



VALERIA ALLOCCA

Dalla tutela previdenziale al risarcimento del danno differenziale

L'autore analizza le linee evolutive della tutela previdenziale per gli infortuni e le malattie professionali, per poi soffermarsi sul suo complesso raccordo con il rimedio risarcitorio di natura civilistica e sulle elaborazioni giurisprudenziali in materia di danno non patrimoniale, che hanno inciso in maniera significativa anche sul versante controverso dei criteri di liquidazione del danno differenziale.

The author analyzes the evolutionary lines of social security protection for accidents and professional diseases, and then focuses on its complex connection with the civil compensation remedy and on the jurisprudential elaborations in the field of non-pecuniary damage, which also had a significant impact on the controversial side of the differential damage settlement criteria.

Sommario: 1. La selettività della tutela antinfortunistica: le origini del patto transattivo. – 2. Il fondamento della tutela antinfortunistica: dal principio del rischio professionale alla garanzia della liberazione dal bisogno. – 3. La progressiva estensione dell'ambito d'applicazione della tutela antinfortunistica. – 4. Il collegamento degli artt. 32 e 38 Cost.: l'ingresso nel sistema indennitario del danno biologico. – 5. I presupposti di risarcibilità del danno differenziale. – 6. L'individuazione delle poste risarcibili alla luce degli sviluppi giurisprudenziali del danno non patrimoniale. – 7. I criteri di calcolo del danno differenziale tra detraibilità dell'indennizzo ed integralità del risarcimento.

1. La selettività della tutela antinfortunistica: le origini del patto transattivo

Il tema qui approfondito – nell'ambito di un più ampio Progetto funzionale alla cooperazione tra sistema della giustizia e della ricerca universitaria¹ – prende le mosse da un'analisi del meccanismo di funzionamento del rimedio indennitario di natura previdenziale e dell'esonero dalla responsabilità civile, di cui agli artt. 10-11 del 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), per poi ripercorrere i vari itinerari interpretativi in tema di danno differenziale fino ai più recenti arresti giurisprudenziali².

¹ Il contributo è il frutto di una ricerca svolta presso il Tribunale di Torre Annunziata nell'ambito del *Progetto unitario per la diffusione dell'Ufficio per il Processo l'implementazione di modelli operativi innovativi negli Uffici giudiziari per lo smaltimento dell'arretrato*, programma PON Governance e Capacità Istituzionale 2014-2020 (Cup E75F21001650007), del quale è capofila l'Università degli Studi di Napoli Federico II.

² Cfr. G. LUDOVICO, *Il principio di adeguatezza delle prestazioni previdenziali nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Var. temi dir. lav.*, 2021, 4, p. 815 ss.

Infatti, per comprendere i termini della questione «dobbiamo guardare lontano per capire meglio quello che ci è vicino»³ e dunque risalire alla genesi del t.u. il quale, interessato da modifiche legislative ed interventi della Corte costituzionale, resta la principale fonte legislativa della materia. Il t.u., com'è noto, anziché ispirarsi ai principi costituzionali, si era attenuto, per espressa indicazione dell'art. 30 della legge delega n. 15/1963, al rispetto dei limiti che presiedevano alla legislazione previdenziale previgente, contemplati dai rr.dd. nn. 264/1933 e 1765/1935.

Con questi interventi erano stati apportati importanti miglioramenti alla tutela antinfortunistica, che non avevano, però, mutato l'impostazione di fondo della disciplina ottocentesca, costruita sul principio del rischio professionale, di cui il t.u. finì per essere il retaggio⁴.

Per far fronte ai rischi dell'era industriale spesso inevitabili in quanto insiti nelle modalità di produzione, con la legge 17 marzo 1898, n. 80 (istitutiva della tutela contro gli infortuni e le malattie professionali) il datore di lavoro si è accollato l'intero onere finanziario dell'assicurazione per rischi in realtà incombenti sul lavoratore, ottenendone come contropartita l'esonero dalla responsabilità civile (eccetto i casi di dolo e di reato perseguibile d'ufficio) e il contenimento degli eventi protetti e degli importi indennizzati⁵.

Dunque, risalgono a quella "transazione" originaria le radici di quel concetto di solidarietà limitata che ha ispirato la disciplina contenuta nel t.u., sfociata per gli infortuni, nel carattere selettivo delle attività protette (art. 1) e delle relative persone assicurate (art. 4), mentre, per le malattie professionali, nella limitazione della tutela alle malattie previste in apposite tabelle e contratte nello svolgimento di determinate lavorazioni⁶.

Tuttavia, con l'entrata in vigore della Costituzione il fondamento della tutela antinfortunistica non può più rinvenirsi nel principio del rischio professionale, posto che l'art. 38, comma 2, Cost., nel riconoscere al lavoratore il diritto fondamentale a che siano previsti ed assicurati i mezzi adeguati alle esigenze di vita in caso di infortunio e malattia, individua nella garanzia

³ Cfr. R. RIVERSO, *Dalla tutela del lavoratore alla tutela della persona. Il profilo oggettivo*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2015, p. 413.

⁴ Cfr. A. DE MATTEIS, S. GIUBBONI, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Milano, 2005, p. 36; L. LA PECCERELLA, *Sulla necessità di un'organica revisione dei criteri di accesso alla tutela INAIL*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2022, 4, p. 691 ss., spec. p. 692.

⁵ Cfr. F. CARNELUTTI, *Infortuni sul lavoro (studi)*, Roma, 1913, spec. p. 33 (che riprende le considerazioni di G. FUSINATO, *Gli infortuni sul lavoro e il diritto civile*, in *Riv. it. per le sci. giur.*, III, 1887, 2, p. 209); F. SANTORO PASSARELLI, *Rischio e bisogno nella previdenza sociale*, in *Riv. it. prev. soc.*, 1948, p. 177 ss.; G. NERVI, *Il concetto di rischio professionale*, in Atti del congresso nazionale degli infortuni e delle malattie professionali, tenutosi a Palermo 26-31 ottobre 1947, Roma, 1948, p. 111; C. LEGA, *Precisazioni in tema di rischio professionale*, in *Dir. lav.*, 1954, I, p. 90; M. PERSIANI, *Il rischio professionale*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1978, I, p. 222; G. ALIBRANDI, *La tutela dei rischi professionali e le innovazioni tecnologiche*, in nota a Cass. 5 dicembre 1986, n. 7234, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1986, II, p. 150-153.

⁶ Cfr. M. PERSIANI, *A cinquanta anni dal testo unico: profili costituzionali*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2015, p. 371 ss., spec. p. 373; M. MORELLO, *Alle origini della tutela degli infortuni sul lavoro*, in *Dir. sicur. lav.*, 2016, 2, p. 23 ss., spec. p. 31; R. PESSI, *Il danno differenziale tra diritto vivente e diritto vigente*, in *Labor*, 2019, 4, p. 355 ss., spec. p. 356.

della liberazione dal bisogno la sua funzione essenziale, alla pari delle altre forme di tutela previdenziale⁷.

Diviene allora compito dello «Stato sociale di operare in liberazione dal bisogno»⁸ mediante gli strumenti pubblicistici all'uopo preposti, affinché sia soddisfatto l'interesse, non dei singoli ma della collettività, a che sia garantito a tutti l'effettivo godimento dei diritti civili e politici⁹.

2. Il fondamento della tutela antinfortunistica: dal principio del rischio professionale alla garanzia della liberazione dal bisogno

Tuttavia, con l'entrata in vigore della Costituzione il fondamento della tutela antinfortunistica non può più rinvenirsi nel principio del rischio professionale, posto che l'art. 38, comma 2, Cost., nel riconoscere al lavoratore il diritto fondamentale a che siano previsti ed assicurati i mezzi adeguati alle esigenze di vita in caso di infortunio e malattia, individua nella garanzia della liberazione dal bisogno la sua funzione essenziale, alla pari delle altre forme di tutela previdenziale.

Diviene allora compito dello «Stato sociale di operare in liberazione dal bisogno» mediante gli strumenti pubblicistici all'uopo preposti, affinché sia soddisfatto l'interesse, non dei singoli ma della collettività, a che sia garantito a tutti il minimo indispensabile per l'effettivo godimento dei diritti civili e politici¹⁰. In questo mutato contesto il principio del rischio professionale, in quanto espressione di una solidarietà limitata alle parti del rapporto individuale, si rivela insufficiente a fondare la tutela previdenziale¹¹.

Quel principio, infatti, è stato concepito con il diverso intento di giustificare l'obbligo datoriale di sostenere l'onere economico dell'assicurazione, al fine di soddisfare interessi propri delle

⁷ Ciò non esclude però, com'è stato autorevolmente ricostruito, che la nozione di rischio professionale, pur essendo inidonea a fondare la tutela antinfortunistica, svolga l'importante funzione di delimitarne l'ambito d'applicazione. Cfr. G.G. BALANDI, *Un caso di archeologia giuridica: ciò che resta oggi del «rischio professionale»*, in *Riv. giur. lav.*, 1976, III, p. 95; G. ALIBRANDI, *Il rischio professionale e la sua attuale rilevanza nell'assicurazione infortuni sul lavoro*, in *Riv. infort. e mal. prof.*, 1978, I, p. 229; S. PICCININNO, *L'evoluzione tecnologica ed i limiti soggettivi ed oggettivi del rischio professionale*, in *Riv. it. med. leg.*, 1986, p. 665; V. MARINO, *La responsabilità del datore per infortuni e malattie da lavoro*, Milano, 1990, p. 30; S. GIUBBONI, voce *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, in *Dig. disc. priv. sez. comm.*, 2000, p. 386; M. PERSIANI, *A cinquanta anni dal testo unico: profili costituzionali*, cit., p. 377; V. CANGEMI, *L'infortunio sul lavoro. Persona, tecnologia, tutele*, in *ADAPT LABOUR STUDIES e Book series*, 2020, 88, p. 12 ss. In giurisprudenza C. cost. 28 aprile 1976, n. 91; C. cost. 2 marzo 1991, n. 100. Da ultimo v. Cass. 14 maggio 2020, n. 8948.

⁸ V. R. PESSI, *Previdenza e assistenza tra universalità e sostenibilità*, in *Mass. giur. lav.*, 2018, p. 133 ss., spec. p. 134.

⁹ Cfr. G. CHIARELLI, *La sicurezza sociale*, in L. RIVA SANSEVERINO, G. MAZZONI (diretto da), *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, vol. III, Padova, 1971, p. 13-14; M. PERSIANI, *Il rischio professionale*, in Aa.Vv. (a cura di), *Il rischio professionale*, Atti del V Congresso Nazionale di diritto del lavoro, tenutosi a Milano 7-9 novembre 1975, Milano, Giuffrè, p. 21; G. ALIBRANDI, *La funzione giuridica del sistema di sicurezza sociale*, in *Riv. giur. lav.*, 1976, III, p. 9-12; S. HERNANDEZ, *Il sistema dell'assicurazione contro gli infortuni: la verifica dei concetti-cardine a distanza di un secolo*, in *Riv. infort. e mal. Prof.*, 1998, I, p. 226.

¹⁰ V. R. PESSI, *Previdenza e assistenza tra universalità e sostenibilità*, in *Mass. giur. lav.*, 2018, p. 133 ss., spec. p. 134.

