzi finanziari. È riservato poi alla discrezionalità del legislatore provvedere all'eventuale diversa strutturazione del sistema che riesca meglio favorevole al lavoratore, adeguando ad essa le modalità di finanziamento" (C. Cost. n. 134 del 22 giugno 1971).

⁴⁵ La Corte costituzionale ha avuto modo di precisare come il sistema dell'art. 38 Cost. delinea «due modelli strutturalmente e qualitativamente distinti: mentre quello assistenziale fondato sulla solidarietà collettiva, garantisce ai "cittadini", ove ad alcuni eventi si accompagnino accertate situazioni di bisogno, "i mezzi necessari per vivere"», quello della previdenza sociale, invece, «susceptibile di essere realizzato mediante gli strumenti mutualistico - assicurativi, attribuisce ai "lavoratori", prescindendo da uno stato di bisogno, la diversa e più elevata garanzia del diritto a "mezzi adeguati alle loro esigenze di vita"». In questo senso

Se fosse accettata questa prospettiva sistematica della materia, ne conseguirebbe che molte affermazioni - spesso contenute in autorevolissime pronunce e commenti dottrinari - potrebbero essere ripensate alla luce dell'interpretazione costituzionalmente orientata che viene offerta con una simile lettura dell'articolo 38 della Costituzione. Lo stesso principio di scomposizione del risarcimento del danno (in voci omogenee) dovrebbe essere riconsiderato (quantomeno nelle sue concrete conseguenze liquidatorie) in quanto non in linea con l'universalità che la Costituzione riconosce alle prestazioni previdenziali. Questo non compromette il principio dell'integrale risarcimento, ma lo conferma offrendone, tuttavia, un significato che - alla fine - evita nel caso di concorrenza tra tutela previdenziale e risarcitoria, effettive locupletazioni (o comunque *surplus* di provvidenze economiche) che l'art. 38 della Costituzione non prevede⁴⁶.

Altrimenti ragionando dovrebbe essere dimostrato e giustificato questo *surplus* economico, che assumerebbe la natura di vera e propria "liberalità", probabilmente non compatibile con i principi desumibili dall'art. 38 della Costituzione, come visto, ma nemmeno con le prospettive del moderno sistema previdenziale sugli infortuni sul lavoro.

Le provvidenze previdenziali soccorrono ad un pregiudizio subito in occasione

v. G. LUDOVICO, *Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità civile del datore di lavoro*, Giuffrè, 2012, pag. 81. Questo autore attribuisce buona parte delle incomprensioni tra sistema della responsabilità civile e previdenziale alla radicata convinzione (presente sia in dottrina che in giurisprudenza) della matrice assicurativa della tutela previdenziale, mentre in realtà per tale autore, essa deve essere riportata alla dimensione costituzionale della moderna previdenza sociale.

46 Riprendendo ora quanto illustrato al § 2 circa l'autonomia dei piani di intervento (previdenziale da un lato e civile dall'altro) tale affermazione, di per sé valida in linea di principio, dovrebbe essere ulteriormente sviluppata: l'eventuale "surplus" economico a favore del danneggiato da infortunio sul lavoro rispetto all'ammontare economico del danno civilistico (per effetto del contemporaneo intervento previdenziale e risarcitorio) non è detto trovi fondamento nella particolare e rafforzata tutela apprestata al lavoro nel nostro ordinamento all'interno di un moderno sistema previdenziale, secondo i principi desumibili dall'art. 38 della Costituzione.

È certamente vero che l'intervento previdenziale ha natura indennitaria e prescinde dall'accertamento della responsabilità dell'evento in quanto diretto alla tutela dell'infortunato indipendentemente dall'attribuibilità o meno del fatto ad un terzo responsabile, tuttavia in tale evenienza la tutela costituzionale dell'infortunato sul lavoro non risiede nel possibile "surplus" economico che avrebbe diritto diversamente dagli altri casi, ma nel diritto che siano approntati mezzi di intervento tempestivi e garantiti da un soggetto pubblico di sicura solvibilità e perciò indipendentemente dalle sorti e dai rischi del credito risarcitorio e che, in caso di responsabilità, "anticipi" (nei limiti dell'intervento indennitario) quanto verrà riconosciuto in sede civile.

Gli stessi principi hanno consentito alla Cassazione civile di ritornare recentemente proprio su tema del divieto di cumulo tra risarcimento del danno e indennizzo nel campo delle assicurazioni private sugli infortuni. Con la sentenza Cass., III, 11 giugno 2014, n. 13233 (modificando e precisando il precedente orientamento) la Corte ha avuto modo di statuire che "l'assicurazione contro gli infortuni non mortali costituisce un'assicurazione contro i danni, ed è soggetta al principio indennitario, in virtù del quale l'indennizzo non può eccedere il danno effettivamente patito. Ne consegue che il risarcimento del danno dovuto alla vittima di lesioni personali deve essere diminuito dell'importo da questa percepito a titolo di indennizzo da parte del proprio assicuratore privato contro gli infortuni" (in www.personaedanno.it del 10 luglio 2014 con commento di M.C. CAMPAGNOLI).

Se questo principio viene espresso in relazione alle assicurazioni private sugli infortuni, a maggior valore dovrebbe valere con riferimento all'assicurazione pubblica, dove opera - tra l'altro - la previsione normativa dell'art. 10, commi 6 e 7, del T.U. n. 1124/1965.

di un evento infortunistico e tutelano (in forma indennitaria) il lavoratore indipendentemente dalla possibile attribuibilità del fatto alla responsabilità del datore di lavoro o di terzo; esse, tuttavia, non sono destinate ad attribuire in favore del lavoratore una situazione migliore di quella cui si sarebbe trovato se l'infortunio non fosse avvenuto.

