



Università degli Studi di Macerata
Facoltà di Giurisprudenza
Dipartimento di Diritto privato e del lavoro italiano e comparato

W.P. Libertà, lavoro e sicurezza sociale
1/2011

Università degli Studi di Macerata
Piaggia dell'Università 8-11
62100 MACERATA
W.P. Libertà lavoro e sicurezza sociale

MAURIZIO CINELLI

SUL RISARCIMENTO DEL DANNO DA INFORTUNIO SUL LAVORO O DA TECNOPATIA, OGGI

1.- Le risalenti problematiche del danno alla persona da infortunio sul lavoro o da tecnopatia, e del relativo risarcimento, già di per sé ardue, risultano oggi ancor più articolate e complesse, per effetto dell'emersione di fattispecie di danno di recente apprezzamento, come, in particolare, quelle collegate al *mobbing*, allo *stress*, alla costrittività organizzativa (v. da ultimo Cass. n. 5437/2011).

Già ai meri fini di una schematica considerazione di tali emergenti profili, quale è quella che qui ci si propone, può essere opportuno ricordare, a mo' di premessa – ma anche come ulteriore, utile spunto di riflessione –, alcuni dati essenziali che da sempre caratterizzano e condizionano la tutela che l'ordinamento predispone a favore di chi subisca danni da lavoro alla persona:

- la tutela garantita dall'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali (nonostante che il suo ombrello protettivo si sia esteso nel tempo) non ha carattere universale: il che significa che non tutti i lavoratori esposti a rischi da lavoro possano avvalersene (un magro suppletivo per le aree “scoperte” è quello fornito dalla tutela sociale privilegiata per l'invalidità da lavoro garantita dall'assicurazione obbligatoria contro l'invalidità, gestita dall'INPS in una con la tutela assicurativa per la vecchiaia e la morte), e che comunque non per tutte le tipologie di danni da lavoro si può invocare la copertura di quell'assicurazione;
- per i soggetti non destinatari di detta assicurazione, così come per i danni dalla stessa non coperti, la tutela si realizza attraverso il ricorso alle regole della responsabilità civile, tanto contrattuale che extracontrattuale – tra le quali se ne colloca una efficacissima, l'art. 2087 c.c., espressamente dettata per “tutelare” l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro” –: si tratta del c.d. “modello duale”, che fa sì che il livello complessivo (ed effettivo) di tutela dei lavoratori dai danni da lavoro sia rappresentato dalla combinazione, appunto, di quanto riveniente dalle suddette regole civilistiche con quanto garantito dall'assicurazione obbligatoria in riferimento;
- il ristoro del danno coperto dall'assicurazione obbligatoria programmaticamente non è integrale, cioè non è restitutorio, ma soltanto indennitario: si tratta della manifestazione più eclatante della impostazione transattiva che ha caratterizzato fin dall'origine detta assicurazione, e, per effetto della quale all'accollo ai datori di lavoro dell'intero onere finanziario dell'assicurazione e all'intervento di questa anche nel caso in cui la responsabilità dell'evento lesivo sia imputabile a colpa del lavoratore danneggiato (e, dunque, salvo il dolo), corrisponde, a bilanciamento, la

riduzione all'essenziale (cioè, appunto, ad una "indennità") delle prestazioni erogate dall'assicurazione stessa.

2.- L'impostazione transattiva risale alle origini stesse di quell'assicurazione: prima, riferita soltanto agli infortuni sul lavoro, e, solo più tardi, come ben sappiamo, estesa anche alle malattie professionali.

La vicenda delle origini dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni e dei suoi rapporti con il diritto civile – voglio brevemente ricordarlo – non è stata priva di ambiguità, proprio per ciò che riguarda i rapporti tra i due settori dell'ordinamento e proprio per quanto riguarda la percezione delle "particolarità" dell'importante innovazione che si stava profilando, e che avrebbe dato avvio (anche in Italia) al "sistema" delle assicurazioni sociali: sistema che, seppur oggi un po' appannato, continua a rappresentare un pilastro fondamentale del nostro *welfare*.

Il contesto e i tratti generali di quella vicenda sono noti. L'epoca che ha preceduto e accompagnato la confezione della legge n. 80/1898, istitutiva dell'assicurazione obbligatoria in questione, è stata un'epoca di grandi fermenti, dove, in una prospettiva tesa ad esiti di maggiore giustizia sociale, ampio spazio è stato riconosciuto all'esigenza di predisporre efficaci rimedi di contrasto al fenomeno, sempre più inquietante, degli infortuni sul lavoro.