¹¹ Cfr. M. PERSIANI, *A cinquanta anni dal testo unico: profili costituzionali*, cit., p. 377; V. MARINO, *La responsabilità del datore per infortuni e malattie da lavoro*, Milano, 1990, p. 30.

parti, quello del lavoratore ad essere tutelato in caso di infortunio e quello dell'imprenditore a non subire un pregiudizio eccessivo¹². Ciò non esclude però, com'è stato autorevolmente ricostruito¹³, che la nozione di rischio professionale, inteso come probabilità del verificarsi di un evento lesivo a causa del lavoro prestato, pur essendo inidonea a fondare la tutela antinfortunistica, svolga l'importante funzione di delimitarne l'ambito d'applicazione¹⁴.

In altri termini, il bisogno socialmente rilevante costituisce l'elemento oggettivo del sistema previdenziale generale, mentre il rischio professionale caratterizza la sola tutela antinfortunistica, giustificandone la maggiore effettività e al tempo stesso limitandola alle sole situazioni di bisogno cagionate da eventi eziologicamente legati all'infortunio o alla malattia professionale¹⁵.

Ne consegue che non sussiste incompatibilità tra la finalità a cui aspira la tutela antinfortunistica, consistente nella liberazione dal bisogno, e la nozione di rischio professionale, che qualifica l'evento generatore dello stato di bisogno giuridicamente rilevante e giustifica il trattamento privilegiato riservato agli eventi professionali¹⁶. Nel precetto costituzionale può pertanto dirsi "insito l'elemento del rischio", il quale, "diretto a garantire i lavoratori di fronte ad eventi che determinino la cessazione o la riduzione dell'attività lavorativa", esprime un giudizio di possibilità della lesione "fondato su indici tipici, indipendentemente dai criteri di verosimiglianza statistica rapportati alle situazioni concrete"¹⁷.

3. La progressiva estensione dell'ambito d'applicazione della tutela antinfortunistica

Così ricostruito il fondamento della tutela per gli infortuni e le malattie professionali, non può più rinvenirsi nella rilevanza del rischio professionale la giustificazione della sua limitazione ai soli lavoratori esposti alle lavorazioni pericolose, posto che il precetto costituzionale, nel garantire al lavoratore i "mezzi adeguati alle esigenze di vita", non condiziona tale garanzia al livello di pericolosità della lavorazione. L'art. 38, comma 2, Cost., assimilando la tutela infortunistica alle altre forme di tutela previdenziale per l'invalidità, la vecchiaia e la disoccupazione, le attribuisce pari funzione di garantire l'uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, comma 2, Cost. e di riconoscere a tutti i lavoratori le condizioni economico-sociali necessarie per lo sviluppo della persona umana e l'effettivo esercizio dei diritti civili e politici¹⁸.

¹² Cfr. V. CANGEMI, *L'infortunio sul lavoro*, cit., p. 12 ss.

¹³ Cfr. M. PERSIANI, *Il rischio professionale*, cit., p. 21.

¹⁴ V. S. GIUBBONI, voce *Infortuni sul lavoro*, cit., p. 386.

¹⁵ Cass. 19 ottobre 2017, n. 24765.

¹⁶ V. da ultimo Cass. 14 maggio 2020, n. 8948. In senso conforme Cass. 12 ottobre 2012, n. 17438; Cass. 5 marzo 2018, n. 5066; Cass. 17 agosto 2018, n. 20774.

¹⁷ C. cost. 28 aprile 1976, n. 91; C. cost. 2 marzo, 1991, n. 100.

¹⁸ Cfr. M. PERSIANI, *A cinquanta anni dal testo unico: profili costituzionali*, cit., p. 378.

Dunque, l'unico requisito ricavabile dall'art. 38, comma 2, Cost. è quello soggettivo, costituito dalla qualità di lavoratore ed idoneo anche a differenziare la tutela previdenziale, realizzata dagli strumenti mutualistico-assicurativi, da quella assistenziale, fondata sulla solidarietà collettiva e consistente in una garanzia limitata ai soli "mezzi necessari per vivere", destinata dal comma primo della disposizione a tutti i cittadini¹⁹. Dal requisito soggettivo discende poi implicitamente quello oggettivo della causa lavorativa dell'evento assicurato, in quanto solo chi lavora è esposto ad un rischio professionale, generatore di quello stato di bisogno meritevole di una tutela privilegiata²⁰.

Il rischio di rimanere infortunati grava inevitabilmente, infatti, su chi lavora, non potendo ravvisarsi lavorazioni esenti da pericoli, come dimostrano i numerosi infortuni legati alla fatalità, al caso fortuito, alla forza maggiore o all'errore umano. La pericolosità della lavorazione incide allora non tanto sulla possibilità che l'evento si verifichi, quanto piuttosto sulla sua frequenza o sull'entità della lesione e, pertanto, nell'ottica del contenimento della spesa sociale nel settore previdenziale, potrebbe al più essere utilizzata come parametro per valutare le conseguenze dannose e per determinare il *quantum* della prestazione²¹.

La logica selettiva del meccanismo di accesso alla tutela, basata sulla rischiosità delle attività e dei soggetti tutelati in quanto ad esse addette, determina poi un'evidente aporia quando conduce al riconoscimento del diritto alle prestazioni in favore delle persone elencate anche per quegli eventi verificatisi nello svolgimento di lavorazioni diverse da quelle protette. Emblematico è il caso dell'infortunio *in itinere*, legato alla circolazione stradale, fonte di un rischio generico, che riguarda in maniera indifferenziata tutti i lavoratori, tale per cui non trova alcuna valida giustificazione l'erogazione di prestazioni previdenziali vincolate alla pericolosità di una lavorazione svolta dopo il tragitto tra l'abitazione ed il luogo di lavoro durante il quale si è verificato l'evento.

Ciononostante la Corte costituzionale nei suoi numerosi interventi ha sostanzialmente confermato la logica transattiva sottesa al principio del rischio professionale ed ispiratrice del t.u.²², limitandosi a correzioni parziali dei "più irragionevoli vuoti di tutela" ²³ senza inficiare la

¹⁹ V. C. cost. 5 febbraio 1986, n. 31, in *Giur. cost.*, 1986, I, 725, con nota di A. ANDREONI e in *FI*, 1986, I, 1771, con nota di M. CINELLI.

²⁰ Cfr. M. PERSIANI, *A cinquanta anni dal testo unico: profili costituzionali*, cit., p. 376 - 377.

²¹ Cfr. M. PERSIANI, *A cinquanta anni dal testo unico: profili costituzionali*, cit., p. 378, nel senso che non è possibile escludere l'esistenza di altre lavorazioni pericolose, se non altro per il caso fortuito o la colpa umana.

²² Sulla perdurante centralità del rischio professionale v. C. cost. 15 luglio 1994, n. 310. Cfr. F. PONTRANDOLFI, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali tra occasionalità e causalità spunti ricostruttivi del danno da lavoro*, in F. FACELLO (a cura di), *Il sistema di tutela degli infortuni e delle malattie professionali. Soggetti, funzioni, procedure*, Milano, 2005, p. 171-175

²³ V. S. GIUBBONI, voce *Infortuni sul lavoro*, cit., p. 390.

legittimità del sistema nel suo complesso, tanto che alcuni hanno ravvisato in quell'operazione di mediazione una "sorta di costituzionalizzazione dell'esistente"²⁴.

Pertanto, il processo storico di estensione della garanzia assicurativa non si è tradotto nell'universalizzazione della tutela antinfortunistica, ma si è limitato ad interventi correttivi puntuali, volti a ricomprendere in quella garanzia soggetti che per motivi di lavoro vengano esposti allo "stesso rischio obiettivamente riferibile alle lavorazioni protette" a prescindere dalla manualità della mansione e dall'adibizione ad una medesima macchina²⁵.

Infatti, nelle varie declaratorie d'illegittimità costituzionale degli artt. 1 e 4 t.u. che nel corso del tempo hanno ampliato la platea dei soggetti tutelati, ricomprendendo anche categorie non ricomprese in quell'elenco, la Corte costituzionale si è "mossa nella prospettiva dell'art. 3 Cost." e del principio secondo cui, a parità di rischio, deve corrispondere pari tutela, così valutando la legittimità delle scelte selettive perlopiù alla stregua dei canoni di ragionevolezza ed equità, lasciando talvolta nell'ombra il parametro dell'adeguatezza alle esigenze di vita²⁶.

Invece, un passo decisivo nel processo di adeguamento alla trama di valori solidaristici espressi dalla Costituzione è stato compiuto con la celebre pronuncia della Consulta del 18 febbraio 1988, che ha segnato il passaggio dal sistema tabellare a quello misto per le malattie professionali e al tempo stesso il distacco dell'assicurazione da un concetto statico "di tipicità chiusa, rigorosamente definita a monte, del rischio professionale protetto"²⁷. In quell'occasione, com'è noto, il giudice delle leggi ha dichiarato illegittimi gli artt. 3, comma 1 e 211, comma 1, d.P.R. n. 1124 del 1965 proprio con riferimento all'art. 38, comma 2 Cost., nella parte in cui non prevedevano che l'assicurazione rispettivamente nell'industria e nell'agricoltura fossero obbligatorie anche per malattie diverse da quelle tabellate e "da quelle

²⁴ Cfr. M. CINELLI, *Previdenza sociale e orientamenti della giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, p. 73, spec. par. 3.2.

²⁵ V. C. Cost. 9 giugno 1977, n. 114. Cfr. P. TULLINI, voce *Salute nel diritto della sicurezza sociale*, in *Dig. disc. priv. sez. comm.*, vol. XIII, 2000, p. 70 ss., spec. p. 72-73; S. GIUBBONI, voce *Infortuni sul lavoro*, cit., p. 390-391; M. GAMBACCIANI, *Principi costituzionali e tutela per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali*, in M. PERSIANI (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e diritto della previdenza sociale*, vo. IX, Roma, 2006, p. 265-6; R. VIANELLO, *Principio di adeguatezza e tutela contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali*, in *Var. temi dir. lav.*, 4, 2021, p. 841 ss., spec. p. 845; L. LA PECCERELLA, *Sulla necessità di un'organica*, cit., p. 696.

²⁶ V. *ex multis* C. cost. 7 aprile 1981, n. 55, sulle persone addette al rapporto diretto con il pubblico; C. cost. 30 dicembre 1985, n. 369, sui lavoratori italiani operanti all'estero alle dipendenze di impresa italiana; C. Cost. 21 marzo 1989, n. 137, sui ballerini e i tesserati; C. cost. 2 marzo 1990, n. 98 sul cd. assistente contrario, dipendente dell'amministrazione committente e "non già dell'impresa che svolge l'attività protetta e sottoposta ad obbligo assicurativo"; C. cost. 15 luglio 1992, n. 332, sugli associati in partecipazione; C. cost. 10 maggio 2002, n. 171, sui lavoratori in aspettativa perché chiamati a ricoprire cariche sindacali. Si pone invece in una diversa prospettiva C. cost. 26 luglio 1988, n. 880, che dichiara costituzionalmente illegittimi gli artt. 1 e 4 del t.u., nella parte in cui non prevedevano l'assicurazione obbligatoria a favore degli artigiani italiani che lavorano all'estero, in riferimento all'art. 35 e all'art. 38 Cost., in forza del quale "il cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento ed all'assistenza sociale nonché quello a che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle sue esigenze di vita in caso di infortunio, oltre che di malattia, invalidità e vecchiaia".

²⁷ V. S. GIUBBONI, voce *Infortuni sul lavoro*, cit., p. 388.

causate da una lavorazione specificata o da un agente patogeno indicato nelle tabelle”, ferma restando la prova dell’eziologia professionale²⁸.