Nel concorso tra risarcimento e prestazioni previdenziali dovrebbe comunque trovare applicazione il "principio di indifferenza" (regola di carattere generale del nostro ordinamento), secondo il quale per la vittima dovrebbe essere pecuniariamente indifferente non patire il danno, ovvero patire il danno ma intascare il concorso tra il risarcimento del danno e le prestazioni previdenziali.

Un simile inquadramento sistematico viene presupposto in quelle soluzioni adottate dalla giurisprudenza che giungono a considerare le voci che compongono la rendita INAIL a seguito della novella del 2000, come "categorie virtuali, metodi di calcolo attraverso i quali pervenire all'individuazione di una somma globale di equo indennizzo che viene considerato unitariamente, e che viene liquidato forfetariamente a prescindere dalla effettiva riferibilità all'una o l'altra categoria"⁴⁷.

Una tale lettura potrebbe essere confortata se si considerano le prestazioni previdenziali in occasione di lavoro, pur disciplinate dall'art. 38 della Costituzione nel loro *quantum*, in realtà intrinsecamente originate dalla tutela della salute di cui all'art. 32 Costituzione. L'art. 38 contraddistingue quello italiano come un ordinamento che garantisce, già sul piano delle scelte del Costituente, uno Stato sociale: l'art. 32 riguarda più direttamente la tutela di un diritto fondamentale della persona. Per questa ragione esso può essere posto a base sia del risarcimento del danno sia delle misure indennitarie che forniscono riparazione alla lesione della salute⁴⁸. Il medesimo fondamento costituzionale consente - forse - di considerare i due piani di tutela (quella previdenziale da un lato e quella prevista per la responsabilità civile dall'altro) meno diversi di quanto non siano rappresentati⁴⁹.

⁴⁷ Come anticipato sopra al § 2 (Trib. Vicenza, lav., 27 gennaio 2012, n. 149 - est. Laurenzi). In tema di principio di indifferenza applicato a riguardo del concorso tra indennizzo previdenziale e risarcimento del danno v. Cass., III, 13 giugno 2014, n. 13537, in part. § 8.

⁴⁸ Così F.D. BUSNELLI, *Il danno alla salute tra risarcimento e indennizzo*, in *Riv. Inf. Mal. Prof.*, 1999, I, pag. 320 e seg. L'autore distingue, all'interno della previsione dell'art. 38 della Costituzione, quelle provvidenze di carattere indennitario riconducibili alla garanzia costituzionale di cui all'art. 32 (come l'indennizzo per gli infortuni sul lavoro) dagli interventi pubblici di natura assistenziale a proposito dei quali può non essere questione di un danno (si pensi al processo di senescenza) e non vi è spazio per l'operatività dell'art. 32 Cost.

⁴⁹ L'interpretazione proposta trova un recente riscontro giurisprudenziale nella sentenza del Tribunale di Vicenza, 29 aprile 2014, n. 1231 (est. Pesenti) secondo il quale: "Quanto al metodo di liquidazione del danno cd. differenziale, si ritiene preferibile il sistema indicato dall'attore INAIL, in quanto l'unico idoneo ad assicurare che al lavoratore spetti l'integrale risarcimento senza però dare luogo a indebite locupletazioni, come avverrebbe proprio nel caso (come quello in giudizio) ove si prescegliesse invece il metodo suggerito dall'interveniente, "posta per posta", atteso che l'INAIL ha liquidato all'infortunato a titoli di danno patrimoniale da invalidità lavorativa specifica di più della somma risultante invece dal calcolo civilistico.

Il metodo di liquidazione globale, per poste complessive, invece, assicura un risultato di giustizia per tutte le parti in causa e, come bene argomentato dal procuratore dell'INAIL nella sua comparsa conclusionale, è l'unico a poggiare su basi normative di rango costituzionale, ossia sul concetto di "mezzi adeguati alle esigenze di vita" di cui all'art. 38 Costituzione" (in *www.LaPrevidenza.it* del 21 luglio 2014 con nota di chi scrive).

Mentre il risarcimento del danno è tendenzialmente legato ad un intervento del giudice, attuato secondo equità e volto a personalizzare la liquidazione alle caratteristiche del caso concreto, l'indennizzo corrisponde a quella filosofia della certezza e dell'automatismo che la stessa Corte costituzionale ha messo in evidenza. Se è così, i piani di intervento dei due sistemi (al di fuori dei meccanismi di liquidazione dei rispettivi ristori) sono in gran parte sovrapponibili, consentendo quel "confronto" che sembra spaventare la maggior parte dei commentatori⁵⁰.

6. Le differenze "ontologiche" delle voci di danno nella responsabilità civile nel ristoro per equivalente. Conseguenze.

La lettura costituzionale delle prestazioni previdenziali offerta nel paragrafo precedente consentirebbe di fondare l'orientamento del confronto complessivo tra ristoro INAIL e risarcimento del danno su basi normative (e costituzionali) maggiormente solide di quelle del mero divieto di locupletazione a cui ricorrono le pronunce che si ispirano a tale scelta interpretativa. Una simile impostazione consentirebbe un nuovo inquadramento costituzionale del problema idoneo a superare la dogmatica della scomposizione formatasi a seguito delle sentenze della Corte delle leggi degli anni '90.

