

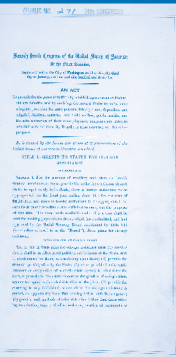
La tutela antifortunistica oggi

SEMINARI PREVIDENZIALI MACERATESI - 2019

a cura di
GUIDO CANAVESI
EDOARDO ALES

Editoriale Scientifica

TEMIDI SICUREZZA SOCIALE



Collana
diretta da
G. Canavesi
e E. Ales

TEMI DI SICUREZZA SOCIALE

Direttori

Edoardo Ales – Guido Canavesi

Comitato scientifico

*Anna Alaimo - Alberto Avio - Ulrich Becker - Paola Bozzao - Rosa Casillo
Silvia Ciucciiovino - Davide Casale - Antonio Di Stasi - Madia D'Onghia
Marco Esposito - Valeria Filì - Laura Foglia - Lorenzo Gaeta
Marco Gambacciani - Stefano Giubboni - Giuseppe Ludovico - Sergio Nisticò
Antonella Occhino - Paolo Pascucci - Pasquale Passalacqua - Emmanuele Pavolini
Frans Pennings - Pietro Pozzaglia - Simonetta Renga - Giuseppe Sigillò Massara
Michele Squeglia - José Luis Tortuero Plaza - Armando Tursi
Riccardo Vianello - Herwig Verschueren - Tiziana Vettor*

Temi di sicurezza sociale è una collana di volumi *open access* che nasce sulla scia dell'esperienza dei Seminari Previdenziali Maceratesi, per favorire lo studio a livello scientifico di questa materia. Il titolo è volutamente ampio nella prospettiva di accogliere apporti conoscitivi da altri ambiti disciplinari tradizionalmente attenti ai temi del welfare e favorire approcci interdisciplinari.

LA TUTELA ANTINFORTUNISTICA OGGI

Seminari Previdenziali Maceratesi - 2019

a cura di

Guido Canavesi – Edoardo Ales

EDITORIALE SCIENTIFICA

Si ringrazia per la collaborazione la Fondazione Marco Biagi

Tutti i volumi della collana sono soggetti a doppio refraggio

Proprietà letteraria riservata

© Copyright 2020 Editoriale Scientifica s.r.l.
via San Biagio dei Librai, 39 - 80138 Napoli
www.editorialescientifica.com info@editorialescientifica.com
ISBN 978-88-9391-994-4

Indice

GUIDO CANAVESI <i>Introduzione</i>	7
LORENZO GAETA <i>Scene da un infortunio</i>	9
GIUSEPPE LUDOVICO <i>Responsabilità civile e tutela sociale</i>	31
PAOLO PASCUCCI <i>L'infortunio sul lavoro tra prevenzione e protezione</i>	51
EDOARDO ALES <i>L'occasione di lavoro all'epoca del lavoro 'multi-locale': quale sicurezza per il lavoratore agile?</i>	75
GUGLIELMO CORSALINI <i>Problematiche attuali dell'infortunio in itinere</i>	137
COSIMA ANDRISANI, NICOLA DELEONARDIS, CHIARA GAGLIONE, CHIARA GARBUIO, LUCA MANNARELLI, GIAN PIERO MARCELLINI, ALESSANDRO VENTURA <i>Evoluzioni e profili attuali dell'infortunio in itinere</i>	179
MARIA CRISTINA DEGOLI, DANIELA DEL DUCA, ALESSANDRA INGRAO, CHIARA PAOLINI, GIOVANNA PISTORE, ILARIA PURIFICATO <i>Il sistema dell'assicurazione obbligatoria basato sulla distinzione tra infortuni sul lavoro e malattie professionali: prospettive di superamento</i>	217

ILARIA BRESCIANI, ALESSIO CARACCILO, CATERINA MAZZANTI, ELISABETTA SARTOR, FEDERICA STAMERRA, MARGHERITA VOLPES	
<i>La tutela economica del lavoratore infortunato, nel confronto tra quella indennitaria e quella risarcitoria</i>	253
<i>Abbreviazioni delle riviste</i>	299
<i>Autori</i>	303

Introduzione

GUIDO CANAVESI

Riguardata con la lente della legge, l'assicurazione infortuni sul lavoro e malattie professionali appare una matura signora che incede attraverso i tempi, fedele alla propria immagine. Non a caso si è soliti dire che la tutela antinfortunistica ha conservato più di altri regimi previdenziali l'originaria matrice assicurativa.

E l'evoluzione normativa sembra confermare questa dimensione "quasi" statica, tanto più al confronto con la legislazione pensionistica: allo stillicidio di norme pressoché continuo di questa fa da contraltare il Testo Unico del 1965, con l'aggiunta, in pratica, unica del d.lgs. 23 febbraio 2000, n. 38.

A scavare un po' più a fondo, però, la prospettiva cambia: sotto un involucro formalmente identico, quella tutela ha cambiato volto e sostanza.

L'ha fatto senza grande enfasi, principalmente attraverso il lavoro costante della giurisprudenza costituzionale e di legittimità, ma a volte nel tonificante incontro con novità legislative limitrofe, come la normativa in tema di salute e sicurezza del lavoro.

Quel lavoro ha intaccato, se non ridisegnato, gli (o alcuni degli) elementi strutturali della nostra tutela.

Si pensi all'eclissi dell'esonero del datore dalla responsabilità civile, regola vigente secondo l'art. 10 del Testo Unico, ma oramai eccezione¹.

Od ancora, si consideri come già sul finire degli anni '80 del secolo scorso, la Corte Costituzionale notasse «il distacco dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro dal concetto statistico-assicurativo di rischio, al quale era originariamente legata», distacco «sollecitato da una interpretazione dell'art. 38, secondo comma, coordinata con l'art. 32 Cost. allo scopo di "garantire con la massima effi-

¹ Per la ricostruzione della vicenda, S. GIUBBONI, G. LUDOVICO, A. ROSSI, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Cedam, 2020, 451 ss.

cacia la tutela fisica e sanitaria dei lavoratori”. Oggetto della tutela dell’art. 38 non è il rischio di infortunio o di malattia professionale, bensì questi eventi in quanto incidenti sulla capacità di lavoro e collegati da un nesso causale a un’attività tipicamente valutata dalla legge come meritevole di tutela. Con formula ellittica si può dire che oggetto della tutela sono “alcune attività tipiche”, indipendentemente dall’entità concreta della loro pericolosità².

Neppure le malattie professionali sfuggono a questo movimento franoso dell’originario impianto assicurativo, come mostrano le vicende giudiziarie relative alla riconosciuta indennizzabilità quali malattie professionali delle patologie derivanti dall’esposizione a fumo passivo da sigaretta, dall’uso del telefonino aziendale o da stress lavorativo per l’eccesso di lavoro straordinario. Al riguardo si è osservato che «nell’ambito del sistema del TU, sono indennizzabili tutte le malattie di natura fisica o psichica la cui origine sia riconducibile al rischio del lavoro, sia che riguardi la lavorazione, sia che riguardi l’organizzazione del lavoro e le modalità della sua esplicazione; dovendosi ritenere incongrua una qualsiasi distinzione in tal senso, posto che il lavoro coinvolge la persona in tutte le sue dimensioni, sottoponendola a rischi rilevanti sia per la sfera fisica che psichica»³.

Se è evidente il riproporsi in questa dinamica dell’irrisolta alternativa tra “rischio” e “bisogno”, deve dirsi che del tutto trascurato è il versante della sostenibilità finanziaria del regime previdenziale, invero spiazzata dall’estensione della tutela a situazioni non valutabili o difficilmente valutabili secondo i classici metodi di determinazione delle tariffe.

Un tema, questo, sul quale l’indefinita moltiplicazione dei luoghi di lavoro smart sembra destinata a gettare altra benzina sul fuoco.

² Corte cost. 2 marzo 1991, n. 100.

³ Cass. 5 marzo 2018, n. 5066, ma vedi anche; Cass. 9 gennaio 2019, n. 276. Per una sintetica esposizione dei termini della questione, D. CORSALINI, *La tutela delle malattie “occasionate” da lavoro*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2015, 210 ss.

Scene da un infortunio

LORENZO GAETA

Il mio primo saggio sulla storia degli infortuni sul lavoro l'ho scritto a penna su fogli protocollo, poi l'ho battuto a macchina con la carta copiativa e infine l'ho spedito alla rivista in una busta su cui ho incollato un francobollo. Era il 1980; da allora, mi sono occupato del tema talmente tante volte che, quando mi è stato chiesto di ritornarci, per non annoiare né me né gli altri, ho pensato a qualcosa di diverso da un saggio scientifico, e cioè a una sceneggiatura preparata per un ipotetico documentario televisivo (come si dice adesso, una docufiction). Eccone, quindi, un abbozzo, per il cui titolo chiedo ovviamente scusa alla memoria del grande Ingmar Bergman e al suo "Scene da un matrimonio". Accanto a (poche) situazioni di fantasia, ci sono fatti assolutamente reali, mentre tutti i riferimenti al contesto giuridico sono ripresi da fonti citate nei "titoli di coda", solo qualche volta rese – come del resto i dialoghi – con un linguaggio più attuale. Le diverse scene sono legate dal commento di una voce narrante, riportato in corsivo. Forse ne è uscito qualcosa di un po' più movimentato di uno scritto giuridico; ho idea, però, che buona parte del suo successo dipenderà dalla scelta degli attori chiamati a interpretarlo: ah, vi avverto, ci sono pochissime parti femminili...

Una bella mattina di primavera. Su un terreno delimitato con linee di gesso, un gruppo di giovani, che indossano curiose divise di due differenti colori, si affannano a prendere a calci una palla, lanciando urla e imprecazioni, per lo più in inglese. Tutto intorno, una cinquantina di persone di varia estrazione sociale: operai, ma anche giovani della buona società, con begli abiti chiari; non mancano tre o quattro incuriosite ragazze con l'ombrellino da sole, ovviamente in compagnia di un familiare.

È domenica 8 maggio 1898, una giornata davvero particolare. Quella cui stiamo assistendo, non lontano dal centro di Torino, è la prima partita del primo campionato italiano di uno sport molto in voga in Gran Bretagna: lo chiamano *football*, e presto prenderà piede anche da noi. È un evento memorabile, anche se nessuno allora se ne accorge.

Nelle stesse ore, a Milano, in pieno centro...

Una folla inferocita di povera gente esasperata ha eretto barricate improvvisate, da dietro le quali sta lanciando di tutto contro uomini in divisa. Quando la lotta si fa più aspra, un anziano militare dà ai soldati l'ordine secco di puntare i cannoni contro la folla e di sparare ad altezza d'uomo.

Siamo al culmine della "rivolta dello stomaco", che ha messo mezza Italia in stato d'assedio a causa dell'aumento del prezzo del pane. Un centinaio di persone cadono sotto i colpi dell'esercito comandato dal generale Fiorenzo Bava Beccaris, che il "re buono", Umberto I, premia poi con la nomina a senatore e con la Gran Croce di Savoia "per il servizio reso alle istituzioni e alla civiltà".

Siamo ancora a Milano, sta ormai calando la sera.

Il salotto di una casa della buona borghesia. Un ricevimento con una ventina di ospiti; naturalmente, l'argomento principale delle conversazioni che corrono tra bicchierini di rosolio, canapè e pasticcini è la rivolta del mattino e la sua feroce repressione. Nel bel mezzo della serata, alla porta bussano due giovani e baffuti carabinieri, che intimano ai padroni di casa: «Onorevole Filippo Turati, signora Anna Kulisciuff, siete in arresto per incitamento alla sovversione!».

Una giornata movimentata, non c'è che dire! È un'Italia segnata da profondi squilibri sociali e da un malcontento ormai dilagante. Abbiamo visto il volto durissimo della repressione; ma nei confronti delle stesse classi sociali si è agito in ben altro modo appena due mesi prima, approvando una legge di tutela attesa da anni.

È il primo pomeriggio del 10 marzo 1898 e a Montecitorio sta parlando Francesco Cocco-Ortu, sardo, ministro dell'agricoltura, industria e commercio.

«Onorevoli deputati, questo disegno di legge, al quale vi prego non voler apportare modifica alcuna, per non ritardarne vieppiù l'approvazione, scioglie la promessa da anni invano solennemente fatta al Paese, di dare soluzione a un dramma che angoscia ogni spirito libero che abbia a cuore la sorte degli umili: gli infortuni degli operai delle fabbriche. Trattasi di fatti e di bisogni nuovi, prodotti dalle trasformazioni e dai progressi delle industrie, onde nacquero nuove relazioni giuridiche alle quali male si adattano tutte le regole del diritto privato, qual è scritto nel codice civile. Sono queste le regole sulla responsabilità, sulle quali si è finora retto, malamente, tutto il sistema, mai in grado di apprestare un acconcio ristoro del danno patito dall'operaio.

Ora questo disegno di legge, espressione di accordo sincero e fruttifero tra lavoro e capitale, persegue tutt'altro principio, quello dell'obbligo assicurativo posto in capo a chi dall'industria ritrae legittimamente profitto, e che per ciò stesso ragioni di diritto, ma ancor prima di sollecitudine affettuosa per i più deboli, stringono all'obbligo di provvedere alla loro tutela. In tal modo, col principio cristiano di fratellanza che diventa legge positiva, potremo finalmente passare dalla guerra della responsabilità alla pace dell'assicurazione!

Qualcuno ha qui paventato che noi vogliamo questa legge per fermare la propaganda o per timore dei partiti sovversivi. I governi liberi, come il nostro, non possono temere le propagande che si svolgono nel campo del pensiero e delle idee; ma allo stesso tempo debbono attingere nella libertà (come quando, con giusti provvedimenti, sollevano la sorte degli umili) la forza per opporsi decisamente a qualunque minaccia contro l'ordine pubblico, a qualunque atto che esca dalla discussione teorica per entrare nel campo violento dei fatti.

Mi auguro che il vostro voto sarà testimonianza che non fu vuoto applauso quello che accolse in Campidoglio la parola sovrana, la quale invitò tutti gli italiani ad aiutarsi a vicenda, perché soltanto nella concordia di tutti sta la forza e la grandezza della Patria!».

La legge viene approvata e promulgata il 17 marzo 1898. È, in quel momento, il più importante provvedimento di legislazione sociale del Paese. Purtroppo, però, le parole del ministro si rivelano profetiche: alla tutela si accompagna immediatamente la repressione. Ma perché si è arrivati, per gli infortuni sul lavoro, alla soluzione dell'assicurazione

obbligatoria? Che storia si nasconde dietro l'abbandono del diritto privato?

Facciamo un bel salto all'indietro, precisamente al 1883: il cinquantenne con una bella barba bianca che vediamo alla cattedra in quest'austera aula della Sapienza romana è il professor Francesco Schupfer, e quella decina di ragazzi molto ben vestiti sono gli studenti del suo corso di Storia del diritto italiano.

«Cari studenti, forse vi meraviglierete perché al termine di questa parte di lezioni che ha avuto ad oggetto il diritto longobardo io vi propongo invece un argomento preso dalla più immediata attualità, come gli infortuni sul lavoro nell'industria. Cercherò di spiegarvi il nesso che intercorre tra due realtà sociali e due sistemi giuridici così lontani nel tempo e nella sostanza. Vi riassumerò dapprima quale sia il contesto entro cui si iscrive il nostro tema. Una volta accaduto un infortunio – e purtroppo la realtà dell'industria sempre più meccanizzata ne provoca tanti –, toccherà all'operaio che lo ha subito, o ai suoi eredi in caso di incidente mortale, portare in giudizio le prove della colpa imputabile a colui al quale si domanda il risarcimento in relazione al fatto da cui il danno è derivato, alla stregua delle norme sulla responsabilità civile *ex lege Aquilia*; in sostanza, occorrerà dimostrare un nesso causale tra il comportamento del padrone, o di un suo sottoposto, e la lesione subita. Questa è, però, una classica *probatio diabolica*! Per questo motivo, qualche studioso francese ha elaborato una teoria secondo la quale nel contenuto del contratto di locazione del lavoro rientrerebbe anche la tutela dell'incolumità dell'operaio (che agisce nei limiti delle sue attribuzioni), perché senza di essa gli scopi del contratto non si realizzerebbero né da una parte né dall'altra. Di conseguenza, versandosi in un'ipotesi di responsabilità contrattuale, toccherà al padrone l'onere di provare che l'infortunio è dipeso da caso fortuito, forza maggiore o negligenza dello stesso operaio. Io ritengo che una tale inversione dell'*onus probandi* possa fin d'ora applicarsi anche nel nostro Paese senza necessità di leggi *ad hoc*, come invece s'è fatto in Germania e in Svizzera. Anche perché io sposo una tesi oggettiva e non soggettiva della responsabilità contrattuale, che perderebbe gran parte della propria efficacia, se, come vogliono alcuni

(anzi, mi duole dirlo, la gran parte degli studiosi), dovessimo ritenere operante anche per la responsabilità *ex contractu* il principio della colpa, di modo che il padrone possa scagionarsi dimostrando di aver operato secondo l'ordinaria diligenza del buon padre di famiglia. Non dai principi della colpa, ma da quelli dell'inadempimento in sé considerato (dell'obbligo di garantire l'incolumità del proprio operaio) va regolata tale responsabilità.

Ma v'è di più, a mio avviso, gentili studenti, e lo ricavo appunto dalla saggezza di quei "barbari", che furono invece faro di civiltà giuridica, proseguendo e arricchendo la gloria del diritto romano. Le loro leggi, infatti, e parlo dell'editto di Rotari, ma anche della *Lex Romana Burgundionum* e di quella *Visigothorum*, prevedevano tutte una responsabilità che oggi chiameremmo "oggettiva", cioè senza colpa, a carico di chi da un'attività ritraesse guadagno. È questo il futuro verso cui dobbiamo incamminarci, e la strada la indicano gli antichi perché i moderni la comprendano: se si intende davvero risolvere il problema giuridico degli infortuni sul lavoro, occorre dare tutela a quella gran massa di accidentati che non risultano colpa di nessuno, se non di un imperscrutabile "fato". Occorrerà addossare a chi dalla sua attività industriale ricava profitto il rischio dell'infortunio del proprio dipendente, che direttamente discende dall'esercizio di un lavoro. E non si dica che in tal guisa si opererebbe a danno del padrone un trattamento giuridico diverso rispetto al cittadino comune. Cari studenti, l'uguaglianza formale per sé sola non ci appaga; essa deve trovare il suo complemento nell'uguaglianza materiale. E a tal uopo non è necessario che il diritto sia lo stesso per tutti; le condizioni disuguali esigono un trattamento disuguale.

Lasciatemi concludere, per oggi, riferendovi come mi sia toccato di recente di vedere duemila operai, che accompagnavano all'estrema dimora le salme di alcuni loro compagni, vittime del lavoro. L'aspezzatura era dipinta sui loro volti; ma erano muti: quel cupo silenzio rendeva anche più imponente la dimostrazione. Per quella volta, non si è sentito un grido, che il triste spettacolo dei morti e la desolazione delle vedove e dei figli avrebbero potuto far prorompere: *exoriare aliquis nostris ex ossibus ultor!* Ma chi ci assicura dell'avvenire?».

Schupfer è forse il primo giurista che in Italia cerca di impostare su

basi nuove il tema infortunistico. È difficile, però, spuntarla in un tribunale chiedendo di applicare le leggi dei longobardi! Eppure, almeno una volta ci si va molto vicini.

Siamo alla stazione ferroviaria di Valenza, vicino Alessandria, nella nebbiosissima sera del 7 novembre 1890. All'alba è avvenuto uno scontro fra treni che ha provocato la morte di un uomo e un lungo lavoro di sgombero dei binari e di trasbordo di viaggiatori e merci. L'omino che esce trafelato da un magazzino è un operaio addetto al movimento, Antonio Cantimorri. Occuperà un piccolo posto nella storia degli infortuni sul lavoro.

«Dove corri, Antonio? Non vedi che non ti reggi in piedi? È da stamane che stiamo trottando di qua e di là per fare un po' d'ordine in questa stazione dopo quel dannato incidente! Fermati un attimo e riposati!».

«No, no, non posso. Sta arrivando l'accelerato da Casale e va fermato, perché ha la precedenza il diretto che viene da Milano. Con questo nebbione, è difficile che il macchinista veda i soliti segnali di stop».

«E quindi, cosa vuoi fare?».

«Gli vado incontro e gli faccio segno di fermarsi, altrimenti facciamo il *bis* di stamattina...».

L'aria ovattata di quella serata è scossa da uno stridio di freni e da un urlo disperato.

Antonio Cantimorri muore stritolato sotto le ruote del treno. È il classico infortunio "fatale", in cui nessuno è colpevole: sia la società ferroviaria che il malcapitato operaio hanno agito secondo i dettami della diligenza nell'adempimento dei rispettivi obblighi. Comunque, le Ferrovie mediterranee, una delle due grandi reti private che si dividono l'Italia peninsulare, vengono citate in giudizio. Non è frequente che un operaio infortunato, e men che meno i suoi superstiti, facciano causa al datore di lavoro: troppo spesso non ne hanno i mezzi né il coraggio, e poi sanno già, più o meno, come andrà a finire: il diritto sa essere terribile, alle volte. Qui invece, clamorosamente, ben quattro anni dopo l'accaduto, il giudice dà ragione alla parte lesa e ordina un cospicuo risarcimento del danno subito.

Questo bellissimo palazzo nel centro di Milano è la sede delle Ferrovie mediterranee, e il sessantenne alto con una lunga barba bianca è il suo presidente, il conte Alfonso Sanseverino Vimercati, che sta strigliando il giovane avvocato cui era stata affidata la difesa in una causa ritenuta a torto fin troppo facile.

«Avvocato, non so se lei si renda davvero conto di ciò che questa sentenza può significare per noi. Come può spiegarmi una condanna che trovo inconcepibile? E, badi bene, ciò che mi preoccupa ovviamente non è la somma che dobbiamo sborsare, ma le ripercussioni che la pronuncia potrà avere per il futuro. Lei cosa ha fatto? La paghiamo per dormire?».

«Ma presidente, mi creda, qui non c'entra niente la nostra difesa: ormai abbiamo un formulario standard per cause di questo genere. Temo, purtroppo, che il giudice fosse prevenuto, forse anche perché il fatto ebbe qualche risalto laggiù ad Alessandria qualche anno fa e, sa com'è, queste cose influenzano anche il più integro dei magistrati».

«E chi è questo giudice così compassionevole? Che diavolo ha scritto, poi, in questa sentenza a giustificare quella conclusione? Badi, me lo spieghi senza troppi fronzoli da avvocato, io sono un ingegnere!».

«Conte, è qualcosa che va davvero fuori dai canoni consueti, soprattutto in punto di diritto. Il giudice – a proposito, si chiama Camillo Cavagnari, e si dice abbia simpatie socialiste (dovrebbe già bastarle questo) – dicevo, questo giudice ha ardito sostenere che nel caso di lesione del dipendente avvenuta in occasione di lavoro, senza colpa dell'imprenditore e senza colpa dell'infortunato, la responsabilità, e quindi l'obbligo di risarcire il danno, spetta sempre al primo».

«Cosa? Ma siamo matti! E perché mai, per far risplendere il sole dell'avvenire, forse? Avrò ben dato anche qualche motivazione a questo obbrobrio!».

«Guardi, presidente, le leggo testualmente quel che ha scritto: “questa conclusione discende dall'applicazione delle norme sulla locazione di opere e sul mandato e dell'antica *regula iuris, periculum eius esse debet cuius commodum est*, sul quale concetto va svolgendosi una novella teoria sul fondamento della responsabilità civile, per la quale si sostiene che chiunque nell'esercizio di un'impresa o di una attività

qualsiasi arrechi all'altrui diritto un danno che appaia conseguenza diretta o indiretta di quell'attività, deve questo danno risarcire, nulla importando se nell'evento dannoso l'agente non abbia peccato di negligenza o imprudenza, e quand'anche l'evento stesso, isolatamente considerato, possa apparire dipendente da caso fortuito o di forza maggiore"».

«Assurdo! Quindi, noi dovremmo risarcire tutti, dico tutti, gli infortuni di cui soffrono i nostri ferrovieri...».

«Ma veda, presidente, per la verità questa cosa che in gergo chiamiamo "rischio professionale" i giudici la applicano tranquillamente quando i nostri treni – volevo dire, i vostri treni – a causa di eventi esterni e incontrollabili cagionano danni alle merci che i terzi vi affidano, oppure quando le scintille sprigionate dalle locomotive bruciano le colture, ancorché il danno sia inevitabile, in quanto la scienza non offre alcun rimedio per eliminare l'inconveniente. Sa che ci sono decine di sentenze che ci condannano a risarcire i danni in queste circostanze, anche se è del tutto provato il caso fortuito o la forza maggiore? Lo faranno, come dicono, per agevolare i traffici commerciali, ma ormai in casi del genere abbiamo smesso di andare in tribunale: paghiamo e basta! Allora, un principio giuridico funziona senza problemi quando c'è un rapporto tra due imprese, o comunque tra due soggetti di pari grado, e non vale più quando c'è una parte che è, per così dire, più in basso?».

«Che fa, avvocato, si mette a fare il socialista anche lei? Veda piuttosto di preparare un buon appello. Non possiamo permetterci che si affermi un simile principio a vantaggio dei lavoratori infortunati. Io, per la mia parte – sa, sono in Senato da più di dieci anni –, mi adopererò perché, in questi casi, intervenga una legge. Ogni tanto ci chiamano a votare un progetto, cercherò di stimolare i colleghi in questa direzione».

«Non si preoccupi, signor conte, in appello sicuramente vinceremo e di questa incredibile sentenza non si ricorderà più nessuno: glielo prometto!».

L'avvocato è di parola: neanche cinque mesi più tardi, a novembre 1894, l'Appello ribalta completamente la sentenza del Tribunale di Milano, non ritenendo che la responsabilità civile possa estendersi fino

a quel punto. Comunque, quella di Cavagnari, noto esponente del “socialismo giuridico”, è l’unica sentenza italiana a riconoscere la responsabilità incolpevole di un’impresa in una vicenda infortunistica. Se passasse davvero un principio del genere, le conseguenze sarebbero sicuramente importanti.

Ne stanno discutendo, animatamente ma amabilmente, in un caffè nella piazza centrale di Avigliano, in Basilicata, il grande civilista Emanuele Gianturco e il suo allievo Nicola Coviello, che trascorrono l’agosto del 1897 nel paese natio.

«Allora, Coviello, come è andato questo primo anno da ordinario?».

«Benissimo, professore! A Catania mi sono trovato magnificamente, penso proprio di rimanerci a lungo».

«Meglio delle montagne di Urbino, vero? Avete visto che il libro sul caso fortuito è stato fondamentale per la promozione? Complimenti, davvero! Anche se su alcune cose, lo sapete, io non mi trovo troppo d’accordo con voi».

«Vi riferite alle conseguenze che traggio sul problema degli infortuni sul lavoro, vero? Che cosa ho detto, in fin dei conti? Semplicemente che è del tutto mistificante, sotto il profilo tecnico-giuridico, definire fortuito un infortunio avvenuto nel corso dell’attività lavorativa: in quel caso, infatti, manca completamente la caratteristica tipica del fortuito, cioè l’imprevedibilità o l’inspiegabilità, anche a volerle considerare in relazione alla soggettività dell’agente. Tutto qua».

«In questo modo, amico caro, raffinando quelle teorie tedesche che rileggono i rapporti tra evento dannoso e cause che lo producono, finite col ritenere responsabile il padrone anche per il caso fortuito, per il semplice fatto che egli opera a proprio rischio. E la cosa mi sembra francamente un po’ eccessiva, innanzitutto dal punto di vista tecnico, ma poi anche, lasciatemelo dire, per le conseguenze nefaste che una soluzione del genere produrrebbe all’intera industria italiana».

«Ma vedete, professore, la questione degli infortuni sul lavoro è stata male impostata da tanti anni. Abbiamo perso tempo ad accapigliarci tra responsabilità extracontrattuale e contrattuale...».

«Non me ne parlate! Mi sono stufato di questi toni così veementi,

che arrivano quasi all'insulto personale, tra gli "aquiliani" del "Foro italiano" e i contrattualisti della "Giurisprudenza italiana"».

«Dicevo, questa *querelle* è stata assolutamente sopravvalutata, perché comunque la si pensi rimangono privi di tutela tutti gli infortuni attribuibili a caso fortuito e forza maggiore, e lo sapete quanti sono?».

«Sì, Nicola, le statistiche le ho lette: qualcuno è arrivato a dire che addirittura il 98% degli infortuni sarebbe addebitabile a forza maggiore, a caso fortuito o a colpa lieve dello stesso lavoratore. E allora? Pensate di risolvere la questione concludendo che di tutti questi infortuni deve sempre rispondere il padrone?».

«Io nel libro ho solo adombrato che il caso fortuito non è poi tanto fortuito, se è legato all'esercizio di un'impresa, ma è invece in effetti un prodotto inevitabile di atti compiuti in vista di un lucro, e potrebbe quindi arrivare anche a integrare una sorta di colpa oggettiva dell'industria, che la renda necessariamente responsabile. L'imprenditore, così come dall'industria ritrae degli utili, deve al tempo stesso sopportarne tutte le conseguenze, tra le quali, al pari di ogni altra conseguenza di tipo economico, rientra anche la possibilità che un dipendente si infortuni. Dobbiamo prendere atto che l'odierna civiltà delle macchine esige una revisione profonda della teoria romanistica della responsabilità per colpa. Diciamolo chiaramente: il tradizionale principio della colpa "soggettiva" non ha più la capacità di regolare a pieno la responsabilità civile».

«Sì, l'ho sentito ormai decine di volte, è diventato quasi uno slogan: dalla responsabilità per colpa alla responsabilità per rischio. L'impresa è responsabile anche del fortuito perché agisce a proprio rischio. Questo lo dice già da una decina d'anni quel libro che tutti citano, di quel deputato della destra moderata, il figlio del poeta, come si chiama?».

«Guido Fusinato, l'internazionalista, il quale – resti tra noi – tanti passi del suo libro li ha copiati di sana pianta dai tedeschi, che queste cose le scrivono da anni. E le ha dette anche quel Ferraris che, sebbene sia abbastanza più anziano di lui, ha definito Fusinato "lo mio maestro e lo mio autore"».

«Il che significa che, se Fusinato è Virgilio, Ferraris pensa comunque di essere Dante...».

«Comunque, Ferraris ha sostenuto anche che si esce completamen-

te dal diritto privato se la responsabilità è quella incolpevole del padrone in quanto capo dell'azienda. Poi, delle cose molto interessanti su questa responsabilità "professionale" sono appena state scritte in Francia da Saleilles. Nel mio piccolo, infine, le conclusioni a cui accennavo le esporrò, abbastanza più nettamente che nel libro, in un saggio che sta per essere pubblicato e che, non a caso, ho intitolato "La responsabilità senza colpa". Vi ho portato le bozze, sperando che possiate darci un'occhiata. Le ho in mano da tempo, perché – e vi devo dire che la cosa mi ha un po' seccato – la rivista ha tenuto fermo il mio articolo per farlo uscire insieme a quello di un giovane che si è laureato appena l'anno scorso, solo perché scrive anche lui in tema di responsabilità civile: un certo Barassi, mi pare».

«Però, Coviello, non vi rendete conto di dove ci portano ricostruzioni come queste? Io vi conosco come un buon liberale».

«Certamente! Come voi, del resto, Maestro. Non siete il ministro della pubblica istruzione del governo del marchese di Rudinì, espressione di quella che una volta si chiamava la destra?».

«E ora, appunto, si chiama partito liberale costituzionale!»

«Comunque sia, qui sta il paradosso: un liberale come me fa la parte dell'innovatore, mentre il ruolo del tradizionalista è interpretato da un mezzo socialista come Chironi, per il quale non è giuridicamente possibile addossare il fortuito al padrone, che, anzi, risponderebbe dell'infortunio solo per responsabilità aquiliana! Io, però, resto un legalista e, se non è una cattiva parola, un codicista; certo, il solidarismo siete voi che me lo avete insegnato; ma non arrivo mai a dire, come Saleilles, che il giurista deve "ammorbidire" la rigidità della norma codicistica, né mi spingo fino alle conclusioni estreme di quell'originale a tutti i costi di Venezian, che finisce col legare il risarcimento al solo rapporto di causalità: praticamente lui non parte più dal soggetto, dalla colpa, ma dall'oggetto. Tutto al contrario di quel che si è sempre fatto!».

«Non dimenticate, Coviello, che questo dipende in buona parte dalla sua formazione nell'ambito del *common law*, che gli fa quindi riversare nelle sue costruzioni tutta la teoria, per così dire, oggettiva dell'illecito, anzi dei *torts*, come dicono gli inglesi...».

«...e gli americani, quelli che risolvono le liti a colpi di pistola uscendo da un bar!».

«Vi piace scherzare, lo so. Né voi né io sottovalutiamo la nobile tradizione del *common law*, che è comunque cosa molto diversa dal nostro sistema giuridico, quindi difficilmente esportabile. Però, a proposito di uscire dal bar, penso che la nostra discussione ci abbia fatto perdere di vista che s'è già fatta ora di pranzo!».

Gianturco e Coviello lasciano l'odierna piazza Gianturco e si incamminano per l'odierno corso Coviello, continuando però a parlare del tema che li ha tenuti occupati fino a quel momento.

«E comunque, caro Coviello, questa è la volta buona che una legge la facciamo. Proprio qualche settimana fa, mi pare il 5 luglio, il Senato ha approvato il disegno di legge governativo e l'ha inviato a noi deputati, che – ne sono sicuro – non vi apporremo modifiche. Tra qualche mese, statene certo, anche l'Italia avrà la sua legge sugli infortuni sul lavoro».

«Che manderà in soffitta tutti i nostri bei discorsi teorici sulla responsabilità, la colpa, il rischio, e via dicendo. Anche perché sulle teorie – qui non vi posso dare torto, professore – prevarranno le ragioni dell'economia, quindi della solidità delle imprese. Guardate, del resto, l'atteggiamento dei propositori delle ricostruzioni più avanzate della responsabilità civile: Fusinato ha auspicato l'intervento della legge, Ferraris ha addirittura collaborato col ministero dell'industria per scriverla!».

«Il che mi fa sospettare che queste teorie le abbiano proposte anche con qualche intento provocatorio...».

«Siete certo, quindi, che la legge ci sarà? È da vent'anni che se ne parla e non si è mai fatto niente!».

Effettivamente, il primo progetto in materia risale addirittura al 1879, ma per tutto il decennio successivo essi non abbandonano la logica privatistica della responsabilità. È proprio allora che il governo si guarda intorno e decide di abbracciare la strada pubblicistica dell'assicurazione, che alla fine si rivelerà vincente.

Torniamo indietro, perciò, al 1885. Siamo a Roma, proprio dietro la fontana di Trevi, nella sede del ministero dell'agricoltura, industria e commercio, dove il giovane ministro Bernardino Grimaldi ha convocato un economista poco più che ventenne.

«Caro Mazzola, so che il mio predecessore, il professor Berti, vi aveva incaricato, approfittando di un vostro soggiorno di studio a Berlino, di esaminare la situazione tedesca in materia di infortuni sul lavoro: dottrina, giurisprudenza, legislazione. Vedo con piacere che avete presentato una relazione molto ampia: ora, voi sicuramente queste cinquecento pagine che ho qui davanti le pubblicherete e ci vincerete una cattedra universitaria – sono pronto a scommetterci –, ma a questo povero ministro non potreste fare una bella sintesi di quello che avete scritto? Perché voi napoletani, quanto a chiacchiera, siete molto peggio di noi calabresi...».

«Eccellenza, ci provo. Come saprete, nei quasi due anni che ho trascorso in Germania ho potuto imparare molte cose sulla loro economia e sulle strutture giuridiche che la sovrintendono».

«Sì, da Adolph Wagner, un socialista di quelli coi fiocchi... In ogni caso, ditemi: sono molto più avanti di noi riguardo alla questione su cui foste incaricato di indagare? Loro una legge sugli infortuni sul lavoro l'hanno fatta già nel 1871, mentre noi della sinistra non ci stiamo riuscendo, e sono quasi dieci anni che siamo al governo! Pensate che Domenico Berti si è dovuto dimettere proprio per l'ostilità della Camera nei confronti dei suoi tentativi di intervenire sugli infortuni, oltre che sul mutuo soccorso, sulle pensioni di vecchiaia e su altri provvedimenti "sociali". Ma torniamo a noi, anche perché di leggi sugli infortuni i tedeschi ne hanno fatto addirittura un'altra l'anno scorso: sono tanto più avanti? Cosa possiamo imparare dalla loro esperienza?».

«Non lo devo certo insegnare a voi, eccellenza, che siete un giurista, ma la legge del 1871 i tedeschi sono stati in qualche modo costretti a farla, mentre noi ne abbiamo potuto fare a meno, per risolvere un problema specifico, ovvero quello della responsabilità del padrone per gli infortuni causati da colpa non sua, ma di un suo dipendente: infatti, nei sistemi giuridici "napoleonici", come il nostro, già il diritto comune è sufficiente a fondare una responsabilità del padrone per fatto altrui, mentre nei paesi di diritto romano-germanico tale responsabilità "vicaria" poteva essere fondata solo su leggi speciali. Ed è proprio quello che ha fatto la tanto decantata legge del 1871, che peraltro si applica solo in alcuni settori ritenuti pericolosi, con l'onere della prova sempre a carico del lavoratore infortunato. Quindi, da questo punto di vista, la situazione da noi è di sicuro migliore, perché esiste in pratica

una vera e propria responsabilità oggettiva del padrone, insuscettibile di prova contraria, per tutti i danni causati dal suo dipendente nell'esercizio di compiti che gli sono stati affidati».

«Quindi, niente inversione dell'onere della prova! Ma come è possibile che tanti illustri giuristi abbiano preso un abbaglio così grande, dicendo che la legge del 1871 fa proprio questo?».

«In effetti, signor ministro, una parte della legge opera appunto l'inversione dell'onere della prova, ma solo nel settore ferroviario, dove effettivamente la Germania è all'avanguardia. Infatti, la legge del 1871 ricopia quasi testualmente la legge prussiana sulle ferrovie del 1838 (pensate, allora, in nessuno stato italiano si era ancora visto un treno...), creando contro le società ferroviarie una presunzione di colpevolezza per i danni non causati da forza maggiore o da colpa del danneggiato».

«Davvero poca roba per invidiare questa legge! I progetti che i miei predecessori non sono riusciti a far passare prevedevano molto più di questo, cioè l'inversione dell'onere della prova in tutta l'industria, anche se il padrone poteva scagionarsi dimostrando, oltre che la forza maggiore e la colpa dell'operaio, anche il caso fortuito. Senonché, la legge tedesca del 1871 è stata superata, a quanto so. Come avete scritto? L'ho sottolineato col lapis rosso: ah, eccolo: "è scesa nel sepolcro non rimpianta da nessuno"».

«Sì, è una frase un po' ad effetto, che peraltro non è veritiera fino in fondo, perché la legge del 1871 continua a operare in tutti i casi – non pochi – nei quali non trova applicazione il nuovo sistema instaurato dalla legge appena varata, non sto a dirvi tra quante polemiche, nel 1884. Questa ristrutturazione globalmente tutto il campo della tutela antinfortunistica, passando dal diritto privato al diritto pubblico. Si prevede, infatti, nei settori industriali interessati, l'obbligo per il padrone di assicurarsi contro il rischio di infortuni sul lavoro dei suoi operai. In questo modo, l'imprenditore non risponde più a titolo di responsabilità civile, mentre il lavoratore danneggiato riceve un indennizzo finanche nel caso in cui il sinistro sia addebitabile a forza maggiore, anche se il suo ammontare è sensibilmente più basso rispetto all'integrale risarcimento del danno che sarebbe stato possibile ricevere secondo la normativa sulla responsabilità».

«Insomma, è una specie di transazione: il padrone sopporta il ri-

schio del caso fortuito e della forza maggiore, ma scarica tutto sulla cassa di assicurazione; l'operaio rinuncia ad avere il risarcimento completo del danno, ma è sicuro di ottenere comunque una somma di denaro anche in tutti i casi di infortunio – diciamo così – fatale. Interessante, davvero, caro Mazzola».

«Io sono tornato dalla Germania assolutamente entusiasta di questo sistema».

«Già! Però, anche voi avrete letto quanto ha scritto, dopo essere stato anche lui in Germania, un economista un po' più – come dire – ascoltato di voi».

«Come no! Luigi Luzzatti, studioso autorevolissimo, certo più di un giovane alle prime armi come me. L'ho letto, certo: secondo lui, Bismarck avrebbe creato un'istituzione “mostruosamente accentratrice e burocratica”, un esempio deteriore di socialismo di Stato, del tutto contrario allo spirito del diritto italiano e alle abitudini del nostro Paese. E poi ho letto anche ciò che ha scritto quel giurista pugliese, Salandra, per il quale allo Stato deve “ripugnare” – proprio così, ripugnare – la funzione economica. Ma sono tutti argomenti della destra liberale più ortodossa. Voi non siete la sinistra?».

«Sì, ma sinistra non vuol dire socialista, anzi!».

«E, credetemi, eccellenza, l'assicurazione è invece proprio il modello ideale che una sinistra non estrema può mettere in campo per risolvere il problema degli infortuni sul lavoro. È una soluzione pacificatrice, che può porre fine a tante contese e garantire nel medesimo tempo operai, leghe e padroni. È inopportuno, invece, seguire l'esempio della Germania riguardo alla struttura organizzativa che il principe di Bismarck ha inteso dare al sistema assicurativo, la cui gestione è imperniata sulle associazioni professionali, una specie di mutue composte da padroni di uno stesso ramo industriale con rappresentanze di operai: un modello partecipativo, meglio – usiamo la parola appropriata – corporativo, del tutto inadatto alla realtà italiana. A Berlino ho avuto la possibilità di parlare con Theodor Lohmann, il più stretto consigliere di Bismarck per gli affari economici e sociali; secondo lui, il principe non era interessato tanto al problema dell'assicurazione contro gli infortuni, bensì proprio all'esperimento corporativo che essa avrebbe consentito di realizzare, tanto che uno dei suoi sogni sarebbe quello di vedere queste corporazioni come il fondamento di

una futura rappresentanza nazionale, accanto o al posto del Reichstag. Ora, ve la vedete voi in Italia una Camera delle corporazioni al posto di quella dei deputati?».

Il ministro presenta subito un progetto di legge in materia infortunistica nel quale compare il profilo dell'assicurazione, ancora facoltativa; ma è a partire dal 1890 – quando il dicastero passa dal catanzarese Grimaldi al cosentino Miceli e poi al vibonese Chimirri – che i progetti imboccano decisamente la strada dell'assicurazione obbligatoria: la responsabilità senza colpa potenzialmente ricostruibile (ma di fatto mai accolta dai giudici) sulle orme del codice civile fa evidentemente paura! Ma in Parlamento non si va avanti, anche perché i governi si susseguono vorticosamente. E gli anni passano.

L'assembramento che ora vediamo non è, stavolta, un tumulto politico o sociale: è il palio di Siena del 16 agosto 1897; il ministro dell'agricoltura, industria e commercio, un uomo distinto e imponente dai lunghi baffi bianchi, è ospite del giovane sindaco al palazzo comunale.

«Le sono davvero grato, conte Guicciardini, per l'onore che fa a me e alla città con la sua presenza alla nostra festa!».

«Sono io che la ringrazio, avvocato Falaschi, perché in tal modo lei mi consente di adempiere – ahimè, tardivamente – a una promessa fatta al mio predecessore nell'incarico ministeriale, il compianto onorevole Barazzuoli, che più volte insistette perché venissi a Siena. Sa, noi due lavorammo molto in sintonia a vari progetti, tra cui – ed è quello di cui sono più orgoglioso – la legge sugli infortuni sul lavoro, che tra poco sarà approvata definitivamente».

«Sì, se ne parla molto in giro. E sono contento che, alla fine, una tale conquista sociale sia merito di un senese e di un fiorentino».

«Diciamo, comunque, che è merito anche di tutti i colleghi che mi hanno preceduto; e negli ultimi sei anni abbiamo avuto sette diversi ministri dell'industria!».

«E di diverso orientamento politico! Mi perdoni la franchezza, eccellenza, ma non è un po' un paradosso che una legge fortemente voluta dalla sinistra sia realizzata alla fine da un governo liberale come il vostro, che qualcuno anzi definisce conservatore?».

«Ma no, signor sindaco, queste sono leggi che prescindono dal colore politico e che sono benvolute sia dal mondo del lavoro che da quello dell'impresa. Da noi non è come in Inghilterra: non ci sono partiti organizzati e ci si accorda di volta in volta con flessibilità sui programmi politici, economici e sociali. La distinzione tra destra e sinistra è piuttosto sfumata. Parlano di "trasformismo", ma si tratta invece di grande duttilità in vista del bene della Nazione. Se proprio ci vuole etichettare, può usare la bella definizione coniata dal Gianturco, il nostro ministro dell'istruzione: "centrosinistra"».

«Ma godiamoci la corsa, tra poco partono!».

Il progetto Guicciardini, ampiamente tributario di tutti gli altri progetti ministeriali degli anni Novanta, diventa quindi la legge sugli infortuni sul lavoro. Per inciso, è la Giraffa a vincere quel palio, facendo il *bis* di quello appena vinto a luglio (i senesi lo chiamano "cappotto").

Ora è passato un po' di tempo: è l'estate del 1900, e a Parigi si sta celebrando una fastosa esposizione internazionale.

Sotto la torre Eiffel due giovani sulla trentina, uno riccioluto e tracagnotto, l'altro esile e tutto compunto, entrambi piuttosto ben vestiti (anche se il primo in modo decisamente più sgargiante del secondo), stanno aspettando da un po' di tempo un amico con crescente impazienza.

«Eccolo lì, finalmente! Ah, ora capisco: Vincenzo ha fatto conquiste...».

Vincenzo, biondo e longilineo, si sta appena congedando molto compitamente da una bella ragazza piuttosto alta e molto elegante, accompagnata da un'austera donna più anziana.

«Eccomi qui, scusate il ritardo, amici!».

«Abbiamo visto... Non dubitavo che il tuo fascino colpisse anche le parigine!», ammicca il più grosso.

«Eh, no, Agostino, ti sbagli, almeno sulla nazionalità della mia nuova amica: Charlotte è inglese. Ed è sorvegliata a vista dalla madre... Mi ha fatto capire che potrebbe liberarsene alla festa che organizzeranno stasera al circolo del tennis. Perciò, nel pomeriggio mi toccherà andare a vederla giocare: sapete, partecipa alle gare organizzate

dal barone de Coubertin all'interno di questa "Expo", come la chiamano qui».

«Non voglio sapere niente dei tuoi programmi serali. Ma non mi dire che tu parli quella specie di lingua ostrogota che adoperano in Inghilterra!».

«Iginio, hai dimenticato tutte le volte che mio padre mi ha mandato a Manchester: lui e quella storia che per un industriale della lana si tratta di una meta obbligata! Un postaccio, anche se va detto che lì le cose le sanno fare piuttosto bene. Molto meglio qui a Parigi, comunque, dove pure il genitore mi ha spedito ad esaminare gli ultimi ritrovati della scienza e della tecnica applicati al nostro settore».

«Come mio padre, che ha il pallino dell'azienda agricola meccanizzata. Fino a quando paga lui... Ma a proposito del tuo di padre, l'ultima volta che lo vidi ricordo che era infuriato contro tutte le leggi che stanno approvando a tutela degli operai di fabbrica».

«Sì, Agostino! Lui da sempre sostiene che ci devono pensare autonomamente i padroni a proteggere gli operai, che è loro interesse mantenere una manodopera produttiva ed efficiente, che lo spirito cristiano – come vuole papa Leone – e non il comando della legge deve tendere una mano a chi ne ha bisogno. Però, vi devo confessare che, almeno sulla questione degli infortuni, si è piuttosto ricreduto e ha cominciato ad apprezzare i vantaggi della legge».

«Davvero?».

«Certo! Prima, infatti, capitava, anche se rarissimamente, che dovessimo risarcire qualche danno occorso a uno dei nostri operai. Ripeto, accadeva a ogni morte di papa (e Sua Santità è vivo e vegeto da più di vent'anni...) e la cosa si poteva anche mettere in conto, ma a infastidire mio padre, e quelli che la pensavano come lui, era soprattutto il senso di riprovevolezza sociale che ne derivava: il padrone veniva percepito come uno sfruttatore che aveva colpevolmente cagionato un danno, una mutilazione, o peggio ancora la morte di una persona, gettando sul lastrico un'intera famiglia. Ora, invece, ogni anno si paga una somma ben determinata alla cassa assicurazione, ed è finita lì. In cambio, c'è la garanzia pressoché assoluta di impunità. E la società, la gente, non ci vede più come biechi affamatori, anzi quasi come benefattori che provvedono alla sicurezza dei propri operai! Tutta un'altra storia, davvero!».

«Scusa, Vincenzo, ma non si tratta comunque di un esborso continuo da versare ogni anno? Non sarà molto, ma rispetto a prima, quando – l’hai appena finito di dire – non pagavate i danni quasi mai, non è comunque economicamente una perdita?».

«Macché, Agostino, non fare l’ingenuo, tu che sei abituato a imbrogliare fattori e mezzadri! L’investimento contro il rischio di infortuni sul lavoro è minimo, e comunque lo scarichiamo sui salari degli operai... Nelle vostre tenute agricole, invece, continuate ad andare secondo il vecchio regime».

«E va più che bene! Avete mai letto di un imprenditore agricolo responsabile dell’infortunio di un suo lavoratore? E non che da noi non ne capitino, anzi; ma lo voglio vedere un contadino andare da un giudice e farsi dare ragione! Chi lavora nei campi, per fortuna, è ancora abbastanza più addomesticabile rispetto ai vostri operai. E quando qualcuno alza la cresta e si butta nelle braccia di qualche testa calda, di qualche anarchico o socialista, basta usare un po’ più le maniere forti e tutto finisce».

«Non lo voglio neanche sapere... Ma questo è un altro motivo per cui io apprezzo questa legge e le altre che si son fatte e si vogliono fare in materia sociale. Servono anche a limitare e a tenere sotto controllo le spinte rivoluzionarie del proletariato, e quello industriale delle città – hai ragione, Agostino – si tiene molto peggio a freno che nelle campagne. Per questo motivo, immagino, tali leggi si applicano in buona sostanza solo da noi, nelle industrie più grandi, anche se i nostri addetti sono una sparuta minoranza rispetto ai lavoratori della piccola industria, dell’agricoltura, dei servizi e del settore pubblico».

«È naturale che la legge non si applichi nei nostri uffici pubblici», interviene Iginio; «d’altra parte, da noi non ci sono operai facinorosi, ma solo diligenti servitori dello Stato. Quindi, amici miei, e qui vi parlo da funzionario del ministero dell’industria, posso aggiungere che una legislazione del genere serve anche a dare maggiore senso all’autorità dello Stato, a rafforzare l’apparato pubblico».

«E vedrete che l’industria, anche grazie a questi provvedimenti, finalmente decollerà, al punto da fare dell’Italia un paese industriale al pari delle grandi potenze che si pavoneggiano in questa esposizione universale».

«A proposito, non siete rimasti anche voi a bocca aperta davanti a

tutte queste meraviglie esposte nei vari padiglioni? Ne riferirò con entusiasmo a sua eccellenza il ministro Carcano, che mi ha voluto onorare dell'incarico di questa missione in Francia. Che grande secolo sarà quello che si apre ora e quale fortuna è toccata a noi di essere protagonisti di questa epoca così bella! L'elettricità, la comunicazione senza fili, l'automobile, il cinema, e potrei continuare! Sta iniziando una magnifica epoca di prosperità, di progresso, di pace tra i popoli...».

«Dimenticavo il tuo idealismo, Iginio caro! Hai molto tempo per sognare, tra le scartoffie romane... Dai, facciamo due passi per l'esposizione, e poi vi devo salutare. Charlotte mi aspetta!».

È il pomeriggio di quello stesso giorno; siamo in un circolo sportivo poco fuori Parigi, su un isolotto nel mezzo della Senna.

Su un campo da tennis, si stanno affrontando due giovani donne, con camicette bianche e gonne lunghe fino ai piedi. Gli spettatori sono tutti dalla parte di una delle due, una parigina che indossa un grazioso cappellino di paglia. Ma vince piuttosto nettamente l'altra.

Nonostante la ferma opposizione di de Coubertin, le donne gareggiano per la prima volta alle Olimpiadi proprio a Parigi, anche se in forma non ufficiale e solo nel golf e nel tennis. L'11 luglio 1900 Charlotte Cooper diventa la prima campionessa olimpica della storia.

FINE

I miei quarant'anni con la storia degli infortuni: *Industrializzazione e diritto: gli infortuni sul lavoro e la magistratura* (1865-1898), in *Studi di filosofia, politica e diritto*, 1981, 153-247; *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile. Alle origini del diritto del lavoro*, Esi, Napoli, 1986, 1-150; *La nascita della tutela antinfortunistica nelle enciclopedie giuridiche di inizio secolo*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1989, 449-499; *Le false inadeguatezze del diritto privato rispetto al primo diritto del lavoro: una storia esemplare*, in A. MAZZACANE, P. SCHIERA (a cura di), *Enciclopedia e sapere scientifico. Il diritto e le scienze sociali nell'Enciclopedia giuridica italiana*, Il Mulino, Bologna, 1990, 315-336; *L'influenza tedesca sulla formazione del sistema previdenziale italiano*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1992, 1-19 (versione tedesca: *Der deutsche Einfluß auf die Entwicklung des*

italienischen Wohlfahrtssysteme, in A. MAZZACANE, R. SCHULZE (Hrsg.), *Die deutsche und die italienische Rechtskultur im "Zeitalter der Vergleichung"*, Duncker & Humblot, Berlin, 1995, 215-232); *Gli infortuni sul lavoro tra diritto pubblico e diritto privato. Legislazione sociale e diritto del lavoro nella dottrina giuridica italiana del periodo liberale*, in *Jahrbuch für europäische Verwaltungsgeschichte*, 5, 1993, 215-231; *Pubblico e privato alle origini del diritto del lavoro. Storie di uomini e di schieramenti*, in *Lav. dir.*, 1994, 207-222; *L'Italia e lo Stato sociale. 1 - Dall'Unità alla seconda guerra mondiale*, in G.A. RITTER, *Storia dello Stato sociale*, Laterza, Roma-Bari, 1996, 227-254; *Diritto del lavoro e "particolarismo giuridico". Dramma in cinque atti*, in *Lav. dir.*, 2012, 81-98; *L'influenza delle culture giuridiche straniere sul diritto del lavoro italiano*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2015, 205-232; *La subordinazione del diritto del lavoro italiano nei confronti della Germania*, in *Lav. dir.*, 2016, 695-706; *1898-1902: i cinque anni che sconvolsero il diritto del lavoro*, in M. TREMOLADA, A. TOPO (a cura di), *Le tutele del lavoro nelle trasformazioni dell'impresa. Liber amicorum Carlo Cester*, Cacucci, Bari, 2019, 553-564.

Torino, 8 maggio 1898: F. BERNINI, *La prima volta*, Einaudi, Torino, 2005.

Milano, 8 maggio 1898, mattina: N. COLAJANNI, *L'Italia nel 1898. Tumulti e reazione*, Sel, Milano, 1898.

Milano, 8 maggio 1898, sera: P. PASSANITI (a cura di), *Lavoro e cittadinanza femminile. Anna Kuliscioff e la prima legge sul lavoro delle donne*, Franco Angeli, Milano, 2016.

Roma, 10 marzo 1898: Camera dei deputati. CXL. Tornata di giovedì 10 marzo 1898, 5098.

Roma, 1883: F. SCHUPFER, *La responsabilità dei padroni per gli infortuni del lavoro*, Botta, Roma, 1883; M. SAUZET, *De la responsabilité des patrons vis-à-vis des ouvriers dans les accidents industriels*, in *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1883, 596; G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico*, Giuffrè, Milano, 1991.

Valenza, 7 novembre 1890: Tribunale Milano 27 giugno 1894, in *Monitore dei tribunali*, 1894, 614; Appello Milano 16 novembre 1894, in *Giur. it.* 1895, I, 2, c. 24; C. CAVAGNARI, *La responsabilità civile nella giurisprudenza*, in *La scuola positiva*, 1895, 345; S. RODOTÀ, *Proprietà e industria. Variazioni intorno alla responsabilità civile*, in *Pol dir.*, 1978, 421; V. CASTRONOVO, *Alle origini della fuga dal codice: l'assicurazione contro gli infortuni tra diritto privato generale e diritti secondi*, in *JUS*, 1985, 45.

Avigliano, agosto 1897: K. BRAUN, *Über Haftbarkeit bei Unfällen*, in "Vierteljahresschrift für Volkswirtschaft, Politik und Kulturgeschichte", 1869, 229; G.P. CHIRONI, *Della responsabilità dei padroni rispetto agli operai e della garanzia contro gli infor-*

tuni sul lavoro, in *Studi senesi*, 1884, 127; G.P. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. II - Colpa extra-contrattuale (aquiliana)*, I, Bocca, Torino, 1886; G. VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dei contratti [1886]*, in ID., *Opere giuridiche*, I, Roma, Athenaeum, 1919, 1; G. FUSINATO, *Gli infortuni sul lavoro e il diritto civile*, Roma, Loescher, 1887; C.F. FERRARIS, *L'assicurazione obbligatoria e la responsabilità dei padroni ed imprenditori per gli infortuni sul lavoro*, Roma, Botta, 1889; J. UNGER, *Handeln auf eigene Gefahr*, Fischer, Jena, 1891; E. GIANTURCO, *Diritto delle obbligazioni. Lezioni di diritto civile*, Pierro, Napoli, 1894; N. COVIELLO, *Del caso fortuito in rapporto all'estinzione delle obbligazioni*, Carabba, Lanciano, 1895; C.F. FERRARIS, *Gli infortuni sul lavoro e la legge*, Bertero, Roma, 1897; R. SALEILLES, *Les accidents du travail et la responsabilité civile. Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*, Rousseau, Paris, 1897; L. BARASSI, *Contributo alla teoria della responsabilità per fatto non proprio in ispecial modo a mezzo di animali*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1897, 179; N. COVIELLO, *La responsabilità senza colpa*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1897, 188; P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Giuffrè, Milano, 2000.

Roma, 1885: A. WAGNER, *Der Staat und das Versicherungswesen. Socialökonomische und socialrechtliche Studien*, Laupp, Tübingen, 1881; A. SALANDRA, *Un caso del socialismo di Stato: lo Stato assicuratore*, in *Nuova Antologia*, 1881, 445; L. LUZZATTI, *Il socialismo e le questioni sociali davanti ai parlamenti d'Europa*, in *Nuova Antologia*, 1883, 59; U. MAZZOLA, *L'assicurazione degli operai nella scienza e nella legislazione germanica*, Botta, Roma, 1885; C.F. FERRARIS, *L'assicurazione degli operai in Germania*, in *Nuova Antologia*, 1889, 736; H. ROTHFELS, *Theodor Lohmann und die Kampfjahre der staatlichen Sozialpolitik (1871-1905)*, Mittler, Berlin, 1927; G. MONTELEONE, *La legislazione sociale al Parlamento italiano. Gli infortuni sul lavoro e la responsabilità civile dei padroni (1879-1886)*, in *Movimento operaio e socialista*, 1976, 177; G.G. BALANDI, *Un caso di archeologia giuridica: ciò che resta oggi del "rischio professionale"*, in *Riv. giur. lav.*, 1976, III, 103.

Siena, 16 agosto 1897: E. GIANTURCO, *Lettera agli elettori del 3° collegio di Potenza*, 20 aprile 1889, in ID., *Discorsi parlamentari*, Camera dei deputati, Roma, 1909, 1; P. PASSANITI, *Storia del diritto del lavoro. I – La questione del contratto di lavoro nell'Italia liberale*, Giuffrè, Milano, 2006.

Parigi, 11 luglio 1900: A. AGNELLI, *Infortuni degli operai sul lavoro*, in *Enc. giur. it.*, VIII, 1, Milano, Sel, 1902, 983; T. BRUNO, *Infortunio sul lavoro*, in *Digesto italiano*, XIII, 1, Utet, Torino, 1902-1906, 773; G. CAZZETTA, *Leggi sociali, cultura giuridica ed origini della scienza giuslavoristica in Italia tra Otto e Novecento*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1988, 155; STERRY (née Cooper), Charlotte Reinagl, in *Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford University Press, 2020.

Responsabilità civile e tutela sociale

GIUSEPPE LUDOVICO

SOMMARIO: 1. *L'incerta relazione tra tutela previdenziale e responsabilità civile* – 2. *Gli attuali confini della regola dell'esonero dalla responsabilità civile* – 3. *I criteri di confronto tra indennizzo e risarcimento ai fini della quantificazione del danno differenziale* – 4. *L'intervento del legislatore* – 5. *Segue: e il suo immediato ripensamento* – 6. *La necessaria valorizzazione della funzione previdenziale della tutela assicurativa*

1. *L'incerta relazione tra tutela previdenziale e responsabilità civile*

Sono trascorsi ormai 20 anni dall'entrata in vigore del decreto legislativo n. 38 del 2000 e 29 anni dal tritico di decisioni con cui la Consulta, intervenendo sugli artt. 10 e 11 T.U., ha sollecitato il legislatore ad includere il danno biologico nella tutela indennitaria¹.

Nonostante il tempo trascorso, il sistema di raccordo tra tutela previdenziale e responsabilità civile continua tuttora a sollevare numerose incertezze interpretative e applicative.

Si può dire anzi che l'intervento del legislatore, pur avendo recepito i moniti della Consulta, abbia in realtà reso ancora più incerto il significato di quel sistema.

Il legislatore evidentemente contava sul fatto che la semplice inclusione del danno biologico nella copertura indennitaria avrebbe automaticamente consentito alla tutela previdenziale di superare le precedenti questioni di costituzionalità, ripristinando, al contempo, la funzionalità del sistema di raccordo con la responsabilità civile.

Evidentemente così non è stato e le ragioni di tali perduranti incertezze non sono difficili da comprendere.

Da un lato, le pronunce della Consulta del 1991 erano state

¹ Il riferimento è ovviamente a C. Cost., 15 febbraio 1991, n. 87, in *Foro it.*, 1991, I, 1664 ss., con nota di D. POLETTI; C. Cost., 27 dicembre 1991, n. 485, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, II, 756 ss., con nota di S. GIUBBONI; C. Cost., 18 luglio 1991, n. 356, in *Riv. giur. lav.*, 1991, III, 144 ss., con nota di A. ANDREONI.

tutt'altro che inequivoche. Non è difficile ricordare i molti dubbi sollevati dall'ambiguo riferimento al «danno biologico collegato alla riduzione della capacità lavorativa generica» e il dibattito sorto all'indomani di quelle decisioni in merito ai contenuti che avrebbe dovuto assumere la futura riforma della tutela indennitaria².

Dall'altro, occorre considerare che la riforma realizzata dal d.lgs. n. 38 del 2000 è stata innestata sulla preesistente disciplina del d.P.R. n. 1124 del 1965 (d'ora in poi T.U.) sulla quale il legislatore delegato non è intervenuto, lasciando così il raccordo tra queste normative alle letture degli interpreti.

Ma la ragione principale di queste perduranti incertezze dipende dalla mai veramente chiarita relazione che sussiste tra il rimedio assicurativo e la responsabilità civile e dal fatto che la relazione tra queste discipline è tuttora almeno formalmente ancorata a regole non molto dissimili da quelle della legge n. 80 del 1898³.

Nonostante il tempo trascorso, è ancora molto forte in numerose pronunce e riflessioni dottrinali l'equivoco secondo il quale la tutela assicurativa sarebbe nient'altro che un rimedio sostitutivo della responsabilità civile, con la conseguenza che le relative indennità avrebbero una funzione sostitutiva e anticipatoria del risarcimento civilistico⁴. Si evoca ancora la teoria del rischio professionale per giustificare l'esonero datoriale dalla responsabilità civile come contropartita del pagamento del premio assicurativo, raffigurando in questo modo l'assicurazione come un rimedio parzialmente sostitutivo della responsabilità civile.

² Sia consentito sul punto rinviare a G. LUDOVICO, *Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità civile del datore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2012, 196 ss.

³ Per una ricostruzione storica del dibattito che ha condotto all'approvazione di quella legge v. per tutti L. GAETA, *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile. Alle origini del diritto del lavoro*, Esi, Napoli, 1986, nonché G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Giuffrè, Milano, 1991.

⁴ In questo senso, senza pretesa di esaustività, v. V. LUCIANI, *Danni alla persona e rapporto di lavoro*, Esi, Napoli, 2007, 129 ss.; M. CASOLA, *Esonero da responsabilità del datore di lavoro e conseguenze processuali in tema di danno differenziale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, I, 113 ss.;

Da qui la conclusione secondo la quale, tanto per l'azione risarcitoria del lavoratore quanto per il regresso dell'INAIL, il confronto tra risarcimento e indennizzo dovrebbe essere condotto per singole poste di danno ovvero secondo un confronto analitico per specifici contenuti come se risarcimento e indennizzo avessero contenuti omogenei e come tali analiticamente comparabili.

Eppure, dopo oltre un secolo, le ragioni all'origine di quell'equivoco sono piuttosto chiare⁵.

In un contesto dominato dalla prospettiva esclusiva del diritto civile, era del tutto assente nel dibattito della fine del XIX secolo una prospettiva teorica alla quale ricondurre più correttamente questo inedito strumento di protezione sociale. Si parlò di "legislazione sociale" quasi ad indicare il carattere non giuridico di quelle norme che fuoriuscivano dall'alveo tradizionale delle regole civilistiche⁶.

Benché la più attenta dottrina avesse già allora compreso la portata innovativa di questa tutela⁷, l'esigenza maggiormente avvertita nel dibattito fu quella di ricondurre il nuovo istituto alle categorie dogmatiche della responsabilità civile. Una lettura funzionale alla conservazio-

⁵ Cfr. C. CASTRONOVO, *L'assicurazione come alternativa alla responsabilità. Diritto privato generale e diritti secondi*, in ID., *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2006, 388, il quale definisce la teoria del rischio professionale come un «falso storico», mentre si tratterebbe di «archeologia giuridica» secondo G.G. BALANDI, *Un caso di archeologia giuridica: ciò che resta oggi del "rischio professionale"*, in *Riv. giur. lav.*, 1976, III, 97.

⁶ Cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *Rischio e bisogno nella previdenza sociale*, in *Riv. it. prev. soc.*, 1948, 177 ss.

⁷ Ancora L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Soc. Ed. Libreria, Milano, 1901, 1^a ed., 583 ss., in nota, per il quale la teoria della responsabilità oggettiva, pur nella «sua immensa superiorità sulla teoria classica dell'imputabilità che vedemmo informare la responsabilità contrattuale», rappresentava «pur sempre uno stadio transitorio, durante il quale si è andata preparando l'elaborazione legislativa dell'ultimo stadio, l'ultimo a cui (...) si possa ragionevolmente arrivare» (opinione poi ribadita nella seconda edizione de *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Soc. Ed. Libreria, Milano, 1917, 691, in nota, per il quale «col nuovo sistema dell'assicurazione idealmente si sarebbe dovuto passare attraverso tre stadi. Il primo fu quello della responsabilità soggettiva. Il secondo stadio avrebbe dovuto essere quello della responsabilità oggettiva per il danno derivante da fatto non proprio, ma nato in occasione di un'attività utile al responsabile. Sarebbe già stato un passo innanzi. Oggi si è invece passato al terzo stadio, senza transizione»).

ne dei tradizionali principi civilistici che fu alimentata dalla convinzione che il legislatore avesse sostituito il principio della colpa con un inedito criterio di responsabilità oggettiva, imponendo il pagamento del premio in luogo di quello del risarcimento⁸. Il principio del rischio professionale offrì così una comoda giustificazione teorica dell'obbligo assicurativo⁹, che fu erroneamente inteso come criterio alternativo alla responsabilità per colpa.

Una finzione giuridica che consentì di riuscire nel difficile intento di mantenere inalterato il criterio della colpa e di garantire al nuovo istituto un inquadramento nelle categorie civilistiche in assenza di una più adeguata prospettiva teorica.

Ma il tempo non è passato invano.

Oggi non abbiamo più bisogno di guardare alla responsabilità civile per spiegare la funzione e il significato giuridico di una disciplina che trova pieno fondamento e riconoscimento nell'art. 38 Cost. come tutela previdenziale¹⁰.

La tutela previdenziale prescinde dall'imputazione dell'illecito per garantire tutela a qualunque evento occasionato dal lavoro, compresi quelli che non potrebbero assumere alcun rilievo sul piano della responsabilità civile. È corretto anzi ritenere che la protezione indennitaria sia nata storicamente proprio con l'intento di garantire una tutela che prescindesse nei suoi presupposti dai criteri di imputazione della responsabilità civile. Il legame con la responsabilità civile è soltanto eventuale e non spiega la funzione giuridica di questa tutela che non è certo quella di risarcire un danno, bensì quella di alleviare un bisogno ritenuto socialmente meritevole di tutela mediante l'erogazione di prestazioni adeguate alle esigenze di vita del lavoratore ai sensi dell'art. 38, comma 2, Cost.

Le prestazioni erogate dall'INAIL in definitiva sono oggetto di un autonomo diritto costituzionale del lavoratore che prescinde dalla sussistenza dell'illecito civilistico.

⁸ A. CHERUBINI, *Storia della previdenza sociale*, Ed. Riuniti, Roma, 1977, 115.

⁹ Così F. SANTORO PASSARELLI, *Rischio e bisogno nella previdenza sociale*, cit., 193.

¹⁰ M. PERSIANI, *Il sistema giuridico della previdenza sociale*, Cedam, Padova, 1960, 21.

La natura autenticamente previdenziale di questa tutela emerge inequivocabilmente dalla sua disciplina: il monopolio INAIL; la pubblicizzazione del rapporto previdenziale; la disciplina della contribuzione; le prestazioni sanitarie volte al recupero dell'integrità psicofisica della persona; la disciplina delle stesse prestazioni la cui quantificazione non risponde all'obiettivo di risarcire il danno, tenuto conto che i relativi criteri di quantificazione rispondono anzitutto agli equilibri finanziari della gestione assicurativa in rapporto al gettito contributivo.

Da embrionale forma di tutela "sociale", la disciplina assicurativa si è così profondamente evoluta fino a diventare – come più volte ribadito dalla Consulta – una piena e matura forma di tutela previdenziale che nell'art. 38 Cost. trova il suo principale fondamento.

La Consulta del resto ha ripetutamente riconosciuto la funzione propriamente previdenziale e non risarcitoria di questa tutela¹¹ e negli stessi termini si è più volte espressa anche la Corte di Cassazione che è solita riconoscere l'ontologica e strutturale differenza della tutela previdenziale rispetto alla responsabilità civile in quanto destinate ad assolvere ad una diversa funzione giuridica¹². Anche la Corte di Giustizia si è espressa nello stesso senso quando nel 2002 ha difeso il monopolio INAIL dalle regole europee sulla concorrenza, riconoscendo appunto la funzione sociale di questa tutela¹³.

¹¹ In questo senso C. Cost., 8 luglio 1969, n. 116, in *Foro it.*, 1969, I, 665 ss., con nota di B. GRASSO; C. Cost., 26 aprile 1971, n. 80; C. Cost., 22 giugno 1971, n. 134; C. Cost., 28 novembre 1983, n. 338; C. Cost., 5 febbraio 1986, n. 31; C. Cost., 18 febbraio 1988, n. 179; C. Cost., 26 febbraio 1993, n. 71; C. Cost., 19 gennaio 1995, n. 17; C. Cost., 14 luglio 1999, n. 297, in *Riv. giur. lav.*, 2000, II, 378 ss., con nota di G. COCUZZA; C. Cost., 21 novembre 1997, n. 350, in *Danno resp.*, 1998, 141 ss., con nota di D. POLETTI; C. Cost., 19 dicembre 2006, n. 416, in *Arg. dir. lav.*, 2007, II, 1343 ss., con nota di E. GAMBACCIANI, L. LA PECCERELLA.

¹² Da ultimo, a conferma delle «notevoli divergenze strutturali» tra indennizzo e risarcimento v. Cass., 21 novembre 2017, n. 27669, in *Lav. giur.*, 2018, 314-315; Cass., 10 aprile 2017, n. 9166, in *Lav. giur.*, 2017, 820; Cass., 17 febbraio 2016, n. 3074, in *Lav. giur.*, 2016, 405; Cass., 19 gennaio 2015, n. 777; Cass. 11 dicembre 2013, n. 27644, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2014, II, 52 ss., con nota di G. CORSALINI.

¹³ C. Giust., 22 gennaio 2002, causa C-218/00, *Cisal c/INAIL*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, 343 ss., con nota di L. FASSINA.

2. *Gli attuali confini della regola dell'esonero dalla responsabilità civile*

Le premesse sopra illustrate consentono di affrontare le questioni maggiormente dibattute del rapporto tra tutela previdenziale e responsabilità che riguardano, in particolare, la definizione degli attuali confini della regola dell'esonero e i criteri di raffronto tra indennizzo e risarcimento ai fini della quantificazione dell'eventuale maggior danno spettante al lavoratore.

Iniziando dai confini applicativi della regola dell'esonero, la tesi maggiormente diffusa, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, ritiene che la copertura del danno biologico avrebbe determinato la sua automatica inclusione nella sfera operativa dell'esonero, dovendo così riconoscersi il diritto dell'infortunato al risarcimento del danno biologico differenziale soltanto alle condizioni stabilite dall'art. 10 T.U.¹⁴.

I sostenitori di questa tesi muovono dalla convinzione che la tutela del danno biologico abbia comportato una implicita rinnovazione dell'originario patto transattivo: il danno biologico avrebbe così cessato di essere governato dalle regole di diritto comune per transitare nell'orbita dello speciale regime di cui agli artt. 10 e 11 T.U.

È inevitabile chiedersi a questo punto se quel compromesso abbia davvero valore giuridico al punto da poter essere riproposto praticamente immutato nell'attuale ordinamento.

La regola dell'esonero esprime, infatti, un principio che nell'attuale assetto costituzionale appare difficilmente giustificabile nella misura in cui prefigura una sorta di alternatività tra il diritto alla tutela previdenziale dell'art. 38 e quello alla salute dell'art. 32 Cost. Il diritto alla tutela previdenziale verrebbe concesso non come autonomo diritto costi-

¹⁴ Nella dottrina più recente: R. RIVERSO, *Fondamento e limiti dell'esonero del datore di lavoro dalla responsabilità civile*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2014, 663 ss.; M. GAMBACCIANI, *Il danno differenziale*, in *Mass. giur. lav.*, 2013, 194 ss.; M. CASOLA, *Esonero da responsabilità del datore di lavoro e conseguenze processuali in tema di danno differenziale*, cit., 113 ss.; S. GIUBBONI, *Il danno patrimoniale da inabilità permanente al lavoro fra indennizzo e risarcimento*, in *Dir. lav.*, 2005, 676 ss.; L. LA PECCERELLA, *Il danno alla persona nell'infortunistica del lavoro tra indennizzo e risarcimento*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2008, I, 69 ss.; G. MARANDO, *Responsabilità, danno e rivalsa per gli infortuni sul lavoro*, Giuffrè, Milano, 2003, 501 ss..

tuzionale ma quale contropartita della limitazione di un altro diritto di pari rilevanza costituzionale.

Non solo. L'attuale significato della regola dell'esonero non può non tenere conto della più generale evoluzione della giurisprudenza sulla tematica del danno alla persona.

Nel 2003 la Cassazione e il giudice delle leggi hanno operato una profonda rivisitazione del significato dell'art. 2059 c.c. che condizionava il risarcimento dei danni non patrimoniali alla sussistenza di una fattispecie di reato. Un meccanismo molto simile a quello dell'art. 10 T.U. che, anzi, si poneva con quest'ultimo in rapporto di complementarietà nel senso che la condizione richiesta dall'art. 10 T.U. per l'insorgenza della responsabilità civile – il reato perseguibile d'ufficio – era sufficiente a garantire anche la risarcibilità del danno non patrimoniale ai sensi dell'art. 2059 c.c.

La Cassazione e il giudice costituzionale hanno rivisitato – come noto – il significato dell'art. 2059 c.c. secondo una lettura costituzionalmente orientata che esclude l'operatività della condizione penalistica ove la «lesione abbia inciso su un interesse costituzionalmente protetto»¹⁵.

Riesce difficile, allora, comprendere le ragioni per cui quanto sancito in generale per l'art. 2059 c.c. non debba valere per l'analoga previsione dell'art. 10 T.U., tanto più che la lesione di interessi costituzionalmente rilevanti è certamente sussistente nell'evento infortunistico a causa del personale coinvolgimento del lavoratore nell'evento, sicché sarebbe davvero strano se la tutela accordata ai comuni cittadini fosse negata proprio ai lavoratori nonostante la differenziata e più intensa protezione a questi ultimi garantita dai principi costituzionali¹⁶.

¹⁵ C. Cost., 11 luglio 2003, n. 233, in *Foro it.*, 2003, I, 2201 ss., con nota di E. NAVARRETTA; Cass. 31 maggio 2003, n. 8827 e 8828, in *Danno resp.*, 2003, 816 ss., con nota di F. D. BUSNELLI, G. PONZANELLI.

¹⁶ Nel senso dell'implicito superamento della regola dell'esonero v. A. DE MATTEIS, *La responsabilità del datore di lavoro*, Aracne, Roma, 2013, 105 ss.; ID., *Assicurazione infortuni: perché non esiste più la regola dell'esonero*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2011, 355 ss.; G. LUDOVICO, *Infortuni sul lavoro: tutela previdenziale e responsabilità civile*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2015, I, 429 ss.; ID., *La persona del lavoratore tra risarcimento del danno e tutela dal bisogno: la questione del danno differenziale*, in *Dir. rel ind.*, 2013, 1049 ss.

3. I criteri di confronto tra indennizzo e risarcimento ai fini della quantificazione del danno differenziale

La questione riguardante la sopravvivenza o meno della regola dell'esonero si riflette inevitabilmente sui criteri di individuazione e calcolo del c.d. danno differenziale.

Si tratta, invero, del problema di maggiore complicazione dal punto di vista teorico e applicativo sollevato dalla riforma introdotta dal d.lgs. n. 38 del 2000 che deriva dall'inevitabile difformità dei criteri di quantificazione del risarcimento rispetto a quelli operanti in ambito previdenziale¹⁷.

Fino a quando i due sistemi hanno operato sul comune terreno del danno patrimoniale, infatti, la loro radicale diversità di funzioni è rimasta per così dire offuscata dalla facilità applicativa del meccanismo disciplinato dagli artt. 10 e 11 T.U., il quale, dettando un criterio di mera sottrazione aritmetica, non poneva evidentemente particolari problemi di confronto tra due sistemi all'epoca accomunati dalla valutazione della lesione secondo il criterio patrimoniale della capacità lavorativa.

La progressiva affermazione nell'area della responsabilità civile di una diversa concezione della persona ha reso più evidente la diversità funzionale del rimedio civilistico rispetto a quello previdenziale. Mentre il primo costituisce un sistema per sua natura dinamico che si fonda sulla valutazione giudiziale del danno e che si pone l'obiettivo di garantire in caso di illecito l'integrale riparazione del pregiudizio subito dal danneggiato, la tutela previdenziale rappresenta un sistema rigido che rimane inevitabilmente ancorato all'intervento del legislatore, operando secondo parametri oggettivi e standardizzati che non coincidono e non possono coincidere con quelli risarcitori¹⁸.

Le incertezze che hanno animato il dibattito sui criteri di quantificazione del danno differenziale rappresentano dunque la conseguenza

¹⁷ Per una generale analisi dell'evoluzione della questione v. S. GIUBBONI, G. LUDOVICO, A. ROSSI, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Cedam, Padova, 2020, 445 ss.

¹⁸ Cfr. G. LUDOVICO, *Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità civile del datore di lavoro*, cit., 307 ss.

di una serie di concomitanti fattori: il completo silenzio sul punto da parte del d.lgs. n. 38 del 2000; la profonda evoluzione del danno alla persona nell'ambito della responsabilità civile che ne ha reso ancora più evidente il divario sul piano strutturale e funzionale rispetto al sistema previdenziale; la diffusa convinzione, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, che il risarcimento civilistico e l'indennizzo previdenziale siano rimedi omogenei e perciò analiticamente comparabili nei loro contenuti.

L'opinione maggioritaria e sostenuta da alcune ordinanze della Cassazione è nel senso del confronto tra risarcimento e indennizzo per singole poste di danno¹⁹.

L'opinione muove dalla convinzione che le pronunce della Consulta del 1991 avrebbero sancito il principio della completa autonomia delle singole voci di danno, dovendosi così distinguere le voci di danno che ricadono nell'ambito applicativo della tutela indennitaria (c.d. danno differenziale o quantitativo), la cui eventuale differenza sarebbe risarcibile soltanto alle condizioni stabilite dalla regola dell'esonero, e le voci di danno che sono invece escluse dalla copertura assicurativa (c.d. danno complementare o differenziale qualitativo), per le quali varrebbero le comuni regole della responsabilità civile²⁰.

Questa tesi pone però gravi problemi sul piano sistematico e applicativo.

Il criterio del confronto per poste omogenee non è indifferente per l'INAIL, che in caso di lesione della capacità lavorativa è tenuto ad

¹⁹ In questo senso Cass., 15 ottobre 2018, n. 25618; Cass., 21 novembre 2017, n. 27669, in *Lav. giur.*, 2018, 314; Cass., 10 aprile 2017, n. 9166, in *Lav. giur.*, 2017, 820; Cass., 9 novembre 2016, n. 22862; Cass., 14 ottobre 2016, n. 20807, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2017, 93 e 141, con nota di A. ROSSI; Cass., 30 agosto 2016, n. 17407, in *Foro it.*, 2016, I, 3468, con nota di J. DI ROSA; Cass., 20 aprile 2016, n. 7774; Cass., 24 marzo 2016, n. 5880, in *Guida dir.*, 2016, n. 22, 52; Cass., 26 giugno 2015, n. 13222, in *Foro it.*, 2015, I, 3169 ss.

²⁰ Per questa distinzione M. CASOLA, *Esonero da responsabilità del datore di lavoro e conseguenze processuali in tema di danno differenziale*, cit., 123 ss.; S. GIUBBONI, *Il risarcimento del danno differenziale da infortunio sul lavoro dopo la legge di bilancio*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2019, 183 ss.; R. RIVERSO, *Diminuisce il risarcimento per gli invalidi sul lavoro*, in *www.giustiziainsieme.it*. Le definizioni di danno differenziale e complementare sono state coniate da G. MARANDO, *Responsabilità, danno e rivalsa per gli infortuni sul lavoro*, Giuffrè, Milano, 2003, 504.

erogare un indennizzo calcolato sulla base di indici presuntivi al quale potrebbe non corrispondere in sede civilistica alcun danno patrimoniale, con l'effetto che l'ente previdenziale potrebbe non recuperare gli importi erogati per un danno rivelatosi inesistente in sede civilistica, mentre il lavoratore si troverebbe a cumulare, a titolo di indennizzo e risarcimento, una somma superiore al danno patito. E le difficoltà per l'INAIL potrebbero aumentare in caso di concorso di colpa del lavoratore, posto che l'indennizzo non subisce alcuna decurtazione a differenza degli importi risarcitori liquidati per le stesse voci di danno²¹.

La dottrina favorevole a questo criterio – come già detto – è solita obiettare che la distinzione tra danni differenziali e complementari sarebbe la diretta conseguenza delle pronunce del 1991 con cui la Consulta, sottraendo il danno biologico alla regola dell'esonero e alla rivalsa dell'INAIL, avrebbe sancito il principio della necessaria scomposizione del risarcimento in distinti titoli di danno.

Si potrebbe obiettare che, al momento del triplice intervento del giudice costituzionale, la categoria del danno non patrimoniale risultava frammentata nelle diverse componenti del danno biologico e morale, assumendo soltanto il primo una esplicita rilevanza sul piano costituzionale. Il giudice costituzionale era così pervenuto al principio della distinzione delle diverse componenti di danno al solo fine di sottrarre il danno biologico alla condizione penalistica dell'esonero, sicché non residuano ulteriori ragioni per continuare a distinguere le singole voci di danno. Quel criterio, in definitiva, aveva costituito soltanto una contingente e temporanea deviazione dall'unica regola tuttora sancita dall'art. 10, comma 7, T.U. che affida la quantificazione del danno differenziale ad un semplice raffronto tra i rispettivi importi dell'indennizzo e del risarcimento.

Non sarebbe difficile aggiungere che quelle stesse pronunce erano apparse piuttosto imprecise – come più sopra segnalato – nel definire quella distinzione, facendo supporre che una porzione del danno biologico fosse già compresa nella copertura indennitaria.

²¹ Cfr. R. DALLA RIVA, *Il "danno differenziale" negli infortuni sul lavoro. Le diverse proposte interpretative nell'attesa di un indirizzo di legittimità*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2014, I, 564.

In altri termini, è l'ontologica diversità tra i due sistemi a rendere difficile ed incerto un confronto analitico per singole voci di danno²².

Basti pensare alla diversa valutazione monetaria in sede risarcitoria e previdenziale del danno biologico di gravità superiore al 6%: una diversità che potrebbe essere qualificata come una difformità meramente quantitativa o come espressione della diversa funzione dei due rimedi, posto che il risarcimento è finalizzato alla completa riparazione del danno, mentre la prestazione previdenziale è soltanto commisurata alla gravità della lesione come criterio di valutazione del bisogno.

Allo stesso modo può dirsi per il danno patrimoniale nella fascia superiore al 15% che in ambito civilistico è valutato in ragione del danno effettivo, mentre le tabelle dell'INAIL sono fondate su parametri oggettivi e standardizzate.

Questioni ancora più complicate si pongono per il danno biologico inferiore alla franchigia del 6%, tenuto conto che un evento inizialmente collocato al di sotto di quella soglia potrebbe successivamente superarla in caso di revisione, oppure un evento collocato al di sotto della franchigia potrebbe cumularsi con gli effetti di eventi precedenti, superando in questo modo il 6%. Sarebbe altresì opportuno chiedersi quale disciplina dovrebbe applicarsi ove un evento ritenuto dall'INAIL al di sotto del 6% fosse valutato di maggiore gravità dal giudice civile. Dovrebbe cioè essere qualificato come danno differenziale e quindi sottoposto alla regola dell'esonero, oppure ricondotto al danno complementare e quindi sottoposto alle comuni regole della responsabilità civile?

Analoghe difficoltà qualificatorie si pongono nei confronti del danno biologico temporaneo, il quale potrebbe essere ugualmente ricondotto al danno complementare in quanto escluso dalla tutela INAIL oppure a quello differenziale in ragione della sua appartenenza ad un titolo – il danno biologico – ricompreso nella tutela INAIL, a

²² M. CINELLI, *Il danno non patrimoniale alla persona del lavoratore: un excursus su responsabilità e tutele*, in AA.VV., *Il danno alla persona del lavoratore*, Giuffrè, Milano, 2007, 144, il quale ritiene «scontato che le prestazioni» erogate dall'INAIL «– in quanto destinate, appunto a soddisfare, nella logica di cui all'art. 38, comma 2, Cost., un bisogno di rilevanza sociale – non possano commisurarsi strettamente al valor perduto dal singolo».

meno di voler ritenere che il fattore tempo sia da solo in grado di mutare la natura del danno.

La stessa giurisprudenza ha dato evidente dimostrazione delle incertezze qualificatorie sollevate dalla distinzione tra danno differenziale e complementare con riguardo ai riflessi esistenziali della lesione della salute. Una recente pronuncia di legittimità ha ritenuto infatti che gli «aspetti dinamico-relazionali» del danno biologico devono ritenersi assorbiti nella copertura indennitaria ai sensi dell'art. 13, comma 2, letto. a) del d.lgs. n. 38 del 2000, superando il precedente orientamento di segno contrario²³.

Il criterio del separato confronto per poste omogenee di danno sembra porsi inoltre in contraddizione con quanto affermato dalle Sezioni Unite nel 2008²⁴, secondo le quali «il danno non patrimoniale è categoria generale non suscettiva di suddivisione in sottocategorie variamente etichettate», sicché riesce difficile pensare che soltanto nella materia infortunistica debba continuare a valere una frammentazione del danno non patrimoniale che è stata invece esclusa sul piano generale della responsabilità civile²⁵.

Nella direzione contraria al confronto analitico per singole poste militano inoltre ulteriori considerazioni legate al più recente intervento con cui le Sezioni Unite hanno ridefinito i confini applicativi del principio della *compensatio lucri cum damno*²⁶. Ebbene, pur senza mai intervenire esplicitamente sulla questione del danno differenziale, le Sezioni Unite sembrano offrire alcune argomentazioni a sostegno del confronto per sommatoria nella parte in cui demandano unicamente al legislatore la definizione di meccanismi di surrogazione idonei a consentire all'assicuratore di recuperare dal responsabile civile l'importo corrispondente al valore delle prestazioni erogate, evitando al contem-

²³ Cass., 2 aprile 2019, n. 9112.

²⁴ Cass. S.U., 11 novembre 2008, n. 26972-26975, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 38 ss., con nota di P.G. MONATERI, E. NAVARRETTA, D. POLETTI, P. ZIVIZ.

²⁵ A. DE MATTEIS, *Danno differenziale e danno complementare dopo le Sezioni unite del 2008*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2010, 389 ss.

²⁶ Cass. S.U., 22 maggio 2018, n. 12564-12567, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 1148 ss., con commento di M. FRANZONI.

po che l'assicurato possa cumulare una somma maggiore rispetto al valore del danno subito²⁷.

Nell'intento di risolvere le incertezze connesse alla suddetta distinzione, garantendo al contempo un miglior equilibrio tra le ragioni creditorie dell'INAIL e quelle dell'infortunato, una parte della dottrina ha proposto infatti di calcolare il danno differenziale semplicemente sottraendo l'intero importo dell'indennizzo dalla complessiva somma liquidata a titolo risarcitorio²⁸, ma questa diversa soluzione non è stata recepita dalla giurisprudenza di legittimità che ha continuato graniticamente ad applicare il criterio del confronto per singole poste di danno omogenee, creando così le premesse per il successivo intervento del legislatore.

4. *L'intervento del legislatore*

È sul complicato quadro sopra descritto che il legislatore è intervenuto al fine di contrapporre al confronto analitico adottato dai giudici di legittimità il diverso criterio del raffronto globale.

Come già detto, la strutturale differenza tra sistema risarcitorio e indennitario e l'evidente eterogeneità dei rispettivi rimedi e relativi criteri di calcolo sarebbero compatibili soltanto con un raffronto per importi complessivi, il quale avrebbe il pregio di risolvere le incertezze connesse alla distinzione tra danni differenziali e complementari, salvaguardando le ragioni dell'INAIL e senza pregiudicare, al contempo,

²⁷ In questo senso G. CORSALINI, A. DE MATTEIS, *Il concorso tra risarcimento e indennizzo dinanzi alle giurisdizioni superiori. I riflessi sull'azione di rivalsa dell'INAIL*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2019, 172-173.

²⁸ In favore di questa modalità di computo L. DI BONA, *Concorso tra indennizzo e risarcimento del danno negli infortuni in itinere: criteri per una ragionevole determinazione della pretesa risarcitoria del lavoratore e della rivalsa da parte dell'INAIL*, in *Dir. sic. lav.*, 2016, 10 ss.; R. DALLA RIVA, *Il "danno differenziale" negli infortuni sul lavoro. Le diverse proposte interpretative nell'attesa di un indirizzo di legittimità*, cit., 547 ss.; G. LUDOVICO, *La persona del lavoratore*, cit., 1049 ss.; ID., *Tutela previdenziale*, cit., 307 ss.; A. DE MATTEIS, *La responsabilità del datore di lavoro*, cit., 86 ss.; ID., *Assicurazione infortuni: perché non esiste più la regola dell'esonero*, cit., 372 ss.; ID., *Danno differenziale e danno complementare dopo le Sezioni unite del 2008*, cit., 402-403.

la posizione del lavoratore che cumulerebbe una somma complessiva pari all'esatto valore del danno subito.

È questo senza dubbio il criterio che era nelle intenzioni del legislatore, il cui intervento, pure astrattamente condivisibile, è stato realizzato tuttavia con modalità a dir poco discutibili.

Le novità introdotte dal comma 1126 della legge n. 145 del 2018 si sostanziavano nella novella degli artt. 10 e 11 T.U. e dell'art. 142, comma 2, del d.lgs. n. 209 del 2005²⁹.