Il ragionamento alla base della pronuncia mostra dunque piena aderenza con la prospettiva solidaristica espressa dall’art. 38, comma 2, Cost., in quanto è il rischio che la presunzione legale vada a “menomare in misura rilevante l’idoneità del sistema” all’attuazione di quel precetto ad indurre la Corte costituzionale ad un ripensamento della sua legittimità. Il sistema tabellare, pur esonerando dalla “ardua” prova dell’eziologia professionale, non riconosceva i mezzi adeguati alle esigenze di vita a tutti i lavoratori che potessero provare la dipendenza della malattia dall’attività lavorativa, lasciando un vuoto di tutela per le patologie non ricomprese negli elenchi²⁹. Da questo approdo hanno poi preso avvio quelle elaborazioni della giurisprudenza di legittimità che hanno rivisitato la nozione di “occasione di lavoro”, superando le iniziali rigidità nella definizione degli eventi protetti, che di fatto condizionavano l’accesso alla tutela, compromettendone la compatibilità e la coerenza rispetto al suo fondamento costituzionale³⁰.

Infatti, l’evoluzione del sistema dall’originaria impostazione selettiva ed il superamento del sistema tabellare per le malattie professionali hanno messo in crisi la centralità del rischio specifico, su cui poggiava il più risalente orientamento restrittivo dell’intervento protettivo³¹, conducendo ad una più ampia accezione della nozione di “occasione di lavoro” (di cui all’art. 2 t.u.), comprensiva di qualunque infortunio occasionato dal lavoro, considerato come

²⁸ C. cost. 18 febbraio 1988, n. 179. Poco dopo la Corte costituzionale (C. cost. 25 febbraio 1988, n. 206) ha dichiarato illegittimo l’art. 135 comma 2, del t.u. in riferimento agli artt. 3 e 38 Cost., nella parte in cui prevedeva la perdita di ogni indennizzo, qualora la denuncia della tecnopatia fosse presentata oltre il “termine previsto dall’apposita tabella per ciascuna malattia professionale”. Cfr. A. FONTANA, *Malattie professionali: la risposta della giurisprudenza ordinaria all’introduzione del c.d. “sistema misto”*, in *Dir. lav.*, 1994, I, p. 231 ss.; G.G. BALANDI, *Le malattie professionali: un quadro normativo in evoluzione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1989, 3, p. 235 ss.

²⁹ C. cost. 18 febbraio 1988, n. 179, cit. V. C. cost. 4 luglio 1974, n. 206, che invece aveva rigettato la questione di legittimità costituzionale.

³⁰ In questo fenomeno espansivo particolare rilievo ha rivestito la nozione di rischio ambientale, in base al quale ai fini dell’insorgenza dell’obbligo assicurativo antinfortunistico rileva il fatto oggettivo dell’esposizione a rischio, che vale a delimitare tanto l’ambito delle attività protette che delle persone assicurate (v. Cass., Sez. Un., 14 aprile 1994, n. 3476). Cfr. P. TULLINI, voce *Salute*, cit., p. 82; R. RIVERSO, *Dalla tutela del lavoratore alla tutela della persona*, cit., p. 418; V. CANGEMI; G. PIGLIALARMÌ, L. PELUSI (a cura di), *Le tutele assicurative: il caso italiano nel confronto comparato*, Adap University Press, 2021, p. 139.

³¹ Dal suo canto la Corte costituzionale (C. cost. 27 luglio 1989, n. 462) rigettò la questione di legittimità dell’art. 2 t.u. con riferimento all’art. 38 comma 2 Cost., nella parte in cui, secondo l’interpretazione giurisprudenziale allora dominante, richiedeva che l’evento lesivo, per potersi considerare avvenuto “in occasione di lavoro”, fosse supportato da un rischio specifico “escludendo la copertura assicurativa per gli eventi causati da fattori non strettamente professionali, anche se attinenti al luogo di lavoro ed intervenuti nel corso della prestazione lavorativa”. Cfr. M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Torino, 2022, p. 546.

“fattore occasionale del rischio tutelato”, che al verificarsi di un evento lesivo lo connota in senso professionale³².

Questo esito interpretativo, ormai consolidato, ha rivestito un ruolo significativo nel processo storico di estensione della garanzia assicurativa la quale, “in attuazione dell’art. 38 Cost., dà rilievo non già, restrittivamente, al cosiddetto rischio professionale, come tradizionalmente inteso”, ma ricomprende qualsiasi accadimento ascrivibile al lavoro prestato, anche l’evento che non sia direttamente causato dalle mansioni lavorative tipiche, ma sia insito in un’attività prodromica e strumentale o riconducibile a situazioni proprie dell’assicurato, purché vi sia una connessione con la lavorazione protetta da lui espletata³³.

Tuttavia, nonostante l’apprezzabile sforzo della giurisprudenza, che ha contribuito in maniera significativa all’estensione dell’assicurazione obbligatoria, resta comunque ferma la logica selettiva basata sull’elencazione delle attività e dei soggetti protetti, confermata anche dal legislatore che, con gli artt. 4, 5, 6, e 7, d.lg. n. 38/2004, ha ricompreso nella garanzia assicurativa i dirigenti, i parasubordinati, gli sportivi professionisti e i lavoratori italiani operanti nei Paesi *extra*-comunitari, lasciando invece immutato il meccanismo di accesso alla tutela³⁴.

Così, se sul piano oggettivo non ha più rilievo il rischio specifico, essendo indennizzati tutti gli eventi che hanno origine lavorativa, su quello soggettivo la limitazione dell’assicurazione alle attività ritenute pericolose e ai soggetti preposti al loro esercizio pone non solo un problema di compatibilità con il parametro dell’adeguatezza, ma genera delle incongruenze che pregiudicano la coerenza e la razionalità di un assetto normativo evolutosi nel tempo e distaccatosi dall’impianto originario.

4. Il collegamento degli artt. 32 e 38 Cost.: l’ingresso nel sistema indennitario del danno biologico

Sul versante poi dell’oggetto della tutela antinfortunistica, e più nello specifico delle prestazioni da essa garantite, la disciplina apprestata dal t.u. aveva ridotto il canone dell’adeguatezza alle esigenze di vita ad una dimensione prettamente lavorativa, limitando la rilevanza dell’evento dannoso alla perdita o alla menomazione dell’attitudine psicofisica al lavoro, logica ispiratrice non solo delle prestazioni monetarie (artt. 77 ss.), ma anche di quelle sanitarie, riconosciute al lavoratore fino al perdurare dell’inabilità, in quanto necessarie al recupero della capacità lavorativa (artt. 66 e 86).

³² V. fra le tante Cass. 11 febbraio 2002, n. 1944; Cass. 7 maggio 2002, n. 6511; Cass. 28 luglio 2004, n. 14287; Cass. 4 agosto 2005, n. 16417.

³³ V. Cass. 5 febbraio 2015, n. 2136; Cass. 6 febbraio 2018, n. 2838; 3 agosto 2021 n. 22180, in *Dir. & Giust.*, 2021, p. 6, con nota di R. DULIO.

³⁴ L. LA PECCERELLA, *Sulla necessità di un’organica*, cit., p. 696-698.

Il sistema così delineato ha tenuto fin quando il rimedio previdenziale, di natura assicurativo-sociale, e quello risarcitorio, di fonte civilistica, hanno continuato ad operare nella “comune ottica di tipo patrimonialistico”, in cui era stata concepita la regola dell’esonero del datore di lavoro dalla responsabilità civile, salvo il risarcimento del danno differenziale nei casi di dolo e di reato perseguibile d’ufficio (ex art. 10 t.u.)³⁵.

Nel modello tradizionale di responsabilità civile, infatti, il pregiudizio derivante dalla lesione di situazioni giuridiche a contenuto non patrimoniale era ritenuto risarcibile nei soli “casi determinati dalla legge”, secondo i limiti indicati dall’art. 2059 c.c. Tuttavia, l’interpretazione giurisprudenziale a lungo dominante riteneva la disposizione riferibile al solo danno morale, limitandone il risarcimento ai casi in cui il fatto illecito presentasse tutti gli elementi di una fattispecie penale (art. 185 c.p.)³⁶.

A partire dagli anni 70 al danno morale, subordinato alla riserva penale contenuta nell’art. 2059 c.c., dottrina e giurisprudenza sono venute a contrapporre quello biologico, traducibile in una patologia oggetto di precisa valutazione medica, diversa dallo stato di angoscia transeunte e sottratta al potere discrezionale del legislatore ordinario, poiché tutelata dall’art. 32 Cost., costituendo la lesione del diritto alla salute la violazione di un interesse fondamentale della persona, tale da integrare la nozione di ingiustizia di cui all’art. 2043 c.c.³⁷. Queste elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali, convergenti nei loro risultati, condussero la Corte costituzionale a prendere atto dell’esistenza di un “diritto vivente” che individuava “nell’art. 2043 c.c., in relazione all’art. 32 Cost.” la fonte dell’autonoma risarcibilità del danno biologico³⁸.

Scalfita l’impostazione patrimonialistica del rimedio risarcitorio, l’ingresso nell’ambito della responsabilità civile del danno biologico diede origine ad una serie di dubbi di legittimità del rimedio indennitario, mettendo nuovamente in discussione il “meccanismo di raccordo tra le due discipline”³⁹.

Tutto ciò spinse la Corte costituzionale verso un ripensamento del modello assicurativo, ritenendo che l’esclusione del pregiudizio all’integrità psico-fisica contrastasse “con la

³⁵ Cfr. G. LUDOVICO, *La persona del lavoratore tra risarcimento del danno e tutela dal bisogno: la questione del danno differenziale*, in *Dir. rel. ind.*, 2013, p. 1049 ss., spec. par. 2.

³⁶ C. cost. 26 luglio 1979, n. 87 e 88, *Giust. civ.*, 1980, I, 534, con nota di DE CUPIS; *Giur. it.*, 1980, I, 9, con nota di ALPA.

³⁷ V. T. Genova 25 maggio 1974, in *Giur. it.*, 1975, I, 2, 53, con nota di M. BESSONE, V. ROPPO, *Lesione all’integrità psico-fisica e diritto alla salute. Una giurisprudenza innovativa in tema di valutazione del danno alla persona*; T. Genova 20 ottobre 1975, in *Resp. civ. prev.*, 1976, 444, con nota di G. ALPA, *Danno “biologico” e diritto alla salute. Un’ipotesi di applicazione diretta dell’art. 32 Cost.*; T. Genova 15 dicembre 1975. Cfr. A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1979, 112 ss.; A. JANNARELLI, *Il risarcimento del danno alla persona e l’analisi economica del diritto*, *Foro it.*, 1979, 249; F. MASTROPAOLO, *Il risarcimento del danno alla salute*, Napoli, 1983, 608 ss.; G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, 85; G. ALPA, *Il Danno biologico. Percorso di un’idea*, Padova, 1993; C. CASTRONOVO, *Danno biologico. Un itinerario di diritto giurisprudenziale*, Milano, 1998.

³⁸ C. cost. 14 luglio 1986, n. 184, *Foro it.*, 1986, I, 2053, con nota di PONZANELLI ed *ibid.*, 2976, con nota di MONATERI.