Si può giungere, comunque, a risultati non dissimili anche muovendosi all'interno delle categorie tradizionalmente elaborate dalla giurisprudenza in materia di responsabilità civile. Infatti, come osservato nel § 2, una delle ragioni storiche secondo la quale dovrebbe operarsi - nel confronto tra sistema del risarcimento del danno e sistema previdenziale - il meccanismo della scomposizione con sottrazione tra voci di danno omogenee è la diversità "nell'essenza" delle diverse voci di danno, che rendono non commensurabili i diversi ristori, previdenziali da un lato e risarcitori dall'altro e che questa nuova lettura metterebbe in crisi. Tuttavia, ad un approfondimento della questione della diversità ontologica,

⁵⁰ Pur movendo da diversa prospettiva sistematica giunge a medesime conclusioni anche G. LUDOVICO, secondo il quale occorre muovere dalla natura delle prestazioni indennitarie che non è risarcitoria ma previdenziale perché orientate alla sollevazione da un bisogno, anziché alla riparazione di un danno. Diversamente dal risarcimento, le indennità previdenziali sono completamente indifferenti alla sussistenza dell'illecito, avendo ad oggetto soltanto il bisogno derivante dall'evento professionale, risultando altresì condizionate nel loro ammontare agli equilibri finanziari della gestione assicurativa. Se è così è chiaro che tra trattamenti così diversi l'unico confronto possibile è di tipo quantitativo ed è in questa logica che deve essere correttamente interpretato l'originario meccanismo ora disciplinato dall'art. 10, settimo comma, T.U. che si limita a disporre una compensazione sommaria tra indennizzo e risarcimento che si risolve nella semplice sottrazione dell'importo del primo dal complessivo ammontare del secondo. La profonda diversità dei due rimen- di è tale, anzi, che il loro confronto è solo virtuale perché fondato su di una finzione contabile e giuridica che si realizza, da un lato, attraverso la capitalizzazione della rendita di cui all'art. 39 T.U. e, dall'altro tramite l'esclusione dal confronto delle ulteriori prestazioni - non sempre quantificabili in denaro - che pure sono erogate dall'INAIL. (G. LUDOVICO, *Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità del datore di lavoro*, Giuffè, 2012, pag. 206).

potrebbero emergere elementi che consentono quel riavvicinamento tra questi concorrenti strumenti di tutela.

Si potrebbe sostenere che il significato di indennizzo da un lato e di risarcimento dall'altro viene assunto per danni "ontologicamente" diversi, conseguenti al medesimo evento, lesivo solo quando i singoli ristori siano - ai sensi dell'art. 2058 c.c. - effettuati in forma specifica; solo in questo caso infatti può rilevare l'essenza dell'interesse che viene ristorato con il risarcimento. Secondo l'insegnamento di autorevole dottrina è l'interesse tutelato (pregiudicato dall'evento lesivo) che riveste centralità nel sistema della responsabilità civile, piuttosto che il danno⁵¹; è il primo quindi che riveste la natura di bene costituzionalmente tutelato, ovvero di bene strettamente personale e solo nel caso di riparazione in forma specifica tale ristoro non può essere "confuso" con altri strumenti di riparazione.

Quando, invece, le conseguenze pregiudizievoli cagionate dal medesimo evento sono ristorate per equivalente (con somma di denaro), la lesione dell'eventuale pregiudizio (ancorché di natura personale del danneggiato) si trasforma in un credito di natura pecuniaria, che per sua natura è fungibile ed idoneo a "confondersi" con il ristoro di altri interessi lesi dal medesimo evento e derivanti dalla lesione oggetto di tutela⁵².

Tutte queste forme di riparazione monetaria per equivalente concorrono al risarcimento del danno alla persona. Dall'unicità della "persona" non può che discendere anche una unicità del risarcimento.

Se si dovesse aderire a questa prospettazione si concluderebbe che è all'interno della somma pecuniaria riconosciuta per i vari pregiudizi sofferti dall'infortunato a seguito della lesione patita (pregiudizi di natura patrimoniale e non patrimoniale) che dovrà essere determinato l'ambito della rivalsa dell'Ente previdenziale e il conseguente riconoscimento del c.d. danno differenziale all'infortunato.

Quand'anche si partisse da tali premesse il discorso sul danno differenziale giungerebbe comunque alle medesime conclusioni rassegnate nel paragrafo precedente e andrebbe impostato sulla base di un criterio esclusivamente quantitativo: dal *quantum* calcolato sulla base dei parametri civilistici di diritto comune

51 Incentrare il sistema di responsabilità civile sull'interesse significa, infatti, spostare l'attenzione dalla patrimonialità /non patrimonialità del danno, alla patrimonialità /non patrimonialità dell'interesse leso: prospettiva ermeneutica decisamente assiologica, che ridimensiona di gran lunga il continuo lambiccarsi sulle svariate tipologie di danno profuse in dottrina e avallate dalla giurisprudenza, in quanto il danno alla persona umana, al pari della medesima, ha una sua unitarietà. V. P. PERLINGERI, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2004, 4, pag. 1083.