Il sesto comma dell'art. 10 T.U. era stato riformulato nel modo seguente: «Non si fa luogo a risarcimento qualora il giudice riconosca che questo *complessivamente calcolato per i pregiudizi oggetto di indennizzo*, non ascende a somma maggiore dell'indennità che *a qualsiasi titolo ed indistintamente*, per effetto del presente decreto, è liquidata all'infortunato o ai suoi aventi diritto» (in corsivo le parti aggiunte). Allo stesso modo anche il settimo comma della stessa disposizione aveva subito alcune modifiche assumendo la seguente formulazione: «Qualora si faccia luogo a risarcimento questo è dovuto solo per la parte che eccede le indennità liquidate a norma degli artt. 66 e seguenti e per le somme liquidate complessivamente ed a qualunque titolo a

²⁹ Con accenti critici nei confronti della riforma: R. RIVERSO, *Il risarcimento del danno per infortunio e malattia professionali tra riforme tentate e l'incerto incedere della giurisprudenza*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2020, 27 ss.; S. GIUBBONI, A. CIRIELLO, *Il risarcimento del danno differenziale derivante da infortunio dopo la legge n. 145 del 2018*, in *Giust. civ.com.*, 16 maggio 2019; P. TULLINI, *Il danno differenziale. Il diritto vivente e il legislatore*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, I, 335 ss.; M. ROSSETTI, *La maledizione di Kirchmann, ovvero che ne sarà del danno differenziale*, in *www.questionegiustizia.it*; S. GIUBBONI, *Il risarcimento del danno differenziale da infortunio sul lavoro dopo la legge di bilancio*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2019, 183 ss.; R. PESSI, *Il danno differenziale tra diritto vivente e diritto vigente*, in *Labor*, 2019, 355 ss.; R. RIVERSO, *Diminuisce il risarcimento per gli invalidi sul lavoro*, in *www.giustiziainsieme.it*; L. De Angelis, *Il danno differenziale tra diritto comune, diritti speciali e schizofrenia legislativa*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT -392/2019; G. LUDOVICO, *Il danno differenziale dopo la legge di bilancio 2019 e il vero intento del legislatore*, in *Giust. civ.com.*, 8 maggio 2019. In senso invece favorevole: G. CORSALINI, A. DE MATTEIS, *Il concorso tra risarcimento e indennizzo dinanzi alle giurisdizioni superiori. I riflessi sull'azione di rivalsa dell'INAIL*, cit., 180 ss.; M. BONA, *Legge di bilancio 2019 e "danno differenziale INAIL": nessun segno meno per i lavoratori danneggiati*, in *www.ridare.it*; G. CORSALINI, *Il danno differenziale dopo la legge di bilancio 2019: una riforma favorevole ai lavoratori*, *www.ridare.it*.

*norma dell'articolo 13, comma 2, lettere a) e b), del decreto legislativo 23 febbraio 2000, n. 38» (in corsivo le parti aggiunte). Di conseguenza, anche il testo dell'ottavo comma era stato modificato come segue: «Agli effetti dei precedenti commi sesto e settimo l'indennità d'infortunio è rappresentata dal valore capitale della rendita *complessivamente* liquidata, calcolato in base alle tabelle di cui all'art. 39 *nonché da ogni altra indennità erogata a qualsiasi titolo»* (in corsivo le parti aggiunte).*

La novella non aveva risparmiato neppure l'art. 11 del T.U., la cui formulazione a seguito delle modifiche introdotte dalla legge n. 145 riconosceva il diritto di regresso dell'INAIL per le somme «*a qualsiasi titolo»* corrisposte a titolo d'indennità e spese accessorie «*nei limiti del complessivo danno risarcibile»*, disponendo nel secondo periodo dello stesso comma che il responsabile civile è tenuto a versare all'istituto una somma corrispondente al valore capitale dell'ulteriore rendita «*a qualsiasi titolo»* dovuta, calcolato in base alle tabelle di cui all'art. 39 «*nonché ad ogni altra indennità erogata a qualsiasi titolo»*. Dopo il secondo comma dell'art. 11 T.U. era stata poi inserita una nuova disposizione dal seguente tenore: «*Nella liquidazione dell'importo dovuto ai sensi dei commi precedenti, il giudice può procedere alla riduzione della somma tenendo conto della condotta precedente e successiva al verificarsi dell'evento lesivo e dell'adozione di efficaci misure per il miglioramento dei livelli di salute e sicurezza sul lavoro. Le modalità di esecuzione dell'obbligazione possono essere definite tenendo conto del rapporto tra la somma dovuta e le risorse economiche del responsabile»*.

La novella, infine, era intervenuta anche sul secondo comma dell'art. 142, comma 2, del d.lgs. n. 209 del 2005, il quale nel testo risultante dalle modifiche stabiliva che l'impresa di assicurazione del responsabile civile potesse procedere alla liquidazione del danno in favore del danneggiato solo previo accantonamento di una somma «*a valere sul complessivo risarcimento dovuto»* idonea a coprire il credito dell'ente previdenziale per le prestazioni erogate o da erogare «*a qualsiasi titolo»*.

Le novità introdotte dalla legge n. 145 del 2018 hanno sollevato – come noto – un acceso dibattito non soltanto per l'infelice scelta di introdurre modifiche di siffatta portata all'interno di un corposo testo normativo disseminato di migliaia disposizioni di contenuto diversis-

simo o per i numerosi problemi d'interpretazione suscitati dalla novella che hanno indotto a dubitare su quale fosse il criterio di calcolo del danno differenziale davvero voluto dal legislatore³⁰. A sollevare maggiori contrarietà nella dottrina maggioritaria è stato soprattutto l'esplicito collegamento tra queste modifiche e la riduzione degli oneri contributivi gravanti sui datori di lavoro. Era quanto disposto dal comma 1226, il quale poneva tali modifiche «in relazione alla revisione delle tariffe operata ai sensi dell'articolo 1, comma 128, della legge 23 dicembre 2013, n. 147, con decorrenza dal 1° gennaio 2019 e dei criteri di calcolo per l'elaborazione dei relativi tassi medi».

La scelta di collegare misure così profondamente diverse si è rivelata controproducente per lo stesso legislatore al quale da più parti è stata rivolta l'accusa di aver indebitamente utilizzato il calcolo del danno differenziale per compensare la minore contribuzione dovuta dai datori di lavoro, nonostante questi ultimi siano completamente estranei a quel meccanismo, dovendo comunque rispondere nei limiti del complessivo risarcimento. Il dibattito è stato così condizionato dal forte sospetto che il vero intento del legislatore fosse soltanto quello di ridurre la tutela dei lavoratori a tutto vantaggio dei datori di lavoro, con il risultato che alle già numerose difficoltà interpretative sollevate dalla novella si sono aggiunte le ulteriori critiche circa il suo significato politico.

Eppure, tra i due ambiti di intervento – il meccanismo di calcolo del danno differenziale e la misura dell'imposizione contributiva – non sussisteva, né poteva sussistere, alcun collegamento giuridico, trattandosi di aspetti del tutto autonomi e distinti della disciplina assicurativa. Basti pensare, da un lato, che il datore di lavoro rimane indifferente alle modalità di calcolo del danno differenziale, dovendo rispondere soltanto nei limiti del danno civilistico, e, dall'altro, che la riduzione

³⁰ La nuova formulazione del sesto comma dell'art. 10 T.U., infatti, individuava il minuendo da assumere come base di calcolo del danno differenziale nel risarcimento «complessivamente calcolato per i pregiudizi oggetto di indennizzo», lasciando così intendere che si doveva continuare a distinguere il danno estraneo alla tutela da quello ricompreso nella copertura assicurativa, mentre l'art. 11 T.U. riconosceva il regresso dell'INAIL «nei limiti del complessivo danno risarcibile», prefigurando in questo modo la possibilità per l'INAIL di rivalersi indistintamente sull'intero ammontare del risarcimento.

degli oneri contributivi costituiva l'effetto del loro aggiornamento agli attuali andamenti infortunistici che risultano inferiori per oltre il 40% rispetto a quelli del triennio 1995-1997 che fino a quel momento avevano costituito la base di calcolo della contribuzione. Peraltro, l'art. 1, comma 128, della legge 27 dicembre 2013, n. 147, aveva già temporaneamente disposto, «nelle more dell'aggiornamento delle tariffe dei premi e contributi», una riduzione degli stessi per il periodo 2014-2016, sicché non è dato comprendere quale collegamento potesse sussistere tra la riduzione dei premi disposta dalla legge n. 145 del 2018 e le modifiche in materia di danno differenziale³¹.

5. Segue: e il suo immediato ripensamento

Le forti polemiche provocate dalla novella hanno indotto il legislatore a ritornare sui propri passi a distanza di pochi mesi dalla legge n. 145 del 2018.

Con l'art. 3-*sexies*, comma 1, del decreto-legge 30 aprile 2019, n. 34 (c.d. Decreto "Crescita") convertito, con modificazioni, dalla legge 28 giugno 2019, n. 58, è stata infatti disposta l'abrogazione delle lettere da *a*) a *f*)³² dell'art. 1, comma 1126, della legge n. 145 del 2018 che avevano parzialmente novellato gli artt. 10 e 11 del d.P.R. n. 1124 del 1965 (T.U.) e l'art. 142, comma 2, del d.lgs. n. 209 del 2005 (Codice delle assicurazioni private).

Il ripensamento del legislatore ha così generato l'ulteriore problema della coesistenza di tre diversi regimi temporalmente distinti³³. Su-

³¹ Su questi aspetti v. più diffusamente S. GIUBBONI, G. LUDOVICO, A. ROSSI, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, cit., 219 ss.

³² È stata invece mantenuta in vigore la controversa lettera *g*) dell'art. 1, comma 1126, della legge n. 145 del 2018 che ha introdotto nell'art. 11 del T.U. un nuovo comma che autorizza il giudice a ridurre l'importo del risarcimento dovuto dal datore di lavoro tenuto conto della condotta precedente e successiva al verificarsi dell'evento lesivo, dell'adozione di efficaci misure per il miglioramento dei livelli di salute e sicurezza sul lavoro e del rapporto tra la somma dovuta e le risorse economiche del responsabile.

³³ Sul punto v. G. LUDOVICO, *La retromarcia del legislatore sui criteri di calcolo del danno differenziale*, in *Giust. civ.com.*, 24 luglio 2019.

bito dopo l'entrata in vigore della legge n. 145 del 2018, infatti, la giurisprudenza si era affrettata a precisare che la novella, non potendo qualificarsi come norma di interpretazione autentica, poteva trovare applicazione soltanto agli infortuni sul lavoro verificatisi e alle malattie professionali denunciate dopo la sua entrata in vigore ovvero 1° gennaio 2019, mentre per gli eventi precedenti a quella data continuava a trovare applicazione la precedente formulazione degli artt. 10 e 11 T.U. e dell'art. 142 del d.lgs. n. 205 del 2009³⁴.

L'art. 3-*sexies* del d.l. n. 34 del 2019 ha stabilito che le norme novellate «riacquistano efficacia nel testo vigente prima della data di entrata in vigore della medesima legge n. 145 del 2018», con la conseguenza che, al pari delle modifiche disposte da quest'ultima, anche l'abrogazione della novella non può essere qualificata come norma di interpretazione autentica e, come tale, deve ritenersi priva di efficacia retroattiva. Ciò significa che agli eventi lesivi precedenti al 30 giugno 2019 (data di entrata in vigore della legge di conversione n. 58 del 2019 del d.l. n. 34 del 2019) continuerà a trovare applicazione la versione novellata delle norme in questione, mentre a partire da tale momento tornano ad applicarsi le norme vigenti alla data del 31 dicembre 2018³⁵.

In termini opposti, sebbene senza motivare sul punto, si è posta invece un'ordinanza dei giudici di legittimità, la quale afferma esplicitamente che il comma 1126 dell'art. 1 della legge n. 145 del 2018 è stato abrogato «con efficacia retroattiva» dall'art. 3-*sexies* del d.l. n. 34 del 2019³⁶.

Non resta che attendere gli ulteriori interventi della giurisprudenza per comprendere se i giudici di legittimità continueranno ad attribuire all'abrogazione della novella un'efficacia retroattiva oppure se più correttamente ne riconosceranno la temporanea vigenza «Posto che l'abrogazione di una norma che ha abrogato la precedente disciplina

³⁴ Così Cass., 27 marzo 2019, n.8580, in *Lav. giur.*, 2019, 626; Cass., 21 maggio 2019, n.13645.

³⁵ Sul punto v. R. RIVERSO, *L'azione di regresso dell'INAIL: evoluzioni, prospettive ed onere della prova*, in *Lav. giur.*, 2020, 119.

³⁶ Cass., 18 ottobre 2019, n. 26647.

non fa venir meno l'effetto modificativo fin dall'origine, come se si trattasse di una sentenza della C. cost.»³⁷.

6. La necessaria valorizzazione della funzione previdenziale della tutela assicurativa

È opportuno a questo punto cercare di dare conto della vera e più importante questione sottesa alle modalità di calcolo del danno differenziale.

Nelle pagine precedenti sono stati esaminati i diversi problemi che continuano ad animare il dibattito sui rapporti tra tutela previdenziale e responsabilità civile che ha trovato nuovo impulso a seguito dell'inclusione del danno biologico nella copertura assicurativa. Senonché l'inclusione di questo titolo di danno nell'oggetto della tutela previdenziale è stata realizzata nel momento in cui la responsabilità civile si evolveva verso il riconoscimento di nuove fattispecie di danno. Il riferimento è ai pregiudizi derivanti dalla compromissione delle attività esistenziali che trovano diretto riconoscimento costituzionale nell'art. 2 Cost.

Le ragioni che avevano indotto la Consulta nel 1991 a sollecitare la copertura assicurativa del danno biologico sembrerebbero così riproporsi, in modo pressoché identico, anche per le altre tipologie di danno non patrimoniale che al pari del danno biologico assumono piena rilevanza costituzionale.

Si dovrebbe allora presumere, per non incorrere in nuovi sospetti di incostituzionalità derivanti dalla mancata copertura di questi pregiudizi, che la tutela assicurativa dovrebbe orientarsi verso una nuova espansione dei suoi confini oggettivi onde garantire protezione contro qualunque lesione costituzionalmente rilevante. Anche per il danno morale ed esistenziale potrebbero così riproporsi quelle «stesse ragioni, che hanno indotto a giudicare non soddisfacente la tutela ordinaria e ad introdurre un sistema di assicurazione sociale obbligatoria contro

³⁷ Così giustamente R. RIVERSO, *L'azione di regresso dell'INAIL: evoluzioni, prospettive ed onere della prova*, cit., 120.

il rischio per il lavoratore di infortuni e malattie professionali»³⁸. Tanto più che dopo la rilettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. queste tipologie di danno hanno assunto la stessa collocazione sistematica del danno biologico.

Non sono mancate, infatti, autorevoli opinioni che si sono poste il problema della necessità di un ulteriore adeguamento della copertura assicurativa alle tipologie di danno alla persona rimaste prive di tutela indennitaria³⁹.

È stato obiettato che queste tipologie di danno, seppure dotate di rilevanza costituzionale al pari di quello biologico, sono connotate da una soggettività che sarebbe strutturalmente incompatibile con i criteri oggettivi e standardizzati della tutela previdenziale⁴⁰. Si tratta tuttavia di un'obiezione che, per quanto condivisibile, si riferisce alla realizzabilità tecnica della estensione della tutela indennitaria, mentre la questione di maggiore rilievo riguarda la doverosità sul piano costituzionale della copertura assicurativa di queste tipologie di danno.

È di tutta evidenza che soltanto la configurazione della garanzia indennitaria come rimedio risarcitorio sostitutivo della responsabilità civile ne imporrebbe l'estensione a qualunque tipologia di danno alla persona, mentre ove più correttamente intesa come garanzia previdenziale, il problema non si porrebbe, giacché una volta raggiunta l'adeguatezza di cui all'art. 38, comma 2, Cost., non sarebbe necessaria alcuna ulteriore copertura che non sia frutto di una discrezionale scelta del legislatore.

In un'epoca di forte riduzione delle tutele sociali derivante dalle note esigenze di sostenibilità finanziaria, la valorizzazione della funzione previdenziale della tutela antinfortunistica si impone dunque per coerenza non soltanto con la sua disciplina ma soprattutto con gli stessi principi costituzionali.

³⁸ In questi termini, con riguardo al danno biologico, C. Cost., n. 87/1991, cit., par. 2 della motivazione.

³⁹ Così R. SCOGNAMIGLIO, *Danno biologico e rapporto di lavoro subordinato*, in *Arg. dir. lav.*, 1997, 26; D. POLETTI, *I riflessi del revirement giurisprudenziale nel settore INAIL*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *I danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, Giuffrè, Milano, 2004, 113 ss.

⁴⁰ S. GIUBBONI, *Mobbing e tutela previdenziale*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2005, 29, 193.

L'infornunio sul lavoro tra prevenzione, protezione, organizzazione ed effettività

PAOLO PASCUCCI

SOMMARIO: 1. *Il diritto della sicurezza sul lavoro*. – 2. *Prevenzione e protezione*. – 3. *Prevenzione e valutazione dei rischi*. – 4. *Prevenzione e organizzazione*. – 5. *Organizzazione del sistema aziendale di prevenzione e principio di effettività*. – 6. *Conclusioni*.

1. *Il diritto della sicurezza sul lavoro*

Vorrei svolgere qualche preliminare riflessione di tipo epistemologico sul diritto della salute e della sicurezza sul lavoro, inteso – mutuando il titolo della relazione – come diritto della prevenzione e della protezione contro i rischi per la salute e la sicurezza dei lavoratori.

Una materia che sta assumendo i caratteri di una sorta di sistema ordinamentale, composto a sua volta di sotto-sistemi¹, e che appare fondamentale per la piena comprensione delle delicate questioni che emergono quando, una volta che si sia verificato un infortunio sul lavoro o sia insorta una malattia professionale, occorre analizzare i profili delle responsabilità e del risarcimento dei danni.

Il diritto del lavoro ha finora considerato questa materia come una sorta di propaggine o di appendice: una specie di “territorio d'oltremare”². Infatti, l'analisi dottrinale dei lavoratori – in ciò fortemente condizionata dalla matrice civilistica della nostra disciplina – ha prestato attenzione al tema della prevenzione... prevalentemente *ex post*, occupandosi dei profili del danno e delle tutele risarcitorie, trascurando di approfondire gli aspetti più specifici della sicurezza sul lavoro nella sua dimensione legata alla prevenzione *ex ante*.

¹ V. anche P. PASCUCCI, *Il d.lgs. n. 81/2008 due anni dopo. I “sistemi” del diritto della sicurezza del lavoro*, Atti dell'incontro di studio svoltosi ad Urbino il 14 e 15 maggio 2010, in <http://olympus.uniurb.it/>.

² P. PASCUCCI, *Derecho de la salud y de la seguridad laboral y derecho del trabajo general. Algunas breves consideraciones metodológicas*, in *Dir. sic. lav.*, 2020, I, 1, 16 ss.

D'altra parte, che la sicurezza sul lavoro sia stata un po' la "Martina" del diritto del lavoro si coglie anche per il fatto che, poiché per l'importanza dei valori in gioco, l'apparato delle regole cautelari o prevenzionistiche di condotta è stato inquadrato nel sistema penalistico dei reati contravvenzionali, dell'interpretazione di tali regole si sono essenzialmente occupati i penalisti³, protagonisti anche ove dalla violazione della regola di condotta scaturisca un grave evento, come nel caso dell'omicidio colposo o delle lesioni colpose gravi o gravissime, qui emergendo il diritto penale maggiore, quello dei delitti. D'altronde, la sicurezza sul lavoro costituisce una delle componenti più rilevanti della parte speciale del diritto penale e, in particolare, quella più consistente del diritto penale del lavoro.

Il relativo interesse dei giuslavoristi per la materia evidenzia una lacuna che merita di essere colmata. Infatti, ad essi spetta di occuparsi scientificamente sia dei riflessi che la sicurezza sul lavoro produce sull'assetto delle relazioni (individuali e collettive) interne all'azienda (o all'amministrazione), sia sui riflessi che tali relazioni riverberano sulla stessa sicurezza sul lavoro e sulla sua gestione. Accanto a quello dei penalisti, esiste uno spazio anche per i lavoristi onde fornire il necessario apporto nella comprensione e nella soluzione dei complessi problemi che promanano dalla sicurezza sul lavoro.

Qualcuno cominciò a farlo già vari anni orsono con riferimento alla relazione tra sicurezza ed organizzazione del lavoro⁴. E altri l'hanno fatto meritoriamente negli anni successivi e più recenti⁵.

³ Tra le opere più recenti cfr. G. CASAROLI, F. GIUNTA, R. GUERRINI, A. MELCHIONDA (a cura di), *La tutela penale sicurezza del lavoro. Luci e ombre del diritto vivente*, Edizioni ETS, Pisa, 2015; D. CASTRONUOVO, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, *Diritto penale della sicurezza del lavoro*, Bononia University Press, Bologna, 2016. Non sono tuttavia mancate analisi penalistiche curate da giuslavoristi come quella di C. SMURAGLIA, *La sicurezza del lavoro e la sua tutela penale*, Giuffrè, Milano, 1974.

⁴ D'obbligo il riferimento al fondamentale studio di L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, Franco Angeli, Milano, 1989, 3^a ed.

⁵ V., tra gli altri, G. NATULLO, *La tutela dell'ambiente di lavoro*, Utet, Torino, 1995; M. RUSCIANO, G. NATULLO, (a cura di), *Ambiente e sicurezza del lavoro*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, VIII, Utet, Torino, 2007; P. ALBI, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona. Art. 2087*, Giuffrè, Milano, 2008.

Nel frattempo, anche il legislatore, con il d.lgs. n. 81 del 2008⁶, pare averlo compreso nel momento in cui, ridefinendo il quadro delle regole di prevenzione e, in particolare, le principali figure soggettive e le loro responsabilità, ha innanzitutto valorizzato concetti e teorie tipiche della scienza giuslavoristica.

Il pensiero corre immediatamente alla definizione universalistica di “lavoratore” di cui all’art. 2, lett. *a*⁷, ed alla rilevanza del suo inserimento funzionale nell’organizzazione, mutuato dall’art. 2094 c.c. e, peraltro, esteso oltre i confini della subordinazione in forza dell’irrilevanza della tipologia contrattuale.

E il discorso riguarda anche il principio di effettività sotteso alla definizione di “datore di lavoro” di cui all’art. 2, lett. *b*⁸, il quale non costituisce patrimonio esclusivo della scienza penalistica, ma anche di quella lavoristica, come emergeva già oltre mezzo secolo fa nella storica legge sull’interposizione illecita di manodopera (la legge n. 1369 del 1960).

Peraltro, il legislatore del 2008 non si è fermato qui, ma ha anche valorizzato la trama delle relazioni presenti nell’organizzazione azien-

⁶ Su tale decreto v., tra gli altri, M. TIRABOSCHI, L. FANTINI (a cura di), *Il Testo Unico della salute e sicurezza sul lavoro dopo il correttivo* (D.Lgs. n. 106/2009). *Commentario al decreto legislativo n. 81/2008 come modificato dal decreto legislativo n. 106/2009*, Giuffrè, Milano, 2009; L. ZOPPOLI, P. PASCUCCI, G. NATULLO (a cura di), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori. Commentario al D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81 aggiornato al D.Lgs. 3 agosto 2009, n. 106*, Ipsoa, Milano, 2010; F. CARINCI, E. GRAGNOLI (a cura di), *Codice commentato della sicurezza sul lavoro*, Utet, Torino, 2010; L. MONTUSCHI (diretto da), *La nuova sicurezza sul lavoro. D.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 e successive modifiche*, Commentario, 3 volumi, Zanichelli, Bologna, 2011.

⁷ La «persona che, indipendentemente dalla tipologia contrattuale, svolge un’attività lavorativa nell’ambito dell’organizzazione di un datore di lavoro pubblico o privato, con o senza retribuzione, anche al solo fine di apprendere un mestiere, un’arte o una professione, esclusi gli addetti ai servizi domestici e familiari». Cfr. P. PASCUCCI, *La tutela della salute e della sicurezza sul lavoro: il titolo I del D.lgs. n. 81/2008 dopo il Jobs Act*, Aras edizioni, Fano, 2017, 36 ss.

⁸ Il «soggetto titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore o, comunque, il soggetto che, secondo il tipo e l’assetto dell’organizzazione nel cui ambito il lavoratore presta la propria attività, ha la responsabilità dell’organizzazione stessa o dell’unità produttiva in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa». Cfr. C. LAZZARI, *Figure e poteri datoriali nel diritto della sicurezza sul lavoro*, Franco Angeli, Milano, 2015.

dale e dei ruoli che le sono propri per irrobustire il sistema di prevenzione aziendale. Facendo leva sui meccanismi su cui si regge l'inquadramento dei vari soggetti che operano in azienda, il d.lgs. n. 81 del 2008 ha lanciato chiari segnali su come si debba procedere per rispettare i precetti prevenzionistici.

Penso in particolare all'art. 28, comma 2, lett. *b*, il quale, in merito al contenuto del documento di valutazione dei rischi⁹, se, da un lato, esige l'indicazione delle misure di prevenzione e di protezione attuate e dei dispositivi di protezione individuali adottati a seguito della valutazione ed il programma delle misure ritenute opportune per garantire il miglioramento nel tempo dei livelli di sicurezza, da un altro lato, richiede anche e soprattutto «che siano individuate le procedure per l'attuazione delle misure da realizzare nonché i ruoli dell'organizzazione aziendale che vi debbono provvedere, a cui devono essere assegnati unicamente soggetti in possesso di adeguate competenze e poteri» («chi fa che cosa»). Il che non costituisce solo un'importante indicazione metodologica, perché le decisioni connesse alla valutazione dei rischi («se e quali rischi valuto») ed alla individuazione delle misure per eliminarli o ridurli («che cosa faccio e come agisco»), emergendo dal documento di valutazione, incidono con carattere precettivo sull'organizzazione aziendale secondo il principio di autonormazione accolto dal d.lgs. n. 81 del 2008, specificando il contenuto degli obblighi di prevenzione con la conseguente rilevanza dei relativi inadempimenti sul piano sanzionatorio speciale di cui allo stesso d.lgs. n. 81 del 2008 (art. 55 e ss.).

Quand'anche non si voglia giungere a postulare l'autonomia epistemologica del diritto della sicurezza sul lavoro, non gli si può non dedicare la giusta attenzione cogliendone e valorizzandone la sua «ontologica» trasversalità ed interdisciplinarietà: una materia che si nutre necessariamente di altre materie, sia nell'ambito giuridico (coinvolgendo, oltre al diritto del lavoro ed a quello penale, il diritto civile, costituzionale, comunitario, amministrativo, processuale civile e quello

⁹ L. ANGELINI, *La valutazione di tutti i rischi*, in P. PASCUCCI (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro. Tutele universali e nuovi strumenti regolativi a dieci anni dal d.lgs. n. 81/2008*, Franco Angeli, Milano, 2019, 81 ss.

processuale penale), sia al di fuori di questo (la medicina del lavoro, la psicologia, l'ingegneria ecc.).

Si potrebbe forse affermare che, più che una materia, il diritto della sicurezza sul lavoro sia una "meta-materia", vale a dire una significativa occasione di confronto tra scienze diverse, una sorta di laboratorio scientifico e culturale che merita di essere maggiormente valorizzato e diffuso, nel quale il diritto del lavoro deve fare il proprio ruolo, senza alcuna pretesa egemonica, offrendo quel determinante contributo che tutti si attendono da esso, in una necessaria prospettiva di dialogo interdisciplinare.

Anche in questo, a ben guardare, così come per quanto riguarda la prospettiva di tutela che trascende la subordinazione, il diritto della sicurezza sul lavoro indica la strada metodologica per il futuro – e già per l'oggi – delle scienze giuridiche. Infatti, nessuna branca del diritto può ormai vivere senza un costante ed intenso confronto con le altre. E ciò dovrebbe indurre qualche riflessione anche sul modo di insegnare e di fare ricerca.

2. Prevenzione e protezione

Questa premessa "epistemologica" conduce direttamente alla prima parte del titolo di questo intervento: "l'infortunio sul lavoro tra prevenzione e protezione".

Al di là del fatto che l'infortunio non esaurisce la gamma degli eventi di cui si occupa il diritto della sicurezza sul lavoro, rientrandovi a pieno titolo anche le fin troppo trascurate malattie professionali, dovendosi più propriamente parlare di diritto della salute e della sicurezza sul lavoro, il primo aspetto da chiarire riguarda i due termini evocati nel titolo: prevenzione e protezione.

Termini che, semanticamente, parrebbero alludere a concetti differenti specialmente con riferimento ai rischi da lavoro. Mentre la prevenzione riguarda un'attività volta ad evitare quei rischi alla fonte, la protezione ha a che fare con azioni che tendono a contrastare l'effetto di rischi di per sé inevitabili. Per esemplificare, con riferimento al rischio di caduta di oggetti dall'alto, un'azione di prevenzione è quella che elimina alla radice tale rischio rendendo del tutto sicuro un ogget-

to sovrastante (come un tetto, un solaio, un soffitto ecc.); un'azione di protezione consiste invece nell'indossare il classico elmetto protettivo mentre si opera al di sotto di un oggetto non del tutto sicuro dal quale potrebbero verificarsi cadute di elementi pericolosi.

Tuttavia, assai spesso la misura di protezione viene adottata anche quando non sembrerebbe esservene bisogno: se indosso l'elmetto protettivo passando sotto un solaio posto in sicurezza aumento il livello di precauzione proteggendomi anche da eventuali rischi che sono meno probabilmente prevedibili, ma pur sempre possibili (rischio sismico).

Infatti, come ci insegnano le definizioni dell'art. 2, del d.lgs. n. 81 del 2008, mentre il "pericolo" è la proprietà o la qualità intrinseca di un determinato fattore avente il potenziale di causare danni (lett. *r*), il "rischio" consiste invece nella probabilità di raggiungimento del livello potenziale di danno nelle condizioni di impiego o di esposizione ad un determinato fattore o agente oppure alla loro combinazione (lett. *s*).

Sta di fatto che la nostra disciplina legislativa quasi sempre tiene insieme i due concetti, come quando tratta del "servizio di prevenzione e protezione dai rischi", oppure del principale obbligo gravante sul datore di lavoro, la "valutazione dei rischi", che l'art. 2, lett. *q*, del d.lgs. n. 8 del 2008 definisce come la «valutazione globale e documentata di tutti i rischi per la salute e sicurezza dei lavoratori presenti nell'ambito dell'organizzazione in cui essi prestano la propria attività, finalizzata ad individuare le adeguate misure di prevenzione e di protezione e ad elaborare il programma delle misure atte a garantire il miglioramento nel tempo dei livelli di salute e sicurezza».

E, peraltro, mentre nel decreto del 2008 non è contenuta una definizione di "protezione", quella di prevenzione accolta dall'art. 2, lett. *n*, riferendosi – riecheggiando il tenore dell'art. 2087 c.c. – al «complesso delle disposizioni o misure necessarie anche secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, per evitare o diminuire i rischi professionali nel rispetto della salute della popolazione e dell'integrità dell'ambiente esterno»¹⁰, parrebbe sottendere un concetto nel quale prevenzione e protezione tendono a confondersi.

¹⁰ B. MAGGI, G. RULLI (a cura di), *Decreto Legislativo 81/2008. Quale prevenzione nei luoghi di lavoro?*, in <http://amsacta.cib.unibo.it>, TAO Digital Library, Bologna, 2011.

Ciononostante, se per un verso, nel disegno regolativo del d.lgs. n. 81 del 2008, le parole “prevenzione” e “protezione” sembrano dar luogo ad una sorta di endiadi, vale a dire ad un concetto unitario tramite due termini coordinati, per un altro verso ognuna delle due continua ad avere uno specifico significato.

Infatti, ciò che nel concetto di prevenzione più rileva è il fatto che essa allude ad un'attività che incide a monte sull'insorgenza del rischio, evitandolo del tutto se possibile, o altrimenti riducendolo, ma sempre intervenendo logicamente prima all'atto della predisposizione dell'organizzazione. Può qui utilmente mutarsi il concetto medico di “prevenzione primaria”¹¹, vale a dire l'individuazione dei fattori di rischio che possono generare l'insorgenza della malattia e nella loro eliminazione o riduzione.

È allora evidente che la protezione interviene là dove alla fonte non sia stato possibile eliminare radicalmente il rischio, ma al più solo ridurlo, essendo perciò necessario fronteggiarne gli inevitabili effetti in una logica di “prevenzione secondaria”.

Pertanto, quando comunemente si parla di “sistema di prevenzione aziendale” ci si riferisce ad un sistema finalizzato, da un lato, ad individuare – non una volta per tutti, ma costantemente – i fattori di rischio e ad eliminarli o ridurli alla fonte e, dall'altro, a contrastarne gli effetti peraltro in una prospettiva di continuo miglioramento.

3. Prevenzione e valutazione dei rischi

A questo punto è evidente che il punto nodale della questione risiede nel modo in cui si attua la prevenzione, intesa come prevenzione primaria nel senso di cui si è detto. Un punto che d'altronde scaturisce dalla stessa direttiva quadro europea n. 89/391/CEE là dove, all'art. 6, paragrafo 2, lett. *a* e *b*, considera come principi generali di prevenzione “evitare i rischi” e “valutare i rischi che non possono essere evitati”.

Qui emerge in tutta la sua portata il ruolo della valutazione dei rischi, la quale costituisce il perno su cui si incentra e ruota l'intero si-

¹¹ P. PASCUCCI, *La prevenzione primaria nel decreto legislativo 81/2008, tra ombre e luci*, in B. MAGGI, G. RULLI (a cura di), *Decreto Legislativo 81/2008*, cit., 29 ss.

stema di prevenzione e protezione aziendale nonché il metodo fondamentale per la prevenzione e la protezione.

Tuttavia, interpretando l'obbligo di valutazione dei rischi (che rappresenta anche una misura generale di tutela *ex art.* 15, comma 1, lett. *a*, del d.lgs. n. 81 del 2008) alla luce del principio posto dalla direttiva comunitaria, parrebbe doversi ritenere che la valutazione riguardi solamente "tutti" i rischi "che non possono essere evitati". Senonché, dato che la stessa direttiva comunitaria impone, ancor prima, di "evitare i rischi" – per la qual cosa occorre prioritariamente individuarli – c'è da chiedersi in che modo possa pervenirsi a tale risultato.

Una risposta emerge negli studi di teoria dell'organizzazione, nei quali si sottolinea l'importanza della "prevenzione primaria", quale prevenzione che presuppone la capacità di analizzare la situazione complessiva di lavoro e di evidenziare in tale analisi gli aspetti delle scelte di lavoro che possono dar luogo a rischi: una prevenzione, dunque, che impedisce la manifestazione del rischio con la rimozione dell'agente capace di attivarlo. Per essere efficace, la prevenzione primaria va esercitata sulle dimensioni analitiche del processo di lavoro, richiedendo pertanto la capacità di valutare gli elementi di tale processo in quanto potenzialmente attivatori di rischio: occorre quindi una conoscenza di analisi e di progettazione (e riprogettazione) del lavoro che tenga adeguatamente conto delle alternative di scelta nella costruzione del processo, nonché delle condizioni di pericolo che ogni scelta esprime. Tutto ciò consente di operare scelte di progettazione che evitano l'insorgenza dei rischi: in quanto è assicurata dalla modificazione delle scelte di processo che sono valutate come condizione di pericolo, la prevenzione primaria interviene sui rapporti di causazione possibile, senza attendere la probabilità o, peggio, la certezza del rischio. Viceversa, sul processo concreto di lavoro è possibile esercitare solo una prevenzione secondaria e terziaria, cosicché ogni azione preventiva non può che rivolgersi a rischi già presenti¹².

¹² B. MAGGI, *Analisi e progettazione del lavoro per la tutela della salute. L'orientamento innovativo del d.lgs. n. 626 del 1994*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza. Per una gestione integrata dei rischi di lavoro*, Giappichelli, Torino, 1997, 323 ss.; ID., *L'analisi del lavoro a fini di prevenzione*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2006, n. 29, 13 ss.

Pertanto, sebbene la direttiva comunitaria “confini” formalmente la valutazione dei rischi ai soli rischi inevitabili, ciò non significa che la valutazione stessa non debba riguardare, in chiave analitica, l'organizzazione del processo di lavoro e, in termini più espliciti, le scelte ad essa relative, divenendo quindi strumento per “evitare” i rischi prima ancora che per fronteggiare quelli inevitabili.

Il che significa che la valutazione dei rischi non deve realizzarsi ad “organizzazione data”, bensì, in linea con i principi della prevenzione primaria, deve essere anche lo strumento per analizzare, anche in chiave prospettica, il processo di lavoro.

Un riscontro positivo di ciò giunge dallo stesso art. 28, comma 1, quando collega strettamente la valutazione dei rischi alla scelta delle attrezzature di lavoro e delle sostanze o dei preparati chimici impiegati, nonché alla sistemazione dei luoghi di lavoro. Previsione che, letta attentamente, evidenzia l'importanza dell'agire organizzativo del datore di lavoro che è stato colto anche in giurisprudenza là dove si è rilevata l'indelegabilità della scelta delle attrezzature di lavoro in quanto essa implica una valutazione dei rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori¹³.

Emerge così la duplice natura della valutazione dei rischi, la quale è innanzitutto valutazione delle possibilità di insorgenza del rischio per evitarlo e solo in secondo luogo è valutazione del rischio in atto.

4. Prevenzione e organizzazione

La stretta connessione tra prevenzione e valutazione dei rischi e l'assoluta precettività dell'obbligo di tale valutazione, non a caso configurato come indelegabile per il datore di lavoro, confermano *per tabulas* l'impossibilità di ridurre il tema della sicurezza sul lavoro ad una questione di semplice protezione.

Per altro verso, quanto detto fin qui evidenzia il nesso inscindibile tra prevenzione e organizzazione¹⁴.

¹³ T. Trento, 7 febbraio 2011, in <http://olympus.uniurb.it/>.

¹⁴ P. PASCUCCI, *Prevenzione e organizzazione nel diritto della sicurezza sul lavoro*, in *Soc. dir.*, 2011, 3, 175 ss.

Già si è accennato al rilievo dell'organizzazione rispetto alla identificazione delle principali figure soggettive – il lavoratore e il datore di lavoro – nonché all'importanza dell'organizzazione per quanto attiene alla configurazione del sistema aziendale di prevenzione, specialmente con riferimento alla necessità di individuare nel documento di valutazione dei rischi i ruoli dell'organizzazione che debbono provvedere alle misure di prevenzione e protezione.

Ma non è tutto, poiché non si può trascurare il particolare risalto attribuito dal d.lgs. n. 81 del 2008 all'adozione ed all'efficace attuazione dei modelli di organizzazione e di gestione della sicurezza sul lavoro, la cui efficacia esimente della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche di cui al d.lgs. n. 231 del 2001 (art. 30)¹⁵ costituisce un segnale inequivoco di come l'adempimento dei complessi precetti prevenzionistici non possa prescindere da un metodo organizzato sulla base di procedure trasparenti e tracciabili, contrastando la frequente opacità dell'organizzazione aziendale.

L'emersione nel campo della sicurezza sul lavoro dei modelli di organizzazione e di gestione connessi alla responsabilità "amministrativa" (così si scrive, ma si legge "penale") delle persone giuridiche e degli enti non costituisce un fulmine a ciel sereno. E ciò non solo perché l'originaria legge delega¹⁶ da cui è scaturito il d.lgs. n. 231 del 2001 già si riferiva anche a reati connessi alla nostra materia, quanto perché, al di là delle non poche e serie criticità tecniche che permangono in merito all'innesto nel corpo del d.lgs. n. 231 del 2001 dell'art. 25-*septies*¹⁷ e, più in generale, sul raccordo tra lo stesso d.lgs. n. 231 del 2001 e l'art. 30 del d.lgs. n. 81 del 2008¹⁸, la scelta di valorizzare l'organizzazione

¹⁵ G. MARRA, *I modelli di organizzazione e di gestione e la responsabilità amministrativa degli enti per infortuni sul lavoro. Artt. 30 e 300*, in L. ZOPPOLI, P. PASCUCCI, G. NATULLO (a cura di), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, cit., 579 ss.

¹⁶ Legge 29 settembre 2000, n. 300.

¹⁷ G. AMARELLI, *La responsabilità degli enti e la problematica compatibilità con i reati colposi*, in G. NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, Utet giuridica, Milano, 2015, 263 ss.

¹⁸ G. D'ALESSANDRO, *Il modello di organizzazione, gestione e controllo (artt. 30-300 D.Lgs. n. 81/2008)*, in G. NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, cit., 305 ss.

del sistema di prevenzione appare pienamente coerente con tutta la logica organizzativa a cui si ispira il d.lgs. n. 81 del 2008. E lo sarebbe ancor più ove, oltre che dalla interpretazione della giurisprudenza¹⁹, fosse sostenuta anche da una disciplina più solida incentrata soprattutto su di una riscrittura dell'art. 25-*septies* che chiarisse definitivamente e fuor di ogni possibile dubbio la delicata questione dell'interesse e del vantaggio per l'ente²⁰.

Al di là delle criticità tecniche, se, per un verso, è la legge ad imporre, ancorché sotto la più velata forma dell'onere, l'adozione dei modelli organizzativi e gestionali, per un altro verso, è altresì incontestabile che tale imposizione non fa altro che rendere pienamente evidente un principio immanente nello stesso concetto di "impresa" e di "imprenditore". A ben guardare, infatti, il collegamento che formalmente prima la legge n. 123 del 2007 e poi il d.lgs. n. 81 del 2008 hanno instaurato con il principio fondante del d.lgs. n. 231 del 2001 – vale a dire con il principio di "organizzazione" – era già *in nuce* nella stessa disposizione legislativa che, fin dal 1942, ci ha consegnato la nozione civilistica di imprenditore: quell'inossidabile art. 2082 c.c. il quale definisce l'imprenditore come colui che «esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi».

E proprio qui sta il nocciolo della questione. Infatti, è illusorio tentare di comprendere a fondo la problematica della sicurezza sul lavoro o di risolverne le tante questioni applicative se non si parte da questo assunto: che, proprio perché essa ha a che fare con un'attività economica organizzata, deve necessariamente essere riguardata in un'ottica organizzativa. E ciò sia per quanto attiene alla "dimensione genetica" dei problemi di sicurezza, giacché la fonte dei rischi per la salute e la sicurezza dei lavoratori è innanzitutto l'organizzazione dell'azienda e del lavoro, sia per quanto riguarda il "profilo metodologico" con cui rendere efficace la prevenzione in azienda, che non può prescindere da

¹⁹ Cass. pen., S.U., 18 settembre 2014, n. 38343, in <https://olympus.uniurb.it/>.

²⁰ S. DOVERE, *La responsabilità degli enti in materia di sicurezza del lavoro: spunti per un bilancio*, in P. PASCUCI (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro. Tutele universali*, cit., 185 ss.

un approccio organizzato. L'organizzazione, dunque, rappresenta ad un tempo il problema e la sua soluzione.

D'altra parte, l'ingresso sulla scena della sicurezza sul lavoro dei modelli organizzativi e di gestione consente finalmente di ridimensionare quell'approccio prettamente "individualistico" con cui per tanto tempo si è pensato di affrontare la questione. In fondo, lo stesso acceso dibattito sull'interpretazione del principio della massima sicurezza tecnologica sotteso all'art. 2087 c.c. non è altro che il frutto di quell'approccio individualistico per cui il datore di lavoro "è lasciato solo contro tutti". Come non considerare infatti condizionato da tale approccio l'orientamento riduzionistico secondo cui la massima sicurezza esigibile sarebbe solo quella praticata nel settore in luogo di quella disponibile?

D'altro canto, sarebbe del tutto miope non accorgersi che gli stessi illeciti in materia di sicurezza sul lavoro, per quanto realizzati da un soggetto singolo, si materializzano sempre in un "contesto organizzativo" rispetto al quale il comportamento trasgressivo dell'agente – sia esso il datore di lavoro, il dirigente, il preposto o lo stesso lavoratore – non è, salve rare eccezioni, mai estraneo o indifferente, giacché tale comportamento è sempre intimamente connesso ad un'azione che costituisce un elemento di quell'attività economica organizzata di cui parla l'art. 2082 c.c. Non a caso la giurisprudenza, in caso di infortunio, esonera da responsabilità i vertici aziendali solo a fronte di un comportamento del lavoratore abnorme o esorbitante, vale a dire "estraneo" a come è organizzato il lavoro²¹.

Se quindi gli illeciti in tema di sicurezza sul lavoro sono illeciti che nascono dall'organizzazione e nell'organizzazione si manifestano, tanto la loro prevenzione quanto la loro repressione presuppone un'ottica organizzativa, rivelandosi perciò miope pretendere di risolvere i problemi solo attraverso "l'individualizzazione" sia della prevenzione sia della repressione.

D'altronde, al di là della necessaria dimensione individualistica dei precetti e delle sanzioni, bastano le amare statistiche infortunistiche a dimostrare quanto scarsamente efficace si sia rivelata la deterrenza delle pur necessarie sanzioni penali individuali. Di qui l'esigenza di af-

²¹ V. Cass. pen., 3 marzo 2016, n. 8883, in <https://olympus.uniurb.it/>.

fiancare all'imprescindibile responsabilità individuale la responsabilità dell'organizzazione nel cui ambito si svolge l'azione individuale.

5. Organizzazione del sistema aziendale di prevenzione e principio di effettività

Il diritto della sicurezza sul lavoro ha sempre fatto su leva su di un principio ordinatore della responsabilità, penale e civile: quello di effettività²². Un principio valorizzato dal d.lgs. n. 81 del 2008 anche nella definizione di datore di lavoro, là dove la pur contemplata accezione formale (la titolarità del rapporto di lavoro) pare alquanto ridimensionata dalla preponderante invadenza di quella sostanziale (la responsabilità dell'organizzazione connessa all'esercizio dei poteri decisionali e di spesa). Dove, proprio in omaggio al principio di effettività, non si parla più di "titolarità" dei predetti poteri, come avveniva nel d.lgs. n. 626 del 1994, bensì del loro "esercizio".

Questa accentuazione del ruolo dell'effettività evoca la tensione positiva tra lo specifico diritto della sicurezza sul lavoro ed il più generale diritto del lavoro, là dove concetti tipici di quest'ultimo – come l'impresa, l'azienda, il lavoratore, il datore di lavoro, i dirigenti e i preposti – nel diritto speciale della sicurezza sul lavoro assumono un significato particolare in ragione dell'esigenza di tutelare diritti fondamentali come quelli alla salute e alla sicurezza. Un significato particolare fondato proprio sull'effettività, in quanto ritenuto il più adeguato per governare il sistema delle responsabilità prevenzionistiche e che, peraltro, sembra penetrare sempre più anche nel sistema del diritto del lavoro generale per apprestare adeguata tutela ai diritti dei lavoratori via via più esposti ai rischi di compressione insiti nei nuovi modelli di strutturazione dell'impresa e di organizzazione produttiva (appalti, esternalizzazioni, *outsourcing*)²³.

²² Cfr. F. STOLFA, *Le definizioni. Art. 2*, e R. BRUNELLI, *La delega di funzioni e l'esercizio di fatto di poteri direttivi*, entrambi in L. ZOPPOLI, P. PASCUCCHI, G. NATULLO (a cura di), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, cit., rispettivamente 83 e 284 ss.

²³ V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2010, 1 ss.

Orbene, gli obblighi e le responsabilità dei vari soggetti evocati dal legislatore emergono in quello che ragionevolmente può definirsi il sistema di prevenzione aziendale oggi regolato dal Capo III del Titolo I del d.lgs. n. 81 del 2008. Non a caso uso la parola sistema, perché proprio a partire dalla direttiva quadro n. 89/391/CEE, passando per il d.lgs. n. 626 del 1994, per arrivare al d.lgs. n. 81 del 2008, l'obbligo di sicurezza che il nostro ordinamento conosceva fin dall'art. 2087 c.c. – e che oggi dovrebbe definirsi più propriamente obbligo di prevenzione – risulta ormai inserito pienamente in un sistema articolato che richiede la partecipazione di più soggetti e che, per altro verso, postula l'adozione di procedure e comportamenti predeterminati dal legislatore da cui emerge l'esigenza e la visione dell'organizzazione della prevenzione, derivandone che gli obblighi fondamentali come quello di valutazione dei rischi, di formazione o di sorveglianza sanitaria costituiscono ormai un metodo obbligatorio per assolvere l'obbligo di prevenzione.

Come già rilevato, l'individuazione di alcune di queste figure avviene mediante criteri sostanziali fondati sul principio di effettività (lavoratore, datore di lavoro, dirigenti, preposti).

Tuttavia, se si considerano attentamente le definizioni del d.lgs. n. 81 del 2008, ci si accorge che, ai fini di un adeguato accertamento dell'allocatione della primaria posizione di garanzia datoriale, occorre analizzare attentamente il concreto atteggiarsi dell'organizzazione e delle sue regole interne, così da individuare il soggetto che, in quanto ha e soprattutto esercita i poteri di determinare o di modificare tale organizzazione, ne è responsabile sul piano prevenzionale. Poteri orientati non solo agli obiettivi *lato sensu* produttivi, ma anche alla tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori.

Anche per i dirigenti il principio di effettività fa sì che si superino inquadramenti soltanto formali e si possa anche prescindere dalla nozione giuslavoristica ancorandosi ad una nozione funzionale. Ne è prova la stessa definizione di cui all'art. 2, lett. *d*, che inquadra il dirigente come la persona che, in ragione delle competenze professionali e di poteri gerarchici e funzionali adeguati alla natura dell'incarico conferitogli, attua le direttive del datore di lavoro organizzando l'attività lavorativa e vigilando su di essa. Una definizione sostanzialistica in forza della quale l'accertamento della *dirigenzialità* (come accade per la

datorialità) richiede un'indagine aderente al caso di specie. E in senso analogo si pone la definizione del preposto di cui all'art. 2, lett. e²⁴.

Per la verità, se le novità del d.lgs. n. 81 del 2008 su dirigenti e preposti si limitassero alla loro definizione non si tratterebbe di gran cosa, anche se non priva di importanza, come importante è la distinzione dei loro obblighi, accuratamente ripartiti in due diverse norme (artt. 18 e 19), laddove il d.lgs. n. 626 del 1994 li ricomprendeva in un'unica disposizione comprensiva anche degli obblighi datoriali. Senonché, se si guarda a fondo tra le pieghe del decreto del 2008, si può notare che quest'ultimo, pur senza smentirlo, è andato anche oltre il principio di effettività, lanciando alcuni significativi segnali in direzione dell'esigenza di una identificazione anche formale dei dirigenti e dei preposti. È quanto può cogliersi, da un lato, nella citata previsione dell'obbligo di indicare, nel documento di valutazione dei rischi, i ruoli dell'organizzazione aziendale responsabili dell'attuazione delle misure di sicurezza a cui devono essere assegnati unicamente soggetti in possesso di adeguate competenze e poteri, e, da un altro lato, dalla previsione dell'obbligo di impartire ai dirigenti ed ai preposti un'adeguata e specifica formazione ed un aggiornamento periodico in relazione ai propri compiti in materia di salute e sicurezza del lavoro (art. 37, comma 7)²⁵. Previsioni indirizzate a delineare in modo più razionale il sistema aziendale della prevenzione, sia mediante la predisposizione di organigrammi funzionali che divengono cogenti per il datore di lavoro nel momento in cui li inserisce doverosamente nel documento di valutazione dei rischi, sia tramite la previsione dell'obbligatoria formazione proprio per quei soggetti che andranno a ricoprire le caselle di quell'organigramma.

Tanto che non pare azzardato ipotizzare che, in caso di mancata o inadeguata formazione dei dirigenti e dei preposti, le posizioni di ga-

²⁴ La «persona che, in ragione delle competenze professionali e nei limiti di poteri gerarchici e funzionali adeguati alla natura dell'incarico conferitogli, sovrintende alla attività lavorativa e garantisce l'attuazione delle direttive ricevute, controllandone la corretta esecuzione da parte dei lavoratori ed esercitando un funzionale potere di iniziativa».

²⁵ P. PASCUCCI, *Appunti su alcune questioni in tema di formazione per la sicurezza sul lavoro*, in *Lavoro, istituzioni, cambiamento sociale. Studi in onore di Tiziano Treu*, Jovene, Napoli, 2011, 1115 ss.

ranzia normalmente riscontrabili in capo ad essi siano discutibilmente configurabili, giacché esse presuppongono che il soggetto a cui vanno ascritte risponda *in toto* ai requisiti di legge. E, infatti, nelle definizioni di dirigente e preposto si sottolinea il rilievo delle competenze professionali a cui è strettamente funzionale la specifica formazione di cui all'art. 37. D'altro canto, a riprova del rilievo dell'esatta definizione formale dei ruoli del sistema di prevenzione aziendale a cui fa cenno l'art. 28, in entrambe le definizioni campeggia il riferimento all'incarico conferito.

In fatto è che, nelle moderne organizzazioni produttive, il potere organizzativo proprio del datore di lavoro – cui si connette il dovere di sicurezza – tende a non concentrarsi più solo nelle mani del datore, ma a distribuirsi sempre più ai suoi collaboratori²⁶. Se il dovere di sicurezza costituisce un limite del potere organizzativo (art. 41, comma 2, Cost. e art. 2087 c.c.), esso si estende a chiunque disponga di quote del potere organizzativo, ovviamente in proporzione all'ampiezza di quest'ultimo.

D'altronde, come emerge dagli artt. 18 e 19, dirigenti e preposti sono obbligati in relazione alle attribuzioni e competenze conferite dal datore di lavoro. È quest'ultimo che definisce le porzioni di potere organizzativo degli altri soggetti che essi eserciteranno nel rispetto del dovere di sicurezza.

Ovviamente, ferma restando la possibilità per il datore di lavoro di conferire ai dirigenti deleghe di funzioni datoriali *ex art. 16*, quando gli obblighi del dirigente emergono dalle attribuzioni vengono in luce le cosiddette deleghe di esecuzione²⁷, le quali, a differenza di quelle di funzioni, non comportano la traslazione delle responsabilità datoriali, ma solo un coinvolgimento in esse anche dei dirigenti insieme al datore²⁸: si pensi agli obblighi connaturali alla funzione dirigenziale, come quelli di intervento, di adozione di misure cautelari o di segnalazione.

²⁶ Cfr. F. STOLFA, *Il ruolo del datore di lavoro e dei dirigenti*, in L. ZOPPOLI, P. PASCUCI, G. NATULLO (a cura di), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, cit., 250.

²⁷ Su cui v. F. FOCARETA, *Delega di funzioni e responsabilità penale in materia di sicurezza*, in Aa.Vv., *L'obbligazione di sicurezza*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1993, 14, 121 ss.

²⁸ Cfr. F. STOLFA, *Il ruolo del datore di lavoro*, cit., 271.

Gli obblighi dei dirigenti sono obblighi *iure proprio* che ad essi competono in ragione della loro posizione nell'organizzazione aziendale²⁹. La distribuzione a cascata delle responsabilità avviene appunto *iure proprio*, a titolo originario, nel senso che il debito di sicurezza si connette al fatto di rivestire una determinata funzione aziendale. Non è un caso, allora che, nell'art. 18, gli obblighi del dirigente emergano accanto a quelli del datore di lavoro (fatti salvi quelli indelegabili di quest'ultimo), così da configurare, pur nelle debite proporzioni, una responsabilità solidale di entrambi.

Anzi, a ben guardare, l'allocazione nella stessa norma degli obblighi datoriali e dirigenziali pare svolgere una funzione di garanzia interna del sistema che, ancora prima che si attivino i meccanismi di controllo esterno (da parte degli organi di vigilanza e, in ultima istanza, del giudice), ha già al proprio interno, grazie alla diffusione delle responsabilità, la possibilità di auto-verificarsi ed auto-emendarsi gravando su tutti i principali soggetti depositari delle posizioni di garanzia.

Il che induce a rilevare come la disciplina italiana di fonte comunitaria della sicurezza sul lavoro costituisca già con il d.lgs. n. 626 del 1994 e ancor più ora con il d.lgs. n. 81 del 2008 un terreno quanto mai fertile per l'ingresso sulla scena dei modelli di organizzazione e gestione della sicurezza, i quali, come è noto, fanno leva su di una serie di azioni per il miglioramento continuo della situazione, tra cui campeggia il costante monitoraggio sull'effettività delle procedure.

Se è dunque incontestabile che il d.lgs. n. 81 del 2008 non rinnega il principio di effettività sul quale è stato costruito il quadro delle posizioni di garanzia prima del 2008, è tuttavia altresì innegabile che in tale decreto emerge più di un segnale in direzione di una maggiore chiarezza dei ruoli, dandosi risalto alle scelte effettuate dai vertici aziendali in ordine alla ripartizione della sfera organizzativa e dei connessi obblighi di prevenzione.

Tutto ciò contribuisce a rendere più chiaro l'assetto del sistema organizzativo della prevenzione aziendale che, in quanto organizzato, richiede regole chiare finalizzate ad una più evidente responsabilizzazione dei vari soggetti. Il che tende a rinsaldare diritto speciale della

²⁹ Ivi, 271-272.

sicurezza sul lavoro e diritto del lavoro generale rendendo più chiaro il collegamento tra l'apparato di garanzia presidiato penalmente in tema di sicurezza e gli elementi tipici dell'assetto gerarchico/organizzativo aziendale che emerge nell'ordinamento giuslavoristico extrapenale, dal quale lo stesso ordinamento penale speciale trae linfa per individuare le varie posizioni di garanzia.

Il principio di effettività ovviamente non scompare, poiché la verifica dei poteri in capo ai vari soggetti individuati nell'organizzazione aziendale richiede sempre di essere condotta alla luce di tale principio. Tuttavia, pur continuando a svolgere la funzione di necessario vaglio dei vari poteri, il principio di effettività non costituisce l'unico esclusivo parametro di individuazione delle posizioni di garanzia, dovendo interagire con i dati organizzativi oggi esaltati dal d.lgs. n. 81 del 2008.

D'altro canto, non è un caso che l'esercizio di fatto di poteri direttivi risulti oggi espressamente disciplinato in un'apposita norma (art. 299)³⁰ che prima non esisteva, sebbene il suo attuale contenuto fosse immanente nel sistema. Una norma di chiusura del sistema che, come tale, serve a regolare aspetti che sfuggono ai principi generali del sistema.

Se è vero che anche poche parole del legislatore possono cancellare intere biblioteche³¹, è vero pure che quelle del 2008, pur senza mandare al macero i consolidati principi costruiti in passato, indicano una nuova direzione di marcia consistente nella prevenzione organizzata. Con buona pace di chi pensa che tra d.lgs. n. 626 del 1994 e d.lgs. n. 81 del 2008 non ci sia differenza alcuna e che quest'ultimo non abbia introdotto novità sostanziali.

³⁰ In base alla quale le posizioni di garanzia relative ai soggetti di cui all'art. 2, comma 1, lett. *b*, *d* ed *e* (vale a dire il datore di lavoro, il dirigente e il preposto), «gravano altresì su colui il quale, pur sprovvisto di regolare investitura, eserciti in concreto i poteri giuridici riferiti a ciascuno dei soggetti ivi definiti».

³¹ J.H. VON KIRCHMANN, *La mancanza di valore della giurisprudenza come scienza [1848]*, in J.H. VON KIRCHMANN, E. WOLF, *Il valore scientifico della giurisprudenza*, Giuffrè, Milano, 1964, 18.

6. *Conclusioni*

In un momento come questo, in cui il diritto del lavoro sta subendo profondissime trasformazioni e gli standard di tutela stanno profondamente modificandosi, al punto che si è ipotizzato che stia mutando lo stesso paradigma su cui la nostra scienza si è sempre fondata³², la sicurezza sul lavoro pare stagliarsi come un baluardo, una sorta di ultimo avamposto, a protezione dei diritti fondamentali della persona che lavora.

Sarebbe tuttavia miope e per certi versi antistorico ritenere che il diritto della sicurezza sul lavoro costituisca l'“ultimo giapponese della jungla”. In realtà, e ciò fin dalla direttiva n. 89/391/CEE, il diritto della sicurezza sul lavoro si atteggia come un innovativo modello di regolazione partecipata più che conflittuale.

Basti citare la configurazione della rappresentanza dei lavoratori per la sicurezza che, travalicando la dimensione tendenzialmente conflittuale un tempo percepibile nell'art. 9 Stat. lav.³³, si sta sempre più orientando verso il piano partecipativo, come d'altronde emerge anche dal ruolo sempre più centrale assegnato agli organismi paritetici ed alle loro funzioni, specialmente per quanto attiene all'assistenza alle imprese ed all'asseverazione dell'adozione e della efficace attuazione dei modelli di organizzazione e di gestione di cui all'art. 30 (art. 51)³⁴.

Né dovrebbero trascurarsi tutte le norme, anche esterne al d.lgs. n. 81 del 2008, che, valorizzando e tutelando la dimensione del “benessere organizzativo” specialmente nelle pubbliche amministrazioni, tendono a rimarcare le “convergenze” tra gli interessi dell'azienda/amministrazione e dei lavoratori, al di là delle loro evidenti e per-

³² A. PERULLI, *L'idea di diritto del lavoro, oggi*, in *Lav. dir.*, 2016, 17 ss.

³³ E. ALES, *L'articolo 9 dello Statuto dei lavoratori alla luce della legislazione più recente in materia di salute e sicurezza: partecipazione o controllo?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, 57 ss.; P. PASCUCCI, *Salute e sicurezza: dalle rappresentanze dell'art. 9 ai rappresentanti del d.lgs. 81/08*, in *Dir. lav. merc.*, 2010, 663 ss.

³⁴ A. DELOGU, *L'asseverazione dei modelli di organizzazione e di gestione della sicurezza sul lavoro di cui all'art. 30 del d.lgs. n. 81/2008: analisi e prospettive*, in *Dir. sic. lav.*, 2018, II, 7 ss.; P. PASCUCCI, *L'asseverazione dei modelli di organizzazione e di gestione*, in *I Working Papers di Olympus*, n. 43/2015.

duranti differenze (d.lgs. n. 150 del 2009; d.lgs. n. 165 del 2001; d.lgs. n. 33 del 2013)³⁵.

Una dimensione partecipativa/collaborativa si coglie anche nell'assetto del sistema di prevenzione aziendale, dove emergono i ruoli dei vari soggetti che cooperano con il datore di lavoro: dai suoi consulenti (il responsabile del servizio di prevenzione e protezione ed il medico competente) ai dirigenti, dai preposti fino ai lavoratori. E, a tale proposito, vale la pena citare un'illuminante pronuncia della Suprema Corte là dove sottolinea come il sistema della normativa antinfortunistica, si sia «lentamente trasformato da un modello “iperprotettivo”, interamente incentrato sulla figura del datore di lavoro che, in quanto soggetto garante era investito di un obbligo di vigilanza assoluta sui lavoratori (non soltanto fornendo i dispositivi di sicurezza idonei, ma anche controllando che di questi i lavoratori facessero un corretto uso, anche imponendosi contro la loro volontà), ad un modello “collaborativo” in cui gli obblighi sono ripartiti tra più soggetti, compresi i lavoratori». E ancora quando ricorda che il datore di lavoro non ha più «un obbligo di vigilanza assoluta rispetto al lavoratore, come in passato, ma una volta che ha fornito tutti i mezzi idonei alla prevenzione ed ha adempiuto a tutte le obbligazioni proprie della sua posizione di garanzia, egli non risponderà dell'evento derivante da una condotta imprevedibilmente colposa del lavoratore»³⁶.

Un'impostazione che tende a considerare sotto una diversa luce il senso del tradizionale orientamento giurisprudenziale secondo cui il datore di lavoro deve avere la cultura e la *forma mentis* del garante del

³⁵ Su cui cfr. F. AVALLONE E M. BONARETTI, (a cura di) *Benessere Organizzativo. Per migliorare la qualità del lavoro nelle amministrazioni pubbliche*, Rubbettino Editore, Soveria Mannelli, 2003; L. CORAZZA, *Misure atte a garantire pari opportunità, benessere di chi lavora e assenza di discriminazioni nelle amministrazioni pubbliche*, in L. NOGLER, M. MARINELLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro. Commento alle disposizioni della l. n. 183/2010*, Utet, Torino, 2012, 143 ss.; P. CAMPANELLA, *Benessere al lavoro, produttività dell'impresa, partecipazione dei lavoratori in tempo di crisi*, in L. ANGELINI (a cura di), *La prevenzione dei rischi da stress lavoro-correlato. Profili normativi e metodiche di valutazione*, in *I Working Papers di Olympus*, n. 31/2014, 57 ss.; P. PASCUCCI, *Il rilievo giuridico del benessere organizzativo nei contesti lavorativi*, in *Prisma*, 2016, 1, 21 ss.

³⁶ Cass. pen., n. 8883/2016, cit.

bene costituzionalmente rilevante costituito dalla integrità del lavoratore, non dovendosi perciò limitare ad informare i lavoratori sulle norme antinfortunistiche previste, ma dovendosi attivare e controllare sino alla pederterità che tali norme siano assimilate dai lavoratori nella ordinaria prassi di lavoro. Non foss'altro, l'immagine del datore di lavoro che insegue spasmodicamente il lavoratore, attimo dopo attimo, per impedirgli di farsi male appare sempre più sfocata rispetto ad una realtà in cui il lavoratore, almeno per quanto concerne la disciplina della sicurezza, nonostante il permanere della sua debolezza contrattuale, tende a divenire co-protagonista attivo della propria salute e sicurezza.

Affinché tutto ciò si realizzi, occorrono due condizioni.

La prima condizione riguarda l'effettività del sistema di prevenzione e la centralità a tal fine, oltre alla valutazione dei rischi, della formazione, che il d.lgs. n. 81 del 2008 definisce come «processo educativo attraverso il quale trasferire ai lavoratori ed agli altri soggetti del sistema di prevenzione e protezione aziendale conoscenze e procedure utili all'acquisizione di competenze per lo svolgimento dei rispettivi compiti in azienda e alla identificazione, alla riduzione e alla gestione dei rischi» (art. 2, lett. *aa*): in sintesi, un processo educativo finalizzato a modificare gli abiti mentali e comportamentali delle persone³⁷.

Una formazione che, d'altro canto, è funzionalmente legata alla valutazione dei rischi, dalla quale dipende, a ben guardare, l'analisi dei fabbisogni formativi. Tanto che dovrebbe ritenersi veramente adeguata e sufficiente quella formazione che, nel rispetto dei criteri di legge, tenga specificamente in conto le esigenze di prevenzione e protezione evidenziate nella singola azienda dalla valutazione dei rischi. Senza dimenticare che oggi dalla valutazione dei rischi scaturisce un obbligo di formazione sempre più finalizzata a fronteggiare rischi tipicamente soggettivi e, quindi, sempre più mirata e personalizzata, in coerenza peraltro con la previsione secondo cui il datore deve formare "ciascun" lavoratore.

Se quindi l'obbligo di valutazione dei rischi costituisce la pietra angolare su cui si regge il sistema di prevenzione aziendale, quello di

³⁷ P. TULLINI, *La formazione per la sicurezza sul lavoro*, in *Dir. sic. lav.*, 2017, I, 1, 75 ss.

formazione ne rappresenta idealmente il logico sviluppo identificabile come il muro portante dal quale dipende la stabilità dell'intero edificio.

D'altro canto, il fatto che la formazione costituisca non solo un diritto, ma anche un obbligo del lavoratore, induce ad interrogarsi sui riflessi di tale responsabilizzazione sul piano dell'accertamento delle responsabilità in caso di infortunio. Ciò non significa che l'adeguata e sufficiente formazione del lavoratore in materia di sicurezza esoneri sempre e comunque il datore di lavoro da qualunque responsabilità in caso di infortunio. D'altronde, lo stesso d.lgs. n. 81 del 2008 afferma che l'esclusiva responsabilità dei soggetti obbligati diversi dal datore di lavoro – tra cui il lavoratore – sussiste solo qualora la mancata attuazione di tali obblighi sia addebitabile unicamente agli stessi e non sia riscontrabile un difetto di vigilanza del datore di lavoro e dei dirigenti, i quali sono appunto tenuti a vigilare in ordine all'adempimento degli obblighi gravanti su tali soggetti (art. 18, comma 3-*bis*). Cosicché, ove un infortunio sia causato da un lavoratore che, pur adeguatamente formato, abbia nondimeno trasgredito i propri obblighi di prevenzione e protezione, il datore di lavoro non sarà chiamato a risponderne, ancorché in concorso con il lavoratore, solo ove dimostri di aver vigilato attivamente sull'operato del lavoratore, vale a dire avvalendosi dei poteri che l'ordinamento gli attribuisce per tutelare il suo ed altrui interesse all'organizzazione del lavoro sicura, compreso quindi il potere disciplinare.

È tuttavia evidente che, ove a quel lavoratore sia stata fornita una formazione effettivamente adeguata e sufficiente, ciò non potrà non rilevare in sede di valutazione delle responsabilità, proprio per l'intima connessione che la legge ha istituito tra formazione e lavoro sicuro, ferme restando ovviamente le ulteriori valutazioni relative ad eventuali corresponsabilità datoriali, come quella di cui si è appena parlato.

D'altro canto, ci si potrebbe chiedere se quell'obbligo di vigilanza del datore sul comportamento del lavoratore ribadito dal legislatore non debba essere interpretato tenendo conto del livello di competenza acquisita dal singolo lavoratore anche grazie alla formazione ricevuta. Il che, si badi bene, non significherebbe esentare il datore di lavoro dall'onere-obbligo di vigilanza, ma piuttosto ricondurre tale obbligo entro una sfera di ragionevolezza da valutare a seconda delle caratteri-

stiche di ciascun lavoratore, della formazione da lui ricevuta e, soprattutto, di come egli abbia introiettato tale formazione.

La seconda condizione affinché il sistema di prevenzione risulti pienamente partecipato, con quanto può conseguirne anche sotto il profilo delle responsabilità, ha a che fare con il diritto del lavoro generale e con le sue continue modificazioni.

Qui è evidente che i profondi mutamenti che la globalizzazione dei mercati e l'innovazione tecnologica inducono sugli assetti produttivi e sull'assetto degli stessi contratti e rapporti di lavoro rendono quanto mai complessa la realizzazione di un adeguato sistema aziendale di prevenzione. Sempre più spesso ci si confronta con entità datoriali cangianti e sfuggenti, sovente confuse in aggregazioni internazionali di difficile identificazione o celate dietro la fredda immagine di una piattaforma tecnologica. E sempre più spesso emergono prestazioni lavorative rese in "non luoghi di lavoro" e che risultano dedotte in obbligazione in contratti sempre più discontinui e flessibili rispetto ai quali sempre più ardua appare la capacità di rappresentanza collettiva degli interessi, compresa quella, pur obbligatoria per legge, finalizzata alla tutela della sicurezza sul lavoro.

Di fonte a tutto ciò emerge l'esigenza di quello che chiamerei un sistema di prevenzione "non fordista"³⁸, cioè tale da travalicare i confini spaziali e temporali del tradizionale lavoro in fabbrica e capace di apprestare un'efficace tutela, anche collettiva, della salute e della sicurezza dei lavoratori sia quando operano con contratti flessibili sia quando svolgono la prestazione al di fuori dei tradizionali luoghi di lavoro.

Un sistema che, per un verso, consenta ai lavoratori di introiettare i principi di sicurezza già prima ed a prescindere dall'insorgere del contratto di lavoro e che, per un altro verso, generalizzi e rafforzi anche sul piano sanzionatorio quel principio di condizionalità che, facendo leva sull'effettuazione della valutazione dei rischi, vale a dire sulla rea-

³⁸ P. PASCUCCI, *Nuevas formas de organización del trabajo y salud y seguridad de los trabajadores y trabajadoras, o por una concepción no fordista de la prevención*, in *Documentación laboral*, 2019, vol. II, n. 117, 107 ss.; ID., *Note sul futuro del lavoro salubre e sicuro... e sulle norme sulla sicurezza di rider & co.*, in *Dir. sic. lav.*, 2019, I, n. 1, 37 ss.

lizzazione del sistema di prevenzione primaria, oggi incide sulla validità soltanto di alcuni contratti flessibili³⁹.

La verità è che, in uno scenario profondamente mutato, per prefigurare nuovi e credibili standard di tutela occorrono probabilmente innovazioni anche per quanto concerne i metodi della regolazione. E, sotto questo profilo, la sicurezza sul lavoro può fornire un importante contributo.

³⁹ Ci si riferisce a quelle disposizioni oggi ricomprese nel d.lgs. n. 81 del 2015 che precludono la stipulazione dei contratti a termine, di somministrazione ed intermitten- te ove il datore di lavoro non abbia effettuato la valutazione dei rischi. Sul punto v. già L. ANGELINI, *Lavori flessibili e sicurezza nei luoghi di lavoro: una criticità da governare*, in P. PASCUCCI (a cura di), *Il testo unico sulla sicurezza del lavoro. Atti del convegno di studi giuridici sul disegno di legge delega approvato dal Consiglio dei Ministri il 13 aprile 2007 (Urbino, 4 maggio 2007)*, Roma, INAIL, 2007, 103 ss.; P. PASCUCCI, *Flessibilità e sicurezza del lavoro*, in *Dir. lav. Marche*, 2009, n. 3, 112 ss.

L'occasione di lavoro all'epoca del lavoro 'multi-locale': quale sicurezza per il lavoratore agile?*

EDOARDO ALES

SOMMARIO: 1. *Introduzione.* – 2. *Il rischio ambientale.* – 3. *L'occasione di lavoro.* – 4. *L'infortunio in itinere.* – 4.1. *Infortunio in itinere e occasione di lavoro.* – 4.2. *Infortunio in itinere e uso necessitato del mezzo privato.* – 5. *Il rischio elettivo.* – 6. *La condotta abnorme.* – 7. *La responsabilità del datore e del lavoratore.* – 7.1. *Il concorso di colpa.* – 7.2. *La responsabilità oggettiva o di posizione.* – 7.2.1. *La responsabilità oggettiva o di posizione nella giurisprudenza penale in materia di infortuni sul lavoro.* – 7.2.2. *La responsabilità oggettiva nella giurisprudenza civile in materia di infortuni sul lavoro.* – 8. *Informazione, formazione e istruzione.* – 9. *Il luogo di lavoro.* – 10. *Conclusione.*

1. Introduzione

Nel maggio del 2017 il Parlamento italiano, a seguito di una gestazione relativamente breve, ha licenziato la legge n. 81, la quale, oltre a recare «misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale», ne prevede almeno altrettante «volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato»¹. Queste ultime si riferiscono al lavoro agile, disciplinato dal legislatore «quale modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti, anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa». La prestazione viene eseguita «in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno senza una postazione fissa, entro i

^(*) Al Professor Luigi MONTUSCHI, in memoria.

¹ Sulla l. n. 81 del 2018, v. almeno L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, Torino, 2018; G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Cedam, Torino, 2018.

soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva».

Molto è stato già scritto sul lavoro agile², soprattutto con riferimento agli effetti sistemici che la sua introduzione sembra destinata a produrre sull'idea di subordinazione e, di conseguenza, su quella di autonomia, proprio in considerazione dello svolgimento della prestazione in parte all'esterno dei locali aziendali, senza una postazione fissa e, dunque, al di fuori del raggio di esercizio fisico dei poteri datoriali. Una simile collocazione del lavoratore che rimane, comunque, subordinato, produce effetti non indifferenti sull'adempimento dell'obbligo primario gravante sul datore di lavoro, quello di sicurezza scaturente dall'art. 2087 cod. civ., come dettagliato, fondamentalmente, attraverso le cd. misure "nomite", contenute ora nel d.lgs. n. 81 del 2008³.

Alla "Sicurezza sul lavoro" il legislatore ha dedicato l'art. 22 della l. n. 81 del 2017, ai sensi del quale «il datore di lavoro garantisce la salute e la sicurezza del lavoratore che svolge la prestazione in modalità di lavoro agile e a tal fine consegna al lavoratore e al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, con cadenza almeno annuale, un'informativa scritta nella quale sono individuati i rischi generali e i rischi specifici connessi alla particolare modalità di esecuzione del rapporto di lavoro» (comma 1). D'altro canto, il legislatore sente il bisogno di sottolineare, proprio in considerazione della maggiore autonomia della quale gode il lavoratore, che quest'ultimo «è tenuto a coo-

² V., almeno, M. BROLLO, *Il lavoro agile nell'era digitale tra lavoro privato e pubblico*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2017, 1, 119; G. FRANZA, *Lavoro agile: profili sistematici e disciplina del recesso*, in *Dir. rel. ind.*, 2018, 773; M. MARTONE, *Lo smart working nell'ordinamento italiano*, in *Dir. lav. merc.*, 2018, 295; M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza*, La Tribuna, Piacenza, 2020; G. RICCI, *Il lavoro a distanza di terza generazione: la nuova disciplina del "lavoro agile"*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 3, 632; C. SPINELLI, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Cacucci, Bari, 2018; A. R. TINTI, *Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 419/2020; M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 335/2017; M. VERZARO (a cura di), *Il lavoro agile nella disciplina legale collettiva ed individuale*, Jovene, Napoli, 2018; L. ZOPPOLI, *Dopo la digi-demia: quale smart working per le pubbliche amministrazioni italiane?*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 421/2020.

³ Sulla tematica, per tutti, si rinvia al saggio di P. PASCUCCI in questo volume.

perare all'attuazione delle misure di prevenzione predisposte dal datore di lavoro per fronteggiare i rischi connessi all'esecuzione della prestazione all'esterno dei locali aziendali» (comma 2).

Alle disposizioni in materia di sicurezza sul lavoro, la l. n. 81 del 2017 aggiunge quelle relative all'assicurazione obbligatoria per gli infortuni e le malattie professionali (art. 23), la quale viene estesa agli eventi «dipendenti da rischi connessi alla prestazione lavorativa resa all'esterno dei locali aziendali» (comma 2) e agli «infortuni sul lavoro occorsi durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione a quello prescelto per lo svolgimento della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali, nei limiti e alle condizioni di cui al terzo comma dell'articolo 2 del testo unico delle disposizioni per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, di cui al d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124, e successive modificazioni, quando la scelta del luogo della prestazione sia dettata da esigenze connesse alla prestazione stessa o dalla necessità del lavoratore di conciliare le esigenze di vita con quelle lavorative e risponda a criteri di ragionevolezza» (comma 3). Si tratta, evidentemente, degli infortuni *in itinere* che possono configurarsi tali nel caso in cui la scelta del lavoratore sia caduta su di un luogo predeterminato dallo stesso in base ad esigenze oggettive (riferibili alla natura della prestazione) o soggettive (riconducibili al *work-life balance*), da vagliare secondo il citato criterio di ragionevolezza.

Obiettivo di questo studio è quello di investigare le modalità di adempimento dell'obbligo di sicurezza⁴ da parte del datore nel caso di

⁴ La bibliografia sul tema è sconfinata. Senza pretesa alcuna di completezza, v., almeno, P. ALBI, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona. Art. 2087*, in P. SCHELSINGER, F. D. BUSNELLI, *Il Codice Civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2008; A. LASSANDARI, *Art. 2087*, in O. CAGNASSO, A. VALLEBONA (a cura di), *Dell'impresa e del lavoro (art. 2060 – 2098)*, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario al Codice Civile*, Utet, Torino, 2013, 181; F. MALZANI, *Ambiente di lavoro e tutela della persona. Diritti e rimedi*, Giuffrè, Milano, 2014; L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, 3^a ed., Franco Angeli, Milano, 1989; G. NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, Utet, Torino, 2015; C. SMURAGLIA, *La sicurezza del lavoro e la sua tutela penale*, Giuffrè, Milano, 1974; L. ZOPPOLI, P. PASCUCCHI, G. NATULLO, *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, Ipsoa, Milano, 2010.

prestazioni svolte all'esterno dei locali aziendali⁵, con particolare riferimento ai riflessi che tale modalità produce su uno dei due requisiti che, ai sensi dell'art. 2 d.P.R. n. 1124 del 1965, qualificano l'evento quale infortunio ovvero l'occasione di lavoro⁶.

Trattandosi di un concetto non definito dal legislatore, l'occasione di lavoro è stata oggetto di una risalente, continua e intensissima attività giurisprudenziale che ne ha delineato i tratti, finendo per creare fattispecie ignote al legislatore, quali il rischio elettivo, la condotta abnorme e l'infortunio *in itinere*⁷, e per gettare una luce particolare su nozioni già ampiamente note all'ordinamento come il concorso di colpa (del lavoratore) e la responsabilità oggettiva (del datore). La riflessione sull'occasione di lavoro ha altresì investito e consentito di investigare approfonditamente la nozione di luogo di lavoro nonché di dotare di contenuto concreto obblighi astratti ascritti al datore dal legislatore quali quelli di informazione e formazione del lavoratore. Infine, ha permesso di cogliere l'aspetto doveroso dell'esercizio del potere di vigilanza e controllo, altrimenti ignoto alla dottrina giuslavoristica⁸.

2. Il rischio ambientale

La riflessione giurisprudenziale in materia di occasione di lavoro, soprattutto quella meno risalente, può essere meglio inquadrata premettendo alcune considerazioni sull'evoluzione della nozione di ri-

⁵ Quindi, al di là dei riferimenti normativi specifici, le considerazioni che si svolgeranno trovano applicazione anche al lavoro c.d. digitale o mediante piattaforma. Sul tema, da ultimo, P. PASSALACQUA, *I rapporti di lavoro nella gig economy*, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario al Codice Civile*, vol. VIII, Utet, Torino, 2020, 237.

⁶ Sull'assicurazione infortuni e malattie professionali, anche con particolare riferimento ai temi trattati in questo saggio, v., per tutti, S. GIUBBONI, G. LUDOVICO, A. ROSSI, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, 2^a ed., Cedam, Padova, 2020.

⁷ Più di recente riconosciuto e regolato anche dal legislatore con l'art. 12 d.lgs. n. 38 del 2000.

⁸ Sul punto, si rinvia a E. ALES, *La dimensione "doverosa" del potere di organizzazione*, in M. RUSCIANO, L. GAETA, L. ZOPPOLI, *Mezzo secolo dallo Statuto dei lavoratori. Politiche del diritto e cultura giuridica*, in *QDLM*, n. 8, Tomo I, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, 363.

schio nella sua dimensione cosiddetta ambientale che va oltre la mera adibizione dell'operatore alla macchina. La presenza di quest'ultima sul luogo di lavoro e di lavoratori addetti ad altre operazioni delinea un ambito e un nesso di collegamento con il lavoro più ampio, rispetto ai quali la pericolosità è data dallo *spazio delimitato* nel quale il lavoro è tutelato in sé e per sé⁹.

Più in particolare, secondo questa impostazione, la nozione di rischio ambientale individua «tanto oggettivamente le attività protette dall'assicurazione (lo spazio entro il quale esse si esercitano, a prescindere dalla diretta adibizione ad una macchina)», quanto soggettivamente coloro «che sono tutelati nell'ambito dell'attività lavorativa (tutti i soggetti che frequentano lo stesso luogo a prescindere dalla "manualità" della mansione ed a prescindere dal fatto che siano addetti alla stessa macchina)»¹⁰. Ciò sulla scorta del principio affermato dalla giurisprudenza costituzionale, anche con riferimento al rischio ambientale¹¹, secondo cui a parità di rischio occorre riconoscere parità di tutela, essendo appunto la pericolosità data dall'ambiente di lavoro e non dall'adibizione ad uno specifico macchinario.

L'elaborazione del concetto di rischio ambientale ha quindi consentito alla stessa giurisprudenza di affermare la rilevanza, nell'ambito dell'assicurazione infortuni e malattie professionali, non soltanto del «rischio specifico proprio della lavorazione», ma anche del cosiddetto «rischio specifico improprio ossia non strettamente insito nell'atto materiale della prestazione ma collegato con la prestazione stessa», rinvenibile, a titolo di esempio, nelle attività prodromiche, di prevenzione e sindacali, nonché negli atti di locomozione interna al luogo di lavoro e nelle pause fisiologiche¹².

Come opportunamente sottolineato dalla giurisprudenza, questo non significa che la nozione di rischio ambientale esoneri il lavoratore «dall'onere di provare le modalità dell'infortunio occorsogli, essendo ciò necessario al fine di verificare se l'infortunio, quand'anche verifica-

⁹ Cass. S.U., 14 aprile 1994, n. 3476.

¹⁰ Cass., 14 maggio 2020, n. 8948.

¹¹ C. Cost., 4 luglio 1974, n. 206; C. Cost., 9 luglio 1977, n. 114.

¹² Tra le tante, Cass., 7 luglio 2016, n. 13882; Cass., 13 aprile 2016, n. 7313; Cass., 30 dicembre 2009, n. 27829; Cass., 5 maggio 2006, n. 10317.

tosì sul posto di lavoro, sia comunque correlato ad attività funzionale allo svolgimento della prestazione lavorativa», dovendo il lavoratore pur sempre «dimostrare (...) che l'evento si è verificato nell'ambito dell'attività lavorativa, sia pure nella accezione lata»¹³.

Proprio in questa prospettiva, la giurisprudenza di legittimità ha esteso la protezione assicurativa «alla malattia riconducibile all'esposizione al fumo passivo di sigaretta subìta dal lavoratore nei luoghi di lavoro, ritenuta meritevole di tutela ancorché, certamente, non in quanto dipendente dalla prestazione pericolosa in sé e per sé considerata (come "rischio assicurato"), ma soltanto in quanto connessa al fatto oggettivo dell'esecuzione di un lavoro all'interno di un determinato ambiente»¹⁴. Anche in questo caso, determinante è stata la giurisprudenza costituzionale, con l'affermazione secondo la quale «l'assicurazione contro le malattie professionali nell'industria è obbligatoria [*rectius*: trova applicazione] anche per le malattie diverse da quelle comprese nelle tabelle allegate concernenti le dette malattie e da quelle causate da una lavorazione specificata»¹⁵.

Coerentemente, sviluppando il ragionamento della Corte costituzionale, la Cassazione ha escluso che l'assicurazione obbligatoria non copra patologie non correlate a rischi tabellati, «posto che, al contrario, nel momento in cui il lavoratore è stato ammesso a provare l'origine professionale di qualsiasi malattia, sono necessariamente venuti meno anche i criteri selettivi del rischio professionale, inteso come rischio specificamente identificato in tabelle, norme regolamentari o di legge; non potendosi sostenere che la tabellazione sia venuta meno solo per la malattia e sia invece sopravvissuta ai fini dell'identificazione del rischio tipico»¹⁶.

Una simile conclusione non può sorprendere, dato che, ancora una volta sulla scorta dell'insegnamento della Corte costituzionale, il fondamento della tutela assicurativa, ai sensi dell'art. 38 Cost., «deve essere ricercato, non tanto nella nozione di rischio assicurato o di traslazione del rischio, ma nella protezione del bisogno a favore del lavora-

¹³ Cass., 30 dicembre 2009, n. 27829.

¹⁴ Cass., 10 febbraio 2011, n. 3227.

¹⁵ C. Cost., 18 febbraio 1988, n. 179.

¹⁶ Ancora Cass., 14 maggio 2020, n. 8948

tore, considerato in quanto persona; dato che la tutela dell'art. 38 non ha per oggetto l'eventualità che l'infortunio si verifichi, ma l'infortunio in sé; ed è questo e non la prima l'evento generatore del bisogno tutelato, sia in termini individuali che sociali, posto che l'oggetto della tutela dell'art. 38 non è il rischio di infortuni o di malattia professionale, bensì questi eventi in quanto incidenti sulla capacità di lavoro e collegati da un nesso causale con attività tipicamente valutata dalla legge come meritevole di tutela»¹⁷.

In particolare, «il distacco dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro dal concetto statistico-assicurativo di rischio, al quale era originariamente legata (...) è sollecitato da un'interpretazione dell'art. 38, comma 2, coordinata con l'articolo 32 della Costituzione allo scopo di garantire con la massima efficacia la tutela fisica e sanitaria dei lavoratori»¹⁸.

Secondo la Cassazione¹⁹, una simile evoluzione trova riscontro e si riallaccia «pure a quella registrata a livello normativo nell'ambito dell'infortunio *in itinere*, ai sensi dell'art. 12 del d.lgs. 38 del 2000», il quale esclude, in realtà, «qualsiasi rilevanza all'entità professionale del rischio o alla tipologia della specifica attività lavorativa cui l'infortunato sia addetto, apprestando tutela ad un rischio generico (quello della strada) cui soggiace, in realtà, qualsiasi persona che lavori»²⁰.

Da questa ricostruzione, emerge un quadro fin troppo lineare del contesto nel quale deve essere attualmente letta la nozione di occasione di lavoro. In effetti, come si cercherà di evidenziare, la situazione è molto più complessa, anche se, senza dubbio, l'aver enfatizzato la dimensione ambientale del rischio (forse, meglio, del pericolo che incombe sul lavoratore in un determinato luogo), ha consentito alla giurisprudenza di concentrarsi, in parte paradossalmente, sull'evento, depurato da quella dimensione probabilistica che lo legava indissolubilmente all'utilizzo di un determinato strumento di lavoro o ad una specifica lavorazione.

L'evento (infortunio o malattia professionale) diviene l'elemento

¹⁷ C. Cost., 2 marzo 1991, n. 100.

¹⁸ Ancora Corte cost., 2 marzo 1991, n. 100.

¹⁹ Ancora Cass., 14 maggio 2020, n. 8948.

²⁰ Cass., 13 aprile 2016, n. 7313.

oggetto di prevenzione dal quale il lavoratore deve essere protetto e che deve essere valutato nel suo esito ai fini dell'indennizzo (da parte dell'assicurazione sociale) e/o del risarcimento (da parte dell'assicurazione commerciale o del datore per il danno differenziale), in una prospettiva nella quale la responsabilità oggettiva o "di posizione" del datore/preposto, proprio per la ridotta rilevanza dell'elemento probabilistico, rischiano di assumere un ruolo prevalente sull'elemento soggettivo della colpa. In questo quadro, vanno lette le difficoltà legate all'applicazione delle nozioni di condotta abnorme, rischio elettivo e concorso di colpa, sulle quali ci si soffermerà in seguito.

3. *L'occasione di lavoro*

L'elaborazione della nozione di rischio ambientale non deve far passare in secondo piano un elemento altamente problematico riferibile al concetto di occasione di lavoro ovvero quello dell'individuazione del tipo di collegamento esistente tra il lavoro e l'infortunio. Anche in questo ambito si è rivelato determinante l'intervento della Corte costituzionale²¹, la quale ha enfatizzato la rilevanza della natura occasionale e non causale del collegamento, nel senso che l'evento deve avere con il lavoro «un collegamento non meramente marginale», tanto da poter essere qualificato da «professionalità». In questa prospettiva, sempre ad avviso della Corte, il semplice nesso cronologico o topografico tra lavoro (o attività umana ad esso equiparata: l'*iter*) ed evento risulta insufficiente a qualificare l'evento stesso come infortunio, qualora «intervengano fattori o attività del tutto indipendenti dall'ambiente, dalle macchine o persone costituenti le condizioni oggettive dell'attività protetta». Secondo la Corte costituzionale, infatti, «la "professionalità" dell'evento è coesistente alla specificità della garanzia apprestata ai lavoratori con l'assicurazione infortuni, che non è preordinata a coprire i rischi generici, comuni a tutti i cittadini». Come vedremo, il ridimensionamento del nesso cronologico o topografico a vantaggio della "professionalità", è destinato a creare non pochi problemi, soprattutto con riferimento all'infortunio *in itinere* ma anche, in una prospettiva

²¹ C. Cost., 27 luglio 1989, n. 462.

più generale, relativa all'intensità del collegamento con la prestazione rispetto all'ambiente.

Quanto, invece, sia stato opportuno l'intervento della Corte costituzionale a sottolineare la natura occasionale e non causale del nesso tra lavoro ed evento è confermato dalle incertezze che la giurisprudenza ha mostrato nel prendere atto del chiaro dato normativo, che riferisce la causalità del nesso alla malattia professionale, riservando, invece, all'infortunio il predicato della occasionalità. Anche la giurisprudenza più consapevole non è riuscita ad evitare scivoloni lessicali per certi versi clamorosi, parlando di «collegamento causale con il lavoro» poco prima di specificare che «mentre il termine causa indica un nesso necessario tra un fatto ed il suo effetto, il termine occasione indica una circostanza o un concorso di circostanze che rendono meramente possibile l'avverarsi di un fatto, e cioè l'azione lesiva di una causa violenta»²².

Per lunghi anni, comunque, si sono confrontate due tesi, quella del nesso causale e quella del nesso occasionale. La prima, ha dato una lettura restrittiva del requisito di occasione di lavoro, nel senso che «ciò che è rilevante per la sussistenza del diritto alla tutela assicurativa contro gli infortuni sul lavoro è il nesso di causalità tra l'attività lavorativa ed il sinistro subito dal lavoratore; tale nesso presuppone non tanto una mera correlazione cronologica e topografica, o un collegamento marginale, tra prestazione di lavoro ed evento dannoso, ma richiede che questo evento dipenda dal rischio specifico (proprio) insito nello svolgimento delle mansioni tipiche del lavoro affidato, ovvero dal rischio, pur sempre specifico (ma improprio), insito in attività accessorie, ma immediatamente e necessariamente connesse, o strumentali, allo svolgimento di quelle attività».