³⁹ Cfr. G. LUDOVICO, *La persona del lavoratore tra risarcimento del danno e tutela dal bisogno*, cit., par. 2.

garanzia della salute come diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività (art. 32 Cost.)” e al tempo stesso “con la tutela privilegiata che la Carta costituzionale riconosce al lavoro come valore fondante della nostra forma di Stato (artt. 1, comma 1, 4, 35 e 38 Cost.), nel quadro dei più generali principi di solidarietà (art. 2 Cost.) e di eguaglianza, anche sostanziale (art. 3 Cost.)”⁴⁰.

Dunque, le pronunce della Corte costituzionale hanno individuato nel rilievo assegnato dall'art. 32 Cost. al diritto alla salute il fondamento per una garanzia differenziata e più intensa, tale da consentire una tempestiva riparazione del danno biologico che solo la tutela previdenziale, operando nella prospettiva della liberazione dal bisogno, è in grado di conseguire.

Pertanto, il diritto all'adeguatezza della prestazione previdenziale è riaffiorato nell'ambito di una più ampia valutazione sistemica degli interessi costituzionali coinvolti, di cui il soggetto tutelato è portatore come persona, considerata non solo in una dimensione lavorativa e secondo un'accezione meramente reddituale. Si era così creato un “diretto collegamento” tra gli artt. 32 e 38 Cost., che sollecitava l'opportunità di un intervento legislativo, poi sfociato nel d.lg. 25 luglio 2000, n. 38, con cui ha avuto luogo quella radicale innovazione delle prestazioni monetarie e sanitarie garantite, necessaria per rendere più aderente il concetto di bisogno al diritto alla salute e agli altri valori fondamentali della persona⁴¹.

Dopo i vari moniti rivolti al legislatore dalla Corte costituzionale, ha ingresso anche nel sistema indennitario il danno biologico da lesione dell'integrità psicofisica (*ex art. 13 d.lg. n. 38/2000*), comprensivo degli aspetti dinamico-relazionali e suscettibile di valutazione medico legale, con cui sono stati superati i limiti della legislazione previgente, che aveva inteso in modo riduttivo la nozione di “esigenze di vita”, circoscrivendo la garanzia assicurativa al solo pregiudizio patrimoniale, quantificato nella perdita o nella menomazione della capacità lavorativa.

Tuttavia, non essendo più tale capacità il bene da tutelare, l'indennizzo per il danno biologico, sia esso in capitale (per le menomazioni comprese tra il 6% ed il 15%) o in rendita (per quelle di grado superiore), viene determinato attraverso le tabelle di cui al d.m. 12 luglio 2000, indipendentemente dal reddito del danneggiato salve le conseguenze patrimoniali delle menomazioni di grado superiore al 15%, per le quali viene invece riconosciuta una quota aggiuntiva, commisurata alla retribuzione in godimento da parte del lavoratore⁴². Viene così

⁴⁰ C. cost. 15 febbraio 1991, n. 87, in *Foro it.*, 1991, I, p. 1664, con nota di D. POLETTI; C. cost. 18 luglio 1991, n. 356, *ivi*, p. 2697, con nota di A. DE MARCO; C. cost. 27 dicembre 1991, n. 485, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, II, 756, con nota di S. GIUBBONI; C. cost. 21 novembre 1997, n. 350, in *Danno e resp.*, 1998, p. 141, con nota di D. POLETTI, *Nuovo invito della Consulta per la riforma dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le tecnopatie*. Cfr. L. DE ANGELIS, *Diritto del lavoro e tutela risarcitoria: un fugace sguardo tra passato e presente*, in *Arg. Dir. lav.*, 2017, 3, p. 605, spec. p. 609.

⁴¹ Cfr. G. LUDOVICO, *La persona del lavoratore tra risarcimento del danno e tutela dal bisogno*, cit., par. 9.

⁴² Cfr. R. RIVERSO, *Dalla tutela del lavoratore alla tutela della persona*, cit., p. 425. Dunque viene meno anche il riferimento alla retribuzione percepita, ritenuto rilevante in un'ottica sistemica, in quanto collegato ai canoni di cui all'art. 36 Cost. Cfr. R. CASILLO, *La pensione di vecchiaia. Un diritto in trasformazione*, Napoli, 2016, p. 166-168; M. PERSIANI, *Sulla garanzia*

rimessa alle tabelle di cui al d.m. 12 luglio 2000 la definizione dell'importo dell'indennizzo e quindi di quel *quantum* che dovrebbe garantire l'adeguatezza della prestazione alle esigenze di vita del lavoratore, salve le conseguenze patrimoniali delle menomazioni di grado superiore al 15%, per le quali viene invece riconosciuta una quota aggiuntiva, commisurata alla retribuzione in godimento da parte del lavoratore⁴³.

Nel confermare la funzione previdenziale del rimedio indennitario, la Corte costituzionale ha però precisato come l'assicurazione, sebbene non sia "ispirata al criterio della piena socializzazione del rischio", rimanga condizionata dal precetto dell'adeguatezza di cui all'art. 38, comma 2, Cost., il quale "rimette alla discrezionalità del legislatore la determinazione dei tempi, dei modi e della misura delle prestazioni sociali sulla base di un razionale temperamento con la soddisfazione di altri diritti, anch'essi costituzionalmente garantiti, e nei limiti delle compatibilità finanziarie"⁴⁴.

In questa prospettiva trovano giustificazione anche l'esclusione delle lesioni micro-permanenti (di grado inferiore al 6%) e delle voci ulteriori di danno, nonché più in generale l'asimmetria tra il risarcimento e il rimedio indennitario, che non assicura il completo ristoro e resta vincolato "unicamente al parametro dell'adeguatezza seppure interpretato in collegamento con l'art. 32 Cost."⁴⁵.

Queste considerazioni hanno indotto la Corte costituzionale a fugare i dubbi di legittimità costituzionale della normativa sopravvenuta, alimentati dall'erroneo convincimento che anche l'indennizzo previdenziale per il danno biologico fosse ispirato da una logica risarcitoria⁴⁶.

Ne consegue che il collegamento tra i principi sociali e la tutela della salute costituisce uno strumento nelle mani del legislatore, alla cui discrezionalità, nei limiti della ragionevolezza, è affidato il bilanciamento con le esigenze di contenimento della spesa pubblica e con gli altri diritti fondamentali della persona⁴⁷.

costituzionale dei mezzi adeguati alle esigenze di vita, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2017, p. 290 ss.; M. D'ONGHIA, *Le prestazioni pensionistiche a tutela della vecchiaia nel prisma dei principi costituzionali tra vecchie questioni e nuovi bisogni*, in G. CANAVESI, E. ALES (a cura di), *La vecchiaia nella tutela pensionistica, Seminari Previdenziali Maceratesi – 2017, Collana Fondazione Marco Biagi*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 6; M. GAMBACCIANI, *Mezzi adeguati alle esigenze di vita, Costituzione e previdenza complementare*, in *Var. temi dir. lav.*, 4, 2021, p. 791 ss., spec. p. 801; E. ALES, *La garanzia dei mezzi adeguati alle esigenze di vita dei disoccupati ovvero dell'adeguatezza sistemica*, in *Var. temi dir. lav.*, 2022, p. 277 e ss.

⁴³ Cfr. R. RIVERSO, *Dalla tutela del lavoratore alla tutela della persona*, cit., p. 425.

⁴⁴ C. cost. 19 dicembre 2006, n. 426. In senso conforme C. cost. 15 luglio 1994, n. 310; C. cost. 19 gennaio 1995, n. 17; C. cost. 4 febbraio 2000, n. 26, in *Riv. giur. lav.*, 2000, II, p. 551, con nota di MAZZIOTTI, *Ancora in materia di limiti soggettivi per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro: una riforma che tarda a venire*.

⁴⁵ Cfr. G. LUDOVICO, *La persona del lavoratore*, cit., p. 1049 ss.; ID., *Il principio di adeguatezza*, cit., p. 834.

⁴⁶ Cfr. G. LUDOVICO, *Il principio di adeguatezza*, cit., p. 834. V. C. cost. 19 dicembre 2006, n. 426, cit.

⁴⁷ Cfr. G. LUDOVICO, *Il principio di adeguatezza*, cit., p. 835.

5. I presupposti di risarcibilità del danno differenziale

L'innesto nell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni e le malattie professionali di una nuova tipologia di lesione, con cui il sistema assicurativo si è adeguato all'evoluzione giurisprudenziale dei danni alla persona, si è presentato come il preludio di un cambiamento epocale che ha messo "in discussione gli equilibri disegnati sin dalla fine dell'ottocento nel modello transattivo"⁴⁸. Se da una parte la scelta di includere il ristoro del danno biologico ha segnato "un punto di svolta nella lunga storia dell'assicurazione obbligatoria", arricchendola di nuovi contenuti, dall'altra ha costituito "un aspetto critico", da cui sono scaturite talune ambiguità che rischiavano di tradire la funzione stessa del rimedio assicurativo⁴⁹.

Con l'inclusione del danno biologico nel sistema dell'assicurazione sociale sono così riemersi i nodi del complicato raccordo tra la tutela previdenziale e quella civile, esacerbando i termini di un dibattito risalente sulla definizione dei rispettivi ambiti di competenza, nonché sui presupposti per la configurabilità della responsabilità datoriale e per la risarcibilità del danno differenziale. Nonostante la differenza strutturale e funzionale tra i due rimedi, si era creato un inestricabile intreccio tra di essi, il quale aveva alimentato l'equivoco che anche l'indennizzo per il danno biologico, avente titolo nell'art. 38, comma 2 Cost. e finalizzato alla rapida liberazione dallo stato di bisogno, fosse ispirato da una logica risarcitoria, tendente alla riparazione integrale del pregiudizio del danneggiato.

In particolare, a fronte della progressiva erosione dello spazio riservato all'azione civile e all'attrazione del danno biologico all'interno dell'assicurazione obbligatoria, ci si è chiesti se fosse ancora configurabile il danno biologico differenziale e quali fossero le condizioni per la sua risarcibilità⁵⁰.

Prima della riforma era pacificamente ammessa l'azione civile ex art. 10 t.u. per il risarcimento del danno biologico, definito complementare con gli altri pregiudizi alla persona di natura areddituale, in quanto esclusi dal perimetro della garanzia assicurativa circoscritta al solo pregiudizio patrimoniale, quantificato nella perdita o nella menomazione della capacità lavorativa. Infatti, la questione, sorta all'indomani dell'intervento legislativo, non ha riguardato le voci di danno complementare (morale, biologico temporaneo, patrimoniale in franchigia, etc.) sottratte dall'ambito applicativo dell'assicurazione e ritenute autonomamente risarcibili secondo le comuni regole civilistiche, ma il danno biologico permanente, oggetto privilegiato di quella garanzia, qualora l'effettiva consistenza del

⁴⁸ Cfr. C. CASTRONOVO, *L'assicurazione come alternativa alla responsabilità civile. Diritto privato generale e diritti secondi*, in Id. (a cura di), *La nuova responsabilità civile*, 2006, spec. p. 398.

⁴⁹ Cfr. M. CINELLI, *Il ristoro del danno non patrimoniale alla persona del lavoratore tra diritto civile e diritto speciale*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 2006, p. 269 e ss., spec. p. 292-293.

⁵⁰ Cfr. P. TULLINI, *Il danno differenziale*, cit., 485.

pregiudizio subito dal lavoratore infortunato o malato ecceda l'importo erogato a titolo d'indennizzo⁵¹.