52 È l'interesse compromesso che - in buona sostanza - è ontologicamente diverso e, se questo viene soddisfatto in forma specifica, non può essere confuso con il ristoro di altri pregiudizi. Ontologicamente diversi potrebbero essere pertanto: a) pregiudizi da ristorare / risarcire in forma specifica, essendo in questo caso l'eventuale provvidenza economica dell'Ente assicuratore assolutamente estranea "ontologicamente" al ristoro del danno; b) pregiudizi subiti dall'infortunato (o da altri danneggiati) non derivanti dalla lesione psicofisica (p.es. danni ad altri beni del soggetto infortunato, danni subiti da altri soggetti nel medesimo evento, danni dell'infortunato verificatisi come conseguenza del medesimo fatto ma non dipendenti dalla lesione psicofisica oggetto di tutela).

dovrebbe essere sottratto quanto già percepito dal lavoratore a titolo di indennizzo INAIL, prescindendo totalmente da una comparazione qualitativa fra le singole voci di danno richiamate nei diversi ambiti: ciò che residua - se qualcosa residua - dopo la (ideale) sottrazione, è un danno differenziale puro, che (...) va certamente riconosciuto al lavoratore⁵³.

Pur nella diversità della fattispecie, la Corte di legittimità è intervenuta (a Sezioni unite) sulla questione del calcolo del risarcimento del danno per contagio da emotrasfusione infetta, statuendo che la diversa natura giuridica dello speciale indennizzo di cui alla legge n. 210 del 1992 non osta al fatto che lo stesso sia interamente scomputato dalle somme liquidabili a titolo di risarcimento⁵⁴. Non si può non notare come la fattispecie sia analoga a quella in trattazione in materia di infortuni sul lavoro e l'applicazione a questa materia del principio di diritto affermato dall'arresto delle Sezioni unite condurrebbe alla conferma dell'indirizzo del mero confronto quantitativo. Se è pur vero che nel caso deciso dalla Cassazione viene enfatizzata la circostanza che il soggetto chiamato ad erogare l'indennizzo corrisponde al soggetto tenuto al risarcimento, non può sfuggire il fatto che nel sistema di tutela infortunistica:

- 1) la necessità della liquidazione del danno differenziale è espressamente prevista;
- 2) l'Ente INAIL, pur avendo una soggettività diversa da quella del responsabile - datore di lavoro, è interamente finanziato dai contributi a carico dei datori di lavoro.

Non si può disconoscere la circostanza che una tale prospettiva interpretativa rischia di collidere con il "diritto vivente" creatosi in materia di risarcimento del danno a seguito degli insegnamenti della Corte costituzionale del 1991. Essa, tut-

⁵³ In questi termini L. DI BONA, *Concorso tra indennizzo INAIL e risarcimento del danno: alcuni profili problematici*, Atti del seminario Nazionale avvocati INAIL 2010 in *Quaderni della Riv. Inf. e Mal. Prof.*, 2010, pag. 171. Secondo tale autrice, volendo ricorrere ad una immagine figurata (almeno nelle ipotesi in cui si configura una responsabilità di terzi), potremmo intendere il sistema risarcitorio civilistico quale insieme matematico, all'interno del quale si situa il sottoinsieme rappresentato dalla garanzia previdenziale. Il tratto distintivo del sottoinsieme non risiede, tuttavia, nella diversa qualità dei danni risarcibili, bensì solo nelle peculiari modalità di favore con le quali il ristoro dell'unico danno rilevante, cioè quello effettivamente patito, viene erogato.

⁵⁴ "La diversa natura giuridica dell'attribuzione indennitaria ex L. n. 210 del 1992 e delle somme liquidabili a titolo di risarcimento danni per il contagio da emotrasfusione infetta da H.i.v. e H.c.v. a seguito di un giudizio di responsabilità promosso dal soggetto contagiato nei confronti del Ministero della sanità, per avere omesso di adottare adeguate misure di emovigilanza, non osta a che l'indennizzo corrisposto al danneggiato sia integralmente scomputato dalle somme liquidabili a titolo di risarcimento posto che in caso contrario la vittima si avvantaggerebbe di un ingiustificato arricchimento, godendo, in relazione al fatto lesivo del medesimo interesse tutelato di due diverse attribuzioni patrimoniali dovute dallo stesso soggetto (il Ministero della salute) ed aventi causa dal medesimo fatto (trasfusione di sangue o somministrazione di emoderivati) cui direttamente si riferisce la responsabilità del soggetto tenuto al pagamento." Cass. Civ. SS.UU. 11 gennaio 2008, n. 584 in *Ragiusan*, 2009, 301-302, 199 e in *Giust. Civ.*, 2009, 11, I, 2531. L'orientamento è stato poi confermato da Cass. Civ., III, 14 marzo 2013, n. 6573; Cass. Civ., III, 20 gennaio 2014, n. 991; Cass. Civ., VI, 24 settembre 2014, n. 20111.

tavia, rappresenta l'unica soluzione che potrebbe dare una visione maggiormente unitaria al fenomeno in esame. Per certi aspetti è inequivocabile che le stesse pronunce della Corte costituzionale (che hanno introdotto il principio della scomposizione) dovrebbero essere oggetto di una nuova lettura, secondo una tale prospettazione dei rapporti tra diritto civile e diritto previdenziale: si assisterebbe ad una sorta di "semplificazione" che potrebbe non essere recepita con favore dall'attuale diritto vivente.