Dunque, secondo la lettura restrittiva, «perché un infortunio possa essere qualificato come avvenuto in occasione di lavoro, non è sufficiente che si verifichi durante il lavoro e nel luogo di lavoro, occorrendo che tra l'attività lavorativa ed il sinistro sussista un concreto e preciso nesso di derivazione eziologica, in quanto l'evento deve dipendere dal rischio intrinseco a determinate prestazioni ovvero dal rischio in

²² Cass., 9 ottobre 2000, n. 13447.

astratto connesso all'esecuzione della prestazione lavorativa ed al perseguimento delle relative finalità»²³.

A questa lettura se ne contrappone una che potremmo definire ampliativa, secondo la quale «l'evento verificatosi "in occasione di lavoro" travalica (...) i limiti concettuali della "causa di lavoro" afferendo nella sua lata accezione ad ogni fatto comunque ricollegabile al rischio specifico connesso all'attività lavorativa cui il soggetto è preposto; il sinistro indennizzabile ai sensi dell'art. 2 d.P.R. n. 1124 del 1965 non può essere circoscritto nei limiti dell'evento di esclusiva derivazione eziologica materiale dalla lavorazione specifica espletata dall'assicurato, ma va riferito ad ogni accadimento infortunistico che all'occasione di lavoro sia ascrivibile in concreto, pur se astrattamente possibile in danno di ogni comune soggetto, in quanto configurabile anche al di fuori dell'attività lavorativa tutelata ed afferente ai normali rischi della vita quotidiana privata».

In una simile prospettiva, «l'evento infortunistico verificatosi in occasione di lavoro non va considerato sotto il profilo della mera oggettività materiale dello stesso, ma, ai fini della sua indennizzabilità, deve essere esaminato in relazione a tutte le circostanze di tempo e di luogo connesse all'attività lavorativa espletata, potendo in siffatto contesto particolare assumere connotati peculiari tali da qualificarlo diversamente dagli accadimenti comuni e farlo rientrare nell'ambito della previsione della normativa di tutela».

Secondo la tesi ampliativa, dunque, «ai fini della sussistenza della "occasione di lavoro" assume rilevanza ogni esposizione a rischio ricollegabile allo svolgimento dell'attività lavorativa, sicché il lavoro assume il ruolo di "fattore occasionale" del rischio tutelato (...); in questo contesto l'indennizzabilità dell'infortunio è ricollegata alla presenza non di un rischio generico (di un rischio, cioè, che indipendentemente dalle condizioni in cui versa l'impresa, grava nella stessa misura sul dipendente come su ogni altro soggetto), ma di un rischio specifico, di un rischio, cioè, che per derivare dalle condizioni particolari in cui la prestazione lavorativa viene espletata, finisce per gravare, in misura esclusiva o in misura maggiore rispetto a qualsiasi altra persona, sull'assi-

²³ La tesi, restrittiva, della causalità è così brillantemente sintetizzata da Cass., 27 febbraio 2002, n. 2942.

curato». Conseguenza importante di questa impostazione è che essa annovera tra i fattori di rischio specifico «anche le particolari condizioni socio-ambientali in cui la prestazione lavorativa viene espletata»²⁴, un elemento prezioso per il ragionamento che si intende portare avanti sul lavoro agile.

Infatti, così intesa, «l'espressione "occasione di lavoro" si riferisce e consente di estendere l'ambito oggettivo di applicazione agli eventi dannosi subiti dal lavoratore sul luogo di lavoro e durante l'espletamento della prestazione non riconducibili al rischio intrinseco connesso all'attività lavorativa, o alle attività immediatamente e necessariamente a quella connesse, ma tuttavia legate allo svolgimento della prestazione». Di modo che il rapporto tra il lavoro e l'evento «risulta ampliato a tutte le condizioni, anche esterne al particolare processo produttivo, ma comunque legate ed influenti sul processo produttivo medesimo, che abbiano comunque concorso alla produzione dell'evento lesivo».

Si è in presenza, dunque, di una valorizzazione del rischio improprio, «connesso alla particolare situazione socio-ambientale in cui la prestazione lavorativa viene svolta, non intrinsecamente collegato allo svolgimento delle mansioni tipiche del lavoro svolto dal dipendente, a nulla rilevando l'eventuale carattere occasionale di detto rischio, atteso che è estraneo alla nozione legislativa di occasione di lavoro il carattere di normalità o tipicità del rischio protetto».

In conclusione, secondo l'orientamento ampliativo, che si può ritenere ora prevalente, «per "occasione di lavoro" devono intendersi tutte quelle condizioni, comprese quelle ambientali e socio-economiche, in cui l'attività produttiva si svolge e nelle quali è possibile il rischio di danno per il lavoratore, sia che tale danno provenga dallo stesso apparato produttivo, sia che esso dipenda da terzi, ovvero da fatti e situazioni proprie del lavoratore, col solo limite, in tale ultimo caso, del c.d. rischio elettivo, ossia derivante da una scelta volontaria del lavoratore diretta a soddisfare esigenze personali»²⁵.

²⁴ La tesi, ampliativa, della occasionalità è così brillantemente sintetizzata da Cass., 27 febbraio 2002, n. 2942.

²⁵ Così, in proprio, Cass., 27 febbraio 2002, n. 2942. Nel medesimo senso, Cass., 14 febbraio 2008, n. 3776; Cass., 30 dicembre 2009, n. 27829; Cass., 10 luglio 2012, n.

Su questo ultimo aspetto, del rischio elettivo, si tornerà nel dettaglio, data l'estrema complicazione e rilevanza del tema, non senza, però, aver preventivamente sottolineato che ad esso, nelle sue molteplici accezioni, alcune pronunce affiancano la «totale estraneità del rischio rispetto all'attività lavorativa»²⁶. Il che ha posto, tra gli altri, l'interrogativo circa la riconducibilità all'occasione di lavoro del fatto doloso del terzo, approdando la giurisprudenza alla conclusione che quest'ultimo esclude la qualificazione dell'evento come infortunio «se la finalità del fatto è estranea al lavoro; mentre non la esclude se esso mantiene un collegamento funzionale con l'attività di lavoro; ed a prescindere da qualsiasi coincidenza cronologica e topografica». Postulando, quindi, l'imprescindibile esistenza di «un rapporto di "occasionalità necessaria" tra lavoro e infortunio; un nesso cioè di natura funzionale, che abbia un rapporto con le incombenze alle quali il lavoratore è adibito»²⁷.

Secondo la Cassazione, dunque, «la strada maestra del sistema», al fine di qualificare un evento come infortunio, rimane «il concetto di occasione di lavoro, inteso come nesso di riferibilità funzionale del fatto all'attività di lavoro, il quale per quanto attiene alla valutazione del comportamento del lavoratore risulta delimitato soltanto dal criterio del rischio elettivo, non esistendo altri criteri qualificatori di carattere generale, come, ad esempio, quello «ricavato in base all'assioma secondo cui l'occasione di lavoro va sempre esclusa in ogni caso in cui il lavoratore infortunato non doveva lavorare perché in stato di inabilità per precedente infortunio; perché, al contrario, lo stato di precedente inabilità (in quanto comportante un dovere di astensione) non può valere ad interrompere sempre e di per sé il nesso finalistico con l'attività di lavoro»²⁸.

11545; Cass. S.U., 7 settembre 2015, n. 17685; Cass., 20 luglio 2017, n. 17917.

²⁶ Cass., 14 febbraio 2008, n. 3776.

²⁷ Cass. S.U., 7 settembre 2015, n. 17685. Cass., 29 marzo 2010, n. 7259; Cass., 23 luglio 2012, n. 12779; Cass., 5 gennaio 2015, n. 6.

²⁸ Cass., 20 luglio 2017, n. 17917.

4. L'*infortunio* in itinere

Frutto di una elaborazione giurisprudenziale pluridecennale, culminata nel riconoscimento legislativo della fattispecie²⁹, l'*infortunio in itinere* offre un'importante opportunità di riflessione nella prospettiva del lavoro agile, dato che consente di ritenere indennizzabili eventi verificatisi all'esterno del luogo di lavoro, sebbene posti in un «rapporto di necessaria connessione dell'*iter* con gli specifici obblighi lavorativi, rapporto finalistico (o strumentale) dell'*iter* con il lavoro [che] è sufficiente ad integrare il *quid pluris* richiesto perché l'*infortunio in itinere* possa considerarsi avvenuto in occasione di lavoro»³⁰.

Nella sintesi operata dalla giurisprudenza, «l'assicurazione comprende gli infortuni occorsi (...) durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione a quello di lavoro, anche nel caso di utilizzo del mezzo di trasporto privato, purché imposto da particolari esigenze; per luogo di abitazione non si può intendere soltanto quello di personale dimora del lavoratore, ma, soprattutto, il luogo in cui si svolge la personalità dell'individuo, di norma, nell'ambito della comunità familiare; di conseguenza, anche il percorso di andata e ritorno dal luogo di residenza della famiglia al luogo di lavoro, in considerazione dei doveri di rilevanza costituzionale di solidarietà familiare, deve reputarsi "normale"»³¹.

Dell'*infortunio in itinere*, ai fini del presente scritto, devono essere evidenziati due elementi. L'uno relativo al suo rapporto con l'occasione di lavoro quale requisito di qualificazione dell'evento come *infortunio*; l'altro, solo apparentemente di dettaglio, riferito all'individuazione dei criteri in base ai quali valutare la necessità della scelta del lavoratore di usare il mezzo privato.

4.1. *Infortunio* in itinere e occasione di lavoro

Sul primo versante, potremmo dire ontologico, la questione si pre-

²⁹ Art. 12, d.lgs. 23 febbraio 2000, n. 38.

³⁰ Cass., 9 ottobre 2000, n. 13447. Più di recente, Cass., 22 febbraio 2012, n. 2642.

³¹ Cass., 8 novembre 2000, n. 14508. Più di recente, Cass., 24 settembre 2010, n. 20221.

senta altamente complessa in quanto la stessa costruzione concettuale dell'evento dannoso subito dal lavoratore nel percorso di andata al e di ritorno dal lavoro sembrerebbe presupporre che l'elemento determinante sia la costrittività spazio-temporale costituita dalla necessità di trovarsi proprio in quella condizione e posizione in un determinato momento in funzione del raggiungimento o dell'abbandono del posto di lavoro.

Una simile considerazione ha portato parte della giurisprudenza a ritenere «indennizzabile l'infortunio occorso al lavoratore *in itinere*, ove sia derivato da eventi dannosi, anche imprevedibili ed atipici, indipendenti dalla condotta volontaria dell'assicurato, atteso che il rischio inerente al percorso fatto dal lavoratore per recarsi al lavoro è protetto in quanto ricollegabile, pur in modo indiretto, allo svolgimento dell'attività lavorativa, con il solo limite del rischio elettivo»³².

Un diverso orientamento è stato assunto da altra parte della giurisprudenza, la quale, nel caso di omicidio del lavoratore, ad opera di ignoti, nel tragitto percorso per recarsi al lavoro, ha ritenuto che sia da ravvisarsi «tra prestazione lavorativa ed evento una mera coincidenza cronologica e topografica, un indizio del nesso di occasionalità», escludendosi «qualsiasi collegamento oggettivo tra evento, esecuzione del lavoro e itinerario seguito per raggiungere il luogo di lavoro»³³. Ciò in base alla considerazione che «non sia possibile ignorare il preciso elemento normativo dell'occasione di lavoro, sicché per la configurazione dell'infortunio indennizzabile è necessario che la causa violenta sia connessa all'attività lavorativa, nel senso che inerisca alla suddetta attività o che sia almeno occasionata dal suo esercizio»³⁴. Sarebbero, quindi, necessari la sussistenza di un vincolo «obiettivamente ed intrinsecamente apprezzabile con la prestazione dell'attività lavorativa» e l'accertamento di «una relazione tra l'attività lavorativa ed il rischio al quale il lavoratore è esposto», indispensabili a concretizzare quel «ri-

³² Cass., 14 febbraio 2008, n. 3776; Cass., 10 luglio 2012, n. 11545.

³³ Cass., 11 giugno 2009, n. 13599.

³⁴ Cass., 11 giugno 2009, n. 13599, confermata da Cass. S.U., 7 settembre 2015, n. 17685.

schio specifico improprio» o «generico aggravato» che rientra nella *ratio* dell'assicurazione infortuni³⁵.

Le Sezioni Unite Civili, intervenute a dirimere il contrasto, hanno sposato la tesi restrittiva che presuppone, anche per l'indennizzabilità dell'evento dannoso verificatosi *in itinere*, l'occasione di lavoro, ritenuta «criterio di collegamento con l'attività lavorativa che giustifica la tutela differenziata, costituzionalmente garantita, rispetto ad altri eventi dannosi, e che, in sostanza, pur evolutosi in senso estensivo, fino a ricomprendere nella tutela tutte le attività prodromiche e strumentali all'esecuzione della prestazione lavorativa e tutte le condizioni, comprese quelle ambientali e socio-economiche, in cui l'attività lavorativa si svolge e nelle quali è insito un rischio di danno per il lavoratore, indipendentemente dal fatto che tale danno provenga dall'apparato produttivo o dipenda da terzi o da fatti e situazioni proprie del lavoratore (col solo limite, in quest'ultimo caso, del cd. rischio elettivo), è rimasto pur sempre ancorato ad un rapporto, seppure mediato e indiretto, comunque non assolutamente marginale, tra l'evento ed il lavoro, in modo cioè che l'infortunio sia in qualche modo "occasionato" dal lavoro stesso»³⁶.

Riferita al fatto doloso del terzo, questa giurisprudenza, rifiutando il criterio topografico-cronologico di qualificazione dell'occasione di lavoro, finisce per lasciare privi di tutela lavoratori i quali, probabilmente, sarebbero stati comunque vittime di crimini dettati da moventi non ricollegabili alla prestazione lavorativa ma che proprio quest'ultima, attraverso la necessaria e puntuale collocazione su un determinato percorso, ha reso facili prede. Non si tratta, quindi, di «ignorare il preciso elemento normativo dell'occasione di lavoro»³⁷ ma di interpretarlo, per l'infortunio *in itinere*, in maniera più consona all'assenza della prestazione che, evidentemente esclude in radice un nesso stringente, esaltando, invece, la funzione "occasionale" del lavoro. Senza dover rasentare il tragicomico ed essere costretti a ravvisare l'occasione di lavoro «nella rapina subita dal lavoratore *in itinere* e allo

³⁵ Cass., 17 giugno 2014, n. 13733, confermata da Cass. S.U., 7 settembre 2015, n. 17685.

³⁶ Cass. S.U., 7 settembre 2015, n. 17685.

³⁷ Cass., 11 giugno 2009, n. 13599.

scopo di sottrargli il mezzo privato adoperato (motoveicolo), così individuando il collegamento con il lavoro nel possesso di un bene patrimoniale, quale strumento necessario attraverso il quale si realizzava l'iter protetto»³⁸.

Ma è proprio l'interpretazione estensiva dell'occasione di lavoro che viene respinta dalle Sezioni Unite, le quali ne evidenziano, come inspiegabile³⁹, il riferimento al solo infortunio *in itinere*, non considerando che proprio il verificarsi dell'evento al di fuori del luogo di lavoro richiede, invece, una particolare enfattizzazione degli elementi cronologici e topografici. D'altro canto, non è dato comprendere come mai si possa accettare un'interpretazione estensiva della nozione di rischio elettivo nell'infortunio *in itinere* (violazione delle norme del codice della strada⁴⁰) e non fare altrettanto per l'occasione di lavoro. A meno che non si voglia sostenere, in entrambi i casi, la presenza di una tendenza della giurisprudenza a preservare le casse dell'INAIL a scapito dell'effettività della tutela riconosciuta ai sensi dell'art. 38 Cost.

Fortunatamente, non sembra che il principio di diritto formulato dalle Sezioni Unite con riferimento al fatto doloso del terzo⁴¹, abbia trovato generale accoglimento nella giurisprudenza della Sezione Lavoro, la quale, anche successivamente, ha confermato che «la nuova normativa amplia la tutela a qualsiasi infortunio verificatosi lungo il percorso da casa a luogo di lavoro, escludendo qualsiasi rilevanza all'entità del rischio o alla tipologia della specifica attività lavorativa cui l'infortunato sia addetto. La norma tutela, quindi, un rischio gene-

³⁸ Cass., 14 febbraio 2008, n. 3776.

³⁹ Cass. S.U., 7 settembre 2015, n. 17685.

⁴⁰ Cass., 7 maggio 2010, n. 11150.

⁴¹ «La espressa introduzione dell'ipotesi legislativa dell'infortunio *in itinere* non ha derogato alla norma fondamentale che prevede la necessità non solo della "causa violenta" ma anche della "occasione di lavoro", con la conseguenza che, in caso di fatto doloso del terzo, legittimamente va esclusa dalla tutela la fattispecie nella quale in sostanza venga a mancare la "occasione di lavoro" in quanto il collegamento tra l'evento e il "normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione e quello di lavoro" risulti assolutamente marginale e basato esclusivamente su una mera coincidenza cronologica e topografica».

rico (quello del percorso) cui soggiace in realtà qualsiasi persona che lavori»⁴².

4.2. *Infortunio in itinere e uso necessitato del mezzo privato*

Un secondo aspetto, di dettaglio ma sistematicamente rilevante per la nostra trattazione, è quello relativo all'individuazione dei criteri in base ai quali valutare la necessità della scelta del lavoratore di utilizzare il mezzo privato. Su questo, la giurisprudenza sembra aver trovato un «punto di approdo» sufficientemente solido nella «normalità e ragionevolezza» dell'esigenza, entrambe determinabili «in relazione a valori costituzionali quali la ragionevolezza (art. 3 Cost.), la libertà di fissare la propria residenza (art. 16 Cost.), le esigenze familiari (art. 31 Cost.), la tutela del lavoro in ogni sua forma (art. 35 Cost.), la protezione del lavoratore in caso di infortunio (art. 38 Cost.)»⁴³.

L'utilizzo del mezzo di trasporto privato, infatti, non esclude l'indennizzabilità «allorché imposto da particolari esigenze nell'ambito delle quali preminente rilievo assumono i luoghi in cui la personalità dell'individuo si realizza in rapporto con la comunità familiare». Da qui l'enfasi sui «valori guida dell'ordinamento giuridico, di valore costituzionale, idonei a risolvere il conflitto fra interesse dell'istituto assicuratore a non erogare prestazioni che esulino dalla funzione di copertura dei rischi propri delle attività lavorative e quello del lavoratore di veder non escluse dall'ambito di tali atti, momenti peculiari della sua personalità di uomo-lavoratore in esso coinvolte; quali, la libertà di fissazione della residenza, il rapporto con la comunità familiare, una più intensa tutela previdenziale meglio attagliata alle esigenze della società in cui opera».

In una simile prospettiva, è «innegabile che la modalità di percorrenza tragitto abitazione-lavoro con mezzo privato possa corrispondere anche ad esigenze di un più intenso rapporto con la comunità familiare, ad es. negli intervalli lavorativi, per mantenere un più stretto e frequente legame con i membri della stessa. Ed anche ad esigenze di

⁴² Cass., 13 aprile 2016, n. 7313.

⁴³ Cass., 8 novembre 2000, n. 14508; Cass., 3 agosto 2001, n. 10750; Cass., 22 febbraio 2012, n. 2642; Cass., 13 aprile 2016, n. 7313.

raggiungere in maniera riposata e distesa i luoghi di lavoro. In tal modo assicurando un proficuo apporto alla organizzazione produttiva nel quale il lavoratore è inserito: e ciò risponde ad un valore di utilità sociale ben presente nell'ordinamento».

Infine, «l'uso del mezzo privato può corrispondere anche ad una sorta di più accentuata gratificazione dell'attività lavorative in corrispondenza alla tendenza largamente presente nella società civile di riduzione del conflitto tempo libero - lavoro. E ciò in corrispondenza di una serie di valori tutelativi dei diritti della personalità individuabili negli artt. 2, 3 comma secondo, 41 secondo comma della Costituzione, tutti convergenti alla tutela della persona del lavoratore ed alla riduzione del conflitto fra interessi della produzione e libertà - dignità del lavoratore».

Specularmente, vi sono «ragioni che, seppure legittime, non assumono uno spessore sociale tale da giustificare un intervento di carattere solidaristico a carico della collettività», quali le «esigenze meramente personali, non connesse affatto con l'attività lavorativa» che rendono inapplicabili gli «*standard* comportamentali esistenti nella società civile rispondenti a valori guida dell'ordinamento»⁴⁴.

Al contrario, «la partecipazione di un lavoratore, ancorché in qualità di sindacalista ed in permesso sindacale, ad una riunione che attiene all'attività dell'impresa, non può certamente dirsi attinente ad interessi diversi, estranei o immeritevoli di tutela rispetto a quelli presidiati dalla tutela assicurativa». In casi come questo, «si pone esclusivamente il problema di verificare in concreto l'ambito di operatività della tutela assicurativa di base ovvero di accertare se il fatto sia avvenuto o meno in occasione di lavoro, attraverso un ampio criterio di riferibilità al lavoro», dato che, si ribadisce, «la nozione di infortunio *in itinere* esclude qualsiasi rilevanza all'entità professionale del rischio o alla tipologia della specifica attività lavorativa cui l'infortunato sia addetto, apprestando cioè tutela ad un rischio generico (quello del percorso) cui soggiace, in realtà, qualsiasi persona che lavori». In una simile prospettiva, tra i valori costituzionali meritevoli di protezione rientra, indubbiamente, lo svolgimento dell'attività sindacale⁴⁵.

⁴⁴ Cass., 22 febbraio 2012, n. 2642.

⁴⁵ Cass., 7 luglio 2016, n. 13882.

Che accolga o non la nozione ampia ed estensiva di occasione di lavoro fatta propria dall'orientamento appena illustrato, la giurisprudenza individua, comunque, nel cosiddetto rischio elettivo un limite di operatività della copertura assicurativa.

Sulla nozione, solo apparentemente piana, di questa fattispecie, ancora una volta frutto, da tempi risalenti, dell'attività creatrice della giurisprudenza, si dovrà concentrare l'analisi che segue, considerato che, operando il lavoratore agile al di fuori del luogo di lavoro e, dunque, del controllo fisico da parte del datore, le sue scelte comportamentali risultano indiscutibilmente più libere e, quindi, maggiormente a rischio di configurarsi come arbitrarie rispetto ai canoni ordinari di svolgimento della prestazione.

5. Il rischio elettivo

Dal ricorrere del rischio elettivo deriva la responsabilità esclusiva del lavoratore per l'evento dannoso subito, escludendosi così non solo la responsabilità del datore di lavoro ma anche la copertura assicurativa: infatti, mancando l'occasione di lavoro, l'evento non si potrà qualificare come infortunio⁴⁶. Si tratta o dovrebbe trattarsi, di una situazione estrema, visto che la tutela costituzionale apprestata dall'art. 38 viene meno, così come qualsiasi forma di risarcimento del danno da parte del datore di lavoro o dell'assicurazione privata.

Tanto considerato, è evidente che la nozione di rischio elettivo riveste un'importanza centrale per le conseguenze che il suo ricorrere comporta. Purtroppo, come accennato, essa è tutt'altro che piana.

Una parte della giurisprudenza si concentra, infatti, sulle finalità personali del lavoratore che si porrebbero alla base di «una deviazione puramente arbitraria dalle normali modalità lavorative», dalla quale deriverebbero rischi diversi da quelli inerenti a dette modalità. In questa prospettiva, il rischio elettivo si configura al concorrere simul-

⁴⁶ Cass., 15 maggio 2020, n. 8988, che definisce il rischio elettivo come quello «creato dal prestatore d'opera a prescindere dalle esigenze della lavorazione, e quindi non meritevole della tutela risarcitoria od assicurativa da parte dell'assicuratore sociale».

taneo di alcuni elementi caratterizzanti, dai quali emerge una visione particolarmente stringente della subordinazione. Sarebbe necessario, infatti, «non solo un atto volontario (in contrapposizione agli atti automatici del lavoro, spesso fonte di infortuni), ma altresì arbitrario, nel senso di illogico ed estraneo alle finalità produttive». L'atto dovrebbe, come detto, essere «diretto a soddisfare impulsi meramente personali, il che esclude le iniziative, pur incongrue, ed anche contrarie alle direttive datoriali, ma motivate da finalità produttive». Ciò comporterebbe, da parte del lavoratore, la creazione di un «rischio diverso da quello cui sarebbe assoggettato», giacché l'evento non presenterebbe «alcun nesso di derivazione con lo svolgimento dell'attività lavorativa». Un caso classico e, purtroppo, non di scuola, è costituito dalla curiosità del lavoratore che lo abbia spinto ad una condotta arbitraria nel senso appena esposto⁴⁷.

Altra parte della giurisprudenza, pur confermando che il rischio è elettivo quando «generato da attività non avente rapporto con lo svolgimento del lavoro», ritiene tale anche quello «esorbitante dai limiti di esso»⁴⁸. Si tratterebbe, quindi, di una «condotta personalissima del lavoratore, avulsa dall'esercizio della prestazione lavorativa o ad essa riconducibile, (...) idonea ad interrompere il nesso eziologico tra prestazione ed attività assicurata»⁴⁹. Siamo in presenza di un lento ma costante avvicinamento a quello che viene definito «un contegno anormale, inopinabile ed esorbitante rispetto al procedimento lavorativo e alle direttive ricevute»⁵⁰, riconducibile anche a «una violazione, da parte del prestatore di lavoro, di precise disposizioni antinfortunistiche o di specifici ordini»⁵¹. Tanto è vero che «il datore di lavoro è totalmente esonerato da ogni responsabilità solo quando il comportamento del lavoratore assuma caratteri di abnormità, inopinabilità ed esorbitanza, necessariamente riferiti al procedimento lavorativo “tipi-

⁴⁷ Cass., 4 luglio 2007, n. 15047. In senso conforme: Cass., 18 maggio 2009, n. 11417; Cass., 13 aprile 2016, n. 7313; Cass., 7 luglio 2016, n. 13882; Cass., 20 luglio 2017, n. 17917; Cass., 19 marzo 2019, n. 7649; Cass., 15 maggio 2020, n. 8988.

⁴⁸ Cass., 10 settembre 2009, n. 19494.

⁴⁹ Cass., 5 settembre 2014, n. 18786.

⁵⁰ Cass., 20 ottobre 2011, n. 21694; Cass., 25 febbraio 2011, n. 4656.

⁵¹ Cass., 13 gennaio 2017, n. 798.

co” ed alle direttive ricevute, in modo da porsi quale causa esclusiva dell’evento»⁵².

In sintesi, «di rischio elettivo e di conseguente responsabilità esclusiva del lavoratore può parlarsi soltanto ove questi abbia posto in essere un contegno abnorme, inopinabile ed esorbitante rispetto al procedimento lavorativo e alle direttive ricevute, così da porsi come causa esclusiva dell’evento, creando egli stesso condizioni di rischio estraneo a quello connesso alle normali modalità del lavoro da svolgere»⁵³.

Più di recente, infine, questo indirizzo si è significativamente arricchito delle «condotte che, pur afferendo all’ambito della prestazione, non sono prevenibili né, secondo il grado di diligenza richiesto, in concreto impedibili e quindi destinate ad operare come caso fortuito rispetto alla responsabilità datoriale»⁵⁴.

Si assiste, dunque, ad un importante cambio di prospettiva, con evidente ampliamento della fattispecie, potendosi decisamente parlare di rischio elettivo anche in presenza di comportamenti riconducibili alla prestazione, venendo, quindi, meno il loro necessario carattere dell’estraneità. Resta fermo, ovviamente che la presenza di quest’ultima è sufficiente a qualificare la condotta come rischio elettivo⁵⁵.

Proprio l’ampliamento della nozione di rischio elettivo, come già segnalato gravida di conseguenze, impone di mettere in evidenza l’importanza della definizione puntuale dei suoi tratti distintivi, elencati ma non adeguatamente chiariti dalla stessa giurisprudenza che li ha elaborati. Concetti come, abnormità, inopinabilità, esorbitanza necessitano, infatti, di una puntuale definizione che consenta al lavoratore di conoscere preventivamente quali condotte, se tenute, lo porterebbero a perdere il diritto alla tutela antiinfortunistica. La medesima utilità potrebbe trarre il datore di lavoro, nella prospettiva di ritenere esclusa la propria responsabilità sia civile che penale.

⁵² Cass., 17 febbraio 2009, n. 3786.

⁵³ Cass., 13 gennaio 2017, n. 798, nonché Cass., 25 febbraio 2011, n. 4656; Cass., 20 ottobre 2011, n. 21694; Cass., 5 settembre 2014, n. 18786; Cass., 26 aprile 2017, n. 10319; Cass., 21 marzo 2018, n. 6995; Cass., 13 febbraio 2019, n. 4225; Cass., 19 aprile 2019, n. 11114; Cass., 2 ottobre 2019, n. 24629; Cass., 21 febbraio 2020, n. 4919.

⁵⁴ Cass., 25 novembre 2019, n. 30679.

⁵⁵ Cass., 15 luglio 2020, n. 15107.

Al di là dell'analisi casistica, senz'altro significativa⁵⁶, indicazioni utili potrebbero provenire dalla giurisprudenza, in larga parte penale, riferita proprio all'esonero di responsabilità da parte del datore a fronte di una condotta del lavoratore che, per semplicità, definiremo *abnorme*, in casi nei quali, per motivi diversi, non è in gioco la qualificazione del rischio corso come elettivo. Quest'ultima, infatti, non rileva ai fini della condanna/assoluzione in sede penale e lo stesso può dirsi, in sede civile, per le azioni di regresso, di risarcimento del danno differenziale o non patrimoniale, nelle quali al riconoscimento della responsabilità esclusiva da parte del lavoratore non segue, come conseguenza diretta, l'esclusione dal beneficio assicurativo.

6. *La condotta abnorme*

Proprio sul terreno dell'attribuzione delle responsabilità si gioca la partita della valutazione della condotta del lavoratore al di fuori delle ipotesi di rischio elettivo, essendo orientamento costante della giuri-

⁵⁶ V., a titolo di esempio, Cass., 21 marzo 2018, n. 6995, nella quale, comprensibilmente, si è affermato il rischio elettivo in capo al lavoratore salito a bordo di una ralla aggrappato al finestrino e con i piedi sul predellino esterno del mezzo, in evidente dispregio del divieto di trasporto di persone apposto in modo visibile sulla cabina di guida, con violazione di ogni proprio obbligo di sicurezza, tanto più conosciuto, o comunque conoscibile, per il ruolo di capo turno e caposquadra rivestito; oppure Cass., 13 febbraio 2019, n. 4225, nella quale si è giunti alla medesima conclusione per il lavoratore che si era calato in una buca per recuperare una biro, senza avvertire il gruista, proprio mentre quest'ultimo stava procedendo con una pala meccanica alla raccolta del materiale di risulta da collocare nella stessa. Ma anche Cass., 18 giugno 2018, n. 16026, nella quale, meno comprensibilmente, si è negato il rischio elettivo, nonostante il lavoratore avesse anticipato l'intervento su di uno scambio in violazione delle direttive del datore (che, però, gli aveva inopinatamente consegnato le chiavi di accesso in anticipo); oppure Cass., 19 marzo 2019, n. 7649, giunta alla medesima conclusione nel caso di un lavoratore che per recarsi presso alcune vasche di decantaggio al fine di ispezionare le valvole ed i rubinetti di chiusura, anziché seguire il percorso usuale, si era introdotto all'interno del cantiere allestito dall'impresa che stava procedendo ad opere di manutenzione straordinaria delle cisterne di raccolta rifiuti, delimitato da bancali e da nastro, da cui le valvole potevano comunque essere viste e, mentre le stava esaminando, era caduto nella cisterna a causa di un taglio presente nel vascone.

sprudenza sia civile che penale quello in base al quale «il datore di lavoro è esonerato da responsabilità quando il comportamento del dipendente presenti i caratteri dell'abnormità, inopinabilità e esorbitanza rispetto al procedimento lavorativo ed alle direttive ricevute»⁵⁷. Ancor più nello specifico, la condotta deve essere «del tutto imprevedibile o inopinabile», giacché «le norme di prevenzione antinfortunistica mirano a tutelare il lavoratore anche in ordine ad incidenti che possano derivare da sua negligenza, imprudenza ed imperizia», casi nei quali resta ferma «la responsabilità del datore di lavoro e, in generale, del destinatario dell'obbligo di adottare le misure di prevenzione».

Ciò in considerazione del fatto che, «nell'ipotesi di infortunio sul lavoro originato dall'assenza o inidoneità delle misure di prevenzione, nessuna efficacia causale, per escludere la responsabilità del datore di lavoro, può essere attribuita al comportamento del lavoratore infortunato, che abbia dato occasione all'evento, quando questo sia da ricondurre, comunque, alla mancanza o insufficienza di quelle cautele che, se adottate, sarebbero valse a neutralizzare proprio il rischio di siffatto comportamento»⁵⁸.

Il riferimento alla negligenza, imprudenza ed imperizia del lavoratore rende palese l'importanza della questione definitoria, dalla quale dipende il riparto di responsabilità, giocato sul filo di concetti di tutt'altro che agevole distinzione. In particolare, occorre chiedersi cosa diversifichi un comportamento negligente da uno abnorme o esorbitante rispetto al procedimento lavorativo ed alle direttive organizzative ricevute, dato che in riferimento al primo, nel quale la valutazione negativa dell'elemento soggettivo è evidente, la responsabilità del lavoratore è fatta salva, mentre nel secondo, apparentemente neutro dal punto vista soggettivo, viene, invece, affermata.

Un accorgimento definitorio apprezzabile, se non altro per ciò che concerne la nozione di condotta abnorme nella sua accezione di "anomala e imprevedibile", è quello che consiste nell'accertamento «delle ordinarie modalità di svolgimento delle mansioni del lavoratore e delle direttive impartite» e nel loro raffronto con le modalità specificamente adottate dal lavoratore nella circostanza dell'infortunio. Infat-

⁵⁷ Tra le tante, Cass., 12 gennaio 2002, n. 326.

⁵⁸ Cass. pen., 7 aprile 2009, n. 15009; Cass. pen., 1° ottobre 2012, n. 37986.

ti, solo all'esito di un simile accertamento «può trarsi una giustificata conclusione di anomalia o meno della condotta tenuta dal prestatore, dal momento che la imprevedibilità del comportamento va commisurata esclusivamente alle modalità ordinariamente seguite nel procedimento lavorativo (...) e va quindi intesa in termini di tipicità o meno rispetto a tali modalità»⁵⁹.

Abnormità, inopinabilità ed esorbitanza, devono, dunque, essere valutate «in relazione al procedimento lavorativo "tipico" ed alle direttive ricevute, così da porsi come causa esclusiva dell'evento», collocandosi, quindi, «sostanzialmente fuori della ipotesi di un comportamento elusivo delle norme di sicurezza da parte del lavoratore, posto in essere nell'ambito di uno specifico compito affidatogli»⁶⁰. A questo orientamento è riconducibile anche la richiesta di una «rigorosa dimostrazione dell'indipendenza della condotta del lavoratore dalla sfera di organizzazione e dalle finalità del lavoro, e, con essa, dell'estraneità del rischio affrontato a quello connesso alle modalità ed esigenze del lavoro da svolgere»⁶¹.

D'altro canto, il rientrare della condotta nella "tipicità"⁶² della lavorazione risolve il problema della abnormità in termini di natura improvvida del comportamento posto in essere nell'esercizio delle mansioni⁶³, così come quello dell'imprudenza e imperizia, laddove si dimostri che la previsione di specifici dispositivi di protezione e prevenzione avrebbe evitato l'infortunio⁶⁴.

Il *test* di tipicità non scioglie, invece, il problema della abnormità nella sua accezione di imprevedibilità; anzi, potremmo dire, lo aggrava, in quanto porta a ritenere prevedibile qualunque condotta posta in es-

⁵⁹ Cass., 24 marzo 2004, n. 5920; Cass., 17 febbraio 2009, n. 3786.

⁶⁰ Cass., 13 settembre 2006, n. 19559. Nel caso di specie, rispetto ad una utilizzazione anomala del mezzo, quale il salirvi in velocità aggrappandosi ad una maniglia, ossia rispetto ad una condotta che non poteva esser evitata dal datore incidendo sul mezzo in sé, essendo anche stati approntati gli opportuni cartelli di avvertimento.

⁶¹ Cass., 24 marzo 2004, n. 5920; Cass., 19 agosto 2004, n. 16253; Cass., 8 marzo 2006, n. 4980; Cass., 23 aprile 2009, n. 9689; Cass., 10 settembre 2009, n. 19494; Cass., 25 febbraio 2011, n. 4656; Cass., 2 ottobre 2019, n. 24629.

⁶² Cass., 8 marzo 2006, n. 4980: tipicità anche rischiosa.

⁶³ Cass. pen., 19 luglio 2011, n. 28780.

⁶⁴ Cass., 14 marzo 2006, n. 5493; Cass., 25 febbraio 2011, n. 4656.

sere dal lavoratore nell'esercizio delle proprie mansioni, escludendone, quindi, per definizione, l'abnormità; con il rischio di configurare una responsabilità oggettiva del datore per qualsiasi infortunio occorso in detto esercizio.

La difficoltà a concettualizzare l'imprevedibilità da parte della giurisprudenza è confermata dalla presenza di pronunce coeve, diametralmente opposte, rese su fattispecie oggettivamente identiche, entrambe riferite al mancato utilizzo da parte del lavoratore (apprendista) di un dispositivo individuale di protezione: nell'una si afferma la responsabilità datoriale sulla base della prevedibilità della condotta e sul mancato esercizio del dovere di vigilanza⁶⁵; nell'altra, si riconosce l'esonero, considerando assolutamente imprevedibile il comportamento del lavoratore che «inopinatamente, appena sfuggito alla sorveglianza del capo officina, si tolse gli occhiali»⁶⁶. Episodi di questo genere, minano evidentemente la certezza del diritto e collocano le parti in una condizione di totale insicurezza, dipendendo l'esito della controversia, nei fatti, dalla composizione del collegio giudicante.

La questione diviene, se possibile, ancora più urgente quando dalla responsabilità civile si passa a quella penale, rimproverata al datore di lavoro il cui dipendente abbia subito un infortunio. In questo caso, infatti, dall'accertamento della abnormità/imprevedibilità del comportamento deriva l'assoluzione del datore di lavoro, pur in presenza di lesioni gravissime o della morte del lavoratore⁶⁷. Nella prospettiva della personalizzazione della colpa, si assiste ad una estensione del concetto di abnormità sia nel senso di imprevedibilità che di imprudenza, finendo per ricomprendervi «non solo il comportamento posto in essere del tutto autonomamente e in un ambito estraneo alle mansioni affidate, ma anche quello che rientri nelle mansioni che sono proprie ma sia consistito in qualcosa radicalmente, ontologicamente, lontano dalle ipotizzabili e, quindi, prevedibili, imprudenti scelte del lavoratore nella esecuzione del lavoro. La prevedibilità del rischio determina, quindi, l'esigibilità di una condotta atta a prevenirlo e di conseguenza, in caso di omissione, la responsabilità. Quando la condotta tenuta dai

⁶⁵ Cass., 10 gennaio 2013, n. 536.

⁶⁶ Cass., 11 aprile 2013, n. 8861.

⁶⁷ Cass. pen., 1° giugno 2007, n. 21587.

lavoratori è del tutto imprevedibile, il rischio che determina non è governabile, tanto da conferire forza eziologica esclusiva alla condotta imprudente dei lavoratori (tra cui la vittima)»⁶⁸.

In questa prospettiva, un rischio può considerarsi prevedibile e, quindi, prevenibile, quando, «in base a massime di esperienza venga valutato che è possibile che vengano tenute determinate condotte a cui possono conseguire, non eccezionalmente, determinati eventi di danno o di pericolo».

Dunque, «a fronte di un orientamento che pretendeva, per dare rilevanza causale esclusiva alla condotta del lavoratore, non solo la abnormità e l'imprudenza, ma anche che la stessa fosse stata tenuta in un ambito estraneo alle mansioni affidategli e, pertanto, al di fuori di ogni prevedibilità per il datore di lavoro, si è consolidato un diverso orientamento che conferisce rilievo causale anche a condotte poste in essere nell'ambito delle mansioni attribuite»⁶⁹.

Sempre al fine di sfuggire alle ambiguità dell'imprevedibilità, un orientamento giurisprudenziale più recente, «muovendosi sul terreno del nesso causale, opta per un criterio (...) incentrato sulla riconducibilità dell'evento all'area di rischio governata dal garante». Secondo questa tesi il datore di lavoro può essere chiamato a rispondere dell'evento solo se «la situazione pericolosa nella quale si è verificato l'incidente ... è riferibile al contesto della prestazione lavorativa», di modo che la condotta «si collochi in qualche guisa al di fuori dell'area di rischio definita dalla lavorazione in corso. Tale comportamento è interruttivo (...) non perché eccezionale ma perché eccentrico rispetto al rischio lavorativo che il garante è chiamato a governare»⁷⁰.

L'aspetto significativo di questo orientamento risiede nel suo riferirsi non più alle mansioni del singolo ma al contesto complessivo della prestazione lavorativa e, in quanto tale, posto sotto il controllo del ga-

⁶⁸ Cass. pen., 23 febbraio 2010, n. 7267.

⁶⁹ Cass. pen., 23 febbraio 2010, n. 7267. Nel caso di specie, «la scelta della vittima e del suo compagno di lavoro per accelerare i tempi di lavorazione, visto il momentaneo utilizzo del sollevatore da parte di altri, di usare in modo improprio il carrello elevatore, doveva essere considerata un'iniziativa del tutto autonoma, abnorme e fuori da alcuna prevedibilità». Nello stesso senso, Cass. pen., 11 agosto 2010, n. 31679.

⁷⁰ Cass. pen., 1° giugno 2007, n. 21587; Cass. pen., 21 dicembre 2012, n. 49821; Cass. pen., 15 ottobre 2014, n. 43168.

rante (sia egli datore di lavoro, dirigente o preposto). Di modo che l'abnormità della condotta si dà nel caso in cui questa, «per la sua stranezza e imprevedibilità, si ponga al di fuori di ogni possibilità di controllo da parte delle persone preposte all'applicazione delle misure di prevenzione contro gli infortuni sul lavoro»⁷¹.

Se si eccettuano alcune pronunce legate all'orientamento, più risalente, che nega l'abnormità a qualsiasi comportamento «finalizzato alle mansioni assegnate», sul presupposto che «le modalità esecutive del lavoro adottate, se pure imprudenti e pericolose, rientrano nel novero delle violazioni comportamentali che i lavoratori perpetrano quando ritengono di aver acquisito piena competenza e abilità nelle mansioni da svolgere, tanto da consentire, a loro giudizio, l'adozione di tecniche e procedure operative diverse da quelle normalmente seguite» e, «in quanto tali ben prevedibili»⁷², l'approccio ispirato all'area di rischio riscontra ampi consensi nella giurisprudenza penale.

Questo cambio di prospettiva trova una base normativa in quella che la giurisprudenza definisce la lenta trasformazione del sistema anti-infortunistico «da un modello “iperprotettivo”, interamente incentrato sulla figura del datore di lavoro che, in quanto soggetto garante era investito di un obbligo di vigilanza assoluta sui lavoratori (non soltanto fornendo i dispositivi di sicurezza idonei, ma anche controllando che di questi i lavoratori facessero un corretto uso, anche imponendosi contro la loro volontà), ad un modello “collaborativo” in cui gli obblighi sono ripartiti tra più soggetti, compresi i lavoratori, normativamente affermato dal d.lgs. n. 81 del 2008». In particolare, secondo questo indirizzo⁷³, il datore di lavoro è chiamato a valutare in via preventiva l'“area di rischio” che deve essere “dichiarata” nell'apposito documento di valutazione (DVR).

In stretta connessione con l'emersione del concetto di “area di ri-

⁷¹ Cass. pen., 17 febbraio 2014, n. 7364; Cass. pen., 28 maggio 2015, n. 22813; Cass. pen., 27 marzo 2017.

⁷² Cass. pen., 20 aprile 2015, n. 16397. Alle medesime conclusioni giunge Cass., 13 ottobre 2015, n. 20533.

⁷³ Cass. pen., 1° giugno 2007, n. 21587; Cass. pen., 27 agosto 2014, n. 36257; Cass. pen., 15 ottobre 2014, n. 43168; Cass. pen., 15 ottobre 2015, n. 41486; Cass. pen., 3 marzo 2016, n. 8883; Cass. pen., 16 febbraio 2018, n. 7685.

schio”, la giurisprudenza⁷⁴ ha individuato «criteri che consentissero di stabilire se la condotta del lavoratore dovesse risultare appartenente o estranea al processo produttivo o alle mansioni di sua specifica competenza», distinguendo il concetto di comportamento “esorbitante” da quello “abnorme” del lavoratore. Se il primo risulta essere già noto, riferendosi «a quelle condotte poste in essere in maniera imprevedibile dal prestatore di lavoro al di fuori del contesto lavorativo, cioè, che nulla hanno a che vedere con l’attività svolta», il secondo riguarda quei comportamenti che «fuoriescono dall’ambito delle mansioni, ordini, disposizioni impartiti dal datore di lavoro o di chi ne fa le veci, nell’ambito del contesto lavorativo».

Per di più, con riferimento alla nozione di condotta «esorbitante» del lavoratore, viene affermato, in maniera molto netta, che «non è affatto vero che la stessa è esclusa tutte le volte che la condotta del lavoratore rientri comunque nelle mansioni a lui assegnate. Infatti, interpretata in termini così assoluti, non sarebbe mai possibile riscontrare una condotta abnorme da parte di un prestatore di lavoro nell’esercizio delle sue mansioni. Occorre invece che il giudice, caso per caso, analizzi compiutamente le caratteristiche dell’attività lavorativa demandata al dipendente, accertando in concreto le modalità con cui la stessa si è esplicata, al fine di verificare se i compiti assegnati dal datore di lavoro siano stati rispettati, e se siano state osservate le prescrizioni di sicurezza correlate ai rischi connessi alla prestazione lavorativa oggetto di indagine»⁷⁵.

In sintesi, «si abbandona il criterio esterno delle mansioni e si sostituisce con il parametro della prevedibilità intesa come dominabilità umana del fattore causale». Di conseguenza, «il datore di lavoro non ha più (...) un obbligo [*rectius* dovere] di vigilanza assoluta rispetto al lavoratore, come in passato, ma una volta che ha fornito tutti i mezzi idonei alla prevenzione ed ha adempiuto a tutte le obbligazioni proprie della sua posizione di garanzia, egli non risponderà dell’evento derivante da una condotta imprevedibilmente colposa del lavoratore». Ciò porta al rifiuto del «criterio della imprevedibilità del comportamento del lavoratore nella verifica della relazione causale tra condotta

⁷⁴ Cass. pen., 15 ottobre 2015, n. 41486; Cass. pen., 3 marzo 2016, n. 8883.

⁷⁵ Cass. pen., 1° febbraio 2019, n. 5007.

del reo ed evento, perché ciò che davvero rileva è che tale comportamento attivi un rischio eccentrico o, se si vuole, esorbitante dalla sfera di rischio governata dal soggetto al quale viene attribuito l'evento»⁷⁶.

In questa prospettiva, nel caso il datore di lavoro, «dopo avere effettuato una valutazione preventiva del rischio connesso allo svolgimento di una determinata attività, abbia fornito al lavoratore i relativi dispositivi di sicurezza ed abbia adempiuto a tutte le obbligazioni proprie della sua posizione di garanzia», «deve considerarsi abnorme il comportamento che, per la sua stranezza e imprevedibilità, si ponga al di fuori di ogni possibilità di controllo da parte delle persone preposte all'applicazione delle misure di prevenzione contro gli infortuni sul lavoro»⁷⁷. Si deve trattare, dunque, di una «condotta radicalmente, ontologicamente, lontana dalle ipotizzabili, e quindi prevedibili, scelte, anche imprudenti, del lavoratore, nell'esecuzione del lavoro»⁷⁸, la quale crei un rischio «nuovo e del tutto incongruo rispetto al rischio originario»⁷⁹ attivato dalla condotta datoriale, risultando del tutto esorbitante dalle procedure operative alle quali è addetto ed incompatibile con il sistema di lavorazione ovvero posta in essere in violazione di precise disposizioni antinfortunistiche⁸⁰.

In una simile prospettiva, non può essere considerato imprevedibile «il comportamento del lavoratore che abbia compiuto un'operazione comunque rientrante, oltre che nelle sue attribuzioni, nel segmento di lavoro assegnatogli»⁸¹, o che «abbia espletato un incombenza che, anche se inutile ed imprudente, non risulti eccentrico rispetto alle mansioni a lui specificamente assegnate, nell'ambito del ciclo produttivo»⁸². In situazioni simili, infatti, il garante non può invocare il principio di affidamento, assumendo come imprevedibile il comportamento del lavoratore, in quanto, come visto, «la normativa

⁷⁶ Cass. pen. S.U, 18 settembre 2014, n. 38343; Cass. pen., 27 marzo 2017, n. 15124.

⁷⁷ Cass. pen., 19 maggio 2017, n. 24923; Cass. pen., Sez. 4, 1° febbraio 2019, n. 5007; Cass. pen., 22 luglio 2019, n. 32507.

⁷⁸ Cass. pen., 10 novembre 2009, n. 7267.

⁷⁹ Cass. pen., 15 ottobre 2014, n. 43168.

⁸⁰ Cass. pen., 22 luglio 2019, n. 32507.

⁸¹ Cass. pen., 9 giugno 2011, n. 23292.

⁸² Cass. pen., 22 luglio 2019, n. 32507.

antifortunistica mira a salvaguardare l'incolumità del lavoratore anche dai rischi derivanti dalle sue stesse imprudenze e negligenze o dai suoi stessi errori, purché connessi allo svolgimento dell'attività lavorativa»⁸³.

Ciò non toglie, tuttavia, che possa risultare unico responsabile dell'evento dannoso, escludendosi, così, la colpa del datore, il lavoratore il quale, «mosso da ragioni del tutto estranee alla problematica della sicurezza», abbia posto in essere una determinata manovra «pur rendendosi perfettamente conto della pericolosità di quest'ultima, che era di immediata, intuitiva e incontrovertibile evidenza per chiunque e ancor più per lui, che era un operatore di lunga esperienza», tanto che il preposto lo aveva ripetutamente ammonito «affinché si astenesse da siffatta condotta rischiosa»⁸⁴.

Anche in questa circostanza, il limite posto all'esclusione della responsabilità del garante è quello della presenza «di evidenti criticità del sistema di tutela approntato», nel qual caso la condotta del lavoratore non potrà «mai spiegare alcuna efficacia esimente in favore dei soggetti destinatari degli obblighi di sicurezza»⁸⁵. A meno che «sia assolutamente estraneo al processo produttivo o alle mansioni attribuite, risolvendosi in un comportamento del tutto esorbitante ed imprevedibile rispetto al lavoro posto in essere, ontologicamente avulso da ogni ipotizzabile intervento e prevedibile scelta del lavoratore»⁸⁶.

L'abnormità, intesa come imprevedibilità, in considerazione della sua estraneità ed eccentricità rispetto al processo produttivo, richiede che quest'ultimo sia stato organizzato in maniera tipica e validato quanto a sicurezza dal datore di lavoro in tutte le sue fasi, nonché posto sotto il controllo di un garante di modo che possano emergere con chiarezza le condotte del lavoratore qualificabili, appunto, come imprevedibili. L'abnormità come imprevedibilità, riscontrabile anche nell'esercizio delle mansioni, a condizione che il datore abbia predisposto tutte le misure di prevenzione e protezione necessarie, potreb-

⁸³ *Ex plurimis*, Cass. pen., 6 maggio 2009, n. 18998; Cass., 4 dicembre 2013, n. 27127.

⁸⁴ Cass. pen., 22 luglio 2019, n. 32507.

⁸⁵ Cass. pen., 28 maggio 2015, n. 22813; Cass. pen., 19 agosto 2019, n. 36171.

⁸⁶ Cass. pen., 20 aprile 2015, n. 16397; Cass. pen., 12 settembre 2019, n. 37765.

bero incidere anche sulla definizione di rischio elettivo, se solo la giurisprudenza civile e quella penale decidessero di dialogare, pur nel rispetto delle diverse logiche sottese alla loro metodologia di giudizio.

Più in generale, dalle riflessioni finora proposte, emerge con chiarezza la necessità che il rischio sia *dominabile* da parte del datore di lavoro o del garante. Rimane, quindi, da chiarire come, nel caso del lavoro agile, essi possano essere rimproverati della responsabilità civile e/o penale nella quale sicuramente incorrerebbero qualora la prestazione fosse svolta all'interno del luogo di lavoro.

7. La responsabilità del datore e del lavoratore

Dalle considerazioni proposte in tema di abnormità del comportamento del lavoratore, emerge con ancora maggior forza il tema della responsabilità e, soprattutto, dei casi in cui la condotta colposa di una parte sia in grado di escludere la responsabilità dell'altra. Già questa prospettazione porta ad evidenziare come, sebbene, indiscutibilmente, siano il datore di lavoro o il garante i debitori dell'obbligo di sicurezza nei confronti del lavoratore che ne è il creditore, il sistema cerca di non muoversi su parametri di responsabilità oggettiva dei primi ma propende per una determinazione chiara, caso per caso, delle aree di responsabilità di ciascuna parte sia a fini risarcitori che di colpevolezza penale.

Questa riflessione trova conferma nell'ingente quantità di pronunce nelle quali la Cassazione, civile e penale, si è trovata a decidere casi in cui il datore di lavoro o il garante affermavano la rilevanza del concorso di colpa del lavoratore nel verificarsi dell'evento dannoso, fondamentalmente a fini di riduzione della propria responsabilità, molto spesso in subordine al riconoscimento del rischio elettivo o della condotta abnorme. In alcune circostanze, poi, il concorso di colpa viene predicato con riferimento ad altro dipendente che abbia avuto un ruolo attivo nel verificarsi dell'infortunio⁸⁷.

Anche in queste situazioni, l'elemento lessicale e, dunque, definitivo, relativo alla condotta del lavoratore, riveste un'importanza cruciale

⁸⁷ Cass. pen., 21 dicembre 2012, n. 49821; Cass., 4 febbraio 2016, n. 2209.

al fine di comprendere quali comportamenti siano tali da configurare il concorso di colpa. Questo aspetto assume una rilevanza ulteriore nella prospettiva del lavoro agile, vista la più volte sottolineata “distanza” del dipendente dal luogo di lavoro e, quindi, dal potere organizzativo, conformativo e di controllo del datore, nell’esercizio non corretto del quale si sostanzia spesso la condotta colposa, attiva o omissiva, del datore di lavoro o del garante. Tanto da portare la giurisprudenza ad affermare che «allorché la condotta del lavoratore sia attuativa di uno specifico ordine di servizio del datore di lavoro per lo svolgimento di una determinata attività lavorativa, nonostante la sussistenza di condizioni di pericolo per le modalità dell’esecuzione, il comportamento imprudente o negligente del lavoratore assume efficacia soltanto di mera occasione o modalità dell’*iter* produttivo dell’evento, la cui responsabilità va, dunque, ascritta per intero al datore di lavoro»⁸⁸. In sostanza, se la struttura del rapporto di lavoro, «non può in assoluto impedire al lavoratore di rifiutare l’adempimento di ordini datoriali indebitamente pericolosi per la propria salute⁸⁹, non toglie che, se quegli ordini siano viceversa osservati e ne consegua l’evento lesivo, la disposizione datoriale assorba in sé l’intera efficacia causale giuridicamente rilevante»⁹⁰.

D’altro canto, «la responsabilità del modello organizzativo e della distribuzione del lavoro fa carico al datore di lavoro, il quale non può sottrarsi agli addebiti per gli effetti lesivi della integrità fisica e morale dei lavoratori che possano derivare dalla inadeguatezza del modello adducendo l’assenza di doglianze mosse dai dipendenti o, addirittura, sostenendo di ignorare le particolari condizioni di lavoro in cui le mansioni affidate ai lavoratori vengono in concreto svolte; deve infatti presumersi, salvo prova contraria, la conoscenza, in capo all’azienda, delle modalità attraverso le quali ciascun dipendente svolge il proprio lavoro, in quanto espressione ed attuazione concreta dell’assetto organizzativo adottato dall’imprenditore con le proprie direttive e disposizioni interne».

⁸⁸ Cass., 16 luglio 1998, n. 6993; Cass., 17 aprile 2004, n. 7328; Cass., 13 febbraio 2012, n. 1994; Cass., 5 dicembre 2016, n. 24798.

⁸⁹ Cass., 1° aprile 2015, n. 6631.

⁹⁰ Cass., 5 dicembre 2016, n. 24798.

Proprio in questa prospettiva, deve ritenersi che «gli effetti della conformazione della condotta lavorativa, ai canoni di cui all'art. 2104 cod. civ., coerentemente con il livello di responsabilità proprio delle funzioni e in ragione del soddisfacimento delle ragioni dell'impresa, non integrino mai una colpa del lavoratore»⁹¹. Coerentemente, «quando anche il lavoratore avesse opposto un rifiuto all'ordine impartito dal datore di lavoro, esso avrebbe dovuto considerarsi legittimo, non determinando certo la sua mancanza una responsabilità concorrenziale, atteso che detto rifiuto costituisce una legittima facoltà e non una scriminante della sua responsabilità»⁹². Al tempo stesso, «a fronte di un obbligo *ex art.* 2087 cod. civ. per il datore di lavoro di tutelare l'integrità psico-fisica e la personalità morale del lavoratore, la volontarietà di quest'ultimo, ravvisabile nella mera disponibilità alla prestazione lavorativa straordinaria, non può connettersi causalmente all'evento rappresentando una esposizione a rischio non idonea a determinare un concorso giuridicamente rilevante»⁹³.

7.1. *Il concorso di colpa*

Pure nel caso del concorso di colpa, l'assunto di partenza è che, al contrario del rischio elettivo e della condotta abnorme, la disattenzione, l'imperizia, l'imprudenza e persino la negligenza del lavoratore non possono costituire, in sé, un'esimente per il datore, sul presupposto che «se tutti i dipendenti fossero sempre diligenti, esperti e periti non sarebbe necessario dotare i luoghi di lavoro e le macchine di sistemi di protezione»⁹⁴.

Occorre, quindi, capire se quelle condotte possano rilevare come concausa dell'infortunio, in tal caso riducendo proporzionalmente la responsabilità del datore. Uno dei pochi aspetti fuori di dubbio è che il richiamo alla condotta del lavoratore «non rileva allorché chi la invoca versa *in re illicita*, per non avere negligenzemente impedito

⁹¹ Cass., 8 maggio 2014, n. 9945; Cass., 5 dicembre 2016, n. 24798; Cass., 15 maggio 2020, n. 8988.

⁹² Cass., 1° aprile 2015, n. 6631; Cass., 5 dicembre 2016, n. 24798.

⁹³ Cass., 10 maggio 2019, n. 12538.

⁹⁴ Cass. pen., 7 giugno 2010, n. 21511.

l'evento lesivo, che è conseguito. Tanto meno la causa esimente è invocabile, se la si pone alla base del proprio errore di valutazione, assumendo che il sinistro si è verificato non perché si sia tenuto un comportamento antiggiuridico, ma sol perché vi sarebbe stata, dalla parte della vittima, l'anomala ed inopinata iniziativa (...). In altri termini, l'errore sulla legittima aspettativa che non si verificino condotte imprudenti da parte dei lavoratori non è invocabile, non solo per la illiceità della propria condotta omissiva, ma anche per la mancata attività diretta ad evitare l'evento, imputabile a colpa altrui, quando si è nella possibilità in concreto di impedirlo. È il cosiddetto "doppio aspetto della colpa", secondo cui si risponde sia per colpa diretta sia per colpa indiretta, una volta che l'incidente dipende dal comportamento dell'agente, che invoca a sua discriminante la responsabilità altrui»⁹⁵.

In questa prospettiva, se è «vero che destinatari delle norme di prevenzione contro gli infortuni sul lavoro sono non solo i datori di lavoro, i dirigenti e i preposti, ma anche gli stessi operai; tuttavia, l'inosservanza di dette norme da parte dei datori di lavoro, dei dirigenti e dei preposti ha valore assorbente rispetto al comportamento dell'operaio, la cui condotta può assumere rilevanza ai fini penalistici solo dopo che da parte dei soggetti obbligati siano adempiute le prescrizioni di loro competenza»⁹⁶.

Quanto alla rilevanza della condotta del lavoratore quale concausa, la risposta della giurisprudenza sia civile che penale appare in linea di massima positiva, seppure con alcuni distinguo che riguardano, fondamentalmente, le motivazioni.

Si va, infatti, dall'affermazione apodittica⁹⁷, alla dichiarazione di erroneità del «principio di diritto dell'ontologica irrilevanza delle condotte colpose del lavoratore» sulla base della considerazione che, da tempi risalenti (art. 5 d.P.R. n. 547 del 1955) e, di recente, ancor più chiaramente (art. 5 d.lgs. n. 626 del 1994; art. 20 d.lgs. n. 81 del 2008), la normativa vigente «ha enunciato il generale dovere del lavoratore di

⁹⁵ Cass. pen., 6 maggio 2009, n. 18998; Cass. pen., 3 febbraio 2011, n. 4114; Cass. pen., 4 maggio 2012, n. 16888.

⁹⁶ Cass. pen., 11 agosto 2010, n. 31679; Cass. pen., 3 febbraio 2011, n. 4114; Cass. pen., 17 febbraio 2014, n. 7364.

⁹⁷ Cass., 17 aprile 2004, n. 7328; Cass., 13 febbraio 2012, n. 1994.

prenderci cura della propria salute e sicurezza nonché delle altre persone presenti sul luogo di lavoro, sulle quali possono ricadere gli effetti delle sue azioni od omissioni», e che, «dunque, è ben possibile che nella dinamica dell'evento illecito s'inseriscano, con rilievo eziologico, comportamenti del lavoratore che costituiscano violazione di precisi doveri afferenti alla sicurezza o alla salute».

Secondo questo indirizzo non «è possibile eludere la rilevanza delle condotte colpose del lavoratore argomentando dal fatto che il datore di lavoro ha il dovere di proteggere l'incolumità del lavoratore, nonostante la sua eventuale imprudenza o negligenza».

A ciò si aggiunge che, nella logica penalistica, «l'esigenza di assicurare la personalizzazione e la compiuta definizione della sfera di responsabilità dei soggetti coinvolti impone di analizzare e definire il ruolo di ciascuno, sia sotto il profilo dell'apporto alla causazione dell'evento, sia per ciò che attiene alla ponderazione del rimprovero personale e quindi della colpa. Si tratta, infatti, di questioni che hanno rilevanza ai fini della ricostruzione dei fattori che interagiscono sinergicamente nell'*iter* causale; e che rilevano nell'ambito della graduazione della colpa. Tali questioni (...) influiscono sia sulla determinazione della pena che sulle statuizioni civili. Una diversa soluzione rischierebbe d'intaccare i principi di fattualità e di colpevolezza; sottraendo alla sfera di giudizio una parte del fatto, rilevante ai fini della analitica comprensione del ruolo e del peso avuto negli accadimenti dall'imputato»⁹⁸.

A tale proposito, la giurisprudenza penale ricorda «che la disamina dei "soggetti" della normativa di prevenzione non può limitarsi a considerare quelli tradizionalmente considerati titolari della "posizione di garanzia" (datore di lavoro, dirigente, preposto, ecc.), tenuti cioè a "garantire" il rispetto della disciplina precauzionale per la tutela della incolumità del lavoratore. Anche lo stesso "lavoratore", infatti, assume un ruolo affatto passivo, essendo onerato anch'egli di obblighi prudenziali finalizzati a prevenire la verifica dell'infortunio a danno proprio o di altri lavoratori»⁹⁹.

Sul versante civilistico – lavoristico, l'affermazione della rilevanza

⁹⁸ Cass. pen., 1° giugno 2007, n. 21587.

⁹⁹ Cass. pen., 9 giugno 2011, n. 23292.

della condotta del lavoratore quale concausa dell'evento protetto si fonda, come noto, essenzialmente sulla qualificazione come contrattuale (per via di integrazione *ex art.* 1374 cod. civ.) della responsabilità del datore di lavoro, il quale risulta così essere debitore dell'obbligo di sicurezza *ex art.* 2087 cod. civ. nei confronti del lavoratore creditore. Ciò consente di ritenere applicabile quanto previsto dall'art. 1218 in combinato disposto con l'art. 1217 comma 1 cod. civ., costringendo, dunque, il datore, qualora il lavoratore abbia, a sua volta, allegato e provato gli elementi di fatto, alla prova liberatoria¹⁰⁰ o semi-liberatoria nel caso venga riconosciuto il concorso di colpa.

E «ciò diversamente dal regime di tutela previdenziale degli infortuni sul lavoro, nei quali l'istituto assicuratore è tenuto a pagare la rendita nella sua interezza anche in caso di concorso del lavoratore nella causazione della lesione della integrità psicofisica»¹⁰¹. In questo quadro, la mancata rilevazione della condotta del lavoratore costituisce, dunque, «un vizio logico evidente, incidente sullo snodo relativo all'accertamento completo delle responsabilità e alla conseguente determinazione del danno da porre a carico della società, comunque concorrente, per l'accertata violazione degli obblighi di sicurezza sulla stessa incombenti, nella produzione del sinistro»¹⁰².

In questa duplice prospettiva, è bene ribadire che non si può attribuire «alcun effetto esimente per l'imprenditore che abbia provocato un infortunio sul lavoro per violazione delle relative prescrizioni all'eventuale concorso di colpa del lavoratore», anche qualora si sia in presenza di «condotte volontarie e di segno contrario del dipendente cui non sia opposto un adeguato controllo»¹⁰³. Così come, «un addebito di concorso di colpa intanto si può muovere al lavoratore, in quanto questi abbia gravemente violato disposizioni di sicurezza fornite dal datore in conformità alla legge», mentre nessun concorso di colpa può essere invocato quando al lavoratore siano state date disposizioni già

¹⁰⁰ Cass., 14 febbraio 2005, n. 2930; Cass., 8 marzo 2006, n. 4980.

¹⁰¹ Cass., 14 aprile 2008, n. 9817; Cass., 23 aprile 2009, n. 9698.

¹⁰² Cass., 23 aprile 2009, n. 9698.

¹⁰³ Cass., 12 gennaio 2002, n. 326; Cass., 10 settembre 2009, n. 19494. Ma anche, Cass. pen., 4 maggio 2012, n. 16888; Cass., 13 gennaio 2017, n. 798.

di per sé illegali e contrarie ad ogni regola di prudenza¹⁰⁴ ovvero laddove la colpa o la negligenza del lavoratore «abbiano potuto esplicitare efficacia causale solo a causa degli inadempimenti del datore di lavoro»¹⁰⁵.

Più in generale, la giurisprudenza penale¹⁰⁶ «è ferma nel sostenere che non possa discutersi di responsabilità (o anche solo di corresponsabilità) del lavoratore per l'infortunio quando il sistema della sicurezza approntato dal datore di lavoro presenti delle evidenti criticità»¹⁰⁷.

Al contrario, come anticipato, «sebbene, ovviamente, la violazione di norme antinfortunistiche da parte del lavoratore debba essere considerata un comportamento sicuramente illecito (tanto che la legislazione più recente, al fine di responsabilizzare il lavoratore, prevede sanzioni anche a carico di questi quando non osservi i precetti volti alla tutela della salute nei luoghi di lavoro), l'illiceità del comportamento non preclude comunque, in alcun modo, la configurabilità dell'infortunio come evento indennizzabile; in quanto la colpa dell'assicurato costituisce una delle possibili componenti causali del verificarsi dell'evento (insieme al caso fortuito, alla forza maggiore, al comportamento del datore di lavoro ed al comportamento del terzo)».

In questa prospettiva, «il comportamento colposo del lavoratore può invece ridurre oppure esimere, se esclusiva, la responsabilità dell'imprenditore, escludendo il diritto dell'infortunato al risarcimento del danno subito nei confronti del datore di lavoro; così come, il diritto dell'INAIL di esercitare l'azione di regresso nei confronti del datore; ma non comporta certo, di per sé, l'esclusione dell'operatività dell'indennizzo sociale previsto dall'assicurazione gestita dall'INAIL».

La colpa del lavoratore è, infatti, «alla base del complessivo sistema protettivo apprestato dall'ordinamento il quale, in armonia con gli

¹⁰⁴ Cass., 18 maggio 2007, n. 11622; Cass. pen., 27 agosto 2014, n. 36227; Cass., 10 maggio 2019, n. 12538; Cass., 2 ottobre 2019, n. 24629; Cass., 25 novembre 2019, n. 30679.

¹⁰⁵ Cass., 25 febbraio 2008, n. 4718; Cass., 19 aprile 2019, n. 11114.

¹⁰⁶ Ma anche quella civile non è da meno: Cass., 13 gennaio 2017, n. 798; Cass., 18 giugno 2018, n. 16026; Cass., 2 ottobre 2019, n. 24629.

¹⁰⁷ Cass. pen., 15 aprile 2010, n. 21511; Cass. pen., 7 febbraio 2012, n. 16888; Cass. pen. 7 giugno 2012, n. 22044; Cass. pen., 28 maggio 2015, n. 22813; Cass. pen., 12 settembre 2019, n. 37765.

artt. 32 e 38 della Cost., si prefigge, anzitutto, lo scopo di proteggere, realmente, il lavoratore da ogni infortunio sul lavoro (appunto anche da quelli derivanti da colpa) e di garantirgli, in secondo luogo, i mezzi adeguati allo stato di bisogno discendente dalle conseguenze che ne sono comunque derivate»¹⁰⁸.

D'altra parte, non si deve sottovalutare il fatto che spesso l'imprudenza del lavoratore è da imputare esclusivamente alla mancata formazione ed istruzione e, dunque, alla violazione da parte del datore delle misure di prevenzione rese necessarie dalle concrete condizioni di svolgimento del lavoro, tanto da escludere qualsiasi colpa del lavoratore nella causazione dell'evento. La semplice esperienza maturata con la prestazione non sempre può ritenersi una misura sufficiente a evitare l'infortunio¹⁰⁹: se, infatti, in determinati casi, le qualità professionali del lavoratore possono indurre il giudice ad una particolare valutazione del concorso di colpa¹¹⁰, in altri, proprio l'inesperienza, aggravata dalla mancata formazione e istruzione, porta a escludere in radice la colpa, «essendo invece necessario che ad ogni parte del complessivo sistema antinfortunistico approntato nell'azienda sia preposto un soggetto di indubbia professionalità e con specifiche conoscenze di quel sistema»¹¹¹.

In sintesi, «la colpa o la negligenza del lavoratore non necessariamente possono considerarsi concausa dell'evento dannoso, ove abbiano potuto esplicare efficacia causale solo a causa degli inadempimenti del datore di lavoro»¹¹².

Più recentemente, tuttavia, la giurisprudenza civile, approfondendo l'orientamento in base al quale si esclude che dall'art. 2087 possa derivare una responsabilità oggettiva in capo al datore di lavoro (v. *infra*), è tornata sul tema del concorso di colpa, evidenziando che la responsabilità datoriale si fonda pur sempre «sulla violazione di obblighi di comportamento, a protezione della salute del lavoratore, imposti da fonti legali o suggeriti dalla tecnica, purché concretamente individua-

¹⁰⁸ Cass., 20 luglio 2017, n. 17917; Cass., 19 marzo 2019, n. 7649.

¹⁰⁹ Cass., 10 ottobre 2018, n. 25102.

¹¹⁰ Cass., 14 aprile 2008, n. 9817.

¹¹¹ Cass., 14 febbraio 2005, n. 2930; Cass., 8 marzo 2006, n. 4980.

¹¹² Cass., 19 aprile 2019, n. 11114; Cass., 25 novembre 2019, n. 30679.

ti»¹¹³ e che, pertanto, «una volta adottata ed individuata una cautela (specificamente prevista *ex ante* da norme o genericamente deducibile dalle vigenti regole di prudenza, perizia e diligenza richiedibili nel caso concreto) (...) idonea ad impedire l'evento e che non sia stata attuata, ne resta radicata la responsabilità datoriale».

Ciò, tuttavia, non porta a escludere «che il comportamento colposo del lavoratore, autonomamente intrapreso ma tale da non integrare gli estremi del rischio elettivo, possa determinare un concorso di colpa, da regolare ai sensi dell'art. 1227 cod. civ., allorquando l'evento dannoso non possa dirsi frutto dell'incidenza causale decisiva del solo inadempimento datoriale, ma derivi dalla indissolubile coesistenza di comportamenti colposi di ambo le parti del rapporto di lavoro». Infatti, «l'inadempimento datoriale agli obblighi di prevenzione non è (...) in sé incompatibile con l'esistenza di un comportamento del lavoratore qualificabile come colposo, in quanto di ciò non vi è traccia negli artt. 2087 e 1227 cod. civ., né in alcuna altra norma dell'ordinamento»¹¹⁴.

Entrando, non usualmente, in dialogo con la giurisprudenza penale¹¹⁵, la Sezione Lavoro, sottolinea che «le norme sanciscono l'obbligo del lavoratore di osservare i doveri di diligenza (art. 2104 cod. civ.), anche a tutela della propria o altrui incolumità (*ratione temporis*, art. 6 d.P.R. n. 547 del 1955; art. 5 d.lgs. 626 del 1994; ora art. 20 d.lgs. 81 del 2008)» e che «è indubbia la sussistenza di tratti del sistema prevenzionistico che coinvolgono anche i lavoratori, così come è scontato che i rapporti interprivati restino regolati, senza che metta qui conto una qualche più specifica dimostrazione in proposito, anche dal generalissimo principio di autoresponsabilità per le proprie azioni»¹¹⁶.

Ciononostante, «sull'assetto del possibile concorso di colpa interferisce la portata pervasiva dell'obbligo datoriale di protezione, radicato in principi cardine dell'ordinamento (art. 32 Cost. sulla tutela della salute; art. 2 Cost. sulla preminenza della persona umana rispetto ad ogni altro valore) e la rilevanza della colpa è destinata a declinarsi se-

¹¹³ Cass., 23 maggio 2019, n. 14066.

¹¹⁴ Cass., 25 novembre 2019, n. 30679; Cass., 15 maggio 2020 n. 8988.

¹¹⁵ Cass. pen., 3 marzo 2016, n. 8883.

¹¹⁶ Cass., 25 novembre 2019, n. 30679.

condo l'assetto giuridico dello specifico settore di rischio coinvolto»¹¹⁷. Di modo che, «il massimo rilievo da attribuire ai doveri di protezione è conseguenza diretta della sussistenza in capo ad una delle parti di poteri unilaterali di direzione ed organizzazione, come anche della destinazione ad essa dei risultati ultimi dell'attività svolta e del coinvolgimento nella dinamica del sinallagma, rispetto all'altra parte, della persona altrui con le ineludibili esigenze di tutela imposte dai principi primi dell'ordinamento»¹¹⁸. Rilevante è in questo contesto il richiamo non solo all'art. 2087 ma anche all'art. 31 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea il quale prevede che «ogni lavoratore ha diritto a condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose», che, in maniera molto netta, la Sezione Lavoro ritiene «evidentemente» debbano «essere predisposte e curate dal datore di lavoro»¹¹⁹.

Risulta di tutta evidenza come l'intera ricostruzione del concorso di colpa del lavoratore possa entrare in crisi nel momento in cui la prestazione lavorativa viene svolta al di fuori del perimetro di esercizio concreto dei poteri conformativi datoriali.

7.2. *Responsabilità oggettiva o di posizione*

Nell'analisi degli orientamenti giurisprudenziali in materia di concorso di colpa del lavoratore, si staglia, sullo sfondo, il tema della responsabilità oggettiva del datore, come detto, quasi unanimemente negata. Una simile posizione trova motivazioni differenti a seconda che si tratti della prospettiva penalistica o civilistica (ovvero, per quello che si vedrà più avanti, più specificamente lavoristica).

7.2.1. *La responsabilità oggettiva o di posizione nella giurisprudenza penale in materia di infortuni sul lavoro*

Sotto il primo punto di vista, le ragioni dell'esclusione di una responsabilità "di posizione" del datore o, più in generale, del garante (dirigente o preposto che sia), sono state ben sintetizzate una pronun-

¹¹⁷ Cass., 25 novembre 2019, n. 30679.

¹¹⁸ Cass., 25 novembre 2019, n. 30679.

¹¹⁹ Cass., 25 novembre 2019, n. 30679.

cia della Corte costituzionale, tanto fondamentale quanto poco richiamata, e individuate nella determinazione del legislatore di sanzionare penalmente le violazioni delle misure di protezione e prevenzione dei lavoratori da parte del datore¹²⁰.

Secondo la Corte, infatti, «la cogenza dei valori espressi dall'art. 41 della Costituzione – secondo il quale l'iniziativa economica privata non può svolgersi in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana – è certamente tale da giustificare una valutazione negativa, da parte del legislatore, dei comportamenti dell'imprenditore che, per imprudenza, negligenza o imperizia, non si adopera, anche al di là degli obblighi specificamente sanzionati, per ridurre l'esposizione al rischio dei propri dipendenti. La sicurezza del lavoro costituisce certamente un limite all'autonomia dell'imprenditore, ma quando sul fondamento di tale limite si intende basare una fattispecie criminosa, viene in considerazione l'indefettibile principio costituzionale di necessaria determinatezza delle previsioni della legge penale»¹²¹.

Tuttavia, nota ancora la Corte (con specifico riferimento alle regole sul rumore ma con un ragionamento facilmente estendibile a qualsiasi previsione in materia, a partire dall'art. 2087 cod. civ., norma elastica per eccellenza), «la tecnica legislativa, caratterizzata da una serie di prescrizioni puntuali e dettagliate, nelle quali i comportamenti che il datore di lavoro deve osservare (...) sono minuziosamente descritti, è contraddetta e sopravanzata (...) da una tecnica esattamente opposta: quella della previsione generale e di principio, anch'essa penalmente sanzionata (...), caratterizzata più dalla predeterminazione dei fini che il datore di lavoro deve raggiungere, che dalla individuazione dei comportamenti che egli è tenuto ad osservare, e suscettibile pertanto di ampliare la discrezionalità dell'interprete»¹²².

Si è, dunque, in presenza di una «norma penale di scopo (...) che allarga notevolmente lo spettro dei comportamenti rilevanti e (...) che fa riferimento non più solo ai provvedimenti suggeriti dalla tecnica (...) ma anche alle misure organizzative e procedurali concretamente

¹²⁰ C. Cost., 18 luglio 1996, n. 312.

¹²¹ C. Cost., 18 luglio 1996, n. 312.

¹²² C. Cost., 18 luglio 1996, n. 312.

attuabili. Non viene quindi in questione un profilo particolare dell'attività di impresa, ma quasi la sua totalità»¹²³.

In questo modo, infatti, «ciò che è normalmente oggetto di discrezionalità dell'imprenditore, salvi i limiti posti dalla legge e dalla contrattazione collettiva, è qui suscettibile di trasformarsi in attività penalmente vincolata, nel suo insieme, al raggiungimento di un fine; con la conseguenza che, per la pluralità dei mezzi il cui impiego viene teleologicamente orientato dalla previsione di una pena e per le pressoché indefinite possibilità di una loro combinazione, finisce con l'essere il giudice penale – e di fatto spesso il suo perito – ad assumere quella discrezionalità»¹²⁴.

Ad avviso della Corte, la sola via per rendere indenni simili disposizioni dalla violazione dell'art. 25 della Costituzione «è, allora, quella di fornirne, in sede applicativa, una lettura tale da restringere, in maniera considerevole, la discrezionalità dell'interprete. Tutto ciò nella consapevolezza che, attesa la scelta del legislatore di sanzionare penalmente il generale dovere di protezione della sicurezza dei lavoratori, che trova nell'art. 41 della Costituzione il suo fondamento, il principio di determinatezza incide sulla fattispecie penale, di necessità, in maniera peculiare»¹²⁵.

Infatti, secondo la Corte, il principio di determinatezza, viene «soddisfatto non già attraverso la descrizione dettagliata dei comportamenti penalmente vietati, ma con un restringimento della discrezionalità dell'interprete, la quale, rispetto a norme che impongono la realizzazione di risultati (minimizzazione del rischio di esposizione al rumore o, se si preferisce, massimizzazione della sicurezza), è, per la struttura di queste, bensì riducibile, ma non sopprimibile»¹²⁶. Di conseguenza, il modo per limitare la discrezionalità dell'interprete è ritenere che il legislatore, in linea generale, quando utilizza norme penali di scopo, tale dovendosi ritenere anche quelle contenute nell'art. 2087 cod. civ., visto il loro collegamento con l'art. 590 cod. pen., si riferisca alle misure che, nei diversi settori e nelle differenti lavorazioni, corri-

¹²³ C. Cost., 18 luglio 1996, n. 312.

¹²⁴ C. Cost., 18 luglio 1996, n. 312.

¹²⁵ C. Cost., 18 luglio 1996, n. 312.

¹²⁶ C. Cost., 18 luglio 1996, n. 312.

spondono ad applicazioni tecnologiche generalmente praticate e ad accorgimenti organizzativi e procedurali altrettanto generalmente acquisiti: «sicché penalmente censurata sia soltanto la deviazione dei comportamenti dell'imprenditore dagli *standard* di sicurezza propri, in concreto e al momento, delle diverse attività produttive»¹²⁷.

Conclusivamente la Corte sembra quasi "rimproverare" al legislatore «la scelta di sanzionare penalmente, con una norma generale e onnicomprensiva, tutte le fattispecie in cui l'imprenditore si sottragga a questo ruolo». Una simile scelta, infatti, «ha di necessità il suo contrappeso costituzionale, che è dato dall'esigenza di restringere, in una interpretazione costituzionalmente vincolata, le potenzialità della disposizione, per non vanificare il canone di determinatezza della fattispecie penale»¹²⁸.

In realtà, sempre secondo la Corte, «l'art. 41 della Costituzione e il pregnante dovere, che da esso è desumibile, di protezione dei lavoratori, potrebbe (...) pretendere dall'imprenditore assai di più e giustificare una raffigurazione legislativa che assegni all'impresa il compito di realizzare innovazioni finalizzate alla sicurezza, nella quale il ruolo di impulso fosse assegnato al giudice civile ed alla pubblica amministrazione» Ciò, però, escluderebbe l'utilizzo di norme sanzionatorie penali di scopo che rischiano di configurare una responsabilità "di posizione" di tipo oggettivo.

Pur senza richiamare esplicitamente la sentenza della Corte costituzionale, la giurisprudenza penale successiva sembra riecheggiarne i contenuti nel momento in cui è chiamata a decidere dell'effettiva interruzione del nesso causale tra azione (o omissione) del datore ed evento per cause sopravvenute (la condotta del lavoratore) e, individuare, così, l'eventuale responsabilità specifica del garante nella prospettiva di «separare le sfere di responsabilità, in modo che il diritto penale possa realizzare la sua vocazione ad esprimere un ben ponderato giudizio sulla paternità dell'evento illecito»¹²⁹.

Secondo questa giurisprudenza, «un comportamento è "interrutti-

¹²⁷ C. Cost., 18 luglio 1996, n. 312.

¹²⁸ C. Cost., 18 luglio 1996, n. 312.

¹²⁹ Cass. pen., 19 marzo 2015, n. 22378, sulla scorta di Cass. pen. S.U., 24 aprile 2014, n. 38343.

vo” (...) non perché “eccezionale” ma perché eccentrico rispetto al rischio lavorativo che il garante è chiamato a governare. Tale eccentricità renderà magari in qualche caso (ma non necessariamente) statisticamente eccezionale il comportamento ma ciò è una conseguenza accidentale e non costituisce la reale ragione dell’esclusione dell’imputazione oggettiva dell’evento»¹³⁰.

Esistono, dunque, «diverse aree di rischio e, parallelamente, distinte sfere di responsabilità che quel rischio sono chiamate a governare. Soprattutto nei contesti lavorativi più complessi, si è frequentemente in presenza di differenziate figure di soggetti investiti di ruoli gestionali autonomi a diversi livelli degli apparati; ed anche con riguardo alle diverse manifestazioni del rischio»¹³¹.

Tanto premesso, in tema di responsabilità per reato colposo di evento, quale quella del datore di lavoro in caso di infortunio del lavoratore, «risulta indispensabile non solo individuare il soggetto al quale viene contestato di aver cagionato l’evento tipico; operazione che conduce a ricercare, sulla scorta del contesto normativo pertinente o della situazione di fatto, chi fosse nel caso concreto il gestore del rischio [garante] che si è concretizzato nell’evento. Ma è altresì necessario individuare anche la condotta doverosa che doveva essere concretamente posta in campo. Espresi tali concetti nei termini che la più recente giurisprudenza di legittimità mostra di adottare, può dirsi che oltre a cogliere la norma di dovere, donde deriva lo *status* di gestore del rischio, il giudice deve anche individuare la regola cautelare, di natura necessariamente modale, che, specificando il concreto da farsi, si integra con la prima e dà contenuto concreto, specifico ed attuale all’obbligo di sicurezza»¹³².

E la regola cautelare alla stregua della quale deve essere valutato il comportamento del garante, «non può rinvenirsi in norme che attribuiscono compiti senza individuare le modalità di assolvimento degli stessi, dovendosi, invece, aver riguardo esclusivamente a norme che

¹³⁰ Cass. pen., 19 marzo 2015, n. 22378.

¹³¹ Cass. pen., 21 dicembre 2012, n. 49821; Cass. pen., 19 marzo 2015, n. 22378.

¹³² Cass. pen., 24 marzo 2016, n. 12478; Cass. pen., 23 luglio 2018, n. 34791.

indicano con precisione le modalità e i mezzi necessari per evitare il verificarsi dell'evento»¹³³.

Quanto più la regola cautelare pretende l'adozione di misure di carattere organizzativo o procedurale (cosiddette innominate), tanto più va compiutamente descritta da parte del giudice la cautela doverosa omessa e «precisamente accertata la efficienza causale della sua omissione»¹³⁴. Quello che si tratta di evitare, dunque, è l'errore di ritenere la colpa del datore solo perché il lavoratore si è infortunato, utilizzando indebitamente «il principio *post hoc ergo propter hoc*», dovendosi, invece, operare «un effettivo accertamento della ricorrenza degli elementi indefettibili dell'imputazione colposa dell'evento»¹³⁵.

In sintesi, secondo la Cassazione penale, «dovere di diligenza e regola cautelare si integrano definendo nel dettaglio il concreto e specifico comportamento doveroso; ciò assicura che non si venga chiamati a rispondere penalmente per la sola titolarità della posizione e pertanto a titolo di responsabilità oggettiva»¹³⁶ ovvero, come viene anche definita, di posizione¹³⁷.

Questo principio si riverbera anche sulla presunzione di conoscenza da parte del datore di prassi illecite note ai preposti, visto che, secondo la Cassazione penale, «il rapporto di dipendenza del personale di vigilanza dal datore di lavoro non costituisce di per sé prova né della conoscenza, né della conoscibilità, da parte di quest'ultimo, di prassi

¹³³ Cass. pen., 24 marzo 2016, n. 12478; Cass. pen., 23 luglio 2018, n. 34791.

¹³⁴ «Al datore di lavoro si è attribuito di non aver formato il lavoratore circa “procedure più consone e sicure da seguire”; di non esser stato reso consapevole che “avrebbe potuto incorrere in una situazione quale quella che gli è capitata”; di non aver informato il lavoratore “sul modo corretto di procedere in situazioni come quella”. In nessuna di tali affermazioni vi è la puntuale descrizione dei contenuti della formazione e dell'informazione che avrebbero dovute essere somministrate al lavoratore. Non è dato comprendere quali comportamenti concreti tale addestramento avrebbe indotto (operazione essenziale per accertare la cd. causalità della colpa). Di conseguenza l'accertamento della causalità e della colpa risulta gravemente carente, non essendo puntualmente identificati i termini delle relazioni eziologiche (materiale e colposa)». Così, a titolo di esempio, Cass. pen., 23 luglio 2018, n. 34791.

¹³⁵ Cass. pen., 23 luglio 2018, n. 34791, alla quale è connessa Cass. pen., 7 maggio 2020, n. 13918.

¹³⁶ Cass. pen., 3 febbraio 2017, n. 5273; Cass. pen., 4 aprile 2019, n. 14915.

¹³⁷ Cass. pen., 15 maggio 2019, n. 20833.

aziendali (più o meno ricorrenti)»¹³⁸; tanto più qualora un simile collegamento non venga messo in correlazione con la struttura e con le dimensioni dell'impresa, elementi, questi, che hanno, invece, un peso notevole nella ricostruzione della conoscibilità di prassi aziendali *contra legem* da parte del garante.

La certezza della conoscenza e, dunque, la condotta omissiva possono ben inferirsi sul piano logico qualora la prassi sia «univocamente frutto di una precisa scelta aziendale chiaramente finalizzata a una maggiore produttività»¹³⁹. Laddove, invece, «non vi siano elementi di natura logica per dedurre la conoscenza o la certa conoscibilità di prassi aziendali incaute da parte del titolare della posizione di garanzia datoriale, è necessaria l'acquisizione di elementi probatori certi ed oggettivi che attestino tale conoscenza/conoscibilità»¹⁴⁰.

A ulteriore garanzia della certezza della responsabilità, la Cassazione penale ha elaborato, poi, il principio, ben noto, di «causalità della colpa» che impone la verifica del se «quella specifica violazione della regola cautelare abbia o meno cagionato l'evento», attraverso un giudizio controfattuale compiuto in relazione alla violazione della regola di cautela. Nella prospettiva di detto giudizio, «lo statuto logico del rapporto di causalità rimane sempre quello del “condizionale controfattuale” [dato] che il ragionevole dubbio, in base all'evidenza disponibile, sulla reale efficacia condizionante della condotta rispetto ad altri fattori interagenti nella produzione dell'evento lesivo, comporta l'esito assolutorio del giudizio»¹⁴¹.

Di conseguenza, la condotta del reo «potrà non costituire condizione sufficiente, nel senso che per il verificarsi dell'evento tipico occorre l'intervento di altri fattori. Ma dovrà comunque costituire condizione necessaria, nel senso che senza di esso l'evento non avrebbe avuto luogo»¹⁴².

¹³⁸ Cass. pen., 15 maggio 2019, n. 20833.

¹³⁹ Cass. pen., 15 maggio 2019, n. 20833.

¹⁴⁰ Cass. pen., 15 maggio 2019, n. 20833.

¹⁴¹ Cass. pen., S.U., 11 settembre 2002, n. 30328; Cass. pen., 23 luglio 2018, n. 34791; Cass. pen., 22 luglio 2019, n. 32507.

¹⁴² Cass. pen., S.U., 11 settembre 2002, n. 30328 cit.; Cass. pen., 22 luglio 2019, n. 32507.

7.2.2. La responsabilità oggettiva nella giurisprudenza civile in materia di infortuni sul lavoro

Pur giungendo, quasi unanime, all'esclusione della responsabilità oggettiva del datore al verificarsi dell'infortunio del lavoratore, la giurisprudenza della Cassazione civile, in massima parte della Sezione Lavoro, non risulta del tutto omogenea quanto a *ratio decidendi*, soprattutto rispetto al dovere di diligenza imposto dall'art. 2087 cod. civ. ed alla conseguente emersione del concetto di misura "innominata" di prevenzione.

Come sintetizzati dalla stessa Sezione Lavoro¹⁴³, almeno tre assi portanti comuni vanno, tuttavia, premessi all'analisi delle differenze.

In primo luogo, «dal dovere di prevenzione imposto dall'art. 2087 c.c. non può desumersi la prescrizione di un obbligo assoluto di rispettare ogni cautela possibile e innominata diretta ad evitare qualsiasi danno, con la conseguenza di ritenere la responsabilità del datore di lavoro ogni volta che un danno si sia comunque verificato, occorrendo invece che l'evento sia pur sempre riferibile a sua colpa, per violazione di obblighi di comportamento imposti da norme di fonte legale o suggeriti dalla tecnica, ma concretamente individuati».

In secondo luogo, «la verifica dell'infortunio non è di per sé sola sufficiente a far scattare a carico dell'imprenditore l'onere probatorio di avere adottato ogni sorta di misura idonea ad evitare l'evento: la prova liberatoria dell'imprenditore presupponendo la dimostrazione, da parte del lavoratore, sia del danno subito che del rapporto di causalità fra la mancata adozione di determinate misure di sicurezza (specifiche o generiche) e il danno predetto».