Nella ricerca di tali rimedi, l'attenzione si è rivolta, come prima cosa (e come è naturale che avvenisse), alle regole della responsabilità civile. E, a fronte del riscontro di quanto queste risultassero, nei fatti, inadatte a fronteggiare efficacemente il fenomeno, quelle stesse regole sono state da più parti poste in discussione. E le prospettive si profilavano dirompenti, perché, in un contesto culturale saldamente ancorato al principio del "nessuna responsabilità senza colpa", veniva delineandosi la possibilità della introduzione di una fattispecie particolarmente significativa di responsabilità di stampo oggettivo: quella del "rischio professionale", al proposito indicato come (possibile) criterio di imputazione, basato sul principio del *cuius commoda eius et incommoda*.

Ben comprensibili, quindi, le resistenze della tradizione: resistenze che, di fatto, si sono rivelate vincenti, tanto che l'innovazione non è passata. E' stata accolta, però, attraverso l'istituzione dell'assicurazione obbligatoria, l'istanza che sosteneva quella proposta innovativa.

In sostanza, si può affermare che il prospettato inserimento, nel *corpus* delle regole "storiche" della responsabilità civile, del criterio di imputazione di tipo oggettivo è stato l'espedito che ha fatto accettare il "male minore" dell'introduzione dell'obbligo contributivo, cioè, la ripartizione del rischio e dei relativi oneri finanziari sul sistema delle imprese (e, indirettamente, sulla società civile).

3.- Paradigma della suddetta impostazione transattiva è anche la limitazione della responsabilità civile del datore di lavoro (art. 10, d.P.R. n. 1124/1965): tecnicamente, una forma di esonero da responsabilità civile, che fa da *pendant* all'indennizzo che l'assicurazione garantisce, senza condizioni (salvo il dolo), al lavoratore infortunato o affetto da tecnopatia.

Si tratta, comunque, di un esonero doppiamente limitato:

- perché relativo al solo ambito oggettivo di riferimento dell'assicurazione;
- perché non operativo (neppure nell'ambito di riferimento dell'assicurazione), quando l'evento lesivo dipenda da fatto (del datore o dei suoi preposti) costituente reato perseguibile d'ufficio.

Ma la logica transattiva è evidente anche in quella che è la più importante innovazione che ha interessato l'assicurazione obbligatoria in epoca successiva alla introduzione del sistema c.d. misto per la tutela delle malattie professionali (Corte cost. n. 178 e n. 206/1988): l'estensione dell'ombrello protettivo oltre i limiti tradizionali del danno patrimoniale, fino a comprendere anche il danno biologico (d.lgs. n. 38/2000).

Non soltanto, infatti, la tutela del danno biologico non si è sottratta al criterio di ristoro meramente indennitario del danno subito dal lavoratore (nella specie, direttamente alla persona); ma, soprattutto, la relativa nozione è risultata riferibile (almeno stando ad una certa lettura della norma, specie se posta a confronto con la speculare nozione accolta dagli artt. 138 e 139 d.lgs. n. 209/2005, o "Codice delle assicurazioni private") soltanto a profili "statici" di quel danno (lesione della integrità psicofisica, accertabile con criteri medico legali), e non anche a quelli "dinamici", cioè a quelli che, come il danno esistenziale, alla vita di relazione, ecc., trascendono la lesione dell'integrità psicofisica, o da essa conseguono.

4.- Detta ambiguità della nozione di "danno biologico", accolta dal legislatore del 2000, ha reso molto più acuta una problematica sostanzialmente generata dalla summenzionata regola di esonero da responsabilità dell'imprenditore: quella della identificazione/distinzione, rispetto al danno oggetto di indennizzo, tra "danno complementare" e "danno differenziale".

Come è noto, il "danno complementare" comprende le voci di danno (tanto patrimoniale, quanto non patrimoniale) non indennizzabili, perché non considerate dall'assicurazione obbligatoria. Tanto per elencare: il danno morale, il danno per micropermanenti inferiori al 6%, il danno biologico temporaneo, il danno biologico soggettivo o personalizzato, il danno biologico *iure proprio* degli eredi, il danno esistenziale, il danno patrimoniale per le inabilità inferiori al 16%.

Invece, per "danno differenziale" comunemente si intende la differenza tra il danno civilistico e l'indennizzo previdenziale: precisamente, la parte di danno, determinato secondo i criteri civilistici, che eccede l'importo dell'indennizzo offerto dall'assicurazione obbligatoria.

Si tratta di distinzione qualitativa, per la quale trova applicazione la regola enunciata dalla Corte costituzionale (sentenze n. 319/1989, n. 356/1991, n. 485/1991): e, cioè, che, dove non c'è copertura assicurativa obbligatoria, non c'è esonero da responsabilità.