La tesi prospettata a seguito dell'entrata in vigore del d.lg. n. 38/2000, che riteneva risarcibili solo i pregiudizi non coperti dall'assicurazione sociale, con il conseguente superamento del danno biologico differenziale quantitativo, si fondava sulla convinzione della piena esaustività delle prestazioni indennitarie erogate dall'Inail e della loro vocazione risarcitoria, tale da porsi in termini alternativi-esonerativi rispetto alle regole di diritto comune⁵².

In sostanza, la tesi aveva come presupposto l'originario patto transattivo con cui, assolto il pagamento del premio, si realizzerebbe una sorta di transazione sociale, in forza della quale al datore di lavoro spetterebbe l'esonero dalla responsabilità civile all'interno dell'ambito soggettivo e oggettivo, tuttora limitato, in cui opera l'assicurazione obbligatoria.

Tuttavia, il preteso intento del legislatore, di adottare ai fini dell'assicurazione per gli infortuni e delle malattie professionali una nozione di danno biologico coincidente con quella civilistica, contrasterebbe con la finalità tipica del rimedio previdenziale, che non è quella di garantire il ristoro integrale per la lesione del diritto alla salute, ma quella di consentire la rapida liberazione da un bisogno ritenuto socialmente meritevole di tutela, seguendo parametri forfettari ed uniformi. Inoltre, l'art. 13, comma 1, del d.lg. n. 38/2000 offre una nozione di danno biologico in "termini statici", qualificandolo come "lesione all'integrità psicofisica, suscettibile di valutazione medico legale", chiarendo espressamente che quella definizione opera "in via sperimentale" e ai soli "fini della tutela dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali"⁵³.

Infine, il decreto fa costantemente riferimento al termine di indennizzo per il danno biologico, in luogo di quello di risarcimento, che vale a sottolineare come quella erogazione fornisca un minimo sociale che, sebbene non assicuri il ristoro integrale, viene comunque garantito anche nelle ipotesi in cui non vi sia colpa del datore di lavoro o di un terzo⁵⁴. Del resto, lo stesso art.

⁵¹ Sull'autonoma risarcibilità di tali voci, v. Cass. 21 marzo 2002, n. 4080, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, p. 31, con nota di A. PIZZOFRATTO; Cass. 17 febbraio 2003, n. 2357; Cass. 12 febbraio 2004, n. 2889.

⁵² V. T. Salerno 5 febbraio 2001; Cass. 29 gennaio 2002, n. 1114; T. Torino 10 giugno 2003, n. 3393; T. Vicenza 3 giugno 2004, n. 82, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, II, p. 356 ss., con nota di F. Rossi, *Infortunio sul lavoro e risarcibilità del "danno biologico differenziale" dopo il d.lgs. n. 38/2000*; A. Torino 29 novembre 2004; T. Roma 4 dicembre 2007; T. Palermo 18 dicembre 2007; T. Vicenza 10 febbraio 2009, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II, p. 895, con nota di L. MONTUSCHI, *Il risarcimento dei danni non patrimoniali: «personalizzare» si può*; T. Salerno 9 marzo 2012, n. 1110. Cfr. V. LUCIANI, *Danni alla persona e rapporto di lavoro*, Napoli, 2007, p. 129 ss.; ID., *Il danno biologico tra trattamento previdenziale e tutela risarcitoria: la questione del danno "differenziale"*, in G. NATULLO, R. SANTUCCI, (a cura di), *Ambiente e sicurezza sul lavoro. Quali tutele in vista del Testo Unico?*, Atti del Convegno di Benevento, 9 novembre 2007, Milano, 2008.

⁵³ Cfr. M. CINELLI, *Il ristoro del danno non patrimoniale*, cit., spec. p. 273 e 281, secondo cui la nozione adottata dall'art. 13 del d.lg. n. 38/2000, che limita il danno biologico alla lesione "suscettibile di valutazione medico legale", avrebbe riportato la "situazione al punto di partenza".

⁵⁴ T. Pinerolo 27 aprile 2004, n. 296; T. Treviso 12 luglio 2004, in *Foro it.*, 2004, I, c. 3408, con nota di V. FERRARI; T. Ravenna 22 marzo 2005, p. 979 ss., con nota di M.G. GRECO; T. Siena 4 settembre 2008, n. 446; T. Torre Annunziata 15 maggio 2018, n. 1017.

13, comma 11, del d.lgs. n. 38/2000 precisa che “per quanto non previsto” dalle sue disposizioni “si applica la normativa del testo unico, in quanto compatibile”. Pertanto, deve ritenersi che le innovazioni introdotte non abbiano inciso sull’operatività dell’art. 10 del t.u., non avendo l’intervento legislativo statuito in merito all’azione civile per il risarcimento del danno differenziale.

La disposizione, com’è noto, dopo aver affermato che l’assicurazione “esonera il datore di lavoro dalla responsabilità per gli infortuni sul lavoro” (art. 10, comma 1°, t.u.), chiarisce che la responsabilità civile permane in caso di condanna penale del datore di lavoro “per il fatto dal quale l’infortunio è derivato” (comma 2), anche se “sia avvenuto per fatto imputabile a coloro che egli ha incaricato della direzione o sorveglianza” (comma 3)⁵⁵. Invece, l’articolo successivo disciplina il diritto di regresso a favore dell’Inail “per le somme pagate a titolo di indennità e per spese accessorie contro le persone civilmente responsabili” (art. 11 t.u.).

Questo modello “sin dalle origini chiamato transattivo”, perché rispondente ad una logica di contemperamento dei contrapposti interessi, assicurava e tuttora assicura una copertura parziale, dovuta alla mancanza di satisfattività del ristoro indennitario rispetto alla consistenza del danno patito dal lavoratore a seguito dell’infortunio e della malattia professionale⁵⁶.

Per cui l’esonero parziale, che copre le voci di danno assicurate, non opera quando per quella stessa voce il danno ascende ad un importo maggiore di quello erogato in sede previdenziale, purché l’evento lesivo sia imputabile alla responsabilità penale del datore di lavoro o di un lavoratore “incaricato della direzione o sorveglianza”⁵⁷. In questa prospettiva, l’orientamento giurisprudenziale dominante, ormai acquisito al diritto vivente, ammette pacificamente la risarcibilità del danno biologico differenziale⁵⁸, escludendo che la prestazione indennitaria esaurisca aprioristicamente il pregiudizio subito dal lavoratore infortunato o malato⁵⁹.

Pertanto, la disciplina delle assicurazioni “s’intreccia da sempre con quella della responsabilità civile” e in questo “concorso di regole”, di integrazione tra forme di tutela sociale e tradizionale, risiede l’effettività del sistema di tutela dei danni alla persona⁶⁰.

⁵⁵ A seguito della sentenza della C. cost. 9 marzo 1967, n. 22, è stato introdotto il comma 3, che ammette l’azione di responsabilità civile quando l’infortunio derivi da fatto imputabile ad un dipendente.

⁵⁶ Cfr. C. CASTRONOVO, *L’assicurazione come alternativa alla responsabilità civile*, cit., p. 381.

⁵⁷ Cfr. 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, p. 1083 ss.; M. GAMBACCIANI, *Il danno differenziale*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2013, 4, p. 193.

⁵⁸ T. Napoli 5 febbraio 2015; T. Torre Annunziata 14 novembre 2017, n. 2356; T. Torre Annunziata 12 novembre 2021, n. 1647; T. Torre Annunziata 1° marzo 2023, n. 320.

⁵⁹ P. TULLINI, *Il danno differenziale*, cit., par. 2., secondo cui l’esonero ha finito così per perdere la sua centralità, per fungere piuttosto da “congegno di mero raccordo tecnico tra indennizzo e risarcimento”.

⁶⁰ Cfr. M. CINELLI, *Il ristoro del danno non patrimoniale*, cit., spec., p. 281, 292.

6. L'individuazione delle poste risarcibili alla luce degli sviluppi giurisprudenziali del danno non patrimoniale

Il problema dell'esonero si è riproposto nuovamente a seguito delle note acquisizioni giurisprudenziali in materia di danni alla persona che, sul versante della responsabilità civile, hanno condotto dapprima al riconoscimento della risarcibilità anche in ipotesi che integrino il fatto materiale di reato, ma non consentano di provare la colpa del danneggiante secondo i canoni penalistici⁶¹ e, poi, alla definitiva revisione del sistema risarcitorio in termini bipolari⁶². In particolare, a questi arresti giurisprudenziali si deve il superamento del principio della tassatività delle ipotesi richiamate dall'art. 2059 c.c. (in combinato disposto con l'art. 185 c.p.) e il riconoscimento del risarcimento in tutti i casi in cui il danno non patrimoniale, inteso nella sua più ampia accezione, sia determinato dall'ingiusta lesione di interessi costituzionalmente protetti non connotati da rilevanza economica⁶³.

Con questa svolta giurisprudenziale, la tutela risarcitoria dei danni non patrimoniali è ricondotta nell'ambito di applicazione dell'art. 2059 c.c., superando l'orientamento che vi riconduceva il solo danno morale (distinto da quello biologico e da quello esistenziale), divenendo norma tipizzante, espressiva di un "precetto di tipicità, ma non di tassatività, delle fattispecie lesive e degli interessi lesi", che rimette all'interprete il compito di individuarli⁶⁴. Tale acquisizione giurisprudenziale ha aperto a nuove prospettive interpretative in materia di risarcimento del danno differenziale, determinando l'assorbimento dei criteri di accertamento del fatto di reato perseguibile d'ufficio ex art. 10 t.u. nello schema generale d'imputazione della responsabilità contrattuale (art. 1218 c.c., in collegamento con l'art. 2087 c.c.).

Tuttavia, "l'ancoraggio costituzionale" del risarcimento e la moltiplicazione delle poste risarcitorie hanno dato vita ad una proliferazione di liti bagatellari, nonostante l'intervento della Suprema Corte che, escludendo il riconoscimento del danno-evento e con esso di sanzioni punitive⁶⁵, ha chiarito come il pregiudizio non patrimoniale, in particolare quello esistenziale, debba essere sempre oggettivamente accertato, oltre che allegato e provato⁶⁶.

⁶¹ Cass. 12 maggio 2003, nn. 7281, 7282, 7283, in *Danno Resp.*, 2003, 7, p. 713, con nota di G. PONZANELLI, *Danno non patrimoniale: responsabilità presunta e nuova posizione del giudice civile*; in *Resp. civ. prev.*, 2003, p. 676, con note di D. BARGELLI e P. ZIVIZ.

⁶² Cass. 31 maggio 2003, nn. 8827, 8828, in *Foro it.*, 2003, I, c. 2272, con nota di E. NAVARRETTA, *Danni non patrimoniali: il dogma infranto e il nuovo diritto vivente*; in *Danno Resp.*, 2003, n. 8-9, p. 819, con note di D. BUSNELLI e G. PONZANELLI.

⁶³ Cass. 31 maggio 2003, nn. 8827, 8828, cit. Tale indirizzo giurisprudenziale è ratificato lo stesso anno dalla Corte costituzionale (C. cost., 11 luglio 2003, n. 233, in *Danno Resp.*, 2003, n. 10, p. 939, con note di G. PONZANELLI, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO; in *Giur. it.*, 2003, p. 1777, con note di P. CENDON, P. ZIVIZ).

⁶⁴ E. NAVARRETTA, *Danni non patrimoniali*, cit., p. 79-80.

⁶⁵ Cfr. M. BIASI, *Studio sulla polifunzionalità del risarcimento del danno nel diritto del lavoro: compensazione, sanzione, deterrenza*, Milano, 2022, p. 26.