In terzo luogo, la natura contrattuale della responsabilità datoriale determina implicazioni significative sul piano della distribuzione degli oneri probatori, rendendo applicabile la presunzione legale di colpa, di cui all'articolo 1218 cod. civ., a carico del datore di lavoro inadempiente l'obbligo di sicurezza. Più nel dettaglio, «il fatto che dallo svolgimento delle mansioni sia derivato un danno patrimoniale o non patrimoniale al prestatore di lavoro corrisponde ad inadempimento del detto obbligo di tutela ed impone all'imprenditore l'onere di provare,

¹⁴³ Cass., 1° giugno 2004, n. 10510; Cass., 2 luglio 2014, n. 15082.

ai sensi dell'art. 1218 c.c., l'impossibilità di adempiere, per causa a lui non imputabile»¹⁴⁴. Da ciò, quindi, non deriva un'ipotesi di responsabilità oggettiva «né la dispensa, da qualsiasi onere probatorio, del lavoratore danneggiato». Se, infatti, il datore di lavoro, quale "debitore" dell'obbligo di sicurezza, risulta, appunto, gravato dell'onere di provare la non imputabilità dell'inadempimento¹⁴⁵, nel senso che «l'impossibilità della prestazione o la non esatta esecuzione della stessa o comunque il pregiudizio che colpisce la controparte derivano da causa a lui non imputabile»¹⁴⁶, rimane da capire quale sia l'onere incombente sul lavoratore.

Da questo punto di vista gli orientamenti dei collegi della Sezione Lavoro divergono significativamente.

Da un lato, infatti, sembra prevalere la posizione, minimalista, che vede il lavoratore gravato, ai sensi dell'art. 2697 cod. civ., dell'onere di provare «il "fatto" costituente inadempimento dell'obbligo di sicurezza nonché il nesso di causalità materiale tra l'inadempimento stesso ed il danno da lui subito, esulando dal suo onere probatorio la prova della colpa del datore di lavoro danneggiante, sebbene concorra ad integrare la fattispecie costitutiva del diritto al risarcimento (come ad ogni altro rimedio contro il medesimo inadempimento)»¹⁴⁷.

Dall'altro, un orientamento, forse minoritario, ritiene che il lavoratore, pur non dovendo dimostrare la colpa dell'altra parte, è tuttavia soggetto all'onere di allegare e dimostrare non solo l'esistenza del fatto materiale ma «anche le regole di condotta che assume essere state violate, provando che l'asserito debitore ha posto in essere un comportamento contrario o alle clausole contrattuali che disciplinano il rapporto o a norme inderogabili di legge o alle regole generali di correttezza e buona fede o alle misure che, nell'esercizio dell'impresa, debbono essere adottate per tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei

¹⁴⁴ Cass., 3 settembre 2018, n. 21563.

¹⁴⁵ *Ex plurimis*, Cass., 25 maggio 2006 n. 12445; Cass., 2 luglio 2014, n. 15082; Cass., 5 febbraio 2015, n. 2138; Cass., 5 gennaio 2016, n. 34; Cass., 26 aprile 2017, n. 10319; Cass., 18 giugno 2018, n. 16026.

¹⁴⁶ Cass., 11 aprile 2013, n. 8855.

¹⁴⁷ *Ex plurimis*, Cass., 25 maggio 2006 n. 12445; Cass., 2 luglio 2014, n. 15082; Cass., 5 febbraio 2015, n. 2138; Cass., 5 gennaio 2016, n. 34; Cass., 26 aprile 2017, n. 10319.

prestatori di lavoro»¹⁴⁸. Questa seconda posizione sembrerebbe maggiormente in linea con l'obiettivo di escludere la responsabilità oggettiva.

Come che sia, sull'ultimo asse, il tema dell'onere probatorio si articola ulteriormente, differenziandosi, quanto a intensità, a seconda che in contestazione sia l'omessa (o insufficiente) adozione di misure "nominata" (in particolare dal d.lgs. n. 81 del 2008) o "innominate" (in applicazione della norma elastica dell'art. 2087 cod. civ.) di protezione e protezione.

Nel primo caso, infatti, «il lavoratore ha l'onere di provare soltanto la fattispecie costitutiva prevista dalla fonte impositiva della misura stessa - cioè il rischio specifico, che s'intende prevenire o contenere - nonché, ovviamente, il nesso di causalità materiale tra l'inosservanza della misura ed il danno subito»¹⁴⁹. Simmetricamente, «la prova liberatoria a carico del datore di lavoro (...) si esaurisce nella negazione degli stessi fatti provati dal lavoratore: negazione, cioè, dell'obbligo o, comunque, dell'inadempimento - in relazione a quella stessa misura di sicurezza (o di prevenzione) - nonché del nesso di causalità tra inadempimento e danno».

Nel secondo caso, delle misure innominate, «fermo restando l'onere probatorio a carico del lavoratore, la prova liberatoria, a carico del datore di lavoro, risulta invece variamente definita in relazione alla quantificazione della diligenza (ritenuta) esigibile - nella predisposizione di quelle misure di sicurezza - e perciò registra, anche in giurisprudenza, significative oscillazioni tra l'imposizione al datore di lavoro dell'onere di provare l'adozione di ogni misura idonea ad evitare l'infortunio dedotto in giudizio (...) oppure soltanto l'adozione di

¹⁴⁸ Cass., 11 aprile 2013, n. 8855. Di segno opposto Cass., 26 aprile 2017, n. 10319, che ha ritenuto sussistente, da parte del giudice di merito, la violazione e la falsa applicazione degli artt. 1218 e 2087 c.c., per inversione dell'onere probatorio in materia di responsabilità contrattuale, avendo detto giudice attribuito al lavoratore, che pure aveva assolto il proprio onere, «la mancata specificazione delle misure di sicurezza adottabili e pertanto di quelle cautele obliterate la colpa della società datrice, del cui onere essa è onerata».

¹⁴⁹ *Ex plurimis*, Cass., 25 maggio 2006 n. 12445; Cass., 2 luglio 2014, n. 15082; Cass., 5 febbraio 2015, n. 2138; Cass., 5 gennaio 2016, n. 34; Cass., 26 aprile 2017, n. 10319.

comportamenti specifici, non imposti dalla legge (o da altra fonte di diritto parimenti vincolante), ma suggeriti da conoscenze sperimentali e tecniche *standard* di sicurezza adottati normalmente o da altre fonti analoghe»¹⁵⁰.

Proprio le «oscillazioni» di cui parla la Sezione Lavoro devono essere oggetto di specifica attenzione, anche, come si dirà, nella prospettiva del lavoro agile, in considerazione, soprattutto, dell'onere imposto sul datore da alcune pronunce «di dimostrare di aver adottato *tutte le cautele necessarie ad evitare il verificarsi dell'evento dannoso*», tra le quali «non rientra soltanto l'osservanza di puntuali precetti relativi alle macchine impiegate o a specifiche lavorazioni, ma anche l'adozione di misure relative all'organizzazione del lavoro», «conseguendo al mancato o incompleto assolvimento di tale onere, la responsabilità dello stesso datore ai sensi dell'art. 2087 c.c., senza che in contrario possa assumere rilievo l'imprudenza dell'infortunato nell'assumere l'iniziativa di collaborazione nel cui ambito l'infortunio si è verificato»¹⁵¹.

Anche perché dal richiamo a «tutte le cautele necessarie ad evitare il verificarsi dell'evento dannoso» alla responsabilità oggettiva, il passo è breve e la tentazione forte, soprattutto in un'ottica puramente risarcitoria, nella quale, anche qualora «non sia tecnicamente possibile conseguire la sicurezza assoluta, il rischio e i costi degli eventuali incidenti non possono certo farsi gravare sul lavoratore infortunato». Di modo che, sebbene con voce alquanto isolata, la Cassazione Civile ha potuto affermare che quella enunciata dall'art. 2087 cod. civ. (vera e propria norma di chiusura del sistema prevenzionistico¹⁵²) «è (anche) una responsabilità oggettiva, dovendo gravare sull'impresa, e non sui lavoratori o sui terzi, il rischio inerente all'eventuale pericolosità dei macchinari di cui essa si avvalga, per l'esercizio della sua attività e nel suo interesse». Secondo questo orientamento, «solo la responsabilità oggettiva, infatti, garantisce una certa efficacia dissuasiva dall'uso di mezzi o attrezzature pericolose, facendo gravare i costi degli incidenti sull'impresa che tali mezzi utilizza, anziché sui lavoratori o sui terzi

¹⁵⁰ Di recente, Cass., 10 giugno 2019, n. 15562.

¹⁵¹ Cass., 18 maggio 2007, n. 11622; Cass., 8 maggio 2014, n. 9945.

¹⁵² Cass., 7 gennaio 2009, n. 45; Cass., 11 luglio 2011, n. 15156; Cass., 11 aprile 2013, n. 8855; Cass., 3 settembre 2018, n. 21563.

danneggiati». Ciò, in particolare, in mancanza di prove idonee a esimere il datore da responsabilità, rinvenibili, ad esempio in un corretto esercizio dei doveri di informazione formazione nei confronti del lavoratore infortunato¹⁵³.

Distante dall'elogio delle "virtù" della responsabilità oggettiva è, invece, quell'orientamento secondo il quale la responsabilità datoriale *ex art. 2087* «non è limitata alla violazione di norme d'esperienza o di regole tecniche preesistenti e collaudate, ma va estesa, invece, nell'attuale sistema italiano, supportato a livello costituzionale, alla cura del lavoratore, attraverso l'adozione, da parte del datore di lavoro, nel rispetto del suo diritto di libertà d'impresa, di tutte quelle misure e delle cautele che, in funzione della diffusione e della conoscibilità, pur valutata in concreto, delle conoscenze, si rivelino idonee, secondo l'*id quod plerumque accidit*, a tutelare l'integrità psicofisica di colui che mette a disposizione della controparte la propria energia vitale»¹⁵⁴.

In positivo, ciò significa che è escluso «ogni aspetto di responsabilità qualora il datore di lavoro abbia correttamente ed esaustivamente adempiuto a detti obblighi, sicché non sia possibile ravvisare a suo carico alcun margine od elemento di colpa» una volta assolto «il rigoroso onere probatorio su di lui incombente».

Risulta, dunque, da escludere che «la pur lata ed estesa responsabilità datoriale, come delineata dall'ampio contenuto della norma di riferimento (art. 2087 cod. civ.), [possa] essere dilatata fino a comprendere ogni ipotesi di danno ai dipendenti, pur se in conseguenza di eventi incolpevoli [per il datore], sostenendosi che, comunque, il rischio non si sarebbe verificato in presenza di ulteriori accorgimenti di valido contrasto». In tal modo, si perverrebbe, infatti, alla «abnorme applicazione di un principio di responsabilità oggettiva, ancorata al presupposto teorico che qualsiasi rischio possa essere evitato, pur se esorbitante da ogni umana prevedibilità e vanificante l'adozione delle misure più sofisticate ed all'avanguardia secondo lo sviluppo tecnico attuale. Ciò in base all'assunto dogmatico che il verificarsi dell'evento costituisce circostanza che assurge in ogni caso ad inequivoca riprova del mancato

¹⁵³ Cass., 25 febbraio 2008, n. 4718.

¹⁵⁴ Cass., 11 luglio 2011, n. 15156; Cass., 24 ottobre 2017, n. 25151; Cass., 5 luglio 2018, n. 17668.

uso dei mezzi tecnici più evoluti del momento, atteso il superamento criminoso di quelli in concreto adoperati»¹⁵⁵. Di conseguenza, «ricorre la violazione di una regola di prudenza innominata quando essa sia debitamente qualificata, in modo da integrare il precetto dell'art. 2087 c.c., ma non quando consista in una mera affermazione, disancorata da un accertamento in fatto in ordine alla sua necessità per l'inidoneità della misura adottata»¹⁵⁶.

Il quadro così ricostruito sembra idoneo a rendere remoto il rischio di *probatio diabolica*, sempre paventabile, invece, al ricorrere, secco, di espressioni quali «tutte le cautele necessarie ad evitare il verificarsi dell'evento dannoso»¹⁵⁷. Soprattutto se si puntualizza che «la responsabilità del datore di lavoro, in ordine all'infortunio subito dal dipendente, non può essere senz'altro ammessa se sia emersa una coeva o successiva condotta colpevole dell'infortunato o di altri, né esclusa soltanto per tale fatto, dovendosene accertare la reale autonomia causale rispetto alla causa posta in essere dal datore di lavoro ovvero la concorrenza». E che «l'art. 2087 c.c., richiede una collaborazione tra le due parti del contratto di lavoro, onde il lavoratore è obbligato a rispettare sia la normativa antinfortunistica sia le regole di prudenza e il datore di lavoro può, nel fornire la prova liberatoria *ex art.* 1218 cod. civ., dimostrare la concorrente colpa del prestatore al fine di diminuire il risarcimento del danno ai sensi dell'art. 1227 cod. civ., comma 1»¹⁵⁸. In ogni caso, «non potendo discendere dall'art. 2087 cod. civ. un obbligo per il datore di lavoro di impedire comportamenti anomali ed imprevedibili dei dipendenti, la mera verifica di un danno non è di per sé sufficiente a far scattare, a carico del datore medesimo, l'onere di dimostrare di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare l'evento»¹⁵⁹.

¹⁵⁵ Cass., 11 aprile 2013, n. 8855; Cass., 3 settembre 2018, n. 21563.

¹⁵⁶ Cass., 23 maggio 2019, n. 14066.

¹⁵⁷ A titolo di esempio, Cass., 13 ottobre 2015, n. 20533; Cass., 9 giugno 2017, n. 14468.

¹⁵⁸ Cass., 3 settembre 2018, n. 21563.

¹⁵⁹ Cass., 13 febbraio 2019, n. 4225; Cass., 15 luglio 2020, n. 15107.

8. Informazione, formazione e istruzione

Un momento fondamentale dell'adempimento dell'obbligo di sicurezza, che assume peraltro, la forma di misura "nominata", è quello dell'informazione e della formazione dei lavoratori, sancito dagli art. 36 e 37 d.lgs. n. 81 del 2008, nonché, in forma specifica, per i lavoratori agili, dall'art. 22 comma 1 l. n. 81 del 2017. Tuttavia, soprattutto nel primo caso, il legislatore è stato parco di dettagli nella concretizzazione delle condotte datoriali dovute, lasciando, così, ampio spazio alla giurisprudenza sia civile che penale, la quale ha avuto il merito di enfatizzare l'importanza di questo momento, inteso anche come istruzione del lavoratore in sicurezza, collegandolo, peraltro, all'altrettanto centrale esercizio "doveroso" del potere di vigilanza e controllo¹⁶⁰.

Nella prospettiva appena illustrata, la Cassazione Penale bolla come insufficiente la mera predisposizione di cartelli di divieto e di lettere informative di divieto ai lavoratori. Al datore, infatti, è richiesta un'azione positiva, «volta ad assicurarsi che le regole in questione vengano assimilate dai lavoratori e vengano rispettate nella ordinaria prassi di lavoro», anche attraverso «un controllo continuo e pressante per imporre che i lavoratori rispettino la normativa e sfuggano alla tentazione, sempre presente, di sottrarsi anche instaurando prassi di lavoro non corrette»¹⁶¹.

Se questa prospettazione risulta del tutto in linea con gli obiettivi posti dal legislatore, colpisce, invece, la sua estremizzazione, emblematicamente rinvenibile in una pronuncia, dalla quale è stata derivata una massima tralaticciamente e di continuo richiamata dalla giurisprudenza, relativa al mancato adempimento dell'obbligo di informazione (*rectius* istruzione), in presenza della «generica indicazione di svuotare la carriola con il badile per renderla "più leggera" – o piuttosto di non sollevarla "quando era ancora completamente piena" – essendo del tutto evidente che in tal modo la misura precauzionale non era adottata dal datore di lavoro giacché la individuazione dei suoi contenuti veniva inammissibilmente demandata allo stesso lavoratore, cui competeva

¹⁶⁰ Sul punto, v. E. ALES, *La dimensione "doverosa" del potere di organizzazione*, cit.

¹⁶¹ Cass. pen., 16 gennaio 2004, n. 18638; Cass., 19 febbraio 2019, n. 4817.

discrezionalmente di stabilire il momento in cui sollevare la carriola senza incorrere nel danno temuto»¹⁶².

Altro è, ovviamente, sostenere che l'attività di formazione non sia esclusa dalla semplicità delle misure da adottare, nella prospettiva che «con la formazione si impartiscono al lavoratore direttive, sia pure in una forma che potrebbe dirsi di “*soft law*”, le quali indicano allo stesso quale comportamento si pretende da lui; gli si indica quel che ci si attende e cosa non deve fare. In assenza di formazione si lascia il lavoratore nella necessità di decidere ciò che egli deve come comportamento cautelare. Ed è certo possibile che questi errori, anche in modo macroscopico. L'intero sistema prevenzionistico sconta l'ipotesi del comportamento negligente, imperito, imprudente del lavoratore».

Altrimenti argomentando, si evocherebbe l'appartenenza del lavoratore al novero dei garanti della sicurezza, un assunto ritenuto erroneo da parte della giurisprudenza, «in primo luogo, perché la previsione di obblighi cautelari in capo al lavoratore è finalizzata ad evitare che egli determini pericoli per l'altrui salute; in secondo luogo, perché per imputare al lavoratore medesimo l'infortunio del quale egli è rimasto vittima occorre escludere che altri non ne siano stati causa», in particolare «se questi non hanno operato per evitarlo, anche con la somministrazione di adeguata formazione»¹⁶³.

Che l'informazione e la formazione finiscano spesso per coincidere con le istruzioni concrete che il datore dovrebbe fornire al lavoratore per lo svolgimento in sicurezza della prestazione è un dato che emerge con chiarezza soprattutto dalla giurisprudenza penale, per la quale, come visto, risulta determinante che sia «compiutamente descritta la cautela doverosa e precisamente accertata la efficienza causale della sua omissione», a maggior ragione nel caso in cui «la regola cautelare non pretende l'adozione di una misura oggettiva di protezione (...) ma misure di carattere organizzativo o procedurale»¹⁶⁴. Da ciò deriva la necessità, da parte del giudice di merito che adotti una sentenza di condanna del datore, di descrivere puntualmente i contenuti della informazione, formazione, istruzione che sarebbero state omesse e che,

¹⁶² Cass., 6 ottobre 2016, n. 20051; Cass., 26 aprile 2017, n. 10319.

¹⁶³ Cass. pen., 5 ottobre 2017, n. 45808.

¹⁶⁴ Cass. pen., 23 luglio 2018, n. 34791.

se trasmessi avrebbero (ragionevolmente) evitato l'evento dannoso, chiarendo così la «relazione causale tra la mancata informazione del lavoratore (...) e l'infortunio»¹⁶⁵.

L'assimilazione dell'informazione e della formazione alle istruzioni attiva anche il confronto con il tema dell'esperienza, la quale, laddove documentata, potrebbe rendere superflue le stesse ed escludere il profilo colposo della colpa del datore, mandandolo assolto. Non è, tuttavia di questo avviso la giurisprudenza penale, la quale afferma che l'esperienza non può ritenersi, in sé, misura sufficiente a prevenire l'evento dannoso e che, invece, «solo una continua e particolare sensibilizzazione del lavoratore all'osservanza delle basilari norme di comportamento» può garantire un simile risultato, evidenziando anche che, spesso, quella che può sembrare imprudenza del lavoratore altro non è che sua «mancata formazione ed istruzione», di modo da doversi escludere «qualsiasi colpa dell'infortunato nella causazione dell'evento»¹⁶⁶.

A meno che, la condotta posta in essere non sia «incontrovertibilmente imprudente» e il lavoratore non possieda le cognizioni necessarie per rendersi conto del rischio. Tanto più che «l'incidenza della mancata ottemperanza all'obbligo di impartire un'adeguata formazione e informazione sul processo eziologico sfociato nell'evento, va valutata in relazione al grado di complessità e di tecnicità degli incombeni a cui è chiamato il lavoratore e delle cautele da adottare e quindi all'eventualità che il lavoratore, senza un adeguato addestramento, possa non essere in grado di rendersi conto dei rischi insiti in un certo *modus operandi*. Ne deriva che, qualora la pericolosità di una certa manovra sia immediatamente percepibile non solo da parte di un operatore esperto ma anche di un lavoratore alle prime armi e perfino del *quisque de populo*, il quesito inerente alla sussistenza della causalità della colpa per omessa formazione e informazione del dipendente diviene particolarmente delicato»¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Cass. pen., 23 luglio 2018, n. 34791; Cass. pen., 7 maggio 2020, n. 13918.

¹⁶⁶ Cass., 10 ottobre 2018, n. 25102, sulla scorta di Cass., 25 febbraio 2008, n. 4718 e di Cass., 6 ottobre 2016, n. 20051. Sul tema, v. anche Cass., 25 novembre 2019, n. 30679.

¹⁶⁷ Cass. pen., 22 luglio 2019, n. 32507.

In casi simili, infatti, si può argomentare che, «quand'anche il titolare della posizione di garanzia avesse osservato la norma cautelare in questione, impartendo un'adeguata formazione e informazione al lavoratore, l'evento si sarebbe verificato lo stesso perché il lavoratore, mosso da ragioni del tutto estranee alla problematica della sicurezza, ha posto in essere una manovra pur rendendosi perfettamente conto della pericolosità di quest'ultima, che era di immediata, intuitiva e incontrovertibile evidenza per chiunque» e ancor più per qualcuno esperto¹⁶⁸.

La consapevolezza, dunque, più che l'esperienza (generica) del lavoratore, rilevano al fine di escludere una condotta colpevolmente colposa del datore, in assenza della quale la responsabilità di quest'ultimo non può essere affermata.

Intese come istruzione del lavoratore rispetto alle procedure da seguire nell'esecuzione della prestazione chiaramente inserita nell'ambito dell'organizzazione fisica dell'impresa, informazione e formazione, paiono distanti dagli obblighi incombenti sul datore nel caso del lavoratore agile ai sensi dell'art. 22 comma 1 l. n. 81 del 2008. Questi, infatti, consegna, con cadenza almeno annuale, al lavoratore e al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza «un'informativa scritta nella quale sono individuati i rischi generali e i rischi specifici connessi alla particolare modalità di esecuzione del rapporto di lavoro». D'altro canto, vi è da chiedersi quale sia il rapporto tra detto adempimento e la garanzia della salute e sicurezza del lavoratore, alla quale si riferisce, comunque, l'*incipit* dello stesso art. 22 comma 1 ovvero se con la consegna dell'informativa l'obbligo di sicurezza del datore di lavoro nei confronti del lavoratore agile possa dirsi assolto.

9. Il luogo di lavoro

Nella prospettiva appena indicata, un ultimo aspetto, centrale, sul quale riflettere è quello della nozione di luogo di lavoro, la quale, nonostante sia definita dall'art. 62 d.lgs. n. 81 del 2008, è stata oggetto di importanti specificazioni da parte della giurisprudenza penale.

Quest'ultima, infatti, lo ha inteso, in senso generale, come «ogni

¹⁶⁸ Cass. pen., 22 luglio 2019, n. 32507.

luogo necessario in cui i lavoratori siano costretti a recarsi per incombenze varie inerenti all'attività che si svolge»¹⁶⁹ ma anche quello in cui viene «svolta e gestita una qualsiasi attività che implichi prestazioni di lavoro, indipendentemente dalle finalità (sportive, artistiche, ludiche, di addestramento o altro) della struttura in cui essa si svolga e della sua frequentazione occasionale o sistematica da parte di soggetti estranei all'attività lavorativa»¹⁷⁰.

Questa definizione di luogo di lavoro supera, per ampiezza quella dettata dal già richiamato art. 62 d.lgs. n. 81 del 2008, ai sensi del quale, invece, tali si intendono i «luoghi destinati ad ospitare posti di lavoro, ubicati all'interno dell'azienda o dell'unità produttiva, nonché ogni altro luogo di pertinenza dell'azienda o dell'unità produttiva accessibile al lavoratore nell'ambito del proprio lavoro». Di conseguenza, secondo la stessa giurisprudenza penale, «ai fini della individuazione dei soggetti gravati da obblighi prevenzionistici, la identificazione di uno spazio quale luogo di lavoro non può prescindere dalla identificazione del plesso organizzativo al quale lo spazio in questione accede».

Al fine, dunque, di individuare l'ambito di applicazione dell'art. 62 e, quindi, del Titolo II del d.lgs. n. 81 del 2008 nonché degli obblighi che il datore deve rispettare, risulta necessaria la presenza di un «collegamento di ordine spaziale ("all'interno dell'azienda ...") o almeno pertinenziale tra l'azienda o l'unità produttiva e il luogo di lavoro. E lo implica la logica stessa della normativa prevenzionistica, che attribuisce obblighi securitari a colui che è titolare di poteri organizzativi e decisionali che trovano nei luoghi di lavoro l'ambito spaziale e funzionale di estrinsecazione». In questa prospettiva trova conferma l'impostazione già richiamata secondo la quale «ogni tipologia di spazio può assumere la qualità di "luogo di lavoro", a condizione che ivi sia ospitato almeno un posto di lavoro o esso sia accessibile al lavoratore nell'ambito del proprio lavoro»¹⁷¹. Una simile definizione rende infatti applicabile il Titolo II anche a luoghi nei quali i lavoratori si

¹⁶⁹ Cass. pen., 19 luglio 2011, n. 28780; Cass. pen., 2 ottobre 2019, n. 40256; Cass. pen., 15 aprile 2020, n. 12158.

¹⁷⁰ Cass. pen., 20 gennaio 2014, n. 2343; Cass. pen., 22 marzo 2016, n. 12223.

¹⁷¹ Cass. pen., 19 luglio 2011, n. 28780; Cass. pen., 20 gennaio 2014, n. 2343.

trovino semplicemente a transitare, qualora il transito sia «necessario per provvedere alle incombenze loro affidate»¹⁷².

Al contrario, non può parlarsi di luogo di lavoro «solo sul presupposto che un qualsiasi soggetto, che è anche prestatore d'opera in favore di taluno, vi si trovi a transitare». Secondo la giurisprudenza penale, invero, deve essere affermata «la stretta correlazione che esiste tra la nozione di “luogo di lavoro” e la specifica organizzazione imprenditoriale alla quale questo accede in funzione servente; correlazione che deriva dalla necessità che si tratti di ambito spazio-funzionale sul quale possano e debbano estendersi i poteri decisionali del vertice della compagine». Dunque, «il datore di lavoro obbligato al rispetto delle prescrizioni dettate dal Titolo II del d.lgs. n. 81 del 2008 per la sicurezza dei luoghi di lavoro va identificato in colui che riveste tale ruolo nell'organizzazione imprenditoriale alla quale accede il luogo di lavoro medesimo»¹⁷³.

La definizione contenuta nell'art. 62 d.lgs. 81 del 2008, alla quale consegue l'applicazione delle disposizioni del Titolo II, non esaurisce, tuttavia, la nozione “ampia” di luogo di lavoro elaborata dalla giurisprudenza penale, la quale ritiene la prima “restrittiva” e, comunque, «posta unicamente in relazione alle disposizioni di cui al Titolo II del citato decreto». In questa prospettiva, ai sensi dell'art. 15 d.lgs. n. 81 del 2008, il datore di lavoro deve valutare i rischi (*rectius* pericoli) esistenti in tutti i «luoghi nei quali sono chiamati ad operare i dipendenti, ovunque essi siano situati». Allo stesso modo deve essere adempiuto, ai sensi dell'art. 37 comma 1 lett. b), il «generale obbligo di formare i lavoratori, in particolare in ordine ai rischi connessi alle mansioni». Ma anche deve essere garantita la prevenzione incendi, ai sensi dell'art. 46¹⁷⁴. In questo quadro, «va ribadito che ogni tipologia di spazio può

¹⁷² Cass. pen., 19 luglio 2011, n. 28780; Cass. pen., 9 ottobre 2015, n. 40721.

¹⁷³ Cass. pen., 9 ottobre 2015, n. 40721.

¹⁷⁴ Cass. pen., 7 novembre 2019, n. 45316, riferita ad un infortunio occorso in un'area privata dove era collocato un impianto di fornitura di gas accessibile ai lavoratori per ogni intervento di manutenzione/riparazione/modifica dei componenti di proprietà della ditta fornitrice, area che, alla luce del quadro di principio delineato, deve essere ricompresa nella nozione di luogo di lavoro e nella quale, il responsabile della ditta stessa, avrebbe dovuto adempiere ai prescritti obblighi di sicurezza posti a tutela della salute dei lavoratori.

assumere la qualità di “luogo di lavoro”; a condizione che ivi sia ospitato almeno un posto di lavoro o esso sia accessibile al lavoratore nell’ambito del proprio lavoro»¹⁷⁵.

Quest’ultima affermazione può risultare ovviamente decisiva nella prospettiva di risolvere, in maniera potenzialmente dirimpente, la questione dell’adempimento dell’obbligo di sicurezza nei confronti del lavoratore agile, il quale, potendo svolgere la propria prestazione ovunque, è in grado di trasformare ogni luogo in un posto di lavoro, rispetto al quale vigono gli obblighi “generici” ma “nominati” sanciti dal Titolo I del d.lgs. n. 81 del 2008.

10. *Conclusioni*

Dall’impegnativa disamina degli orientamenti giurisprudenziali operata in questo saggio emerge un quadro nel quale l’occasione di lavoro e l’adempimento dell’obbligo di sicurezza risultano strettamente collegati allo svolgimento della prestazione nell’ambito dell’organizzazione del datore e dei suoi locali, nei quali i lavoratori sono sottoposti all’esercizio “doveroso” del potere di vigilanza e controllo. La possibilità effettiva di delimitare l’area di rischio e di governarla, conformando la prestazione lavorativa a parametri di tipicità i cui *standard* di sicurezza siano stati preventivamente validati, costituiscono, al momento, il presupposto di qualsiasi responsabilità del datore e del lavoratore. In questo contesto, risulta evidente la difficoltà che incontrano la tipizzazione e la standardizzazione nei confronti del lavoro “multi-locale” ovvero prestato dal lavoratore in parte (o del tutto) all’esterno dei locali aziendali, senza una postazione fissa, con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici che gli consentono di effettuare la prestazione in modalità itinerante.

Per quanto riguarda il lavoro agile, occorre tenere presente che l’accordo tra datore e lavoratore «disciplina l’esecuzione della prestazione lavorativa svolta all’esterno dei locali aziendali, anche con riguardo alle forme di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro

¹⁷⁵ Cass. pen., 5 ottobre 2017, n. 45808; Cass. pen., 7 novembre 2019, n. 45316; Cass. pen., 15 aprile 2020, n. 12158.

ed agli strumenti utilizzati dal lavoratore» (art. 19 comma 1), «l'esercizio del potere di controllo del datore di lavoro sulla prestazione resa dal lavoratore all'esterno dei locali aziendali nel rispetto di quanto disposto dall'articolo 4 della legge 20 maggio 1970, n. 300» e «individua le condotte, connesse all'esecuzione della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali, che danno luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari» (art. 21). Si tratta di una contrattualizzazione dell'esercizio dei poteri che potrebbe consentire alle parti di predeterminare le condotte che entrambe si obbligano a tenere nei momenti in cui la prestazione è eseguita all'esterno del luogo di lavoro¹⁷⁶.

Da questo punto di vista si potrebbe individuare una sorta di *trade-off* tra pregnanza dell'etero-direzione e "agilità" (auto-organizzazione) della prestazione, in termini di (maggiore o minore) intensità dell'obbligo di sicurezza, nel senso di attribuire all'accordo una funzione transattiva nell'ambito della quale il datore, rinunciando all'esercizio del potere direttivo venga, di conseguenza, privato del potere di controllo ma anche esonerato dal dovere di vigilanza, ritenendosi soddisfatto da una prestazione orientata al risultato¹⁷⁷. Al contrario, laddove il datore decidesse di mantenere intatte le proprie prerogative, come se l'attività venisse svolta nel luogo di lavoro, sarebbe obbligato a esercitarle nella loro interezza con la responsabilità che ne consegue in caso di violazione dell'obbligo di sicurezza rispetto all'area di rischio così individuata.

Rimane, ovviamente, da capire quale tenuta potrebbe avere nella prospettiva "pubblicistica" della tutela della salute del lavoratore un simile accordo, rispetto all'applicazione della tutela contro gli infortuni e le malattie professionali e al vaglio della giurisprudenza penale, soprattutto alla luce della nozione "ampia" di luogo di lavoro sopra illustrata.

L'alternativa sarebbe quella di sostenere¹⁷⁸ che l'obbligo di sicu-

¹⁷⁶ Sul tema, in generale, A. PERULLI, *La "soggettivazione regolativa" nel diritto del lavoro*, in WP CSDLE "Massimo d'Antona".IT – 365/2018.

¹⁷⁷ Su questi aspetti: L. TEBANO, *Lavoro, potere direttivo e trasformazioni organizzative*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, 193 ss.

¹⁷⁸ Come affermano le Parti Sociali nell'accordo interconfederale di *Attuazione del Patto per la Fabbrica – Salute e sicurezza* del 12 dicembre 2018, 18 – 19.

rezza nel lavoro agile risulterebbe adempiuto con la consegna dell'informativa scritta di cui all'art. 22 l. n. 81 del 2017, con un sostanziale azzeramento della tutela o, meglio, con una responsabilizzazione totale del lavoratore per la propria sicurezza quando la prestazione sia svolta all'esterno. Anche in questo caso, però, occorrerebbe fare i conti con l'orientamento giurisprudenziale appena richiamato, alla luce del quale risulterebbe difficile esimere il datore da qualsiasi responsabilità. Peraltro, a sfavore di questa interpretazione sembra militare l'esplicito riconoscimento dell'obbligo di cooperazione del lavoratore «all'attuazione delle misure di prevenzione predisposte dal datore di lavoro per fronteggiare i rischi connessi all'esecuzione della prestazione all'esterno dei locali aziendali» (art. 22 comma 2), il quale lascerebbe presupporre una valutazione del rischio specifico preventivamente effettuata dal datore nell'apposito documento (DVR)¹⁷⁹.

In questo quadro, ci pare necessario sostenere un approccio integrato che tenga insieme il DVR, l'accordo e l'informativa, strumenti mediante i quali venga concordata l'area di rischio esterna che, a questo punto, congiuntamente, datore e lavoratore sono chiamati a governare, con una distribuzione delle responsabilità direttamente proporzionale all'intensità dell'esercizio delle prerogative datoriali. Una simile interpretazione consentirebbe di preservare con aggiustamenti minori l'assetto ricostruttivo raggiunto dalla giurisprudenza, così come descritto in questo saggio, a condizione che la stessa accetti il principio di autoregolamentazione dell'obbligo di sicurezza nell'ambito dell'approccio integrato e che le parti forniscano indicazioni rispetto a concetti "aperti" quali il rischio elettivo o la condotta abnorme.

Evidentemente e in chiave conclusiva, non si può tacere del fatto che, nella Pandemia, il legislatore stia utilizzando il lavoro agile come presidio sanitario¹⁸⁰, consentendo e incentivando il datore a collocare il dipendente in lavoro agile anche in assenza di accordo¹⁸¹. La domanda

¹⁷⁹ Sul punto, v. F. MALZANI, *Il lavoro agile tra opportunità e nuovi rischi per il lavoratore*, in *Dir. lav. merc.*, 2018, 17.

¹⁸⁰ V. A. GIULIANI, *Il lavoro agile: contemperamento tra tutela della salute ed esigenze lavorative*, in *Dir. sic. lav.*, 2020, 80.

¹⁸¹ Sul tema, C. ALESSI, M. L. VALLAURI, *Il lavoro agile alla prova del Covid-19*, in O. BONARDI, U. CARABELLI, M. D'ONGHIA, L. ZOPPOLI (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Ediesse, Roma, 2020, 133 ss.; B. CARUSO, *Tra lasciti e rovine della pan-*

che occorre porsi è se questo assetto legislativo renda sufficiente l'informativa, eliminando qualsiasi prospettiva di governo del rischio anche congiunto¹⁸². Certo, all'epoca del confinamento, il lavoro agile si è radicalmente trasformato in lavoro a domicilio o telelavoro, senza, però, usufruire delle tutele ad essi riconosciute. Ciò non vuol dire, però, che il lavoratore agile "mono-locale" operi in un contesto privo di rischi per la propria salute, se non fisica, certamente psichica e psico-sociale¹⁸³. Di questi aspetti qualcuno dovrà pur farsi carico. Ci piacerebbe pensare che non debbano essere, come, invece, usuale, i giudici civili e penali.

demia: più o meno smart working?, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, I, 215.

¹⁸² Sul punto, condivisibilmente, I. SENATORI, *Attivazione del lavoro agile e poteri datoriali nella decretazione emergenziale*, in *Giust. civ.com*, numero speciale 1/2020 su *Emergenza Covid-19*.

¹⁸³ E. ALES, *Quale welfare ai tempi della pandemia?*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2020, 429.

Problematiche attuali dell'infortunio *in itinere*

GUGLIELMO CORSALINI¹

SOMMARIO: 1. *Premessa. Il riconoscimento normativo degli infortuni in itinere.* – 2. *La tutela dell'iter a prescindere dal mezzo di locomozione utilizzato.* – 3. *Limite alla protezione del viaggio con mezzo privato ("purché necessitato").* – 4. *Segue: il criterio interpretativo della ragionevolezza.* – 5. *Segue: tragitto percorribile a piedi o adeguatamente servito da mezzi pubblici di trasporto.* – 6. *L'iter protetto: il luogo di abitazione* – 7. *Segue: il luogo di lavoro.* – 8. *Segue: il viaggio tra due luoghi di lavoro.* – 9. *Segue: gli spostamenti nell'ambito delle aree condominiali e delle pertinenze dell'abitazione e del luogo di lavoro.* – 10. *Segue: gli spostamenti nell'ambito delle pertinenze del luogo di lavoro.* – 11. *Segue: la mensa aziendale ed il luogo di consumazione abituale dei pasti.* – 12. *Interruzioni e deviazioni* – 13. *Segue: interruzioni e deviazioni "necessitate".* – 14. *Percorso più lungo tra diversi possibili.* – 15. *La colpa del lavoratore ed il "rischio elettivo" negli infortuni in itinere.* – 16. *Incertezze sulla distinzione tra infortuni in itinere "colposi" ed infortuni in itinere derivanti da "rischio elettivo"* – 17. *I comportamenti colposi del conducente del veicolo esclusi per legge dalla tutela: a) la guida in stato di ebbrezza; b) la guida senza patente.*

1. *Premessa. Il riconoscimento normativo degli infortuni in itinere*

Gli infortuni sulle vie del lavoro, che, pur con tutte le difficoltà derivanti dalla lacuna legislativa, avevano già da tempo trovato ampia tutela nel così detto "diritto vivente", in attuazione della legge delega n. 144 del 17 maggio 1999, art. 55, lett. u), sono stati appunto finalmente disciplinati dall'art. 12 del decreto legislativo n. 38 del 23 febbraio 2000 (da ora "art. 12"), dove si legge: «All'art. 2 e all'art. 210 del testo unico è aggiunto, in fine, il seguente comma: Salvo il caso di interruzione o deviazione del tutto indipendenti dal lavoro o, comunque, non necessitate, l'assicurazione comprende gli infortuni occorsi alle persone assicurate durante il normale percorso di andata e ritorno dal

¹ L'autore, avvocato INAIL, con il presente scritto esprime opinioni personali e non impegna naturalmente l'Ente di appartenenza.

luogo di abitazione a quello di lavoro, durante il normale percorso che collega due luoghi di lavoro se il lavoratore ha più rapporti di lavoro e, qualora non sia presente un servizio di mensa aziendale, durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di lavoro a quello di consumazione abituale dei pasti. L'interruzione e la deviazione si intendono necessitate quando sono dovute a cause di forza maggiore, ad esigenze essenziali ed improrogabili o all'adempimento di obblighi penalmente rilevanti. L'assicurazione opera anche nel caso di utilizzo del mezzo di trasporto privato, purché necessitato. Restano, in questo caso, esclusi gli infortuni direttamente cagionati dall'abuso di alcolici e di psicofarmaci o dall'uso non terapeutico di stupefacenti ed allucinogeni; l'assicurazione, inoltre, non opera nei confronti del conducente sprovvisto della prescritta abilitazione di guida».

Compito del legislatore delegato, ai sensi dell'art. 55, lett. u), citato, era quello, appunto, di prevedere «una specifica disposizione per la tutela dell'infortunio *in itinere* che recepisca i principi giurisprudenziali consolidati in materia», ma, naturalmente, la traduzione del «diritto vivente» in una norma giuridica rappresenta un procedimento complesso e pericoloso; peraltro, l'opzione seguita dal legislatore delegante può apparire discutibile, dal momento che per la qualificazione e la disciplina dell'istituto ha rimandato all'elaborazione giurisprudenziale, cui si era pervenuti proprio con un'applicazione estensiva di un'altra norma, ossia dell'art. 2 T.U.

Poiché veniva ormai considerato elemento decisivo per la tutela del viaggio la finalità dello stesso, il riconoscimento normativo dell'infortunio *in itinere* si sarebbe dovuto forse configurare come più ampio possibile, con una previsione molto semplice e sintetica del tipo: «l'assicurazione comprende gli infortuni occorsi alle persone assicurate (meglio ancora sarebbe «ad ogni lavoratore») sulle vie del lavoro».

Il legislatore ha, invece, optato per una disciplina più composita e non priva di incertezze interpretative, aggiungendo un identico comma agli artt. 2 e 210 T.U., norme riguardanti l'occasione di lavoro, rispettivamente, nell'industria e nell'agricoltura.

In ogni caso, dopo diversi decenni di attesa, si è appunto giunti alla previsione normativa della protezione previdenziale degli infortuni che i lavoratori assicurati subiscono «durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione a quello di lavoro, durante il

normale percorso che collega due luoghi di lavoro se il lavoratore ha più rapporti di lavoro e, qualora non sia presente un servizio di mensa aziendale, durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di lavoro a quello di consumazione abituale dei pasti».

Fino a quel momento la normativa vigente prevedeva esclusivamente la tutela dell'infortunio *in itinere* dei marittimi, in ragione degli eccezionali e mutevoli trasferimenti dal luogo di abitazione ai porti di imbarco sulle (o, sbarco dalle) navi in Italia ed all'estero, cui sono costretti; infatti, l'art. 6 del T.U. recita: «Le persone indicate nell'ultimo comma dell'art. 4 hanno diritto alle prestazioni stabilite dall'art. 66 anche se l'infortunio avviene durante il viaggio compiuto per andare a prendere imbarco sulle navi al servizio delle quali sono arruolate o per essere rimpatriate nel caso in cui la dimissione dal ruolo abbia avuto luogo per qualsiasi motivo in località diversa da quella di arruolamento o da quella in cui esse trovavansi al momento della chiamata per l'imbarco, sempreché nel viaggio di andata o di ritorno esse non mutino senza ragione l'itinerario prestabilito».

La speciale previsione di cui all'art. 12 colma, in definitiva, una grave lacuna dell'ordinamento, disciplinando la protezione ad un evento che per dimensione numerica ed oneri finanziari ad esso conseguenti non può certo considerarsi secondario rispetto all'infortunio sul lavoro in senso stretto; basti ricordare che, in base ai dati statistici di diversi paesi – compresa l'Italia – circa il 50% degli infortuni mortali avvengono sulla strada e che una parte importante di essi è rappresentata proprio dagli infortuni *in itinere*.

2. La tutela dell'iter a prescindere dal mezzo di locomozione utilizzato

La norma in commento non condiziona la copertura assicurativa degli infortuni *in itinere* all'uso di particolari mezzi di locomozione; ormai, perciò, tutte le modalità di spostamento (a piedi, su mezzi pubblici, su mezzo privato, su percorsi misti) sono ricomprese nella tutela quando il tragitto è collegato ad esigenze e finalità lavorative.

L'ampliamento della tutela è del tutto evidente soprattutto in relazione all'infortunio che subisce il pedone e colui che si sposta sui mezzi pubblici. In passato, infatti, lo spostamento a piedi, in presenza di

un collegamento meramente marginale ed indiretto con l'attività lavorativa, veniva considerato quale rischio generico del percorrere una strada qualunque e per un motivo qualunque e, quindi, non indennizzabile, a meno che il rischio non fosse risultato aggravato da particolari circostanze correlate direttamente allo svolgimento delle mansioni e comprovanti la sussistenza dell'occasione di lavoro. Soltanto verso la fine del ventesimo secolo si era potuta registrare un'apertura; si era infatti riconosciuto che, allorché l'utilizzo della pubblica strada sia imposto dalla necessità di raggiungere il posto di lavoro, si configura un rapporto finalistico tra l'attività di locomozione e l'attività di stretta esecuzione della prestazione lavorativa, che di per sé è sufficiente ad integrare quel *quid pluris* per la tutela dell'infortunio subito dal pedone sulle vie del lavoro.

Lo stesso dicasi per l'infortunio su mezzi pubblici che, proprio perché mezzi di locomozione utilizzati da tutti, lavoratori e non, si riteneva non meritevole di tutela previdenziale fino a quando non si è pervenuti ad un *revirement* giurisprudenziale che si è andato via via consolidando negli anni immediatamente precedenti all'emanazione della nuova normativa.

In particolare, secondo l'orientamento tradizionale, poiché la tutela assicurativa entra in funzione allorché la situazione di fatto determinatasi nell'infortunio *in itinere* sia tale da concretizzare un *quid pluris* specificante del rischio generico, che grava su qualsiasi utente della strada, andava esclusa la riconoscibilità dell'infortunio subito dal lavoratore in viaggio su mezzo pubblico, in quanto l'uso di tale mezzo, ancorché necessitato, non comporta alcun elemento che possa connotare come diverso e più grave il rischio generico in cui incorrono tutte le persone che si trovino nell'identica condizione di dover usare i mezzi di trasporto pubblici.

In base all'indirizzo successivo, invece, il rischio generico connesso all'uso di mezzi di trasporto assume una connotazione eziologica professionale, tale da aggravare il rischio generico e da ciò deriva l'indennizzabilità dell'infortunio *in itinere* anche quando sia fatto uso del mezzo pubblico che costituisce il modo normale per la mobilità delle persone e comporta il grado minimo di esposizione al rischio della strada.

Non vi sono dubbi, poi, sull'indennizzabilità dell'infortunio subito

dal lavoratore che fa uso del mezzo imposto dal datore di lavoro, infatti l'obbligatorietà dell'uso del mezzo attrae la modalità di trasporto nell'ambito del sinallagma contrattuale. Sicuramente "necessitato", infatti, appare l'uso del mezzo privato quando, ad esempio, sia il datore di lavoro a richiedere che il lavoratore sia automunito o, comunque, motorizzato.

A questa ipotesi, poi, è stata sempre assimilata quella in cui il mezzo non sia imposto, ma semplicemente messo a disposizione dal datore di lavoro; ciò, probabilmente, in considerazione del principio di affidamento che il lavoratore ripone nelle strutture e nell'organizzazione aziendale.

3. Limite alla protezione del viaggio con mezzo privato ("purché necessitato")

In alternativa agli spostamenti a piedi o su mezzi pubblici, il lavoratore può utilizzare anche un mezzo di trasporto privato, come la bicicletta, il cavallo, la barca, il velivolo, il ciclomotore, la motocicletta, l'auto, l'autocarro ed altri mezzi analoghi di locomozione, ivi compreso il taxi.

Nel caso di utilizzazione del mezzo privato, specialmente in seguito all'emanazione del decreto n. 38 del 2000, sembra irrilevante ai fini della decisione sull'indennizzabilità dell'infortunio sia la proprietà del mezzo utilizzato, che quindi può non appartenere allo stesso lavoratore, sia il tipo di mezzo utilizzato, sia, infine, la sussistenza dell'eventuale autorizzazione all'uso del mezzo proprio da parte del datore di lavoro.

Bisognerà ricordare, tuttavia, che, per quanto riguarda l'uso del mezzo privato, si è sempre preteso che ad esso il lavoratore fosse in qualche modo costretto per mancanza di possibilità alternative di spostamento, eventualmente derivanti anche dalle sue particolari condizioni di salute.

In linea con tale orientamento, allora, l'art. 12, prevede l'esclusione della protezione nel caso di utilizzo del mezzo di trasporto privato, quando tale utilizzo non sia "necessitato": «L'assicurazione opera anche nel caso di utilizzo del mezzo di trasporto privato, purché necessitato».

L'unico mezzo privato il cui uso viene considerato sempre e comunque necessitato è oggi la bicicletta, infatti l'art. 5 della legge n. 221 del 28 dicembre 2015 ha stabilito che «L'uso del velocipede, come definito ai sensi dell'art. 50 del d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285, e successive modificazioni, deve, per i positivi riflessi ambientali, intendersi sempre necessitato».

4. Segue: *il criterio interpretativo della ragionevolezza*

Il lemma “necessitato”, utilizzato dal legislatore, non sembra possa assumere un significato letterale univoco, per cui resta riservata ampia discrezionalità all'interprete, il quale potrebbe intenderlo nel senso di “indispensabile”, o, in alternativa, di “opportuno”. Ciò, se da un lato consente di adattare la norma ai mutamenti sociali e di sensibilità che si manifestano nel corso degli anni, dall'altro genera incertezza applicativa ed un conseguente notevole contenzioso.

Stando alla giurisprudenza meno datata, tuttavia, il termine “necessitato” non viene interpretato nel senso di assolutamente necessario, ma sembra stia assumendo un significato meno rigido e sostanzialmente analogo a quello che ha il termine “giustificato”. Allora, l'uso del mezzo proprio può considerarsi “necessitato” quando risulta “giustificato” in relazione al criterio della ragionevolezza, attraverso il quale si rende sempre più penetrante la protezione assicurativa in questa materia.

L'accertamento della sussistenza del requisito della ragionevolezza va effettuato in considerazione non solo delle esigenze organizzative dell'attività lavorativa, ma anche delle esigenze di vita del lavoratore (umane, familiari ed economico sociali), per la cui individuazione la Suprema Corte ha fatto riferimento ai fondamentali principi espressi dagli artt. 3 (uguaglianza formale e sostanziale), 16 (libertà di circolazione e di scelta della dimora e residenza), 31 (tutela della famiglia), 32 (tutela della salute), 35 (tutela del lavoro), 36 (diritto ad un'esistenza libera e dignitosa e necessità che la durata giornaliera di lavoro non superi determinati limiti) e 38 (protezione del lavoratore in caso di infortunio) della Costituzione.

In tale prospettiva appare innegabile che le modalità di percorren-

za del tragitto abitazione-lavoro con mezzo privato possano corrispondere, oltre che alla esigenza di un più intenso rapporto con la comunità familiare, anche alla necessità di raggiungere in maniera più rapida e riposata i luoghi di lavoro, così da agevolare anche una sorta di più accentuata gratificazione del lavoratore nell'espletamento della sua attività lavorativa, in conformità alla tendenza largamente presente nella società civile di riduzione del conflitto tempo libero-lavoro. E ciò in corrispondenza di una serie di valori tutelativi della personalità (artt. 2, 3 e 41 Cost.), tutti convergenti alla tutela dell'uomo lavoratore ed alla riduzione del conflitto fra interessi della produzione e libertà-dignità del lavoratore.

Va forse poi sottolineato che, anche quando l'uso del mezzo privato non sia necessitato, non vi è ragione di escludere dalla copertura assicurativa, in via di principio e salva la ricorrenza di altre cause ostative, l'infortunio occorso al lavoratore nel tratto percorso a piedi tra il punto in cui ha parcheggiato il veicolo ed il luogo di lavoro, purché sussista la ragionevole strumentalità del luogo di parcheggio del veicolo rispetto all'esecuzione, con modalità miste, del percorso abitazione – posto di lavoro.

Infine, non appaiono indennizzabili, invece, quegli infortuni derivanti da comportamenti meramente prodromici rispetto all'uso del veicolo privato, consistenti, ad esempio, nell'andare a fare il rifornimento di benzina o nel recarsi a fare controlli e riparazioni del mezzo dal meccanico, ancorché tali spostamenti vengano effettuati in previsione dell'utilizzo del mezzo per il tragitto lavorativo.

5. Segue: tragitto percorribile a piedi o adeguatamente servito da mezzi pubblici di trasporto

L'impiego del mezzo di trasporto privato, comunque, anche in base all'orientamento più favorevole al lavoratore, qui accolto, non viene considerato "ragionevole", e quindi, "giustificato", nel caso in cui, per la brevità della distanza da coprire, si possa effettuare il percorso a piedi senza disagi o quando il tragitto sia adeguatamente coperto da servizio pubblico di trasporto.

In relazione alla prima possibilità, secondo la giurisprudenza e le

indicazioni dell'INAIL, il tragitto può essere percorso a piedi quando la distanza non sia superiore ai mille-millecinquecento metri.

Per quanto riguarda la copertura adeguata del percorso da parte dei mezzi pubblici, si ritiene necessario accertare che il loro utilizzo non sottoponga il lavoratore ad un eccessivo disagio, per cui si deve verificare la corrispondenza tra orario di lavoro ed orario del servizio di trasporto, tenendo conto anche della peculiarità dell'attività lavorativa (specie quando questa non consenta di fare una previsione sulla durata della giornata di lavoro), la durata delle attese, la copertura parziale o integrale del tragitto; viene allora considerato non giustificato l'uso del mezzo privato nei casi in cui tale uso non consenta un risparmio di tempo superiore a quaranta-quarantacinque minuti per il singolo tragitto di andata o ritorno dal luogo di lavoro.

Va forse ancora osservato che, poiché ai fini della protezione del viaggio il requisito della necessità sembra espressamente richiesto solo per l'uso del mezzo privato, se ne dovrebbe dedurre che l'utilizzo del mezzo pubblico possa essere considerato attività tutelata anche quando tale utilizzo non sia necessitato; l'infortunio avvenuto su mezzo pubblico appare, quindi, indennizzabile anche nel caso in cui la distanza tra abitazione e luogo di lavoro potrebbe essere coperta agevolmente a piedi.

6. *L'iter protetto: il luogo di abitazione*

L'art. 12 in commento, come si è visto, determina quelli che possono essere considerati i limiti spaziali del percorso tutelato, ossia i punti in cui comincia e finisce l'*iter* protetto.

Un punto fondamentale di riferimento, individuato dalla norma, è il "luogo di abitazione".

Ora, la locuzione utilizzata dal legislatore non appare del tutto chiara; infatti, come noto, quando il codice civile si occupa della sede giuridica della persona, usa il termine "domicilio" per indicare il luogo in cui la persona ha stabilito la sede principale dei suoi affari e interessi, ed il termine "residenza" per significare il luogo in cui la persona ha la dimora abituale (art. 43 c.c.). Quando, poi, nel codice si parla di "abitazione", ci si riferisce ad uno dei diritti reali su bene altrui (art. 1022 c.c.).

La scelta del lemma “abitazione”, quindi, nel senso in cui è usato dall’art. 12, assume un’accezione atecnica.

Con tale opzione, tuttavia, probabilmente consapevole, il legislatore ha forse inteso estendere la copertura assicurativa anche ad ipotesi in cui il luogo di partenza e di rientro dal lavoro non corrisponde a quello della residenza formalmente verificabile anche tramite risultanze anagrafiche.

“Luogo di abitazione” sembra allora doversi ritenere la situazione di fatto implicante l’effettiva ed abituale presenza del soggetto in un determinato luogo, ossia, ad esempio, come avviene in altri Paesi, il luogo in cui il lavoratore dimora con una certa stabilità (Francia), il domicilio “di necessità” eletto dall’assicurato in considerazione della distanza intercorrente fra residenza “fissa” e luogo di lavoro (Germania), oppure, al limite, il luogo di soggiorno per le ferie (Belgio). La giurisprudenza ha equiparato al luogo di abitazione anche l’alloggio di servizio.

Vi è stato chi – prima del riconoscimento normativo degli infortuni *in itinere* – ha ritenuto che, avendo rilevanza esclusiva la situazione di fatto, per “abitazione” potesse intendersi anche il locale di svago o di ristoro ove il lavoratore trascorre le sue ore di riposo prima di recarsi al lavoro, ovvero verso il quale egli si dirige prima di rientrare nell’abitazione *strictiori sensu*; arrivando poi ad equiparare il luogo di abitazione con qualsiasi luogo di partenza o di arrivo. In vero, tale interpretazione appare la più rispondente alle esigenze di giustizia sostanziale. Ciò che dovrebbe rilevare, infatti, non è il punto di partenza, ma, come già sottolineato, la finalità del viaggio. Si pensi, ad esempio, al lavoratore che, dopo aver trascorso la mattinata al mare, da lì parta per recarsi al lavoro o, ancor più, all’infermiera che, mentre sta facendo compere al supermercato, venga chiamata per un’urgenza e dall’esercizio commerciale si diriga direttamente all’ospedale; in queste ipotesi la negazione dell’indennizzo per l’eventuale infortunio cui tali soggetti dovessero incorrere durante il tragitto sembra stridere con il principio di ampia tutela del lavoratore, previsto *in primis* dall’art. 38 Cost.

Di certo, tuttavia, il tenore letterale dell’art. 12 non pare oggi consentire una tale estensione della protezione del viaggio a prescindere dal luogo di partenza, per cui, anche in relazione a questo aspetto della

normativa, sempre che non intervenga nel frattempo la Corte Costituzionale, sarebbe forse auspicabile un ripensamento del legislatore.

Quanto, poi, alla scelta del luogo di abitazione da parte del lavoratore, la norma non pone alcuna limitazione, tuttavia, almeno secondo la giurisprudenza, esso dovrebbe essere stabilito in base al criterio della ragionevolezza; si dovrebbe, allora, escludere dalla tutela l'infortunio *in itinere* di chi ha deciso di vivere ad una distanza eccessiva dal luogo di lavoro.

Sul significato di distanza ragionevole, tuttavia, i giudici hanno seguito orientamenti spesso contrastanti tra loro. Secondo l'INAIL, se il lavoratore ha fissato la sua dimora in un centro diverso da quello lavorativo, il percorso è normale se la distanza tra i due luoghi è ragionevole, cioè se consente di conciliare i doveri derivanti dal rapporto di lavoro con i diritti del lavoratore e con gli altri suoi doveri tra cui, in primo luogo, quelli verso la famiglia (e, quindi, una distanza percorribile in un tempo complessivamente, andata e ritorno, non superiore a tre ore).

Probabilmente, nella valutazione della ragionevolezza della scelta del luogo di abitazione da parte del lavoratore va tenuto conto di tutte le componenti motivazionali che lo hanno indotto a quella decisione e non soltanto del criterio della distanza.

A proposito del lavoratore costretto a dimorare lontano dalla propria famiglia in difficili condizioni di vita (es. baraccamenti nel cantiere), la dottrina, anche in passato, aveva spesso sostenuto la necessità di copertura assicurativa del viaggio (il c.d. "viaggio di fine settimana") che lo stesso compie periodicamente per restituirsì ai propri familiari, sia per ragioni affettive, sia per necessità materiali (rinnovo del corredo, igiene del corpo, rifornimento di provviste, ecc.)²; tuttavia la giurisprudenza sul punto non è univoca³.

² V. E. CATALDI, *È ancora in itinere l'assicurazione contro gli infortuni in itinere?* in *Riv. inf. mal. prof.*, 1988, I, 344; ma, ancor prima, M. BARNI, M. GRAEV, *L'infortunio sulle vie del lavoro nei suoi presupposti dottrinari e nei suoi fondamenti giurisprudenziali. Considerazioni per una nuova dottrina*, in *Riv. it. prev. soc.*, 1961, 424.

³ Cfr. Cass., 19 dicembre 1997 n. 12903, in *Riv. giur. lav.*, 1998, 407 ss., con nota di G. COCUZZA, *Infortunio in itinere: una decisione di buon auspicio*, sentenza che ha ritenuto meritevole di copertura assicurativa il viaggio di mille chilometri intrapreso per raggiungere il luogo di residenza familiare; Cass., 8 giugno 2005 n. 11950, in *Foro*

7. Segue: *il luogo di lavoro*

Altro punto di arrivo e di partenza è il luogo di lavoro, ossia, principalmente, il luogo (cantiere, azienda, ufficio, terreno, ecc.) in cui l'assicurato presta la sua attività lavorativa.

Può poi essere equiparato al luogo di lavoro, quello in cui il lavoratore si reca, ad esempio, per esigenze di formazione lavorativa e preparazione professionale, per riscuotere la retribuzione, per consegnare o ricevere documenti prescritti, oppure abbigliamento e attrezzi di lavoro o, anche, l'ambulatorio INAIL dove va l'assicurato per sottoporsi a visite o cure relative a lesioni riportate in un precedente infortunio.

In generale, è possibile affermare che può essere considerato luogo di lavoro anche ogni posto in cui il lavoratore si reca per volontà o su disposizione del datore di lavoro. In questo senso sembrerebbe meritevole di tutela, per esempio, il tragitto per andare e tornare da una colazione o cena di lavoro, purché, l'incontro conviviale sia stato programmato ed organizzato in funzione di una riunione su temi di lavoro.

Dovrebbe poi essere garantita la protezione degli spostamenti finalizzati alla partecipazione a convegni e seminari scientifici e di aggiornamento, quando tale partecipazione sia stata pretesa o autorizzata dal datore di lavoro, o, nel caso di lavoratore autonomo, quando egli ne dimostri l'inerenza alla propria attività lavorativa.

8. Segue: *il viaggio tra due luoghi di lavoro*

La nuova normativa, in adesione all'indirizzo giurisprudenziale ampiamente consolidato, tutela espressamente il percorso tra due luoghi di lavoro.

La previsione appare tanto più importante nella realtà socio-lavorativa attuale in cui la necessità del lavoratore di spostarsi tra diverse imprese, dello stesso o di diversi datori di lavoro, è sempre più frequente.

it., 2006, I, 171 ss., con nota di V. FERRARI, *Ragionevolezza del rischio (o del giudizio di merito?)*, relativa a fattispecie analoga, che ha invece negato l'indennizzo.

Va tuttavia precisato che, quando il lavoratore si sposta tra due luoghi di lavoro appartenenti alla stessa impresa o tra la sede dell'impresa ed il cantiere di lavoro, la fattispecie meglio rientra nella categoria degli infortuni in occasione di lavoro di cui si è già detto (indicati come "infortuni *in itinere* sul lavoro").

Possono invece essere considerati infortuni *in itinere* in senso stretto, quelli che un lavoratore subisce nello spostarsi tra due luoghi di lavoro non facenti capo alla stessa impresa. Si pensi, in particolare, ai così detti lavoratori "parasubordinati" – ai quali è stata estesa la protezione previdenziale per opera dell'art. 5 del decreto n. 38 del 2000 – che, come noto, spesso instaurano rapporti di lavoro con diversi committenti e che, per tale motivo, sono costretti a trasferirsi da un'impresa all'altra, anche nella stessa giornata lavorativa; si consideri, poi, sempre per la loro connaturale mobilità, ai prestatori di lavoro accessorio di cui agli artt. 70 ss. del decreto legislativo 10 settembre 2003 n. 276, così come modificato dal decreto legge 25 giugno 2008 n. 112, convertito in legge 6 agosto 2008 n. 133, che appunto costituiscono rapporti di lavoro «di natura meramente occasionale e accessoria», ed ai lavoratori "somministrati", specie se a tempo determinato, di cui agli artt. 20 ss. dello stesso decreto .

Va comunque precisato che, quando lo spostamento tra due luoghi di lavoro è imposto dal datore di lavoro o, comunque, finalizzato al servizio, il lavoratore si sposta in circostanza di lavoro (se dipendente pubblico godrebbe anche del trattamento di missione di cui alla legge 18 dicembre 1973 n. 836), per cui l'eventuale infortunio dovrà configurarsi come infortunio sul lavoro in senso stretto, e non come infortunio *in itinere*.

Quanto ora evidenziato vale tanto più per i così detti trasferisti, ossia per quei lavoratori tenuti per contratto ad un'attività lavorativa in luoghi variabili e sempre diversi da quello della sede aziendale, per i quali gli spostamenti possono avvenire anche da albergo ad albergo.

Infine, come noto, la legge 22 maggio 2017, n. 81 ha introdotto nel nostro ordinamento giuridico la disciplina del c.d. lavoro agile o *smart working* come modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato, stabilita mediante accordo tra le parti, allo scopo di incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, sviluppare e ottimizzare altresì gli elementi di competitività delle

imprese valorizzando le nuove tecnologie e le risorse umane al fine di realizzare più elevati livelli di responsabilità e produttività. L'art. 23 di tale legge considera il lavoratore agile come soggetto tutelato contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali dipendenti da rischi connessi alla prestazione lavorativa resa anche all'esterno dei locali aziendali e, proprio in riferimento all'infortunio *in itinere*, prevede che il lavoratore ha diritto alla tutela contro gli infortuni occorsi durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione a quello prescelto per lo svolgimento della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali, quando la scelta del luogo della prestazione sia dettata da esigenze connesse alla prestazione stessa o dalla necessità del lavoratore di conciliare le esigenze di vita con quelle lavorative e risponda a criteri di ragionevolezza.

9. Segue: *gli spostamenti nell'ambito delle aree condominiali e delle pertinenze dell'abitazione e del luogo di lavoro*

Nel dettato normativo, poi, come si è visto, si parla genericamente di “luogo di abitazione” e di “luogo di lavoro”, ma resta il dubbio relativo all'inclusione nel percorso tutelato delle aree condominiali e delle pertinenze dell'abitazione e dell'edificio aziendale.

La questione, soprattutto dal punto di vista pratico, non sembra di poco conto; non è infrequente, infatti, che il lavoratore subisca un infortunio salendo o scendendo le scale del condominio, mentre posteggia il mezzo privato nel proprio garage o nel parcheggio condominiale o in quello dell'azienda, quando attraversa il piazzale antistante la fabbrica o il cortile dell'immobile dove abita, ecc.

Orbene, secondo l'orientamento ormai accolto dalla giurisprudenza, l'*iter* protetto inizia fuori dall'abitazione e non comprende, quindi, le pertinenze della stessa e le aree condominiali. La Suprema Corte, infatti, non ha ritenuto operante la copertura assicurativa in caso di caduta del lavoratore: a) scivolato sul portone di casa mentre si recava al lavoro⁴; b) mentre usciva dal suo garage privato a bordo della bici-

⁴ V. Cass., n. 15777/2007, cit.

cletta usata per andare al lavoro⁵; c) durante l'attraversamento del giardino di casa⁶; d) mentre scendeva le scale condominiali⁷; e) mentre, disceso dal motorino utilizzato per rientrare dal lavoro e sospingendo il mezzo a piedi, affrontava la ripida discesa di accesso al garage di casa con cattive condizioni atmosferiche⁸.

Tale orientamento trova una prima giustificazione nella teoria del rischio professionale, nel senso che, come è stato sottolineato, «finché il lavoratore è nella sua abitazione il rischio che grava su di lui è veramente quello che grava identicamente su tutti i cittadini; soltanto da quando egli esce di casa per avviarsi al lavoro e finché non vi fa ritorno egli è esposto a un rischio maggiore e talvolta diverso da quello dei cittadini che non hanno i suoi obblighi di lavoro»⁹. Proprio il superamento del requisito del rischio professionale ai fini dell'indennizzabilità dell'infortunio, di cui si è parlato, rende tuttavia discutibile questa argomentazione.

Una seconda ragione a sostegno dell'esclusione delle pertinenze dell'abitazione dall'*iter* protetto si fonda sulla considerazione che lo spostamento nell'ambito della propria abitazione e delle sue pertinenze è normalmente equivoco, ossia inidoneo a definire la meta: finché il lavoratore non esce dall'ambito domestico si deve ritenere ancora non esplicitata la direzione e, quindi, il fine del viaggio, per cui l'infortunio non può essere considerato "infortunio per il lavoro" e non può essere indennizzato. Inoltre, se a causa dell'equivocità degli spostamenti l'*iter* tutelato inizia fuori dell'abitazione e delle sue pertinenze, lo stesso

⁵ V. Cass., 11 giugno 2007 n. 13629, in *Lav. prev. oggi*, 2007, n. 12, 1820 ss., con nota di D. Gigliucci, *L'area condominiale delimita l'infortunio in itinere: la tutela non può invadere la proprietà privata, esclusiva o comune, del lavoratore*.

⁶ V. Cass., 21 aprile 2004 n. 7630, in *Dejure Giuffrè*.

⁷ V. Cass. 9 giugno 2003 n. 9211, in *Foro it.*, 2003, I, 2630 ss., con nota critica di V. FERRARI, *Infortunio in itinere: forza espansiva della norma ed interpretazione restrittiva del giudice*. La decisione è stata anche commentata criticamente da O. BONARDI, *L'occasione di lavoro si ferma alle porte del condominio*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, 191 ss., e, con nota sostanzialmente adesiva, da A. BIFFI, *Infortunio in itinere: cause di esclusione dell'indennizzabilità*, in *Dir. prat. lav.*, 2005, n. 32, 1775 ss.

⁸ V. Cass., 13 maggio 1998 n. 4841, in *Foro it.*, 1998, I, 1791 ss., con nota sempre critica di V. FERRARI.

⁹ V. VENTURI, *L'infortunio 'in itinere' e la colpa del lavoratore*, in *Dir. lav.*, 1952, II, 460.

punto, al ritorno dal lavoro, rappresenterà conseguentemente anche la fine del percorso protetto. Anche questa spiegazione, invero, appare criticabile, in quanto l'equivocità dello spostamento potrà comportare un problema di prova relativa alla finalità del viaggio, ma non sembra possa incidere di per sé sulla sussistenza del diritto all'indennizzo.

Nell'interpretazione restrittiva incide poi, secondo il Supremo Collegio, «il peculiare rapporto intercorrente tra beni condominiali e singola unità abitativa. Il proprietario dell'abitazione, infatti, al di là dei poteri pieni ed esclusivi sul proprio immobile, ha anche, se non la disponibilità completa, quanto meno il potere di intervenire efficacemente (...) su tutto ciò che interessa i beni condominiali, sicché non è rinvenibile alcuna valida ragione per l'attribuzione di indennizzi o rendite aventi la loro causa nell'infortunio che il lavoratore stesso subisca in detti luoghi»¹⁰. Pure questo argomento, però, com'è stato subito dedotto, risulta particolarmente debole e, comunque, inapplicabile alle ipotesi in cui il lavoratore non vanti alcun diritto reale sull'immobile nel quale dimora o ai casi in cui l'evento sia ricollegabile a caso fortuito. Del resto, non sempre il condomino ha la possibilità materiale o giuridica di intervenire tempestivamente ed efficacemente per eliminare fattori di rischio. In ogni caso, dando rilevanza alla responsabilità del lavoratore derivante dal non aver fatto quanto necessario al fine di eliminare i pericoli del percorso da lui seguito, si finisce per richiedere l'assenza di colpa, addirittura lieve, dell'infortunato ai fini dell'indennizzabilità dell'evento, in contrasto con il principio – già enunciato e ampiamente consolidato – di irrilevanza di tale elemento soggettivo.

La Corte di Cassazione, infine, opta per l'orientamento più restrittivo anche perché, a suo avviso, una diversa opinione sul punto «mal si concilia con quei razionali margini di certezza consigliabili in tutte le materie in cui si ha esposizione di denaro pubblico con il conseguente pericolo che risorse della collettività possano in concreto venir utilizzate per “compensare” pur apprezzabili bisogni e/o esigenze di natura personale, ma che non assumono una sicura esigenza sociale»¹¹. Si trat-

¹⁰ V. Cass., 9 giugno 2003 n. 9211, in *Foro it.*, 2003, I, 2630 ss., con nota critica di V. FERRARI, *Infortunio in itinere: forza espansiva della norma ed interpretazione restrittiva del giudice*.

¹¹ V. ancora Cass., 9 giugno 2003 n. 9211.

ta evidentemente di un motivo che, visto anche l'esplicito richiamo all'art. 81 Cost., denota un'apprezzabile sensibilità del Collegio per le problematiche di carattere politico-economico, ma che, da un lato, resta giuridicamente confutabile o poco rilevante, dall'altro, rischia di far prevalere la logica assicurativa sulla valenza sociale della tutela.

Anche l'INAIL «salvo riesame della questione nel caso si consolidassero in futuro diversi orientamenti giurisprudenziali», ha ritenuto di poter aderire all'indirizzo espresso dalla citata giurisprudenza, tanto da dover escludere la tutela agli infortuni che avvengono nell'ambito dell'abitazione, delle sue pertinenze e delle aree condominiali: «rispetto al luogo di abitazione, è escluso dalla tutela l'infortunio avvenuto entro l'ambito domestico, inteso come comprensivo delle pertinenze dell'abitazione e delle parti condominiali (pianerottoli, scale, cortili, viali, strade interne o, comunque, riservate all'uso esclusivo di privati proprietari, ecc.)»¹².

In verità, appare più aderente al principio di ampia tutela del lavoratore e, perciò, al dettato costituzionale (art. 38) la posizione di chi sostiene l'incomprensibilità di condizionare l'indennizzo (garantito dall'assicurazione sociale in corrispondenza di una situazione di bisogno meritevole di tutela, qual è appunto l'infortunio *in itinere*) a ragioni topografiche, legate alla proprietà esclusiva o condominiale dei luoghi da percorrere dopo l'uscita da casa, ovvero, ancora, da circostanze che nulla tolgono al bisogno di protezione sociale che sostiene la copertura assicurativa, per giungere poi ad affermare che dal "normale percorso" non possono escludersi le strade private e i luoghi condominiali che il lavoratore, nel momento in cui esce dalla propria abitazione, deve necessariamente percorrere per andare al lavoro.

Com'è stato anche condivisibilmente osservato, infatti, le scale, i pianerottoli, i portoni sono luoghi non già di "abitazione", ma semplicemente di transito, perché la loro funzione è solo quella di consentire l'uscita (o il rientro) dalla (o nella) unità immobiliare propriamente detta, in quanto indipendente e separata dal resto dell'edificio, che è l'unica vera sede della vita domestica. Perciò chi discende le une, o attraversa gli altri, anche se si trova ancora all'interno del caseggiato o

¹² V. INAIL, *Limiti spaziali del percorso tutelato*, Istruzioni operative del 12 gennaio 2004, in www.inail.it.

delle sue pertinenze ha già cominciato l'iter che lo condurrà al lavoro, e quindi rientra de plano nell'ambito dell'applicabilità della disciplina antinfortunistica¹³. D'altra parte, come sottolinea ancora questa attenta dottrina, il percorso normale per andare al lavoro inizia proprio da quando il lavoratore esce dal suo appartamento e sarebbe un'amputazione irragionevole dello stesso percorso l'esclusione del tratto di tragitto (pianerottolo, scale, ascensore, cortile, viale interno, ecc.) che porta da tale punto sino alla pubblica via; nei casi, poi, in cui l'assicurato lavori nello stesso stabile condominiale in cui ha il proprio appartamento, si porrebbe addirittura a negare del tutto la tutela dell'iter.

Tale opzione ermeneutica, inoltre, non introdurrebbe alcuna incertezza, neanche rispetto all'art. 81 Cost., circa la copertura assicurativa dei rischi *in itinere*, che sarebbero configurabili a partire da un elemento *certus an e certus quando* (l'uscita dall'abitazione), ma rifuggendo da discriminazioni che possano derivare dal regime giuridico dei luoghi di percorrenza necessitata.

Del resto, è forse interessante ricordare che altri paesi europei hanno optato per una forma di tutela più estesa dell'infortunio *in itinere*: in Belgio, ad esempio, il percorso tutelato inizia dal momento in cui il lavoratore abbandona la soglia del suo appartamento e in Francia, la giurisprudenza ritiene che anche per l'infortunio che avvenga nelle scale o nella corte dell'immobile abitato dal lavoratore debba operare la copertura assicurativa.

In questo senso appare altresì utile richiamare un'importante sentenza del Tribunale Supremo spagnolo (*Tribunal Supremo, Sección 1*, 26 aprile 2008 n. 141697) con la quale, con interpretazione estensiva dell'art. 115.2 della Legge Generale della Sicurezza Sociale (dove si legge: «Tendrán la consideración de accidente de trabajo los que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo»), è stato appunto ritenuto indennizzabile l'infortunio della lavoratrice che era caduta fuori dal proprio appartamento, scendendo le scale condominiali. La Corte, in particolare, ha asserito che quando il lavoratore lascia l'abitazione nella quale vive – ossia lo spazio «chiuso, esclusivo ed escludente, costituzionalmente protetto», e transita in luoghi di libero

¹³ V. A. FONTANA, *Dove comincia la tutela dell'infortunio in itinere?*, in *Mass. giur. lav.*, 2007, n. 11, 823 ss.

accesso per i vicini e controllati da persone estranee alla sua famiglia, egli merita la tutela previdenziale perché ha già iniziato il tragitto necessario per andare al lavoro.

Allora, se si tiene conto del criterio ermeneutico, suggerito da autorevole dottrina¹⁴ ed accolto dalla giurisprudenza, in base al quale – in ossequio al principio di armonizzazione dei sistemi di sicurezza sociale dei Paesi dell'Unione – la disciplina di uno Stato comunitario può costituire criterio, magari sussidiario, per la soluzione di casi non disciplinati nel dettaglio dalla legge italiana ed oggetto di contrasti interpretativi, anche nel nostro sistema è non solo auspicabile, ma forse ormai anche prevedibile un *revirement* giurisprudenziale e, quindi, l'abbandono dell'indirizzo più restrittivo.

D'altra parte, sempre a favore della tesi più favorevole al lavoratore, va anche sottolineato che, almeno in ambito penale, le aree condominiali vengono distinte dall'abitazione, tanto che è stato ritenuto colpevole di evasione ex art. 385 c.p. il soggetto che, pur essendo agli arresti domiciliari, era uscito dall'uscio e si trovava sulle scale condominiali.

Di certo, le ragioni che hanno indotto a criticare l'attuale orientamento della giurisprudenza di legittimità, sono ancora più forti quando l'infortunio avviene durante il percorso (a piedi o in autovettura) nelle strade di pertinenza di vasti complessi residenziali, pur se condominiali, prima che il lavoratore si immetta sulla pubblica via. In effetti, l'allontanamento dal luogo di abitazione fa sicuramente venir meno l'equivocità dell'iter; inoltre, l'estensione del percorso per accedere alla via pubblica non consente comunque un adeguato controllo sullo stesso da parte del singolo condomino; infine, soprattutto, quando si è in presenza di un grande condominio, le strade – che vengono frequentate non solo dai condòmini, ma anche da numerosi estranei (visitatori, venditori ambulanti, ecc.), ossia da una comunità indifferenziata – possono essere considerate, se non pubbliche, aperte al pubblico e, comunque, non equiparabili a mere pertinenze riservate all'uso esclusivo dei proprietari.

In altre parole, si può anche sostenere, in analogia con quanto pre-

¹⁴ 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, 291.

visto dall'art. 122, comma 1, del decreto legislativo 7 settembre 2005 n. 209, Codice delle assicurazioni private (e, precedentemente dall'art. 1 della L. 24 dicembre 1969 n. 990), per l'obbligatorietà dell'assicurazione per la responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli (R. C. Auto), che la protezione previdenziale opera non solo su strade di uso pubblico, ma anche «*su aree a queste equiparate*», ossia, come precisa poi il regolamento di attuazione della legge ora richiamata, su «tutte le aree, di proprietà pubblica e privata, aperte alla circolazione del pubblico» (art. 3, comma 2, del D.M. 1 aprile 2008 n. 86, che ha ripreso quanto già previsto dall'art. 2 del d.P.R. 24 novembre 1970 n. 973).

In sostanza, richiamandosi anche alla giurisprudenza costante in materia di R. C. Auto, ai fini della tutela dell'infortunio *in itinere* dovrà ritenersi indifferente la natura pubblica o privata dell'area aperta alla circolazione, essendo rilevante soltanto l'uso pubblico della stessa, per tale intendendosi l'apertura dell'area e della strada ad un numero illimitato di persone, anche quando tale apertura sia sottoposta a specifiche condizioni.

Lo stesso INAIL, d'altra parte, ha voluto puntualizzare che può «considerarsi compresa nel percorso protetto quella particolare tipologia di strade condominiali che, essendo aperte al traffico di un numero indeterminato di veicoli, presentano caratteristiche di utilizzo e condizioni di rischio che non coincidono con quelle indicate dalla Suprema Corte» e, al riguardo, fa presente che «la stessa Corte di Cassazione ha avuto modo, in passato, di precisare che dalla nozione di strada, quale area ad uso pubblico destinata alla circolazione dei pedoni, dei veicoli e degli animali, restano escluse soltanto le strade riservate all'uso esclusivo di privati proprietari, ma non anche quelle, pur di proprietà privata, destinate a soddisfare le esigenze di una comunità indifferenziata». Secondo l'Istituto, allora, dal punto di vista operativo discenderebbe che: «(...) ove ne ricorrano tutte le condizioni, può rientrare nella tutela l'infortunio occorso nelle strade che, pur di proprietà privata, sono destinate a soddisfare esigenze di una comunità indifferenziata e sono, perciò, aperte al traffico di un numero indeterminato di veicoli»¹⁵.

¹⁵ V. ancora INAIL, *Limiti spaziali del percorso tutelato*, cit.

In conclusione, almeno per gli infortuni che avvengono nell'ambito di questi grandi complessi condominiali, su strade – anche se private – aperte al traffico di un numero indeterminato di veicoli, sembra facilmente raggiungibile una soluzione ampiamente condivisa.

10. Segue: *gli spostamenti nell'ambito delle pertinenze del luogo di lavoro*

A differenza di quanto accade per gli infortuni che si verificano nell'ambito delle pertinenze dell'abitazione che, seguendo l'orientamento giurisprudenziale dominante (dal quale si sono prese le distanze), restano appunto esclusi dalla tutela, appaiono, invece, comunque indennizzabili gli infortuni che si verificano nelle pertinenze dell'edificio aziendale.

Il problema resta soltanto quello di configurare l'evento come infortunio *in itinere* oppure come infortunio sul lavoro in senso stretto, perché da questa scelta derivano riflessi diversi sull'obbligo contributivo del datore di lavoro.

Seguendo l'indirizzo più restrittivo, in base al quale, come si è detto, le pertinenze restano escluse dall'*iter* protetto, si dovrebbe giungere a ritenere che, una volta che il lavoratore sia entrato nell'ambito delle pertinenze del luogo di lavoro, l'eventuale infortunio non dovrebbe essere più considerato quale infortunio *in itinere*.

Coerente è quindi la posizione dell'INAIL, secondo il quale, «rispetto al luogo di lavoro, l'infortunio occorso fuori dalle pertinenze dello stesso luogo di lavoro va inquadrato come infortunio *in itinere*, mentre quello occorso all'interno delle pertinenze va inquadrato come infortunio in attualità di lavoro»¹⁶.

In realtà, tuttavia, la questione non appare definitivamente risolta, tanto che la Suprema Corte ha sostenuto che l'infortunio avvenuto nell'ambito dell'azienda o, meglio, all'interno del cantiere, ma durante la manovra di posteggio o l'operazione di discesa dal veicolo utilizzato per il viaggio, va considerato infortunio *in itinere*; secondo il Collegio, finché non finisce il tragitto lavorativo, l'infortunio rientra nella cate-

¹⁶ V. ancora INAIL, *Limiti spaziali del percorso tutelato*, cit.

goria degli infortuni *in itinere*, rimanendo ininfluyente che esso si sia verificato nell'ambito delle pertinenze del luogo di lavoro o sulla pubblica via. Se questo è l'assunto appare forse opportuno, pure per ragioni di coerenza argomentativa, estenderne l'applicazione anche agli eventi che si verificano nell'ambito delle pertinenze dell'abitazione, o quantomeno – come sopra suggerito – a quelli cui il lavoratore incorra nelle aree condominiali.

11. Segue: *la mensa aziendale ed il luogo di consumazione abituale dei pasti*

Iter protetto, infine, è anche quello di andata e ritorno verso la mensa aziendale, ossia il tragitto che il lavoratore compie per andare a consumare il pasto principale nel luogo a ciò adibito dal datore di lavoro.

Viene poi considerata equiparabile al servizio di mensa aziendale la convenzione con posti di ristoro dislocati a breve distanza dal luogo di lavoro, oppure la fornitura di *ticket restaurant* da utilizzare in posti di ristoro situati sempre nelle immediate vicinanze di esso.

La tutela di questo spostamento, del resto, trova fondamento nel consolidato indirizzo giurisprudenziale in base al quale le brevi soste per soddisfare le elementari esigenze fisiologiche – tra cui appunto la pausa per il pasto principale – non interrompono il nesso causale tra attività lavorativa ed evento.

Sempre sulla scorta di un assodato insegnamento della giurisprudenza, non viene invece tutelato il lavoratore che, non approfittando della possibilità offerta dal datore di lavoro di consumare il pasto nel luogo di lavoro o nelle sue immediate vicinanze e sottoponendosi così ad un rischio che l'organizzazione dell'azienda gli avrebbe evitato, subisca un infortunio durante l'*iter* per recarsi a mangiare in altro posto.

Non viene quindi protetto neanche il tragitto che il lavoratore compie per andare a consumare il pranzo con i propri familiari, anche perché «il mancare all'ora di pranzo da casa fa parte ormai delle abitudini della vita quotidiana»¹⁷, a meno che, non esistendo la mensa

¹⁷ V. Cass., 6 maggio 1994 n. 4402, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1994, II, 75 ss.

aziendale o altro servizio equipollente, l'abitazione dell'assicurato non sia vicina al luogo di lavoro, tanto da poter essere scelta come luogo di consumazione abituale del pasto.

Non sembra neppure trovare giustificazione il mancato utilizzo della mensa aziendale per motivi attinenti esclusivamente a preferenze alimentari del lavoratore (quali l'avversione al consumo di cibi preconfezionati), specialmente se prettamente voluttuarie, o ad altre sue scelte libere e discrezionali.

Di certo, tuttavia, è degno di protezione il tragitto che il lavoratore compie per recarsi a mangiare in luogo diverso dalla mensa aziendale, quando egli non possa usufruire della stessa a causa della sussistenza di una comprovata condizione di salute; infatti, in tal caso, il ritorno a casa, o comunque il tragitto per andare a consumare il pasto da un'altra parte, può ritenersi senza dubbio ragionevole e necessitato.

Nel caso poi in cui il datore di lavoro non offra al dipendente un servizio di mensa aziendale, o altro equivalente, non potendosi pretendere che il lavoratore porti con sé il pranzo al sacco o che consumi il pasto nel ristorante più vicino, il legislatore ha voluto espressamente riconoscere la tutela dell'*iter* tra il luogo di lavoro e il luogo di consumazione abituale dei pasti. È interessante notare che qui non si parla di "luogo di abitazione"; tornare a casa per il pranzo potrebbe non essere opportuno, per esempio, per l'eccessiva distanza dell'abitazione dal luogo di lavoro, tenuto anche conto della durata della pausa mensa, ed allora viene tutelato il percorso verso e dal luogo in cui di solito il lavoratore consuma il pasto.

Non è facile comprendere la ragione che ha indotto il legislatore a pretendere ai fini della tutela che il luogo di consumazione dei pasti sia quello "abituale". Infatti, da un lato si annota che il lavoratore potrebbe infortunarsi proprio il primo giorno di lavoro, ossia quando non si sia ancora consolidata un'abitudine, dall'altro lato non si capisce perché debba essere penalizzato chi ama il cambiamento, chi non è abitudinario.

L'unico aspetto rilevante ai fini della tutela sembrerebbe, in realtà, che il luogo di consumazione del pasto venga individuato in base al "criterio della ragionevolezza" e, comunque, scegliendo tra i diversi esercizi di varia ristorazione quelli più vicini all'azienda.

Si ritiene, infine, che per "luogo di consumazione abituale dei pa-

sti" non debba comunque necessariamente intendersi un posto di ristoro specifico, ma, più opportunamente, la località dove il lavoratore mangia di consueto, scegliendo, di volta in volta, il servizio più appropriato in relazione al tempo a disposizione e alle necessità alimentari (ristorante, pizzeria, bar, ecc.).

È stato anche sostenuto che la norma comporterebbe l'onere, a carico del lavoratore, di comunicare preventivamente il luogo ordinario di consumazione del pasto; tuttavia, poiché un tale adempimento non è stato espressamente imposto dal legislatore, si pensa che non possa neppure essere legittimamente preteso.

12. Interruzioni e deviazioni

Gli artt. 2 e 210 del T.U., così come modificati dall'art. 12 del decreto n. 38 del 2000, prevedono l'esclusione dalla tutela degli infortuni *in itinere* nel «caso di interruzione o deviazione del tutto indipendenti dal lavoro o, comunque, non necessitate (...)».

Per quanto riguarda la deviazione, termine con cui si intende l'uscita dalla via che si sta percorrendo per dirigersi altrove, essa comporta una modificazione del tragitto rispetto a quello che il lavoratore avrebbe dovuto seguire per recarsi al lavoro; nel caso di deviazione, quindi, la meta diretta del viaggio non è più una di quelle individuate dal legislatore come punto di riferimento dell'*iter* protetto e, conseguentemente, l'eventuale sinistro subito dall'assicurato nel tratto di strada estraneo al percorso lavorativo non può essere ricondotto alla fattispecie astratta dell'infortunio *in itinere*.

In altre parole, la deviazione, implicando un abbandono del percorso "normale", determinerebbe, secondo l'impostazione tradizionale, una modificazione del rischio, o meglio, secondo la tesi accolta da chi scrive, la mancanza dell'occasione di lavoro; in base ad entrambe le concezioni, comunque (o a causa dell'elezione del rischio, o a causa dell'insussistenza dell'occasione di lavoro), giustificata appare la mancanza di tutela del lavoratore per l'infortunio che egli subisca fuori dal tragitto protetto.

Non si comprende, invece, la ragione dell'esclusione della tutela nel caso in cui il lavoratore effettui una sosta, più o meno lunga, du-

rante il percorso tutelato. Infatti, come sostenuto da chi scrive in un primo commento all'art. 12, l'interruzione non determina, di per sé, un aggravamento del rischio: l'*iter* rimane lo stesso; cambia soltanto il tempo di percorrenza. Ma la durata del tragitto non può assumere importanza, altrimenti si arriverebbe a considerare rilevante, ai fini dell'indennizzo, anche il momento della partenza o la velocità dell'andatura.

D'altra parte, almeno in relazione agli infortuni *in itinere* dei marittimi, l'art. 6 del T.U. prevede come causa di esclusione la sola deviazione del percorso («sempreché nel viaggio di andata e ritorno esse [le persone indicate nell'ultimo comma dell'art. 4] non mutino senza ragione l'itinerario prestabilito»), non l'interruzione.

Anche sulla scorta di tali osservazioni ed in aderenza ad un criterio interpretativo rigorosamente letterale, il Tribunale di Trento, ritenendo che il comma 3 dell'art. 2 del T.U., aggiunto dal citato art. 12, restringesse eccessivamente la protezione degli infortuni sulle vie del lavoro, con ordinanza del 29 aprile 2003, ha voluto sollevare d'ufficio la questione di costituzionalità della norma «nella parte in cui, in violazione degli artt. 3, comma 1, 38, comma 2, e 76 Cost., esclude dall'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali gli infortuni *in itinere* in ogni caso di interruzione non necessitata del normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione a quello di lavoro e non solo quando l'interruzione determini l'insorgenza di una situazione di rischio diversa da quella occasionata dallo svolgimento delle mansioni lavorative, così da comportare il venir meno dell'occasione di lavoro prevista dal precedente comma 1, dell'art. 2, d.P.R. n. 1124 del 1965». Secondo il giudice *a quo*, il sospetto di incostituzionalità appariva rilevante in quanto la fattispecie sottoposta al suo giudizio riguardava appunto l'indennizzabilità dell'infortunio mortale subito da un lavoratore una volta ripreso il tragitto lavoro-abitazione, dopo aver effettuato una breve e non necessitata sosta ad un bar.

La Corte Costituzionale, investita della questione, con l'ordinanza n. 1 dell'11 gennaio 2005, ha sostenuto che, tenendo conto della giurisprudenza in materia, per "interruzione" deve intendersi una soluzione di continuità nel percorso lavorativo tale da alterare le condizioni di rischio per il lavoratore. Secondo la Consulta, infatti, la giurisprudenza

za, cui il legislatore delegato era obbligato ad adeguare la disciplina degli infortuni *in itinere* (in ossequio al criterio direttivo imposto dall'art. 55, comma 1, lett. u) della L. 17 maggio 1999 n. 144), ha in più occasioni fatto riferimento proprio alla modificazione del rischio, quale presupposto per l'incidenza dell'interruzione del viaggio sull'indennizzabilità dell'evento e, in forza di tale assunto, la Corte di Cassazione ha affermato che la permanenza volontaria dell'assicurato sul luogo di lavoro, dopo la fine del proprio turno (situazione equiparabile ad una sosta non necessitata), non esclude la garanzia previdenziale dell'infortunio occorso al medesimo nel percorrere il tragitto di rientro verso casa, sempre che la durata di tale protratta permanenza (nel caso di specie pari a circa cinquanta minuti) sia tale da non comportare un maggior rischio .

In base a questo orientamento, quindi, le brevi soste che non alterino le condizioni di pericolo per l'assicurato non integrerebbero l'ipotesi dell'interruzione; e, secondo il Giudice delle leggi, che si è richiamato anche a suoi pronunciamenti precedenti¹⁸, una tale «interpretazione stretta dell'ipotesi dell'«interruzione» è suggerita anche dalla tendenziale generalità della regola dell'indennizzabilità dell'infortunio in occasione di lavoro».