Da quanto sopra consegue che, in caso di infortunio o di tecnopatia non imputabile a caso fortuito o a fatto doloso del lavoratore:

- la responsabilità del datore di lavoro per danno complementare è certa, in quanto rispetto ad essa non opera la clausola di esonero da responsabilità;

- la responsabilità del datore di lavoro per danno differenziale è eventuale, in quanto opera solo quando l'evento lesivo dipenda da fatto costituente reato.

L'incertezza interpretativa sulla nozione di danno biologico accolta dal d.lgs. n. 38/2000, testé evocata, implica il rischio di effetti che possono risultare paradossali.

Infatti, ove la nozione di danno biologico rilevante a fini assicurativi dovesse ritenersi conforme a quella delineata dal succitato decreto del 2005 – e, dunque, i profili “dinamici” di quel danno dovessero essere considerati, data la prospettiva omnicomprensiva, come “differenziali” –, il livello complessivo di tutela del lavoratore, quale assicurata dal “modello duale”, potrebbe risultare sbilanciato quanto a potenzialità di ristoro secondo le regole civilistiche, per effetto della soggezione alla clausola di esonero da responsabilità di cui all'art. 10, d.P.R. n. 1124/1995, e, dunque, ridotto, anziché accresciuto.

5.- Un apprezzamento di diverso segno della innovazione introdotta dal d.lgs. n. 38/2000 appare possibile solo spostando l'attenzione sulla fisionomia acquisita negli ultimi tempi dalla disciplina della responsabilità civile, al termine di uno specifico percorso culturale (probabilmente non ancora concluso), e, per i conseguenti riflessi, in ambito previdenziale, sui limiti di operatività della clausola di esonero dalla responsabilità civile interna alla disciplina dell'assicurazione obbligatoria in esame.

Ed, in effetti, per una corretta “ricomposizione” del modello di tutela della persona del lavoratore per i danni da lavoro, è necessario tenere presente il processo evolutivo recente della responsabilità civile e la correlata questione del raccordo tra le relative nuove regole e, appunto, la risalente regola che esonera il datore di lavoro dalla responsabilità civile per gli infortuni sul lavoro.

Va tenuto presente, infatti, che, proprio nello stesso periodo in cui, in risposta alle istanze di maggior tutela del lavoratore, il danno biologico ha fatto ingresso nell'assicurazione obbligatoria, le regole civilistiche del risarcimento del danno alla persona hanno conosciuto, all'esito di una complessa opera di elaborazione giurisprudenziale e dottrinale, uno straordinario processo di accelerazione evolutiva. E detto processo evolutivo ha trovato il suo acme in alcune sentenze rese dalla Suprema Corte nel 2003 (Cass. nn. 7281. 7282 e 7283/2003), che, attraverso una rilettura alla luce dei valori costituzionali del coordinato disposto dagli artt. 2059 c.c. e 185 c.p., hanno dichiarato possibile, sia pure ai soli fini risarcitori, l'accertamento del fatto materiale di reato da parte del giudice civile, tramite i meccanismi di imputazione della responsabilità civile, tanto sul versante del torto aquiliano, quanto su quello dell'illecito contrattuale: con gli intuibili riflessi sulle condizioni di operatività della clausola di esonero da responsabilità civile, di cui al già ricordato art. 10.

6.- Non è il caso di indugiare qui sulle tappe di tale recente processo evolutivo. Mi limito soltanto a ricordare una recente manifestazione di quel processo, particolarmente significativa, rappresentata dalle sentenze con le quali nel novembre 2008 le Sezioni unite della Suprema Corte hanno negato l'autonomia concettuale del danno esistenziale, quale distinta sottocategoria del danno non patrimoniale alla persona:

pena, a loro dire, una inammissibile collocazione del danno non patrimoniale nell'orbita della atipicità.

Secondo tale impostazione interpretativa, nella categoria del danno non patrimoniale si collocano unicamente i pregiudizi che derivano dalla lesione di diritti inviolabili della persona, espressamente riconosciuti dalla Costituzione, o comunque dalla stessa estrapolabili in via di interpretazione evolutiva del precetto di cui all'art. 2. Conseguentemente, sarebbero destinate a perdere valenza autonoma – secondo quell'impostazione – sia la figura del danno esistenziale, sia quella del danno morale e dello stesso danno biologico.

Va subito osservato, però, che tale disconoscimento di autonomo rilievo alle suddette tipologie di danno alla persona è suscettibile di determinare, in rapporto alla regola di esonero da responsabilità risarcitoria, dettata dal t.u. sull'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro conseguenze di particolare rilievo, in particolare, in ordine alla perdurante utilità della distinzione tra “danno differenziale” e “danno complementare”: cioè, tra le frazioni di danno *in concreto* non indennizzate dall'Istituto assicuratore, e le voci o categorie *in astratto* lasciate come tali scoperte dall'assicurazione obbligatoria.