È pur vero che le sentenze della Corte non hanno inciso sulle proposizioni normative in sé (degli artt. 10 e 11 del T.U. n. 1124/1965, dell'art. 1916 c.c. e dell'art. 28 della legge 24 dicembre 1969, n. 990), ma sulle norme giuridiche che da queste proposizioni derivano, dichiarandone l'incostituzionalità nella parte in cui non escludono che gli enti gestori delle assicurazioni sociali possano esercitare l'azione (surrogatoria o di regresso) con pregiudizio del diritto dell'assicurato (o lavoratore) al risarcimento dei danni alla persona non altrimenti risarciti. Se è così, è sempre possibile una nuova "contestualizzazione" delle stesse pronunce per effetto del mutato panorama legislativo o per una diversa sistemazione ordinamentale dell'intera materia⁵⁵.

Un ostacolo normativo a questa impostazione che potremmo definire, per comodità, "semplicitistica" è stato altresì individuato nell'art. 142, quarto comma, del D.Lgs. 7 settembre 2005, n. 205 (Codice delle assicurazioni), secondo il quale "In ogni caso l'ente gestore dell'assicurazione sociale non può esercitare l'azione surrogatoria con pregiudizio del diritto dell'assicurato al risarcimento dei danni alla persona non altrimenti risarciti."

Tale disposizione riproduce ed esplicita, in termini positivi, la pronuncia di parziale incostituzionalità dell'art. 28 della legge 24 dicembre 1969, n. 990 (assicurazione obbligatoria sulla r.c.a. e sui natanti) avvenuta con la sentenza della Corte Costituzionale 6 giugno 1991, n. 391 e, nella sua formulazione letterale, sembra contraddire il calcolo del differenziale indifferenziato, in quanto presuppone l'esistenza di danni alla persona non altrimenti risarciti⁵⁶ che non possono essere oggetto di pregiudizio da parte dell'Ente gestore dell'assicurazione sociale.

⁵⁵ La questione è stata affrontata da L. DI BONA, *Concorso tra indennizzo INAIL e risarcimento del danno: alcuni profili problematici*, cit., pag. 178. Secondo questa particolare lettura è possibile una conferma della soluzione delle poste indifferenziate, che eviti di considerare le pronunce della Corte costituzionale *tamquam non esset*. Per questa autrice occorre considerare che, al momento della richiamata pronuncia della Consulta, sussisteva un' lacuna rispetto all'indennizzabilità del danno biologico, sicché effettivamente in quel contesto normativo, consentire la rivalsa dell'INAIL fino al punto di pretermettere, il diritto del lavoratore all'integrale ristoro del danno alla persona, avrebbe comportato una patente violazione dei diritti fondamentali costituzionalmente garantiti. Il valore da attribuire ora a quelle pronunce va quindi ravvisato nell'affermazione del principio secondo il quale il sistema speciale di sicurezza sociale non deve intendersi come assorbente o prevalente, rispetto a quello civilistico di risarcimento del danno, del quale, rappresenta una sottocategoria il cui elemento di specialità risiede nel regime di favore assicurato al lavoratore.

⁵⁶ Questa norma, ancorché inserita nel Codice delle assicurazioni, è stata ritenuta portatrice di un principio generale nella materia che ci occupa. Secondo l'interpretazione comune che viene data a questa disposizione (derivante dall'iniziale pronuncia di incostituzionalità) la rivalsa dell'ente previdenziale non può operare per quelle voci di danno che non costituiscono l'oggetto dell'assicurazione sociale, assumendo così dignità normativa primaria la questione dei c.d. "danni complementari".

Si potrebbe, tuttavia, osservare come la norma contempra espressamente i "danni non altrimenti risarciti" e non i danni non altrimenti *indennizzati*. Tale articolo (nella sua formulazione letterale) non esclude di per sé il mero confronto quantitativo tra danno civile e prestazioni previdenziali. Esso stabilisce (solamente) che l'azione recuperatoria non può essere svolta in pregiudizio di situazioni soggettive che non potrebbero trovare soddisfacimento nel credito risarcitorio, ma non afferma che l'azione surrogatoria non può essere svolta nei confronti di danni (ritenuti) non indennizzati. In sostanza, essa assume rilevanza quando, nel concorso tra azione di risarcimento e surrogatoria, queste non possano essere soddisfatte integralmente per la presenza di un massimale assicurativo inferiore all'ammontare delle richieste. In simili casi viene data preferenza al soddisfacimento del credito risarcitorio del danneggiato a vedersi ristorato del danno che altrimenti non potrebbe essere soddisfatto (risarcito appunto). Per effetto di questa disposizione il credito dell'Ente previdenziale in caso di insufficienza del massimale assicurativo viene postergato alla necessità dell'integrale risarcimento del danno del danneggiato⁵⁷. All'interno di questa interpretazione si comprende anche il motivo del "perché" tale norma sia inserita nel Codice delle assicurazioni: se fosse vero che tale norma è espressione di un principio generale, non avrebbe avuto alcun significato l'inserimento nel Codice che regola l'eventuale riparto del massimale assicurativo. Sembra, pertanto, non scorgersi un limite legislativo al calcolo meramente quantitativo del danno differenziale in questa norma, se viene accettata una lettura nel senso proposto.

7. La cedibilità dei crediti non patrimoniali. L'indirizzo della Corte di legittimità. Conseguenze

La proposta del calcolo del danno differenziale basato sulla mera comparazione dell'ammontare economico dei rispettivi ristori (civilistico da un alto e previdenziale dall'altro) potrebbe trovare conforto in un recente arresto della Corte regolatrice che, in un caso apparentemente distante da quello oggi in esame, ha avuto modo di pronunciarsi in tema di cedibilità del credito derivante dalla lesione di un danno non patrimoniale e mette in luce quanto sopra riferito in punto risarcimento per equivalente⁵⁸.