Partendo da queste considerazioni, la Corte Costituzionale ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Trento, affermando che la fattispecie sottoposta all'esame del giudice rimettente poteva essere decisa con un'interpretazione adeguatrice della norma censurata: poiché il lavoratore si era fermato al bar per pochissimo tempo, non si sarebbe infatti trattato di una vera e propria interruzione del viaggio di ritorno a casa dal lavoro, ma soltanto di una breve sosta, come tale non preclusiva del diritto alla tutela previdenziale.

In sostanza, il Giudice delle Leggi, con la motivazione dell'ordinanza di rigetto, ha quindi ratificato l'interpretazione in forza della quale, ai fini dell'indennizzabilità dell'infortunio avvenuto una volta ripreso il percorso lavorativo, sarebbe necessario distinguere tra soste

¹⁸ V. C. Cost., 10 maggio 2002 n. 171, in *Dir. giust.*, 2002, 28, 28 ss; C. Cost., 3 ottobre 1990 n. 429, in *Resp. civ. prev.*, 1991, 262 ss.

brevi e soste lunghe (o interruzioni), data la loro diversa incidenza sul rischio del viaggio.

Questo orientamento, del resto, come aveva ricordato il giudice trentino, è seguito anche in altri Paesi Europei (ad esempio in Belgio, in Germania e in Spagna), dove appunto la decisione relativa alla protezione dell'infortunio *in itinere* viene collegata alla durata dell'interruzione.

In realtà, la discriminazione della protezione del viaggio fondata sulla estensione temporale della sosta rapportata alla variazione del rischio appare quantomeno discutibile. In effetti, di rischio "strada" si può parlare in termini astratti, con riferimento al pericolo ipotetico di percorrere un determinato tragitto e quindi alla probabilità statistica di sinistro in quel tratto di strada, o in termini concreti, con rimando al rischio specifico che provoca effettivamente il sinistro. Orbene, il rischio "strada" astratto non può subire alcuna modificazione in conseguenza di un'eventuale interruzione del viaggio, in quanto l'*iter* rimane comunque lo stesso (come giustamente sottolineato dal giudice rimettente); sono pertanto in questo senso assolutamente ininfluenti sia le soste brevi, sia le soste lunghe. Quanto al rischio "strada" concreto, esso è connesso all'orario dello spostamento, alla situazione del traffico, alle condizioni meteorologiche, ecc., ed è dunque soggetto a variazioni anche nel giro di pochi attimi: l'esperienza insegna che molti sinistri si sarebbero potuti evitare transitando con una minima differenza cronometrica sullo stesso incrocio, sullo stesso tratto di strada, sullo stesso passaggio pedonale, ecc.; anche in relazione a questa seconda specie di rischio, quindi, il riferimento alla durata dell'interruzione appare insignificante per la diversa ragione che persino una sosta brevissima ne può determinare una modificazione essenziale.

D'altra parte, seguendo il principio declinato dalla Consulta, come osservato, dovrebbe far carico al lavoratore la dimostrazione che l'infortunio di cui è rimasto vittima si sarebbe verificato ugualmente anche se non ci fosse stata l'interruzione; e tale prova appare oggettivamente "diabolica".

In definitiva, non sembra sostenibile la rilevanza della distinzione tra soste brevi e soste lunghe e, più in generale, per quanto si è già detto, non risulta neppure corretto collegare la condizione negativa della protezione dell'evento alla sussistenza di un'alterazione del rischio.

Il problema vero è allora quello di ricercare un'interpretazione più razionale della norma oggetto del sollevato dubbio di costituzionalità, tale per cui la limitazione della tutela sia appunto fondata sulla presenza o meno del nesso funzionale tra il viaggio ed il lavoro.

La sosta, come del resto il cambiamento di direzione per dirigersi altrove rispetto al tragitto lavorativo, può allora comportare il venir meno dell'occasione di lavoro quando non sia giustificata o, comunque, connessa all'attività protetta dall'assicurazione obbligatoria.

Tuttavia, poiché la relazione tra spostamento e lavoro viene ripristinata non appena l'assicurato riparte dopo la sosta o si immette nuovamente nel percorso tutelato dopo il cambiamento di direzione, l'interpretazione logica della disposizione normativa sopra richiamata dovrebbe condurre a negare la tutela esclusivamente agli infortuni che intervengano proprio durante l'interruzione o la deviazione. Nello stesso senso, d'altra parte, già molto prima dell'entrata in vigore del T.U., era stato sostenuto che non «vale a togliere il diritto all'indennità la circostanza che (...) il lavoratore, in occasione del percorso, abbia atteso anche ad operazioni estranee a quelle che avevano determinato il viaggio, salvo, naturalmente, il caso in cui l'infortunio si sia verificato proprio nell'esplicazione dell'attività estranea o lungo una via totalmente diversa da quella che il lavoratore avrebbe dovuto percorrere»¹⁹.

Lo stesso INAIL, poi, almeno per l'ipotesi della deviazione, ritiene appunto ripristinato il nesso di occasionalità con il lavoro non appena l'assicurato riprenda il percorso normale.

Certamente per le interruzioni il dettato normativo non favorisce l'interpretazione che appare più ragionevole; il legislatore delegato, infatti, ha previsto l'indennizzabilità degli infortuni sulle vie del lavoro «salvo il caso di interruzione o deviazione (...)» e non, come forse ci si poteva aspettare, «salvo il caso in cui l'infortunio si verifichi durante l'interruzione o la deviazione (...)»²⁰.

Il tenore letterale della norma, tuttavia, non sembra rappresentare

¹⁹ G. BORTOLOTTI, voce *Assicurazione contro gli infortuni*, in *Nuovo dig. it.*, Torino, 1937, 933.

²⁰ V. INAIL, *Linee guida per la trattazione dei casi di infortunio in itinere*, della Direzione Centrale Prestazioni INAIL, 4 maggio 1998, in *www.inail.it*.

un ostacolo insormontabile ad attribuire alla stessa un significato più rispondente all'orientamento giurisprudenziale, volto ad estendere il più possibile la protezione degli infortuni sulle vie del lavoro, e tale per cui «il caso di interruzione» faccia appunto riferimento al sinistro che avvenga «nel corso dell'interruzione».

Di certo, poi, questa interpretazione trova anche conforto in alcune decisioni del Supremo Collegio, non solo relative all'ipotesi della deviazione, ma anche riguardanti l'interruzione. Proprio a proposito dell'interruzione, in particolare, non sono state ritenute motivo di esclusione della tutela una sosta in banca ed una al bar, dato che il rientro si stava effettuando proprio sulla strada che portava al luogo di lavoro; in altra occasione, poi, è stato sostenuto che la sosta di due ore in trattoria, sebbene non necessitata e non dettata da necessità improrogabili, appare in sé inidonea ad interrompere il nesso causale tra attività lavorativa ed infortunio, essendo certo che questo non ebbe a verificarsi nel corso della sosta o per fatto ad essa connesso, ma sulla via del ritorno all'abitazione del lavoratore.

In conclusione, se il Tribunale di Trento avesse accolto questa soluzione ermeneutica adeguatrice, ben avrebbe potuto riconoscere l'indennizzabilità dell'evento sottoposto al suo giudizio, senza necessità di interpellare la Corte Costituzionale, visto che l'infortunio del lavoratore non si era verificato durante la sosta (ossia mentre l'assicurato si trovava nel bar o attraversava la strada per recarvisi), ma sulla via del ritorno a casa.

13. Segue: *interruzioni e deviazioni "necessitate"*

L'interruzione e la deviazione, comunque, non incidono sull'indennizzabilità dell'evento quando sono necessitate e, come recita la norma, «l'interruzione e la deviazione si intendono necessitate quando sono dovute a cause di forza maggiore, ad esigenze essenziali ed improrogabili o all'adempimento di obblighi penalmente rilevanti».

Il concetto di "forza maggiore" ha ormai trovato una sua configurazione abbastanza precisa nella dottrina e nella giurisprudenza, per cui vi rientrano, per esempio, la viabilità interrotta, il guasto meccani-

co del veicolo, l'improvviso malore, ossia tutte quelle ipotesi di forza esterna *cui resisti non potest*.

Non del tutto chiaro, invece, resta il significato di "esigenze essenziali ed improrogabili", che rimane quindi soggetto ad un'ampia discrezionalità dell'interprete.

Appare innanzi tutto pacifico che l'interruzione e la deviazione dovute a libera scelta del lavoratore, del tutto indipendenti dal lavoro, dovrebbero comportare l'esclusione dall'indennizzo; ad esempio, la sosta per lo spuntino di metà mattinata o per il caffè o per l'acquisto di sigarette non sembra possa essere ritenuta esigenza essenziale ed improrogabile, «posto che non può scambiarsi per necessità quella che è una semplice abitudine, che serve ad appagare un semplice – per quanto intenso possa essere – desiderio»²¹.

La Suprema Corte, poi, ha avuto modo di sottolineare che la deviazione effettuata per provvedere alla manutenzione dell'autovettura usata per il tragitto lavorativo (nel caso di specie consistente nella sostituzione degli pneumatici usurati) non può considerarsi "necessitata", giacché non giustificata da esigenze essenziali ed improrogabili.

Sarebbero, invece, ricomprese nella copertura assicurativa le deviazioni ed interruzioni del tragitto volte a soddisfare bisogni personali impellenti, come quelli fisiologici, oppure volte a soddisfare esigenze familiari, quali accompagnare i figli a scuola o far visita al congiunto ammalato. Tuttavia, per quanto riguarda in particolare le motivazioni di ordine familiare, secondo alcuni esse non potrebbero comunque prevalere sulle necessità derivanti dall'adempimento della prestazione lavorativa, altrimenti si dovrebbero configurare come ipotesi di "rischio elettivo".

Rientrano nella tutela anche le deviazioni e le interruzioni collegate all'esigenza di andare a prendere il compagno di lavoro con il quale esiste un accordo per effettuare insieme il viaggio per andare al lavoro.

Per quanto riguarda poi l'"adempimento di obblighi penalmente rilevanti", è probabile che il legislatore, nella redazione della norma, abbia pensato, in particolare, all'obbligo di soccorso, tenendo forse presente la famosa sentenza della Cassazione con la quale si riconobbe il diritto all'indennizzo dell'assicurato che, rientrando dal lavoro, era

²¹ V. Cass., 24 febbraio 1992 n. 2291, in *Foro it.*, 1993, I, 3122.

sceso dall'auto per prestare soccorso a persone coinvolte in un incidente stradale ed era stato poi travolto da un veicolo sopraggiunto. Rientrano comunque in tale previsione altre ipotesi, come l'obbligo di denuncia di reato o l'obbligo di assistenza di minori o incapaci.

Inoltre, sono di regola considerate necessitate anche le soste e le deviazioni imposte dal datore di lavoro

14. Percorso più lungo tra diversi possibili

Diversa dalla deviazione è l'ipotesi in cui, tra diversi percorsi possibili, il lavoratore segua quello più lungo. Infatti, si ha deviazione, come sopra si è visto, quando l'assicurato effettua un cambiamento di direzione, quando, più precisamente, egli esce dalla strada che sta percorrendo per recarsi al lavoro (o per tornare a casa dal lavoro), al fine di dirigersi altrove, con ciò interrompendo il nesso funzionale tra *iter* e lavoro; non si può parlare, invece, di deviazione quando il lavoratore, pur seguendo tra diverse alternative il percorso più lungo, non cambia i punti di riferimento del viaggio.

Ora, come giustamente precisato dall'INAIL, il «percorso normale è l'itinerario giustificato dalle condizioni di viabilità. In generale coincide con il percorso più breve e diretto; tuttavia, può essere giustificato anche un percorso più lungo e meno diretto se risulta più logico in relazione allo stato delle strade (ad es. evidente minore pericolosità, oppure presenza di traffico eccessivo). Ovviamente, nel caso esistano più percorsi tutti normali nei termini sopraindicati, è irrilevante ai fini indennitari su quale di questi percorsi l'incidente sia avvenuto»²².

Se l'assicurato segue, invece, il percorso più lungo senza valido motivo (consistente, appunto, nella migliore scorrevolezza del traffico o nella maggiore sicurezza del tratto di strada), secondo la giurisprudenza prevalente, l'infortunio *in itinere* non sarebbe indennizzabile in quanto si determinerebbe una situazione tale da escludere un vincolo con la prestazione lavorativa, «a causa dell'assunzione del rischio cosiddetto elettivo»²³.

²² V. INAIL, *Linee guida per la trattazione dei casi di infortunio in itinere*, cit.

²³ V. Cass. 1° febbraio 2002 n. 1320, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2002, II, 19 ss., con no-

In questo caso, quindi, la colpevolezza, consistente nel non aver capito quale fosse il percorso più breve o comunque nel non averlo seguito, viene equiparata al “rischio elettivo”.

15. *La colpa del lavoratore ed il “rischio elettivo” negli infortuni in itinere*

In effetti e più in generale, in accordo con la dottrina dominante, si ritiene che il principio dell'irrelevanza della colpa, come per gli infortuni sul lavoro in senso stretto e per le stesse ragioni sopra indicate, possa valere anche per gli infortuni *in itinere*.

La stessa Corte di Cassazione, del resto – censurando la decisione del giudice di merito che aveva ritenuto non indennizzabile da parte dell'INAIL l'infortunio subito dal lavoratore, di ritorno dal lavoro, a causa di un sinistro stradale verificatosi per «grave colpa del medesimo, consistente nella violazione del codice della strada e delle regole di comune prudenza», e, più specificatamente, nel mancato rispetto di un segnale di “stop” – ha voluto ribadire, come già ricordato, che l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro non considera ragione ostativa della sua operatività la colpa, ancorché esclusiva, del lavoratore²⁴.

Conseguentemente ed ancora, in analogia con quanto accade per l'infortunio sul lavoro in senso stretto, si ritiene che la copertura assicurativa debba essere esclusa soltanto in ipotesi di “rischio elettivo” e, chiaramente, quando si tratti di infortunio “doloso”.

Ora, nel caso degli infortuni sulle vie del lavoro potrebbe essere considerata espressione di “rischio elettivo” la fattispecie in cui dei lavoratori approfittino del percorso abitazione-posto di lavoro per effettuare gare di velocità, o altre analoghe (es. scelta del percorso in mezzo ai campi per provare la nuova moto da cross). Si dirà tuttavia che, in questi casi, il viaggio non può più essere considerato occasione di lavoro

ta di G. CORSALINI, *Percorso più lungo tra diversi possibili ed indennizzabilità dell'infortunio in itinere*.

²⁴ Cfr. Cass. 4 dicembre 2001 n. 15312, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 1413 ss., con nota di G. CORSALINI, *Repetita iuvant: la colpa del lavoratore non esclude l'indennizzabilità dell'evento infortunistico, neppure quando si tratta di infortunio in itinere*.

ro, bensì occasione per fare tutt'altro; è dunque per questo che, infrangendosi il nesso di funzionalità con l'attività lavorativa, alla pari delle situazioni in cui il percorso è diverso ed estraneo rispetto a quello protetto, non sembra possano considerarsi sussistenti le condizioni della copertura.

E comunque, a parte queste specialissime ipotesi, appare difficile individuare altri casi di infortunio sulle vie del lavoro per i quali possa parlarsi propriamente di "rischio elettivo". Infatti, quando il tragitto non rientra tra quelli tutelati non vi è motivo di parlare di "rischio elettivo", in quanto mancano proprio i presupposti per l'individuazione dell'infortunio *in itinere* (in questo senso, appunto, anche l'interruzione o la deviazione dell'*iter*, del tutto indipendenti dal lavoro e comunque non necessitate, come già visto, comportano l'esclusione dalla tutela non quali ipotesi di "rischio elettivo", ma solo perché rappresentano delle circostanze tali da far venir meno la stessa figura dell'infortunio *in itinere*); quando, invece, il percorso è necessitato dal lavoro, le modalità di spostamento non escludono la presenza dell'occasione di lavoro e risultano perciò irrilevanti ai fini dell'indennizzo.

16. *Incertezze sulla distinzione tra infortuni in itinere "colposi" ed infortuni in itinere derivanti da "rischio elettivo"*

In realtà, di fronte alla solidità del principio dell'irrelevanza della colpa ai fini della tutela previdenziale, capita frequentemente che si finisca per confondere ipotesi di infortuni sulle vie del lavoro dovuti a colpa, più o meno grave, del lavoratore con ipotesi di "rischio elettivo".

Impropriamente, ad esempio, la dottrina ha ricondotto al "rischio elettivo", ritenendole perciò non indennizzabili, delle fattispecie in cui, tutt'al più, si sarebbe potuto individuare un atteggiamento colposo; di tale tipo appaiono gli infortuni dell'assicurato: a) caduto nel percorrere sua sponte una strada malagevole e rischiosa; b) caduto nel percorrere in motocicletta sulla via del ritorno, dopo essersi attardato senza motivo sino al sopraggiungere della notte; c) travolto nel tentativo di salire su di un tram in corsa²⁵.

²⁵ Ipotesi richiamate da M. BARNI, M. GRAEV, *L'infortunio sulle vie del lavoro nei*

Anche l'INAIL, in realtà, almeno prima dell'emanazione dell'art. 12, aveva ritenuto equiparabile la colpa abnorme del guidatore al "rischio elettivo", infatti aveva sostenuto che «come nell'infortunio occorso in attualità di lavoro, anche nell'infortunio *in itinere* gli aspetti soggettivi della condotta dell'assicurato (negligenza, imprudenza, imperizia) non assumono rilevanza ai fini dell'indennizzabilità (...), salvo che non si tratti di comportamenti così abnormi da sfociare nel rischio elettivo. (...) Tali, a titolo esemplificativo, potrebbero essere: manovre pericolose determinate da stato di ubriachezza, gareggiare in velocità con altri veicoli, percorrere una strada chiusa all'accesso per inagibilità, ecc.; e cioè scelte colpevoli dettate da atteggiamenti e condotte non giustificabili o superflue e comunque controindicate rispetto al risultato da raggiungere»²⁶.

La stessa giurisprudenza, d'altra parte, forse condizionata dalla radicata, quanto ingiustificata volontà di punire la colpa del lavoratore con il rifiuto della tutela previdenziale, spesso non riesce a (o non vuole) distinguere gli infortuni *in itinere* derivanti da comportamento colposo del lavoratore da quelli conseguenti al così detto "rischio per elezione".

In più occasioni, ad esempio, i giudici hanno deciso di negare la tutela previdenziale al lavoratore che, pur avendo una possibilità di scelta alternativa, segue la strada meno comoda o più pericolosa. In sostanza, la presunta colpa dell'assicurato consistente nel percorrere la via peggiore, o più pericolosa, tra diverse possibili viene configurata come "rischio elettivo".

La difficoltà della giurisprudenza di distinguere comportamento colposo e "rischio elettivo" negli infortuni *in itinere* si riscontra, ancora, in quelle decisioni con le quali è stato riconosciuto non indennizzabile l'evento conseguente all'uso di un mezzo di locomozione inadeguato o non autorizzato.

La confusione tra colpa e "rischio elettivo" si riscontra, ancora, in quelle fattispecie in cui la tutela previdenziale viene negata in considerazione del fatto che l'infortunio sia stato provocato dalla non corretta

suoi presupposti dottrinari e nei suoi fondamenti giurisprudenziali. Considerazioni per una nuova dottrina, cit., 434.

²⁶ V. INAIL, *Linee guida per la trattazione dei casi di infortunio in itinere*, cit.

condotta di guida del lavoratore o con la violazione delle norme del codice stradale.

Quest'orientamento appare assai pericoloso, in quanto, come ebbe a dire giustamente il Supremo Collegio, «nella realtà concreta anche violazioni apparentemente plateali delle regole della circolazione trovano spesso la loro causa in distrazioni, difetti di valutazione, errori tecnici di guida, necessità di uscire da situazioni anomale causate da motivi vari, ecc., sì da venire chiaramente esclusa l'ipotesi della scelta volontaria del lavoratore (...); la stessa consapevole violazione delle prescrizioni si basa sulla convinzione della superfluità nelle circostanze concrete del rispetto della regola ai fini della sicurezza della circolazione»²⁷.

Attribuendo allora rilevanza anche alla colpa non abnorme, si giunge a negare la protezione a molti e, talvolta, gravi infortuni sulle vie del lavoro, che, appunto, sono spesso causati o, quantomeno, concausati da atteggiamenti di guida genericamente colposi e dalla violazione delle norme sulla circolazione stradale, quali il non uso dei sistemi di ritenuta o il mancato rispetto dell'obbligo di precedenza, della distanza di sicurezza, del limite di velocità, del divieto di sorpasso, del divieto di transito, ecc.

Si ritiene quindi fondamentale il richiamo al principio della non incidenza della colpa sull'indennizzabilità degli infortuni *in itinere*, la cui applicazione fedele comporta, come già evidenziato, che non può darsi in alcun modo rilievo ai fini della tutela alle modalità dello spostamento, perché resta determinante soltanto il motivo del viaggio. Va ribadito, in altri termini, che in ambito previdenziale non possono incidere negativamente comportamenti di guida colposi, neppure quando la colpa del lavoratore sia stata abnorme e causa esclusiva del determinarsi della lesione; non ci si può ancora permettere di confondere la cattiva condotta di guida o l'*iter* elettivo o il mezzo di locomozione elettivo con il "rischio elettivo". La tutela previdenziale – va forse ancora riaffermato – non dipende dal rischio ma dalla sussistenza dell'occasione di lavoro; allora, mentre l'occasione di lavoro viene meno nel caso di deviazione non necessitata, essa permane nel caso di colpa anche grave che non incide sulla finalità lavorativa del viaggio.

²⁷ V. Cass. 4 dicembre 2001 n. 15312, cit.

In fondo, con l'esclusione dalla tutela dell'infortunio derivante dall'uso di un mezzo non necessitato, ovvero subito dal lavoratore che guida senza patente o in stato di ebbrezza, ipotesi appunto espressamente disciplinate dalla norma, si finisce per attribuire rilevanza proprio alle modalità della condotta piuttosto che alla finalità del viaggio; si tratta pur sempre di ipotesi di infortuni colposi, non di infortuni derivanti da "rischio elettivo".

Di conseguenza, poiché la previsione normativa delle ipotesi di esclusione della tutela rappresenta un'eccezione al principio di irrilevanza della colpa (*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*), essa – ad avviso di chi scrive – non può trovare applicazione in via analogica in relazione ad altre fattispecie d'infortunio *in itinere* in cui sia ravvisabile una colpa, anche grave, del lavoratore

L'orientamento più favorevole, preferito da sempre chi scrive, sembra aver trovato importanti conferme nella giurisprudenza della Corte di Cassazione che ha ritenuto indennizzabile l'infortunio determinato da una scelta volontaria e per nulla necessitata del lavoratore di seguire il tragitto scosceso e con una curva in forte pendenza (che in altre occasioni gli era stato impedito di imboccare, venendo "fermato in tempo" da altro dipendente, che lo aveva dissuaso dal percorrerlo), anziché la via ordinaria. Il Collegio ha infatti affermato che «costituisce orientamento interpretativo acquisito di questa Suprema Corte che il rischio elettivo, quale limite all'indennizzabilità degli infortuni sul lavoro, è ravvisabile, per richiamare una definizione sintetica ricorrente, solo in presenza di un comportamento abnorme, volontario ed arbitrario del lavoratore, tale da condurlo ad affrontare rischi diversi da quelli inerenti alla normale attività lavorativa, pur latamente intesa, e tale da determinare una causa interruttiva di ogni nesso fra lavoro, rischio ed evento secondo l'apprezzamento di fatto riservato al giudice di merito. Più in particolare, per configurare il rischio elettivo secondo la definizione descritta, viene richiesto a) che il lavoratore ponga in essere un atto non solo volontario, ma anche abnorme, nel senso di arbitrario ed estraneo alle finalità produttive; b) che il comportamento del lavoratore sia motivato da impulsi meramente personali, quali non possono qualificarsi le iniziative, pur incongrue ed anche contrarie alle direttive del datore di lavoro, ma motivate da finalità produttive; c) che l'evento conseguente all'azione del lavoratore non abbia alcun nes-

so di derivazione con l'attività lavorativa. Nel concorso di tali situazioni, che qualificano in termini di abnormità la causa iniziale della serie produttiva dell'evento infortunistico, il rischio elettivo si distingue, quindi, dall'atto colpevole del lavoratore, e cioè dall'atto volontario posto in essere con imprudenza, negligenza o imperizia, ma che, motivato, comunque, da finalità produttive, non vale ad interrompere il nesso fra l'infortunio e l'attività lavorativa e non ne esclude, pertanto, la indennizzabilità. A tale indirizzo interpretativo non si è attenuta la decisione impugnata, la quale ha omesso di considerare che l'infortunio si è realizzato a fronte di un comportamento del lavoratore che, sebbene imprudente, era, comunque, ricollegabile alle finalità aziendali, essendo l'infortunio avvenuto nell'espletamento dell'attività lavorativa ed in conseguenza di una scelta (quale quella di percorrere, fra i due sentieri di accesso all'azienda, quello più scosceso), che, sebbene non necessitata, ed anzi evitabile, non risultava del tutto estranea alle finalità lavorative e non corrispondeva solo ad esigenze meramente personali»²⁸.

17. *I comportamenti colposi del conducente del veicolo esclusi per legge dalla tutela: a) la guida in stato di ebbrezza; b) guida senza patente*

L'espressa previsione, per opera dell'art. 12, di casi di esclusione della garanzia previdenziale, relativi appunto a comportamenti colposi del lavoratore – che in forza del principio generale di irrilevanza della colpa (di cui molto si è parlato) non dovrebbero comportare un tale effetto pregiudizievole per l'assicurato – va forse ricondotta, se non al recondito e forse inconscio intento “punitivo” del legislatore, almeno alla sua volontà discrezionale di limitare l'indennizzabilità dell'infortunio *in itinere* e, perciò, di contenere la spesa dell'Ente previdenziale ed i conseguenti oneri contributivi. Inoltre, com'è stato ipotizzato, tale statuizione, finisce per assumere anche una finalità di tipo preventivo, in quanto contribuisce a diffondere una cultura di maggior prudenza nella guida dei veicoli, dissuadendo i cittadini dai comporta-

²⁸ V. Cass., 18 maggio 2009 n. 11417, in *Foro it.*, 2009, 2058 ss.

menti scorretti e pericolosi per sé e per gli altri, pena appunto il venir meno della tutela assicurativa sociale.

a) *La guida in stato di ebbrezza*

Nel caso di uso di mezzo di trasporto privato – recita l'art. 12 in commento - «restano (...) esclusi gli infortuni direttamente cagionati dall'abuso di alcolici e di psicofarmaci o dall'uso non terapeutico di stupefacenti o allucinogeni».

In effetti, lo stato di ebbrezza comporta una diminuzione della rapidità dei riflessi e della capacità di autocontrollo ed un sensibile conseguente aumento del rischio che il conducente determini un sinistro stradale.

Va anche precisato che l'ebbrezza, almeno dal punto di vista clinico, si differenzia dall'ubriachezza, per la diversa intensità dell'alterazione psico-fisica, più grave nella seconda, che rappresenta un grado ulteriore di intossicazione alcolica; in altri termini, a causa della presenza di un maggiore tasso alcolemico, l'ubriachezza in sé comprende ed assorbe l'ebbrezza, perché ne costituisce uno stato più avanzato. Se allora, nella logica del legislatore delegato, viene ritenuto sufficiente lo stato di ebbrezza per negare l'indennizzo all'infortunato, lo stato di ubriachezza dovrà essere, *a fortiori*, ritenuto motivo di tale esclusione.

La previsione va naturalmente correlata all'art. 186 del decreto legislativo 30 aprile 1992 n. 285 (C.d.S.), che sancisce il divieto della guida in stato di ebbrezza in conseguenza dell'uso di bevande alcoliche, e all'articolo successivo che proibisce la guida in condizioni di alterazione fisica e psichica correlata con l'uso di sostanze stupefacenti o psicotrope.

Lo stato di ebbrezza può essere riscontrato per mezzo di accertamenti qualitativi non invasivi o mediante prove, da effettuarsi anche con apparecchi portatili (es. misurazione spirometrica con il così detto "etilometro" del tasso alcolemico dell'area alveolare espirata), o mediante dati sintomatici rilevabili dalla stessa condotta di guida o dalle condizioni del soggetto: andatura barcollante, difficoltà di linguaggio, pronuncia di frasi sconclusionate, alito vinoso, pupille dilatate, ecc.

Più difficile appare l'accertamento dello stato di ebbrezza derivan-

te dall'assunzione di sostanze stupefacenti, specialmente quando tali sostanze non vengono iniettate tramite siringa ipodermica (la traccia della quale è visibile e consente anche di stabilire approssimativamente il momento dell'iniezione); infatti, quando la sostanza stupefacente viene assunta mediante combustione (con pipa o spinello) o aspirazione nasale, il comportamento esteriore del conducente, contrariamente a quello che avviene in caso di ebbrezza alcolica, non sempre è rivelatore dell'alterazione psicosomatica.

Nel caso di infortunio, invece, poiché esso normalmente deriva da incidente stradale, vanno utilizzate le particolari procedure di accertamento previste dagli artt. 186 e 187 C.d.S., così come successivamente modificati. In particolare, in caso di incidente stradale, il comma 5 dell'art. 186 ed il comma 3 dell'art. 187, stabiliscono che l'accertamento rispettivamente del tasso alcolemico e della presenza di sostanze stupefacenti o psicotrope venga effettuato, su richiesta degli organi di Polizia Stradale, «da parte delle strutture sanitarie di base o di quelle accreditate o comunque a tali fini equiparate», anche attraverso il prelievo di campioni di liquidi biologici; i risultati del prelievo, effettuato secondo i normali protocolli medici di pronto soccorso, essendo elementi di prova acquisiti attraverso la documentazione medica, sono utilizzabili anche a prescindere dal consenso a tale accertamento da parte dell'interessato.

Il Supremo Collegio ha comunque voluto chiarire che «ai fini della configurabilità della contravvenzione di cui all'art. 186 C.d.S., lo stato di ebbrezza del conducente del veicolo può essere accertato e provato con qualsiasi mezzo, e non necessariamente ed unicamente attraverso la strumentazione e le procedure indicate nell'art. 379 del regolamento di attuazione ed esecuzione del C.d.S. (...) Per l'effetto, una volta riscontrato, per indici sintomatici, lo stato di ebbrezza, e quindi la sussistenza del reato, ove non sia possibile accertare il tasso alcolemico, la relativa questione investe, evidentemente, solo il trattamento sanzionatorio»²⁹.

Altra questione, non ancora affrontata dalla giurisprudenza, è poi quella dell'utilizzabilità dei parametri previsti per valutare lo stato di ebbrezza del conducente del veicolo ai fini dell'accertamento del reato

²⁹ V. Cass., 16 aprile 2008 n. 15756, in *Guida dir.*, 2008, 7, 61.

anche allo scopo di escludere la tutela previdenziale; non è detto, in particolare, che il concetto di stato di ebbrezza in ambito penale sia del tutto sovrapponibile a quello rilevante in sede previdenziale. In effetti, ad esempio, in base all'art. 186, comma 2, sussiste il reato di guida in stato di ebbrezza quando il conducente ha un tasso alcolemico superiore alla soglia di 0,5 g/l (per i neo patentati le sanzioni scattano addirittura con qualsiasi tasso alcolemico se superiore allo 0), a nulla rilevando in concreto che il soggetto abbia una buona resistenza soggettiva all'alcool, tale per cui con quel tasso non subisca alcuna alterazione psicofisica.

Ai fini dell'esclusione dell'indennizzabilità dell'infortunio, invece, dovrebbe essere rilevante la sussistenza di uno stato di ebbrezza effettivo (c.d. sintomatico), incidente appunto sull'autocontrollo del conducente, tanto da cagionare "direttamente" il sinistro, rimanendo senza conseguenze la presenza di un tasso di alcool asintomatico, anche se superiore al parametro astratto di cui alla normativa sopra richiamata. Tale stato di ebbrezza andrebbe accertato con perizia medico-legale da eseguirsi sulla base dell'esame del verbale del Pronto Soccorso ospedaliero, dei controlli cui l'assicurato si sia sottoposto al momento del sinistro, delle testimonianze degli agenti verbalizzanti e dei presenti al momento dell'evento, ecc.

In ogni caso, qualora la giurisprudenza avesse bisogno di maggiori certezze, tenendo conto del giudizio espresso in proposito dalla medicina legale e dalla tossicologia forense, si potrebbe giungere a considerare rilevante, perché apprezzabilmente significativo in termini di compromissione della capacità di guida, un tasso alcolico superiore a 0,8 g/l (ipotesi di cui al comma 2, lett. b) e c) dell'art. 186).

Al di là delle complesse problematiche relative al controllo, va forse sottolineato che, salvo il caso eccezionale in cui il soggetto si sia posto nella situazione di obnubilamento delle proprie capacità al fine specifico di provocarsi l'infortunio (autolesionismo), la guida in stato di ebbrezza sembra debba essere ricondotta ad un atteggiamento colposo del lavoratore. Per quanto si è già tentato di chiarire, infatti, quando il viaggio resta funzionale al lavoro non si può parlare di "rischio elettivo": se il comportamento colposo dell'assicurato aggrava il rischio di infortuni (sia sul lavoro, sia *in itinere*), ciò non significa, come qualcuno vorrebbe, che tale rischio si trasforma in "elettivo", ossia

estraneo al lavoro. In sostanza, la colpa grave dell'assicurato, che si è messo in viaggio nonostante l'alterazione mentale provocata dalle sostanze assunte, viene in qualche modo sanzionata dall'art. 12 con il diniego dell'indennizzo, forse anche in analogia con quanto avviene nel Diritto Penale dove, ai sensi del primo comma dell'art. 92 c.p., l'ubriachezza volontaria non esclude né diminuisce l'imputabilità (*actio libera in causa*).

In ogni caso, la previsione normativa, per come formulata, suscita altre perplessità.

Infatti, l'abuso di psicofarmaci, anche se assunti per finalità terapeutiche, sembrerebbe comportare sempre l'esclusione dall'indennizzo; sarebbero invece indennizzabili gli infortuni causati dall'uso terapeutico di stupefacenti ed allucinogeni. Ci si domanda, allora, perché mai debba essere escluso dal beneficio colui che abbia commesso l'errore di esagerare nell'uso terapeutico di psicofarmaci e, dall'altra parte, si debba indennizzare l'infortunio di chi, utilizzando stupefacenti ed allucinogeni per fini terapeutici, si metta alla guida del veicolo nella perfetta consapevolezza della crisi determinata dalle sostanze assunte e dell'altissimo rischio di cagionare un sinistro.

L'art. 12, poi, limita l'esclusione al caso in cui l'assicurato si infortuni alla guida del mezzo privato; non è facile, allora, capire perché, nella logica del legislatore, tale limitazione, sebbene forse funzionale alla finalità di prevenzione dei sinistri stradali cui si è fatto cenno, non sia stata estesa anche a chi si sposti su mezzi pubblici o a piedi, sussistendo la possibilità che anche questi soggetti si infortunino a causa del loro stato di ebbrezza (si pensi a chi viene investito mentre attraversa improvvisamente la strada senza badare, a causa dell'ubriachezza, all'autovettura che sta sopraggiungendo).

La norma, inoltre, prevede l'esclusione della tutela solo nel caso in cui l'infortunio sia stato "direttamente" cagionato dallo stato di ebbrezza e l'avverbio utilizzato suscita anch'esso qualche dubbio interpretativo.

Richiamando le teorie sul nesso causale, infatti, si potrebbe sostenere che il diritto all'indennizzo venga meno anche quando l'alterazione psichica sia stata concausa dell'infortunio, in quanto comunque, pur in presenza di altre cause, non si spezza il nesso eziologico diretto tra fatto ed evento; allora, applicando in maniera rigida questa inter-

pretazione, si dovrebbe giungere ad escludere l'indennizzo al lavoratore ubriaco che, tenendo con la propria auto una velocità pericolosa, finisca fuori strada per lo scoppio dello pneumatico, oppure contribuisca al verificarsi dello scontro con altro veicolo il cui conducente abbia tenuto un comportamento di guida ancor più illecito o colposo, magari non rispettando l'obbligo di precedenza.

Una tale scelta ermeneutica appare eccessivamente penalizzante per gli assicurati, i quali si vedrebbero negare la tutela anche per aver concorso in maniera, sia pur minima, al verificarsi del sinistro. Si ritiene allora che l'avverbio "direttamente" possa essere più correttamente "tradotto", senza violarne il significato semantico, con l'avverbio "esclusivamente", con la conseguenza di negare l'indennizzo soltanto in quelle ipotesi in cui il verificarsi dell'infortunio *in itinere* sia riconducibile unicamente allo stato di ebbrezza del conducente; quindi, in caso d'infortunio, una volta accertato lo stato di alterazione psichica derivante dall'abuso di alcool, psicofarmaci ecc., l'interessato non dovrebbe essere escluso dalla tutela qualora riesca a dimostrare che l'incidente stradale è stato concausato – non solo causato – anche da fattori estranei alla sua situazione soggettiva.

Qualora la "traduzione" – ora proposta – della terminologia usata dal legislatore appaia troppo ardita, si dovrà quantomeno ammettere l'infortunio all'indennizzo in tutti quei casi in cui si accerti che esso si sarebbe verificato anche in assenza dello stato di ebbrezza.

b) *La guida senza patente*

Un altro caso di esclusione della tutela è previsto dall'ultima proposizione dell'art. 12: «L'assicurazione non opera nei confronti del conducente sprovvisto della prescritta abilitazione di guida».

Ora, la guida senza patente si configura come violazione di una norma regolamentare e, perciò, rappresenta un comportamento semplicemente colposo del lavoratore, che, tuttavia, viene penalizzato con la previsione dell'esclusione dalla tutela.

Anche questa norma, quindi, deve essere considerata un'eccezione al principio di irrilevanza della colpa e per questo dovrebbe essere interpretata in senso favorevole all'assicurato. Appare sostenibile, allora, che non possa essere rifiutata la tutela al lavoratore che subisca

l'infortunio mentre guida un motoveicolo o un autoveicolo, senza essere munito della patente, purché sia in possesso dei requisiti richiesti dal C.d.S. per la guida del veicolo su cui viaggia ed abbia sostenuto con esito favorevole i previsti esami di idoneità. In considerazione di ciò, non sembra che possa rientrare nell'ipotesi di esclusione prevista dall'art. 12 la guida con patente scaduta (salvo il caso in cui siano venuti meno i requisiti previsti per la conduzione di veicoli) o sospesa in seguito a sanzione amministrativa.

In sintesi – ad avviso di chi scrive – l'assicurazione non opererebbe soltanto nel caso in cui il lavoratore conduca il veicolo senza aver conseguito la patente di guida (perché non ha i requisiti richiesti o perché non ha superato l'esame di idoneità) necessaria in base alla categoria alla quale il veicolo stesso appartiene, oppure nel caso in cui egli guidi senza patente perché revocata o non rinnovata per mancanza dei requisiti previsti dal C.d.S. (violazione prevista e sanzionata dall'art. 116, comma 13, del decreto legislativo 30 aprile 1992 n. 285, così come da ultimo modificato dall'art. 1 della legge 2 ottobre 2007 n. 160 e, per quanto riguarda i minori, dal comma 13-bis dello stesso articolo, aggiunto dall'art. 6 del decreto legislativo 15 gennaio 2002 n. 9, così come modificato dall'art. 2 del decreto legge 27 giugno 2003 n. 151, a sua volta convertito in legge con modifiche).

Si può aggiungere, da ultimo, che, come coerenza sistematica e logica vorrebbero, anche quest'ipotesi di esclusione della tutela, al pari di quella ricordata nel paragrafo precedente, pur se non espressamente previsto, dovrebbe operare soltanto quando il sinistro sia stato "direttamente cagionato" dal conducente sprovvisto della prescritta abilitazione alla guida; qualora, invece, l'infortunio si verifichi per altre cause (caso fortuito, forza maggiore, colpa di terzi), il difetto della patente non sembra possa rilevare negativamente ai fini dell'indennizzo.

Evoluzioni e profili attuali dell'infortunio *in itinere*

COSIMA ANDRISANI, NICOLA DELEONARDIS, CHIARA GAGLIONE,
CHIARA GARBUIO, LUCA MANNARELLI, GIAN PIERO MARCELLINI,
ALESSANDRO VENTURA*

SOMMARIO: 1. *L'infortunio in itinere. Un profilo storico.* – 2. *L'infortunio in itinere: la fattispecie.* – 3. *Gli elementi caratterizzanti l'infortunio in itinere: giurisprudenza e prassi amministrativa.* – 4. *Ipotesi di non indennizzabilità dell'infortunio in itinere.* – 5. *L'infortunio in itinere nel lavoro agile.*

1. *L'infortunio in itinere. Un profilo storico*

L'infortunio *in itinere* non trova tutt'oggi una propria uniforme e definitiva sistematizzazione, stante la difficile configurabilità dello stesso in particolari condizioni di lavoro, si pensi alla fattispecie dello *smart working*¹.

Come è noto, la ricerca di un fondamento giuridico che giustifichesse la protezione economica di operai vittime di infortunio sul lavoro fu lunga e travagliata², sino ad approdare all'alba del XX secolo, a seguito

* Il presente scritto rappresenta la rielaborazione delle riflessioni svolte all'interno del gruppo di lavoro *Evoluzioni e profili attuali dell'infortunio in itinere*, nell'ambito della IV edizione dei *Seminari Previdenziali Maceratesi. La tutela antinfortunistica oggi*, tenutosi presso la Fondazione Marco Biagi dal 24 al 27 giugno 2019. Sebbene il contributo sia frutto di una riflessione comune agli autori, il § 1 è stato redatto da N. Deleonardis, il § 2 da C. Andrisani, il § 3 da G.P. Marcellini, il § 4 da C. Gaglione e C. Garbuio, il § 5 da L. Mannarelli e A. Ventura. Si ringrazia sentitamente il *tutor* del gruppo, prof.ssa L. Foglia, per le preziose osservazioni fornite nel corso della redazione del contributo.

¹ Sul punto cfr. S. CAFFIO, *Lavoro agile e tutela assicurativa contro gli infortuni e le malattie professionali*, in D. GAROFALO (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro: autonomo, agile occasionale. Aggiornamento al decreto-legge 12 luglio 2018, n. 87, c.d. decreto dignità*, 2018, Adapt University Press, 2018, 490 ss.

² Da una parte si ricordano le parole del Presidente del Consiglio Depretis in un discorso alla Camera nel 1883: «Ormai il mantenimento dell'ordine con la riforma delle istituzioni sociali deve essere il supremo impegno di chiunque vuole governare con

della L. 17 marzo 1898 n. 80 e di successive elaborazioni dottrinarie, al principio del rischio professionale. La tutela conseguiva all'esposizione della forza-lavoro al rischio immanente allo svolgimento della propria mansione all'interno delle prime fabbriche industriali, fondata sulla responsabilità oggettiva, ancorata agli artt. 1153 e ss. del Codice Pisanelli, con i quali veniva regolato l'obbligo di risarcimento del danno, anche quando questo fosse prodotto da cose di cui si fa uso e dagli animali dei quali si ha custodia³. Alla colpa del datore di lavoro si sostituiva, come fondamento del diritto al risarcimento, la relazione eziologica fra l'infortunio e lo svolgimento del lavoro.

Oggetto della tutela non era la lesione dell'integrità fisica del lavoratore assicurato, ma l'incapacità che ne conseguiva e lo danneggiava nella sua capacità produttiva. L'assicurazione restava ancorata agli inflessibili schemi del diritto commerciale: un'assicurazione, quindi, strettamente privatistica, basata sul contratto stipulato tra datore di lavoro ed ente assicuratore, al quale restava del tutto estraneo il lavoratore beneficiario⁴.

L'ibrida configurazione del meccanismo assicurativo e della tutela con esso accordata al lavoratore non potevano non riflettersi sull'evento dell'infortunio *in itinere*. Questo evento rende necessario ritor-

qualche speranza di successo». Dall'altra il conservatore Antonio Salandra, futuro Presidente del Consiglio, scriveva sulla "Nuova Antologia" del 1 giugno 1881 contro lo «stato assicuratore», rifiutando qualsiasi intervento pubblico nel settore previdenziale e denunciando le velleità sociali di coloro che per «interesse di popolarità e di fortuna politica» si ponevano come difensori delle «infime classi sociali», accusando il Governo di essere «volgarmente liberale» ed affermando che ogni progetto del genere sarebbe destinato a cadere nel vuoto. Cfr. A. CHERUBINI, *Storia della previdenza sociale in Italia: 1860-1960*, Editori riuniti, Roma, 1977, 72-83. Inoltre, cfr. F. DI CEREO, *L'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali nella giurisprudenza*, Giuffrè, Milano, 1998, 123: «Si cominciò a capire anche che i prestatori di lavoro dovevano essere destinatari di una protezione particolare e diversa, in quanto produttori della ricchezza nazionale, rispetto alla modesta tutela assistenziale fornita a coloro che erano sprovvisti di mezzi necessari all'esistenza». Ancora M. MORELLO, *Alle origini della tutela del diritto degli infortuni sul lavoro*, in *Dir. sic. lav.*, 2016, 2, 23 ss.

³ A riguardo cfr. M. PERSIANI, *Il rischio professionale*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1978, I, 222.

⁴ G. MIRALDI, *I limiti contrattuali dell'assicurazione infortuni nei confronti dell'operaio*, in *Riv. dir. lav.*, 1933, 14.

nare sul concetto di “occasione di lavoro”, richiamato dall'art. 7 del T.U. del 31 gennaio 1904 n. 51 in materia di infortuni, successivamente modificato dal D.Lgt. 17 novembre 1918 n. 1918 e ancora novellato, secondo i principi dell'ordinamento corporativo fascista, con R.d. 17 agosto 1935 n. 1765.

Si è già rammentato come l'ipotesi di infortunio indennizzabile si configurava nei casi in cui fosse contemplato il rischio specifico, declinato secondo i criteri del fattore eziologico e, marginalmente, cronologico e spaziale, agganciati, quindi, al tempo e al luogo di lavoro.

Nonostante dominasse tale indirizzo, non è azzardato sostenere che già durante il ventennio corporativo vi fosse un orientamento giuridico non così pacifico e lineare rispetto all'infortunio *in itinere*.

La dottrina pareva polarizzarsi, infatti, su due posizioni differenti: da un lato emergeva la necessità che persistesse il rischio specifico, posizione riconducibile al Carnelutti⁵, per il quale l'infortunio si configurava solo qualora vi fosse un nesso eziologico con l'attività di lavoro svolta, ricollegabile pertanto alla condizione di pericolo propria del mestiere (operaio); dall'altra, invece, si insinuava una posizione innovatrice che rileggeva in una diversa prospettiva l'occasione di lavoro, secondo la quale, adombrando la ricostruzione dottrinarica sul rischio professionale del Carnelutti, si estendesse il principio dell'occasione di lavoro al *rischio necessario*, tale da configurare ulteriori ipotesi di indennizzabilità nel caso di infortunio *in itinere*⁶.

⁵ L'A. riconduce l'occasione di lavoro al rischio specifico, ovvero quel rischio, distinto dal rischio generico, che «derivando la sua esistenza o la sua quantità dalle condizioni peculiari dell'industria grava esclusivamente su coloro che vengono in contatto con l'industria medesima, o su questi in misura maggiore che sugli altri uomini». Rischio specifico, continua l'A. connesso al lavoro, quando «questo determina la presenza [...] nel luogo e nel tempo in cui prende esistenza il rischio». Cit. F. CARNELUTTI, *Infortuni sul lavoro*, I, Athenaeum, Roma, 1913, 228-260; inoltre cfr. G. NERVI, *Infortuni sul lavoro: questioni, soluzioni, giudicati ed appunti*, Usila, Roma, 1931, 76 ss. A riguardo è da notare come, sebbene partendo da presupposti diversi, e nello specifico dal potere “di autorità”, quindi direttivo, dell'imprenditore, anche in Francia si perviene alla medesima enucleazione del rischio professionale. Cfr. A. SACHET, *Traite theorique et pratique de la legislation sur les accidents du travail*, I, L. Tenin, Paris, 1921.

⁶ «L'operaio per andare a lavoro deve necessariamente [...] compiere quel lungo percorso che separa la sua casa dal lavoro [...]. E poiché per lavoro non si deve inten-

Nonostante la giurisprudenza rimarrà ancorata, ancora per molti anni a venire, ai vecchi modelli dottrinari, pur con numerose contraddizioni e squilibri interpretativi, è essenziale sottolineare come si approdi in qualche modo ad una semplificazione empirica dei casi riconducibili ad infortunio *in itinere*⁷, sebbene ciò non ne implicasse necessariamente l'indennizzabilità⁸.

dere unicamente l'espletamento delle mansioni all'operaio affidate, è evidente che è atto preparatorio alla lavorazione il viaggio per andare dalla abitazione al cantiere o all'officina e il ritorno». Cit. S. DONATINI, *L'infortunio in itinere*, in *Giur. corti reg.*, 1929, VII, 131-132. Secondo Guido Gentile il T.U del 1904 «parla di occasione di lavoro, non di rischio specifico professionale: e la zona dell'occasione di lavoro non coincide con la zona del rischio specifico». Cit. G. GENTILE, *L'occasione di lavoro e il rischio specifico*, in *Riv. crit. inf. ass. resp. civ.*, 1926, 244; cfr., inoltre G. GENTILE, *La definizione dell'infortunio sul lavoro*, in *Riv. crit. inf. ass. resp. civ.*, 1926, 256.

La querelle tra le due fazioni non cessava a placarsi, come si evince dalle successive annotazioni sul tema del Carnelutti. Cfr. F. CARNELUTTI, *Un infortunio della cassazione unica in tema di infortuni sul lavoro*, in *Riv. dir. comm.*, 1926, II, 15 ss.; F. CARNELUTTI, *Contraddizioni ed approssimazioni della giurisprudenza in tema di infortuni sul lavoro*, *Riv. dir. comm.*, 1927, II, 52 ss.

⁷ I casi empirici tradotti in categorie sono 9: infortunio sulle comuni ed ordinarie vie di lavoro; infortunio su o da ordinari mezzi di trasporto; infortunio su o da mezzi di locomozione dell'imprenditore, o da lui apprestati; infortunio occasionato dal passaggio dell'operaio sul territorio in cui si svolge l'attività industriale, o di proprietà di quella; infortunio occasionato dalla pericolosità dell'accesso allo stabilimento o luoghi di lavoro; infortunio *in itinere* nell'adempimento di un ordine del datore di lavoro; infortunio in dormitori o refettori annessi ai cantieri o messi dall'imprenditore a disposizione della maestranza; infortunio *in itinere* pel fatto di terzi o di animali; casi speciali di infortunio *in itinere* anche in rapporto a peculiari condizioni del contratto di lavoro. Per approfondimenti sui casi empirici cfr. G.M. BALDI, *L'infortunio sulle vie del lavoro*, in *Dir. lav.*, 1929, I, 636 ss. e 744 ss.; sull'eccessivo "giuridicismo interpretativo" rispetto ai casi empirici cfr. G. NERVI, *A proposito di infortunio «in itinere»: empirismo casistico o rapporto eziologico?*, in *Mass. giur. lav.*, 1933, 579 ss.

Lo squilibrio interpretativo è intuibile, tra i numerosi casi, nelle sentenze pronunciate dalla stessa Sezione a distanza di un mese e commentate dal Nervi: G. NERVI, *Occasione di lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 1929, 367 ss.; G. NERVI, *Ancora su la «occasione di lavoro»*, in *Mass. giur. lav.*, 1929, 480 ss.

⁸ Cfr G. MIRALDI, *L'infortunio sulle vie del lavoro*, in *Dir. lav.*, 1942, II, 229 ss. È il caso, inoltre, rispetto a particolari categorie di lavoratori formalmente tutelati, degli infortuni *in itinere* per i lavoratori marittimi. Le modifiche apportate dal d.l.lgt. del 17 novembre 1918 n. 1825, conv. in L. il 17 aprile 1925 n.473, relative all'indennizzo per infortunio *in itinere* per l'equipaggio marittimo di ritorno presso la propria residenza,

Con la caduta del fascismo, il rimedio assicurativo fondato sul rischio professionale viene ridimensionato a favore di una tutela previdenziale che facesse leva sul principio della "libertà dal bisogno". La Costituzione si dota di una serie di principi che colorano il rischio professionale di quella "sicurezza sociale" auspicata già dal *Piano Beveridge* pochi anni addietro. L'art. 38 comma 2, Cost. si pone a tutela della collettività organizzata nello Stato a favore di chi si viene a trovare in situazione di bisogno. La funzione non è più quella di risarcire un danno, ma di eliminare le situazioni di bisogno. Chiunque si trovi in condizioni di bisogno, a causa del proprio lavoro, merita una considerazione particolare; una protezione capace di compensare la circostanza che ha prodotto le condizioni in cui il lavoratore si è trovato per aver contribuito al benessere di tutta la collettività⁹.

La tutela previdenziale diventa espressione della solidarietà di tutta la collettività organizzata nello Stato, incaricato di rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana (art. 3 comma 2, Cost.) in situazione di bisogno¹⁰.

Nonostante i buoni propositi preannunciati dalla Costituzione, l'infortunio *in itinere* stenterà ad ottenere il riconoscimento legislativo.

escludevano i casi diversi da quelli specificati nella norma, come il viaggio di ritorno presso la propria residenza qualora venisse concesso un breve congedo. Cfr. Cass. del Regno, 10 agosto 1934, in *Dir. lav.*, 1936, I, 174 ss. Una categoria tutelata anche successivamente dall'art. 6 del T.U. del 30 giugno 1965, n. 1124.

Per una generale ed esaustiva casistica sulla giurisprudenza si rinvia a G.M. BALDI, *L'infortunio sulle vie del lavoro*, cit.

⁹ M. D'ONGHIA, *Fondamenti di diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino, 2016, 129-136. Cfr. inoltre, M. PERSIANI, *Tendenze dell'evoluzione della tutela per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali: il superamento del principio del rischio professionale*, in *Riv. giur. lav.*, 1974, III, 177 ss.

In merito al dibattito della Costituente sull'art. 38 cfr. L. PELLICCIA, A. TANDOI, *La "filosofia sociale" dell'assistenza e della previdenza*, in L. GAETA (a cura di), *Prima di tutto il lavoro. La costruzione di un diritto all'Assemblea Costituente*, Ediesse, Roma, 2014, passim. 209-229.

¹⁰ Sulla evoluzione delle assicurazioni sociali verso un sistema di previdenza sociale, nel quale gli interessi delle singole categorie sono tutelati secondo il fondamento dell'interesse generale della collettività alla sicurezza economica della popolazione lavoratrice, cfr. M. PERSIANI, *Il sistema giuridico della previdenza sociale*, Cedam, Padova, 1960, 25 ss.

Complici aspetti di carattere finanziario, i progetti parlamentari, si arenano di fronte a promesse di riforma inattuata¹¹, escluse dal d.P.R. del 30 giugno 1965 n.1124. Un tentativo riposto nel cassetto delle deleghe inattuata¹², ma che viene riattualizzato a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 8 del 1977. Sebbene la Corte non rilevasse alcun contrasto dell'art. 2 del T.U. 1124 del 65 con l'art. 38 della Costituzione, per inadeguata assistenza dei lavoratori nel caso di infortunio *in itinere*, né con l'art. 76 Cost., a seguito del citato art. 31 L. n° 15 del 1963 che, come accennato, delegava il Governo ad emanare norme in materia di infortunio *in itinere*, la stessa Corte sollecita un intervento legislativo in materia. D'altro canto, nonostante la pronunzia evidenziasse l'insussistenza di una violazione costituzionale, emergeva una responsabilità politica del legislatore derivante da un mancato intervento a riguardo¹³.

¹¹ Prima fra tutti la proposta di legge di iniziativa parlamentare del 26 febbraio 1959 n. 879 che, modificando l'art. 2 del R.d. del 17 agosto 1935 n. 1765, si riproponeva di estendere con l'art. 3 il concetto di occasione di lavoro anche al tragitto abituale fra la residenza e il posto di lavoro e tra lo stesso posto di lavoro e il locale dove il lavoratore consuma i pasti. Modifiche non particolarmente apprezzate sia nel merito (che avrebbe previsto il superamento del principio di rischio professionale) che nel metodo (l'articolo era talmente evasivo da renderne difficile l'applicazione al caso concreto). Sul punto cfr. E. CATALDI, *L'estensione della tutela assicurativa all'infortunio «in itinere» in una recente proposta di legge di iniziativa parlamentare*, in *Riv. it. prev. soc.*, 1960, 104 ss. L'articolo si trasformerà in una mera delega (art. 31, L. del 19 gennaio 1963 n.15) procrastinata per molti anni a seguire, nonostante le varie discussioni parlamentari manifestassero un rassegnato disappunto verso questa inattuazione. Cfr. a riguardo, *Atti parlamentari. Discussioni, Seduta del 14 novembre 1962*, III Legislatura, 3632, 3644-3645; *Atti parlamentari. Discussioni, Seduta del 15 novembre 1962*, III Legislatura, 35664, 35667.

¹² Si pensi al successivo schema di disegno di legge del Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale relativo alla delega prevista dall'art. 31, arenatosi ancora una volta. Cfr. il Progetto ministeriale in *Riv. giur. lav.*, 1965, I, 44 ss. con annotazioni critiche di M.V. MATTEUCCI, *L'infortunio in itinere (de iure condendo)*.

¹³ Così la Corte Costituzionale rispetto all'orientamento della Cassazione: «La Corte non è chiamata a pronunciarsi sulla esattezza di questo orientamento giurisprudenziale: appare chiaro, tuttavia, da quanto precede, la esigenza di un sollecito intervento legislativo in materia di previdenza ed assicurazione dell'infortunio in itinere». E ancora, in riferimento alla mancata attuazione della delega prevista dall'art. 31: «Così essendo, la omissione del legislatore delegato può comportare evidentemente una sua

L'estensione dei principi stabiliti dall'art. 38, comma 2 nel merito dell'infortunio *in itinere* sarà affidata, infatti, alla prassi giurisprudenziale¹⁴, orientata a seguire l'elaborazione dottrinarina che distingue il rischio generico, e successivamente rischio generico aggravato, dal rischio specifico¹⁵. Prassi che si distingue in due fasi, che restringono o ampliano il principio dell'occasione di lavoro.

La prima, più restrittiva, precede l'emanazione del T.U del 1965. L'orientamento della giurisprudenza escludeva il rischio generico, relativo all'uso, comune a tutti i cittadini, di una strada pubblica, o di un mezzo di trasporto pubblico. L'infortunio *in itinere* era indennizzabile solo nel caso di "rischio specifico" o, quantomeno, "generico aggravato", qualora il lavoratore percorresse l'unica ed esclusiva strada che conduceva all'azienda, o una strada che presentasse rischi non comuni, oppure, ancora, usasse il mezzo di trasporto predisposto dal datore di lavoro. In questa fase si escludeva in ogni caso l'indennità per chiunque facesse uso di un mezzo privato¹⁶.

responsabilità politica verso il Parlamento, non certo una violazione di legge costituzionalmente apprezzabile». Sul punto si veda la posizione di Chiappelli, che accoglie pienamente la pronuncia della Corte, sia sul versante prettamente giuridico che nella sua insolita veste di promotore di una legge che regolasse l'infortunio *in itinere*. Cfr. U. CHIAPPELLI, *L'infortunio «in itinere» ed un'altra regolamentazione legislativa sempre a venire*, in *Riv. it. prev. soc.*, 1977, 748 ss.

¹⁴ Per una chiara disamina dei casi concreti cfr. M. VICCONTE, *L'infortunio in itinere. Evoluzione di un istituto*, in *Lav. prev. oggi*, 2005, 8-9, 1297 ss.

¹⁵ Elaborazione già proposta dal Carnelutti agli inizi del XX secolo e che persiste anche nel modello previdenziale della successiva Repubblica: generico è il rischio che, «indipendente nella sua esistenza come nella sua quantità dalle condizioni peculiari dell'industria, grava sull'operaio come su ogni altro uomo»; specifico è il rischio che, «derivando la sua esistenza o la sua quantità dalle condizioni peculiari dell'industria, grava esclusivamente su coloro che vengono in contatto con l'industria medesima, o su questi in misura maggiore che su altri uomini». Cit. L.R. LEVI SANDRI, *Istituzioni di legislazione sociale*, Giuffrè, Milano, 1966, 214.

¹⁶ Tra le numerose sentenze se ne annotano alcune: Cass., 10 maggio 1951 n.1104, in *Dir. lav.*, 1951, II, 392; Cass., 2 maggio 1944, n. 313, in *Dir. lav.*, 1946, II, 42; Cass., 21 luglio 1948, n. 1185, in *Dir. lav.*, 1949, II, 76. In merito alla relativa legislazione a cavallo tra i due orientamenti si veda V. VARESE, *L'infortunio «in itinere» nella normativa vigente e nei progetti di disciplina legislativa*, in *Riv. giur. lav.*, III, 1976, 255 ss. L'A. oltre a toccare aspetti dottrinari relativi al rischio professionale e all'estensione del principio dell'occasione di lavoro, offre spunti di riflessione, allora innovativi, tra

Una seconda fase, invece, che ampliava il principio dell'occasione di lavoro, estendeva l'area dell'indennizzabilità all'infortunio occorso per tutti i momenti di spostamento che avessero un collegamento eziologico con il lavoro. Secondo questo orientamento, il rischio generico assumeva le sembianze di un rischio generico aggravato anche su strada pubblica, qualora l'infortunio su strada fosse in stretta connessione con gli obblighi lavorativi. In questa fase l'utilizzo di un mezzo privato diventa meritevole, non in tutti i casi, di indennità, poiché asservito alle esigenze di vita umane, familiari ed economico-sociali individuate dalla Costituzione¹⁷.

Bisognerà attendere il D. Lgs. 23 febbraio 2000 n. 38 per ottenere l'auspicato riconoscimento legislativo.

2. L'infortunio in itinere: la fattispecie

2.1. L'agognata veste normativa: l'art. 12 del d.lgs. n. 38 del 2000

Gli interventi legislativi succedutisi nel tempo sin dall'introduzione dell'istituto dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro¹⁸, nulla¹⁹, specificamente, stabilivano in tema di tutela contro

regime previdenziale e tutela dell'infortunio *in itinere* per mezzo dell'RCA, non rinunciando a fornire ipotesi di tutela *de iure condendo*.

¹⁷ Cfr. Cass., 25 marzo 1986, n. 2128, in *Mass. giust. civ.*, 1986, 3; Cass., 26 ottobre 1982, n. 5600, in *Mass. giust. civ.*, 1982, 9; Cass., 30 luglio 1987, n. 6625, in *Mass. giust. civ.*, 1987, 7; Cass., 4 ottobre 1988, n. 5354, in *Mass. giust. civ.*, 1988, 10; Cass., 2 aprile 1992, n. 4062 in *Mass. giust. civ.*, 1992, 4; Cass., 4 novembre 1994, n. 9099 in *Mass. giust. civ.*, 1994, 11; Cass., 16 dicembre 1995, n. 12881, in *Mass. giust. civ.*, 1995, 12; Cass. 2 maggio 1997, n. 3756, in *Mass. giust. civ.*, 1999, I, 2794; Cass., 8 novembre 2000, n. 14508, in *Mass. giust. civ.*, 2000, 2280.

¹⁸ Legge 17 marzo 1898, n. 80.

¹⁹ L'unica eccezione prevista nel Testo unico, d.P.R del 30 giugno 1965, n. 1124, riguardava la categoria dei marittimi che godevano di tutela anche "in itinere" ai sensi dell'art. 6. Testualmente: «le persone indicate nell'ultimo comma dell'articolo 4 hanno diritto alle prestazioni stabilite nell'articolo 66 anche se l'infortunio avviene durante il viaggio compiuto per andare a prendere imbarco sulle navi al servizio delle quali sono arruolate o per essere rimpatriate nel caso in cui la dimissione dal ruolo abbia avuto luogo per qualsiasi motivo in località diversa da quella di arruolamento o da quella in

l'infortunio *in itinere*; questo il quadro normativo che ha caratterizzato il nostro sistema fino all'intervento di riforma realizzato con il d. lgs. 23 febbraio 2000, n. 38, *Disposizioni in materia di assicurazioni contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali*. Nell'ambito dell'art. 12²⁰ di tale decreto legislativo, il legislatore finalmente mise nero su bianco che: «l'assicurazione comprende anche gli infortuni occorsi alle persone durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione a quello di lavoro», o che collega «due luoghi di lavoro» o, in assenza di mensa aziendale, «il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di lavoro a quello di consumazione abituale dei pasti».

Invero, nelle more di tale intervento del legislatore, fallito anche a causa della mancata attuazione della delega contenuta nella legge del 1963 n. 15 all'art. 33, la dottrina, ma in modo ben più incisivo la giurisprudenza²¹, ritrovandosi dinanzi al delicato compito di dover dare ri-

cui esse trovavansi al momento della chiamata per l'imbarco, sempreché nel viaggio di andata o di ritorno, esse non mutino senza ragione l'itinerario prestabilito».

²⁰ La norma ha modificato gli artt. 2 e 210 del Testo unico citato aggiungendo agli stessi il seguente comma: «Salvo il caso di interruzione o deviazione del tutto indipendenti dal lavoro o, comunque, non necessitate, l'assicurazione comprende gli infortuni occorsi alle persone assicurate durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione a quello di lavoro, durante il normale percorso che collega due luoghi di lavoro se il lavoratore ha più rapporti di lavoro e, qualora non sia presente un servizio di mensa aziendale, durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di lavoro a quello di consumazione abituale dei pasti. L'interruzione e la deviazione si intendono necessitate quando sono dovute a cause di forza maggiore, ad esigenze essenziali ed improrogabili o all'adempimento di obblighi penalmente rilevanti. L'assicurazione opera anche nel caso di utilizzo del mezzo di trasporto privato, purché necessitato. Restano, in questo caso, esclusi gli infortuni direttamente cagionati dall'abuso di alcolici e di psicofarmaci o dall'uso non terapeutico di stupefacenti ed allucinogeni; l'assicurazione, inoltre, non opera nei confronti del conducente sprovvisto della prescritta abilitazione di guida».

²¹ La stessa Corte Costituzionale, nella sentenza 12 gennaio 1977, n. 8 dava atto del prezioso contributo apportato dalla giurisprudenza di legittimità nel tratteggiare la tutela contro l'infortunio in itinere in assenza di riferimenti legislativi. Dal testo della sentenza: «Rileva anzitutto la Corte, che il problema dell'infortunio in itinere (quello cioè nel quale incorre il lavoratore nello spostarsi dalla casa di abitazione al luogo di lavoro e viceversa), che viene minutamente disciplinato e tutelato da molte legislazioni straniere, non trova da noi una specifica regolamentazione, tanto che è stata la giurisprudenza, e principalmente quella della Corte di Cassazione, a darsi carico di ovviare

sposta alle esigenze di protezione invocate dai lavoratori, rivestirono un ruolo centrale nel plasmare e delineare la tutela da riconoscersi ai prestatori di lavoro in relazione agli eventi infortunistici verificatisi durante il tragitto da casa a lavoro, al punto che, in relazione all'entrata in vigore del succitato decreto legislativo è possibile sostenere che la norma contenuta nell'art. 12 ha sostanzialmente conferito quell'agognata veste normativa agli orientamenti giurisprudenziali consolidatisi in materia, recependoli in legge.

2.2. Definizione e ambito di applicazione

L'infortunio *in itinere* può definirsi come l'infortunio che si verifica nel corso dell'*iter*, del viaggio, del percorso, e quindi durante il trasferimento dal luogo di abitazione o, (a seconda dei casi contemplati dalla norma oggetto della nostra disamina) da altro luogo di lavoro o dal posto di abituale consumazione del pasto, al luogo di lavoro²². Un trasferimento che generalmente avviene al di fuori dell'orario e del luogo di lavoro in cui si svolge l'ordinaria attività del dipendente, ma che risulta ad essa connesso perché prodromico o consequenziale. Come è stato rilevato²³, il problema che da sempre ci si è posti è quello di capire fino a che punto l'evento possa considerarsi connesso all'attività lavorativa in modo da poterlo ricomprendere o meno nell'ambito della tutela ai fini del riconoscimento dell'indennità INAIL.

Pertanto, dopo aver delineato la definizione dell'istituto, occorre necessariamente rivolgere la riflessione all'esame del relativo ambito di applicazione, sia sotto il profilo soggettivo che oggettivo, per poter co-

a tale manchevolezza...».

²² La norma parla testualmente di «normale percorso di andata e ritorno».

²³ Si legga M. VICCONTE, in *L'infortunio in itinere. Evoluzione di un istituto. La nuova normativa letta alla luce della pluriennale giurisprudenza della Corte di Cassazione. Problemi risolti e irrisolti. Prime interpretazioni giurisprudenziali*, in *Lav. prev. oggi*, 2005, 8-9. Secondo l'A. «Fino a che punto un evento possa considerarsi riconducibile temporalmente ed eziologicamente all'attività lavorativa sì da potere rientrare nella tutela apprestata dalla legge protettiva rappresenta la questione centrale in genere dell'evento "infortunio" e lo è ancor più nella fattispecie oggetto della nostra disamina» (infortunio in itinere).

sì individuare i confini di operatività della tutela oggetto del nostro ragionamento.

Nel tracciare l'ambito di applicazione soggettivo della tutela INAIL contro gli infortuni *in itinere* occorre far riferimento a quelle norme che ne circoscrivono il campo di intervento, vale a dire gli articoli n. 1 e n. 4 del Testo unico; e ricorrendo ad una lettura combinata degli stessi è possibile concludere che la tutela nei confronti dell'infortunio *in itinere* debba estendersi a tutti i soggetti assicurati che si dirigono presso uno dei luoghi indicati nella norma di cui all'art. 2 (casa, altro luogo di lavoro, mensa o luogo di abituale consumazione del pasto) per ragioni finalisticamente connesse all'attività lavorativa²⁴. Ne risulta un'interpretazione estensiva che ha trovato conferma in una recente sentenza della giurisprudenza di legittimità²⁵; nell'ambito di tale pronuncia la Suprema Corte, sulla base del disposto di cui all'art. 4 del T.U. ha esteso la tutela assicurativa per l'infortunio *in itinere* anche agli alunni delle scuole o istituti di ogni ordine e grado, anche privati, che subiscano un incidente nel percorso intercorrente da casa a scuola²⁶.

Per ciò che riguarda il profilo oggettivo, invece, l'infortunio verificatosi *in itinere* ricade nelle maglie della tutela INAIL, ed è pertanto indennizzabile, se il sinistro avviene nell'ambito di un'occasione di lavoro²⁷. In tal senso non è sufficiente che il sinistro si verifichi nell'iter

²⁴ Si legga M. AVOGARO, *Infortunio in itinere: criticità e temi giurisprudenziali*, *Lav. giur.*, 2017, 8-9.

²⁵ Cass., 21 novembre 2011, n. 24485.

²⁶ Si legge nella sentenza: «Una volta individuato il campo dei soggetti compresi nell'assicurazione, ed appurato che tra questi rientrano anche gli allievi che attendano alle attività indicate dall'art. 4, dimostra che il legislatore ha inteso estendere l'ambito delle attività coperte dall'assicurazione sociale anche ad ipotesi di soggetti che, come nel caso in esame, svolgono un'attività che si risolve in un inserimento, sia pure temporaneo, nel mondo del lavoro e che, nell'espletamento di tale attività vengano a trovarsi nelle stesse condizioni di rischio del lavoratore subordinato».

²⁷ La Corte Costituzionale, nella sentenza citata *supra*, dopo aver sottolineato l'apprezzabile ruolo svolto dai giudici di legittimità nel supplire al vuoto normativo esistente in materia, evidenzia come la Suprema Corte abbia affermato «in modo costante che l'infortunio in itinere possa considerarsi avvenuto in "occasione di lavoro" qualora sussista un collegamento tra l'attività lavorativa e il rischio al quale il lavoratore è esposto durante il percorso per recarsi al luogo di lavoro e viceversa. Ma il nesso

casa-lavoro, ma affinché venga riconosciuto l'indennizzo si richiede che l'incidente sopraggiunga nell'ambito del trasferimento del lavoratore²⁸. A riguardo, recentemente la Suprema Corte ha così statuito: «L'espressa introduzione dell'ipotesi legislativa dell'infortunio in itinere non ha derogato alla norma fondamentale che prevede la necessità non solo della causa violenta, ma anche dell'occasione di lavoro». Questo principio di diritto è stato pronunciato dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 17685 del 2015 per dirimere un contrasto giurisprudenziale che da anni opponeva due diversi schieramenti (uno caratterizzato da un approccio più limitativo, l'altro più estensivo) nella giurisprudenza di legittimità in ordine all'ambito di applicazione dell'art. 2 del T.U. come modificato dall'art. 12 del d.lgs. n. 38 del 2000 che ha introdotto nel sistema legislativo l'indennizzabilità dell'infortunio *in itinere*²⁹.

deve ritenersi sussistente solo quando siffatto infortunio dipenda da un certo rischio legato strettamente all'attività lavorativa per il cui espletamento non sia estraneo il rischio stesso, definito come "specifico improprio" o "generico aggravato". E, sempre secondo la Corte di Cassazione, l'accertamento di questo rischio particolare va affidato alla esclusiva valutazione del giudice di merito, risolvendosi in un apprezzamento di fatto, non censurabile, se sorretto da congrua motivazione esente da vizi sul piano logico giuridico».

Secondo M. VICCONTE, *L'infortunio in itinere. Evoluzione di un istituto. La nuova normativa letta alla luce della pluriennale giurisprudenza della Corte di Cassazione. Problemi risolti e irrisolti. Prime interpretazioni giurisprudenziali*, cit., «il trasferimento dal luogo di abitazione al luogo di lavoro e viceversa... è da considerarsi in genere connesso, prodromico o consequenziale all'attività lavorativa propriamente detta, rientra nel rischio professionale di cui deve rispondere il datore di lavoro, è esso stesso occasione di lavoro quando presenta due requisiti: uno causale e cioè il riferimento all'attività lavorativa (il percorso non deve essere compiuto solo per motivi personali) ed uno temporale (il percorso deve essere compiuto nei tempi che precedono o seguono l'attività lavorativa ordinaria)».

²⁸ M. AVOGARO, *Infortunio in itinere: criticità e temi giurisprudenziali*, cit.

²⁹ Si richiama il passo della sentenza in cui la S.C. delinea i termini di tale contrasto: «In particolare, con riguardo all'infortunio in itinere riconducibile al fatto doloso del terzo... una prima opzione interpretativa, fatta propria da Cass., 10 luglio 2012 n. 11545 e da Cass., 14 febbraio 2008 n. 3776, tende ad estendere il concetto di infortunio assicurato affermando il principio secondo cui "in tema di assicurazione contro gli infortuni sul lavoro, pur nel regime precedente l'entrata in vigore del d.lgs. n. 38 del 2000, è indennizzabile l'infortunio occorso al lavoratore in itinere, ove sia derivato da

Il caso esaminato nella citata sentenza riguarda un infortunio *in itinere* conseguenza di un fatto illecito imputabile al terzo, in particolare l'omicidio del convivente consumatosi sulla strada che conduce verso il luogo di lavoro.

L'orientamento più restrittivo considerava non indennizzabili gli infortuni in assenza di un nesso di causalità diretto o quantomeno mediato tra causa violenta e attività lavorativa, richiedendo ai fini del riconoscimento della tutela che l'evento inerisse alla predetta attività o fosse almeno occasionato dal suo esercizio³⁰. La S. C. ha ritenuto infatti che in queste ipotesi l'aggressore abbia unicamente tratto vantaggio

eventi dannosi, anche imprevedibili e atipici, indipendenti dalla condotta volontaria dell'assicurato, atteso che il rischio inerente il percorso fatto dal lavoratore per recarsi al lavoro è protetto in quanto ricollegabile, pur in modo indiretto, allo svolgimento dell'attività lavorativa, con il solo limite del rischio elettivo (nel medesimo solco cfr. fra le altre anche Cass., 27 febbraio 2002 n. 2942, Cass., 13 dicembre 2000 n. 15691).

L'opposto indirizzo (espresso da Cass., 11 giugno 2009 n. 13599, che richiama Cass., 23 febbraio 1989 n. 1017, Cass., 19 gennaio 1998 n. 447 e Cass., 29 ottobre 1998 n. 10815) ritiene invece che non sia possibile ignorare il preciso elemento normativo dell'occasione di lavoro, sicché per la configurazione dell'infortunio indennizzabile è necessario che la causa violenta sia connessa all'attività lavorativa, nel senso che inerisca alla suddetta attività o che sia almeno occasionata dal suo esercizio».

³⁰ Si legga in particolare Cass., 11 giugno 2009, n. 13599. In questa sentenza i giudici di legittimità affermano che «è rimasto fermo il principio secondo il quale non è possibile ignorare il preciso elemento dell'occasione di lavoro, cosicché per la configurazione dell'infortunio sul lavoro ai sensi del d.P.R. n. 1124 del 1965, non è sufficiente che sussista la causa violenta... ma è necessario che tale causa sia connessa all'attività lavorativa, nel senso cioè che inerisca a tale attività e sia almeno, occasionata dal suo esercizio. Il principio è valso ad escludere l'occasione di lavoro, in particolare, per gli omicidi in alcun modo connessi con il lavoro, sul rilievo che la "mera presenza" dell'infortunato sul posto di lavoro e la coincidenza temporale dell'infortunio con la prestazione lavorativa, costituiscono soltanto un "indizio" della sussistenza del rapporto "occasionale" e non la prova di esso, posto che non può escludersi - specie quando trattasi di omicidio volontario - che l'evento dannoso sarebbe stato comunque consumato dall'aggressore, ricercando l'occasione propizia anche in tempo e luogo diversi da quelli della prestazione di lavoro... e tale complesso di regole e principi non risulta in alcun modo derogato dall'introduzione dell'ipotesi legislativa dell'infortunio in itinere». Il comma aggiunto dal d.lgs. 23 febbraio 2000, n. 38, art. 12, al d.P.R. n. 1124 del 1965, art.2, alle condizioni specificamente previste, assimila gli spostamenti necessari per recarsi sul luogo di lavoro all'esecuzione della prestazione, ma chiaramente non incide sul requisito dell'occasione di lavoro.

da particolari circostanze riferibili all'attività lavorativa; si ritiene pertanto che nella nozione di occasione di lavoro non siano riconducibili tutti gli eventi che potenzialmente possono arrecare danno al lavoratore nel tragitto dalla sua abitazione al luogo di lavoro ma soltanto quelli connessi seppur non direttamente all'attività lavorativa; sono pertanto da escludersi quelli riferibili a motivi extraprofessionali dell'assicurato.

L'orientamento opposto, contrariamente, adottava una nozione di occasione di lavoro molto ampia, tale da ricomprendere nella sfera della tutela assicurativa qualsiasi evento-danno verificatosi sul lavoro o nel tragitto casa lavoro pur se imprevedibile, atipico e indipendente dalla volontà del lavoratore. Sulla scorta di questa corrente interpretativa secondo cui ai fini della sussistenza dell'occasione di lavoro assume rilevanza "ogni" esposizione al rischio ricollegabile allo svolgimento dell'attività lavorativa, il lavoro assumerebbe quindi il ruolo di "fattore occasionale" del rischio tutelato e il rischio elettivo (di cui si approfondirà di seguito) quello di limite della copertura assicurativa³¹.

Il collegio nella citata sentenza aderisce all'indirizzo più restrittivo ritenendolo «basato su una corretta interpretazione logico-sistematica della norma in esame»; al contrario ritiene l'indirizzo opposto «oltremodo estensivo» soltanto in relazione all'infortunio «in itinere, che si fonda esclusivamente su un'interpretazione del comma aggiunto, meramente letterale e del tutto avulsa dal contesto e dalla norma fondamentale di cui al co. 1» ritenendo piuttosto che «in caso di fatto doloso del terzo, legittimamente va esclusa dalla tutela la fattispecie nella quale in sostanza venga a mancare la "occasione di lavoro" in quanto il collegamento tra l'evento e il "normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione e quello di lavoro risulti assolutamente marginale e basato esclusivamente su una mera coincidenza cronologica e topografica» (come il caso in cui il fatto criminoso sia riconducibile a rapporti personali tra aggressore e vittima del tutto estranei all'attività lavorativa a cui la stessa sarebbe esposta ovunque si rechi o si trovi indipendentemente dal percorso seguito per recarsi a lavoro).

³¹ *Ex multis*, Cass., 10 luglio 2012, n. 11545 in cui i giudici di legittimità, riprendono un principio già affermato in precedenza dalla stessa Corte (Cass. 14 febbraio 2008, n. 3776). Cfr. nota n. 12.

2.3. Profili critici

In dottrina³² l'adesione all'orientamento più conservativo da parte della Suprema Corte in ordine all'ambito di applicazione della tutela contro l'infortunio *in itinere*, è stato considerato come una sorta di strascico di quella concezione primitiva dell'assicurazione obbligatoria, di impostazione privatistica, fondata sul concetto di rischio professionale (concezione ben espressa dal Carnelutti), e che potremmo definire una vera e propria "zavorra" del sistema. E in particolare, riflettendo sulla motivazione dell'ordinanza interlocutoria stilata ai fini della rimessione della questione alle Sezioni Unite³³, è stato evidenziato come la mancanza di tale rischio dovrebbe comportare l'esclusione della copertura per le aggressioni, ma per coerenza logica anche del morso del cane e degli incidenti conseguenti ad eventi naturali (terremoti, alluvioni, ecc.). Viene così intesa la necessità di purificarsi definitivamente dai vincoli propri della prima fase di attuazione della tutela antinfortunistica per rivedere l'orientamento in armonia con gli attuali indirizzi della protezione sociale, alla luce di quella logica solidaristica-assistenziale che trova dimora nello stesso articolo 38 Cost. e spinge verso la liberazione dallo stato di bisogno, ancor più oggi, alla luce delle attuali trasformazioni del lavoro.

3. Gli elementi caratterizzanti l'infortunio in itinere: giurisprudenza e prassi amministrativa

Ricostruite le principali tappe evolutive dell'infortunio *in itinere*, dall'elaborazione giurisprudenziale della figura fino al suo riconoscimento legislativo ad opera dell'art. 12, d.lgs. 23 febbraio 2000, n. 38, pare opportuno dedicarsi, a tal punto della trattazione, all'individuazione e alla definizione di quelli che, da un'analisi testuale degli attuali artt. 2, comma 3 e 210, comma 5, dPR 30 giugno 1965, n. 1124, possono essere considerati gli elementi caratterizzanti la fattispecie. Dal

³² G. CORSALINI, *L'omicidio della convivente può essere indennizzato dall'INAIL? Un dubbio (di troppo) della Corte di Cassazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 102 e ss.

³³ *Ibidem.*

momento che il legislatore non ha specificato l'esatto contenuto di tali concetti, al fine di attribuire agli stessi un significato concreto, occorre fare riferimento alle indicazioni ricavabili dalla giurisprudenza e dalla prassi amministrativa³⁴.

Dall'analisi del dato normativo, ma ancor prima dalla denominazione stessa della fattispecie, emerge l'opportunità di definire, anzitutto, il concetto di *iter*, ossia di percorso seguito dal lavoratore per recarsi dal luogo di abitazione a quello di lavoro e viceversa, oppure, nel caso di più rapporti di lavoro, da un luogo di lavoro ad un altro, o, in mancanza di un servizio di mensa aziendale, dal luogo di lavoro a quello di consumazione abituale dei pasti e viceversa. Affinché il lavoratore possa beneficiare della tutela assicurativa INAIL, tale percorso deve essere, per espressa disposizione di legge, «normale»; al riguardo, è bene precisare che il percorso normale non coincide necessariamente con quello oggettivamente più breve e diretto. L'infortunio verificatosi durante un tragitto più lungo sarà, dunque, comunque indennizzabile, purché, però, la scelta dell'itinerario appaia giustificata dalle concrete condizioni di viabilità (ad es., evidente pericolosità o presenza di traffico eccessivo)³⁵ e non dettata, invece, da mere ragioni personali, totalmente estranee all'attività o alla prestazione lavorativa³⁶.

Secondo elemento caratterizzante l'infortunio *in itinere*, strettamente connesso a quello precedente, è rappresentato dal concetto di interruzione o deviazione dal normale percorso, le quali escludono

³⁴ Cfr. B. CAPONETTI, *La circolare INAIL sull'estensione della tutela per gli infortuni in itinere alle deviazioni per accompagnare i figli a scuola: molto rumore per nulla*, in *Lav. prev. oggi*, 2015, 395, ove si evidenzia che «la giurisprudenza ha riempito di contenuto il generico precetto legislativo, fornendo indicazioni interpretative successivamente recepite dall'Ente previdenziale»; G. CASTELLANI, *Le recenti evoluzioni giurisprudenziali in materia di infortunio in itinere*, in *Giur. it.*, 2015, 2745, ove l'A. sottolinea che il legislatore «recepisce una nozione estremamente ampia di infortunio *in itinere* indennizzabile, che alla puntuale perimetrazione del suo ambito di operatività preferisce il rinvio alla valutazione discrezionale del giudice, chiamato a concretizzare il contenuto di clausole generali quali "normalità", "abitudine" e "necessità", non specificate nella loro esatta portata precettiva in sede legislativa».

³⁵ Cfr. INAIL, Circolare 25 marzo 2016, n. 14; INAIL, *Linee guida per la trattazione dei casi di infortuni in itinere del 4 maggio 1998, n.2.0.0*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1998, 160.

³⁶ Cfr. Cass. 1° febbraio 2002, n. 1320, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2002, 19.

l'indennizzabilità dell'infortunio qualora si configurino come «del tutto indipendenti dal lavoro o, comunque, non necessitate» e, cioè, non «dovute a cause di forza maggiore³⁷, ad esigenze essenziali ed impro-rogabili³⁸ o all'adempimento di obblighi penalmente rilevanti³⁹».

Il termine deviazione implica «una modificazione del tragitto rispetto a quello che il lavoratore avrebbe dovuto seguire per recarsi al lavoro»⁴⁰, tale, perciò, da interrompere il legame funzionale tra *iter* e lavoro. La Cassazione ha precisato che, ai fini del giudizio in merito alla necessarietà o meno della deviazione del tragitto normale, occorre riferirsi agli «*standars* comportamentali esistenti nella società civile e rispondenti ad esigenze tutelate dall'ordinamento, quali un più intenso legame con la comunità familiare»⁴¹. Coerentemente con tale orientamento, l'INAIL, sebbene avesse in precedenza prospettato la soluzione opposta⁴², ha esteso la tutela assicurativa agli infortuni verificatisi durante le deviazioni effettuate dai genitori per accompagnare i propri figli a scuola, previa, tuttavia, «verifica delle modalità e delle circostanze del singolo caso (come ad es. l'età del figlio, la lunghezza della deviazione, il tempo della sosta, la mancanza di soluzioni alternative per assolvere l'obbligo familiare di assistenza del figlio), attraverso le quali

³⁷ Rientrano nel concetto di forza maggiore tutti i casi di forza esterna *cui resists non potest*, come un guasto meccanico del veicolo, la viabilità interrotta per la chiusura al traffico di un tratto di strada di solito percorsa per recarsi al lavoro, le avverse condizioni meteorologiche, un malore improvviso. In tal senso, INAIL, *Linee guida per la trattazione dei casi di infortuni in itinere del 4 maggio 1998, n.2.0.0*, cit.

³⁸ Tali esigenze includono bisogni fisiologici e personali e, purché adeguatamente motivate, altre esigenze basate su principi fondamentali costituzionalmente tutelati, ivi incluse le esigenze familiari. In tal senso, *ex multis*, rispettivamente, Cass., 17 dicembre 1998, n. 12652, in *Mass. giust. civ.*, 1998, 2605 e Cass., 5 novembre 1998, n. 11148, in *Mass. giust. civ.*, 1998, 2277.

³⁹ Sono considerati tali l'obbligo di soccorso a persone vittime di incidenti stradali o l'obbligo di denuncia di un reato. Così, rispettivamente, Cass., 12 maggio 1990, n. 4076, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1990, 98 e G. CASALE, *L'infortunio in itinere. Legislazione, dottrina, giurisprudenza*, Collana INAIL, Milano, 2002, 27.

⁴⁰ G. CORSALINI, *Gli infortuni in itinere. Estensione della tutela previdenziale e risarcimento del danno*, Ipsoa, Milano, 2009, 87.

⁴¹ Cass., 3 agosto 2001, n. 10750, in *Arg. dir. lav.*, 2002, 931.

⁴² Cfr. INAIL, *Linee guida per la trattazione dei casi di infortuni in itinere del 4 maggio 1998, n.2.0.0*, cit.

sia ravvisabile, ragionevolmente, un collegamento finalistico e “necessitato” tra il percorso effettuato e il soddisfacimento delle esigenze e degli obblighi familiari, la cui violazione è anche penalmente sanzionata»⁴³.

In merito all'interruzione, la Cassazione aveva in origine ritenuto non indennizzabili soltanto gli infortuni occorsi durante le soste; erano assicurati, al contrario, quelli che si fossero verificati una volta ripreso il normale *iter*⁴⁴. Sulla questione dell'interruzione si è successivamente pronunciata la Corte Costituzionale, la quale, adottando un criterio temporale, ha statuito che una sosta breve è idonea ad integrare la fattispecie dell'interruzione soltanto nel caso in cui alteri le condizioni di rischio per il soggetto protetto⁴⁵. Coerentemente con tale pronuncia, la giurisprudenza ha distinto, da un lato, le soste necessarie da quelle non essenziali, e, dall'altro, quelle particolarmente brevi da quelle di durata superiore ad alcuni minuti, considerate tali da alterare le condizioni di rischio della viabilità. In particolare, la Suprema Corte ha precisato che «la valutazione delle circostanze di fatto della interruzione non necessitata è compito del giudice di merito il quale potrà adottare criteri quali il tempo della sosta in termini assoluti, o in proporzione alla durata del viaggio, in quanto la interruzione non necessitata non può essere di durata tale da elidere il carattere finalistico che giustifica la tutela dell'infortunio *in itinere*, o delle motivazioni stesse della sosta, avvalendosi delle indicazioni della giurisprudenza nazionale o, ove man-

⁴³ INAIL, Circolare 18 dicembre 2014, n. 62. Sul tema, cfr. B. CAPONETTI, *La circolare INAIL sull'estensione della tutela per gli infortuni in itinere alle deviazioni per accompagnare i figli a scuola: molto rumore per nulla*, cit., 403-404, ove l'A. evidenzia come, nonostante l'estensione di tutela, la posizione del lavoratore non «abbia subito miglioramenti o agevolazioni», per via, da un lato, della «scelta dello strumento interpretativo amministrativo utilizzato ... privo di efficacia generalizzata» e, dall'altro, della «subordinazione del riconoscimento dell'indennizzo all'accertamento delle modalità e delle circostanze del caso concreto».

⁴⁴ V. Cass., 19 aprile 1995, n. 4346, in *Mass. giust. civ.*, 1995, 849.

⁴⁵ Così, C. Cost., 11 gennaio 2005, n. 1, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, 795. Sul punto, cfr. INAIL, *Istruzioni operative del 24 gennaio 2005*. Critico in ordine alla rilevanza della distinzione tra soste brevi e soste lunghe ai fini dell'indennizzabilità dell'infortunio *in itinere* G. CORSALINI, *Gli infortuni in itinere. Estensione della tutela previdenziale e risarcimento del danno*, cit., 90-91.

cante e quale criterio meramente sussidiario, anche di quella dei Paesi comunitari»⁴⁶.

Come anticipato, la tutela INAIL si estende soltanto agli infortuni occorsi durante il normale tragitto di andata e ritorno dal luogo di abitazione a quello di lavoro, durante quello che collega due luoghi di lavoro nel caso di più rapporti di lavoro, e, in assenza di un servizio di mensa aziendale, durante quello di andata e ritorno dal luogo di lavoro a quello di consumazione abituale dei pasti.

Quanto al luogo di abitazione, tale espressione assume «un'accezione atecnica», quale «situazione di fatto implicante l'effettiva ed abituale presenza del soggetto in un determinato luogo»⁴⁷; la giurisprudenza considera abitazione, infatti, non soltanto la residenza, ma anche quel luogo in cui il lavoratore esprima la propria personalità in seno alla comunità familiare⁴⁸. L'abitazione, inoltre, potrebbe coincidere anche con un luogo situato non nelle immediate vicinanze del luogo di lavoro⁴⁹, purché, però, la distanza tra gli stessi non appaia irragionevole. Rispetto al concetto di ragionevolezza della distanza, due sono gli orientamenti espressi nel tempo dalla Cassazione: a quello meno rigoroso manifestato in passato⁵⁰ si contrappone, infatti, quello più rigido mostrato in tempi più recenti⁵¹. Al riguardo, una dottrina suggerisce di prendere in considerazione tutte le motivazioni che hanno guidato il lavoratore nella scelta del luogo di abitazione, e non solo il criterio del-

⁴⁶ Cass., 18 luglio 2007, n. 15973, in *Mass. giur. lav.*, 2007, 916.