⁶⁶ Sull'onere del lavoratore di provare il danno esistenziale da demansionamento v. Cass., Sez. Un, 24 marzo 2006, n. 6572, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, p. 687, con nota di R. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite sull'allegazione e la prova dei danni cagionati da demansionamento o dequalificazione*. Cfr. G.B. FERRI, *Oggetto del diritto della personalità e danno non patrimoniale*, in *Riv.*

L'assetto delineato è stato così messo in discussione dal riaffiorare di crescenti istanze di spersonalizzazione del danno e da rinnovate tentazioni estensive, che hanno indotto le Sezioni Unite nel novembre 2008 a negare l'autonoma configurabilità del pregiudizio morale e di quello esistenziale, per attribuirvi una valenza meramente descrittiva di semplici conseguenze della lesione all'integrità psicofisica della persona che integrano voci del danno biologico, considerato nel suo aspetto dinamico, al quale va riconosciuto carattere unitario⁶⁷. L'impostazione bipolare ha determinato un nuovo cambiamento nell'assetto dei rapporti tra indennizzo e risarcimento, facendo riemergere tutti i nodi di quel complicato raccordo, senza che nell'autorevole arresto giurisprudenziale si potesse intravedere una "chiave di lettura idonea per riscrivere le regole applicabili".

In particolare, per effetto dell'affermata unitarietà della categoria, non scomponibile in autonome voci diversamente etichettate, secondo un primo orientamento, le componenti soggettive e dinamico relazionali del danno alla salute cagionato dall'infortunio non possono più essere ricostruite come componenti del danno complementare, ma vanno valutate in sede di personalizzazione come danno differenziale quantitativo nei limiti di cui all'art. 10 t.u.⁶⁸.

Questa lettura più rigorosa del *dictum* delle Sezioni Unite parte dal presupposto della inscindibilità delle sofferenze fisiche da quelle soggettive e dai pregiudizi anatomo-funzionali conseguenti alla menomazione, conducendo alla negazione del concetto stesso di danno biologico "statico", completamente avulso dalla considerazione di tali aspetti anche ai fini dell'indennizzo previdenziale⁶⁹. Il rischio di scongiurare duplicazioni ed automatismi risarcitori ha così indotto i fautori di tale orientamento ad escludere che il pregiudizio morale e quello esistenziale possano essere imputati alla sfera del danno complementare, in quanto attratti nella più ampia ed omnicomprensiva categoria del danno biologico personalizzato⁷⁰.

dir. comm., 1984, p. 151; E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996, p. 93; M.P. MONACO, *I danni non patrimoniali da demansionamento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II, p. 803 ss.; ID., *Il danno non patrimoniale. Principi, regole e tabelle per la liquidazione*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 99 ss.

⁶⁷ Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, nn. 26972-26973. Cfr. P.G. MONATERI, *Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, I, p. 56; D. POLETTI, *La dualità del sistema risarcitorio e l'unicità della categoria dei danni non patrimoniali*, *ivi*, 2009, I, p. 76; P. ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale: istruzioni per l'uso*, *ivi*, 2009, I, p. 94; M. ROSSETTI, *Post nubila phoebus, ovvero gli effetti concreti della sentenza delle sezioni unite n. 26972 del 2008 in tema di danno non patrimoniale*, in *Giust. civ.*, 2009, 4-5, p. 930.

⁶⁸ T. Vicenza 10 febbraio 2009; T. Milano 9 giugno 2009, n. 7515; Cass. 4 febbraio 2011, n. 622; T. Piacenza 18 febbraio 2012, n. 102; A. Ancona 10 aprile 2014, n. 120; T. Torre Annunziata 1° febbraio 2022; T. Torre Annunziata 26 aprile 2023. Cfr. G. LUDOVICO, *La persona del lavoratore tra risarcimento del danno e tutela dal bisogno*, *cit.*, spec. par. 4; G. MARANDO, *Responsabilità, danno e rivalsa per gli infortuni sul lavoro*, Milano, 2003, p. 442.

⁶⁹ Cass. 4 febbraio 2011, n. 622.

⁷⁰ Cfr. L. MONTUSCHI, *Il risarcimento dei danni non patrimoniali: personalizzare si può*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II, p. 895; A. VALLEBONA, *Prestazione previdenziale e risarcimento dei danni per infortunio sul lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2010, p. 268 ss.; L. DI BONA, *Concorso tra indennizzo e risarcimento del danno: profili problematici*, in *Quaderni Riv. inf. mal. prof.*, 2011, p. 171 ss.

Pertanto, le sofferenze soggettive consistenti nella percezione emotiva della menomazione e nelle conseguenti alterazioni delle condizioni di vita nel contesto sociale, prima ricondotte nella sfera del danno complementare, quali pregiudizi morali ed esistenziali esclusi dalla copertura assicurativa e, in quanto tali, reintegrabili secondo le comuni regole della responsabilità civile, divengono risarcibili come residui differenziali dentro i ristretti confini di liquidazione previsti dall'art. 10 t.u.

Seguendo l'impostazione rigorosamente bipolare, però, si perviene ad un ampliamento smisurato dell'ambito di operatività dell'esonero parziale dalla responsabilità datoriale, che non tiene conto dell'estraneità di alcuni pregiudizi dall'indennizzo sociale, in contrasto con l'integralità del risarcimento del danno non patrimoniale e con i principi affermati dalle risalenti pronunce della Corte costituzionale, che avevano creato quel "diretto collegamento" tra gli artt. 32 e 38 Cost., spingendo verso l'intervento legislativo⁷¹.

Queste considerazioni hanno indotto parte della dottrina⁷² e della giurisprudenza a preservare, nel settore degli infortuni e delle malattie professionali, l'autonomia descrittiva delle diverse voci, scomponendo la liquidazione unitaria del danno non patrimoniale, per garantire al lavoratore infortunato o tecnopatico il risarcimento di tutti i pregiudizi esclusi dalla tutela sociale, che continuerebbero a rilevare, anche dopo l'intervento delle Sezioni Unite, come componenti del danno complementare⁷³. In particolare, la "perdurante rilevanza" del danno complementare, sottratto dai limiti previsti dall'art. 10 t.u., con riferimento ai pregiudizi di carattere soggettivo e dinamico-relazionale, troverebbe giustificazione nella diversità della nozione normativa di danno biologico vigente in ambito assicurativo sociale, a carattere statico e, dunque, più ristretta rispetto a quella di derivazione civilistica⁷⁴.

Infatti, la pronuncia delle Sezioni Unite fa riferimento alle sole norme del Codice delle assicurazioni private (artt. 138 e 139 d.lg. n. 209/2005), senza mai richiamare l'art. 13 d.lg. n.

⁷¹ C. cost. 15 febbraio 1991, n. 87, cit., p. 1664 e ss.; C. cost. 18 luglio 1991, n. 356, cit., p. 2697 e ss.; C. cost. 27 dicembre 1991, n. 485, cit., p. 756 e ss.; C. cost. 21 novembre 1997, n. 350, cit., p. 147.

⁷² Cfr. S. GIUBBONI, *Note d'attualità in tema di risarcimento del danno da infortunio sul lavoro*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2009, 1, spec. p. 30-31; R. RIVERSO, *La liquidazione del danno non patrimoniale del lavoratore dopo le sentenze delle Sezioni Unite del 2008*, in *Lav. giur.*, 2010, p. 1071; V. FILI, *Danno biologico e assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali*, in S. DELLE MONACHE (a cura di), *Responsabilità civile Danno non patrimoniale*, Milano, 2010, p. 255; A. DE MATTEIS, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Milano, 2011, p. 1131; Id., *Danno differenziale e danno complementare dopo le Sezioni Unite del 2008*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2010, p. 389 e ss.; M. GAMBACCIANI, *Il danno differenziale*, cit., p. 196; S. GIUBBONI, *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile: vecchie e nuove questioni in tema di danno differenziale*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – 397/2019.

⁷³ V. T. Udine 16 febbraio 2009, n. 221; T. Genova 28 maggio 2009, n. 2116; T. Prato 16 febbraio 2010, n. 59; T. Parma 11 dicembre 2012, n. 1603; T. Monza 28 maggio 2013, n. 1318; T. Torre Annunziata 24 settembre 2021; T. Torre Annunziata 14 gennaio 2022, n. 179; T. Torre Annunziata 26 aprile 2022; T. Torre Annunziata 20 giugno 2022, n. 948; T. Torre Annunziata 22 luglio 2022, n. 1130.

⁷⁴ Cfr. A. DE MATTEIS, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Milano, 2011, p. 1131; Id., *Danno differenziale e danno complementare dopo le Sezioni Unite del 2008*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2010, spec. p. 397-398.

38/2000 che, al comma 1, ai “fini della tutela dell’assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali”, definisce il danno biologico come “lesione dell’integrità psicofisica, suscettibile di valutazione medico legale”⁷⁵. Ne deriverebbe una definizione normativa autonoma e speciale, più ristretta perché non terrebbe conto nelle proprie tabelle (emanate con il d.m. 12 luglio 2000 e recentemente aggiornate dal d.m. 2 agosto 2023) della personalizzazione del danno biologico, che mal si concilierebbe con la standardizzazione propria dell’indennizzo⁷⁶.

Del resto, anche al di fuori dell’ambito dell’assicurazione sociale, poco dopo l’intervento delle Sezioni Unite, il danno morale e quello esistenziale hanno “ripreso a fare capolino”, dimostrando come il prefigurato rischio di duplicare le poste risarcitorie, con una distinzione categoriale attraverso cui si finirebbe per attribuire nomi diversi a pregiudizi identici, servendosi di etichette differenti, non può comunque portare alla negazione delle varie componenti in cui si articola il danno non patrimoniale⁷⁷.

Infatti, “l’iniziale nettezza” dell’unitarietà della categoria, con la conseguente “affermazione circa l’assenza di autonomia” delle singole voci che la compongono, è stata “stemperata” dalla giurisprudenza successiva⁷⁸. In questo solco, alcuni giudici della terza sezione della Suprema Corte hanno iniziato ben presto a prendere le distanze da quello “statuto risarcitorio”, dando origine ad un processo erosivo degli equilibri raggiunti dalle Sezioni Unite con le sentenze di San Martino⁷⁹.

I successivi sviluppi di tale giurisprudenza, insoddisfatta degli esiti interpretativi raggiunti nel novembre del 2008, hanno poi individuato nella diversità del bene oggetto di lesione il presupposto per la considerazione separata delle componenti del “pur sempre unitario”

⁷⁵ Cfr. S. GIUBBONI, *Note d’attualità in tema di risarcimento del danno*, cit., spec. p. 30-3.

⁷⁶ In realtà l’art. 13, comma 2, d.lgs. n. 38/2000, dispone che le «menomazioni conseguenti alle lesioni dell’integrità psicofisica di cui al comma 1 sono valutate in base a specifica “tabella delle menomazioni”, comprensiva degli aspetti dinamico-relazionali». Secondo i sostenitori di tale orientamento il riferimento a tali aspetti dinamico-relazionali sarebbe solo “formale”. In tal senso v. M. GAMBACCIANI, *Il danno differenziale*, cit., p. 193, spec. p. 196. In senso contrario v. M. CASOLA, *Esonero da responsabilità del datore di lavoro e conseguenze processuali in tema di danno differenziale*, in *Riv. t. dir. lav.*, 2009, n. 1, p. 99 ss., spec. par. 21.