Come è stato fatto notare a commento della sentenza del 3 ottobre 2013, n. 22601, la Corte ritiene che i principi in materia di cedibilità del credito siano applicabili anche al credito per il risarcimento del danno non patrimoniale. Il motivo è molto semplice: poiché tale diritto può circolare *mortis causa* (nel senso

⁵⁷ Per una simile lettura si rimanda, ancora, a L. DI BONA, *Concorso tra indennizzo INAIL e risarcimento del danno: alcuni profili problematici*, cit., pag. 179.

⁵⁸ Corte di cassazione, III, 3 ottobre 2013, n. 22601. Si riporta nel testo parte del commento di M. BUFFONI, *Danno non patrimoniale: i magnifici effetti della cessione del credito*, in *Altalex.com* - 5 novembre 2013.

che è trasmissibile agli eredi dell'eventuale titolare defunto *iure hereditatis*) allo stesso modo deve poter circolare per effetto di atti *inter vivos*.

Tuttavia, oltre questo motivo ritrovato nel riferimento alla cedibilità *mortis causa*, viene approfondito il principio di diritto che è alla base, precisando inoltre che, neanche in questo caso si tratterebbe di credito strettamente personale perché la **natura del danno** è cosa ben diversa dalla **natura del diritto**: se è vero, infatti, che l'interesse personale leso (salute) ha natura strettamente personale, lo stesso non può dirsi con riguardo al credito relativo alla lesione di detto bene, perché *la transazione* (da intendersi quale negozio traslativo di cessione) *sul risarcimento del danno subito determina la trasformazione del diritto personale alla integrità fisica in un diritto patrimoniale sulla somma*. Il che è come dire che la cedibilità del credito per risarcimento del danno patrimoniale alla salute si applica anche al danno non patrimoniale perché, *a seguito dell'individuazione della somma da corrispondere a titolo di ristoro, il danno non patrimoniale perde la sua connotazione originaria e si trasforma in danno patrimoniale*.

La Corte regolatrice conferma la soluzione data al caso di specie dalla Corte territoriale che, con riferimento alla cedibilità del credito per danno non patrimoniale ha escluso che l'atto sia nullo perché riguardante un credito strettamente personale, giacché "crediti strettamente personali, ai sensi dell'art. 1260 c.c., sono quelli volti al diretto soddisfacimento di un interesse fisico o morale della persona e la loro incedibilità, come condivisibilmente osservato dalla migliore dottrina, è sancita in linea generale a favore del debitore, in considerazione della rilevanza che assume la persona del creditore ai fini del contenuto della prestazione (si pensi ai crediti aventi ad oggetto prestazioni di facere, in relazione alle particolari capacità dell'obbligato)".

La Corte di cassazione conferma espressamente l'indirizzo della Corte di appello "là dove ha infine rimarcato, da un canto, come la "rilevanza della persona del creditore" possa "riconnettersi alla immediatezza della relazione con la persona dell'obbligato, immediatezza che giustifica di per sé l'esigenza che il creditore non sia obbligato a soddisfare gli interessi di un soggetto diverso da quello accettato come creditore (ad es. crediti alimentari)"; e, per altro verso, che il "credito al risarcimento del danno morale e biologico, pur tendendo alla reintegrazione, per equivalente, di beni strettamente personali, è invece pur sempre un credito ad una somma di denaro in relazione al quale la persona alla quale effettuare il pagamento è indifferente per il debitore, e del quale il creditore può liberamente disporre."

Questo indirizzo giurisprudenziale non può non avere conseguenze anche nell'argomento che ci occupa, e sembrerebbe confermare quanto sopra si è illustrato; aggiunge un altro tassello alla ricostruzione che potrebbe essere tentata. Se la lesione di un interesse personale viene liquidata in una somma di denaro per equivalente, diviene irrilevante per il danneggiato il soggetto che è tenuto alla prestazione, con la possibilità per chi ha anticipato tale somma (anche per presunti altri titoli purché conseguenti al medesimo evento lesivo) di surrogarsi (la

surroga non è che una successione nel credito) nella posizione del danneggiato nei confronti del responsabile.

È quello che accade con l'azione di surroga/rivalsa dell'Ente previdenziale nel caso di infortuni sul lavoro ed è per tale ulteriore motivo che potrebbe risultare possibile il calcolo del danno differenziale per "poste complessive" come ipotizzato. Non vi sarebbe, pertanto, pericolo di pregiudicare il ristoro di interessi personali non disponibili, bensì quello di corretta determinazione del *quantum* economico per equivalente spettante all'infortunato a seguito della contemporanea erogazione di prestazioni che intervengono in suo favore per effetto dell'evento subito.

8. Il recupero della funzione anticipatoria delle prestazioni INAIL. Considerazioni conclusive

La proposta interpretativa che viene formulata consentirebbe, tra l'altro, il recupero di una funzione peculiare delle prestazioni previdenziali all'interno del sistema di risarcimento del danno ed individuata già da una risalente giurisprudenza, secondo la quale "assumono perciò carattere di anticipazione rispetto all'assolvimento dell'obbligo a carico del responsabile", come ebbe modo di rilevare la Corte costituzionale con la sentenza n. 134 del 22 giugno 1971⁵⁹.