⁴⁷ G. CORSALINI, *Gli infortuni in itinere. Estensione della tutela previdenziale e risarcimento del danno*, cit., 64-65. L'Autore evidenzia, infatti, come il codice civile utilizzi il termine «abitazione» soltanto per designare uno dei diritti reali su bene altrui (art. 1022 c.c.) e parli invece di «domicilio» e «residenza» per indicare, rispettivamente, il luogo in cui la persona ha stabilito la sede principale dei suoi affari e interessi e il luogo ove la persona ha la dimora abituale (art. 43 c.c.). In senso conforme, M. AVOGARO, *Infortunio in itinere: criticità e temi giurisprudenziali*, in *Lav. giur.*, 2017, 831, ove l'A. sottolinea come il luogo di abitazione sia inteso dalla giurisprudenza «in senso atecnico ed estensivo».

⁴⁸ Cfr. Cass., 8 novembre 2000, n. 14508, in *Dir. giust.*, 2000, 48.

⁴⁹ Cfr. Cass., 19 gennaio 1998, n. 455, in *Giust. civ.*, 1999, 2799.

⁵⁰ Cfr. Cass., n. 14508/2000, cit.; Cass. 19 dicembre 1997, n. 12903, in *Foro it.*, 1998, 433.

⁵¹ Cfr. Cass., 8 giugno 2005, n. 11950, in *Foro it.*, 2006, 171.

la distanza⁵². A conclusione dell'analisi del concetto di abitazione, va aggiunto che «un infortunio *in itinere* comporta il suo verificarsi nella pubblica strada e, comunque, non in luoghi identificabili in quelli di esclusiva proprietà del lavoratore assicurato o in quelli di proprietà comune, quali le scale ed i cortili condominiali, il portone di casa o i viali di complessi residenziali con le relative componenti strutturali. Questo perché si deve trattare di luoghi in cui la parte non ha possibilità diretta di ... escludere o ridurre i rischi di incidenti, cosa che invece può fare in tali ambiti»⁵³. Da tale statuizione si evince che, a conferma di quanto detto in apertura del paragrafo, l'abitazione rappresenta soltanto uno dei parametri utili ad individuare gli infortuni *in itinere* indennizzabili, ma non è di per sé coperta dalla tutela INAIL⁵⁴.

Passando all'identificazione del luogo di lavoro, si considera tale non soltanto quello in cui il lavoratore svolge abitualmente la prestazione lavorativa, ma anche qualunque altro luogo in cui il dipendente si rechi per volontà o su prescrizione del proprio datore di lavoro⁵⁵. Gli infortuni subiti dal prestatore nel tragitto tra due luoghi di lavoro saranno invece qualificabili come infortuni *in itinere* soltanto qualora quei luoghi non appartengano alla stessa impresa⁵⁶ e purché lo spostamento non sia imposto dal datore di lavoro o, in ogni caso, finalizzato al servizio⁵⁷. Quanto agli infortuni occorsi nelle pertinenze del luogo di lavoro, la Cassazione, smentendo un suo precedente indiriz-

⁵² Così, G. CORSALINI, *Gli infortuni in itinere. Estensione della tutela previdenziale e risarcimento del danno*, cit., 66.

⁵³ Cass., 16 luglio 2007, n. 15777, in *Foro it.*, 2008, 550. In senso conforme, INAIL, *Limiti spaziali del percorso tutelato*, istruzioni operative del 12 gennaio 2004, in appendice *Provvedimenti ed istruzioni INAIL*. Critico rispetto a tale indirizzo restrittivo G. CORSALINI, *Gli infortuni in itinere. Estensione della tutela previdenziale e risarcimento del danno*, cit., 79-80, ove l'A. sostiene che andrebbero ricompresi nella tutela INAIL gli infortuni verificatisi su strade che, per quanto private, siano aperte al traffico di un numero indeterminato di veicoli, specie ove si tratti di strade di pertinenza di vasti complessi residenziali, pur se condominiali.

⁵⁴ In tal senso, Cass., 21 aprile 2001, n. 5937, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2001, 85.

⁵⁵ Cfr., *ex multis*, Cass., 13 aprile 2002, n. 5357, in *Dir. giust.*, 2002, 37.

⁵⁶ V. G. CORSALINI, *Gli infortuni in itinere. Estensione della tutela previdenziale e risarcimento del danno*, cit., 71-72.

⁵⁷ In tal senso, Cass., 19 aprile 1999, n. 3885, in *Mass. giust. civ.*, 1999, 885.

zo⁵⁸, sembra orientata a considerarli a tutti gli effetti infortuni *in itinere*⁵⁹.

Con riferimento al luogo di abituale consumazione dei pasti⁶⁰, l'infortunio non è indennizzabile qualora, in assenza di un servizio di mensa aziendale, il lavoratore decida di consumare il pasto in un luogo diverso da quello situato a ridosso del lavoro o presso la propria abitazione⁶¹, salvo che tale scelta sia dettata da esigenze ragionevoli, come la comprovata incompatibilità tra le condizioni di salute del prestatore e le caratteristiche dei pasti reperibili nei luoghi coperti dalla tutela, quali mensa aziendale o punti di ristoro convenzionati⁶². È evidente, pertanto, che restano prive di tutela le scelte dettate da semplici preferenze personali del lavoratore⁶³ o da motivi religiosi, culturali, o filosofici⁶⁴.

L'ultimo elemento meritevole di un'approfondita disamina è rappresentato dall'uso del mezzo privato di trasporto. Premesso che sono irrilevanti, ai fini della tutela INAIL, sia la proprietà e il tipo di mezzo adoperato, sia il fatto che l'uso del mezzo privato sia stato autorizzato

⁵⁸ Cfr. Cass., 22 maggio 1997, n. 4557, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1997, 138. In senso conforme, INAIL, *Limiti spaziali del percorso tutelato*, istruzioni operative del 12 gennaio 2004, cit.

⁵⁹ Così, Cass., 6 marzo 2003, n. 3363, in *Arch. giur. circ. sin. strad.*, 2003, 700.

⁶⁰ Sul tema, cfr. G. CORSALINI, *Gli infortuni in itinere. Estensione della tutela previdenziale e risarcimento del danno*, cit., 84-85, ove l'A. critica la scelta del legislatore di far riferimento al luogo di consumazione dei pasti «abituale», per il duplice rilievo che potrebbe non essersi ancora consolidata un'abitudine al momento dell'infortunio – si pensi all'ipotesi in cui questo si verifichi proprio il primo giorno di lavoro – e che, in tal modo, viene penalizzato il lavoratore non abitudinario. In termini simili, E. Cattaldi, è ancora in itinere l'assicurazione contro gli infortuni in itinere?, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1988, 347.

⁶¹ Cfr., *ex multis*, Cass., 24 aprile 2004, n. 7875, in *Mass. giust. civ.*, 2004, 955.

⁶² In tal senso, Cass., 24 novembre 1997, n. 11746, in *Arch. giur. circ. sin. strad.*, 1998, 145.

⁶³ Cfr. Cass., 25 gennaio 1993, n. 806, in *Mass. giur. lav.*, 1993, 262.

⁶⁴ Cfr. M. AVOGARO, *Infortunio in itinere: criticità e temi giurisprudenziali*, cit., 832; G. CORSALINI, *Gli infortuni in itinere. Estensione della tutela previdenziale e risarcimento del danno*, cit., 83, ove l'A. auspica un intervento del legislatore atto ad includere nella tutela INAIL le scelte dettate da convinzioni di carattere religioso, culturale o filosofico, «affinché il processo di integrazione fra realtà sociale e diritto si sviluppi in maniera coerente ai valori guida dell'ordinamento giuridico».

dal datore di lavoro⁶⁵, l'infortunio verificatosi in tale evenienza è indennizzabile, per espressa disposizione di legge, soltanto qualora quell'uso appaia «necessitato», ossia, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, risulti «necessario in base a una ragionevole scelta del lavoratore, sicché la sua configurabilità va esclusa nell'ipotesi in cui il tragitto dall'abitazione al luogo di lavoro possa essere agevolmente coperto, anche per il ritorno, mediante l'uso del mezzo pubblico»⁶⁶. Tale necessarietà, dunque, non viene ritenuta sussistente quando la distanza da percorrere sia coperta da un «regolare servizio di mezzi pubblici che assicurino il trasporto in tempi ragionevoli»⁶⁷, né ove la scelta del mezzo privato risponda esclusivamente ad «aspettative che, seppur legittime per accreditare condotte di vita quotidiana improntate a maggiore comodità o a minori disagi, non assumano uno spessore sociale tale da giustificare un intervento a carattere solidaristico a carico della collettività»⁶⁸. Infine, «il requisito della necessità non deve essere ... inteso in senso assoluto, essendo sufficiente una necessità relativa (ossia emergente attraverso i molteplici fattori non definibili in astratto che condizionano la scelta del mezzo privato rispetto a quello pubblico)»⁶⁹.

Tra i mezzi privati di trasporto utilizzabili dal lavoratore, un *focus* specifico va dedicato al velocipede, dal momento che il legislatore ten-

⁶⁵ Cfr. Cass., 26 maggio 2001, n. 7208, in *Mass. giust. civ.*, 2001, 1069.

⁶⁶ Cass., 10 dicembre 2007, n. 25742, in *Guida dir.*, 2008, 43. In senso conforme, INAIL, *Istruzioni operative della Direzione Centrale Prestazioni del 15 marzo 2000*, ove l'Ente assurge il criterio della ragionevolezza a principio su cui fondare il giudizio in merito alla necessarietà dell'uso del mezzo privato di trasporto.

⁶⁷ Cass., n. 25742/2007 cit. Similmente, INAIL, Circolare 25 marzo 2016, n. 14, ove si precisa che «l'uso del mezzo privato è ritenuto necessitato quando non esistono mezzi pubblici di trasporto dall'abitazione del lavoratore al luogo di lavoro (o non coprono l'intero percorso), nonché quando non c'è coincidenza fra l'orario dei mezzi pubblici e quello di lavoro, o quando l'attesa e l'uso del mezzo pubblico prolunghe-rebbero eccessivamente l'assenza del lavoratore dalla propria famiglia».

⁶⁸ Cass., 27 luglio 2006, n. 17167, in *Giust. civ.*, 2007, 430.

⁶⁹ Cass., 13 aprile 2016, n. 7313, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, 959. Nella medesima pronuncia, si precisa, inoltre, che la scelta di utilizzare il mezzo privato per percorrere il tragitto abitazione-lavoro risponde anche ad «esigenze di un più intenso rapporto con la comunità familiare ... ed anche ad esigenze di raggiungere in maniera riposata e distesa i luoghi di lavoro».

de ad incentivarne l'utilizzo; quest'ultimo, infatti, a seguito della modifica agli artt. 2, comma 3 e 210, comma 5, dPR 30 giugno 1965, n. 1124 ad opera della l. 28 dicembre 2015, n. 221 (c.d. «legge sulla *green economy*»), si intende sempre necessitato. È evidente, dunque, come l'attuale disciplina legislativa abbia rigettato il precedente indirizzo giurisprudenziale che tendeva ad equiparare, ai fini della tutela INAIL, il velocipede ad un qualunque altro mezzo privato⁷⁰. Al riguardo, va segnalato che la Cassazione ha applicato le nuove regole in materia di utilizzo del velocipede anche ad infortuni verificatisi prima della riforma di cui alla l. 28 dicembre 2015, n. 221 e che sarebbero, quindi, *ratione temporis*, esclusi dal raggio di applicazione della stessa; tale normativa, tuttavia, in quanto «espressione di istanze sociali largamente presenti da tempo nella comunità ... non può non essere utilizzata dal giudice in chiave interpretativa al fine di chiarire anche il precetto elastico in vigore precedentemente»⁷¹. È evidente, dunque, come la Corte consideri l'art. 5, commi 4 e 5, l. 28 dicembre 2015, n. 221 alla stregua di vera e propria norma di interpretazione autentica con efficacia *ex tunc*⁷². La Suprema Corte ha statuito, inoltre, che la necessità dell'uso del velocipede deve essere valutata non solo sulla base della distanza tra abitazione e luogo di lavoro, bensì anche in relazione «al costume sociale, alle normali esigenze familiari del lavoratore ... alla presenza di mezzi pubblici, alla modalità di organizzazione dei servizi pubblici di trasporto nei luoghi in cui più è diffuso l'utilizzo della bicicletta, alla tipologia del percorso effettuato ... alla conformazione dei luoghi, alle condizioni climatiche in atto ... alla tendenza presente nell'ordinamento e rivolta all'incentivazione dell'uso della bicicletta»⁷³. Un cenno, infine, merita la circolare con cui l'INAIL ha precisato che, se è vero che l'uso del velocipede deve intendersi sempre necessitato, trova applicazione, in ogni caso, la regola sul rischio elettivo; conseguentemente, anche l'infortunio verificatosi a bordo del-

⁷⁰ V., *ex pluribus*, Cass., 18 maggio 2012, n. 7970, in *Resp. civ. prev.*, 2012, 1923.

⁷¹ Cass., n. 7313/2016, cit.

⁷² Cfr. M. AVOGARO, *Infortunio in itinere: criticità e temi giurisprudenziali*, cit., 835; M. SACCAGGI, *Infortunio in itinere: l'uso della bicicletta è sempre necessitato*, in *Dir. rel ind.*, 2017, 208; A. DE MATTEIS, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Giuffrè, Milano, 2016, 146.

⁷³ Cass., n. 7313/2016, cit.

la bicicletta non è indennizzabile nel momento in cui, in base alle circostanze concrete dell'incidente, il comportamento del lavoratore si configuri in termini di rischio elettivo e non quale semplice condotta colposa⁷⁴.

4. Ipotesi di non indennizzabilità dell'infortunio in itinere

a) *Il rischio elettivo*

Se l'infortunio occorso sul lavoro, per essere indennizzabile, richiede un necessario rapporto eziologico con l'attività lavorativa svolta dall'assicurato, il perimetro sul quale si muove l'infortunio *in itinere* trova limiti più stringenti, determinati dalla circostanza che l'evento dannoso ha luogo al di fuori dei locali solitamente adibiti alla prestazione⁷⁵.

Secondo l'impostazione carneluttiana, un infortunio poteva dirsi cagionato per ragioni di lavoro, laddove il lavoro medesimo ne avesse determinato il rischio. Tanto che sul concetto di rischio specifico, inteso come esposizione a pericoli diversi e maggiori rispetto a quelli nei quali ci si potrebbe eventualmente imbattere in un normale cammino, a lungo si è soffermata la giurisprudenza, la quale, appunto, ravvisava nell'infortunio *in itinere* un rischio amplificato rispetto a quello che comunemente caratterizza la circolazione stradale⁷⁶.

Ai fini dell'indennizzo, più che tra lavoro e infortunio, deve sussistere un nesso tra lavoro e rischio, giacché la prestazione non genera l'evento dannoso quanto l'esposizione al rischio⁷⁷. Di talché, proprio sulla ricostruzione teoretica anzidetta, la giurisprudenza ha proceduto a delimitare i confini spazio-temporali all'interno dei quali il rischio

⁷⁴ Cfr. INAIL, Circolare 25 marzo 2016, n. 14.

⁷⁵ V. FILÌ, *Il punto sulla giurisprudenza in materia di occasione di lavoro e infortunio in itinere*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 1, 81.

⁷⁶ S. PICCININNO, *Infortuni in itinere: recenti sviluppi legislativi e giurisprudenziali*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2017, 1, 104.

⁷⁷ V. D. IARRUSSI, *Infortunio in itinere ed esclusione del nesso causale per il fatto doloso del terzo*, in *Arg. dir. lav.*, 6, 2015, 1295.

possa rappresentare quel vincolo imprescindibile con l'attività lavorativa tale da garantire tutela all'assicurato⁷⁸.

Il rischio, invero, può assumere differenti sfaccettature, declinandosi in quello specifico proprio – tipicamente insito nelle mansioni svolte dall'assicurato – così come in quello generico aggravato il quale, benché comune alla generalità dei consociati, è connaturato alle attività prodromiche, cioè accessorie, ma connesse o strumentali, allo svolgimento delle mansioni⁷⁹. Col tempo, la giurisprudenza si è allontanata dalla ricostruzione carneluttiana, estendendo la porzione di rischio legittimamente indennizzabile, prescindendone dall'intensità, con il limite rappresentato dal rischio elettivo.

Il rischio elettivo si colloca infatti non solo fuori dalle ipotesi di negligenza o imprudenza, ma fuori dall'alveo stesso dell'attività lavorativa, scaturendo piuttosto da una scelta arbitraria e abnorme del lavoratore che, mosso da meri impulsi, pone in essere «una condotta personalissima (...), avulsa dall'esercizio della prestazione lavorativa o ad essa riconducibile, esercitata ed intrapresa volontariamente in base a ragioni e a motivazioni del tutto personali»⁸⁰, interrompendo in tal modo il nesso eziologico con l'attività lavorativa ed escludendo per questa via la tutela infortunistica. Pertanto, pur allargandosi la nozione di occasione di lavoro, non rilevando in alcun modo il tipo o la pericolosità del medesimo, il limite è costituito da quel rischio elettivo che recide *ab origine* il nesso con la prestazione, scaturendo da ragioni del tutto avulse da quella⁸¹.

Rispetto all'infortunio occorso all'interno dei luoghi di lavoro, in quello *in itinere* il parametro del rischio elettivo è valutato con maggior rigore, in ragione del fatto che l'evento dannoso avviene in un pe-

⁷⁸ Ivi, 1297.

⁷⁹ Cass., 6 febbraio 2018, n. 2838.

⁸⁰ Così Cass., 5 settembre 2014, n. 18786 ma, più recentemente, e di medesimo avviso, anche Cass., 21 marzo 2018, n. 6995.

⁸¹ Cass., 7 luglio 2016, n. 13882; è stata riscontrata, ad esempio, un'ipotesi di rischio elettivo, e pertanto non è stato indennizzato l'infortunio del lavoratore che ha subito un incidente guidando un ciclomotore utilizzato per andare a recuperare dei bicchieri di carta: la Corte di Cassazione (Cass., 17 giugno 2015, n. 12487), poiché il luogo di prelievo del materiale distava a soli 500 metri dal quello di lavoro, non ha ritenuto necessitato l'uso del mezzo.

riodo temporale in cui l'assicurato è sottratto all'ambiente aziendale organizzato dal datore di lavoro; di talché, per giurisprudenza costante, non comprende solo comportamenti del lavoratore che possano definirsi abnormi, ma anche quelli che, secondo il comune sentire, siano contrari a norme di legge o di comune prudenza⁸².

b) *La colpa*

Un ulteriore interrogativo sollevato dal complesso tema dell'infortunio *in itinere* è quello connesso alla rilevanza attribuibile al fattore "colpa" che sia imputabile al lavoratore, nell'ipotesi in cui questi resti coinvolto in un sinistro stradale, durante la percorrenza del tragitto casa-lavoro⁸³.

Il *focus* della riflessione si appunta su un elemento insolito: la condotta imprudente del lavoratore inosservante delle regole fondamentali del codice stradale. In questa parte della trattazione, interessa comprendere se tale comportamento possa o meno integrare ipotesi di rischio elettivo, escludendo il lavoratore dal riconoscimento della tutela previdenziale in esame.

Come è noto, in virtù di numerose rassegne giurisprudenziali rese negli ultimi anni, sull'argomento si contrappongono due differenti orientamenti: uno tendente a una interpretazione più rigorista che ritiene non indennizzabile il lavoratore che abbia violato il codice della strada; l'altro, invece, improntato a una minor restrittività e secondo cui la colpa del lavoratore non sia ontologicamente idonea a integrare ipotesi di rischio elettivo⁸⁴.

È, probabilmente, intuibile che nell'operazione ermeneutica svolta, i due filoni abbiano attribuito al concetto di colpa grave – qui evocato – una differente valenza eziologica. Per il primo – stando alle argo-

⁸² Su tutte Cass., 3 agosto 2005, n. 16282, ma anche, più recentemente, Cass., 22 febbraio 2012, n. 2642.

⁸³ G. CORSALINI, *Infortunio da mancato rispetto dello stop: colpa o rischio elettivo?*, in *Danno resp.*, 2007, 11, 1111. C. CALZOLARETTI, *Di un caso di "imprudenza" contestato nella sua risarcibilità*, nota a sentenza T. Roma 1° dicembre 1952, in *Riv. it. prev. soc.*, 1953, 367.

⁸⁴ M. AVOGARO, *Infortunio in itinere: criticità e temi giurisprudenziali*, in *Lav. giur.*, 2017, 8-9, 829.

mentazioni rese – una condotta che violi le norme fondamentali del codice stradale e quelle basilari di prudenza e a cui siano presumibilmente sottese ragioni del tutto personali, spezzerebbe il nesso eziologico tra prestazione lavorativa e attività esercitata, giacché produttivo di un aggravamento del rischio, tale da trascendere le stesse finalità di tutela ed escluderne radicalmente il riconoscimento⁸⁵.

Dall'altro versante esegetico⁸⁶, invece, i giudici evidenziano che sull'evento colposo incidano molteplici variabili ambientali oltre che innumerevoli condizioni psicologiche, tali da impedire che una condotta, anche gravemente imprudente e inosservante delle regole, possa giudicarsi alla stregua di una circostanza dolosa. A titolo esemplificativo, la Corte richiama ipotesi di distrazione; difetti di valutazione ed errori tecnici di guida alla luce dei quali è necessario giudicare il comportamento del lavoratore con minor grado di intransigenza. In quest'ottica di tollerabilità, la S.C. ammette che anche la consapevole violazione delle prescrizioni stradali sia frutto della convinzione per cui il rispetto di quelle stesse regole sia del tutto superfluo per la sicurezza della persona nell'ambito delle circostanze concrete.

Anche gran parte della dottrina⁸⁷ concorda con questa seconda ricostruzione, rilevando che degli errori – per così dire – metodologici siano stati commessi nell'elaborazione del primo indirizzo. Intanto, un'inesattezza sarebbe generata dall'inammissibile sovrapposizione dei due concetti di rischio elettivo e di colpa grave⁸⁸; mentre l'altra – ancor più evidente – da un'erronea interpretazione analogica dell'art. 12 ultimo comma, del d.lgs. n. 38 del 2000, che prevede le cause di esclusione della tutela previdenziale.

Ora, in merito a quest'ultimo argomento, ad avviso della dottrina appena richiamata, l'orientamento che nega l'indennizzabilità in caso di violazione delle regole del codice stradale eleverebbe – applicando il

⁸⁵ Cass., 18 febbraio 2015, n. 3292; Cass., 7 maggio 2010, n. 11150; Cass., 18 marzo 2004, n. 5525; Cass., 6 agosto 2003, n. 11885.

⁸⁶ Cass., 29 luglio 2009, n. 17655.

⁸⁷ Si vedano, tra gli altri, V. FILI, *Il punto sulla giurisprudenza in materia di occasione di lavoro e infortunio in itinere*, cit., 70; S. GIUBBONI, G. LUDOVICO, A. ROSSI, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Cedam, Milano, 2014, 145.

⁸⁸ Di questo avviso, G. CORSALINI, *Infortunio da mancato rispetto dello stop: colpa o rischio elettivo?*, cit.

criterio analogico – la “colpa grave” a ulteriore ipotesi di esclusione della tutela, sebbene questa non venga indicata dalla norma. Per gli stessi autori, si tratterebbe di un’operazione ermeneutica ardua e rispetto alla quale è sufficiente invocare il brocardo latino “*ubi lex voluit dixit ubi noluit tacuit*”, per evidenziarne l’inopportunità.

A tacer d’altro, basterebbe a rendere il fondamento di questa impostazione il sol fatto che il legislatore si sia premurato di enucleare le singole cause di esclusione della tutela in questione, senza far menzione della colpa grave, così lasciando intendere che quest’ultima non possa essere recepita come tale e che le prime costituiscano, di fatto, un elenco tassativo. L’altro argomento che, secondo la dottrina, deporrebbe a favore dell’irrelevanza della colpa sarebbe – come anticipato – la distanza concettuale tra la nozione di rischio elettivo e quella di colpa grave, ampiamente sostenuta nel tempo. Già in passato, invero, fu chiarito che «il comportamento elettivo del lavoratore non vada equiparato ad un comportamento colposo, come se l’uno fosse identificabile con l’altro». Diversamente sarebbe sempre necessario distinguere tra rischio elettivo e attività lavorativa colposamente svolta. E, pur essendo vero che i due comportamenti possano talvolta intrecciarsi, ciò non escluderebbe l’anzidetta distinzione, anzi, in qualche modo la esigerebbe⁸⁹.

Sebbene le argomentazioni a sostegno del principio di irrilevanza della colpa finora esposte appaiano ineccepibili, ad avviso di chi scrive, sulla questione potrebbe resistere qualche incertezza. Le ragioni di tanto scetticismo risiederebbero, in primo luogo, nell’esigenza di interpretare con maggior rigore il concetto di rischio elettivo nell’ambito dell’infortunio *in itinere*, considerata – di fatto – la particolare circostanza in cui si genera la tutela, che, per definizione, allenta *ab origine* il nesso tra danno subito e occasione di lavoro in senso stretto. Ciò indurrebbe a ricomprendere nel concetto «anche comportamenti di per sé non abnormi ma semplicemente contrari a norme di legge o di comune prudenza»⁹⁰. È inevitabile, poi, riflettere su un aspetto meno

⁸⁹ In questi termini, G. ALIBRANDI, *Rischio elettivo ed attività lavorativa colposamente svolta: una distinzione necessaria*, nota a sentenza Cass., 18 febbraio 1980, n. 1193, in *Mass. giur. lav.*, 1981, 191.

⁹⁰ S. PICCININNO, *Infortuni in itinere: recenti sviluppi legislativi e giurisprudenziali*, cit., 103.

tecnico dei precedenti: ovvero la concezione che deriverebbe del nostro ordinamento dall'avallare *in toto* l'impostazione meno restrittiva, qui criticata. In altri termini, ammettere l'assoluta irrilevanza della colpa grave e di ogni atteggiamento gravemente imprudente tenuto alla guida equivarrebbe a tratti a legittimarle e a ritenere la legge particolarmente indulgente sul punto.

La questione è, dunque, evidentemente controversa, quindi, poiché *in medio stat virtus*, il compito più arduo è ancora rimesso ai giudici di merito chiamati a riconoscere la tutela, esaminando ogni fattispecie caso per caso.

c) *Il fatto doloso del terzo*

Vi è poi un ulteriore limite all'indennizzabilità dell'infortunio occorso all'assicurato nel tragitto per recarsi al lavoro, rappresentato dal fatto doloso del terzo, cioè a dire un fatto che non scaturisce da una scelta arbitraria e abnorme del lavoratore, ma di cui questi rimane vittima, essendo la condotta ascrivibile ad un soggetto estraneo.

Ebbene, con riferimento a questa particolare ipotesi, si sono tradizionalmente contrapposte due linee interpretative della giurisprudenza, portata a valutare in maniera più o meno rigida la connessione tra il fatto illecito e l'occasione di lavoro. Secondo un primo orientamento, questo nesso, «obiettivamente ed intrinsecamente apprezzabile con la prestazione dell'attività lavorativa»⁹¹, era necessario per escludere che il fatto violento fosse il risultato di una mera coincidenza cronologica o topografica⁹². Diversamente, un altro filone giurisprudenziale tendeva ad estendere le maglie del fatto indennizzabile, sull'assunto che il tragitto fosse, anche se indirettamente, comunque collegato all'attività lavorativa e che pertanto il nesso con l'occasione di lavoro potesse recidersi solo a fronte di un rischio elettivo corso dall'assicurato, ma non anche a causa di un fatto imprevedibile e violento di un terzo⁹³.

Occasione per comporre il contrasto, la sentenza delle Sezioni Uni-

⁹¹ Cass., 17 giugno 2014, n. 13733.

⁹² Cass., 11 giugno 2009, n. 13599.

⁹³ Cass., 14 febbraio 2008, n. 3776, ma anche, più recentemente, Cass., 10 luglio 2012, n. 11545.

te del 7 settembre 2015, n. 17685 ha confermato, ai fini dell'indennizzabilità dell'infortunio *in itinere*, il necessario collegamento con l'occasione di lavoro, avallando dunque il primo dei due orientamenti. La Corte ha avuto modo di ribadire che l'introduzione dell'ipotesi specifica dell'infortunio *in itinere* attraverso l'art. 12, d.lgs. 23 febbraio 2000, n. 38, non ha in alcun modo derogato alla disposizione di cui all'art. 2 del d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124, che richiede come requisito imprescindibile e necessario il nesso con l'occasione di lavoro la quale, in ipotesi di infortunio occorso all'assicurato per fatto doloso del terzo, viene oscurata dalla marginalità assunta dalla correlazione tra l'attività lavorativa e il tragitto. È necessario quindi privilegiare una lettura logico-sistematica della disposizione di cui all'art. 12 che, sebbene il concetto di occasione di lavoro abbia allargato le sue maglie tanto da includere eventi prodromici rispetto all'esecuzione stessa del lavoro, richiede che l'infortunio non sia il risultato di una coincidenza spazio-temporale, ma di un legame anche se indiretto, con l'occasione di lavoro⁹⁴.

A parere della Corte, questo necessario legame mancherebbe in quegli infortuni causati da un fatto doloso il cui autore abbia dei pregressi rapporti personali con l'assicurato che si troverebbe, indipendentemente dal tragitto casa-lavoro-, alla sua mercé. In altre parole, le motivazioni interpersonali che spingono il terzo a compiere il fatto doloso reciderebbero la connessione con l'occasione di lavoro poiché assolutamente slegate da esso, o meglio, irrilevanti o indipendenti dall'intento criminoso del terzo⁹⁵. Pertanto, perché venga ravvisata la fattispecie dell'infortunio *in itinere*, è sempre necessario accertare la sussistenza del nesso tra lavoro e rischio, rischio al quale, in ipotesi di fatto doloso del terzo, l'assicurato sarebbe in ogni caso esposto, indipendentemente dal percorso obbligato per raggiungere o lasciare il posto di lavoro.

Questo assunto, però, impone un'indagine sui motivi che hanno spinto il terzo a compiere il fatto, al fine di escludere incontrovertibilmente che non sussista, pur se legato da filo sottile, quel legame fun-

⁹⁴ Cass. S. U., 7 settembre 2015, n. 17685.

⁹⁵ V. FILÌ, *Il punto sulla giurisprudenza in materia di occasione di lavoro e infortunio in itinere*, cit., 87.

zionale imprescindibile con l'occasione di lavoro che riporterebbe l'infortunio nell'alveo della fattispecie indennizzabile⁹⁶.

5. L'infortunio in itinere nel lavoro agile

La tutela INAIL avverso gli infortuni e le malattie professionali disegnata dal Testo Unico del 1965 rispecchia l'idealtipo del lavoratore coevo, assunto con contratto a tempo indeterminato per l'esecuzione continuativa della propria attività, nella stessa azienda e all'interno degli stessi locali per tutto o buona parte della sua vita lavorativa, che è attualmente messo in "crisi" dai rapidi cambiamenti delle organizzazioni lavorative condizionate dagli sviluppi tecnologici dell'ultimo ventennio⁹⁷.

L'introduzione della informatica e della telematica nelle procedure di lavoro, in particolare nel settore dei servizi, ha progressivamente condotto al mutamento del concetto di "posto" di lavoro inteso come luogo fisico aziendale⁹⁸, mediante il riconoscimento al lavoratore della

⁹⁶ Infatti, per questo motivo la Corte ha riconosciuto l'indennizzabilità dell'infortunio occorso a un lavoratore che, mentre si recava a lavoro, subiva una rapina finalizzata a sottrargli il motoveicolo sul quale stava viaggiando o quello del lavoratore subito in una strada pericolosa.

⁹⁷ Già nel 1995 il sociologo Luciano Gallino riguardo alle conseguenze delle ICT sul lavoro e occupazione scriveva: l'obiettivo del RGP è quello di saturare il tempo di lavoro di tutti i componenti dell'organizzazione, dirigenti compresi, al 100% e di ricavare da tale 100% il doppio o il triplo delle prestazioni di prima che non nei modelli organizzativi tradizionali -si vuole liberare un grande potenziale di intelligenza e di partecipazione da parte di tutti i membri dell'organizzazione. È un processo dove la forte responsabilizzazione individuale si converte in un forte aumento della produttività complessiva dell'azienda (L. GALLINO, *Tecnologia/occupazione: la rottura del circolo virtuoso*, in *Quad. soc.*, 1995, 7, 8). Sul tema della disarticolazione aziendale e organizzativa cfr. *amplius* D. GAROFALO, *Lavoro, Impresa e trasformazioni organizzative* e F. BASENGHI, *Decentramento organizzativo e autonomia collettiva*, relazioni alle Giornate di Studio AIDLASS 2017 sulla *Frammentazione organizzativa e lavoro: rapporti individuali e collettivi*, Cassino 18,19 maggio 2017, entrambe in *www.aidlass.it*.

⁹⁸ G. DE NARDO, *Lavoro agile, categorie giuridiche e diritto alla disconnessione: uno sguardo al futuro e a qualche nodo irrisolto*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT -6/2017, 173, evidenzia come: i datori, infatti, dalla possibilità che l'attività lavorativa venga eseguita dai prestatori «in parte all'interno di locali aziendali e in parte

possibilità di svolgere la propria attività lavorativa anche al di fuori dei locali dell'impresa⁹⁹.

Nella prospettiva di regolamentare le nuove dinamiche del mercato del lavoro, nonché di «incrementare la competitività e di agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro» (art. 18, co. 1)¹⁰⁰, il legi-

all'esterno senza una postazione fissa» (art. 18, l. 81/2017) ricavano alcuni vantaggi, il primo dei quali consiste nel poter contare su risorse responsabilizzate rispetto agli obiettivi loro assegnati e che, avendo la possibilità di lavorare in qualsiasi luogo, non avranno la necessità di assentarsi per assolvere ai propri oneri familiari o personali. Inoltre, non può escludersi che l'entrata a regime di tale modalità di esecuzione della prestazione renda possibile una riqualificazione degli spazi aziendali. Il datore di lavoro non sembrerebbe, dunque, spaventato dalla possibile perdita del potere di controllo sul lavoratore, laddove una corretta organizzazione della prestazione lavorativa può, indubbiamente, compensare la perdita di un controllo "fisico" con un incremento della produttività sotto diversi aspetti.

⁹⁹ Secondo V. PINTO, *La flessibilità funzionale e i poteri del datore di lavoro. Prime considerazioni sui decreti attuativi del jobs act e sul lavoro agile*, in *Riv. giur. lav.*, 2016, 2, 367, l'unione di due principali elementi, lo svolgimento in forma alternata e la scelta discrezionale dei luoghi di lavoro all'esterno dell'impresa, rederebbe peculiare la fattispecie poiché, nel lavoro subordinato anche anteriormente alla disciplina della legge n. 81 del 2017, non era previsto né un obbligo contrattuale di svolgimento della prestazione all'interno dei locali aziendali, né un obbligo di indicazione di una precisa sede o luogo di lavoro. In proposito M. BERRA, *Postfazione*, in AA. VV., *DigitAgile: l'ufficio nel dispositivo mobile. Opportunità e rischi per lavoratori e aziende*, Osservatorio MU.S.I.C. Working Paper n. 3, 2017, 37, intravede nell'introduzione dello smart working nel nostro ordinamento «non un fenomeno di rottura rispetto al recente passato, ma piuttosto di un'accelerazione di tendenze già presenti nei processi di ristrutturazione produttiva e nelle trasformazioni del lavoro e dell'organizzazione che si possono ricomprendere nel concetto di ridisegno globale del processo produttivo (RGP)».

¹⁰⁰ Osserva G. DE NARDO, *Lavoro agile, categorie giuridiche e diritto alla disconnessione: uno sguardo al futuro e a qualche nodo irrisolto*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT -6/2017, 170, che «questo aspetto, soprattutto nell'ambito di sistemi di welfare poco efficienti, si rivela un elemento fondamentale affinché i lavoratori siano ben disposti nei confronti della possibilità di poter superare le difficoltà organizzative del vivere quotidiano attraverso lo svolgimento della prestazione da remoto, con una maggiore libertà di luoghi e di orario»; v. anche C. SPINELLI, *Tutti i rischi dello smart working*, in *inGenere*, 5 settembre 2017, *ingenere.it*, secondo cui «il tema della conciliazione vita-lavoro è stato tradizionalmente affrontato nella prospettiva del sostegno all'equilibrio di genere nel lavoro di cura e, quindi, come uno strumento per promuovere la partecipazione delle donne al mercato del lavoro. In tempi più recenti, tuttavia, il cosiddetto *work-life balance* è stato progressivamente concepito anche come stru-

slatore nazionale ha emanato la legge n. 81 del 22 maggio 2017, con cui ha disciplinato la c.d. prestazione subordinata di lavoro “agile” (impropriamente denominata “smart working”), grazie alla quale i lavoratori, pure avvalendosi delle nuove tecnologie di comunicazione installate su dispositivi mobili, possono lavorare senza una postazione fissa, in luoghi diversi da quelli di pertinenza aziendale¹⁰¹.

Va precisato che l’ambito di applicazione dello “smart working” è stato esteso anche ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche di cui all’art. 1, comma 2, d.lgs. 165 del 2001, e successive modificazioni, secondo le direttive emanate anche ai sensi dell’art. 14, l. n. 124 del 2015, e fatta salva l’applicazione delle diverse disposizioni specificamente adottate per tali rapporti, e in ogni caso previa verifica della effettiva compatibilità dell’istituto con le effettive modalità di esecuzione della prestazione lavorativa.

La legge n. 81 del 2017 stabilisce che l’attivazione della modalità di lavoro agile debba essere oggetto di apposita regolamentazione definita tramite accordo tra le parti redatto in forma scritta ai fini della regolarità amministrativa e della prova (art. 19). La prestazione da eseguire può essere organizzata per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli

mento per favorire il benessere sul luogo di lavoro e, quindi, come un fattore e un indicatore del «lavoro sostenibile».

¹⁰¹ M. PERUZZI, *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?*, in *Dir. sic. lav.*, 2017, 1, 10, osserva come: «l’individuazione dei rischi specifici del lavoro agile, valutati ai sensi dell’art. 28 del d.lgs. n. 81 del 2008, non sono classificabili quali rischi connessi «alla specifica tipologia contrattuale attraverso cui viene resa la prestazione di lavoro»: il lavoro agile, e più in generale il telelavoro, non costituisce una tipologia contrattuale autonoma bensì solo una «modalità flessibile di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato», che può interessare il lavoratore subordinato standard quanto tutte le possibili declinazioni dell’atipicità contrattuale». Per P. PASCUCI, *La tutela della salute e della sicurezza dei telelavoratori*, in https://olympus.uniurb.it/index.php?option=com_content le sperimentazioni aziendali negoziate finora prevedano altresì una formazione (non solo informazione) specifica dedicata agli *smart worker*, nonché disposizioni che disciplinano il comportamento da tenersi in caso di incidente (accordi Snam, Barilla) ovvero in caso di malfunzionamento delle attrezzature di lavoro fornite dall’azienda (accordi Zurich, Bnl). Sul punto cfr. Anche E. DAGNINO, *Il “lavoro agile” nella contrattazione collettiva oggi*, in Adapt University Press, *Working Paper n. 2/2016*; C. MACALUSO, *La sicurezza nel “lavoro agile” tra presente e futuro*, in *Ig. sic. lav.*, 2016, 12, 641 e ss.

di luogo di lavoro e di orario, entro i limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva e garantendo in ogni caso il rispetto dei tempi di riposo del lavoratore nonché le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurarne la disconnessione dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro¹⁰².

L'attivazione dello "smart working" non incide sul potere di controllo riconosciuto al datore di lavoro sulla regolare esecuzione della prestazione, anche nella fase al di fuori dei locali aziendali, sul potere disciplinare, né sul dovere (art. 22) di garantire la salute e la sicurezza del lavoratore anche nella fase al di fuori del luogo di lavoro¹⁰³.

¹⁰² La filosofia alla base del concetto del lavoro "agile" si pone radicalmente in contrasto con la concezione tayloristica dell'impresa descritta dal Codice Civile all'art. 2086, basata sulla parcellizzazione del lavoro e la standardizzazione dei tempi di esecuzione della prestazione lavorativa, tanto che alcuni autori hanno teorizzato come, con l'approvazione della legge n. 81 del 2017, si verificherà un ulteriore assottigliamento delle differenze tra lavoro subordinato, autonomo o di collaborazione, al punto da giungere a parlare, a tale riguardo, di "subordinazione soft". Cfr. A. MARESCA, *Il Sole 24 ore* del 26 luglio 2017. Cfr. S. CAIROLI, *La definizione del lavoro agile nella legge e nei contratti collettivi: sovrapposizioni e possibili distinzioni*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT -6/2017, 5-6, secondo cui il legislatore non sembra identificare nel lavoro agile una tipologia contrattuale, ciò che consente nel campo del pubblico impiego di prescindere dall'applicazione degli art. 35 e seguenti, d.lgs. n. 165 del 2001, e in specie per quel che concerne l'art. 36 comma 2 in materia di forme contrattuali flessibili previste dal codice civile e dalle altre leggi sui rapporti di lavoro nell'impresa.

¹⁰³ A. DELOGU, *Obblighi di sicurezza: tutela contro gli infortuni e le malattie professionali nel lavoro agile*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT -6/2017, 111, osserva come, in materia di sicurezza sul lavoro, rapidamente si sia passati dalla previsione di una "sicurezza partecipata", che vedeva e vede una ripartizione degli obblighi tra più soggetti a vario titolo obbligati nonché una proiezione del diritto alla sicurezza sul piano collettivo, ad una vera e propria "sicurezza organizzata" che trova ormai nella procedura di valutazione dei rischi, negli obblighi formativi, nell'adozione di veri e propri modelli di organizzazione e gestione il suo nucleo fondante. L'autore richiama, inoltre, soprattutto in relazione ad interessanti sviluppi giurisprudenziali, A. PRETEROTI, *Obbligo di sicurezza e ripartizione degli adempimenti preventivi alla luce della più recente giurisprudenza*, in *Mass. giur. lav.*, 2016, 830 ss. Cfr. M. LEPORE, *La nuova normativa: dalla prevenzione tecnologica alla sicurezza di tipo organizzativo*, in M. TIRABOSCHI, L. FANTINI (a cura di), *Il testo unico della salute e sicurezza sul lavoro dopo il correttivo (d.lgs. N. 106/2009)*, Giuffrè, Milano, 2009, 49 ss. Insistono sulla centralità degli aspetti organizzativi, tra i tanti, anche P. PASCUCCI, *Prevenzione, organizzazione e*

Inoltre, la norma riconosce al lavoratore agile, analogamente a tutti i lavoratori dipendenti dall'azienda, la tutela contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali dipendenti da rischi connessi alla prestazione lavorativa resa all'esterno dei locali aziendali¹⁰⁴.

Detta tutela, a differenza di quanto previsto dall'art. 2 del Testo Unico del 1965, come modificato dal d. lgs. n. 38 del 2000 per disciplinare in generale l'infortunio *in itinere*, si estende anche (e solo) «agli infortuni sul lavoro occorsi durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione a quello prescelto per lo svolgimento della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali, nel caso in cui la scelta del luogo della prestazione sia dettata da esigenze connesse alla prestazione stessa o dalla necessità del lavoratore di conciliare le esigenze di vita con quelle lavorative e risponda a criteri di ragionevolezza» (art. 23, l. n. 81 del 2017).

La complessa definizione adottata dal legislatore ha sollevato dubbi applicativi circa la qualificazione come "*in itinere*" dei sinistri occorsi, atteso che i lavoratori agili interessati potrebbero non avere un luogo di lavoro predefinito dove svolgere la prestazione lavorativa. In realtà, la possibilità di scegliere discrezionalmente i luoghi di svolgimento della prestazione lavorativa, come abbiamo già visto, pare pro-

formazione. A proposito di un recente libro sulla sicurezza sul lavoro, in Dir. sic. lav., 2016, 64 ss.; F. BACCHINI, sicurezza (del lavoro) e organizzazione (aziendale), in I Working Papers di Olympus, n. 28/2013.

¹⁰⁴ Al riguardo, v. A. DELOGU, *Obblighi di sicurezza*, cit., 110, secondo cui «i tradizionali obblighi che discendono *in primis* dall'art. 2087 c.c. erano figli di una concezione dell'impresa fortemente gerarchizzata, e non a caso imponevano il carico preventivo esclusivamente in capo all'imprenditore/datore di lavoro, autentico *dominus* dell'organizzazione imprenditoriale in quanto titolare esclusivo dei tipici poteri direttivi e di controllo». In genere sulla responsabilità datoriale in materia di sicurezza e prevenzione cfr. *ex multis* R. BARCHI, *Note in tema di responsabilità del datore di lavoro ex art. 2087 cod. civ.*, in *Riv. giur. lav.*, 1975, 100 ss.; G. NATULLO, *La tutela dell'ambiente di lavoro*, Utet, Torino, 1995, 7 ss.; A. LASSANDARI, *Il ruolo centrale dell'art. 2087 c.c.*, in M. PEDRAZZOLI, *Vessazioni e angherie sul lavoro: tutele, responsabilità e danni nel mobbing*, Zanichelli, Bologna, 2007, 64 ss.; P. ALBI, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona, art. 2087*, in P. SCHLESINGER (fondato da), F. D. BUSNELLI (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2008; e, di recente, A. DELOGU, *Salute e sicurezza sul lavoro* (voce), in *Dig. IV, disc. priv.*, sez. *comm.*, Aggiornamento, Utet, Milano, 2017, 437 ss.

prio essere un tratto caratterizzante la modalità organizzativa “agile” che, tuttalpiù, potrebbe essere mitigata dal datore di lavoro in sede di accordo tra le parti.

Con la circolare n. 48 del 2017 l’Istituto ha fornito alcune indicazioni circa i criteri da seguire nella fase di accertamento dell’infortunio *in itinere* del lavoratore agile, individuando nell’accordo con cui viene attivato lo *smart working* «lo strumento utile per l’individuazione dei rischi lavorativi ai quali il lavoratore agile è esposto e dei riferimenti spazio-temporali della prestazione svolta, ai fini del rapido riconoscimento delle prestazioni infortunistiche».

Tuttavia, dall’analisi dell’art. 19 della legge n. 81 del 2017 emerge come la norma non preveda a carico delle parti alcun obbligo di individuare “a priori” i luoghi in cui potrà essere eseguita la prestazione lavorativa al di fuori dei locali aziendali. Sul piano pratico, tuttavia, va evidenziato come né la legge, né la prassi amministrativa chiariscano come procedere qualora nell’accordo individuale manchi indicazione alcuna del luogo o dei luoghi esterni in cui verrà svolta la prestazione lavorativa. In proposito, si può soltanto desumere che la scelta delle parti di localizzarla nell’accordo individuale possa soltanto incidere sul riconoscimento amministrativo dell’infortunio *in itinere*. D’altronde, in assenza di indicazioni sufficienti ricavabili dall’accordo in ordine alla localizzazione della prestazione “agile”, l’INAIL tramite circolare chiarisce che, ai fini dell’indennizzabilità dell’evento infortunistico, saranno necessari ulteriori specifici accertamenti finalizzati a verificare la sussistenza dei presupposti sostanziali della tutela.

Alla luce di quanto considerato, potrebbe verificarsi la non remota possibilità che l’onere della prova dell’esistenza dei presupposti di tutela sia scaricata in capo al lavoratore in modo particolarmente gravoso. Quest’ultimo, infatti, secondo quanto previsto dall’art. 23, l. n. 81 del 2017, dovrebbe dimostrare, non soltanto, di stare recandosi a lavoro, ma anche che stava percorrendo quel tragitto per raggiungere un luogo “prescelto” per soddisfare esigenze connesse alla prestazione stessa o per la necessità di conciliare le esigenze di vita con quelle lavorative, e che tale scelta risponda a criteri di ragionevolezza. Diversamente, se il lavoratore fosse esonerato da tale onere della prova, si rischierebbe l’estensione a dismisura dell’ambito di operatività della tutela avverso gli infortuni *in*

itinere, poiché sarebbe sufficiente provare che l'accadimento dell'evento infortunistico si inserisca in qualsiasi percorso verso il luogo di lavoro prescelto dallo *smart worker*.

Qualora fosse avvalorata un'interpretazione restrittiva dell'art. 23, comma 3, l. n. 81 del 2015, è facilmente prevedibile che la difficoltà per il lavoratore di dimostrare la sussistenza dell'infortunio *in itinere* possa tradursi in un incremento del contenzioso amministrativo e giurisdizionale con l'Istituto.

Seppure sia evidente che l'indicazione di specifici luoghi di lavoro nell'accordo di attivazione possa agevolare il riconoscimento dell'infortunio *in itinere*, va in ogni caso ribadito che, per espressa previsione normativa (art. 19, l. n. 81 del 2017), l'accordo individuale tra datore di lavoro e lavoratore agile ha esclusivamente fini indiziari. Ciò implica che alle parti non è riconosciuto il potere né di ampliare né di restringere l'operatività della tutela. In altre parole, ai fini del riconoscimento dell'assicurazione contro gli infortuni, la funzione dell'accordo è ausiliaria e non qualificatoria, non essendogli attribuita dalla legge l'idoneità a determinare le ipotesi in cui l'infortunio *in itinere* possa configurarsi.

In mancanza di un opportuno intervento chiarificatore del legislatore o della giurisprudenza, peraltro, non sembra potersi escludere un'interpretazione ulteriormente restrittiva della definizione legale dell'infortunio *in itinere* del lavoratore agile tramite la valorizzazione di alcuni suoi elementi lessicali. Ai sensi dell'art. 23, comma 3, l. n. 81 del 2017, si qualifica come "*in itinere*" l'infortunio occorso nel "normale" (ovvero che segue la norma, conforme alla norma, consueto, ordinario, regolare) percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione al luogo di lavoro "prescelto" (ovvero "preferito" nella scelta).

Secondo questa impostazione ermeneutica, l'operatività della tutela assicurativa dovrebbe essere circoscritta ad un unico percorso, per l'appunto quello "normale", dall'abitazione al luogo "preferito" di lavoro. In tal senso, la *ratio* della norma sarebbe quella di garantire la copertura assicurativa in relazione agli infortuni occorsi in un unico tragitto lavorativo, come d'altronde accade per la generalità dei lavoratori subordinati.

Così ragionando, al lavoratore spetterà di dimostrare che l'infortunio è occorso mentre stava raggiungendo lo specifico luogo

“preferito” seguendo il “normale” percorso dalla sua abitazione, indipendentemente che questo sia stato preventivamente individuato o meno nell’accordo di attivazione della modalità lavorativa agile. Allo stesso modo, la tutela assicurativa non opererà in un percorso diverso da quello “normale” casa/luogo prescelto, cosicché potrà verificarsi che il diverso posto di lavoro individuato dallo *smart worker* sia idoneo ai fini dell’adempimento dell’obbligazione di lavoro (la modalità agile, come si è detto, consente di lavorare ovunque) e, al contempo, inidoneo ai fini della copertura assicurativa di cui trattasi.

**Il sistema dell'assicurazione obbligatoria basato sulla distinzione
tra infortuni sul lavoro e malattie professionali:
prospettive di superamento**

MARIA CRISTINA DEGOLI, DANIELA DEL DUCA,
ALESSANDRA INGRAO, CHIARA PAOLINI, GIOVANNA PISTORE,
ILARIA PURIFICATO*

SOMMARIO: 1. *La distinzione tra infortunio sul lavoro e malattia professionale alla base dell'assicurazione obbligatoria.* – 2. *La Circolare INAIL 71/2003: il primo tentativo di ampliare il concetto di malattia professionale.* – 3. *L'evoluzione giurisprudenziale alla luce dei nuovi fattori di rischio.* – 4. *Articolo 38 della Costituzione: la protezione dal bisogno.* – 5. *Quali prospettive di riforma? Ampliamento del sistema di protezione e raffronto tra tutela INAIL e tutela INPS.* – 6. *Esiste (ancora) una distinzione tra infortunio e malattia?*

1. *La distinzione tra infortunio sul lavoro e malattia professionale alla base dell'assicurazione obbligatoria*

La perdurante emergenza pandemica da Covid 19 insegna che nell'architettura complessa del sistema integrato di tutela della salute e sicurezza del lavoratore un posto di primario rilievo occupa la tutela di chi subisce danni psico-fisici a seguito di infortuni sul lavoro e malattie professionali¹. Prendendo le mosse dalla centralità della tutela e dei diritti costituzionalmente tutelati in questa materia, il presente contributo si propone di illustrare le questioni attuali scaturenti dalla distin-

* Il presente scritto rappresenta la rielaborazione delle riflessioni svolte nell'ambito della IV edizione dei *Seminari Previdenziali Maceratesi. La tutela antinfortunistica oggi*, tenutosi presso la Fondazione Marco Biagi dal 24 al 27 giugno 2019. Sebbene il contributo sia frutto di una riflessione comune alle autrici, il §1 è stato redatto da Alessandra Ingrao, il §2 da Chiara Paolini, il §3 da Maria Cristina Degoli, il §4 da Ilaria Purificati, il §5 da Giovanna Pistore e il §6 da Daniela del Duca. Si ringrazia sentitamente il *tutor* del gruppo, prof. G. CANAVESI.

¹ Sul tema v. G. LUDOVICO, *Malattia (per i quarantenati e per gli affetti) e infortuni sul lavoro*, in O. BONARDI, U. CARABELLI, M. D'ONGHIA e L. ZOPPOLI (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Ediesse, Roma, 2020, 69 ss.

zione tra gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, su cui si basa tradizionalmente il sistema dell'assicurazione obbligatoria di cui al d.P.R. n. 1124 del 1965 (d'ora in poi T.U.), e di suggerire alcuni spunti di riflessione per il suo superamento.

L'analisi non può che partire dalla distinzione tra malattie professionali e infortuni operata dal sistema dell'assicurazione obbligatoria, che risente non tanto del tipo di conseguenza patologica causata dall'attività lavorativa, quanto della diversa azione del fattore causale² che provoca la conseguenza dannosa.

Nello specifico, per quanto riguarda l'infortunio, è l'art. 2, T.U.³ a individuarne gli elementi costitutivi: la causa violenta, l'occasione di lavoro e le conseguenze dannose indennizzabili⁴.

È proprio la causa violenta a costituire il tratto distintivo dell'infortunio che lo distingue, sul piano causale, dalla eziologia lenta delle malattie professionali. La causa violenta è identificabile in qualunque fattore – ordinario, straordinario o eccezionale che sia – il quale, agendo rapidamente⁵ dall'esterno all'interno dell'organismo umano provoca un'alterazione del suo equilibrio biologico.

² Cfr. M. PERSIANI, M. D'ONGHIA, *Fondamenti di diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino, 2019, 160 e S. GIUBBONI, G. LUDOVICO, A. ROSSI, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Cedam, Padova, 2014.

³ Il testo dell'art. 2 citato così dispone: «L'assicurazione comprende tutti i casi di infortunio avvenuti per causa violenta in occasione di lavoro, da cui sia derivata la morte o una inabilità permanente al lavoro, assoluta o parziale, ovvero una inabilità temporanea assoluta che importi l'astensione dal lavoro per più di tre giorni».

⁴ Sono esplicitate nella disposizione i tipi di danno conseguenza indennizzabili dall'assicurazione. Essi consistono nella morte dell'assicurato; nella inabilità permanente, assoluta o parziale, che ai sensi dell'art. 74 T.U. n. 1124 del 1965 che elimina per tutta la vita della persona fisica rispettivamente completamente o in modo parziale seppur rilevante «l'attitudine al lavoro»; nella inabilità temporanea assoluta che comporti l'astensione dal lavoro per almeno tre giorni (cfr. art. 68 T.U. secondo cui la conseguenza dannosa deve avere l'effetto di impedire di fatto e completamente all'assicurato di «attendere al lavoro», anche se per un periodo limitato di tempo). Peraltro, a seguito della emanazione del d.lgs. n. 38 del 2000 sono indennizzabili anche i pregiudizi di carattere non patrimoniale alla integrità psicofisica del lavoratore, qualora superino la franchigia del 6%.

⁵ È importante precisare che è il modo di agire del fattore patogeno che provoca l'infortunio a dover essere rapido, non essendo, viceversa necessario che anche le conseguenze dannose provocate dallo stesso siano rapide o immediate. La tutela previ-

La definizione di infortunio richiede poi che la causa violenta sia occasionata dal lavoro. Senza poterci qui soffermare sull'evoluzione concettuale che per opera della giurisprudenza ha subito il concetto in parola, si vuole sottolineare che l'infortunio, a differenza della malattia professionale, come tra breve si dirà, non deve necessariamente originare dalle specifiche mansioni di assegnazione del prestatore infortunato, potendo altresì essere ricondotto a qualsiasi attività lavorativa che presenti un collegamento con esse⁶. Peraltro, la connotazione professionale dell'evento non è esclusa nemmeno dalla genericità del rischio che lo provoca, il quale potrebbe anche non nascere direttamente dall'attività lavorativa stessa o, ancora, non aggravarsi a seguito del suo svolgimento. Il rapporto di occasionalità, dunque, si limita a individuare un "contesto spaziale e temporale specifico" entro cui si verifica l'incontro tra causa violenta e corpo umano del lavoratore infortunato.

È sufficiente che l'ambiente lavorativo sia una mera occasione, ossia un'opportunità, un pretesto o una circostanza di luogo e tempo che si limita a favorire la produzione dell'infortunio, in quanto agevola la messa in azione della causa (violenta)⁷.

Molto diverso è il discorso sull'eziologia della malattia professionale, per la quale l'art. 3 richiede che la malattia sia contratta «nell'esercizio e a causa delle lavorazioni» che in base all'art. 1 T.U. delimitano l'obbligo assicurativo secondo un criterio di maggiore pericolosità.

Dalla definizione si evince che la malattia professionale deve essere riconducibile ad una causa specifica, dovendo essere contratta a causa

denziale opera anche nell'ipotesi in cui le conseguenze dell'infortunio si manifestino anche dopo un periodo consistente, v. *inter alias* Cass., 12 luglio 2005, n. 9968, in *Dir. lav.*, 2006, 2, 189.

⁶ Cfr. ad esempio Cass., 20 luglio 2017, n. 17917 per la quale l'origine professionale dell'evento non è esclusa dal carattere strumentale o preparatorio dell'attività rispetto alle mansioni d'assegnazione.

⁷ Tant'è vero che la concezione lata di occasione di lavoro sopra illustrata ha permesso al legislatore, forte dei percorsi giurisprudenziali già approdati a tale risultato prima della novella (Cass., 18 aprile 2000, n. 5063, in *Dir. lav.*, 2000, 2, 425, con nota di M. GAMBACCIANI) di estendere l'indennizzo INAIL ai c.d. infortuni *in itinere* (cfr. art. 12 d.lgs. n. 38 del 2000 che ha modificato l'art. 2 e 210 T.U.). Si rinvia al saggio specificamente dedicato al tema in questo Volume.

della *noxa* patogena cui il lavoratore è esposto per l'espletamento delle specifiche mansioni di assegnazione. La malattia, dunque, si differenzia dall'infortunio per la modalità di derivazione causale: il fattore che la origina è ad azione lenta, graduale e diluita nel tempo e, il più delle volte, anche le conseguenze morbose si manifestano soltanto a seguito di un periodo di latenza.

Tale distinzione si riverbera conseguenzialmente sull'*accertamento dell'eziologia professionale* della cd. tecnopatia che, come si può immaginare, è più difficoltoso rispetto a quello dell'infortunio la cui causa violenta deve essere, come detto, semplicemente occasionata dal lavoro.

A complicare il quadro, occorre considerare che i fattori che causano la tecnopatia possono essere inerenti alla lavorazione espletata dal lavoratore o all'ambiente di lavoro o scaturire da generiche attività extra-lavorative. Le concause possono lavorare in sinergia, entrando in collisione con il disposto dell'art. 3 citato, il quale richiede che l'influenza del lavoro nella genesi del danno indennizzabile debba essere «specifica»⁸.

Proprio per ovviare alle problematiche appena illustrate, il legislatore aveva inizialmente optato per un "sistema chiuso di tutela", fondato su una elencazione tassativa di malattie professionali, contenute in tabelle (distinte per industria e agricoltura), purché insorte entro un certo lasso temporale dalla cessazione dell'attività morbigena o entro il c.d. periodo massimo di indennizzabilità stabilito dalla legge (cfr. art. 134 T.U.).

Il sistema così congegnato, da un lato, esenta il lavoratore dal fornire la prova dell'origine lavorativa della malattia: per le malattie cd. tabellate, opera una presunzione *iuris et de iure* dell'origine lavorativa del nesso causale ed il diritto all'indennizzo è collegato soltanto alla prova dell'esposizione alla lavorazione morbigena considerata nelle tabelle in un certo periodo di tempo.

Dall'altro lato, il sistema descritto finiva per precludere al lavoratore la tutela indennitaria per le malattie diverse da quelle individuate

⁸ In tali casi, occorre precisare che la giurisprudenza applica il principio di equivalenza causale.

nelle tabelle ed escluse, pertanto, dal beneficio della presunzione dell'origine lavorativa.

2. La Circolare INAIL 71/2003: il primo tentativo di ampliare il concetto di malattia professionale

La distinzione tra infortunio sul lavoro e malattia professionale, fondata sul diverso rigore del nesso causale⁹, è stata oggetto di importanti considerazioni nel corso degli ultimi anni, specie a seguito della decisione della Corte costituzionale di superare i limiti imposti dal cosiddetto sistema tabellare e della conseguente emanazione, da parte dell'INAIL, della circolare n. 71 del 17 dicembre 2003.

Come noto, con la sentenza n. 179 del 1988 venne dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 3 T.U., in riferimento all'art. 38, comma secondo, Cost., «nella parte in cui non prevede che l'assicurazione contro le malattie professionali nell'industria sia obbligatoria anche per le malattie diverse da quelle comprese nelle tabelle allegate concernenti le dette malattie e da quelle causate da una lavorazione specificata o da un agente patogeno indicato nelle tabelle stesse, purché si tratti di malattie delle quali sia comunque provata la causa di lavoro»¹⁰. Di qui, l'attuale “sistema misto” che disciplina un diverso onere probatorio in capo al lavoratore: per le malattie tabellate vige una presunzione assoluta di origine lavorativa, mentre negli altri casi dovrà essere provata

⁹ Sui differenti requisiti necessari alla configurazione dell'infortunio e della malattia professionale v. *supra* A. INGRAO, § 1.

¹⁰ In *Riv. it. dir. lav.*, 1988, 2, 897 con nota di G. CIAFRÈ, *Malattie professionali: la Corte costituzionale adotta il sistema misto*. Si veda altresì G. G. BALANDI, *Le malattie professionali: un quadro normativo in evoluzione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1989, 3, 235 ss.; S. PICCININO, *Spunti di riflessione sulle prospettive della disciplina delle malattie professionali*, in *Riv. giur. lav.* 1988, 3-4, 81 ss.; M. CERRETA, *Malattie professionali: problemi e prospettive a seguito della recente giurisprudenza costituzionale. Il sistema tabellare misto nell'esperienza comunitaria*, in *Dir. lav.*, 1988, III-IV, 326 ss.; F. AGOSTINI, *La tutela delle malattie professionali dopo la sentenza della Corte Costituzionale del 18 febbraio 1988, n. 179*, in *Riv. giur. lav.*, 1988, 3-4, 3 ss. Alla completa definizione del “sistema misto” hanno, poi, contribuito la nota sentenza C. Cost. 25 febbraio 1988, n. 206, in *Mass. giur. lav.*, 1988, 794 ss. e l'art. 10 del d.lgs. n. 38 del 2000.

la sussistenza del nesso causale tra l'insorgenza della patologia e l'esercizio dell'attività lavorativa¹¹, cioè la *causa di lavoro*.

Da quella sentenza l'INAIL trasse l'implicito travolgimento della tradizionale nozione di malattia professionale, tale da accordare tutela ad ogni patologia che, pur non essendo stata contratta ai sensi dell'art. 3 T.U. nell'«esercizio e a causa delle lavorazioni» di cui all'art. 1 T.U., fosse, in ogni caso, riconducibile alla «causa lavorativa»¹². Ad avviso dell'Istituto, a voler seguire un'interpretazione dell'art. 3 T.U. «aderente all'evoluzione delle forme organizzative del lavoro e dei processi produttivi», la nozione di causa lavorativa avrebbe dovuto essere estesa ben al di là dei tradizionali confini, così da comprendere «non solo la nocività delle lavorazioni in cui si sviluppa il ciclo produttivo aziendale (siano esse tabellate o non) ma anche quella riconducibile all'organizzazione aziendale delle attività lavorative»¹³.

Così, con la circolare 71 del 2003 l'INAIL intervenne a regolamentare l'indennizzabilità delle patologie psichiche derivanti da «costrittività organizzativa»¹⁴ estendendo, di fatto, la nozione – e la disciplina – delle malattie professionali a disturbi causati, o concausati in modo prevalente, da specifiche e particolari condizioni dell'attività lavorativa e dell'organizzazione del lavoro¹⁵, anziché determinate dallo svolgi-

¹¹ Sulla diversa ripartizione dell'onere probatorio: Cass., 5 aprile 2018, n. 816, in *Dir. giust.*, 2018, 6 aprile con nota di I. LEVERONE, *Per la malattia professionale conta la prova dello svolgimento di un'attività nociva*; Cass., 12 dicembre 2013, n. 27865, in *Dir. giust.*, 2013, 12 dicembre; Cass., 10 dicembre 2013, n. 27520, *Dir. giust.*, 2013, 11 dicembre; Cass., 9 gennaio 2013, n. 358 in *Dir. prat. lav.*, 2013, 47-48, 2778; Cass. 3 aprile 2008, n. 8638.

¹² Precisamente, per come si può leggere dalla circolare in parola, «la posizione assunta dall'Istituto sul tema delle patologie psichiche determinate dalle condizioni organizzativo/ambientali di lavoro trova il suo fondamento giuridico nella Sentenza della Corte Costituzionale n. 179/1988 e nel d.lgs. n. 38 del 2000 (art. 10, comma 4), in base ai quali sono malattie professionali, non solo quelle elencate nelle apposite Tabelle di legge, ma anche tutte le altre di cui sia dimostrata la causa lavorativa».

¹³ V. Circ. INAIL 17 dicembre 2003, n. 71.

¹⁴ Sul concetto di «costrittività organizzativa» v. B. MAGGI, *Razionalità e benessere. Studio interdisciplinare dell'organizzazione*, Etas, Milano, 1990, 146 ss.; ID., *L'analisi del lavoro ai fini di prevenzione*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2006, XXIX, 13 ss.

¹⁵ Nulla esclude che nelle ipotesi di lesioni causate da costrittività organizzativa possano riscontrarsi gli elementi dell'infortunio sul lavoro ed anzi, era la stessa circola-

mento di specifiche mansioni. L'implicito intento era quella di definire i criteri di indennizzabilità delle patologie psichiche conseguenza di condotte vessatorie riconducibili alla nozione di *mobbing*¹⁶ o di *strai-*

re a precisare che eventi estremi, particolarmente minacciosi o catastrofici potessero trovare collocazione proprio nella disciplina dell'infortunio sul lavoro. Basti pensare ad eventi traumatici, quali un arresto cardiaco o ischemico, o la morte per suicidio, che siano la conseguenza di acuti e repentini stati di stress determinati da una singola condotta vessatoria. La giurisprudenza, in più occasioni, ha inquadrato nella fattispecie dell'infortunio le conseguenze dannose derivanti da litigi con i colleghi. Così, ad esempio, Cass., 2 aprile 1990, n. 2634, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1990, 2, 115 che riconduce alla nozione di "causa violenta" «lo stress emotivo ricollegabile al lavoro svolto dall'assicurato [...] ove assuma la consistenza di un evento eccezionale ed abnorme che determini una brusca rottura dell'equilibrio organico anche in relazione alle condizioni ambientali e di lavoro [...] producendo una lesione organica con azione rapida ed intensa, e non sia il semplice effetto logorante esercitato sull'organismo, lentamente e progressivamente, da gravose condizioni di lavoro»; nello stesso senso Cass., 4 maggio 1987, n. 4155; Cass., 27 febbraio 1986, n. 1259; Cass., 27 gennaio 2006, n. 1718, in *Riv. giur. lav.*, 2006, 3, 540 con nota di G. SACCONI, *Il rischio lavorativo nell'evoluzione giurisprudenziale*; T. Bologna 11 febbraio 1985, in *Riv. giur. lav.*, 1985, 3, 170. Si riconosce nello stress da lavoro una possibile causa violenta anche in Cass., 21 maggio 2003, n. 8019; Cass., 26 ottobre 2000, n. 14085 in *Giust. civ.*, 2000, 1, 2813; Cass., 16 ottobre 2000, n. 13741 in *Riv. inf. mal. prof.*, 2000, 6, 100 con nota di M. GAMBACCIANI, *Causa violenta ed infortunio sul lavoro*. In dottrina v. G. ALIBRANDI, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Giuffrè, Milano, 2002; A. DE MATTEIS, S. GIUBBONI, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Giuffrè, Milano, 2005.

¹⁶ Sulla nozione di *mobbing* è ormai sterminato il contributo giurisprudenziale e dottrinale. In giurisprudenza, per tutte C. Cost., 19 dicembre 2003, n. 359 che lo definisce quale «un complesso fenomeno consistente in una serie di atti o comportamenti vessatori, protratti nel tempo, posti in essere nei confronti di un lavoratore da parte dei componenti del gruppo di lavoro in cui è inserito o dal suo capo, caratterizzati da un intento di persecuzione ed emarginazione finalizzato all'obiettivo primario di escludere la vittima dal gruppo». In dottrina, per tutti H. EGE, *Il fenomeno del mobbing: introduzione; attori; soluzioni*, in *Nuova rass. leg. dottr. giur.*, 2001, 7, 725 ss.; ID. *Dalle origini del mobbing alla valutazione del danno*, in *Lav. giur.*, 2003, 4, 316 ss. Per la definizione di *straining*, ancora H. EGE, *Oltre il Mobbing. Straining, Stalking e altre forme di conflittualità sul posto di lavoro*, Franco Angeli, Milano, 2005, che lo definisce «situazione di stress forzato sul posto di lavoro, in cui la vittima subisce almeno un'azione che ha come conseguenza un effetto negativo nell'ambiente di lavoro, azione che oltre ad essere stressante, è caratterizzata anche da una durata costante. La vittima è, rispetto alla persona che attua lo *straining*, in persistente inferiorità. Lo *straining* viene attuato appositamente contro una o più persone, ma sempre in maniera discri-

ning¹⁷; con esclusione delle condizioni di disagio psichico derivanti dall'ordinario governo dei fattori organizzativo-gestionali connessi al normale svolgimento del rapporto di lavoro (nuove assegnazioni, trasferimenti e licenziamenti), e delle situazioni indotte dalle comuni dinamiche relazioni, ossia quelle conflittualità interpersonali e difficoltà relazionali che fanno parte dei normali rapporti umani.

Almeno per alcuni¹⁸, l'intervento dell'INAIL risultò essere del tutto privo di fondamento: nessun diverso – e meno stringente – requisito causale sarebbe stato suggerito dalla giurisprudenza di legittimità, neppure con riferimento alle malattie che non trovano precisa collocazione nelle tabelle allegate al T.U.

minante». La definizione di *straining* è stata accolta anche dalla giurisprudenza, benché non siano molte le decisioni che riconoscono la suddetta fattispecie. La sentenza più nota, che rappresenta il primo caso di riconoscimento giurisprudenziale del fenomeno dello *straining*, è T. Bergamo, 21 aprile 2005. In quel caso il Giudice, avvalendosi della consulenza del dott. Ege, accertò che pur mancando alcuni dei requisiti tipici ed identificativi del *mobbing*, la condotta tenuta nei confronti della lavoratrice fosse, in ogni caso, fonte di un danno alla salute della stessa (danno biologico permanente da disturbo depressivo-ansioso) e che, quella condotta potesse essere ricondotta allo *straining*. Di qualche anno successive T. Sondrio, 7 giugno 2007; T. Brescia 15 aprile 2011, in *Dir. lav.*, 2011, 3, 637 con nota di D. BONSIGNORIO, *Straining e autotutela del lavoratore: qual è il confine della reazione legittima?*; T. Massa, 11 ottobre 2011. Anche la giurisprudenza penale si è occupata dello *straining*, in particolare Cass. pen., 3 luglio 2013, n. 28603, in *Arg. dir. lav.*, 2014, I, 182 ss., con nota di A. DI STASI, *Una eccellente sintesi di presente e futuro: la Suprema Corte riconosce la rilevanza giuridica dello "Straining"*, è stata la prima sentenza della Cassazione a dare pieno riconoscimento alla fattispecie in parola. Più di recente la Suprema Corte, questa volta in sede civile, è nuovamente intervenuta con Cass., 19 febbraio 2019, n. 3291, in *Lav. giur.*, 2016, 8-9, 808 ss. con nota di C. GAROFALO, *Il "mobbing" attenuato: lo "straining"*.

¹⁷ G. CORSALINI, *L'INAIL e la tutela previdenziale del danno da mobbing*, in *Danno resp.*, 2006, 11, 11543 ss., spec. nota 4, opportunamente sottolinea che lo *stress* e il disagio potrebbero derivare da condizioni esclusivamente personali del lavoratore, cioè dettate esclusivamente dal carattere o dall'indole di ciascuno.

¹⁸ Si veda in particolare G. LUDOVICO, *L'INAIL e il mobbing: per il Consiglio di Stato la parola spetta al legislatore*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, 2, 1035 ss.; ID., *Mobbing, stress e malattia professionale: l'assicurazione INAIL dinanzi ai "nuovi" rischi da lavoro*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2006, 2, 381 ss. In senso opposto, S. GIUBBONI, *Il mobbing, l'INAIL e il Consiglio di Stato*, in *Foro it.*, 2009, 3, 433 ss.; Id *L'INAIL e il mobbing*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2005, 561 ss.; G. CORSALINI, *L'INAIL e la tutela previdenziale del danno da mobbing*, cit.

Invero, l'orientamento più tradizionalista interpreta la *causa di lavoro* in senso restrittivo, attribuendo centralità al concetto di *rischio specifico*. La malattia contratta dal lavoratore sarebbe meritevole della specifica protezione accordata dal T.U. solo nel caso in cui sia riconducibile a quel rischio specifico, particolare, per cui sorge l'onere assicurativo.

Questa impostazione, figlia dell'originaria logica assicurativa-bismarkiana appare, però, ormai superata dal nostro ordinamento¹⁹. Ora, il presupposto della garanzia previdenziale non può più essere ricercato nella sussistenza del rischio, ma nella pretesa di garantire ai lavoratori i «mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria», ai sensi dell'art. 38 Cost.²⁰. Ed allora, sembra più in linea con il dettato

¹⁹ Per G. CORSALINI, *Estensione della tutela INAIL. Questioni controverse*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 4, 1388, il limite fondamentale del "sistema INAIL" risiede nel fatto che continua ad essere connotato dalla selettività della tutela, cioè ad essere ancora troppo condizionato dalla logica assicurativa privatistica fondata sul concetto di rischio professionale predeterminato. In particolare, tra le contraddizioni del sistema di tutela, c'è il costante richiamo alla teoria del rischio professionale ai fini dell'indennizzo, non solo per gli infortuni, ma anche per le malattie professionali. Anche S. GIUBBONI, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, in *Diritto on-line*, Trecani, 2014, sottolinea come, nell'evoluzione normativa in materia di tutela indennitaria, il T.U. 1124 del 1965, non si sia spinto oltre la razionalizzazione e la riorganizzazione della normativa esistente, non tenendo ben in conto che ormai da qualche lustro era stata emanata la Carta costituzionale.

²⁰ M. PERSIANI, *La tutela del rischio professionale nel quadro della previdenza sociale*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1986, I, 320 ss. e più di recente in M. PERSIANI, M. D'ONGHIA, *Fondamenti di diritto della previdenza sociale*, cit., spec. 135 si legge che «tutte le limitazioni all'estensione di quella tutela, disposte in funzione della pericolosità di certi lavori, e tutti gli aspetti della disciplina legislativa che ancora rispecchiamo l'originaria funzione di assicurazione della responsabilità civile dei datori di lavoro, costituiscono palesi incongruenze rispetto alla funzione che ormai è propria anche di questa forma di tutela previdenziale, della quale si auspica, pertanto, un profondo riordinamento. Con riguardo alle limitazioni di cui ora abbiamo detto, la Corte costituzionale (sent. nn. 221/1986 e 100/1991), in linea con un radicato orientamento della Corte di Cassazione (sent. n. 7234/1986), ha affermato l'esistenza di una presunzione iuris et de iure della pericolosità del lavoro, presunzione destinata ad operare anche in assenza di un rischio effettivo e concreto, onde le limitazioni che inerivano all'attività o alla pericolosità del lavoro sono ormai cadute. [...] La tutela previdenziale, per gli in-

costituzionale l'orientamento che tende ad applicare la tutela previdenziale ad ogni lesione dell'integrità psico-fisica causata, anche solo in senso lato, dallo svolgimento dell'attività lavorativa anziché riservarla alle sole lesioni che siano diretta conseguenza del rischio protetto. Del resto, la nozione di rischio professionale, pur mantenendo la propria funzione delimitatrice dell'ambito di operatività del sistema previdenziale, si è nel tempo evoluta ed ampliata²¹. La giurisprudenza ha, via via, riconosciuto alla seconda parte dell'art. 1, comma 1, del T.U., la capacità di ricomprendere non solo il rischio *diretto* derivante dalla singola lavorazione, ma anche il cosiddetto rischio ambientale²² e il rischio specifico improprio²³, con l'unica esclusione del rischio generico²⁴. Nello stesso senso opera il riconoscimento legislativo – oltre che

fortuni e le malattie professionali ha assunto, per questa via un'estensione assai maggiore di quella assegnata tradizionalmente». V. anche C. Cost., 12 luglio 1985, n. 221 in *Riv. inf. mal. prof.*, 1986, 2, 8 e C. Cost., 2 marzo 1991, n. 100, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1991, 2, 9 ss. che sottolinea l'avvenuto distacco dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro dal concetto statistico-assicurativo di rischio al quale era originariamente legata, avvenuto a seguito della sentenza C. Cost., n. 179/1988. L'oggetto della tutela dell'art. 38 – precisa la Consulta – non è il rischio di infortunio o di malattia professionale, bensì questi stessi eventi in quanto incidenti sulla capacità di lavoro dei soggetti coinvolti e collegati da un nesso causale ad un'attività tipicamente considerata dalla legge come meritevole di tutela.

²¹ Sul mutamento del concetto di rischio professionale v. G. Pistore, § 5.

²² Tra le più rilevanti Cass. S.U., 14 aprile 1994, n. 3476; Cass., 10 febbraio 2011, n. 3227, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, 2, 205 con nota di M. CUNATI, *Fumo passivo e rendita INAIL: il punto della Cassazione*. In quel caso a nulla valevano i tentativi dell'Istituto previdenziale di escludere l'indennizzabilità dalla patologia sul rilievo che il fumo non derivasse da attività lavorative, bensì dalla condotta (attiva) dei lavoratori e (passiva) del datore di lavoro. Tra le più risalenti, a dare il via al riconoscimento del "rischio ambientale" in materia di sordità da rumori, v. Cass., 26 ottobre 1962, n. 3288, in *Riv. it. prev. soc.*, 779, con nota di R. BLASI, *Sordità da rumori: dalla lavorazione tabellata al rischio di ambiente*; Cass., 4 luglio 1979, n. 3792, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1979, 2, 172; Cass. 19 agosto 1982, n. 4668, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1983, 2, 36; Cass. 21 novembre 1984, n. 5972, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1985, 2, 46.

²³ Sulla definizione di rischio specifico improprio Cass., 3 marzo 1979, n. 1349 e Cass., 17 giugno 1982, n. 3708. Più recentemente Cass., 17 agosto 2018, n. 20774, in *Dir. rel. ind.*, 2019, 1, 2, 309, con nota di L. DE ANGELIS, *Malattia derivante da vessazioni sul lavoro ed indennizzabilità da parte dell'INAIL*.

²⁴ Cass., 25 agosto 2005, n. 17334. Per approfondimenti, G. SACCONI, *La prova del nesso di causalità nelle malattie multifattoriali: l'importanza del criterio epidemiolo-*

giurisprudenziale – della tutela dell'infortunio *in itinere*, ove l'evento protetto è del tutto slegato ed indipendente rispetto al rischio assicurato²⁵.

Oltretutto, non può negarsi che almeno da un punto di vista terminologico, a seguito dell'intervento della Consulta, si è assistito ad un "ritocco" della nozione di malattia professionale. Se nell'art. 3, comma 1 ci si riferisce alle patologie contratte nell'esercizio e a causa delle lavorazioni specificate, nell'estendere la tutela alle patologie non tabellate il riferimento è alla più ampia nozione di malattie «causate del lavoro ovvero ad esso correlate»²⁶.

Tuttavia, prima il Tar Lazio, con la sentenza del 4 luglio 2005, n. 5454²⁷ e poi, in conferma, il Consiglio di Stato con la sentenza 17 marzo 2009, n. 1576²⁸, hanno bocciato l'iniziativa dell'INAIL ed annullato la circolare in parola. In specie, il Consiglio di Stato ha ritenuto che la sostanziale modifica delle patologie ascrivibili alle malattie professionali, nel senso dell'estensione del rischio assicurato, prodotta dal rife-

gico, in *Riv. giur. lav.*, 2005, 1, 206 ss.

²⁵ G. CORSALINI, *Il mobbing: tutela giuridica e protezione previdenziale*, in *Dir. giust.*, 2004, 33, 89 ss., spec. 92. Con riferimento alla fattispecie dell'infortunio *in itinere* v. ID., *Gli infortuni in itinere. Estensione della tutela e risarcimento del danno*, Ipsosa, Milano, 2009; ID., *Le malattie professionali in itinere*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 2, 529 ss.

²⁶ L'art. 10, comma 5 del d.lgs. 23 febbraio 2000, n. 38 prevede l'istituzione, presso la banca dati INAIL, del registro nazionale delle malattie causate dal lavoro ovvero ad esso correlate.

²⁷ L'economicità del presente contributo non consente di entrare nel merito della decisione del TAR Lazio, né di proporre osservazioni alla stessa. Per approfondimenti v. soprattutto S. GIUBBONI, *L'INAIL e il «mobbing»* in *Riv. dir. sic. soc.*, 2005, 561 ss.; G. LUDOVICO, *L'INAIL e il mobbing: per il Consiglio di Stato la parola spetta al legislatore*, cit.

²⁸ C. Stato, 17 marzo 2009, n. 1576, in *Foro it.*, 2009, 3, 433 ss. con nota di S. GIUBBONI, *L'INAIL, il «mobbing» e il Consiglio di Stato*, cit.; in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, 2, 1025 ss. con nota di G. LUDOVICO, *L'INAIL e il mobbing: per il Consiglio di Stato la parola spetta al legislatore*, cit. La stessa sentenza ha annullato il d.m. 27 aprile 2004 – già sostituito dal d.m. 14 gennaio 2008 – relativo all'individuazione delle malattie per le quali è obbligatoria la denuncia ai sensi e per gli effetti dell'art. 139 d.P.R. 30 giugno 1965 n. 1124, nella parte in cui, approvando la lista II, contenente le "malattie la cui origine lavorativa è di limitata probabilità", vi ha inserito il gruppo 7 concernente "malattie psicosomatiche da disfunzioni dell'organizzazione del lavoro".

rimento del requisito eziologico all'organizzazione aziendale delle attività lavorative, necessiti dell'intervento del legislatore che provveda a riformulare – in senso ampliativo – l'art. 1 del T.U. Ad avviso del giudice amministrativo la circolare avrebbe illegittimamente esteso la tutela nei confronti di patologie oggettivamente incompatibili con la causalità pretesa dall'art. 3 del T.U. poiché, anche a seguito dell'intervento della Corte Costituzionale il criterio del rischio deve intendersi pur sempre connesso «ad un segmento del ciclo produttivo e non anche ad una fase dell'iniziativa imprenditoriale che costituisce il presupposto immanente e generale dell'intera attività produttiva, qual è l'organizzazione del lavoro».

Ciononostante, come vedremo, non può ritenersi che l'impostazione adottata dall'INAIL fosse inadeguata: la giurisprudenza di legittimità sembra andare in direzione diversa rispetto a quella assunta dalla giurisprudenza amministrativa. Basti pensare al ben noto percorso che la giurisprudenza ha intrapreso in materia di indennizzabilità di patologie derivanti dall'esposizione a fumo passivo, o alle più recenti decisioni in materia di patologie determinate dell'utilizzo di dispositivi cellulari²⁹.

3. L'evoluzione giurisprudenziale alla luce dei nuovi fattori di rischio

Come è stato sin qui ampiamente descritto³⁰, l'impianto assicurativo predisposto dal legislatore contro le malattie professionali identifica il suo centro nevralgico nel nesso di causalità esistente tra la patologia sofferta dal lavoratore e l'attività lavorativa resa da quest'ultimo. Infatti, è proprio nel rapporto tra l'evento dannoso e la prestazione (*morbigena*) resa dal soggetto che si identifica la linea di demarcazione tra la malattia c.d. comune e quella professionale.

La malattia professionale rappresenta il *fil rouge* che guiderà l'analisi delle pronunce reperibili nei repertori della giurisprudenza, utili a fornire esempi interpretativi per ricostruire il nesso di causalità esistente tra alcune delle patologie non tabellate che trovano la propria

²⁹ Per gli sviluppi giurisprudenziali sul tema v. M. C. Degoli, § 3.

³⁰ Si vedano le considerazioni sviluppate *supra* A. Ingrao, § 1; C. Paolini, § 2.

genesi nella prestazione lavorativa. Senza pretesa di esaustività, l'approfondimento giurisprudenziale di seguito proposto, si concentrerà sull'accertamento del nesso causale tra una tecnopatia non tabellata e l'esposizione del lavoratore (i) al fumo passivo³¹ e (ii) a campi elettromagnetici prodotti da telefoni cellulari³². Infine, l'esame delle pronunce giurisprudenziali si soffermerà sulla recente sentenza del 17 agosto 2018, n. 20774, con la quale la Corte di Cassazione dando «continuità al proprio orientamento»³³ riconosce l'esistenza del nesso di causalità tra la l'occasione di lavoro e le (iii) «lesioni provocate dalle vessazioni subite sul luogo di lavoro, altrimenti note con il termine di *mobbing*, e (le) malattie psichiche derivanti da stress, inteso come generico disadattamento al lavoro o come reazione patologica alla fatica e alla insoddisfazione che possono scaturire dalla dimensione lavorativa»³⁴.

Con riferimento al primo tema oggetto dell'analisi giurisprudenziale – asserita malattia di origine professionale derivante da esposizione al fumo passivo subito dal lavoratore – la Corte di legittimità, con la pronuncia del 10 febbraio 2011, n. 3227, ha confermato il proprio precedente orientamento ribadendo che «nel caso di malattia professionale non tabellata, come del resto per la malattia ad eziologia multifattoriale, la prova della causa di lavoro, gravante sul lavoratore, deve essere valutata in termini di ragionevole certezza, nel senso che, esclusa la rilevanza della mera possibilità dell'origine professionale, questa può essere invece ravvisata in presenza di un rilevante grado di probabilità. A tale riguardo, il giudice deve non solo consentire all'assicurato

³¹ Cass., 10 febbraio 2011, n. 3227; T. Messina, 2 febbraio 2011, n. 283, in *Giur. merito*, 2012, 4, 839, nota di R. RIVERSO, *Fumo passivo, malattia professionale e responsabilità datoriale. Questioni processuali e sostanziali*.

³² Corte App. Torino, 13 gennaio 2020, n. 904; T. Ivrea, 30 marzo 2017, n. 96; T. Firenze, 24 giugno 2017, n. 391; T. Milano, 31 luglio 2018, n. 958; T. Cremona, 10 aprile 2015, n. 39; T. amministrativo di Cergy-Pontois (FR), 17 gennaio 2019, n. 1608265; Cass., 11 luglio 2019, n. 18701; T. Verona 7 giugno 2017, n. 293; T. Monza, 13 marzo 2019, n. 56; Cass., 12 ottobre 2012, n. 17438, in *Resp. civ. prev.*, 2013, 4, 1169 ss., con nota di B. BANORRI, *Danni da uso del cellulare e (ir)responsabilità del produttore?*

³³ L. DE ANGELIS, *Malattia derivante da vessazioni sul lavoro ed indennizzabilità da parte dell'INAIL*, cit.

³⁴ G. LUDOVICO, *Mobbing, stress e malattia professionale: l'assicurazione INAIL dinanzi ai «nuovi» rischi da lavoro*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2006, 2, 380.

di esperire i mezzi di prova ammissibili e ritualmente dedotti, ma deve altresì valutare le conclusioni probabilistiche del consulente tecnico in tema di nesso causale, facendo ricorso ad ogni utile iniziativa *ex officio*, diretta ad acquisire ulteriori elementi (...) in relazione all'entità ed all'esposizione del lavoratore ai fattori di rischio, ed anche considerando che la natura professionale della malattia può essere desunta, con elevato grado di probabilità, dalla tipologia delle lavorazioni svolte, dalla natura dei macchinari presenti nell'ambiente di lavoro, dalla durata della prestazione lavorativa e dall'assenza di altri fattori extra lavorativi, alternativi o concorrenti, che possano costituire causa della malattia»³⁵. La pronuncia – che ha confermato quanto era già stato deciso della Corte d'Appello di Catania con sentenza n. 556 del 2009 – riguardava un dipendente del comune di Linguaglossa che, per oltre trent'anni aveva prestato servizio, per circa cinque ore al giorno, in un locale non areato e aperto al pubblico, insieme ad altro collega fumatore. La Corte di legittimità, confermando la decisione della Corte territoriale, ha rigettato il ricorso dell'INAIL presentato avverso la condanna «al pagamento della rendita riproporzionata in considerazione di una precedente rendita per infortunio al 23%, nella misura complessiva del 47% a decorrere dal mese del settembre 1999».

In altre parole, la decisione dei Giudici d'Appello di estendere la protezione assicurativa – riconoscendo al lavoratore la prestazione previdenziale – è stata assunta sul presupposto che la tutela obbligatoria del dipendente contro le malattie professionali nell'industria, sorge anche nei confronti di quelle malattie che non sono causate dalla pericolosità in sé e per sé della prestazione, il c.d. rischio specifico della lavorazione, ma da un rischio connesso all'esecuzione del lavoro, il c.d. rischio specifico improprio ed al rischio ambientale³⁶. Nel caso di spe-

³⁵ Cfr. *ex multis*, Cass., 11 giugno 2004, n. 11128; Cass., 4 giugno 2003, n. 8884; Cass., 13 aprile 2002, n. 5352.

³⁶ R. RIVERSO, *Fumo passivo, malattia professionale e responsabilità datoriale. Questioni processuali e sostanziali*, cit. L'A. sottolinea l'importanza della pronuncia della Corte di Cassazione (n. 3227/2011) poiché si pone in contrasto con la diversa linea interpretativa seguita dal Consiglio di Stato assunta nella sentenza n. 1576/2009, secondo cui «anche dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 179 del 1988 sono tutelabili soltanto le patologie (ancorché tabellate) causate dal rischio specifico di una delle lavorazioni indicate nell'art. 1 d.P.R. n. 1124 del 1965», 854. Con riferimento al

cie, l'opzione ermeneutica adottata dalla Corte territoriale, seppur in contrasto con la giurisprudenza amministrativa del Consiglio di Stato, sez. IV n. 1576 del 2009, ha permesso di attribuire alla broncopatia la natura di malattia professionale, sulla base della stretta correlazione tra l'esposizione al fumo passivo e i sintomi respiratori cronici propri della patologia riscontrata.

La seconda tematica oggetto dell'analisi giurisprudenziale si riferisce alla possibile insorgenza di una tecnopatia non tabellata e ad eziologia multifattoriale, dovuta all'esposizione (*prolungata*) a campi elettromagnetici prodotti da telefoni cellulari. La recentissima pronuncia della Corte di Appello di Torino del 13 gennaio 2020, n. 904, ponendosi in linea di continuità con i precedenti conformi, ha riconosciuto l'esistenza del nesso causale tra l'esposizione a campi elettromagnetici prodotti da telefoni cellulari e l'insorgenza di un neurinoma del nervo acustico, qualificandolo nei termini giuridici di cui sopra, ribadendo la condanna «dell'INAIL a corrispondere al lavoratore la relativa rendita previdenziale per malattia professionale». Tuttavia, come è stato osservato dalla dottrina, anche la sentenza della Corte territoriale non si è posta nella posizione, «che compete alle sole scienze naturali e mediche, di sancire una connessione certa e assoluta (c.d. certezza deterministica) tra uso del telefono cellulare e insorgenza di un tumore»³⁷, ma si è limitata a valutare in termini di ragionevole certezza, ossia in pre-

«rischio specifico improprio», *ex multis*, Cass., 7 luglio 2016, n. 13882, in *Guida dir.*, 2016, 43, 64; Cass., 13 aprile 2016, n. 7313, in *Dir. rel. ind.*, 2017, 1, II, 203, con nota di M. SACCAGGI; Cass., 30 dicembre 2009, n. 27829; Cass., 5 maggio 2006, n. 10317, in *Foro it.*, 2006, 9, I, 2323; Cass., 4 agosto 2005, n. 16417, in *Riv. giur. lav.*, 2006, 3, II, 540, nota di M. SACCONI; Cass., 21 aprile 2004, n. 7633; Cass., 15 gennaio 1990; Cass., 17 dicembre 1998, n. 12652; Cass., 4 agosto 2000, n. 10298; Cass., 8 marzo 2001, n. 3363, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2001, 804; Cass., 13 luglio 2001, n. 9556, in *Dir. prat. lav.*, 2002, 364; Cass., 11 febbraio 2002, n. 1944; Cass., 13 maggio 2002, n. 6894; Cass., 22 aprile 2002, n. 5841; Cass., 13 aprile 2002, n. 5354.