⁷⁷ Cfr. M. BIASI, *Studio sulla polifunzionalità del risarcimento del danno*, cit., p. 28.

⁷⁸ Cfr. S. GIUBBONI, *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile: vecchie e nuove questioni in tema di danno differenziale*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT* – 397/2019, spec. p. 14.

⁷⁹ V. Cass. 11 giugno 2009, n. 13530, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 1779, con nota di P. ZIVIZ; Cass. 7 giugno 2011, n. 1273, in *Foro it.*, 2011, I, c. 2798, con nota di G. PONZANELLI, *lo sconvolgimento della vita di relazione nelle macrolesioni: rapporto tra tabelle potere equitativo del giudice*; Cass. 3 ottobre 2013, n. 22585, *ivi*, 2013, I, c. 3433, con nota di G. PONZANELLI, *Nomofilachia tradita e le tre voci di danno non patrimoniale*; Cass. 24 marzo 2011, n. 6750; Cass. 12 settembre 2011, n. 18641; Cass. 30 dicembre 2011, n. 30668, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, 3, p. 591, con nota di V. Allocca, *La liquidazione del danno non patrimoniale da licenziamento ingiurioso tra autonomia e personalizzazione del risarcimento*. Cfr. G. PONZANELLI, *Giudice e legislatore liquidano le decisioni delle sezioni unite sul danno non patrimoniale*, in *Foro it.*, 2018, I, c. 924.

concetto di danno non patrimoniale, da intendersi come unitarietà rispetto alla violazione di qualsiasi interesse costituzionalmente rilevante non suscettibile di valutazione economica⁸⁰. Muovendo da questo presupposto, a fronte di una lesione permanente alla salute (art. 32 Cost.), costituisce duplicazione risarcitoria il riconoscimento di un autonomo “danno esistenziale”, aggiuntivo a quello biologico, la cui misura *standard*, già di per sé comprensiva del *vulnus* arrecato agli aspetti dinamico-relazionali propri del grado percentuale di invalidità, può essere aumentata in sede di personalizzazione, in relazione alle allegazioni e alle prove specificamente addotte, in presenza di compromissioni peculiari e straordinarie, espressive della violazione di altri diritti costituzionalmente protetti⁸¹. A sostegno di tale soluzione interpretativa, si segnala come tale pregiudizio, a cui le Sezioni Unite nel 2008 avevano dedicato particolare attenzione⁸², sia stato riconosciuto, per la prima volta a livello normativo, proprio dall’art. 13, comma 2, d.lgs. n. 38/2000, per precisare che le tabelle sulla base delle quali valutare il danno biologico indennizzabile dall’Inail, sono comprensive «degli aspetti dinamico-relazionali»⁸³.

Da essi, invece, deve essere distinto il profilo interiore del danno, che conserva la sua autonomia, anche quando conseguente ad una lesione dell’integrità psicofisica, consistente nella sofferenza morale in tutti i suoi aspetti «che non hanno fondamento medico-legale, perché non aventi base organica ed estranei alla determinazione medico-legale del grado di percentuale di invalidità permanente»⁸⁴. In tal senso depongono le modifiche legislative al sistema tabellare di cui ai novellati artt. 138 e 139 cod. ass. che, a seguito delle modifiche apportate dalla l. n. 124/2017, nell’ambito delle lesioni micropermanenti, riconoscono anche a livello normativo la differenza intercorrente tra il danno biologico e quello morale. Nel solco di tale dicotomia, ormai consolidata, espressione della doppia dimensione fenomenologica della sofferenza, si inserisce la più recente giurisprudenza in materia di danno differenziale, secondo cui solo il pregiudizio morale, a differenza di quello esistenziale, mantenendo la sua

⁸⁰ Cass. 9 giugno 2015, n. 11851; Cass. 8 maggio 2015, n. 9320. Tale orientamento è stato avallato anche dalla Sezioni Unite nell’escludere l’autonoma risarcibilità del danno da lesione della vita (Cass., S.U., 22 luglio 2015, n. 15350, in *Foro it.*, 2015; I, c. 26 82, con nota di A. PALMIERI e R. PARDOLESI). Per un più ampio approfondimento della questione, v. da ultimo P. TULLINI, *Patologie da amianto e risarcimento del danno differenziale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2023, II, p. 142, spec. p. 146.

⁸¹ Cass. 17 gennaio 2018, n. 901, in *Foro it.*, 2018, 3, I, c. 911, con nota di G. PONZANELLI; Cass. 11 novembre 2019, n. 28989, in *Resp. civ. prev.*, 2020, 6, 1901. Cfr. C. CASTRONOVO, *Il danno non patrimoniale dal codice civile al codice delle assicurazioni*, in *Danno e Resp.*, 2019, p. 15 e ss.; D. COMANDÈ, *Dal sistema bipolare al sistema biforcuto: le linee guida della Cassazione sul danno non patrimoniale a dieci anni dalle sentenze dell’Estate di San Martino*, *ivi*, 2019, p. 156 e ss. In senso contrario v. M.A. GARZIA, *Danno differenziale e azione di regresso I.N.A.I.L.: le regole comuni per l’accertamento della responsabilità*, in *Lav. Giur.*, 2021, 5, p. 509, spec. p. 513, secondo cui l’indennizzo copre solo “la lesione all’integrità psicofisica, senza considerare le altre voci di danno esistenziale e alla vita di relazione”.

⁸² Cfr. G. PONZANELLI, *Giudice e legislatore*, cit., c. 923, evidenzia come la risposta all’ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite, basata proprio sul pregiudizio dinamico relazionale, era stata “perentoria”, nel senso di ritenere che «di danno esistenziale come categoria autonoma non è più dato discorrere» (Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972, cit.).

⁸³ Cass. 27 marzo 2018, n. 7513. Cfr. G. PONZANELLI, *Giudice e legislatore*, cit., c. 923 e ss.

⁸⁴ Cass. 17 gennaio 2018, n. 901, cit.; Cass. 27 marzo 2018, n. 7513, cit.

autonomia rispetto alla lesione all'integrità psicofisica, si qualifica come danno complementare, essendo escluso *ab origine* dalla copertura assicurativa⁸⁵.

Invece, il pregiudizio alle attività realizzatrici della persona umana "ordinariamente" conseguente alla menomazione, consistente nell'impossibilità di compiere taluni atti fisici quotidiani, costituirebbe un effetto naturale della lesione alla salute e, dunque, si configurerebbe come una componente del danno biologico *standard* oggetto d'indennizzo, che trova adeguato ristoro nei criteri tabellari ritenuti, per espressa previsione normativa, comprensivi degli aspetti dinamico-relazionali, salvo l'accertamento di conseguenze eccezionali ed ulteriori.

7. I criteri di calcolo del danno differenziale tra detraibilità dell'indennizzo ed integralità del risarcimento

Questa complessa elaborazione giurisprudenziale in materia di danno non patrimoniale, caratterizzata dalla moltiplicazione di poste risarcitorie, "sfociata" dapprima nell'affermazione dell'unitarietà della categoria e successivamente "rivista" in termini nuovamente bipolari (con il riconoscimento dell'autonomia ontologica del danno morale rispetto a quello biologico), ha avuto notevoli ripercussioni sul tema della responsabilità contrattuale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, incidendo in maniera significativa anche sul versante, tuttora controverso, dei criteri di liquidazione del danno differenziale⁸⁶.

In particolare, la questione è sorta dopo la socializzazione del danno biologico ed ha riguardato le menomazioni all'integrità psicofisica di grado pari o superiore al 16% poiché, in questo caso, l'Istituto eroga una rendita dalla natura composita, riferita per una quota alla lesione della salute e, per l'altra, alle conseguenze patrimoniali derivanti dall'inabilità permanente (art. 13, comma 2, lett. a) e b) d.lg. n. 38/2000)⁸⁷.

All'indomani dell'intervento legislativo, la giurisprudenza di merito, chiamata a fare i conti con la presenza di una diversa componente del danno nell'ambito della tutela sociale, pur con alcune oscillazioni, ha accolto il criterio del calcolo per sommatoria, ritenendo che il raffronto tra il risarcimento integrale secondo le regole civilistiche e l'indennizzo erogato dall'Inail deve avvenire confrontando l'ammontare complessivo dei rispettivi importi, atteso il combinato disposto di cui ai commi 6 e 7 dell'art. 10 t.u. i quali, facendo espresso riferimento al solo

⁸⁵ T. Torre Annunziata 25 novembre 2021; T. Torre 1° marzo 2023. V. da ultimo Cass. 31 ottobre 2023, n. 30293.

⁸⁶ Cfr. L. DE ANGELIS, *Il danno differenziale tra diritto comune, diritti speciali e schizofrenia legislativa*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 392/2019, p. 10.

⁸⁷ Cfr. A. ROSSI, *Il calcolo del danno differenziale secondo la più recente giurisprudenza di legittimità*, in Riv. dir. sic. soc., 2017, 1, spec. p. 94.

complesso di tali ristori, senza ulteriori scomposizioni, considererebbero indistintamente le singole voci⁸⁸.

In questa fase, però, il principio della indistinzione delle poste ha riguardato i soli pregiudizi ricompresi nella tutela previdenziale, ferma restando la scomposizione per le voci estranee alla copertura del sistema assicurativo. Pertanto, esclusi tali titoli, riferibili al danno complementare, spettante in via esclusiva al lavoratore, è possibile procedere alla determinazione del danno differenziale quantitativo, detraendo dal valore complessivo degli importi liquidati in ambito civile per il danno biologico e per quello patrimoniale, l'intero importo delle prestazioni erogate dall'assicuratore sociale. I fautori di tale orientamento hanno poi rilevato che, adottando il metodo di computo del danno differenziale per poste omogenee, l'Istituto incontrerebbe evidenti difficoltà nel recuperare la quota di rendita destinata ad indennizzare la riduzione della capacità lavorativa specifica, in molti casi non determinandosi un danno patrimoniale parimenti apprezzabile in termini civilistici⁸⁹.

Così operando, si verificherebbe un indebito arricchimento del lavoratore, al quale verrebbe corrisposto dall'Inail un "maggior danno patrimoniale" non spettante in applicazione dei criteri risarcitori, giungendo al riconoscimento di una somma superiore a quella ottenibile secondo gli ordinari canoni civilistici, in violazione del principio di non locupletazione⁹⁰.

Altri, ancora, hanno sottolineato la "diversità ontologica" tra risarcimento ed indennizzo per giungere alla conclusione che l'unica modalità di confronto tra fattispecie così "eterogenee", con funzioni "profondamente" distinte sia quella di tipo quantitativo, ossia avendo riguardo al loro complessivo ammontare⁹¹, contrariamente a quanti sostengono che proprio tali differenze renderebbero impraticabile questa operazione liquidatoria⁹².

⁸⁸ In tal senso nella giurisprudenza di merito v. *ex multis* T. Bassano del Grappa 7 novembre 2005, n. 59; T. Milano 10 maggio 2005, n. 5298; T. Vicenza 4 gennaio 2007, n. 321; T. Vicenza 4 maggio 2007, n. 80; T. Arezzo 14 marzo 2007, n. 235; T. Pisa 23 gennaio 2008, n. 19; T. Terni 12 giugno 2008, n. 148; T. Siena 2 settembre 2008, n. 414; T. Siena 24 ottobre 2008, n. 541. In quella fase, tale orientamento, dominante nella giurisprudenza di merito chiamata a pronunciarsi dopo la socializzazione del danno biologico, ha ricevuto anche l'avallo della Suprema Corte (Cass. 25 maggio 2004, n. 10035). In senso contrario v. T. Monza 16 giugno 2005, n. 1828; T. Como 12 luglio 2007.