⁵⁹ Sembra opportuno riportare un paragrafo di quella sentenza, quantomeno in omaggio all'autorevolezza del giudice estensore (Costantino Mortati): "4. Del pari prive di fondamento devono ritenersi le deduzioni rivolte contro quelle disposizioni dell'art. 10 che limitano l'obbligo del risarcimento a carico del datore di lavoro solo alla parte del danno non coperta dall'indennità erogata dall'INAIL, e Pertanto escludono la possibilità del cumulo fra le due specie di erogazioni a favore del lavoratore. Si sostiene che tali norme violino i principi generali secondo i quali vi sarebbe, da una parte, diritto ad ottenere dal responsabile l'integrale risarcimento, e dall'altra il divieto della *compensatio lucri cum danno*, quando, come si afferma accadere nella specie, il lucro derivi da causa creditoria diversa da quella che ha determinato il danno. È facile opporre che è regola generale consacrata nell'art. 2043 del codice civile, che il risarcimento da fatto illecito deve essere corrispondente al danno effettivamente subito, da effettuarsi secondo le valutazioni stabilite nell'art. 1223, che le limita alla perdita subita ed al mancato guadagno, senza poter mai divenire fonte di lucro per il danneggiato, secondo risulta anche dall'art. 1910, del codice civile.

Né può allegarsi in contrario la diversità della causa creditoria, poiché, se è vero che nella specie all'assicurato sono conferite due pretese, verso l'INAIL, oltre che verso il responsabile, anziché solamente verso quest'ultimo (come a stretto rigore dovrebbe avvenire), ciò è disposto, come si è già rilevato, a favore dell'infortunato cui si vuole garantire in ogni caso (anche quando il risarcimento ritardi, o non riesca ad ottenersi) il diritto alle prestazioni assistenziali. Queste, se trovano un titolo autonomo nel rapporto assicurativo di cui è parte il lavoratore, si effettuano tuttavia in temporanea sostituzione delle erogazioni che, a causa del medesimo evento dannoso, sono poste a carico del datore, e pertanto non possono cumularsi con esse, se non a patto di determinare un indebito arricchimento. Questa considerazione è sufficiente a mostrare l'inconcludenza dei riferimenti che l'ordinanza fa a casi di utilità provenienti all'infortunato per titoli diversi da quello discendente dal danno, e per i quali quindi è giusto che non possano incidere sul risarcimento (ma se mai solo sulla commisurazione del suo ammontare)."

Se tale pronuncia viene decontestualizzata dalla circostanza che a quell'epoca l'unico panorama risarcitorio era quello patrimoniale, essa assume un inequivocabile insegnamento anche nel tempo attuale. Occorre rilevare come tale impostazione sia criticata in dottrina. V. in proposito G. LUDOVICO, *Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità del datore di lavoro*, Giuffè, 2012, pag. 142, che rileva come questa lettura della questione sia stata abbandonata dalla stessa Corte costituzionale con la sentenza 26 febbraio 1993, n. 71.

Occorre osservare che una simile prospettazione interpretativa rischia di sconvolgere una stratificazione della giurisprudenza sulla questione del danno differenziale ben consolidata e di essere ritenuta una visione “semplicistica” del problema. Ritenere, infatti, che le prestazioni previdenziali a seguito della riforma del 2000 abbiano carattere universale (estendendosi ad ogni pregiudizio conseguente alla legione) comporta una “riemersione” della regola dell’esonero di cui all’art. 10 del T.U. infortuni con le latitudini proprie del testo originario. Queste ultime potrebbero essere ritenute in contrasto con l’attuale assetto costituzionale della responsabilità per gli infortuni sul lavoro e con il progressivo svuotamento di tale regola che la giurisprudenza costituzionale e di legittimità ha posto in essere negli ultimi 35 anni, in omaggio ad una lettura particolare dei diritti dell’infortunato costituzionalmente tutelati.

Tuttavia, potrebbe forse essere giunto il momento per affrontare in via principale la questione della sopravvivenza di tale esonero, piuttosto che si tentino ogni volta (e a seconda del rispettivo punto di vista) ricostruzioni della materia consone certamente alle legittime pretese delle parti coinvolte, ma che non sono destinate a reggere nel tempo la verifica dei fatti e dell’equilibrio degli interessi coinvolti, unico vero ingrediente per conferire alle ricostruzioni dogmatiche quella stabilità agognata quando si propongono.

In questo senso una considerazione comparatistica non sarebbe fuori luogo. Occorre, infatti, precisare che la regola del danno differenziale appena esaminata costituisce un principio presente in quasi tutti gli ordinamenti europei che prevedono forme di tutela di tipo assicurativo (pubbliche o private che siano) degli infortuni sul lavoro⁶⁰, che non prevedono alcuna scomposizione delle prestazioni previdenziali in singole voci ai fini della determinazione del danno differenziale spettante all’infortunato, applicandosi la regola dell’esonero e del calcolo del danno differenziale con ben maggiore severità, secondo il parametro meramente quantitativo di cui sopra⁶¹.

Tornerebbe quindi confermato il principio secondo cui, tanto è irrilevante il disposto dell’art. 13 del D.Lgs. n. 38/2000 “a monte” ai fini del calcolo del danno civilistico, essendo la norma scritta solo al fine specifico di determinare l’ammontare delle indennità di tipo previdenziale, tanto deve essere irrilevante l’imputazione fatta dall’Ente previdenziale delle somme erogate (purché all’interno delle voci di ristoro patrimoniale e non patrimoniale conseguenti alla lesione).