³⁷ M. TIRABOSCHI, *Esposizione a campi elettromagnetici prodotti da telefoni cellulari, malattia professionale a eziologia multifattoriale, tutele del lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 2020, 2, II, 5. L'A., conduce un'interessante analisi delle problematiche giuridiche relative alla scelta del consulente tecnico d'ufficio in un contesto medico-specialistico nel quale si alternano tra loro variegata e controverse opinioni e ricerche scientifiche sul tema.

senza di un rilevante grado di probabilità, la prova della causa di lavoro, il cui onere grava sul lavoratore.

Se in passato, «una storica campagna pubblicitaria, di un altrettanto storico gestore telefonico, divertiva e faceva sorridere con lo slogan «Una telefonata ti allunga la vita»³⁸, oggi, la situazione si presenta sotto una luce diversa. La giurisprudenza ha riconosciuto il nesso causale tra l'utilizzo del telefono cellulare per periodi di tempo molto prolungati ed il sorgere di una malattia professionale. Il repertorio giurisprudenziale, come è stato sottolineato dalla dottrina, presenta decisioni aventi ad oggetto «figure professionali particolari (dirigente, coordinatore di gruppi di lavoro, addetto alle vendite in una società di import-export), in dinamiche lavorative del tutto peculiari, se non eccezionali, perché caratterizzate da un utilizzo del telefono cellulare pacificamente ritenuto «abnorme» e per un lungo arco temporale, in una epoca in cui la telefonia mobile era ancora in fase embrionale e la potenza adattativa delle antenne (...) risultava elevata, e ancora non esistevano accorgimenti e strumenti (come cuffiette o auricolari) che consentissero di evitare il contatto diretto del telefono cellulare con l'orecchio e il viso»³⁹.

Secondo l'insegnamento della giurisprudenza di legittimità, trattandosi di malattie professionali non tabellate, la ricostruzione sistematica della prova della causa di lavoro gravante sul dipendente deve essere valutata in termini di ragionevole certezza. In altre parole, in linea con i precedenti orientamenti, la natura professionale della malattia può essere accertata anche sulla base delle conclusioni «probabilistiche»⁴⁰ del consulente tecnico in tema di nesso causale. Inoltre, con riferimento all'attendibilità agli studi scientifici realizzati per fornire supporto tecnico al giudizio, la Suprema Corte si è espressa sottolineando la maggiore attendibilità di ricerche realizzate da autori che si trovano in una posizione di indipendenza, rispetto a quelle realizzate

³⁸ B. BANORRI, *Danni da uso del cellulare e (ir)responsabilità del produttore?*, cit.

³⁹ M. TIRABOSCHI, *Esposizione a campi elettromagnetici prodotti da telefoni cellulari, malattia professionale a eziologia multifattoriale, tutele del lavoro*, cit., 6.

⁴⁰ Cfr. Cass., 10 febbraio 2011, n. 3227; Cass., 11 giugno 2004, n. 11128; Cass., 4 giugno 2003, n. 8884; Cass., 13 aprile 2002, n. 5352.

da coloro che hanno ricevuto direttamente, o indirettamente, finanziamenti da soggetti interessati dagli esiti della ricerca⁴¹.

Infine, il terzo tema di indagine ha ad oggetto il sorgere di una malattia professionale dovuta da vessazioni sul lavoro. Con la sentenza del 17 agosto 2018, n. 20774, la Corte di Cassazione ha ritenuto che nell'ambito del d.P.R. n. 1124 del 1965 «sono indennizzabili tutte le malattie di natura fisica o psichica la cui origine sia riconducibile al rischio del lavoro sia che riguardi la lavorazione, sia che riguardi l'organizzazione del lavoro e le modalità della sua esplicazione; dovendosi ritenere incongrua una qualsiasi distinzione in tal senso, posto che il lavoro coinvolge la persona in tutte le sue dimensioni, sottoponendola a rischi rilevanti sia per la sfera fisica che psichica (...). Pertanto, ed in conclusione, ogni forma di tecnopatia che possa ritenersi conseguenza di attività lavorativa risulta assicurata all'INAIL, anche se non è compresa tra le malattie tabellate o tra i rischi tabellati, dovendo in tale caso il lavoratore dimostrare soltanto in nesso di causa tra la lavorazione patogena e la malattia»⁴². Nel suo ragionamento, il giudice di legittimità ha ripercorso, uno ad uno, i precedenti orientamenti che hanno segnato «l'evoluzione interpretativa»⁴³ in tema di fumo passivo, infortunio *in itinere*, rischio ambientale, nonché il potenziamento del raggio di azione dell'assicurazione contro le malattie professionali prodotto dalla nota sentenza della Corte Costituzionale n. 179 del 1988.

Secondo quanto riferito dalla Suprema Corte, il fondamento della tutela assicurativa sancito dall'articolo 38 della Costituzione «deve essere ricercato, non tanto nella nozione di rischio assicurato o di traslazione del rischio, ma nella protezione del bisogno a favore del lavoratore, considerato in quanto persona». Infatti, seguendo l'interpretazione fornita dal giudice di legittimità, la tutela costituzionale garantita dalla norma «non ha per oggetto l'eventualità che l'infortunio si

⁴¹ Cass., 12 ottobre 2012, n. 17438. Inoltre, la Corte d'Appello di Torino nella sua recente pronuncia ha affermato la possibilità, per il giudice, di «escludere che possano assumere rilevanza ai fini del giudizio» tali studi scientifici perché posti in essere da autori che versano in posizione di conflitto di interessi.

⁴² La decisione della Suprema Corte si pone in linea di continuità con la precedente pronuncia n. 5066/2018, in *Dir. giust.*, 2018, 6 marzo.

⁴³ L. DE ANGELIS, *Malattia derivante da vessazioni sul lavoro ed indennizzabilità da parte dell'INAIL*, cit., 309

verificati, ma l'infortunio in sé»⁴⁴. L'evento generatore del bisogno tutelato è proprio quest'ultimo e non l'aleatorietà ad esso connesso in quanto incidente «sulla capacità di lavoro e collegat(o) da un nesso causale con attività tipicamente valutata dalla legge come meritevole di tutela»⁴⁵. L'opzione ermeneutica della Corte estende, quindi, la copertura assicurativa al di là dei rischi precisamente individuati nelle tabelle richiamate dal Testo unico delle disposizioni per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali.

In conclusione, seppure condividendo l'estensione assicurativa venutasi a creare grazie all'incessante opera della giurisprudenza, quest'ultima non può sottrarsi, come già affermato da stimata dottrina⁴⁶, ai principi fondamentali della tutela assicurativa e alle regole sottese alla sua impostazione sistematica. È indispensabile, quindi, che sia data prova del nesso eziologico esistente tra la patologia e la tecnopatia, non essendo possibile identificare quest'ultima esclusivamente in base a precedenti riferibili a situazione simili.

4. Articolo 38 della Costituzione: la protezione dal bisogno

Sulla scorta della ricostruzione giurisprudenziale operata *supra*, § 3, l'applicabilità della disciplina dettata dal T.U. in materia di infortuni sul lavoro e malattie professionali sembra estendersi a profili originariamente non contemplati, sganciandosi, dunque, dalla tassatività del dato normativo. Tale orientamento giurisprudenziale, inaugurato dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 179 del 1988⁴⁷, rinviene il fon-

⁴⁴ Cass., 17 agosto 2018, n. 20774.

⁴⁵ C. Cost., 2 marzo 1991, n. 100, in *Giur. cost.*, 1991, 1103.

⁴⁶ G. LUDOVICO, *Mobbing, stress e malattia professionale: l'assicurazione INAIL dinanzi ai «nuovi» rischi da lavoro*, cit.

⁴⁷ C. Cost., n. 179/1988 cit. La Corte ha deciso per l'illegittimità costituzionale dell'art. 3 del T.U. del 1965 in relazione all'art. 38 Cost. nella parte in cui non è previsto che «l'assicurazione contro le malattie professionali nell'industria è obbligatoria anche per malattie diverse da quelle comprese nelle tabelle allegate concernenti le dette malattie e da quelle causate da una lavorazione specificata o da un agente patogeno indicato nelle tabelle stesse, purché si tratti di malattie delle quali sia comunque provata la causa di lavoro». Per approfondimenti si rinvia al § 2.

damento della tutela del sistema delineato dal Testo Unico delle disposizioni per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali nella liberazione del lavoratore dal bisogno generato dagli eventi di cui all'articolo 38 comma 2 della Costituzione, così affrancandolo da una logica assicurativa di tipo privatistico, di cui retaggio era ancora la centralità del principio del rischio professionale.

Difatti, nonostante la Costituzione fosse entrata in vigore già da più di un decennio, il Testo Unico del 1965 aveva mutuato la medesima filosofia che aveva animato il legislatore di fine Ottocento nella stesura della legge n. 80 del 1898⁴⁸, ossia una «solidarietà limitata alle parti del rapporto individuale di lavoro»⁴⁹. La legge da ultimo citata, infatti, aveva fatto proprio il principio del rischio professionale in virtù del quale il datore di lavoro è chiamato a sopportare i rischi che inevitabilmente incombono sui lavoratori – come, per l'appunto, quello dell'infortunio sul lavoro, il quale costituisce un «inevitabile accessorio dell'industria»⁵⁰ – poiché è lui a trarre vantaggio dalle attività che questi ultimi svolgono⁵¹. Era in forza di questa logica di trasferimento del rischio che trovava giustificazione una limitazione dell'ambito soggettivo di applicazione dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni ai soli lavoratori subordinati addetti allo svolgimento di attività industriali ritenute particolarmente pericolose⁵². Tuttavia, quale corollario della medesima logica, allo stato di bisogno in cui si veniva a trovare ogni altro lavoratore non adibito allo svolgimento di quelle lavorazioni ritenute pericolose dalla legge in conseguenza di un infortunio non veniva dato alcun rilievo. Nel periodo corporativo, il delineato impianto posto a fondamento della tutela contro gli infortuni non venne scalfito,

⁴⁸ Legge 17 marzo 1898, n. 80.

⁴⁹ M. PERSIANI, *A cinquanta anni dal Testo Unico degli infortuni sul lavoro: profili costituzionali*, in *Arg. dir. lav.*, 2016, 2, 221.

⁵⁰ G. MIRALDI, *Assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali*, in *Enc. Dir.*, 1958, III.

⁵¹ V. in questo senso M. PERSIANI, *A cinquanta anni dal Testo Unico degli infortuni sul lavoro: profili costituzionali*, cit., nella parte in cui riprende il pensiero espresso dal Barassi secondo cui “chi ricava il profitto da una cosa, da uno strumento del lavoro, deve sopportarne i rischi inerenti”.

⁵² M. PERSIANI, *A cinquanta anni dal Testo Unico degli infortuni sul lavoro: profili costituzionali*, cit.

al contrario, divenne, *mutatis mutandis*, il perno anche delle tutele riconosciute ai lavoratori del settore industriale che avessero contratto una malattia «nell'esercizio e a causa delle lavorazioni specificate [in apposita] tabella [...] ed in quanto tali lavorazioni [rientrassero] fra quelle previste nell'art. 1»⁵³.

Dunque, l'istantanea del sistema di tutela contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali restituiva un quadro caratterizzato dalla presenza di un complesso di norme non generalmente applicabili a tutti i lavoratori vittime di infortunio sul lavoro o che avessero contratto una malattia professionale poiché governato dal principio del rischio professionale. Principio che il legislatore sembra non aver messo in discussione neanche negli interventi successivi all'entrata in vigore della Costituzione finalizzati a modificare e integrare la normativa previdenziale⁵⁴, ivi compreso, come già anticipato, il T.U.

In verità, la Costituzione basa il sistema della previdenza sociale su altri e diversi principi, ben lontani da quelli ispiratori delle assicurazioni sociali di stampo corporativo. Difatti, l'art. 38⁵⁵ della Costituzio-

⁵³ Art. 3 R.d. 17 agosto 1935, n. 1765, il quale recita «l'assicurazione è altresì obbligatoria per le malattie professionali indicate nella tabella annessa al presente decreto, le quali siano contratte nell'esercizio e a causa delle lavorazioni specificate nella tabella stessa ed in quanto tali lavorazioni rientrino fra quelle previste nell'art. 1. La tabella predetta può essere modificata o completata con Regio decreto promosso dal Ministro per le corporazioni di concerto col Ministro per l'interno, sentiti i competenti organi corporativi. Per le malattie professionali, in quanto nel presente decreto non siano stabilite disposizioni speciali, si applicano quelle concernenti gli infortuni».

⁵⁴ L'art. 30 della Legge 19 gennaio 1963, n. 15 sancisce espressamente che «*Nei limiti dei principi che presiedono alla legislazione previdenziale vigente*, il Governo della Repubblica, su proposta del Ministro per il lavoro e la previdenza sociale, è delegato ad emanare, entro un anno dalla entrata in vigore della presente legge, norme con le quali, anche per quanto attiene ai sistemi di finanziamento e di erogazione ed all'attività amministrativa finanziaria degli enti e degli istituti preposti alla assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, si stabiliscano modifiche, correzioni, ampliamenti, ed, ove occorra, soppressioni delle norme vigenti, riordinandole e riunendole in un solo provvedimento legislativo. [...]» (Corsivo di scrive).

⁵⁵ L'art. 38 Cost. costituisce, unitamente agli artt. 4, 32, 36, 37 della Cost., il nocciolo duro dello Stato sociale. V. in questo senso L. VIOLINI, *Art. 38*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006.

ne, garantendo rispettivamente il diritto all'assistenza e alla previdenza, è espressione di quell'idea di sicurezza sociale, recepita dal legislatore costituente al momento della definizione dei diritti fondamentali (artt. 2 e 3 comma 2 della Costituzione), affermatasi nei Paesi occidentali dopo la Seconda Guerra Mondiale, che fissava nella liberazione dal bisogno l'impegno che ogni Stato avrebbe dovuto assumere e per il raggiungimento del quale sarebbe stato indispensabile che, all'uguaglianza formale di tutti i cittadini dinanzi alla legge, l'intera comunità organizzata nello Stato avrebbe dovuto garantire anche un'uguaglianza sostanziale e, quindi, le condizioni economiche e sociali che potessero consentire loro l'effettivo godimento dei diritti civili e politici⁵⁶. Dunque, l'art. 38 della Cost., letto unitamente agli articoli 2 e 3 comma 2 Cost., diviene, ad un tempo, espressione dell'idea di sicurezza sociale e incarnazione del principio secondo il quale la tutela previdenziale è manifestazione della solidarietà dell'intera collettività organizzata nello Stato nei confronti della persona che viene a trovarsi in una situazione di bisogno. In particolare, al comma 2, l'art. 38 Cost. indica una serie di eventi – la cui elencazione si ritiene non tassativa e include gli infortuni e le malattie – al verificarsi dei quali i lavoratori hanno diritto a che gli siano «preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita» in ragione della situazione di bisogno in cui verrebbero a trovarsi, con l'evidente conseguenza che anche la tutela previdenziale degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali debba esprimere una solidarietà non più limitata alle parti del rapporto individuale di lavoro bensì una solidarietà che si realizza tra chi lavora e chi, non avendo potuto o non potendo più lavorare, si viene a trovare in uno stato di bisogno; una solidarietà che lo Stato, sia pur mediante gli enti previdenziali, è chiamato ad attuare⁵⁷. A ciò è da aggiungere che una lettura combinata dell'articolo *de quo* con l'art. 35 Cost. consente di estendere la tutela previdenziale a tutte le categorie di lavoratori, superando, quindi, l'originario e limitato riferimento ai soli lavoratori subordinati.

Che il legislatore costituente abbia voluto prendere le distanze da un'impostazione della tutela previdenziale di stampo assicurativo, re-

⁵⁶ M. PERSIANI, voce *Diritto della sicurezza sociale*, in *Enc. dir.*, 2011, 447 ss.

⁵⁷ M. PERSIANI, M. D'ONGHIA, *Fondamenti di diritto della previdenza sociale*, cit.

taggio del periodo corporativo, troverebbe conferma nelle scelte operate dall'Assemblea Costituente in sede di discussione del Progetto di Costituzione approvato dalla Commissione. In particolare, il testo dell'articolo 34 comma 2 (oggi art. 38 Cost.) del citato Progetto costituì oggetto di discussione e modifica da parte dell'Assemblea Costituente, nel senso che quest'ultima, accogliendo la proposta dell'Onorevole Laconi, decise di eliminare la locuzione «in ragione del lavoro che prestano» al fine di lasciare libero il legislatore futuro di intervenire sul sistema di previdenza sociale ricorrendo ai «criteri che gli [sarebbero apparsi] più adatti alla situazione e più efficaci» senza dover, quindi, necessariamente seguire quelli di assistenza mutualistica che informavano la materia previdenziale fino a quel momento⁵⁸.

Sulla scorta di tale ricostruzione appare evidente che il fondamento della vigente disciplina antinfortunistica non possa più essere rinvenuto nel principio del rischio professionale, come tradizionalmente inteso, poiché non in linea con i principi solidaristici che permeano la Costituzione «nei quali ormai si radica, in via esclusiva, il riconoscimento del diritto (sociale) fondamentale del lavoratore alla tutela previdenziale (anche) per gli infortuni e le malattie (d'origine professionale)»⁵⁹.

Ciononostante, il rischio professionale non perderebbe qualunque rilevanza, piuttosto assumerebbe la diversa accezione di possibilità che un evento si verifichi in occasione o a causa del lavoro prestato e, in quanto tale, idoneo a generare una situazione di bisogno per il lavoratore⁶⁰. Come è stato affermato in dottrina⁶¹, tale «nozione» di rischio

⁵⁸ V. L. VIOLINI, *Art. 38*, cit.; Lavori preparatori, intervento di Laconi, seduta del 10 maggio 1947, in AC, II, 1579. Nel senso di non escludere qualunque rilevanza ai lavori preparatori, si è espresso M. PERSIANI, *A cinquanta anni dal Testo Unico degli infortuni sul lavoro: profili costituzionali*, cit., 376-377, il quale, pur ritenendo essere «fuorviante» il ricorso ai lavori preparatori per individuare l'*intentio legis* delle disposizioni di legge ordinarie e, come nel qual caso, costituzionali, afferma che non si possa escludere che gli stessi possano assumere una qualche rilevanza nell'interpretazione di interpretazioni di disposizioni come quelle costituzionali.

⁵⁹ S. GIUBBONI, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, in *Dig. IV, disc. pubbl.*, 2000.

⁶⁰ In tal senso la dottrina parla di «nozione» di rischio professionale per distinguerla dal «principio» del rischio professionale originariamente posto a fondamento del sistema previdenziale.

⁶¹ Cfr. S. GIUBBONI, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, ult. cit.

professionale sarebbe «consustanziale alla tutela previdenziale (differenziata) per gli infortuni del prestatore, siccome oggetto di specifica previsione da parte dell'art. 38, comma 2, Cost.» e finirebbe, allo stesso tempo, per definire l'ambito di realizzazione della tutela per gli infortuni e le malattie professionali e a giustificare una tutela differenziata per tali eventi di origine professionale. Quanto detto, in altre parole, circoscriverebbe l'ambito soggettivo di applicazione della tutela del T.U. del 1965 a tutti i lavoratori, essendo il rischio professionale inteso come rischio da lavoro⁶², e, al contempo, realizzerebbe quel valore, espresso in Costituzione, di una solidarietà estesa a tutta la collettività e non meramente limitata alle parti del rapporto individuale di lavoro.

In conclusione, il definitivo sorpasso del principio del rischio professionale ha messo in luce l'irragionevolezza dei limiti intrinseci dell'operatività della tutela assicurativa contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali rigidamente ancorata alla pericolosità delle attività lavorative che caratterizza il d.P.R. n. 1124 del 1965. Il successivo approdo al principio della liberazione dal bisogno quale fondamento della tutela previdenziale imporrebbe un'estensione dello spettro degli eventi considerati meritevoli di tutela, tale da ricomprendere malattie professionali delle quali è possibile provare l'eziologia professionale, indipendentemente dalla loro ricomprensione nell'elenco di cui all'allegato 4 del d.P.R. n. 1124 del 1965 e infortuni sul lavoro verificatisi in occasione di lavoro indipendentemente dalla pericolosità dell'attività lavorativa. Se in questo senso è importante l'apporto fornito dai giudici costituzionali e di legittimità e sono apprezzabili gli interventi normativi dalla *vis expansiva* registratisi nel corso degli anni, un intervento di riforma da parte del legislatore ordinario in materia sarebbe auspicabile⁶³.

⁶² M. PERSIANI, *A cinquanta anni dal Testo Unico degli infortuni sul lavoro: profili costituzionali*, cit.

⁶³ Circa le possibili linee di evoluzione del sistema si veda § 5.

5. Quali prospettive di riforma? Ampliamento del sistema di protezione e raffronto tra tutela INAIL e tutela INPS

Le aporie riscontrate inducono ad interrogarsi sulle possibili linee di evoluzione del sistema.

Prima tra tutte, la necessità di rivedere in senso estensivo l'attuale configurazione del Testo Unico. È stato rilevato come ormai risulti anacronistica una selettività della tutela basata sulla rilevanza del rischio professionale ovvero sulla "pericolosità" delle attività svolte, data l'impossibilità di ravvisare un'attività completamente esente dalla possibilità di infortunio⁶⁴. Ciò quindi imporrebbe una revisione del Testo Unico in senso universalistico, dato che «il presupposto della garanzia previdenziale non sembra si possa più ricercare nella sussistenza del rischio, ma più esattamente nella necessità di garantire al lavoratore mezzi adeguati alle sue esigenze di vita in caso di infortunio o di malattia professionale, in armonia con il disposto di cui all'art. 38 Cost.⁶⁵»

D'altro canto, è innegabile come lo stesso criterio di pericolosità della lavorazione, nella sua attuale applicazione restrittiva, sveli non poche contraddizioni, lasciando privi di protezione anche lavoratori che svolgano una lavorazione effettivamente pericolosa.

Emblematico è il caso del lavoro autonomo professionale, considerato dalla normativa in materia di sicurezza ma escluso dall'accesso alla tutela INAIL.

La possibile pericolosità della lavorazione viene infatti riconosciuta dal d. lgs. n. 81 del 2008, il quale ricomprende espressamente nel proprio campo di applicazione anche il lavoro autonomo (art. 3, comma 4), oggetto di molteplici previsioni. L'art. 21 dispone che questi lavoratori debbano utilizzare dispositivi idonei e possano beneficiare della sorveglianza sanitaria, nonché possano partecipare a corsi di formazione specifici incentrati sui rischi delle attività svolte. In determinati casi (articolo 26, comma 3-bis), inoltre, è previsto l'obbligo in capo al committente di redigere il documento unico per la valutazione dei rischi da interferenze anche relativamente ai servizi di natura intellettuale.

⁶⁴ M. PERSIANI, *A cinquanta anni dal Testo Unico degli infortuni sul lavoro: profili costituzionali*, cit., 221 ss.

⁶⁵ G. CORSALINI, *Estensione della tutela INAIL – questioni controverse*, cit.

le. Ciononostante, la categoria viene completamente ignorata dall'apparato indennitario, per cui nell'area dell'autonomia sono tutelati solo «gli artigiani, che prestano abitualmente opera manuale nelle rispettive imprese» (art. 4, comma. 1, n. 3, T.U.) e i lavoratori parasubordinati (art. 5, d. lgs. n. 38 del 2000). E qui sorge un dubbio, cioè che l'esclusione sia determinata non dall'assenza del rischio, ma da un pregiudizio circa la sussistenza di una situazione di bisogno indennizzabile. Pregiudizio probabilmente dovuto ad un retaggio, di forte impronta civilistica, che sovrappone il professionista alla sua attività economica ravvedendovi, in quanto tale, un soggetto economicamente forte, mentre viene lasciato in secondo piano il suo essere persona meritevole di protezione a fronte degli eventi dannosi che occorrono durante la vita lavorativa⁶⁶. Anche in questo caso, la discrasia tra riconoscimento del rischio professionale e assenza di protezione previdenziale dovrebbe essere oggetto di intervento legislativo⁶⁷.

Tanto detto, occorre ricordare che lo stato di bisogno generato dall'invalidità è tutelato non solo nel quadro delle prestazioni INAIL, ma anche di quelle INPS, in particolare dall'assegno ordinario di invalidità e dalla pensione di inabilità. Resta quindi da chiedersi quale sia il rapporto tra le stesse e se siano possibili degli strumenti di raccordo.

Entrambi i sistemi di protezione hanno in comune, quale presupposto, la sussistenza di un evento dannoso che cagioni una menomazione. Questo presupposto tuttavia assurge anche a elemento discrezionale tra i diversi regimi.

Negli infortuni sul lavoro e nelle malattie professionali la causa del

⁶⁶ Si pensi, per quanto concerne la disciplina civilistica e commerciale, alla generale equiparazione tra professionisti e imprese: nel Codice del consumo (d. lgs. n. 206 del 2005), ad esempio, è professionista “contraente forte” «la persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale» (art. 3, comma 1, lett. c). Tale equiparazione è predicata anche in sede comunitaria: v. la raccomandazione della Commissione 2003/361/CE. Solo di recente, con la legge n. 81 del 2017, sono state riconosciute al professionista delle tutele civilistiche in quanto contraente debole (ad esempio per quanto concerne i ritardi nei pagamenti e il diritto al risarcimento del danno nel caso di condotte abusive del committente e di clausole sperequate a favore di quest'ultimo).

⁶⁷ Sia consentito rinviare sul punto a G. PISTORE, *Professioni non organizzate in ordini e collegi: quale “Statuto previdenziale”?*, in *Dir. rel. ind.*, 4, 2019, 1097 ss.

danno – o meglio, il suo essere connessa al lavoro - è elemento costitutivo della tutela, e viene sottoposta ad uno stringente giudizio circa il nesso eziologico o l'occasionalità.

Ciò invece non accade nella tutela INPS, in cui conta unicamente la gravità della menomazione⁶⁸, tant'è che l'accesso alle relative prestazioni assume carattere succedaneo e sussidiario rispetto a quelle INAIL.

Altro elemento di diversità è il criterio di liquidazione delle prestazioni. Nel sistema INAIL si prescinde da requisiti assicurativi e contributivi e la prestazione viene parametrata all'entità della lesione e alla retribuzione. In quello INPS invece sono richiesti cinque anni di anzianità assicurativa e contributiva e il trattamento – sia pure con dei correttivi per la pensione di inabilità – viene calcolato secondo le norme in vigore nell'assicurazione generale obbligatoria per l'inabilità, la vecchiaia ed i superstiti (art. 1, comma 3 e art. 2, comma 3, l. n. 222 del 1984).

Le due tipologie di prestazioni sono quindi distinte per natura ed alimentate da diverse contribuzioni.

Nel regime INAIL la persona viene tutelata perché l'evento è avvenuto *a causa* dell'essere lavoratore. Invece nelle prestazioni INPS l'essere lavoratore è – insieme al requisito sanitario – l'elemento che, a fronte di un evento dannoso comune, giustifica l'intervento di un beneficio previdenziale e non assistenziale. Non è un caso che il “quanto” si è lavorato funga da parametro dell'indennità economica, riflettendo il principio di meritevolezza stabilito dall'art. 38, comma 2, Cost.

Questo non toglie che i presupposti possano coincidere: lo stesso evento dannoso potrebbe infatti essere fonte di infortunio o malattia professionale, e al contempo di inabilità indennizzabile dall'INPS. Sul punto tuttavia, in linea generale, la legge esclude un cumulo tra le prestazioni, disponendo che «le pensioni di inabilità, di reversibilità o

⁶⁸ Riepilogando a grandi linee i tratti salienti degli istituti, l'assegno d'inabilità viene erogato nel caso di riduzione della capacità di lavoro specifica a meno di 1/3 (art. 1, comma 1, l. n. 222 del 1984), la pensione d'inabilità invece nel caso di assoluta e permanente impossibilità di svolgere qualsiasi attività lavorativa (art. 8, comma 1, l. n. 222 del 1984).

l'assegno ordinario di invalidità a carico dell'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti, liquidati in conseguenza di infortunio sul lavoro o malattia professionale, non sono cumulabili con la rendita vitalizia liquidata per lo stesso evento invalidante, a norma del testo unico delle disposizioni per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, (...) fino a concorrenza della rendita stessa» (art. 1, comma 43, l. n. 335 del 1995). In sostanza, il lavoratore potrà accedere alla sola quota di trattamento INPS eccedente la rendita INAIL.

La giurisprudenza ha però interpretato la nozione di «stesso evento invalidante» in senso restrittivo, ritenendo che sia necessaria una completa sovrapposibilità delle fattispecie. Di conseguenza, è possibile una duplicazione delle tutele nei casi di continenza, cioè quelli in cui la menomazione della capacità lavorativa che ha dato luogo al riconoscimento della prestazione INPS sia stata causata anche, ma non esclusivamente, dall'inabilità già indennizzata dall'INAIL.

Ad avviso delle pronunce citate, «se il legislatore avesse voluto ricomprendere nel previsto divieto anche le ipotesi di concorso di cause, avrebbe dovuto introdurre, per le prestazioni erogate dall'INPS, un meccanismo di riproporzionamento del complessivo quadro invalidante di volta in volta riscontrato agli apporti (in percentuale) delle singole infermità che lo hanno prodotto, così da fornire criteri certi per identificare la misura dell'incidenza obiettivamente assunta, in quella produzione, dell'evento indennizzato dall'INAIL (e poter, quindi, stabilire quanta parte della rendita infortunistica vada sottratta dall'ammontare del trattamento previdenziale INPS)⁶⁹».

La posizione però lascia perplessi, tenuto conto del principio di *compensatio lucri cum damno* di cui art. 1223 c.c. e di quello indennitario desumibile dagli artt. 1882, 1904, 1905, 1908, comma 1, 1909, 1910, comma 3 c.c.⁷⁰, che sorreggono anche la costruzione delle assicurazioni sociali. Infatti, benché lo scopo del sistema previdenziale sia

⁶⁹ Cass., 9 luglio 2003, n. 10810.

⁷⁰ Cioè il principio per cui «la prestazione assicurativa non può mai trasformarsi in una fonte di arricchimento per l'assicurato e determinare, in suo favore, una situazione economica più vantaggiosa di quella in cui egli verserebbe se l'evento dannoso non si fosse verificato»: v. Cass. S. U., 22 maggio 2018, n. 12565.

la liberazione dallo stato di bisogno, ciò non toglie che comunque residuino delle coordinate civilistiche nella modulazione dei relativi trattamenti. E anzi, a ben vedere, i richiamati canoni risarcitori altro non sono che espressione delle regole di buona fede e correttezza intessute nel principio solidaristico, espresso in generale dall'art. 2 Cost. e, specificamente per la materia previdenziale, dall'art. 38, comma 2 Cost.

A conferma le SS.UU., pur con riferimento alla diversa ipotesi del rapporto tra risarcimento del danneggiante e rendita INAIL nell'infortunio *in itinere*, hanno escluso la cumulabilità tra i benefici patrimoniali, benché gli stessi avessero titoli autonomi e fossero erogati da soggetti diversi⁷¹.

Anche nel caso di specie, la rendita corrisposta dall'INAIL soddisfa, neutralizzandola in parte, la medesima perdita alla base dell'erogazione delle prestazioni INPS. Ciò induce a propendere per un'interpretazione restrittiva dell'art. 1, comma 43, l. n. 335 del 1995, che permetta la cumulabilità tra benefici INAIL e INPS solo per la differenza tra gli stessi.

Il passo ulteriore sarebbe un'unificazione del sistema risarcitorio, magari attraverso la configurazione di un flusso procedurale unificato, come già avviene per la valutazione delle malattie nei casi di dubbia competenza⁷².

6. *Esiste (ancora) una distinzione tra infortunio e malattia?*

Al termine di questa breve ricostruzione storica e giurisprudenziale dell'istituto che ci occupa, ci si torna a chiedere se possa effettivamente ritenersi ormai superata, almeno da un punto di vista sostanziale, la distinzione tra infortunio e malattia professionale. E' indubbio, come sin qui rilevato, che l'ampliamento della tutela approntata dall'ordinamento in caso di infortunio e malattia in ambito lavorativo, generata dall'avvento della Costituzione e portata avanti dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità, abbia iniziato a far ragionare gli

⁷¹ Cass. S. U., 22 maggio 2018, n. 12566.

⁷² V. al riguardo l'INPS, Circolare 10 luglio 2009, n. 91 e la Convenzione stipulata tra l'INAIL e l'INPS in data 25 novembre 2008.

operatori accomunando i due istituti in ragione di tutti i loro elementi comuni, qui intesi in senso atecnico (il soggetto coinvolto è un lavoratore, l'evento generato è correlato ad un rapporto di lavoro, la tutela economica è approntata da un istituto pubblico).

Si è consci che, su un piano prettamente formalistico, la possibilità di superare detta distinzione, unificando in un solo evento protetto infortunio e malattia da lavoro, non sia percorribile, scontrandosi ciò con la definizione data dal legislatore per l'infortunio e elaborata dalla giurisprudenza per la malattia professionale.

Tralasciando per un momento il nesso causale a cui viene ricondotto il sorgere della tutela, occorre rilevare che i due istituti sono nettamente contrapposti rispetto alla modalità di generazione dell'evento protetto: causa violenta per l'infortunio, processo lento e protratto per la malattia professionale.

Altro elemento che non può essere privo di rilevanza è il dato letterale contenuto nell'art. 38, comma 2, Cost., dove infortunio e malattia (comune e professionale) rappresentano due distinti eventi protetti.

Tuttavia, lasciando la nostra analisi esclusivamente su di un piano sostanziale, più che possibile, ci si chiede se sia opportuno e necessario superare detta distinzione.

Come ben messo in evidenza nei paragrafi precedenti, l'opportunità (e volontà) di superare tale distinzione quando ci si riferisce alla protezione sociale da rischio professionale trova il suo fondamento nella lettura costituzionalmente orientata che la Cassazione da ultimo pone in essere nella sua più recente giurisprudenza⁷³ - l'idea cioè che la *ratio* del sistema di tutela per l'invalidità e l'inabilità da rischi professionali vada ricercata nella effettiva liberazione dal bisogno dell'individuo, superando così definitivamente la teoria e il principio del rischio professionale e la logica prettamente assicurativo-sociale originariamente utilizzata per rispondere in via legislativa alla problematica, nell'ottica di assicurare mezzi adeguati alle esigenze di vita del lavoratore.

A ben vedere, grazie all'intervento di dottrina e giurisprudenza si è assistito non tanto ad un superamento della distinzione tra infortunio e malattia, quanto piuttosto, ad un venir meno della distinzione (o anco-

⁷³ Cfr. *supra* §3.

ra meglio, ad una sovrapposizione) delle possibili tipologie di rischio che comportano l'attivazione della tutela previdenziale in caso di generazione di detti eventi, rendendo di fatto le situazioni oggetto di tutela più omogenee tra loro.

Se è vero che, come sancito dalla Corte Costituzionale nell'ottica di superamento del principio del rischio professionale, oggetto della tutela previdenziale contro gli infortuni non è la pericolosità dell'attività considerata, ma l'attività di lavoro in sé stessa⁷⁴, vale a dire la "causa di lavoro", è altrettanto sostenibile che la Corte di Cassazione, abbia operato un'attività di vera e propria ridefinizione della nozione di rischio professionale, ora sì costituzionalmente orientata, attraverso la bipartizione del rischio in "proprio", quale rischio direttamente collegato, connesso o derivante dalle lavorazioni svolte dall'impresa e "improprio", come rischio collegato alla prestazione resa nel rapporto di lavoro, anche se non strettamente insita nell'atto materiale della stessa, entrambi unitariamente definibili con l'espressione "rischio di lavoro"⁷⁵. Non a caso, nella sua recentissima ordinanza del 14 maggio 2020, n. 8948, ragionando in tema di *mobbing*, la Cassazione, nel solco dell'orientamento consolidato già in ultimo espresso nella sentenza n. 5066 del 5 marzo 2018, continua ad affermare che «ogni forma di tecnopatia che possa ritenersi conseguenza di attività lavorativa risulta assicurata all'INAIL, anche se non compresa tra le malattie tabellate o tra i rischi tabellati, dovendo in tale caso il lavoratore dimostrare soltanto il nesso di causa tra la lavorazione patogena e la malattia», posto che «nell'ambito del T.U. sono indennizzabili tutte le malattie di natura fisica o psichica la cui origine sia riconducibile al rischio di lavoro».

Rischio professionale improprio, quindi, identificabile con il rischio che, seppur privo di una specifica e diretta connotazione professionale, è comunque aggravato dall'adempimento degli obblighi lavorativi nel caso dell'infortunio *in itinere*, ma anche con il rischio relativo

⁷⁴ S. GIUBBONI, G. LUDOVICO, A. ROSSI, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, cit., 2014, 27.

⁷⁵ La giurisprudenza pare quindi aver scelto quello che parte della dottrina aveva indicato come il "secondo possibile riassetto" interpretativo scaturente dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 179 del 1988, cfr. G.G. BALANDI, *Le malattie professionali: un quadro normativo in evoluzione*, cit.

all'ambiente di lavoro ed alla sua organizzazione nel caso, ad esempio della costrittività lavorativa o del *mobbing*, per la malattia professionale. L'intervento di nomofilachia posto in essere negli anni dalla Suprema Corte si pone quale chiaro obiettivo quello di adeguare i livelli di protezione sociale al mutare dei tempi, delle esigenze di vita ed ai cambiamenti nelle modalità di produzione e organizzazione del lavoro, posto che il lavoro coinvolge la persona in tutte le sue dimensioni.

A questo proposito, analizzando le tabelle allegate al T.U., ci si rende facilmente conto di come le stesse, risultato del retaggio della logica transattiva sottesa al principio del rischio professionale di cui alle origini della tutela, contengano un numero tutto sommato esiguo di patologie professionali ben definite, salvo poi prevedere spesso la voce "altre malattie" con valore di clausola generale, questo pur a fronte dei progressi diagnostici compiuti dalla scienza medica.

Questo elemento, unito ai recenti allargamenti degli spazi di tutela di origine giurisprudenziale, da un lato, e alla nota difficoltà, nella pratica, di trovare una sicura tutela nella fase di richiesta amministrativa avanzata all'ente assicurativo (fatto che possiamo dire di comune esperienza) anche in caso di malattia tabellata non espressamente indicata nell'elenco, dall'altro, ci porta, provocatoriamente, a ragionare sulla opportunità di mantenere un sistema, quale è quello tabellare, "figlio" di un patto che, almeno in prima battuta, avrebbe dovuto avere soprattutto dei vantaggi per il lavoratore, "parte debole del contratto" (vantaggi probatori, economici e nei tempi di erogazione della tutela), che però, ad oggi, non paiono più esservi o comunque possono dirsi notevolmente ridotti.

La frequenza con cui, una volta presentata la propria domanda, il lavoratore la vede rigettata dall'ente amministrativo, oppure accolta con l'erogazione di una tutela minore di quella attesa, pur essendo in possesso dei presupposti necessari per l'erogazione della stessa, in ragione della non perfetta aderenza o della non palese ed evidente corrispondenza della situazione di fatto alla fattispecie astratta, fanno dubitare, almeno in parte, del "privilegio" concesso al lavoratore dalla legge.

Come noto, il sistema tabellare, del tutto riformabile dal Legislatore (perché non direttamente riferibile al dettato costituzionale di cui

all'art. 38, comma 2, Cost.), si basa essenzialmente sull'individuazione, a priori, della pericolosità della lavorazione quale causa eziologica della malattia professionale che si genera dal rendere la propria prestazione lavorativa.

Orbene, il meccanismo che ha sinora mosso (molto lentamente) il sistema prevede un aggiornamento delle malattie tabellate senza una precisa frequenza: concretamente, salvo casi particolari (in questo senso l'emergenza Covid-19 sta rappresentando una positiva eccezione), ci vogliono anni perché venga accertato che una determinata patologia è effettiva conseguenza della pericolosità della lavorazione (o dell'ambiente di lavoro).

Nel frattempo, il lavoratore colpito dall'evento malattia che avrebbe dovuto generare di per sé l'attivazione della tutela previdenziale come previsto dalla Costituzione, resta privo non solo dei vantaggi legati al superamento degli oneri probatori, ma anche della stessa tutela INAIL, a meno che non decida di intraprendere una vertenza per il riconoscimento del suo stato di salute.

In passato, l'evoluzione delle modalità produttive, delle tipologie di lavori e delle lavorazioni poste in essere risultava piuttosto lenta, ma così non è ai nostri giorni: il sistema tabellare non è nei fatti in grado di adeguarsi rapidamente alla nuova realtà, tanto che ai soggetti bisognosi di tutela non resta frequentemente che cercare di provare il diritto alla tutela quale malattia non tabellata.

Pur consci del vantaggio rappresentato dal sistema tabellare, lo stesso può, però, apparire come una specie di "gara ad ostacoli" per chi, ritenendo di aver diritto alla tutela scopre di non averne perché, ad esempio, non riesce a dimostrare in modo documentale lo svolgimento della lavorazione indicata in tabella, ma anche per chi, affetto da patologie di lieve entità, e pertanto non indennizzabili, decide di non partecipare neppure alla competizione.

L'importanza di una tutela effettiva emerge con tutta la sua forza, tanto che se «si tiene conto di ciò che l'infortunio, come la malattia professionale, incidono, spesso in modo irreparabile, sulla stessa persona del lavoratore, e in parte la sua famiglia, una considerazione è inevitabile. Trattasi della considerazione che una

tutela che realizzi una funzione indennitaria opera esclusivamente come se fosse un'assicurazione e, cioè, interviene soltanto quando l'evento dannoso si è oramai verificato.

Solo per questo, quella tutela non garantisce l'attuazione dei valori costituzionali, fondamentali ed insopprimibili, come quelli che riguardano la persona umana»⁷⁶.

Alla luce della rigidità che permea il sistema tabellare, solo in parte limato dall'introduzione del c.d. sistema misto, preso atto della velocità con cui le variabili poste a presupposto del sistema di erogazione della tutela si muovono, ci si chiede se non sarebbe più utile ripensare il tutto, partendo dal dare una definizione di infortunio e malattia professionale aderente ai risultati giurisprudenziali raggiunti, ponendo al centro della tutela non la pericolosità della lavorazione, ma tutte le dimensioni della persona che vengono incise dal lavoro inteso in senso ampio e omnicomprensivo, allargando la platea dei lavoratori destinatari in chiave effettivamente universalistica (così da dare completa attuazione al dettato costituzionale), slegando la contribuzione finanziaria dal fattore di pericolosità delle lavorazioni a favore di un meccanismo di finanziamento del sistema comunque in grado di assicurare l'equilibrio di bilancio alla luce dell'allargamento della platea di situazioni e soggetti tutelabili, elementi tutti che andrebbero a compensare la "perdita" subita dal lavoratore in ordine al meccanismo probatorio semplificato oggi esistente per una sola parte dei destinatari.

Stante la specialità della materia, inoltre, laddove si procedesse effettivamente ad una riforma del sistema, si osserva come, una volta abbandonata la visione costitutiva prettamente assicurativa, il legislatore avrebbe comunque il potere di ridisegnare il sistema, prevedendo se non un'inversione dell'onere probatorio, per lo meno un'attenuazione dello stesso, in ragione della posizione di asimmetria in cui il lavoratore si trova rispetto all'ente previdenziale, permettendo di giungere così ad un sistema più omogeneo e inclusivo delle possibili situazioni tutelabili e ovviare almeno in parte allo svantaggio dell'abolizione del sistema tabellare.

Infine, spostandoci per un secondo ad un livello macro sistemati-

⁷⁶ M. PERSIANI, *A cinquanta anni dal Testo Unico degli infortuni sul lavoro: profili costituzionali*, cit., 381.

co, come già rilevato da parte della dottrina, è palese che esista un iato oggettivo tra la disciplina ordinaria ed il dettato costituzionale⁷⁷, ad esempio, dato dalla mancanza di una effettiva estensione universalistica della tutela a tutti i lavoratori e in grado di generare «un problema di disparità di tutela tra lavoratori destinatari dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni e lavoratori esclusi dalla stessa tutela (a cui rimane solo l'area della responsabilità civile ordinaria e nei limiti di essa)»⁷⁸.

La protezione sociale del lavoratore dai rischi professionali, come è noto, non si limita esclusivamente alla tutela indennitaria per il ristoro del pregiudizio subito, prevista dal T.U., di cui si è sin qui ragionato, la stessa, invero, presenta molte altre sfaccettature, che vanno dalla prevenzione rispetto ai rischi, alla cura dei lavoratori che si ammalano ed alla successiva riabilitazione⁷⁹.

Si è già avuto modo di accennare come l'infortunio e la malattia professionale, ai sensi dell'art. 38, comma 2, Cost. rappresentino un «evento generatore di un bisogno socialmente rilevante, la cui rimozione è compito dello Stato garantire mediante organi e istituti dallo stesso predisposti o integrati»⁸⁰: la piena attuazione del precetto costituzionale, pertanto, passa non solo attraverso la rimozione degli effetti, ma anche dalla prevenzione rispetto alla generazione dello stato di bisogno.

Un sistema indennitario costruito su di una nozione costituzionalmente orientata di infortunio e malattia, più ampia quindi di quella

⁷⁷ A. AVIO, *Gli infortuni sul lavoro e la responsabilità civile*, in *Lav. dir.*, 2014, 1, 148.

⁷⁸ R. RIVERSO, *Fondamento e limiti dell'esonero del datore di lavoro dalla responsabilità civile*, in *Lav. giur.*, 2015, 1, 28.

⁷⁹ Sul punto, più ampiamente si veda M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino, 2020, 488 e ss. In questo senso, un esempio è rappresentato dall'«evoluzione subita dalla tutela di malattia, per lungo tempo anch'essa caratterizzata dalla funzione indennitaria in quanto interveniva soltanto a malattia già insorta e che, poi, è stata trasformata in tutela della salute, caratterizzata anche dalla prevenzione oltre che dalla cura», così M. PERSIANI, *A cinquanta anni dal Testo Unico degli infortuni sul lavoro: profili costituzionali*, cit., 382.

⁸⁰ S. GIUBBONI, G. LUDOVICO, A. ROSSI, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, cit., 23.

originariamente prevista dal T.U., probabilmente, sarebbe maggiormente in grado di adeguarsi rapidamente alla realtà e di generare risposte congrue rispetto agli altri aspetti in cui la tutela dai rischi professionali si estrinseca, contribuendo quindi a rendere la tutela approntata in caso di infortuni e malattia professionale costituzionalmente adeguata agli obiettivi che la stessa Costituzione si pone.

La tutela economica del lavoratore infortunato, nel confronto tra quella indennitaria e quella risarcitoria

ILARIA BRESCIANI, ALESSIO CARACCILO, CATERINA MAZZANTI,
ELISABETTA SARTOR, FEDERICA STAMERRA, MARGHERITA VOLPES*

SOMMARIO: 1. *La tutela infortunistica: una coperta troppo corta?* – 2. *La nascita dell'assicurazione sociale obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, il Testo Unico del 1965 e la crisi della regola dell'esonero.* – 3. *Tutela indennitaria e tutela risarcitoria: diversità di funzioni e danno differenziale.* – 4. *Il danno differenziale e le regole generali in materia di responsabilità civile.* – 5. *I recenti arresti delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione in materia di compensatio lucri cum damno.* – 6. *La tesi del calcolo del danno differenziale per poste omogenee.* – 7. *La tesi del calcolo del danno differenziale per sommatoria.* – 8. *Il danno complementare.* – 9. *La teoria mediana: una sintesi costituzionalmente orientata.* – 10. *Il tentativo di riforma ad opera della L. 145/2018* – 11. *Questioni di diritto intertemporale.* – 12. *Risarcimento e solidarietà.* – 13. *La “biologicizzazione” del danno.* – 14. *Compensatio e “causa del credito”.*

1. La tutela infortunistica: una coperta troppo corta?

«La verità è una coperta che ti lascia scoperti i piedi» diceva Todd all'immortale Robin Williams nelle vesti del Professor Keating dell'Attimo Fuggente, «dal momento in cui nasci piangendo al momento in cui esci morendo, ti copre solo la faccia e tu piangi, gridi e gemi» proseguiva incalzato dal Maestro.

La metafora di una coperta che, essendo troppo corta rispetto al corpo, è ontologicamente impossibilitata a coprirne tutti i lati è parti-

* Il *report* è l'esito del lavoro di gruppo svolto durante la quarta edizione dei *Seminari di studi previdenziali* sul tema *La tutela antinfortunistica oggi* (Modena, 24-27 giugno 2019) – *tutor* il Prof. Giuseppe LUDOVICO – ed è il prodotto di una successiva rivisitazione comune. Tuttavia, i paragrafi 1 e 2 sono da attribuire a Margherita Volpes; il paragrafo 3 è da attribuire a Ilaria Bresciani; i paragrafi 4 e 6 sono da attribuire ad Elisabetta Sartor; i paragrafi 5 e 7 a Caterina Mazzanti; i paragrafi 8, 9 e 10 a Federica Stamerra; i paragrafi 11, 12, 13 e 14 ad Alessio Caracciolo.

colarmente calzante in materia previdenziale, in cui al legislatore è chiesto di distribuire la coperta economica – necessariamente determinata e “finita” – in modo da coprire tutti i molteplici, diversi e distanti bisogni dei tre attori coinvolti: datore di lavoro, lavoratore ed ente previdenziale.

Come ben noto, all’origine della previdenza sociale tale bilanciamento di interessi è realizzato attraverso l’introduzione e adattamento in ambito lavoristico del sistema assicurativo, attraverso una logica transattiva¹: a fronte di una tutela pronta, immediata, sicura ed effettiva del lavoratore infortunato, il datore di lavoro, da un lato, viene esonerato dalla responsabilità civile conseguente all’evento dannoso (salva l’ipotesi di responsabilità penale, in cui il risarcimento è limitato alla somma eccedente la provvidenza già percepita in sede assicurativa, c.d. danno differenziale), dall’altro, finanzia il sistema attraverso il pagamento mensile dei premi².

Salve le precisazioni che verranno fatte *infra*, tale impostazione di

¹ F. CARNELUTTI, *Criteri d’interpretazione della legge su gli infortuni (1904)*, in ID., *Infortuni sul lavoro (Studi)*, I, Athenaeum, Roma, 1913, 1 ss., ed in L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Soc. Ed. Libreria, Milano, 1901, 583 ss. Per il dibattito post-costituzionale v. principalmente M. PERSIANI, *Il rischio professionale*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1978, I, 219 ss., e G. ALIBRANDI, *Il rischio professionale e la sua attuale rilevanza nell’assicurazione infortuni sul lavoro*, ivi, 229 ss.

² Significativamente, in materia infortunistica continua tuttora a farsi ricorso a tale dicitura, nonostante si tratti di versamenti oramai qualificabili come contributi. In questo senso cfr. S. GIUBBONI, *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile: vecchie e nuove questioni in tema di danno differenziale*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT* –397/2019, evidenzia come, sebbene l’assicurazione antinfortunistica sia nata nell’800 quale compromesso per rendere appetibile al datore di lavoro il pagamento del premio scongiurando la responsabilità oggettiva di matrice civilistica, con l’adozione della Carta Costituzionale i versamenti all’INAIL siano divenuti il mezzo di finanziamento di una delle prestazioni previdenziali ex art. 38, Cost. Da ciò deriva che non vi è alcuna differenza, al di là del *nomen*, tra i premi versati all’INAIL e i contributi versati all’INPS. Nel senso di qualificare i versamenti all’INAIL quali contributi cfr. anche G. LUDOVICO, *Infortuni sul lavoro: tutela previdenziale e responsabilità civile*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2015, 3, 435 ss. In merito, M. PERSIANI, *A 50 anni dal Testo Unico: profili costituzionali*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2015, 3, 373 rileva come, sebbene le provvidenze offerte dall’INAIL e dall’INPS siano di fatto equiparabili, le prime realizzano un sistema di solidarietà limitato al singolo rapporto di lavoro, mentre le seconde si aprono ad una solidarietà più ampia.

massima permane tuttora. Si tratta di un sistema incredibilmente longevo che, introdotto sotto l'egemonia della Destra Storica del IV Governo Di Rudini³, supera la nascita, espansione e morte dell'ordinamento corporativo fascista prima⁴ e l'instaurazione dell'ordinamento repubblicano costituzionale poi, fino a sfociare negli artt. 10 e 11 del d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124, c.d. Testo Unico degli infortuni sul lavoro e malattie professionali (di seguito, *breviter*, anche Testo Unico).

Come è stato evidenziato in dottrina⁵, il Testo Unico dimostra una grande capacità di adattamento: alle mutate esigenze sociali e valori costituzionali, la giurisprudenza, sia costituzionale che di legittimità, ha saputo rendere merito attraverso una lettura in costante evoluzione delle norme, che ha portato l'esonero da responsabilità civile da regola generale a ipotesi residuale⁶. I citati artt. 10 e 11 rappresentano un egregio esempio di diritto vivente⁷, di come l'opera ermeneutica dell'interprete altro non sia che il soffio vitale delle altrimenti fredde e rigide disposizioni scritte, che acquistano per questa via la capacità di adattarsi al divenire storico-costituzionale.

Eppure, allo stato attuale, pare giunto il momento (a dir vero, da molti avvertito già da tempo⁸) di rimodellare il sistema della tutela infortunistica alla luce di principi costituzionali oramai incontestabili,

³ Legge 17 marzo 1898, n. 80.

⁴ R.d. 17 agosto 1935, n. 1765; R.d. 23 marzo 1933, n. 264.

⁵ M. CINELLI, *Il cinquantenario del testo unico e le prospettive: alcune osservazioni a conclusione della giornata celebrativa*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2015, 3, 463 ss.

⁶ In questo senso si esprime S. GIUBBONI, *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile: vecchie e nuove questioni in tema di danno differenziale*, cit., 3, secondo il quale la regola dell'esonero può al più servire per indirizzare la decisione, tuttavia tenendo sempre a mente la funzione previdenziale ex art. 38 Cost., delle previdenze erogata dall'INAIL e la necessità di tutelare integralmente la persona del lavoratore, ex art. 32, Cost.

⁷ S. GIUBBONI, *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile: vecchie e nuove questioni in tema di danno differenziale*, cit., 4, osserva come «a fronte di una continuità testuale che non ha probabilmente precedenti nel diritto della previdenza sociale, si sia verificata una forte discontinuità contestuale di significato di quella previsione, che dottrina e giurisprudenza hanno adattato nel tempo ad un contesto che ha, per l'appunto, conosciuto grandi cambiamenti».

⁸ Per tutti, si veda S. GIUBBONI, *La crisi della regola dell'esonero dalla responsabilità civile*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2012, 2, 273 ss.

quali la tutela della persona nella sua integrità psico-fisica (art. 32 Cost.), vieppiù quando quest'ultima viene lesa in occasione di lavoro (art. 38 Cost.). In particolare, in dottrina già da tempo sono state manifestate grandi perplessità in merito alla legittimità costituzionale di continuare ad ancorare la tutela antinfortunistica al “principio del rischio professionale” e alla “regola dell’esonero”, con le conseguenti – pratiche – difficoltà, *inter alia* in merito all’individuazione dell’*an* e del *quantum* del danno differenziale.

Sebbene sia su quest'ultimo tema che si incentra il presente contributo, dunque, un’introduzione storica e un inquadramento sistematico della tutela previdenziale rispetto ai rimedi civilistici appaiono indispensabili; ad essi seguiranno un’analisi in merito alle diverse proposte di quantificazione del danno differenziale (per sommatoria, per poste omogenee o con un metodo misto), e da ultimo si svolgeranno delle considerazioni conclusive, nel tentativo di trarre le “fila del discorso”, anche in considerazione del (maldestro) tentativo di riforma effettuato (e subito abrogato) dalla legge di bilancio 2019.

2. La nascita dell'assicurazione sociale obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, il Testo Unico del 1965 e la crisi della regola dell’esonero

Quando, nella seconda metà del 1800 «uno spettro si aggira per l’Europa – lo spettro del comunismo»⁹, giungendo a concretizzarsi nella Comune di Parigi del 1871, che resiste per ben tre mesi all’esercito nazionale, i governi europei prendono atto della necessità di accogliere una parte delle istanze proletarie, per scongiurare il rischio di sovversione dell’esistente¹⁰. È così che il “cancelliere di ferro” Otto Von Bi-

⁹ K. MARX, F. ENGELS, *Manifesto del partito comunista*, Londra, 1848, prefazione.

¹⁰ A. DE MATTEIS, *L’evoluzione soggettiva della materia: prospettive di criticità*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2015, 3, 395 ss., evidenzia come la spinta riformatrice derivi dal convogliare delle grandi ideologie di massa: il socialismo riformatore che pretende una tutela generalizzata per tutti i cittadini; il cattolicesimo che, abbandonata l’idea pauperistica medievale, attualizza alla condizione operaia la tradizione caritativa cristiana; il governo liberale che vuole contenere il malcontento attraverso misure soddisfattive di (almeno alcune) delle esigenze manifestate, al fine di mantenere l’ordine esistente.

smarck idea un primo sistema previdenziale obbligatorio basato sullo schema delle assicurazioni sociali, rivolto ai soli lavoratori, finanziato interamente da questi e dai datori di lavoro, esteso nel 1894 a fronteggiare il rischio della perdita della capacità lavorativa (e dunque reddituale) derivante da infortuni sul lavoro.

Poco dopo anche l'Italia introduce l'obbligo per i datori di lavoro dei settori più a rischio di assicurare i propri lavoratori contro gli infortuni e le malattie professionali, attraverso l'approvazione della l. 17 marzo 1898, n. 80, adottata dal IV Governo Di Rudinì¹¹, anch'esso di stampo liberale¹². A fronte della tutela certa, immediata ed effettiva dei lavoratori infortunati attraverso la previdenza assicurativa finanziata dai datori di lavoro, questi ultimi vengono esonerati dal rispondere in sede civile dei danni cagionati ai lavoratori nell'esercizio dell'attività produttiva, scongiurando il rischio di incorrere in ipotesi di responsabilità oggettiva e rendendo dunque accettabile l'aggravio del costo del lavoro¹³. In questa logica, al datore di lavoro non può essere chiesto di risarcire alcunché, «visto che il danno è indennizzato – e il corrispondente rischio professionale socializzato – grazie, appunto, al versamento del premio. Solo nei casi in cui gli sia rimproverabile un comportamento meritevole di sanzione penale riemerge la responsabilità civile del datore, che assume in tale ottica una chiara valenza sanzionatoria»¹⁴.

In altre parole, di fronte alla consapevolezza che il rischio che si

¹¹ Per un approfondimento circa le condizioni storiche di approvazione della legge n. 80 del 1898 cfr. il contributo di L. Gaeta nel presente Volume.

¹² A. DE MATTEIS, *L'evoluzione soggettiva della materia: prospettive di criticità*, cit., 395, evidenzia come anche le principali successive riforme in materia previdenziale siano da ricondurre a governi di destra. Tale circostanza pare avvalorare la tesi per cui, quantomeno nel primo periodo, l'introduzione del sistema previdenziale sia stata una mossa strategica per scongiurare il sovvertimento dello Stato liberale da parte dei nuovi movimenti di massa in cui convogliavano le istanze redistributive della classe operaia.

¹³ L. GAETA, *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile. Alle origini del diritto del lavoro*, Esi, Napoli, 1986, e G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Giuffrè, Milano, 1991, 143 ss.

¹⁴ S. GIUBBONI, *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile: vecchie e nuove questioni in tema di danno differenziale*, cit., 3.

verifichi un incidente sul lavoro è inevitabile¹⁵, il governo si trova davanti alla necessità di bilanciare le istanze di tutela della classe operaia, da un lato, e di evitare una responsabilità oggettiva datoriale, dall'altro; il compromesso viene raggiunto attraverso l'instaurazione di un meccanismo assicurativo volto ad erogare le prestazioni assicurativo-previdenziali in ogni caso di verifica dell'evento dannoso, escludendo la necessità di indagare oltre in merito alle responsabilità civili datoriali, che vengono cancellate «con un autentico colpo di spugna»¹⁶. Si realizza, in tal modo, quella che è stata definita come «fuga dal codice»¹⁷ civile, la quale altro non è che «l'embrionale espressione di una nuova forma di protezione sociale che rispondeva alla necessità socialmente avvertita di garantire all'infortunato una protezione più ampia rispetto a quella offerta dalla responsabilità civile. Si può dire anzi che questa disciplina sia nata storicamente proprio con l'intento di travalicare le anguste logiche di imputazione civilistiche al fine di assicurare all'infortunato una protezione che la responsabilità civile non avrebbe potuto garantire, anche qualora declinata in forma oggettiva»¹⁸.

Così, attraverso la regola dell'esonero, frutto dell'applicazione del principio del rischio professionale e della logica assicurativa al rapporto di lavoro, viene a realizzarsi quella transazione sociale e cesura dal «diritto primo»¹⁹ (diritto civile) che tuttora, almeno stando alla lettera della legge, permea il sistema della tutela infortunistica: il principio del rischio professionale – utile a giustificare sul piano politico-giuridico

¹⁵ In questo senso, seppur con amarezza, si esprime M. PERSIANI, *A 50 anni dal Testo Unico: profili costituzionali*, cit., 371 ss.

¹⁶ L. GAETA, *I giuslavoristi davanti alla storia: alcuni pregiudizi e un paio di certezze*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2007, 3, 589.

¹⁷ C. CASTRONOVO, *Alle origini della fuga dal codice. L'assicurazione contro gli infortuni tra diritto privato generale e diritti secondi*, in *JUS*, 1985, 48.

¹⁸ G. LUDOVICO, *Presupposti e limiti oggettivi dell'azione di regresso INAIL*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2017, 1, 16.

¹⁹ Termine utilizzato da C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1997, 379 ss. Lo stesso autore parla in merito di «fuga dal codice», espressione che ha trovato notevole apprezzamento nella dottrina successiva, in C. CASTRONOVO, *Alle origini della fuga dal codice. L'assicurazione contro gli infortuni tra diritto privato generale e diritti secondi*, cit., 20 ss.

l'imposizione dell'obbligo assicurativo – traghetta la riparazione del danno da infortunio professionale dal sistema della responsabilità civile a quello dell'assicurazione sociale²⁰. Attraverso il nuovo meccanismo assicurativo si realizza la “socializzazione” degli incidenti sul lavoro²¹, senza intaccare il sistema del «diritto primo», che può, così, rimanere ancorato al principio della responsabilità per colpa.

Originariamente, dunque, la tutela rimane fortemente legata alla logica assicurativa privata di stampo bismarkiano. Un primo scostamento inizia a realizzarsi già con il R.d. 17 agosto 1935, n. 1765, che introduce il principio di automaticità delle prestazioni e prevede l'erogazione di prestazioni sanitarie e di cura, evidentemente volte a rificillare la persona del lavoratore e non solo a sostituire il reddito da lavoro perduto²². Per il resto, tuttavia, l'impostazione non cambia: l'art. 4 continua a sancire la regola dell'esonero e a limitare l'eventuale risarcimento civilistico (dovuto solo in caso di accertata responsabilità penale) alla «parte che eccede le indennità liquidate a norma del titolo IV» (danno differenziale). Il successivo art. 5, inoltre, sancisce l'obbligo per la neonata INAIL di indennizzare in ogni caso il lavoratore, anche nelle ipotesi di responsabilità penale (e quindi civile) del datore di lavoro, salvo il diritto di regresso nei confronti di quest'ultimo. Il testo del 1935 rimane strettamente ancorato alla «fuga dal codice», elevando il rischio dell'operaio a rischio dell'azienda²³, che, assicurandosi, esclude la condanna a ulteriori risarcimenti, salva

²⁰ S. GIUBBONI, *Note d'attualità in tema di risarcimento del danno da infortunio sul lavoro*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2009, 1, 1 ss.

²¹ Sebbene, come evidenziato da M. PERSIANI, *A 50 anni dal Testo Unico: profili costituzionali*, cit., realizzando una solidarietà limitata al singolo rapporto di lavoro, in contrapposizione alla più ampia solidarietà realizzata nell'ambito del sistema previdenziale gestito dall'INPS.

²² In questo senso si esprime L. LA PECGERELLA, *Il testo unico dell'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali a cinquanta anni dalla promulgazione. Il percorso evolutivo e le sue prospettive*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2015, 2, 192 ss.

²³ In questo senso, cfr. M. PERSIANI, *A 50 anni dal Testo Unico: profili costituzionali*, cit., 372. L'autore evidenzia come «il principio del rischio professionale esprime l'idea che, nei fatti, ci sono rischi che, come quello dell'infortunio sul lavoro incombono inevitabilmente sui lavoratori, ma che, come ritenne Barassi “il senso di equità” impone al diritto di porre a carico dell'azienda in base “al principio per cui, chi ricava il profitto da una cosa, da uno strumento di lavoro, deve sopportare i rischi inerenti”».

l'ipotesi di responsabilità penale, in cui il risarcimento del danno pare assumere più valenza sanzionatoria del datore di lavoro che soddisfattoria delle necessità del lavoratore²⁴.

La cesura dal diritto civile, così come il principio del rischio professionale, la regola dell'esonero e la conseguente risarcibilità del solo danno differenziale in ipotesi di responsabilità penale, vengono seguite anche nel rinnovo della disciplina operato dal legislatore del 1965. L'art. 15 della legge delega n. 15 del 1963, quale primo criterio direttivo, d'altronde, obbliga il governo ad attenersi «ai limiti che presiedono alla legislazione previdenziale vigente»²⁵. Si giunge così alla formulazione degli artt. 10 e 11 del d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124 (di seguito, *breviter*, anche Testo Unico), che ripetono quasi letteralmente gli artt. 4 e 5 del regio decreto del 1935, prevedendo: la regola dell'esonero, la risarcibilità civilistica del solo danno differenziale nel caso di responsabilità penale e il diritto di regresso dell'INAIL.

Come si è accennato, a fronte di un dato letterale rimasto invariato, tali disposizioni assumono oggi un significato affatto diverso, in ragione dell'opera interpretativa offerta dalla giurisprudenza, che ha via via relegato quella dell'esonero da regola generale a ipotesi residuale. Seguendo l'interpretazione di autorevole dottrina²⁶, è possibile suddividere la giurisprudenza relativa al progressivo sgretolamento della regola dell'esonero in due diversi "binari".

Un primo gruppo di interventi è volto a manifestare la "crisi di effettività" della regola dell'esonero, dovuta a fattori endogeni al sistema previdenziale e consistente nella «graduale restrizione delle condizioni di applicazione e del raggio operativo della previsione medesima, la

²⁴ S. GIUBBONI, *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile: vecchie e nuove questioni in tema di danno differenziale*, cit., 3.

²⁵ M. PERSIANI, *A 50 anni dal Testo Unico: profili costituzionali*, cit., 372, individua tali criteri in «a) la limitazione della tutela ai lavoratori addetti a lavorazioni caratterizzate da notevole pericolosità (e, poi, per le malattie professionali limitazione alle malattie contenute in un elenco tassativo e contratte nell'esercizio di determinate attività); b) il finanziamento affidato ad una contribuzione (non a caso ancora definita come premi) al rischio e, cioè, alla pericolosità delle attività svolte; c) l'accollo dell'onere contributivo ai datori di lavoro, di conseguenza e non senza qualche limite, esonerati dalla responsabilità civile per l'infortunio che si fosse verificato».

²⁶ S. GIUBBONI, *La crisi della regola dell'esonero dalla responsabilità civile*, cit.

quale, per tal via, da regola generale è di fatto divenuta norma che solo *eccezionalmente* inibisce la riapertura del sottosistema dell'assicurazione contro gli infortuni al "diritto primo" della responsabilità civile»²⁷. In sostanza, si tratta di tutti quegli interventi, prevalentemente interpretativi, che ridimensionano gradualmente il principio, senza metterne in dubbio la legittimità, attraverso soluzioni interne al sistema previdenziale.

Tra questi, capostipite è la Sentenza n. 22 del 1967 della Corte costituzionale²⁸, contenente due interventi manipolativi dell'art. 10 T.U. In primo luogo, la Corte sancisce la parziale illegittimità costituzionale del terzo comma, nella parte in cui non prevede che la responsabilità civile del datore di lavoro possa dipendere da reato commesso anche dagli altri dipendenti, non solo dagli incaricati alla direzione o sorveglianza. In secondo luogo, la Corte sancisce la parziale illegittimità costituzionale del quinto comma, nella parte in cui non prevede la possibilità per il giudice civile di decidere circa la configurabilità del reato datoriale ai fini risarcitori non solo nelle ipotesi di improcedibilità penale per morte dell'imputato o amnistia, ma anche nelle ipotesi di prescrizione; in tal modo la Consulta dà avvio al procedimento di erosione della pregiudizialità penale, poi allargato anche alle ipotesi di archiviazione o proscioglimento in sede istruttoria²⁹, e portato definitivamente a compimento dalla riforma del codice di procedura penale.

Altra causa storica della crisi di effettività della regola dell'esonero può essere rinvenuta nel tentativo di adottare una nozione unitaria di "colpa" quale criterio soggettivo di imputazione della responsabilità civilistica e penalistica in materia di risarcimento del danno da infor-

²⁷ Ivi, 275.

²⁸ G. PERA, *L'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e la responsabilità civile secondo i giudici costituzionali*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1967, I, 901 ss.

²⁹ V. C. Cost., 30 aprile 1986, n. 118, e C. Cost., 19 giugno 1981, n. 102; secondo S. GIUBBONI, *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile: vecchie e nuove questioni in tema di danno differenziale*, cit., 7, le due sentenze «portano alla sostanziale caduta della regola della pregiudizialità penale, tanto per l'azione di risarcimento del lavoratore, quanto per quella di regresso dell'INAIL, anticipando, in buona sostanza, nell'ambito infortunistico, il principio della tendenziale indipendenza tra accertamento in sede civile e penale che sarebbe stato generalizzato dalla riforma del processo penale».

tuni sul lavoro: l'obbligo datoriale di adottare tutte le misure idonee secondo l'esperienza e la tecnica (art. 2087 c.c.) viene utilizzato anche al fine di individuare la responsabilità penale *ex artt.* 589 e 590 c.p. e, per converso, civilistica *ex art.* 10 del T.U. In questo senso si pone quella giurisprudenza³⁰ che, a partire dalla sentenza 24 febbraio 2006, n. 41416 della Corte di Cassazione, classificando quella da infortunio sul lavoro quale responsabilità contrattuale ne applica il relativo riparto dell'onere della prova, ritenendo che «per liberarsi dalla presunzione che nell'ambito del rapporto di lavoro deriva dal combinato disposto degli artt. 1218 e 2087 c.c., il datore deve dimostrare, anche nell'area governata dalla regola dell'esonero di cui all'art. 10 del testo unico, di avere adottato tutte le cautele e le misure atte ad evitare il danno subito dal lavoratore»³¹.

Sebbene in tali pronunce non venga espressamente posta in discussione la legittimità della regola dell'esonero, la stessa viene sostanzialmente svuotata di significato, trovando nella pratica ridottissimi margini di applicazione. Ad esse si affianca un secondo gruppo di interventi, che, diversamente, è volto a manifestare la “crisi di legittimità” della regola dell'esonero, dovuta a fattori esogeni e consistente in quella dottrina e giurisprudenza che «trapiantando in particolare nel sistema dell'assicurazione contro gli infortuni le acquisizioni più innovative in tema di danno non patrimoniale alla persona e, comunque, principi del tutto estranei alla originaria logica transattiva di questo – finiscono per porre in discussione la legittimità in quanto tale della regola dell'esonero, minandone alla radice le residue capacità operative e, in prospettiva, le ragioni stesse della sua sopravvivenza nell'ordinamento, fosse anche come caso di “archeologia giuridica”^{32»³³.}

Si tratta di un gruppo di pronunce costituzionali che, a partire dagli anni '90, forniscono una lettura combinata degli artt. 32 e 38 della

³⁰ V. Cass., 10 gennaio 2007, n. 238, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, 670, con nota di D. SIMEOLI.

³¹ S. GIUBBONI, *La crisi della regola dell'esonero dalla responsabilità civile*, cit., 280.

³² Termine utilizzato da G. G. BALANDI, *Un caso di archeologia giuridica: ciò che resta oggi del «rischio professionale»*, in *Riv. giur. lav.*, 1976, III, 96 ss.

³³ S. GIUBBONI, *La crisi della regola dell'esonero dalla responsabilità civile*, cit., 276.

Costituzione in materia di infortuni sul lavoro e malattie professionali, affiancando alla tutela reddituale del lavoratore originariamente offerta dall'INAIL anche la tutela della persona in quanto tale. Con un tritico di pronunce, la Consulta, «dopo aver sollecitato il legislatore ad ampliare i confini della tutela assicurativa³⁴, ha sottratto il danno biologico alla sfera operativa dell'esonero³⁵, escludendo altresì la rivalsa dell'INAIL sul relativo risarcimento, che rimaneva così di esclusiva spettanza dell'interessato secondo le comuni regole della responsabilità civile³⁶»³⁷. La Corte Costituzionale, in altre parole, crea nuovi spazi di intersezione tra risarcimento civile e indennità previdenziale, estendendo quest'ultima alla copertura del danno biologico, e poi anche del danno morale³⁸.

Tale indirizzo viene accolto dal legislatore della legge n. 38 del 2003, che espressamente include il “danno biologico” tra le voci indennizzate dall'INAIL, rinnovando la necessità in primo luogo di indagare circa il rapporto tra risarcimento civile e indennità previdenziale conseguenti a infortuni sul lavoro, in secondo luogo di rivalutare le modalità di computo del danno differenziale risarcibile in sede civilistica.

³⁴ C. Cost., 15 febbraio 1991, n. 87, in *Foro it.*, 1991, I, 1664, con nota di D. POLETTI. L'estensione della tutela assicurativa al danno biologico viene ribadita anche da C. Cost., 27 dicembre 1991, n. 485, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, II, 756 ss., con nota di S. GIUBBONI; C. Cost., 18 luglio 1991, n. 356, in *Riv. giur. lav.*, 1991, III, 144 ss., con nota di A. ANDREONI.

³⁵ C. Cost., 27 dicembre 1991, n. 485, con nota di S. GIUBBONI, cit.

³⁶ C. Cost., 18 luglio 1991, n. 356, con nota di A. ANDREONI, cit.

³⁷ G. LUDOVICO, *La persona del lavoratore tra risarcimento del danno e tutela del bisogno: la questione del danno differenziale*, in *Dir. rel. ind.*, 2013, 4, 1049 ss., cui si rinvia per un ampio approfondimento in merito agli effetti di tali pronunce nella materia in esame.

³⁸ C. Cost., 17 febbraio 1994, n. 37, in *Foro it.*, 1994, I, 1326, con nota di D. POLETTI.

3. Tutela indennitaria e tutela risarcitoria: diversità di funzioni e danno differenziale

In caso di assoggettamento all'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro gestita dall'INAIL, la protezione economica del lavoratore subordinato e infortunato comprende sia una tutela di carattere indennitario, di matrice previdenziale, sia una tutela di natura risarcitoria, attinente alla comune responsabilità civile.

I due rimedi, quello pubblicistico e quello privatistico, perseguono funzioni differenti, con conseguenti problemi di coordinamento tra i due ambiti.

Difatti, nonostante l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro sia nata con l'intento di sollevare il datore di lavoro dalla responsabilità civile attraverso la configurazione di un meccanismo di responsabilità oggettiva, quest'ultima non si sostituisce alla prima ma, bensì, vi si affianca³⁹.

Il "raccordo" tra la tutela civilistica e quella previdenziale è disciplinato dall'art. 10, d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124 – *Testo unico delle disposizioni per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali* – il quale prevede che il datore di lavoro assicurante i propri lavoratori presso l'INAIL è esonerato dalla responsabilità civile per infortunio sul lavoro, salvo che in determinate ipotesi in cui la responsabilità civile torna a rivivere, ovvero in caso di condanna penale per il fatto dal quale l'infortunio è derivato, anche qualora questo sia imputabile ad altri lavoratori incaricati della direzione o sorveglianza, purché il reato rientri tra quelli rilevabili d'ufficio, e purché il risarcimento non sia già integralmente ricompreso nell'indennità erogata dall'ente previdenziale, appunto, stabilendo che il risarcimento è dovuto solo per la parte che eccede le somme già versate dall'INAIL (c.d. danno differenziale). Inoltre, a norma del successivo art. 11, qualora riviva la responsabilità civile del datore di lavoro, l'Istituto previdenziale ha diritto ad agire "in regresso" nei con-

³⁹ L. GAETA, *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile. Alle origini del diritto del lavoro*, cit.; S. GIUBBONI, *Assicurazione contro gli infortuni e responsabilità civile del datore di lavoro*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1999, 1-2, 39 ss.

fronti di quest'ultimo per le somme erogate al lavoratore a titolo di indennità⁴⁰.

Tali norme devono essere lette unitamente al successivo art. 13 del d.lgs. 23 febbraio 2000, n. 38 – *Disposizioni in materia di assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, a norma dell'articolo 55, comma 1, della legge 17 maggio 1999, n. 144* – che, pur senza intervenire sugli artt. 10 e 11 del T.U., ha posto il diritto del lavoratore alla riparazione del danno biologico in capo all'ente previdenziale. In particolare, dopo aver fornito una definizione "provvisoria" di danno biologico come «lesione all'integrità psicofisica, suscettibile di valutazione medico legale, della persona... indipendente dalla capacità di produzione del reddito del danneggiato», lo ha importato all'interno della tutela indennitaria, prevedendo due tipi di prestazioni: un'indennità per le menomazioni comprese tra il 6% e il 15%, erogata in capitale e destinata a ristorare il solo danno biologico, e un'indennità per le menomazioni pari o superiori al 16%, erogata in forma di rendita periodica, comprensiva anche di un ristoro del danno patrimoniale, oltre che di quello biologico⁴¹.

La norma, sollecitata dalla stessa Corte Costituzionale a seguito dell'affermarsi di una nuova e diversa concezione della persona⁴², ha inteso conferire un più ampio respiro e una maggiore equità alla tutela previdenziale parametrandola sulla lesione dell'integrità personale psico-fisica del lavoratore, ma il mancato contestuale intervento

⁴⁰ La Corte costituzionale ha ampliato i margini di reviviscenza della responsabilità civile del datore di lavoro, consentendo che l'accertamento del reato possa essere compiuto dal giudice in sede civile, sia nel caso in cui vi sia stato un provvedimento di archiviazione conseguente alla mancata promozione dell'azione penale nei confronti del datore di lavoro o di un suo dipendente, sia nel caso in cui il procedimento penale si sia concluso con il proscioglimento del datore di lavoro o di un suo dipendente, in sede istruttoria (v. C. Cost., 30 aprile 1986, n. 118, cit.). Inoltre, la stessa Corte ha stabilito che il lavoratore infortunato, o i suoi aventi causa, hanno il diritto di ottenere un risarcimento del danno biologico, quindi non collegato alla perdita o riduzione della capacità lavorativa generica, solo se e nella misura in cui il danno risarcibile, complessivamente considerato, superi l'ammontare delle indennità corrisposte dall'ente previdenziale (v. C. Cost., 27 dicembre 1991, n. 485, con nota di S. GIUBBONI, cit.).

⁴¹ G. LUDOVICO, *La persona del lavoratore tra risarcimento del danno e tutela dal bisogno: la questione del danno differenziale*, cit.

⁴² C. Cost., 15 febbraio 1991, n. 87, con nota di D. POLETTI, cit.

sull'impianto normativo di cui agli artt. 10 e 11 T.U. ha confermato la necessità di un raccordo tra la tutela previdenziale e quella risarcitoria, nonché la facoltà del lavoratore di agire per ottenere il ristoro integrale del danno subito qualora esso non sia interamente soddisfatto dall'ente previdenziale⁴³.

La questione del danno differenziale è strettamente connessa alle funzioni assolute, rispettivamente, dal sistema risarcitorio e da quello previdenziale⁴⁴.

In base al diritto comune, la responsabilità civile persegue la funzione di sollevare la persona dalle conseguenze negative derivanti dal fatto illecito altrui; essa ha una natura risarcitoria e, pertanto, la tutela economica è volta a ristorare in modo integrale il danno subito, al fine di garantire il diritto alla salute previsto dall'art. 32 Cost. Per contro, l'indennità erogata dall'INAIL persegue la funzione di garantire al lavoratore un reddito sostitutivo di quello da lavoro perduto, assicurandogli i mezzi adeguati di vita, al verificarsi dell'evento protetto, ai sensi di quanto previsto dall'art. 38, comma 2, Cost.; essa ha natura previdenziale, è volta a sollevare il lavoratore dallo stato di bisogno, e la sua entità è legata alle misurazioni standardizzate e uniformi effettuate dall'ente, nonché al reddito del lavoratore e ai versamenti contributivi (pur trovando applicazione il principio di automaticità delle prestazioni)⁴⁵.

Pertanto, fin dagli albori dell'istituzione dell'assicurazione obbligatoria, attraverso la combinazione di tali tutele economiche, al lavoratore è stata garantita sia una tutela automatica (a seguito di infortunio verificatosi in occasione di lavoro, il lavoratore non deve provare il danno e la responsabilità del datore di lavoro) volta a sollevarlo dal bisogno economico conseguente all'evento infortunante, sia una tutela risarcitoria (nelle ipotesi di non esclusione previste dall'art. 10 T.U.) volta a compensare in maniera integrale ogni conseguenza lesiva.

⁴³ S. GIUBBONI, *Il danno patrimoniale da inabilità permanente al lavoro fra indennizzo e risarcimento*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2005, 4, 669 ss.

⁴⁴ G. LUDOVICO, *Il danno differenziale dopo la legge di bilancio 2019 e il vero intento del legislatore*, in *Giust. civ.com.*, dell'8 maggio 2019.

⁴⁵ R. CASILLO, *I confini tra tutela sociale e rimediale nel calcolo del danno differenziale, biologico e patrimoniale* (nota a Cass., 30 agosto 2016, n. 17407), in *Dir. lav. merc.*, 2016, 3, 652 ss., soprattutto paragrafo 2.

Tuttavia, mentre *ab origine* il danno non patrimoniale, anche nella sua componente biologica, rientrava nell'ambito della responsabilità civile (e, per contro, la tutela previdenziale consisteva in un indennizzo di natura patrimoniale)⁴⁶, dopo la riforma del 2000 (e in virtù di una differente considerazione della persona che ha portato a considerare le conseguenze infortunistiche in rapporto, non solo alla situazione lavorativo-reddituale del danneggiato, ma anche alla persona stessa e quindi alle sue lesioni, per l'appunto, personali, oltre che economiche)⁴⁷, ci si è dovuti interrogare sul se il legislatore avesse voluto attribuire all'ente previdenziale, non solo la funzione di attuare il principio di cui all'art. 38, comma 2, Cost., che già gli competeva, ma anche quella di garantire la tutela del diritto alla salute prevista dall'art. 32 Cost.

Secondo una tesi restrittiva, un danno differenziale non sarebbe più configurabile, in quanto la tutela indennitaria esaurirebbe il risarcimento spettante al lavoratore infortunato, dato che all'ente previdenziale compete tanto la funzione derivante dall'art. 38, comma 2, Cost., tanto quella derivante dall'art. 32 Cost. Secondo un'altra tesi, rimane configurabile un danno differenziale, ma questo sarebbe risarcibile nei limiti derivanti dall'art. 10 T.U., con esclusione del danno biologico che rimane di esclusivo appannaggio della tutela previdenziale. Infine, per un altro indirizzo interpretativo, mosso dalla rilevanza costituzionale del diritto alla salute, il danno differenziale è configurabile anche in relazione al danno biologico⁴⁸.

⁴⁶ G. CORSALINI, *Estensione della tutela INAIL. Questioni controverse*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 4, 1388 ss.; S. GIUBBONI, *Il risarcimento del danno differenziale da infortunio sul lavoro dopo la legge di bilancio 2019*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2019, 1, 183 ss.

⁴⁷ A. DE MATTEIS, *Danno differenziale e danno complementare dopo le Sezioni unite del 2008*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2010, 2, 389 ss.; A. ROSSI, *Il calcolo del danno differenziale secondo la più recente giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2017, 1, 93 ss.

⁴⁸ Per una ricostruzione delle diverse posizioni v. G. LUDOVICO, *La persona del lavoratore tra risarcimento del danno e tutela dal bisogno: la questione del danno differenziale*, cit., 1059-1064; P. SCOGNAMIGLIO, *Il danno differenziale rispetto alla prestazione dell'INAIL*, in *Mass. giur. lav.*, 2011, 4, 258 ss.; R. RIVERSO, *Esiste ancora l'esonero del datore di lavoro dalla responsabilità civile dell'art. 10 del T.U. 1124/1965?*, in *Lav. giur.*, 2008, 11, 1083 ss.; M. CINELLI, *La tutela del danno biologico nel D.Lgs. 38/2000: luci ed ombre*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2000, 3, 351 ss.; G. CORSALINI, *La tutela*

Occorre considerare che, per sua natura, il sistema previdenziale opera entro limiti che difficilmente possono consentire un effettivo pieno e integrale ristoro del danno biologico, così che, per effetto di tale evoluzione normativa, la tutela indennitaria non finisce per ricomprendere in sé tutta la tutela risarcitoria, permanendo importanti differenze che dal piano qualitativo-funzionale si riverberano su quello quantitativo⁴⁹.

Diversamente si ammetterebbe una compressione del diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost., in quanto la tutela previdenziale non ha la funzione di ristorare la persona dell'intero danno subito e non potrebbe ambire al raggiungimento di tale risultato posto che, per sua natura, essa opera sulla base di criteri standard e uniformi imposti dai vincoli di bilancio dell'ente previdenziale⁵⁰.

Pertanto, appare difficilmente configurabile che la tutela risarcitoria di matrice civilistica rimanga configurabile solo per i danni estranei alla copertura assicurativa (per il c.d. danno complementare, composto dal danno biologico conseguente a menomazioni inferiori al 6%, dal danno patrimoniale conseguente a menomazioni inferiori al 16%, nonché dalle altre "voci" di danno non patrimoniale, quale il danno morale ed esistenziale)⁵¹.

Volendo mantenere separati i due istituti, sul presupposto della diversa funzione a cui sono tesi, il lavoratore ha diritto di agire in sede civilistica, nel caso in cui l'infortunio derivi da un fatto che costituisce un reato perseguibile d'ufficio, anche per ottenere il risarcimento del c.d. danno differenziale (danno civilistico non soddisfatto dall'indennizzo INAIL), il quale deriva dalla differenza tra la diversa valutazione economica dello stesso tipo di danno (danno biologico) compiuta in base ai criteri della tutela indennitaria e di quella risarcitoria⁵².

del danno biologico da parte dell'INAIL tra novità e continuità, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2002, 1-2, 11 ss.; L. ZOPPOLI, *Il danno biologico tra principi costituzionali, rigidità civilistiche e tutela previdenziale*, in *Dir. rel. ind.*, 2001, 3, 389 ss.

⁴⁹ G. LUDOVICO, *La persona del lavoratore tra risarcimento del danno e tutela dal bisogno: la questione del danno differenziale*, cit., 1055.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ A. DE MATTEIS, *Danno differenziale e danno complementare dopo le Sezioni unite del 2008*, cit.

⁵² L'azione civile nei confronti del datore di lavoro è volta a ottenere il ristoro in-

Difatti, diretta conseguenza del fatto che le due tutele corrispondano a funzioni differenti è che la misura (il *quantum*) delle due somme, quella liquidata in sede previdenziale e quella liquidata in sede di azione civile, non coincida. Proprio perché il risarcimento civilistico è volto al ristoro integrale del danno subito esso si compone di danno patrimoniale (nelle componenti del danno emergente e del lucro cessante), del danno da lesione alla capacità lavorativa specifica liquidato, quanto alla componente biologica, sulla base delle tabelle del Tribunale di Milano, oltre al danno morale ed esistenziale comunque di natura non patrimoniale; dall'altro lato, l'indennizzo corrisposto dall'INAIL, essendo volto a sollevare il lavoratore dallo stato di bisogno, è quantificato secondo i criteri definiti dallo stesso ente, che risultano essere minori.

Quanto detto sinora porta a un'altra questione che attiene al modo in cui deve essere operata la quantificazione del danno differenziale ed è un problema che nasce proprio dalla considerazione che si tratta di tutele ontologicamente distinte e pertanto difficili da confrontare, soprattutto in assenza di indicazioni legislative su come dovrebbe essere operato tale raffronto, ma allo stesso tempo con la certezza che debba essere evitato (in quanto inibito dall'art. 10 T.U.) il cumulo tra le somme attribuite al lavoratore in sede civile e quelle liquidate in sede previdenziale.

4. Il danno differenziale e le regole generali in materia di responsabilità civile

La figura del danno differenziale, alla luce delle considerazioni svolte nel paragrafo precedente, consente di approfondire la questione relativa al rapporto tra tutela risarcitoria e tutela previdenziale: in particolare occorre chiedersi se la coesistenza dei due sistemi di tutela, quella risarcitoria, da un lato, e previdenziale, dall'altro, possa causare una possibile locupletazione, vietata dall'ordinamento.

tegrale del danno subito e da titolo all'INAIL di agire in regresso al fine di ottenere la ripetizione delle somme corrisposte al lavoratore per garantirne la pronta liberazione dal bisogno.

Invero, in base al principio di indifferenza, il patrimonio del danneggiato deve essere pari, a seguito del risarcimento del danno, alla situazione precedente al fatto illecito: ricorrendo al linguaggio economico, ciò significa che il danneggiato deve essere posto nella stessa curva di indifferenza in cui si trovava prima del compimento del fatto illecito.

Secondo la dottrina⁵³, il fondamento giuridico di questo principio è ricavabile, in linea generale, dall'art. 1223 c.c., in base al quale sono risarcibili solo i danni che costituiscono conseguenza immediata e diretta del fatto illecito: questa norma indica che lo scopo primario della tutela risarcitoria ha natura (meramente) riparatoria, nonostante a tale forma di tutela dottrina e giurisprudenza abbiano nel tempo assegnato una pluralità di funzioni, tra le quali – da ultimo – anche quella sanzionatoria e deterrente⁵⁴.

In generale, per evitare che il risarcimento, oltre a riparare, finisca anche per attribuire un indebito arricchimento al soggetto leso, è stato elaborato il meccanismo della cosiddetta *compensatio lucri cum damno*, che risponde all'esigenza di determinare esattamente il danno risarcibile quando dallo stesso fatto derivino degli svantaggi ma anche dei vantaggi patrimoniali. In base a questo meccanismo, nella determinazione del danno risarcibile si devono computare, in negativo, gli effetti vantaggiosi che hanno causa nel fatto dannoso. In altri termini, si devono sottrarre all'ammontare del risarcimento i vantaggi derivanti dal medesimo fatto illecito⁵⁵.

⁵³ G. CORSALINI, A. DE MATTEIS, *Il concorso tra risarcimento e indennizzo dinanzi alle giurisdizioni superiori e i riflessi sull'azione di rivalsa dell'INAIL*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2019, 1, 152.

⁵⁴ In generale, sulla funzione della tutela risarcitoria cfr. P. PERLINGERI, *Le funzioni della responsabilità civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 119 ss.; P.G. MONATERI, *Le fonti delle obbligazioni. La responsabilità civile*, Utet, Torino, 1998, 19; G. ALPA, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, Giuffrè, Milano, 1999, vol. IV, 132 ss.; M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, in ID. (diretto da), *Trattato della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2010, vol. II, 734 ss. Da ultimo, le Sezioni Unite, con la sentenza 5 luglio 2017, n. 16601, hanno chiarito che «alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, poiché sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabile civile».

⁵⁵ Per una ricostruzione complessiva e comparata della genesi e dello sviluppo

Occorre a questo punto chiedersi quando e come operi, concretamente, la regola della *compensatio lucri cum damno*. Quali sono i criteri in base ai quali si deve applicare il diffalco in luogo del cumulo tra le prestazioni erogate al danneggiato?

Il problema interessa soprattutto l'ipotesi della concorrenza tra prestazione risarcitoria e indennizzi assicurativi⁵⁶.