⁸⁹ Cfr. R. VIANELLO, *Principio di adeguatezza*, cit., 869; S. GIUBBONI, *Il risarcimento del danno differenziale da infortunio sul lavoro dopo la legge di bilancio 2019*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2019, p. 183, spec. p. 192-193, 197-198. In senso contrario R. CASILLO, *I confini tra tutela sociale e rimediale nel calcolo del danno differenziale, biologico e patrimoniale*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2016, 3, p. 652, spec. p. 662-663,

la quale rileva che la tutela sociale "non risarcisce", ma "attende ad un bisogno" e, pertanto, se il risarcimento vincola al soddisfacimento dei soli danni effettivamente patiti, l'indennizzo previdenziale non è limitato da quel ristoro.

⁹⁰ Cfr. P. SCOGNAMIGLIO, *Il danno differenziale rispetto alla prestazione dell'Inail*, in *Mass. giur. lav.*, 2011, 4, p. 256 ss., spec. 262; A. DE MATTEIS, *Assicurazione infortuni: perché non esiste più la regola dell'esonero*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2011, 2, p. 355 e ss., spec. p. 372; A. LEUZZI, *Indennizzo previdenziale e risarcimento del danno. Profili processuali del danno differenziale*, in *Riv. giur. lav.*, 2011, I, p. 855, spec. p. 863; A. VALLEBONA, *Prestazione previdenziale e risarcimento*, cit., p. 268; M. GAMBACCIANI, *Il danno differenziale*, cit., p. 193 e ss., spec. p. 197.

⁹¹ Cfr. G. LUDOVICO, *La persona del lavoratore tra risarcimento del danno e tutela dal bisogno*, cit., par. 12.

⁹² Cfr. P. TULLINI, *Il danno differenziale*, cit., p. 485 e ss.; R. CASILLO, *I confini tra tutela sociale e rimediale*, cit., p. 662-663,

Tuttavia, questo orientamento ha tenuto fin quando il pregiudizio non patrimoniale è rimasto “frazionato” in distinte “sottocategorie” e, dunque, il calcolo per sommatoria, riguardando solo quanto liquidato per il danno biologico e per quello patrimoniale, non ha compromesso l’integrale ristoro delle voci estranee alla tutela sociale⁹³.

Lo “scenario” muta dopo il novembre 2008⁹⁴, quando la giurisprudenza di merito, per allinearsi ai principi espressi dalla Sezioni Unite, ha iniziato ad applicare il criterio del calcolo per sommatoria senza preservare le poste estranee alla tutela sociale, decurtando dal risarcimento del danno non patrimoniale, considerato in forma unitaria, senza ulteriori scomposizioni, l’importo complessivo dell’intera rendita erogata dall’Inail, finendo per compromettere il diritto al risarcimento integrale⁹⁵.

Per evitare tale compromissione, la Cassazione ha inaugurato un “nuovo corso”⁹⁶, optando per il criterio di calcolo “posta per posta”, da preferire a quello per sommatoria, affermando che dall’ammontare complessivo del danno biologico deve essere sottratto il solo valore capitale della quota di rendita destinata a ristorare tale pregiudizio, escludendo espressamente la detrazione da tale posta di somme erogate per compensare le conseguenze patrimoniali⁹⁷.

La Suprema Corte ha poi ribadito, a più riprese, la necessità che il calcolo del danno differenziale quantitativo avvenga distinguendo il valore capitale della parte di rendita riferita al danno biologico da quella destinata al ristoro delle conseguenze patrimoniali, individuando nel calcolo per poste omogenee l’unico criterio di liquidazione coerente con la logica unitaria del danno non patrimoniale⁹⁸.

In questo scenario si inserisce la pronuncia delle Sezioni Unite del maggio 2018 in materia di *compensatio lucri cum damno* la quale, nel chiarire che l’indennizzo corrisposto dall’Inail va detratto dal credito risarcitorio solo quando siano entrambi destinati a ristorare pregiudizi identici, ha riaperto il dibattito tra quanti sostengono che la loro comparazione debba essere effettuata confrontando voci qualitativamente omogenee e, quanti, invece, ritengono che occorra avere riguardo all’ammontare complessivo dei rispettivi ristori⁹⁹.

⁹³ Cfr. A. ROSSI, *Il calcolo del danno differenziale*, cit., p. 95.

⁹⁴ Cfr. R. PESSI, *Il danno differenziale tra diritto vivente e diritto vigente*, cit., p. 361.

⁹⁵ T. Vicenza 10 febbraio 2009; T. Milano 9 giugno 2009, n. 7515; T. Milano 31 agosto 2010, n. 3562; T. Siena 27 ottobre 2010, n. 554; T. Reggio Emilia 7 marzo 2011, n. 330; T. Piacenza 18 febbraio 2012, n. 102; T. Torre Annunziata 31 ottobre 2017, n. 2243.

⁹⁶ Cfr. S. GIUBBONI, A. ROSSI, *Infortuni sul lavoro*, cit., p. 292.

⁹⁷ Cass. 26 giugno 2015, n. 13222; Cass. 20 aprile 2016, n. 7774; Cass. 30 agosto 2016, n. 17407.

⁹⁸ Cass. 12 dicembre 2016, n. 25327; Cass. 10 aprile 2017, n. 9166.

⁹⁹ Cass., Sez. Un., 22 maggio 2018, n. 12565, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 4, p. 1160, con nota di L. NIVARRA, *Le Sezioni Unite restituiscono un ordine auspicabilmente definitivo al discorso sulla compensatio lucri cum damno*. Secondo parte della dottrina l’arresto giurisprudenziale avrebbe contraddetto il criterio analitico di raffronto per voci distinte, se non altro perché determina un’ingiustificata locupletazione, cfr. G. CORSALINI, A. DE MATTEIS, *Il concorso tra risarcimento e indennizzo dinanzi alle*

Di lì a poco è intervenuto il legislatore che, in occasione della legge di bilancio per il 2019 (art. 3, comma 1126, l. n. 145/2019), ha modificato i commi 6 e 7 dell' art. 10 t.u., con puntuali innesti normativi, i quali specificavano come il risarcimento del danno calcolato «complessivamente» e per i soli «pregiudizi oggetto di indennizzo», avesse luogo per le somme eccedenti quelle liquidate «complessivamente» dall'Inail, «a qualsiasi titolo ed indistintamente».

Questi innesti normativi, chiaramente adesivi al calcolo per sommatoria, hanno però avuto vita breve, stante il repentino ripensamento del legislatore che, con l'art. 3-sexies, comma 1, d.l. n. 34/2019, convertito dalla l. n. 58/2019, ha abrogato le modifiche introdotte ai commi 6 e 7 dell'art. 10 t.u., con conseguente reviviscenza delle disposizioni nel loro testo previgente. In questo modo si è tornati *allo status quo ante*¹⁰⁰ e, mentre la giurisprudenza di legittimità prende definitivamente le distanze dal metodo di computo per poste complessive, permangono i dubbi di quanti già in precedenza avevano sottolineato il rischio di duplicazioni ed ingiustificate locupletazioni¹⁰¹.

Per tali ragioni, si è fatta strada in dottrina una tesi mediana, basata sul bilanciamento degli interessi in rilievo che, facendo leva sulla successiva riappropriazione giurisprudenziale delle diverse voci descrittive del danno non patrimoniale, ripropone la soluzione che applica il calcolo per sommatoria del danno differenziale, senza però intaccare il risarcimento integrale del danno complementare, scorporando *a priori* le voci escluse dall'indennizzo previdenziale¹⁰².

In evidente risposta a tali censure, nei più recenti sviluppi giurisprudenziali, la Cassazione ha chiarito come i principi statuiti dalle Sezioni Unite nel 2018, in tema di *compensatio lucri cum damno*, conducano a ritenere che la detrazione dell'indennizzo Inail dal credito risarcitorio sia possibile solo quando «l'uno e l'altro siano destinati a ristorare pregiudizi identici», applicando «il criterio per poste identiche e non per poste omogenee»¹⁰³.

Secondo la Suprema Corte, questo implica non solo che si tenga conto della distinzione tra le «due grandi poste» del danno, quella patrimoniale e non patrimoniale, ma che la detrazione

giurisdizioni superiori e riflessi sull'azione di rivalsa dall'INAIL, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2019, 1, spec. p. 165; R. PESSI, *Il danno differenziale tra diritto vivente e diritto vigente*, cit., p. 363.

¹⁰⁰ Cfr. R. PESSI, *Il danno differenziale tra diritto vivente e diritto vigente*, cit., p. 385-6.

¹⁰¹ Cass. 30 gennaio 2019, n. 2550; Cass. 27 maggio 2019, n. 14362; Cass. 4 novembre 2020, n. 24474; Cass. 23 giugno 2021, n. 17967; Cass. 27 settembre 2021, n. 26117; Cass. 13 giugno 2022. Tale orientamento viene richiamato da una parte della giurisprudenza interna all'Ufficio giudiziario presso cui è stata condotta l'attività, v. T. Torre Annunziata 25 novembre 2021, n. 1763; 20 giugno 2022, n. 948; 7 febbraio 2023, n. 209; 14 gennaio 2022, n. 179.

¹⁰² Cfr. S. GIUBBONI, G. LUDOVICO, A. ROSSI, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Padova, 2020, p. 494-495; A. DE MATTEIS, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Milano 2020, p. 820; E. GAMBACCIANI, L. LA PECCERELLA, *Il danno differenziale nell'evoluzione del rapporto tra tutela risarcitoria e tutela indennitaria: interventi del legislatore, interpretazioni della giurisprudenza ed esigenza di una soluzione di sistema*, in *Mass. giur. lav.*, 2020, 1, p. 28, spec. p. 41; S. GIUBBONI, A. ROSSI, *Infortuni sul lavoro*, cit., p. 311-312.

¹⁰³ Cass. 31 ottobre 2023, n. 30293.

dell'indennizzo dal risarcimento avvenga al “netto” delle voci non coperte dalla garanzia assicurativa. La vicenda sembra finalmente giunta ad un epilogo e, nonostante lo sviluppo argomentativo dia l'impressione di un mutamento d'indirizzo, in realtà, il recente arresto, più che traghettare verso inediti criteri, si allinea in sostanza ai propri precedenti, consolidando le acquisizioni giurisprudenziali sul calcolo del danno differenziale, confermando al tempo stesso la perdurante rilevanza del complementare¹⁰⁴.

Valeria Allocca

Ricercatrice dell'Università degli Studi di Napoli Federico II

Già assegnista dell'Università degli studi di Napoli Federico II nell'ambito del progetto “Modelli Organizzativi e Innovazione Digitale: il Nuovo Ufficio per il Processo per l'Efficienza del Sistema - Giustizia (MOD-UPP)”

¹⁰⁴ In particolare, il calcolo del danno differenziale deve avvenire distinguendo la quota di indennizzo attinente al danno patrimoniale da quella riferibile al danno biologico da invalidità permanente. Da tale operazione liquidatoria, invece, restano escluse le poste del danno complementare, spettanti in via esclusiva al lavoratore, in quanto non coperte dalla garanzia assicurativa, riguardanti il danno biologico temporaneo e permanente in franchigia, quello morale, la personalizzazione per le compromissioni peculiari e le conseguenze patrimoniali per le inabilità di grado inferiore al sedici per cento.