⁶⁰ Per un esame comparatistico della legislazione vigente in alcuni paesi europei si può rinviare alla pubblicazione dell’INAIL (Unità rapporti internazionali) “L’assicurazione sugli infortuni sul lavoro e le malattie professionali nei paesi dell’Unione Europea”, 1998. Il testo illustra e descrive per ogni paese considerato l’ambito ed i limiti dell’azione di risarcimento dell’infortunato indennizzato nei confronti del datore di lavoro responsabile dell’infortunio ed inoltre esamina le condizioni per l’esercizio della c.d. azione di regresso dell’Ente assicurativo. Da ultimo v. A. DE MATTEIS, *La dimensione comunitaria dell’assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali*, in *Riv. Inf. Mal. Prof.*, 2006, I, 285 e seg.

⁶¹ V. in tal senso A. DE MATTEIS, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Giuffrè, 2011, pag. 1103.

I giudici di merito - opportunamente compulsati da simili argomentazioni come nel caso del Tribunale di Vicenza citato alla nota n. 49 - giungono sempre più a conclusioni del genere e, come è stato evidenziato, anche la Corte di cassazione tende ad indirizzi nomofilattici che riconducano ad unità le molte questioni che orbitano in tema di risarcimento del danno.

Non è dato sapere se la Corte regolatrice, investita della specifica questione, avrà modo di pronunciarsi aderendo ad una simile "semplificazione" della materia. Con ogni probabilità la dogmatica della scomposizione, per come è stata intesa in questi anni, avrà un indubbio effetto persuasivo, tanto da relegare le diverse ipotesi interpretative quali semplicistiche scorciatoie. La materia della responsabilità civile e delle interferenze con il sistema previdenziale avrebbe, tuttavia, bisogno di una ricomposizione che tenesse conto non solo delle coordinate interpretative offerte dalle singole posizioni, ma di una visione d'insieme tale da evitare quel "pendolarismo" interpretativo tra le divergenti istanze rappresentate (speculazione se vogliamo intendere da un lato e semplicismo dall'altro) foriero di incertezze future.

In questo senso anche la prossima statuizione della Corte di legittimità rischia di essere non un punto di arrivo ma (solo) una delle tante stazioni del percorso. Pur nel rispetto dell'esigenza dell'integrale risarcimento occorrerebbe evitare soluzioni che, seppur affascinanti sul piano dell'arditezza di pensiero e - pertanto - speculative, alla fine siano rimesse di lì a poco in discussione; la materia infatti meriterebbe una certa stabilità interpretativa.

RIASSUNTO

Dalla riforma delle prestazioni INAIL in materia di infortuni sul lavoro e malattie professionali, avvenuta con il decreto legislativo n. 38 del 2000, si sono proposti diversi orientamenti in materia di "danno differenziale". L'assenza di indirizzi di legittimità ha consentito così il formarsi di diverse (e spesso opposte) posizioni sul problema. L'Autore cerca di ricostruire, in primo luogo, i principali orientamenti presenti in dottrina e nella giurisprudenza di merito. Verranno quindi considerati alcuni effetti dell'orientamento giurisprudenziale conseguente alle sentenze della Corte costituzionale degli inizi degli anni '90 sul tema della rivalsa INAIL, sul fronte della regola dell'esonero e su quello delle speciali azioni recuperatorie spettanti all'Ente previdenziale. Verranno quindi considerate alcune prospettive interpretative legate all'attualità della regola dell'esonero, la sua compatibilità costituzionale e le conseguenze sulla questione del danno differenziale.

L'Autore cercherà di proporre una sintesi interpretativa, proponendo una nuova lettura costituzionale delle prestazioni previdenziali dell'INAIL destinata, in ultima analisi, a "semplificare" i rapporti tra sistema della responsabilità civile e sistema previdenziale. In questa prospettiva all'art. 38 della Costituzione viene

affidata una funzione particolare al fine di determinare la natura “universalistica” delle prestazioni INAIL. Analizzando anche le pronunce della Corte di cassazione su altri temi legati alle responsabilità civili, si conclude che quelle differenze tra sistema previdenziale e sistema della responsabilità civile spesso siano più artificiose che reali, recuperando così una funzione anticipatoria delle prestazioni INAIL già affermata a suo tempo dalla Corte costituzionale. Occorrerà ora attendere l’indirizzo della Corte di cassazione.

SUMMARY

Many trends about “residual damages” have been proposed since the reform of the regulations of INAIL regarding work accidents and occupational disease realized by law enacted n. 38/2000.

The trend absence of legitimacy allows the formation of different (and often opposing) positions about this problem.

The Author tries to reconstruct, firstly, the main trends existing in doctrine and jurisprudence. He considers some effects of the jurisprudential trend consequent upon the sentences of the Corte costituzionale at the beginning of the Nineties about INAIL compensation, exemption rule and special repertory actions assigned to INAIL.

The Author considers some interpretative perspectives connected to the present value of the exemption rule, its constitutional compatibility and consequences upon residual damages.

The Author will offer an interpretative synthesis, suggesting a new constitutional reading about INAIL services in order to “simplify” the relation between civil liability system and previdential system.

According to this perspective, article 38 of the Constitution assumes a particular function for determining the “universal” nature of INAIL services.

Also considering the decisions of Corte di cassazione about other topics connected to civil liability, the author has come to the conclusion that differences between previdential system and civil liability system are often more artificial than real, recovering an anticipatory function of INAIL services following a consolidated trend of the Corte costituzionale.

Now we have to wait for the perspective of the Corte di cassazione.