Al riguardo, in passato dottrina e giurisprudenza avevano elaborato delle soluzioni interpretative basate sulla distinzione, da un lato, tra i *titoli* delle diverse attribuzioni e, dall'altro lato, le nozioni di *causa* e *occasione*⁵⁷: la *compensatio* avrebbe potuto operare solo quando le prestazioni patrimoniali a vantaggio del danneggiato fossero legate da un nesso di causalità e non di mera occasionalità con l'evento dannoso e solo quando esse fossero accomunate dal medesimo titolo giuridico.

In particolare, si riteneva che, mentre il fatto illecito costituisce la causa del danno e quindi dell'obbligo risarcitorio *ex art. 2043 c.c.*, esso è invece mera occasione per l'operare della copertura previdenziale.

dell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale del concetto di *compensatio lucri cum damno*, si rinvia, *ex multis*, a: A. LAZZARA, *Il problema dei vantaggi connessi con il fatto illecito. La c.d. compensatio lucri cum damno*, in AA.VV., *Studi in onore di Gaetano Zingali*, Giuffrè, Milano, 1965, vol. III, 413; G. GALLIZIOLI, *Note critiche in tema di compensatio lucri cum damno*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, II, 332; G. SCOGNAMIGLIO, *In tema di "compensatio lucri cum damno"*, in *Foro it.*, 1952, I, 635; G. VISINTINI, *Cos'è la responsabilità civile. Fondamenti della disciplina dei fatti illeciti e dell'inadempimento contrattuale*, Esi, Napoli, 2014, 285; M. FERRARI, *La compensatio lucri cum damno come strumento di equa riparazione del danno*, Giuffrè, Milano, 2008, 149; ID., *La compensatio lucri cum damno è il confine mobile del risarcimento del danno?*, in B. INZITARI (a cura di), *Valutazione del danno e strumenti risarcitori*, Giappichelli, Torino, 2016, 995 ss.; U. IZZO, *È nato prima il danno o la sicurezza sociale?*, *Saggio in tre atti, Atto primo*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 6, 1816 ss.; ID., *Ibidem, Atto secondo*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 1, 40; ID., *Ibidem, Atto terzo*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 3, 759.

⁵⁶ *Amplius* su questi specifici aspetti, cfr. U. IZZO, *La "giustizia" del beneficio. Fra responsabilità civile e welfare del danneggiato*, Collana della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento, Trento, 2018, 21; G. LUDOVICO, *La persona del lavoratore tra risarcimento del danno e tutela del bisogno: la questione del danno differenziale*, cit.; V. FILÌ, *Danno biologico e assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali*, in S. PATTI, S. DELLE MONACHE (a cura di), *Trattati brevi, Responsabilità civile, Danno non patrimoniale*, Utet, Torino, 2010, 225-256.

⁵⁷ G. CORSALINI, A. DE MATTEIS, *Il concorso tra risarcimento e indennizzo dinanzi alle giurisdizioni superiori e i riflessi sull'azione di rivalsa dell'INAIL*, cit., 153-154.

Inoltre, le due attribuzioni – risarcimento e indennizzo – hanno due cause e titoli diversi. La prima si fonda sulla colpa o sul dolo del terzo; la seconda, invece, trova il suo titolo nella legge, in base alla quale l'attribuzione previdenziale può conseguire anche al fatto non illecito. Pertanto, a titolo esemplificativo, la giurisprudenza ben ammetteva il cumulo (escludendo, quindi l'operatività della *compensatio*) tra la pensione ordinaria di inabilità e il risarcimento del danno, a fronte di una lesione procurata al lavoratore da un terzo responsabile, sostenendo che le due prestazioni avessero titoli giuridici diversi e che l'evento dannoso fosse solo la condizione per l'attribuzione della pensione, ma non la causa della stessa⁵⁸.

Nel quadro dei suddetti binari interpretativi, si riscontrava, tuttavia, una norma eccentrica: l'art. 10 T.U. d.P.R. 1124/1965 costituiva, infatti, una evidente deroga al principio generale della piena cumulabilità del risarcimento con le prestazioni sociali in ragione del diverso *titolo* giuridico in base al quale erano dovute, al danneggiato, le relative somme. In base a questa disposizione: «L'assicurazione a norma del presente decreto esonera il datore di lavoro dalla responsabilità civile per gli infortuni sul lavoro. Nonostante l'assicurazione predetta permane la responsabilità civile a carico di coloro che abbiano riportato condanna penale per il fatto dal quale l'infortunio è derivato (...). Non si fa luogo a risarcimento qualora il giudice riconosca che questo non ascende a somma maggiore dell'indennità che, per effetto del presente decreto, è liquidata all'infortunato o ai suoi aventi diritto. Quando si faccia luogo a risarcimento, questo è dovuto solo per la parte che eccede le indennità liquidate a norma degli artt. 66 e seguenti. Agli effetti dei precedenti commi sesto e settimo l'indennità d'infortunio è rappresentata dal valore capitale della rendita liquidata, calcolato in base alle tabelle di cui all'art. 39».

⁵⁸ Cass., 18 novembre 1997, n. 11440; allo stesso modo cfr. Cass., 1° luglio 1994, n. 6228, in *Rass. giur. Enel*, 1996, 467: «Non può farsi luogo all'applicazione del principio della *compensatio lucri cum damno* nel caso in cui il danneggiato venga a percepire una pensione privilegiata, poiché questa non viene attribuita per il fatto che la persona offesa è stata vittima di un fatto illecito, imputabile alla pubblica amministrazione o a un terzo, ma solo perché, sussistendo le condizioni di legge (morte o invalidità per causa di servizio), l'offeso o i superstiti hanno diritto a quel determinato tipo di pensione».

Come sostenuto dalla dottrina⁵⁹, la finalità di tale deroga era quella di permettere all'ente previdenziale di rivalersi sulla parte di indennizzo altrimenti dovuta all'assicurato, così da garantire ulteriori risorse alla tutela assicurativa. Infatti, come ben esplicitato dalla Corte costituzionale⁶⁰, l'azione di regresso costituisce una delle fonti di finanziamento della garanzia indennitaria, che in questo modo è in grado di tutelare più efficacemente i lavoratori. Ecco spiegata la funzione della rivalsa: essa permette all'INAIL di recuperare dal datore le somme erogate a favore del lavoratore, in modo da finanziare le prestazioni a favore dei lavoratori vittime di infortuni o malattie non imputabili alla responsabilità datoriale.

5. I recenti arresti delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione in materia di *compensatio lucri cum damno*

Questi approdi interpretativi sono stati di recente messi in discussione dalle Sezioni Unite della Cassazione (sentenze gemelle 22 maggio 2018 n. 12564, 12565 e 12566 e 12567) e, in particolare, dalla pronuncia che affronta specificamente il problema del concorso tra indennizzo INAIL corrisposto per l'infortunio *in itinere* e risarcimento del danno⁶¹.

⁵⁹ G. LUDOVICO, *Il danno differenziale dopo la legge di bilancio 2019 e il vero intento del legislatore*, cit., 10 ss.

⁶⁰ C. Cost., 4 maggio 1972, n. 78. Sul punto anche C. Cost., 29 ottobre 1999, n. 405, in *Mass. giur. lav.*, 267, con nota di L. SPAGNUOLO VIGORITA; C. Cost., 3 febbraio 1994, n. 22; C. Cost., 31 marzo 1988, n. 372, per la quale «l'azione di regresso» «ha una sua peculiarità ed autonomia», ponendosi «in funzione delle finalità istituzionali dell'ente» e a tutela dell'«interesse dell'I.N.A.I.L. al recupero delle somme pagate» «che è di natura del tutto diversa dall'interesse delle parti private», trattandosi di «un autonomo diritto dell'Ente derivante dal rapporto assicurativo» che «ha per oggetto la ripetizione della indennità o della rendita pagata».

⁶¹ Cass., 22 maggio 2018, n. 12564, n. 12565, n. 12566, n. 12567, in *Foro it.*, 2018, 6, 1, 1901. Tra i numerosi commenti alle sentenze, v. P. GALLO, *La compensatio lucri cum damno e i suoi confini*, in *Giur. it.*, 2018, 6, 1343; R. PARDOLESI, *Assicurazione e responsabilità civile, risarcimento più indennizzo: troppa grazia? Modelli a confronto*, in *Danno resp.*, 2018, 4, 410; R. PARDOLESI, P. SANTORO, *Sul nuovo corso della compensatio*, in *Danno resp.*, 2018, 424 ss.; F. PAROLA, *Le Sezioni Unite della Corte di Cassa-*

La grande novità delle Sezioni Unite è quella di aver spostato il *focus* dal criterio dei *titoli* a quello della *funzione* cui sono tesi i benefici. In altri termini, la prospettiva è quella del collegamento funzionale tra causa della attribuzione patrimoniale e obbligazione risarcitoria: secondo la Corte, quando la finalità delle due prestazioni è la medesima, potrà operare la *compensatio*; viceversa, quando lo scopo perseguito è diverso, opererà il cumulo.

Ma tenendo presente quanto riferito poco fa in merito alle diverse funzioni cui ontologicamente sono tesi il sistema risarcitorio e quello previdenziale, sembra possibile rilevare una sorta di incongruenza nel ragionamento della Cassazione. La diversità ontologica e funzionale dei due rimedi presi in considerazione dovrebbe condurre, seguendo il ragionamento della Corte, al cumulo tra risarcimento e indennizzo, posto che secondo questa pronuncia, solo se le prestazioni sono funzionalmente identiche, esse devono essere sottoposte al meccanismo della *compensatio*. In realtà, quest'apparente contraddizione si risolve considerando che il vero criterio dirimente per determinare l'operatività o meno dello scomputo è la previsione, da parte del legislatore, della surroga o rivalsa dell'INAIL quale meccanismo di riequilibrio tra le prestazioni in gioco. Non si può avere *compensatio* senza una norma legislativa specifica che preveda tale surroga o rivalsa, sicché questo criterio diventa l'unico ed esclusivo che assorbe il primo, e cioè quello della funzione delle due erogazioni.

In ogni caso, lo scomputo tra risarcimento e indennizzo si giustifica anche in ragione dell'identità dell'evento, il fatto illecito, imputabile al datore. Solo quando c'è un fatto illecito ci può essere il danno differenziale. In questa circostanza, tale fatto è alla base tanto della prestazione risarcitoria, quanto di quella previdenziale, ancorché le due assolvano a finalità diverse.

zione si pronunciano sul tema della compensatio lucri cum damno, in *I Contratti*, 2018, 388; G. VILLA, *Brevi annotazioni al confine tra compensatio e autonomia privata*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 10, 1499 ss.; E. BELLISARIO, *Compensatio lucri cum damno: il responso delle Sezioni Unite*, in *Danno resp.*, 2018, 4, 438; S. MONTI, *La compensatio lucri cum damno e il "compromesso innovativo" delle Sezioni Unite*, *ivi*, 448; F. A. MAGNI, *Le Sezioni Unite confermano il divieto di cumulo di indennizzo assicurativo e risarcimento del danno*, in *Corr. giur.*, 2018, 8-9, 1051.

Individuato il fondamento giuridico del meccanismo dello scomputo nel rapporto tra risarcimento e indennizzo INAIL, dottrina e giurisprudenza hanno elaborato diverse tesi per stabilire quale sia la modalità di calcolo da attuare per eseguire il suddetto diffalco⁶².

6. La tesi del calcolo del danno differenziale per poste omogenee

La tesi del calcolo per poste omogenee è la tesi maggiormente seguita dalla Cassazione a partire dal 2015⁶³: il danno differenziale è determinato scomputando “posta per posta omogenea” e cioè sottraendo ad ogni singola voce di danno riconosciuto all’infortunato la corrispondente voce indennizzata dall’INAIL.

Tale modalità di raffronto tra indennizzo e risarcimento impone, preliminarmente, di distinguere i danni c.d. complementari che, in quanto esclusi dalla copertura indennitaria, restano sottratti alla regola dell’esonero e alla rivalsa dell’INAIL, rimanendo di esclusiva spettanza del lavoratore (es. danni morali), da quelli c.d. differenziali che sono, viceversa, inclusi nella tutela previdenziale (danno biologico e, sopra la soglia del 16%, patrimoniale); successivamente, occorre procedere, in tale ambito, ad un ulteriore e distinto confronto tra gli importi erogati a titolo di indennizzo del danno biologico permanente e del danno patrimoniale da riduzione permanente della capacità lavorativa e le somme rispettivamente liquidate a titolo risarcitorio per le stesse voci

⁶² Per una completa ricostruzione, cfr. G. LUDOVICO, *Il danno differenziale dopo la legge di bilancio 2019 e il vero intento del legislatore*, cit. Per un excursus sul dibattito giurisprudenziale in tema di danno differenziale, v. S. GIUBBONI, A. CIRIELLO, *Il risarcimento del danno differenziale derivante da infortunio sul lavoro dopo la legge n. 145 del 2018*, in *Giust. civ.com.*, 16 maggio 2019, 5 ss.; A. CIRIELLO, *Il danno differenziale nella giurisprudenza*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2008 II, 456 ss.; U. IZZO, *La «giustizia» del benefico. Fra responsabilità civile e welfare del danneggiato*, cit., 217 ss.

⁶³ In questo senso: Cass., 15 ottobre 2018, n. 25618, ord.; Cass., 21 novembre 2017, n. 27669, in *Lav. giur.*, 2018, 3, 314; Cass., 10 aprile 2017, n. 9166, in *Lav. giur.*, 2017, 820 ss.; Cass., 9 novembre 2016, n. 22862, ord.; Cass., 14 ottobre 2016, n. 20807, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2017, 93 e 141, con nota di A. ROSSI, cit.; Cass., 30 agosto 2016, n. 17407, ord., in *Foro it.*, 2016, I, 3468, con nota di J. DI ROSA; Cass., 20 aprile 2016, n. 7774; Cass., 24 marzo 2016, n. 5880, in *Guida dir.*, 2016, 22, 52 ss.; Cass., 26 giugno 2015, n. 13222, in *Foro it.*, 2015, I, 3169 ss.

di danno: si otterrà quindi un danno biologico differenziale e un danno patrimoniale differenziale⁶⁴.

Gli argomenti a favore di questa tesi si basano essenzialmente sul vantaggio rinvenibile in capo al lavoratore⁶⁵, soprattutto nelle ipotesi in cui, a fronte della rendita INAIL comprendente anche la quota per danno patrimoniale (danno biologico per lesione psico-fisica superiore alla soglia del 16%), non corrisponda un effettivo danno patrimoniale civile: in questo modo il lavoratore percepisce una prestazione dall'INAIL, pur in assenza di un danno civilistico.

D'altro canto, tuttavia, questo criterio riduce la possibilità di recupero pieno da parte dell'INAIL delle somme che ha erogato per indennizzare il danno patrimoniale presunto oltre il 16% per cento, essendo in questo modo escluso il diritto dell'Ente previdenziale alla rivalsa⁶⁶.

⁶⁴ Così, Cass., 30 agosto 2016, n. 17407, ord., secondo la quale «per calcolare il danno biologico permanente differenziale è necessario: (a) determinare il grado di invalidità permanente patito dalla vittima e monetizzarlo, secondo i criteri della responsabilità civile, ivi inclusa la personalizzazione o danno morale che dir si voglia, attesa la natura unitaria ed omnicomprensiva del danno non patrimoniale; (b) sottrarre dall'importo sub (a) non il valore capitale dell'intera rendita costituita dall'INAIL, ma solo il valore capitale della quota di rendita che ristora il danno biologico», e allo stesso modo relativamente al danno patrimoniale «il relativo indennizzo assicurativo potrà essere detratto dal risarcimento aquiliano solo se la vittima abbia effettivamente patito un pregiudizio di questo tipo».

⁶⁵ S. GIUBBONI, *Il risarcimento del danno differenziale da infortunio sul lavoro dopo la legge di bilancio*, cit., 192.

⁶⁶ G. LUDOVICO, *Il danno differenziale dopo la legge di bilancio 2019 e il vero intento del legislatore*, cit., 5-6, il quale osserva che le argomentazioni addotte dalla dottrina per giustificare la compressione delle ragioni creditorie dell'INAIL non appaiono particolarmente persuasive: «si assume al riguardo che l'ente previdenziale potrebbe surrogarsi soltanto nei crediti che la vittima vanta nei confronti del responsabile civile, sicché, in caso di indennizzo di un danno patrimoniale ritenuto insussistente in sede risarcitoria, l'inesistenza del relativo credito in capo al lavoratore ne impedirebbe il successivo trasferimento all'assicuratore sociale. Per quanto indubbiamente riferibile alla comune azione di surrogazione dell'art. 1916 c.c., il ragionamento non pare invece applicabile alla speciale azione di regresso che l'INAIL ha diritto di esercitare ai sensi dell'art. 11 T.U. nei confronti del datore di lavoro e dei suoi dipendenti, trattandosi di un'azione che un consolidato orientamento dei giudici costituzionali e di legittimità riconosce all'ente previdenziale iure proprio per la soddisfazione di un proprio credito

In conclusione, il calcolo per poste omogenee determina, a fronte di una notevole compressione delle ragioni creditorie dell'ente previdenziale, uno speculare vantaggio per il lavoratore, che potrebbe cumulare un importo complessivamente superiore al valore del danno effettivamente sofferto.

Un'ultima riflessione.

Potrebbe sembrare che questo metodo di calcolo del danno differenziale sia difficilmente compatibile con il principio di onnicomprensività del danno non patrimoniale espresso dalle Sezioni Unite nella nota sentenza di San Martino. Questo dubbio, tuttavia, può essere sciolto in senso negativo: infatti, il concetto di onnicomprensività non deve essere frainteso. Quando si parla di onnicomprensività si intende che la nozione di danno non patrimoniale è unitaria, ma non monolitica: il danno non patrimoniale è una categoria ampia e include al suo interno tutti i possibili pregiudizi alla persona, non suscettibili di valutazione economica. Le Sezioni Unite non hanno mai negato l'esistenza di diverse voci di danno non patrimoniale, ma al contrario, nell'affermarne l'onnicomprendività, ne hanno ribadito la necessità di un ristoro integrale ed effettivo: ristoro integrale che può essere raggiunto solo attraverso la doverosa considerazione di tutti i pregiudizi alla persona⁶⁷.

e non in virtù della successione a titolo particolare nelle ragioni creditorie dell'infortunato».

⁶⁷ In questo senso, si condividono le riflessioni di A. DE MATTEIS, *Danno differenziale e danno complementare dopo le Sezioni Unite del 2008*, cit., 399: «la nozione di danno non patrimoniale accolta dalle Sezioni unite è unitaria, nel senso di omogenea, non nel senso di monolitica; al contrario essa è ampia e onnicomprensiva, perché include tutti i molteplici pregiudizi alla persona non suscettibili di valutazione economica, ivi compreso il pregiudizio di non poter continuare a svolgere lo stile di vita a cui si era abituati, nel che veniva identificato il vecchio danno esistenziale, ed a cui si riferisce l'art. 138, d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209. L'integralità del risarcimento comporta il mantenimento in servizio del principio costituzionale secondo cui il lavoratore non può, solo per tale sua qualità, quando vi sia un danneggiante, ricevere, in sede di risarcimento del danno per responsabilità civile, un trattamento deteriore rispetto al cittadino».

7. *La tesi del calcolo per sommatoria*

In sintesi, alla luce di tale modalità di calcolo, l'operazione deve essere condotta per "poste complessive"⁶⁸. Alla sommatoria del danno biologico e patrimoniale riconosciuto civilisticamente deve essere sottratto l'ammontare complessivo della prestazione previdenziale unitariamente considerata (senza quindi distinguere tra le poste del biologico previdenziale e del patrimoniale previdenziale).

Sono numerosi gli argomenti che possono essere addotti a favore di tale scelta. Innanzitutto, essa consente di pervenire a una maggiore semplificazione del calcolo e, quindi, soddisfa meglio all'esigenza di certezza.

In secondo luogo, appare conforme al dettato dell'art. 38 Cost. secondo cui le prestazioni previdenziali hanno carattere universale in quanto destinate a soddisfare indistintamente le esigenze di vita del lavoratore, senza alcuna distinzione tra pregiudizi, patrimoniali o non, che devono essere tutti comunque riparati. Per questo motivo, si parla di a-causalità delle prestazioni previdenziali.

Inoltre, i danni considerati sono ontologicamente diversi solo quando i singoli ristori sono, ai sensi dell'art. 2058 c.c., effettuati in forma specifica. Infatti, solo in questo caso può rilevare l'essenza dell'interesse che viene ristorato con il risarcimento. Quando invece le conseguenze pregiudizievoli cagionate dal medesimo evento sono ristorate per equivalente, con una somma di denaro, la lesione dell'eventuale pregiudizio si trasforma in un credito di natura pecuniaria e dunque in una prestazione fungibile, per sua natura, e idonea a confondersi con il ristoro di altri interessi lesi dal medesimo evento.

In conclusione, ponendosi dalla prospettiva dell'INAIL, questa teoria consente un recupero più facile in via di rivalsa, che per mezzo di tale meccanismo si può addirittura arricchire: infatti, applicando il metodo del calcolo per sommatoria, tramite l'azione di rivalsa, l'ente può anche recuperare somme che di fatto non ha erogato⁶⁹.

⁶⁸ G. LUDOVICO, *Il danno differenziale dopo la legge di Bilancio 2019 e il vero intento del legislatore*, cit.

⁶⁹ G. CORSALINI, *La surroga dell'INAIL: cumulo di azioni, obbligo di accantonamento, limiti alla rivalsa e danno differenziale, in attesa delle S.U. sulla compensatio*

8. Il danno complementare

Una sintesi delle due teorie in questione è costituita dalla c.d. teoria mediana, che però necessita della preliminare delineazione del concetto di danno complementare⁷⁰. Il danno complementare ingloba tutte quelle voci di danno risarcibile che non sono oggetto di copertura INAIL. Va da sé che per esse non opera l'esonero della responsabilità del datore di lavoro, che quindi sarà chiamato a risarcire il danno complementare in via esclusiva, senza che in tale rapporto intervenga l'Ente. La dottrina che accoglie la tesi del calcolo per singole poste⁷¹

lucris cum damno, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 556 ss.

⁷⁰ Sul punto v., G. MARANDO, *Responsabilità, danno e rivalsa per gli infortuni sul lavoro*, Giuffrè, Milano, 2003, 47-48; cfr. G. CORSALINI, A. DE MATTEIS, *Il concorso tra risarcimento e indennizzo dinanzi alle giurisdizioni superiori e i riflessi sull'azione di rivalsa dell'INAIL*, cit., 172; M. DE CRISTOFARO, *Indennizzo INAIL e danno differenziale dopo la legge di bilancio 2019: le prime pronunce*, in *Giust. civ.com.*, 14 maggio 2019, 4 ss.; A. DE MATTEIS, *Danno differenziale e danno complementare dopo le Sezioni unite del 2008*, cit., 402-403; G. LUDOVICO, *La persona del lavoratore tra risarcimento del danno e tutela dal bisogno: la questione del danno differenziale*, cit., 1055 ss.; D. POLETTI, *Danni alla persona e infortuni sul lavoro (con osservazioni sul funzionamento della riforma INAIL)*, in *Resp. civ. prev.*, 2004, 4-5, 935 ss., § 4; R. RIVERSO, *La liquidazione del danno non patrimoniale del lavoratore dopo le sentenze delle Sezioni Unite del 2008*, in *Lav. giur.*, 2010, 11, 1070. In particolare, sui più recenti arresti dottrinali, cfr. L. DI BONA, *Per una ragionevole determinazione del risarcimento del danno da infortunio in itinere e della rivalsa da parte dell'INAIL, nel concorso fra indennizzo e risarcimento civilistico*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2016, 2, 264; G. LUDOVICO, *Per una rilettura costituzionalmente coerente delle azioni di rivalsa dell'INAIL*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2014, 3, I, 632.

⁷¹ In merito alla teoria ed alle relative considerazioni, v. *supra* § 2.3. e cfr. E. BELLISARIO, *Il calcolo del danno differenziale: profili critici di un "blitz" legislativo discutibile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 2, 304; M. CASOLA, *Esonero da responsabilità del datore di lavoro e conseguenze processuali in tema di danno differenziale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, I, 123 ss.; L. DE ANGELIS, *Il danno differenziale tra diritto comune, diritti speciali e schizofrenia legislativa*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 392/2019, 13 ss.; M. DE CRISTOFARO, *Indennizzo assicurativo INAIL e risarcimento del danno non patrimoniale dopo l'intervento della Legge di bilancio 2019*, in *Corr. giur.*, 2019, 351 ss.; A. DE MATTEIS, *Danno differenziale e danno complementare dopo le Sezioni unite del 2008*, cit., 402; S. GIUBBONI, *Il risarcimento del danno differenziale da infortunio sul lavoro dopo la legge di bilancio 2019*, cit., 183 ss.; G. LUDOVICO, *Tra responsabilità civile e tutela previdenziale: presupposti, limiti e criteri di calcolo del danno differenziale*, in

sostiene che la differenza tra danno differenziale e danno complementare non sia altro che una conseguenza delle sentenze del 1991⁷² le quali, sollecitando il legislatore alla sottrazione del danno biologico alla regola dell'esonero, avrebbero sostenuto la necessità di scomporre il danno nelle singole voci che lo compongono⁷³. Proprio il danno complementare costituisce il punto di contatto tra la teoria della sommatoria e la teoria mediana, in quanto esso viene scorporato dalla totalità delle voci che, alla luce del concorso tra risarcimento disposto dal giudice del lavoro e indennizzo erogato dall'INAIL, costituiscono oggetto del dibattito.

9. La teoria mediana: una sintesi costituzionalmente orientata

La tesi mediana permette di bilanciare interessi dell'INAIL e della vittima di infortunio, senza restringere la rivalsa dell'Istituto assicuratore⁷⁴. In pratica, si procede prima allo scorporo, in favore del lavoratore, del danno complementare, e poi si prosegue con la determina-

Arg. dir. lav., 2017, 1, 228; ID., *Presupposti e limiti oggettivi dell'azione di regresso dell'INAIL*, cit., 27 ss.; F. ROSSI, *Risarcimento da infortunio sul lavoro: detrazione dell'indennizzo INAIL dalle singole poste di danno*, in *Lav. giur.*, 2012, 375 ss.

⁷² Il riferimento è a C. Cost., 15 febbraio 1991, n. 87, con nota di D. POLETTI, cit.; C. Cost., 18 luglio 1991, n. 356, in *Foro it.*, 1991, I, 2967 ss., con nota di G. DE MARZO; C. Cost., 27 dicembre 1991, n. 485, in *Foro it.*, 1993, I, 72 ss., con nota di G. BIANCO. Sul punto, cfr. C. Cost., 26 luglio 1979, n. 88, in *Giust. civ.*, 1980, I, 534 ss., con nota di G. ALPA; C. Cost., 14 luglio 1986, n. 184, in *Foro it.*, 1986, I, 2053 ss., con nota di G. PONZANELLI; C. Cost., 6 giugno 1989, n. 319, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1990, 942 ss., con nota di D. POLETTI; C. Cost., 17 febbraio 1994, n. 37, in *Resp. civ. prev.*, 1994, 216 ss., con nota di G. SCALFI. V. anche Cass., 6 giugno 1981, n. 3675, in *Giust. civ.*, 1981, I, 1903 ss., con nota di G. ALPA. In dottrina, v. A. DE MATTEIS, S. GIUBBONI, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Giuffrè, Milano, 2005, 955 ss.; L. MONTUSCHI, *Problemi del danno alla persona nel rapporto di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, I, 319 ss.; M. PERSIANI, *Tutela previdenziale e danno biologico*, in *Dir. lav.*, 1992, I, 233 ss.

⁷³ G. LUDOVICO, *Il danno differenziale dopo la legge di bilancio 2019 e il vero intento del legislatore*, cit., 6.

⁷⁴ S. GIUBBONI, *Il risarcimento del danno differenziale da infortunio sul lavoro dopo la legge di bilancio 2019*, cit., 192.

zione del danno differenziale con il calcolo per sommatoria. Il danno che residua dallo scorporo del complementare, che resta fuori dalla copertura assicurativa e quindi spetta al lavoratore in via esclusiva, va considerato come differenziale e quindi si prescinde dalla natura patrimoniale o meno dello stesso. Tale teoria costituisce, secondo parte della dottrina⁷⁵, una sintesi delle diverse posizioni che offre lettura costituzionalmente orientata della vicenda. Ci sono voci di danno che sono estranee al rapporto previdenziale: il danno biologico “temporaneo”, la “personalizzazione” del danno biologico, le voci di danno morale o dinamico-relazionale, che pacificamente non rientrano sotto la copertura degli indennizzi INAIL. Queste vengono scorporate dal risarcimento e non sono oggetto di riduzione per la rivalsa INAIL. Parte della dottrina ritiene⁷⁶ che in realtà la sommatoria può creare problemi relativi alla reimpostazione della natura del danno non patrimoniale a seguito delle sentenze di San Martino⁷⁷, che la dottrina ha interpretato

⁷⁵ Cfr. S. GIUBBONI, A. ROSSI, *Infortuni sul lavoro e risarcimento del danno*, Giuffrè, Milano, 2012, 31 e 180 ss.; S. GIUBBONI, G. LUDOVICO, A. ROSSI, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Cedam, Padova, 2014, 419-420.

⁷⁶ Sul punto, cfr. E. BELLISARIO, *Il calcolo del danno differenziale: profili critici di un “blitz” legislativo discutibile*, cit., 288 e 290, spec. 12 e 19; R. CASILLO, *I confini tra tutela sociale e rimediabile nel calcolo del danno differenziale, biologico e patrimoniale*, cit., 652 ss.; A. DE MATTEIS, *Danno differenziale e danno complementare dopo le Sezioni unite del 2008*, cit., 399; S. GIUBBONI, *Note d'attualità in tema di risarcimento del danno da infortunio sul lavoro*, cit., 1 ss.; ID., *Il risarcimento del danno differenziale da infortunio sul lavoro dopo la legge di bilancio 2019*, cit., 188 ss.; S. GIUBBONI, A. CIRIELLO, *Il risarcimento del danno differenziale derivante da infortunio sul lavoro dopo la legge n. 145 del 2018*, cit., 7; R. RIVERSO, *La liquidazione del danno non patrimoniale del lavoratore dopo le sentenze delle Sezioni Unite del 2008*, cit., 1067 ss. V. anche V. AMATO, *Il rischio extralavorativo fonte del danno differenziale e del danno complementare*, in *Lav. giur.*, 2015, 5, 92; A. LEUZZI, *I danni risarcibili anche alla luce di Cass. Sez. Un. 11 novembre 2008 n. 26972. Il danno differenziale ed il regresso INAIL*, Relazione all'incontro di studio “Tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro”, organizzato dal CSM, il 18-20 febbraio 2009; G. LUDOVICO, *Tra responsabilità civile e tutela previdenziale: presupposti, limiti e criteri di calcolo del danno differenziale*, cit., 222 e 227; L. MONTUSCHI, *Il risarcimento dei danni non patrimoniali: “personalizzare si può”*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, 901 ss.

⁷⁷ Cass. S.U., 11 novembre 2008, n. 26972, n. 26973, n. 26974, n. 26975, in *Giur. it.*, 2009, 10, 2196 ss., con nota di A. ANGIULI; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, 2, 102 ss., con nota di E. BARGELLI E M. DI MARZIO; in *Fam. dir.*, 2009, 2, 113 ss., con nota di

nel senso della onnicomprensività del danno non patrimoniale ma che in realtà potrebbero essere lette, più che come un tentativo di ridefinire i confini del danno non patrimoniale, come un monito che vieta la duplicazione delle voci di danno, che deve essere quantificato in modo compatibile con la natura non punitiva del risarcimento. Non, dunque, una pretesa definitoria in positivo, ma una direttiva in negativo che mira a conciliare il riconoscimento di nuove voci di danno risarcibile con i principi del nostro ordinamento. Tale lettura più restrittiva, per quanto meno rivoluzionaria, delle sentenze gemelle del 2008, si riversa sulla teoria mediana nel senso dell'attenuazione della critica: se è pur vero che il bipolarismo che divide il danno patrimoniale dal non patrimoniale impone, nella determinazione del risarcimento, di «non mescolare mele con pere»⁷⁸, di fatto la sommatoria permetterebbe, oltre che di avvantaggiare il lavoratore, anche di dotare il giudice di uno strumento più preciso, che rende più accessibile il calcolo dell'ammontare del risarcimento in termini di certezza. Ad ogni modo, tali sentenze non si riferiscono esplicitamente agli artt. 10 e 11 e, pertanto, non vi sarebbe ragione di richiamarle in causa con riguardo alla determinazione del risarcimento/indennizzo.

10. *Il tentativo di riforma ad opera della L. 145/2018*

A porre fine al dibattito, almeno in via transitoria, è la legge n. 145 del 2018, che esplica i criteri per la determinazione del danno nei rapporti tra indennizzo e risarcimento attraverso delle modifiche apportate al TU⁷⁹. La legge n. 145 del 2018, definita dalla dottrina come legge

G. FACCI; in *Danno resp.*, 2009, 3, 279 ss., con nota di M. GAZZARA; ivi, 2009, 1, 19 ss., con nota di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO e S. LANDINI; in *Giur. it.*, 2009, 2, 317 ss., con nota di V. TOMARCHIO; ivi, 2009, 6, 1380 ss., con nota di M. VIZIOLI.

⁷⁸Cfr. R. DALLA RIVA, *Il c.d. "danno differenziale" negli infortuni sul lavoro. Le diverse proposte interpretative nell'attesa di un indirizzo di legittimità*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2014, I, 3, 564 ss.

⁷⁹Cfr. art. 1, comma 1126, legge 30 dicembre 2018, n. 145 (legge di bilancio 2019), che ha modificato gli artt. 10 e 11 d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124 (Testo unico delle disposizioni per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali) e l'art. 142, D. Lgs. 9 settembre 2005, n. 209 (Codice delle assi-

*per lancem saturam*⁸⁰, contiene riferimenti alle materie più disparate, che vanno dall'impresa familiare, alla tessera sanitaria ecc...

L'art. 1 comma 1126 della legge n. 145 del 2018, c.d. legge di bilancio per il 2019, modifica il sesto comma dell'art. 10 del TU: ridefinisce i criteri di calcolo in modo sfavorevole al lavoratore qualora il giudice riconosca un danno «complessivamente calcolato per i pregiudizi oggetto di indennizzo» che sia inferiore a quanto indennizzato dall'INAIL «a qualsiasi titolo ed indistintamente». La contraddizione in termini è evidente: da una parte, infatti, si parla di pregiudizi oggetto di indennizzo, espressione con la quale evidentemente ci si riferisce ai danni oggetto di copertura INAIL. Un'espressione che rievoca una somma, percepita dal lavoratore, non comprensiva di tutte le voci di danno perché riferita solo a quelle oggetto di copertura; successivamente, invece, si parla di indennità a qualunque titolo liquidata all'infortunato, che va sottratta dall'indennizzo. La dottrina⁸¹ ha notato come, di fatto, il lavoratore venga privato in tal modo di una parte del proprio credito che, non riconosciuto dall'INAIL perché non oggetto di copertura assicurativa e non pagato dal datore di lavoro perché, pur se riconosciuto dal giudice, è inserito in un calcolo che dà luogo ad una somma complessiva minore dell'indennizzo, non viene più corrisposto al lavoratore.

Tale lettura rivoluzionaria, basata su un'interpretazione letterale della norma, deve conciliarsi con l'interpretazione della Consulta⁸² se-

curazioni private) stabilendo che l'assicuratore può rivalersi sul responsabile per l'indennizzo complessivo liquidato "a qualunque titolo". Cfr. E. BELLISARIO, *Il calcolo del danno differenziale: profili critici di un "blitz" legislativo discutibile*, cit., 283 ss.

⁸⁰ M. ROSSETTI, *La maledizione di Kirchmann, ovvero che ne sarà del danno differenziale*, in *www.questionegiustizia.it*, 6 febbraio 2019; cfr. L. DE ANGELIS, *Il danno differenziale tra diritto comune, diritti speciali e schizofrenia legislativa*, cit., 13-14.

⁸¹ Sul punto, v. R. RIVERSO, *La finanziaria diminuisce il risarcimento del danno spettante al lavoratore invalido (ed arricchisce l'impresa)*, in *www.questionegiustizia.it*, 13 marzo 2019.

⁸² Così C. Cost. n. 319/1989, cit.; cfr. C. Cost. 9 marzo 1967, n. 22, in *Dir. lav.*, 1967, II, 400 ss., con nota di M. PERSIANI; C. Cost. n. 356/1991, cit.; C. Cost. n. 485/1991, cit.; C. Cost. 3 febbraio 1994, n. 22, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1994, II, 67 ss.; C. Cost. n. 37/1994, cit.; Cass. 7 luglio 1992, n. 8235, in *IP*, 1992, 1120 ss.; Cass., 15 settembre 1995, n. 9761, in *Danno resp.*, 1996, 2, 255 ss.; Cass., 29 settembre 1998, n. 9730, in *Ass. soc.*, 2000, II, 2, 3 ss. In dottrina, cfr. R. D'AVOSSA, *Danno differenziale*

condo la quale la regola dell'esonero opera nell'ambito dell'oggetto dell'assicurazione. Quindi, laddove non intervenga copertura assicurativa per mancanza dei presupposti, non opera l'esonero.

La legge n. 145 del 2018 è intervenuta altresì sul comma 7 dell'art. 10. Il nuovo comma 7 dispone, infatti, che non debba più operarsi distinzione tra danno differenziale nella forma del danno biologico dovuto dall'INAIL e maggiorazione derivante da incapacità lavorativa.

La lettura dei commi 6 e 7 lascerebbe credere che il legislatore abbia voluto dare veste legislativa alla tesi mediana. Tale considerazione non trova conferma nell'art. 11, che fa invece riferimento, con riguardo al diritto di regresso, alle somme erogate a qualsiasi titolo. Il limite, quindi, non è più quello del comma 6 dell'art. 10, ma è costituito solo dal complessivo danno risarcibile. I criteri di calcolo, in sostanza, sembrano essere diversi.

La legge, portatrice di non poche criticità, non è stata ben accolta dalla dottrina⁸³, benché depositaria di una apparente risoluzione della

ed esonero da responsabilità civile del datore per infortunio e malattia professionale: le questioni irrisolte, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, 77 ss.; R. DELLA RIVA, *Il "danno differenziale" negli infortuni sul lavoro. Le diverse proposte interpretative nell'attesa di un indirizzo di legittimità*, cit., 547 ss.; A. DE MATTEIS, *Assicurazione infortuni: perché non esiste più la regola dell'esonero*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2011, 355 ss.; A. FONTANA, *Azione di regresso. Aspetti e problematiche attuali*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2011, 411 ss.; G. LUDOVICO, *Presupposti e limiti oggettivi dell'azione di regresso dell'INAIL*, cit., 27 ss.; R. RIVERSO, *La liquidazione del danno non patrimoniale del lavoratore dopo le sentenze delle Sezioni Unite del 2008*, cit., 1076; ID., *Fondamento e limiti dell'esonero del datore di lavoro dalla responsabilità civile*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2014, I, 672 ss.

⁸³ Sul punto, per un'analisi delle posizioni contrastanti cfr. E. BELLISARIO, *Il calcolo del danno differenziale: profili critici di un "blitz" legislativo discutibile*, cit., 283 ss.; G. CORSALINI, A. DE MATTEIS, *Il concorso tra risarcimento e indennizzo dinanzi alle giurisdizioni superiori e riflessi sull'azione di rivalsa dall'INAIL*, cit., 151 ss.; L. DE ANGELIS, *Il danno differenziale tra diritto comune, diritti speciali e schizofrenia legislativa*, cit., 3 ss.; M. DE CRISTOFARO, *Indennizzo assicurativo INAIL e risarcimento del danno non patrimoniale dopo l'intervento della Legge di bilancio 2019*, cit., 350 ss.; ID., *Indennizzo INAIL e danno differenziale dopo la legge di bilancio 2019: le prime pronunce*, cit., 3 ss.; S. GIUBBONI, A. CIRIELLO, *Il risarcimento del danno differenziale derivante da infortunio sul lavoro dopo la legge n. 145 del 2018*, cit., 3 ss.; S. GIUBBONI, *Il risarcimento del danno differenziale da infortunio sul lavoro dopo la legge di bilancio 2019*, cit., 183 ss.; G. LUDOVICO, *Il danno differenziale dopo la legge di bilancio 2019 e il vero intento del legislatore*, cit., 3 ss.; R. RIVERSO, *La finanziaria diminuisce il risarcimento*

questione mediante criteri che, per quanto discutibili, avrebbero posto fine al dibattito nel tempo protrattosi. Ciò anche se il prezzo da pagare è la riduzione in cartaccia di intere biblioteche, predetta da Kirchmann⁸⁴ proprio in ipotesi come questa, in cui «tre paroline del legislatore» vanificano tutto il dibattito previgente. In realtà, la legge ha vita limitata, stante l'abrogazione delle modifiche sin qui descritte ad opera del c.d. decreto crescita⁸⁵. Il venir meno degli aspetti riformati dalla legge finanziaria del 2019, tuttavia, fa rivivere le vecchie questioni in merito ai vari criteri di calcolo, alle voci di danno da comprendere, alla compatibilità di tale sistema con i principi del nostro ordinamento. In sostanza, quindi, la maledizione di Kirchmann non può dirsi scampata, anche se non si manifesta nella forma della vanificazione del dibattito dottrinale e giurisprudenziale, ma della sua reviviscenza.

11. *Questioni di diritto intertemporale*

Le problematiche introdotte dalla l. 30 dicembre 2018, n. 145⁸⁶ non sono ridimensionate dall'abrogazione prevista nel "decreto crescita"⁸⁷, perché permangono nella dimensione intertemporale del periodo

del danno spettante al lavoratore invalido (ed arricchisce l'impresa), cit.; ID., *L'azione di regresso dell'INAIL: evoluzioni, prospettive ed onere della prova*, in *Lav. giur.*, 2020, 2, 105 ss.; A. ROSSI, *Il calcolo del danno differenziale: dal diritto vivente al diritto vigente*, in *Giust. civ.com*, 21 maggio 2019, 3 ss.

⁸⁴ Cfr. J. H. V. KIRCHMANN, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, 1847, trad. it. *La mancanza di valore della giurisprudenza come scienza*, Pisa 1942, cit. in M. ROSSETTI, *La maledizione di Kirchmann, ovvero che ne sarà del danno differenziale*, cit.

⁸⁵ È l'effetto dell'art. 3 *sexies*, comma 1, d.l. 30 aprile 2019, n. 34, convertito con modificazioni in L. 28 giugno 2019, n. 58, il quale dispone che «all'articolo 1, comma 1126, della citata legge n. 145 del 2018, le lettere a), b), c), d), e) e f) sono abrogate; le disposizioni ivi indicate riacquistano efficacia nel testo vigente prima della data di entrata in vigore della medesima legge n. 145 del 2018».

⁸⁶ V. *supra*, § 10 e cfr. E. BELLISARIO, *Il calcolo del danno differenziale: profili critici di un "blitz" legislativo discutibile*, cit., 283 ss.; L. DE ANGELIS, *Il danno differenziale tra diritto comune, diritti speciali e schizofrenia legislativa*, cit., 12 ss.

⁸⁷ V. l'art. 3 *sexies*, d.l. 30 aprile 2019, n. 34, introdotto dalla L. 28 giugno 2019, n. 58, che ha disposto l'abrogazione dell'art. 1, comma 1126, lett. a), b), c), e) ed f).

di vigenza⁸⁸: sia per il periodo precedente che per quello successivo, si condivide la sentenza della Corte di Cassazione n. 8580/2019⁸⁹, in base alla quale «le modifiche dell'art. 10 del d. P.R. n. 1124 del 1965, introdotte dalla l. n. 145 del 2018, di natura innovativa e non meramente interpretativa, non si applicano agli infortuni sul lavoro verificatisi ed alle malattie professionali denunciate prima del primo gennaio 2019» e dopo l'entrata in vigore dell'abrogazione espressa. Questo significa che si potranno valutare gli effetti della modifica solo sulla base del contenzioso sorto per gli eventi occorsi nel primo semestre del 2019⁹⁰, così da comprendere nel concreto chi, in una simile configurazione, si troverebbe in situazione di svantaggio. Allo stato attuale⁹¹, infatti, si può sostenere sia che l'INAIL potrebbe percepire una somma inferiore a causa della contrazione del danno differenziale⁹² o della possibile rivalutazione in via giudiziale⁹³, sia che il datore di lavoro potrebbe essere costretto a rifondere all'INAIL una somma superiore rispetto a quella liquidata dal giudice⁹⁴.

⁸⁸ Così L. DE ANGELIS, *Il danno differenziale tra diritto comune, diritti speciali e schizofrenia legislativa*, cit., 18-19; R. RIVERSO, *L'azione di regresso dell'INAIL: evoluzioni, prospettive ed onere della prova*, cit., 120-121. Di altro avviso Cass., 18 ottobre 2019, n. 26647, a quanto consta inedita, secondo la quale l'abrogazione espressa dell'art. 1, comma 1126, L. 30 dicembre 2018, n. 145, ha «efficacia retroattiva», (ma, per una lettura fortemente critica di tale presa di posizione, v. R. RIVERSO, *ibidem*).

⁸⁹ Cass., 27 marzo 2019, n. 8580, in *Lav. giur.*, 2019, 6, 626 ss.; in *Dir. prat. lav.*, 2019, 30, 1971 ss.

⁹⁰ Cfr. L. DE ANGELIS, *Il danno differenziale tra diritto comune, diritti speciali e schizofrenia legislativa*, cit., 19-20.

⁹¹ Tale ricostruzione si basa sulla lettura dell'art. 11, d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124, come novellato dalla L. 30 dicembre 2018, n. 145, prima della «controriforma» di cui alla L. 28 giugno 2019, n. 58.

⁹² Il regresso nei limiti del «complessivo danno risarcibile» (art. 11, comma 1).

⁹³ Riducibilità della somma da rifondere, dato il criterio equitativo della liquidazione in sede di rivalsa, tenuto conto «della condotta precedente e successiva al verificarsi dell'evento lesivo e dell'adozione di efficaci misure per il miglioramento dei livelli di salute e di sicurezza sul lavoro» (art. 11, comma 4).

⁹⁴ Ciò a causa dell'obbligo di versare una somma pari «ad ogni altra indennità erogata a qualsiasi titolo» (art. 11, comma 1), che deve tuttavia tenere conto anche che la possibilità di esercitare l'azione di regresso anche per le somme dovute al lavoratore a titolo di risarcimento del danno biologico non riconducibile alla perdita o riduzione della capacità lavorativa è stata già dichiarata costituzionalmente illegittima in passato:

12. *Risarcimento e solidarietà*

Assodato che l'eventuale cumulo rappresenterebbe un ingiustificato arricchimento⁹⁵, tale duplicazione sarebbe ammissibile solo nella misura in cui le diverse erogazioni siano votate all'assolvimento di funzioni differenti, nella costruzione teorica adottata nelle sentenze sulla *compensatio lucri cum damno*⁹⁶. Tuttavia, per quanto sia divisibile

v. l'impianto argomentativo di C. Cost., 27 dicembre 1991, n. 485, con nota di S. GIUBBONI, cit..

⁹⁵ Cfr. D. ACHILLE, *Danno e vantaggio nel sistema della responsabilità civile: la c.d. compensatio lucri cum damno*, in *I Contratti*, 2018, 6, 727; E. BELLISARIO, *Divieto di cumulo fra equo indennizzo e risarcimento del danno*, in *Corr. giur.*, 2018, 517 ss.; M. FRANZONI, *La compensatio lucri cum damno nel III millennio*, in *Danno resp.*, 2019, 1, 9; U. IZZO, *La «giustizia» del beneficio. Fra responsabilità civile e welfare del danneggiato*, cit.; F. A. MAGNI, *Le Sezioni Unite confermano il divieto di cumulo di indennizzo assicurativo e risarcimento del danno*, cit., 1054; G. MATTARELLA, *Compensatio lucri cum damno e tipicità dei danni punitivi: una prospettiva critica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 3, 591; G. MONATERI, *Gli usi e la ratio della compensatio lucri cum damno. È possibile trovarne un senso?*, in *Quadrimestre*, 1990, 386; C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e la compensatio lucri cum damno: un altro tassello nella costruzione del sistema della responsabilità civile e delle sue funzioni*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 10, 1494; A. TRABUCCHI, *Arricchimento (azione di)*, in *Enc. dir.*, 1958, III, 64; P. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Giuffrè, Milano, 1962, 11 ss.; G. VILLA, *La tecnica della compensatio lucri cum damno e i limiti all'autonomia privata*, in *Corr. giur.*, 2018, 8-9, 1058.

⁹⁶ In sintesi, «la selezione tra i casi in cui ammettere o negare il diffalco deve essere fatta, dunque, per classi di casi, passando attraverso il filtro di quella che è stata definita la “giustizia” del beneficio e, in questo ambito, considerando la funzione specifica svolta dal vantaggio» (Cass., 22 maggio 2018, n. 12564, n. 12565, n. 12566 e n. 12567, in *Foro it.*, 2018, I, 6, 1901 ss.). V. *supra*, §5 e cfr. D. ACHILLE, *Danno e vantaggio nel sistema della responsabilità civile: la c.d. compensatio lucri cum damno*, cit., 721; M. FRANZONI, *La compensatio lucri cum damno*, in *Danno resp.*, 2017, 18; P. GALLO, *La compensatio lucri cum damno ed i suoi confini*, in *Giur. it.*, 2018, 1350 ss.; ID., *Compensatio lucri cum damno e benefici collaterali. Parte seconda: applicazioni e confini*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 1146 ss.; U. IZZO, *Quando è «giusto» il beneficio non si scomputa dal risarcimento del danno*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, II, 1503 ss.; F. A. MAGNI, *Le Sezioni Unite confermano il divieto di cumulo di indennizzo assicurativo e risarcimento del danno*, cit., 1051 ss.; G. MATTARELLA, *Compensatio lucri cum damno e tipicità dei danni punitivi: una prospettiva critica*, cit., 587; R. PARDOLESI, *“Compensatio”, cumulo e “second best”*, in *Foro it.*, 2018, 1936 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *In tema di*

che il danneggiato non debba avvantaggiarsi di un doppio risarcimento, un'adozione incondizionata di questa ricostruzione rischia di spostare l'attenzione interamente nell'alveo della responsabilità e del risarcimento, già prendendo in considerazione l'uso del termine "danneggiato". In questo caso, in realtà, non vi è solo la componente risarcitoria connessa al danno cagionato dall'evento ascrivibile alla condotta del datore di lavoro ma, anzi, è fondamentale la funzione solidaristica della prestazione previdenziale, che si esplicita nella corresponsione di un'indennità⁹⁷. Il

compensatio lucri cum damno, cit., 640 ss. Sulla teoria "funzionalista", cfr. C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni (Art. 1218-1229)*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca, Zanichelli-II Foro Italiano*, Bologna-Roma, 1979, 310 ss.; A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1966, vol. I, 277; G. DE NOVA, *Intorno alla compensatio lucri cum damno*, in *JUSCiv*, 2018, 1, 58; M. GAGLIARDI, *La liquidazione del danno alla persona e il problema del cumulo tra risarcimento del danno e indennità assicurativa*, in *Danno resp.*, 2016, 465; G. GALLIZIOLI, *Note critiche in tema di compensatio lucri cum damno*, cit., 332 ss.; U. IZZO, *La «giustizia» del beneficio. Fra responsabilità civile e welfare del danneggiato*, cit., 381 ss.; L. NIVARRA, *Le Sezioni Unite restituiscono un ordine auspicabilmente definitivo al discorso sulla compensatio lucri cum damno*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 1160 ss.; R. PARDOLESI, P. SANTORO, *Indennizzo e risarcimento del danno: di cumuli e cavoli*, in *Danno resp.*, 2014, 1008; A. PINORI, *Il principio generale della riparazione integrale dei danni*, in *Contr. impr.*, 1998, 1144 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e la compensatio lucri cum damno: un altro tassello nella costruzione del sistema della responsabilità civile e delle sue funzioni*, cit., 1495; P. SIRENA (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei principles of european tort law*, Giuffrè, Milano, 2011. Per un raffronto con i principi comunitari, v. U. MAGNUS, *sub Art. 10:103*, in *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, European Group on Tort Law (ed.), Vienna-New York, 2005, spec. 157 ss.

⁹⁷ V. soprattutto G. LUDOVICO, *La persona del lavoratore tra risarcimento del danno e tutela dal bisogno: la questione del danno differenziale*, cit., 1049 ss. Cfr. M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino, 2012, 179; M. DE CRISTOFARO, *Indennizzo assicurativo INAIL e risarcimento del danno non patrimoniale dopo l'intervento della Legge di bilancio 2019*, cit., 363-364; L. DI BONA, *Per una ragionevole determinazione del risarcimento del danno da infortunio in itinere e della rivalsa da parte dell'INAIL nel concorso fra indennizzo e risarcimento civilistico*, cit., 259; G. LUDOVICO, *Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità civile del datore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2012, 137 ss.; ID., *Tra responsabilità civile e tutela previdenziale: presupposti, limiti e criteri di calcolo del danno differenziale*, cit., 217; M. PERSIANI, *Tutela previdenziale e danno biologico*, cit., 233 ss.; R. RIVERSO, *L'azione di regresso dell'INAIL: evoluzioni, prospettive ed onere della pro-*

rapporto tra solidarietà e risarcimento dovrebbe essere quindi riletto anche considerando che la Cassazione, con sentenza n. 16601/2017⁹⁸, ha stabilito che non vi sono principi di ordine pubblico che impediscono il riconoscimento nell'ordinamento italiano dei danni punitivi⁹⁹. In quest'ottica, tenuto conto della polifunzionalità della responsabilità civile¹⁰⁰, non sarebbe fuori luogo un ripensamento dei rapporti tra Istituto e danneggiante, attraverso una norma che ponga un peso maggiore – ed ulteriore rispetto alla mera riparazione – in capo al responsabile del danno attraverso un risarcimento solo per certi versi “ultracompensativo”¹⁰¹, vol-

va, cit., 110; M. L. VALLAURI, *Brevi note sulla risarcibilità del danno biologico differenziale*, in *Lav. giur.*, 2008, 6, 617.

⁹⁸ Cass., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Giur. it.*, 2017, 8-9, 1787 ss., con nota di A. DI MAJO; in *Danno resp.*, 2017, 4, 419 ss., con nota di M. LA TORRE; in *Corr. giur.*, 2017, 8-9, 1042 ss., con nota di C. CONSOLO; in *Riv. dir. proc.*, 2018, 4-5, 1356 ss., con nota di FERRARI.

⁹⁹ Cfr. GIGLIO, *Considerazioni a margine di Cassazione sez. un. 5 luglio 2017, n. 16601*, in *Dir. civ. cont.*, 1, 2018, n. 1; M. GRONDONA, *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale. Contributo al dibattito sui “risarcimenti punitivi”*, Esi, Napoli, 2017; M. TESCARO, *La riconoscibilità delle sentenze nordamericane di condanna a punitive damages*, in C. GRANELLI (a cura di), *I nuovi orientamenti della Cassazione civile – 2017*, Giuffrè, Milano, 2017, 535 ss.

¹⁰⁰ Cfr. D. ACHILLE, *Danno e vantaggio nel sistema della responsabilità civile: la c.d. compensatio lucri cum damno*, cit., 726; M. GRONDONA, *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale. Contributo al dibattito sui danni punitivi*, cit.; P. PARDOLESI, *La responsabilità civile 3.0 e l'insostenibile leggerezza del suo dna polifunzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 136 ss.; L. E. PERRIELLO, *Polifunzionalità della responsabilità civile e atipicità dei danni punitivi*, in *Contr. impr. Eur.*, 2018, 451 ss.; G. PONZANELLI, *Polifunzionalità tra diritto internazionale privato e diritto privato*, in *Danno resp.*, 2017, 435 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e i danni punitivi: tra legge e giudizio*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 1109 ss.; ID., *Le Sezioni Unite e la compensatio lucri cum damno: un altro tassello nella costruzione del sistema della responsabilità civile e delle sue funzioni*, cit., 1492 ss. Parla di “plurifunzionalità” U. IZZO, *Quando è «giusto» il beneficio non si scomputa dal risarcimento del danno*, cit., 1516; di “poliedricità”, E. BELLISARIO, *Compensatio lucri cum damno: punti fermi e persistenti questioni aperte*, in *Danno resp.*, 2019, 6, 733.

¹⁰¹ Cfr. R. CARLEO, *Punitive damages: dal common law all'esperienza italiana*, in *Contr. impr.*, 2018, 260; C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie, studio per una teoria dei “danni punitivi”*, Cedam, Padova, 2019, 70 ss. Difatti, anche se si dovesse condividere che «un indebito cumulo tra erogazioni con finalità indennitaria e risarcimento darebbe luogo a veri e propri *punitive damages*, nella misura in cui il secondo pagamento ricevuto dal danneggiato ristorerebbe un danno non più esistente»

to principalmente ad evitare la comunitarizzazione del danno¹⁰².

13. La “biologicizzazione” del danno

Da un punto di vista strettamente pratico, la quantificazione del danno complementare e di quello differenziale varia in base alla concezione di danno non patrimoniale adottata¹⁰³. I dubbi – mai del tutto

(G. MATTARELLA, *Compensatio lucri cum damno e tipicità dei danni punitivi: una prospettiva critica*, cit., 588), la diversità delle funzioni prese in considerazione valorizzerebbe una lettura “non differenziale” della causa del credito, laddove la *compensatio* sarebbe giustamente esclusa nei casi in cui il destinatario percepisse sia una somma a titolo di risarcimento connesso al danno che un'altra somma, sempre collegata all'evento dannoso, che generi un vantaggio patrimoniale a titolo diverso, ad esempio quale sussidio per il sostentamento del lavoratore e della sua famiglia. Sulla teoria “differenziale”, in base alla quale «la posizione del danneggiato successiva al risarcimento del danno non può essere migliore di quella precedente al fatto dannoso» (D. ACHILLE, *Danno e vantaggio nel sistema della responsabilità civile: la c.d. compensatio lucri cum damno*, cit., 722), v. C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2018, 51 ss.; R. PARDOLESI, *Sovrapposizione di indennizzo e risarcimento: chi premiare, la vittima o l'autore dell'illecito?*, in *Foro it.*, 2014, I, 912 ss.; S. PATTI, *Danno patrimoniale*, in *Dig. IV, disc. priv., sez. civ.*, Utet, Torino, 1990, vol. IV, 90 ss.; ID., *La quantificazione del danno non patrimoniale e i danni punitivi*, in P. SIRENA (a cura di), cit., 209 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *In tema di “compensatio lucri cum damno”*, cit., 634 ss.

¹⁰² La considerazione è analoga alla riflessione sui risvolti della responsabilità sociale d'impresa inerenti ai comportamenti datoriali volti a «scaricare sulla comunità le diseconomie di sistema», dissolvendo «in mille rivoli il precipitato economico del rischio di impresa» (D. GAROFALO, *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, in *Atti delle Giornate di studio AIDLASS*, Cassino 18-19 maggio 2017, Giuffrè, Milano, 2018, 101).

¹⁰³ Sul punto, cfr. G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Giuffrè, Milano, 1983, 297 ss.; F. D. BUSNELLI, *Interessi della persona e risarcimento del danno*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1996, I, 4 ss.; C. CASTRONOVO, *Il danno non patrimoniale dal Codice civile al codice delle assicurazioni*, in *Danno resp.*, 2019, 15 ss.; P. CENDON, L. GAUDINO, P. ZIVIZ, *Responsabilità civile (rassegna di giurisprudenza)*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1991, 971 ss.; P. CENDON, P. ZIVIZ (a cura di), *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2000; M. CINELLI, *Il ristoro del danno non patrimoniale alla persona del lavoratore tra diritto civile e diritto speciale*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2006, 269 ss.; D. COMANDÉ, *Dal sistema bipolare al sistema biforcuto: le linee guida della Cassazione sul danno non patrimoniale a dieci anni dalle sentenze*

sopiti – sulla compatibilità tra le categorie civilistiche e quelle previdenziali ai fini dell'individuazione delle voci di danno risarcibile sono tanto più evidenti se si considera che il concetto di danno biologico è potenzialmente omnicomprensivo, specialmente se si abbraccia la lettura più diffusa, e fortunatamente rimessa in discussione negli ultimi anni, delle famigerate sentenze di San Martino¹⁰⁴. Le Sezioni Unite hanno senz'altro affermato, testualmente, che «il danno non patrimoniale [...] costituisce categoria unitaria non suscettiva di suddivisione

dell'Estate di San Martino, in *Danno resp.*, 2019, 156 ss.; L. DE ANGELIS, *Il danno differenziale tra diritto comune, diritti speciali e schizofrenia legislativa*, cit., 8 ss.; M. DE CRISTOFARO, *Indennizzo assicurativo INAIL e risarcimento del danno non patrimoniale dopo l'intervento della Legge di bilancio 2019*, cit., 351 ss.; C. DI CARLUCCIO, *La costruzione del sistema del risarcimento del danno alla persona tra istanze di compensazione e rischi di overcompensation*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT -57/2007, 5 ss.; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, Milano, 2003, 173 ss.; F. GALGANO, *Le mobili frontiere del danno*, in *Contr. impr.* 1985, 24 ss.; G. GENTILE, *Danno alla persona*, in *Enc. Dir.*, 1962, XVI, 634 ss.; S. GIUBBONI, *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile: vecchie e nuove questioni in tema di danno differenziale*, cit., 12 ss.; G. LUDOVICO, *La persona del lavoratore tra risarcimento del danno e tutela dal bisogno: la questione del danno differenziale*, cit., 1056 ss.; P.G. MONATERI, D. GIANTI, L. SILIQUINI, M. CINELLI, *Danno e risarcimento*, in P.G. MONATERI (diretto da), *Trattato sulla responsabilità civile*, Giappichelli, Torino, 2013; E. NAVARRETTA, *Funzioni del risarcimento e quantificazione dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ.*, 2008, 505 ss.; A. PALMIERI, *La rifondazione del danno non patrimoniale, all'insegna della tipicità dell'interesse leso (con qualche attenuazione) e dell'unitarietà*, in *Foro it.*, 2009, I, 120 ss.; G. PONZANELLI, *Statuto del danno alla persona: la Terza Sezione si allontana dall'orientamento delle Sezioni Unite*, in *Danno resp.*, 2019, 22 ss.; ID., *La Corte costituzionale, il danno non patrimoniale e il danno alla salute*, cit., 2053 ss.; C. SALVI, *La responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2005, 37 ss.; ID., *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Jovene, Napoli, 1985; L. A. SCARANO, *La quantificazione del danno non patrimoniale*, Giappichelli, Torino, 2013; C. SCOGNAMIGLIO, *Danno morale e funzione deterrente della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 2485 ss.; A. TURSI, *Il danno non patrimoniale alla persona nel rapporto di lavoro: profili sistematici*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, 283 ss.; P. ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale*, in P. CENDON (a cura di), *La responsabilità extracontrattuale*, Giuffrè, Milano, 1994, 376 ss.

¹⁰⁴ Cass., S.U., 11 novembre 2008, n. 26972, n. 26973, n. 26974, n. 26975, con nota di A. ANGIULI, cit.; con nota di E. BARGELLI, M. DI MARZIO, cit.; con nota di F.D. BUSNELLI, cit.; con nota di G. FACCÌ, cit.; con nota di M. GAZZARA, cit.; con nota di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO e S. LANDINI, cit.; con nota di V. TOMARCHIO, cit.; con nota di M. VIZIOLI, cit.

in sottocategorie» e che «il riferimento a determinati tipi di pregiudizio [...] risponde ad esigenze descrittive, ma non implica il riconoscimento di distinte categorie di danno», elevando il danno biologico a contenitore “omnicomprensivo”. Allo stesso tempo, in questo “contenitore” hanno fatto confluire i “descrittori”, allo scopo di ricompattare la proliferazione di sentenze che, sulla base di un meccanismo di sussunzione non del tutto felice¹⁰⁵, liquidavano separatamente le voci di danno non patrimoniale utilizzando criteri numerici discutibili, ad esempio quantificando l’una in misura frazionaria rispetto all’importo stabilito per l’altra («determina quindi duplicazione di risarcimento la congiunta attribuzione del danno biologico e del danno morale [...] sovente liquidato in percentuale – da un terzo alla metà – del primo»).

¹⁰⁵ «Al danno esistenziale era dato ampio spazio dai giudici di pace, in relazione alle più fantasiose, ed a volte risibili, prospettazioni di pregiudizi suscettivi di alterare il modo di esistere delle persone: la rottura del tacco di una scarpa da sposa, l’errato taglio di capelli, l’attesa stressante in aeroporto, il disservizio di un ufficio pubblico, l’invio di contravvenzioni illegittime, la morte dell’animale di affezione, il maltrattamento di animali, il mancato godimento della partita di calcio per televisione determinato dal black-out elettrico. In tal modo si risarcivano pregiudizi di dubbia serietà, a prescindere dall’individuazione dell’interesse leso, e quindi del requisito dell’ingiustizia» (Cass. S. U., 11 novembre 2008, n. 26972, cit.). Non si prende qui posizione sulla forse eccessiva criticità del giudizio mosso contro alcuni beni giuridici che, se ben contestualizzati, possono senz’altro costituire oggetto di tutela giurisdizionale, come del resto si può agevolmente desumere dal – poco valorizzato – prosieguo della sentenza: «In presenza di reato, superato il tradizionale orientamento che limitava il risarcimento al solo danno morale soggettivo, identificato con il patema d’animo transeunte, ed affermata la risarcibilità del danno non patrimoniale nella sua più ampia accezione, anche il pregiudizio non patrimoniale consistente nel non poter fare (ma sarebbe meglio dire: nella sofferenza morale determinata dal non poter fare) è risarcibile. La tutela risarcitoria sarà riconosciuta se il pregiudizio sia conseguenza della lesione almeno di un interesse giuridicamente protetto, desunto dall’ordinamento positivo, ivi comprese le convenzioni internazionali (come la già citata Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo, ratificata con la legge n. 88 del 1955), e cioè purché sussista il requisito dell’ingiustizia generica secondo l’art. 2043 c.c. E la previsione della tutela penale costituisce sicuro indice della rilevanza dell’interesse leso. In assenza di reato, e al di fuori dei casi determinati dalla legge, pregiudizi di tipo esistenziale sono risarcibili purché conseguenti alla lesione di un diritto inviolabile della persona», naturalmente da leggere in chiave evolutiva rispetto alla considerazione contemporanea sia dei diritti “inviolabili” della persona che della rilevanza civilistica degli interessi lesi, nell’ottica di una lettura costituzionalmente e “comunitariamente” orientata.

In altri termini, la Cassazione non ha negato l'esistenza delle "voci", ma le ha ridotte a sistema nella categoria unitaria del danno non patrimoniale. Il primo spunto di riflessione è quindi quello relativo ai rischi connessi ad una eccessiva "biologicizzazione" del danno non patrimoniale, che rischierebbe di erodere completamente sia il danno complementare che quello differenziale. Il rischio è concreto, basti pensare a sentenze come Cass. 9112/2019¹⁰⁶, nelle quali la Corte, accogliendo il criterio delle poste omogenee, sposta nella comparazione tra quantificazioni del danno biologico anche il danno morale e la "personalizzazione".

14. *Compensatio e causa del credito*

Il secondo spunto di riflessione è di natura più generale, alla luce di una lettura costituzionalmente orientata. Il principio base è quello del ristoro integrale del danno alla salute, che non può soccombere rispetto alle esigenze economiche del datore di lavoro e dell'istituto, dovendosi dunque operare un necessario bilanciamento degli interessi in gioco¹⁰⁷. Poiché esistono componenti del danno non patrimoniale che

¹⁰⁶ Cass., 2 aprile 2019, n. 9112, in *Lav. giur.*, 2019, 7, 738 ss.; in *Dir. prat. lav.*, 2019, 31, 2039 ss.

¹⁰⁷ Il rilievo deriva da un orientamento prevalente, ma non esclusivo, della giurisprudenza costituzionale: *ex plurimis*, v. C. Cost., 25 maggio 1985, n. 3212, in *Riv. giur. lav.*, 1986, II, 199 ss., in base alla quale «il bene della salute costituisce [...] oggetto di autonomo diritto primario ed assoluto». Sul punto, cfr. F. D. BUSNELLI, *il danno alla salute tra risarcimento e indennizzo*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1999, 3, 320; G. DE MARZO, *Pregiudizio della capacità lavorativa generica: danno da lucro cessante o danno alla salute?*, in *Foro it.*, 1991, I, 2967 ss.; L. DI BONA, *Per una ragionevole determinazione del risarcimento del danno da infortunio in itinere e della rivalsa da parte dell'INAIL nel concorso fra indennizzo e risarcimento civilistico*, cit., 270 ss.; E. GAMBACCIANI, L. LA PECCERELLA, *La tutela infortunistica del danno biologico supera il vaglio di costituzionalità*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, 6, II, 1343 ss.; S. GIUBBONI, *Il risarcimento del danno differenziale da infortunio sul lavoro dopo la legge di bilancio*, cit., 192; ID., *Il danno biologico del lavoratore tra responsabilità civile e tutela previdenziale*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1993, 14, 199 ss.; G. LUDOVICO, *La persona del lavoratore tra risarcimento del danno e tutela dal bisogno: la questione del danno differenziale*, cit., 2013, 1068 ss.; L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, Giuffrè,

esulano dalla tutela previdenziale (trattandosi di crediti aventi causa diversa), esse vengono inevitabilmente attratte nel “danno complementare” e ciò porta alla possibilità di aderire ad una ricostruzione intermedia¹⁰⁸ della diffalcabilità del danno differenziale: se si circoscrive la sua portata alle componenti patrimoniali e biologiche già tutelate in sede previdenziale, la valutazione del rapporto tra indennità e risarcimento è rimessa all’apprrezzamento equitativo del giudice, lasciando impregiudicati i diritti del lavoratore.

L’espressione “causa del credito” non è usata a caso. Per “causa del credito” (2745 c.c.) non si intende qui la “causa” quale funzione del negozio e del contratto¹⁰⁹ (1325 e 1343 c.c.), né il collegamento lo-

Milano, 1986, 56 ss.; P. PERLINGERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Esi, Napoli, 2006, vol. I, 381 ss.; D. POLETTI, *Cronaca di un incontro annunciato: il danno alla salute e l’assicurazione contro gli infortuni*, cit., 1664 ss.; M. L. VALLAURI, *Brevi note sulla risarcibilità del danno biologico differenziale*, cit., 617.

¹⁰⁸ Cfr. L. DE ANGELIS, *Il danno differenziale tra diritto comune, diritti speciali e schizofrenia legislativa*, cit., 12; M. DE CRISTOFARO, *Indennizzo INAIL e danno differenziale dopo la Legge di Bilancio 2019: le prime pronunce*, cit., 2 ss.; S. GIUBBONI, *Il risarcimento del danno differenziale da infortunio sul lavoro dopo la legge di bilancio*, cit., 192 ss.; S. GIUBBONI, A. ROSSI, *Infortuni sul lavoro*, cit., 180 ss.; S. GIUBBONI, G. Ludovico, A. ROSSI, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, cit., 419-420; G. LUDOVICO, *Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità civile del datore di lavoro*, cit., 307 ss.; ID., *Il danno differenziale dopo la legge di bilancio 2019 e il vero intento del legislatore*, cit., 12.

¹⁰⁹ Sul punto i contributi sono numerosissimi: *ex plurimis*, cfr. V. ANDRIOLI, *Dei privilegi*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1956, 61; E. BATTISTONI, *La causa nei negozi giuridici*, Cedam, Padova, 1932, 69; M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Giuffrè, Milano, 1979; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, Giuffrè, Milano, 1984, 425 ss.; ID., *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 2, 261; U. BRECCIA, *Morte e resurrezione della causa: la tutela*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2002, 252; G. BROGGINI, *Causa e contratto*, in L. VACCA (a cura di), *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, Giappichelli, Torino, 1997, 31; C. CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo e dei contratti*, Giuffrè, Milano, 2001, XXV; R. Catalano, *La causa contrattuale nell’«uso» della giurisprudenza*, in *Dir. giust.*, 2011, 505; A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, Giappichelli, Torino, 2000, 162; S. CICCARELLO, *Privilegio (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, 1986, XXXV, 725; A. DI MAJO, *Obbligazioni e contratti*, Roma, 1978, 209; C. DI SABATO, *I privilegi*, in P. PERLINGIERI (diretto da), *Tratt. dir. civ.*, Esi, Napoli, 2008, 32; E. FERRANTE, *Causa concreta ed impossibilità della prestazione nei contratti di scambio*, in *Contr. impr.*,

gico-giuridico presente nel nesso di causalità¹¹⁰ (1223 e 2056 c.c.), ma

2009, 151 ss.; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1966, 355; L. FERRI, *Lezioni sul contratto*, Zanichelli, Bologna, 1982, 196; A. GALATI, *Brevi osservazioni in tema di c.d. «causa concreta» del contratto*, in *Giur. it.*, 2009, 1655 ss.; F. GALGANO, *Diritto privato*, Cedam, Padova, 1981, 226; P. GALLO, *Trattato del contratto*, Utet, Torino, 2010, vol. II, 996; A. M. GAROFALO, *La causa del contratto tra meritevolezza degli interessi ed equilibrio dello scambio*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 573; M. GIROLAMI, *L'artificio della causa contractus*, Cedam, Padova, 2012; A. GUARNERI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, 1, 799; M. MARTINO, *La causa in concreto nella giurisprudenza: recenti itinerari di un nuovo "idolum fori"*, in *Corr. giur.*, 2013, 1441 ss.; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, Giuffrè, Milano, 1963, vol. III, 100; M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1974, 105; C. M. PRATIS, *Della tutela dei diritti*, in *Comm. cod. civ.*, Utet, Torino, 1976, 119; F. RIMOLDI, *La causa quale ragione in concreto del singolo contratto*, in *I Contratti*, 2007, 621 ss.; F. ROLFI, *La causa come «funzione economico sociale»: tramonto di un idolumtribus?*, in *Corr. giur.*, 2006, 1718 ss.; R. ROLLI, *Il rilancio della causa del contratto: la causa concreta*, in *Contr. impr.*, 2007, 450; V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 957; P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1986, 220 ss.; G. TUCCI, *I privilegi*, in *Tratt. Rescigno*, 19, *Tutela dei diritti*, 1, 2^a ed., Utet, Torino, 1997, 582 ss.; C. UNGARI TRASATTI, *La Cassazione sposa la tesi della causa in concreto del contratto*, in *Riv. not.*, 2007, 186 ss.

¹¹⁰ Anche questo tema è stato oggetto di innumerevoli approfondimenti: in tema di danno-evento e danno-conseguenza, nonché di causalità "umana", "naturale", "materiale" e "giuridica", cfr. F. ALLEVA, *Questioni in tema di nesso di causalità naturale in Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, 81 ss.; G. ALPA, M. BESSONE, V. ZENO ZENCOVICH, *I fatti illeciti*, in *Tratt. dir. priv. Rescigno*, Utet, Torino, 1995, vol. XIV, 63; A. M. BENEDETTI, *Responsabilità oggettive, nessi di causalità e diritto privato regionale*, in *Danno resp.*, 2004, 6, 617 ss.; R. BLAIOTTA, *Con una storica sentenza le S.U. abbandonano l'irrealistico modello nomologico deduttivo di spiegazione causale di eventi singoli. Un nuovo inizio per la giurisprudenza*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 1176 ss.; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv. Iudica-Zatti*, Giuffrè, Milano, 1991, 635; F. D. BUSNELLI, *La lesione del credito da parte del terzo*, Giuffrè, Milano, 1964, 127; M. CAPECCHI, *Il nesso di causalità materiale e il concorso di cause*, in *AA.VV.*, *I fatti illeciti*, III, *Causalità e danno*, Cedam, Padova, 1999; ID., *Il nesso di causalità materiale e il concorso di cause*, in *AA.VV.*, *Il risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Giuffrè, Milano, 2000; ID., *Il nesso di causalità. Da elemento della fattispecie «fatto illecito» a criterio di limitazione del risarcimento del danno*, Cedam, Padova, 2002, 89 ss.; V. CARBONE, *Il rapporto di causalità*, in G. ALPA, M. BESSONE (a cura di), *La responsabilità civile*, Utet, Torino, 1997, 51; R. DE MATTEIS, *Colpa omissiva, nesso di causalità e per-*

il criterio ermeneutico che permette all'interprete di determinare l'ambito di applicazione delle norme che regolano l'istituto, risalendone sino alla *ratio legis*: in altri termini, è la rilevanza meta-individuale del rapporto economico tra credito e suo titolare¹¹¹, che in questo caso

dita di chances, in *Danno resp.*, 1997, 472; A. DI MAJO, *La doppia natura della responsabilità del medico*, in *Giur. it.*, 2020, 1, 37 ss.; ID., *Obbligazioni e Tutele*, Giappichelli, Torino, 2019, 270 ss.; P. FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*, Cedam, Padova, 1960; M. FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Cedam, Padova, 1993, 612 ss.; F. GALGANO, *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1984, 720 ss.; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Esi, Napoli, vol. VI, 1996, 672; E. GIANCOTTI, *La causalità nelle responsabilità speciali*, in P. CENDON (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza, La responsabilità civile*, Utet, Torino, 1998, vol. IX, 63 ss.; V. GERI, *Il rapporto di causalità in diritto civile*, in *Resp. civ. prev.*, 1983, 187; G. GLIATTA, *Responsabilità medica e condotta del professionista: l'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, 7, 645 ss.; G. GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: «fatto dannoso e conseguenze»*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, 409; A. LEPRI, *Concorso di cause umane e naturali nella responsabilità civile extracontrattuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, I, 797; A. LUMINOSO, *Possibilità o necessità della relazione causale*, in *Riv. giur. sarda*, 1991, 533; P. G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Utet, Torino, 1998, 182; R. PARDOLESI, *Responsabilità da custodia in cerca d'identità*, in *Danno resp.*, 2004, 162 ss.; G. PONZANELLI (a cura di), *La responsabilità civile. Tredici variazioni sul tema*, Cedam, Padova, 2002; A. RAVAZZONI, *Privilegi*, in *Dig. IV, disc. priv., sez. civ.*, Utet, Torino, 1996, vol. XIV, 375; F. REALMONTE, *Il rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Giuffrè, Milano, 1967; S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1964, 144 ss.; V. ROPPO, *Istituzioni di diritto privato*, Monduzzi, Bologna, 1994, 648; C. SALVI, *La responsabilità civile*, in G. IUDICA, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1998, 170; F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale*, Giuffrè, Milano, 1975, 14; A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1995, 631; P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Giuffrè, Milano, 1967, 156 ss.; P. VALORE, *Nesso di causalità civile e danno tanatologico*, in *Corr. Merito*, 2008, 7, 809 ss.; G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Cedam, Padova, 1999, 556; V. ZENO ZENCOVICH, *Questioni in tema di responsabilità per colpa professionale sanitaria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1992, I, 361. Per il rapporto con il diritto penale, v. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1997, 14^a ed., 214; ID., *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Utet, Torino, 1960; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Cedam, Padova, 1988, 119; M. MAIWALD, *Causalità e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1999; F. STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 1217.

¹¹¹ Così G. P. GAETANO, *I privilegi*, in *Tratt. dir. civ. Vassalli*, Utet, Torino, 1956,

deriva dall'istanza di tutela delle esigenze esistenziali del lavoratore e dei suoi stretti congiunti. Non si tratta di una costruzione meramente teorica: la Corte costituzionale, con la sentenza n. 326 del 1983¹¹², sottolineando espressamente «la minore ampiezza obiettiva» e «l'inidoneità a ristorare ogni prestatore di lavoro» della «normativa dell'assicurazione obbligatoria sugli infortuni sul lavoro», valorizzando la necessità di evitare l'indebito arricchimento, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2751 *bis*, n. 1, c.c. nella misura in cui non muniva di privilegio generale il credito del lavoratore per danni conseguenti ad infortunio sul lavoro, del quale sia responsabile il datore di lavoro, per la parte eccedente rispetto a quanto già percepito a titolo di indennità previdenziali e assistenziali.

Quanto detto in merito alla differenza di causa e di funzione dei crediti previdenziali e risarcitori rafforza la considerazione che, pur dovendosi circoscrivere questo contributo alle ipotesi nelle quali si sovrappongono gli spazi di tutela, se le prestazioni erogate dall'INAIL tendono a ridistribuire il "peso" dell'evento sulla collettività, chiamata a sostenere il consociato, è inevitabile la discrasia tra la valutazione operata dall'istituto e quella determinata in sede giudiziale ai fini del risarcimento. Questo non deve portare a pensare che la differenza avvantaggi o penalizzi l'uno o l'altro obbligato perché, in ultima analisi, le due tutele si compenetrano e, operando in modo congiunto, costruiscono una rete di protezione per il lavoratore, alla realizzazione della

vol. XV, I, 55; C. M. PRATIS, *Della tutela dei diritti*, cit., 121.

¹¹² C. Cost., 28 novembre 1983, n. 326, in *Arg. dir. lav.*, 2004, 2, 669 ss.; in *Foro it.*, 1984, I, 647 ss., con nota di TUCCI; in *Giur. it.*, 1984, I, 1, 884 ss.; in *Giust. civ.*, 1983, I, 2119 ss.; in *Riv. inf. mal. prof.*, 1983, II, 131 ss.

quale sono deputati a collaborare pubblico e privato in virtù del superiore dovere di solidarietà sociale¹¹³.

¹¹³ Cfr. A. D'ANDREA, *Solidarietà e Costituzione*, in *JUS*, 2008, 193 ss.; R. CASILLO, *I confini tra tutela sociale e rimediabile nel calcolo del danno differenziale, biologico e patrimoniale*, in *Dir. lav. merc.*, 2016, 3, 654; G. CORSALINI, A. DE MATTEIS, *Il concorso tra risarcimento e indennizzo dinanzi alle giurisdizioni superiori e riflessioni sull'azione di rivalsa dall'INAIL*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2019, 1, 170; L. DI BONA, *Per una ragionevole determinazione del risarcimento del danno da infortunio in itinere e della rivalsa da parte dell'INAIL nel concorso fra indennizzo e risarcimento civilistico*, cit., 259; A. DI MAJO, *Luci ed ombre nella compensatio lucri cum damno*, in *Giur. it.*, 2018, 10, 2099; M. GRONDONA, *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale. Contributo al dibattito sui "risarcimenti punitivi"*, cit., 2017; U. IZZO, *Quando è «giusto» il beneficio non si scomputa dal risarcimento del danno*, cit., 1506; G. LUDOVICO, *Per una rilettura costituzionalmente coerente delle azioni di rivalsa dell'INAIL*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2014, I, 3, 1061 ss.; ID., *Tra responsabilità civile e tutela previdenziale: presupposti, limiti e criteri di calcolo del danno differenziale*, in *Arg. dir. lav.*, 2017, 1, 217; M. PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, Cedam, Padova, 2012, 57 ss.; E. ROSSI, *Principio di solidarietà e legge-quadro sul volontariato*, in *Giur. cost.*, 1992, 2348; C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e la compensatio lucri cum damno: un altro tassello nella costruzione del sistema della responsabilità civile e delle sue funzioni*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 10, 1497. V. anche C. Giust., 22 gennaio 2002, C-218/2000, in *Arg. dir. lav.* 2003, 343 ss., con nota di L. FASSINA; in *Riv. giur. lav.*, 2002, II, 639 ss., con nota di F. MAZZIOTTI.

Abbreviazioni riviste

<i>Arch. giur. circ. sin. strad.</i>	Archivio giuridico della circolazione e dei sinistri stradali
<i>Arg. dir. lav.</i>	Argomenti di diritto del lavoro
<i>Ass. soc.</i>	L'assistenza sociale
<i>Contr. impr.</i>	Contratto e impresa
<i>Contr. impr. Eur.</i>	Contratto e impresa. Europa
<i>Corr. giur.</i>	Corriere giuridico
<i>Corr. Merito</i>	Il Corriere del merito
<i>Danno resp.</i>	Danno e responsabilità
<i>Dig. IV, disc. priv., sez. civ.</i>	Digesto delle discipline privatistiche – sezione civile
<i>Dig. IV, disc. priv., sez. comm.</i>	Digesto delle discipline privatistiche – sezione commerciale
<i>Dig. IV, disc. pubbl.</i>	Digesto delle discipline pubblicistiche
<i>Dir. civ. cont.</i>	Diritto civile contemporaneo
<i>Dir. giust.</i>	Diritto e giustizia
<i>Dir. lav.</i>	Il diritto del lavoro
<i>Dir. lav. Marche</i>	Diritto e lavoro nelle Marche
<i>Dir. lav. merc.</i>	Diritti lavori mercati
<i>Dir. prat. lav.</i>	Diritto e pratica del lavoro
<i>Dir. rel. ind.</i>	Diritto delle relazioni industriali
<i>Dir. sic. lav.</i>	Diritto della sicurezza sul lavoro
<i>Enc. dir.</i>	Enciclopedia del diritto
<i>Enc. giur. it.</i>	Enciclopedia giuridica italiana
<i>Fam. dir.</i>	Famiglia e diritto
<i>Foro it.</i>	Il Foro italiano
<i>Giorn. dir. lav. rel. ind.</i>	Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali
<i>Giur. corti reg.</i>	Giurisprudenza delle corti regionali
<i>Giur. cost.</i>	Giurisprudenza costituzionale
<i>Giur. it.</i>	Giurisprudenza italiana
<i>Giur. merito</i>	Giurisprudenza di merito

<i>Giust. civ.</i>	Giustizia civile
<i>Giust. civ.com</i>	Giustizia civile.com
<i>Guida dir.</i>	Guida al diritto – Il Sole 24 Ore
<i>Ig. sic. lav.</i>	Igiene e sicurezza sul lavoro
<i>JUS</i>	<i>Jus</i> - Rivista di scienze giuridiche
<i>JUSCiv</i>	Jus civile
<i>Labor</i>	<i>Labor</i> - Il lavoro nel diritto
<i>Lav. dir.</i>	Lavoro e diritto
<i>Lav. giur.</i>	Il lavoro nella giurisprudenza
<i>Lav. prev. oggi</i>	Lavoro e previdenza oggi
<i>Lav. pubbl. amm.</i>	Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni
<i>Mass. giur. lav.</i>	Massimario di giurisprudenza del lavoro
<i>Mass. giust. civ.</i>	Massimario di giustizia civile
<i>Nuova giur. civ. comm.</i>	Nuova giurisprudenza civile commentata
<i>Nuova rass. leg. dottr. giur.</i>	Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza
<i>Nuove leggi civ. comm.</i>	Nuove leggi civili commentate
<i>Nuovo dig. it.</i>	Nuovo Digesto italiano
<i>Quad. dir. lav. rel. ind.</i>	Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali
<i>Quad. soc.</i>	Quaderni di sociologia
<i>Rass. dir. civ.</i>	Rassegna di diritto civile
<i>Rass. giur. Enel</i>	Rassegna giuridica dell'ENEL
<i>Resp. civ. prev.</i>	Responsabilità civile e previdenza
<i>Riv. crit. dir. lav.</i>	Rivista critica di diritto del lavoro
<i>Riv. crit. inf. ass. resp. civ.</i>	Rivista critica di infortunistica, assicurazioni e responsabilità civile
<i>Riv. dir. civ.</i>	Rivista di diritto civile
<i>Riv. dir. comm.</i>	Rivista di diritto commerciale
<i>Riv. dir. proc.</i>	Rivista di diritto processuale
<i>Riv. dir. proc. civ.</i>	Rivista di diritto processuale civile
<i>Riv. dir. sic. soc.</i>	Rivista del diritto della sicurezza sociale
<i>Riv. giur. lav.</i>	Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale
<i>Riv. giur. sarda</i>	Rivista giuridica sarda
<i>Riv. inf. mal. prof.</i>	Rivista degli infortuni e delle malattie professionali

<i>Riv. it. dir. lav.</i>	Rivista italiana di diritto del lavoro
<i>Riv. it. dir. proc. pen.</i>	Rivista italiana di diritto e procedura penale
<i>Riv. it. prev. soc.</i>	Rivista italiana di previdenza sociale
<i>Riv. it. sc. giur.</i>	Rivista italiana per le scienze giuridiche
<i>Riv. not.</i>	Rivista del notariato
<i>Soc. dir.</i>	Sociologia del diritto
<i>WP CSDLE "Massimo D'Antona"</i>	<i>Working Papers</i> del Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona"

Autori

- Ales Edoardo, *Professore Ordinario di Diritto del Lavoro*, Università degli Studi di Napoli Parthenope
- Andrisani Cosima, *Dottoranda di ricerca in Diritti, Economie e Culture del Mediterraneo*, Dipartimento Jonico dell'Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"
- Bresciani Ilaria, *Assegnista di ricerca in Diritto del Lavoro*, Università degli Studi di Parma
- Caracciolo Alessio *Dottore di ricerca in Diritti, Economie e Culture del Mediterraneo*, Dipartimento Jonico dell'Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"
- Corsalini Guglielmo, *Avvocato INAIL Marche*
- Del Duca Daniela, *Dottore di ricerca in Formazione della persona e mercato del lavoro*, Università degli Studi di Genova
- Degoli Maria Cristina, *Post-doctoral researcher*, Institut pour la recherche interdisciplinaire en sciences juridiques – UCLouvain
- Deleonardis Nicola, *Dottorando di Ricerca in Diritti, Economie e Culture del Mediterraneo*, Dipartimento Jonico dell'Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"
- Gaeta Lorenzo, *Professore Ordinario di Diritto del lavoro*, Università degli Studi di Siena
- Gaglione Chiara, *Dottoranda di ricerca in Lavoro, Sviluppo e Innovazione*, Fondazione Marco Biagi, Università degli Studi di Modena-Reggio Emilia
- Garbuio Chiara, *Assegnista di ricerca in Diritto del Lavoro*, Università degli Studi Ca' Foscari Venezia
- Ingrao Alessandra, *Ricercatrice di Diritto del Lavoro*, Università degli Studi di Milano
- Ludovico Giuseppe, *Professore Associato di Diritto del Lavoro*, Università degli Studi di Milano
- Mannarelli Luca, *Dottore di ricerca in Diritti, Economie e Culture del Mediterraneo*, Dipartimento Jonico dell'Università degli Studi di Bari
- Marcellini Gian Piero, *Dottorando di ricerca in Diritto del lavoro*, Università degli Studi di Macerata.
- Mazzanti Caterina, *Dottoranda di ricerca in Diritto del lavoro*, Università degli Studi di Udine

- Paolini Chiara, *Assegnista di ricerca in Diritto del Lavoro*, Università degli Studi di Macerata.
- Pascucci Paolo, *Professore Ordinario di Diritto del Lavoro*, Università degli Studi "Carlo Bo" di Urbino
- Pistore Giovanna, *Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro*, Università degli Studi di Firenze
- Purificato Ilaria, *Dottoranda di ricerca in Lavoro, Sviluppo e Innovazione*, Fondazione Marco Biagi, Università di Modena e Reggio Emilia
- Sartor Elisabetta, *Dottoranda di ricerca in Diritto del lavoro*, Università degli Studi di Padova
- Stamerra Federica, *Dottoranda di ricerca in Diritti, Economie e Culture del Mediterraneo*, Dipartimento Jonico dell'Università degli Studi di Bari
- Ventura Alessandro, *Dottore di ricerca in Diritto del lavoro*, Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"
- Volpes Margherita, *Dottoranda di ricerca in Diritto e Impresa*, Università degli Studi Luiss - Guido Carli di Roma

Collana di G. Canavesi e E. Ales

TEMI DI SICUREZZA SOCIALE

1. G. Canavesi (A cura di), *Frammentazione contributiva e diritto a pensione unica dei liberi professionisti. Ricongiunzione – Totalizzazione – Cumulo*, 2020

Finito di stampare nel mese di dicembre
Presso la *Grafica Elettronica* (Na)

Oltre l'apparenza di immobilità, muovendo dalla prospettiva storica, il volume rivela le profonde trasformazioni subite dalla disciplina dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, riflettendo sulle sue connessioni con i temi della responsabilità civile, dalla tutela della salute e delle nuove tecnologie.

Guido Canavesi è Professore ordinario di Diritto del Lavoro e della Previdenza Sociale presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Macerata, ove dirige la Scuola di specializzazione in Diritto sindacale, del lavoro e della previdenza. Dal 2016 promuove gli annuali Seminari Previdenziali Maceratesi. È condirettore della rivista *Variazioni su temi di Diritto del lavoro* e autore di numerose pubblicazioni in diritto del lavoro e diritto della previdenza sociale.

Edoardo Ales è Professore ordinario di Diritto del Lavoro e della Previdenza Sociale presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Napoli "Parthenope". È componente del comitato di direzione della *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale* e del *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*. È tra i Coordinatori della rivista *Diritti Lavori Mercati*. È componente del comitato scientifico ed Esperto nazionale per l'Italia dello European Centre of Expertise. È Esperto nazionale per l'Italia in materia di libera circolazione dei lavoratori nel Network MoveS.

euro 24,00