La suddetta distinzione, invero, è riferibile sia al danno patrimoniale che al danno non patrimoniale da lavoro. Ma è soprattutto nell'area del danno non patrimoniale che il nuovo orientamento giurisprudenziale è in grado di assumere maggiore impatto, perché suscettibile di mettere in crisi quella ripartizione nelle sottocategorie del danno biologico, morale ed esistenziale che, fino ad oggi, ha fornito all'interprete indicazioni relativamente precise ed affidanti anche in ordine alla ripartizione del danno nell'ottica di quella regola di esonero.

In sostanza, se la summenzionata sotto-articolazione in voci o categorie autonome dovesse realmente ritenersi assorbita in un concetto unitario, quale quello configurato dalla suddetta giurisprudenza, sarebbe inevitabile assumere che *tutto* il danno non patrimoniale subito dal lavoratore in conseguenza di infortunio o malattia professionale diventa risarcibile unicamente come *danno differenziale*; dunque, alle condizioni e nei limiti della regola di cui all'art. 10 t.u.

7.- Vi è, però, più di una ragione, come mi sembra, per dubitare della (piena) riferibilità di dette conclusioni al campo dell'assicurazione obbligatoria in riferimento.

Per dirla in estrema sintesi, detta giurisprudenza, innanzitutto, trascura totalmente (ed ingiustificatamente) una questione che appare, viceversa, di elevata rilevanza teorica e pratica: quella del raccordo tra sistema previdenziale e responsabilità civile da infortunio.

Quella giurisprudenza, comunque, nel delineare, in termini ampi e tendenzialmente onnicomprensivi, la nozione (asseritamente) “descrittiva” di danno biologico, si richiama esplicitamente – ed esclusivamente – agli artt. 138 e 139, d.lgs. n. 209/2005 (o “Codice delle assicurazioni private”), senza mai neppure menzionare la norma, per così dire, “capostipite” – quella (art. 13, d.lgs. n. 38/2000) che riguarda, appunto,

l'assicurazione obbligatoria in questione –, la quale, a differenza dell'altra, non considera anche gli aspetti dinamico-relazionali di quel danno.

Ed, allora, preso atto di tale sostanziale “indifferenza” della sentenza in esame per lo specifico aspetto, da un lato, e, da un altro lato, del fatto che appare ragionevole assumere che tale distinzione definitoria sia sostenuta da finalità propriamente normative, piuttosto che semplicemente descrittive, ben si può concludere, come mi sembra, a favore della perdurante rilevanza, come *danno complementare*, dei pregiudizi di carattere soggettivo, esistenziale e in senso stretto dinamico-relazionale, subiti dal lavoratore per effetto di infortunio o di malattia professionale; e che, dunque, nonostante quella giurisprudenza e la sua rilevanza in ambito prettamente civilistico, nulla risulti cambiato in ordine al principio che strutturalmente presiede al riparto di competenze tra i sottosistemi, rispettivamente, della tutela previdenziale e della responsabilità civile nelle fattispecie che qui si considerano.

8.- Varie fattispecie, anche di nuova insorgenza, rilevanti per l'assicurazione obbligatoria che qui si considera – dall'amianto al *mobbing*, dalle patologie tumorali per inalazione di polveri di legno, alla costrittività organizzativa o *stress* lavoro correlato –, mettono oggi a dura prova istituti giuridici fondamentali per il giudizio di responsabilità civile, ma anche per quello di responsabilità penale: nozione di colpa generica e specifica; requisito della prevedibilità dell'evento; nesso di causalità; onere della prova.

E la valutazione a fini del diritto dell'assicurazione sociale di tali delicate situazioni generatrici di danno, di recente o meno recente emergenza, è anche occasione per sperimentare nei giudizi, tanto del lavoro quanto penali –le cui strade, eppure, spesso si divaricano –, la pratica operatività di costruzioni teoriche complesse (e controverse), quali, in particolare, quella della “concezione probabilistica” (che orienta l'accertamento del nesso eziologico), o la teoria dell’“agente modello” (per stabilire la concreta esigibilità dell'osservanza di regole prevenzionistiche e di tutela).

Per quanto riguarda il “laboratorio” della giurisprudenza del lavoro (è chiaro che non vi è spazio in questa sede per soffermarsi sulle corrispondenti problematiche, relative al giudizio penale), l'elaborazione teorico-giuridica si concentra, comunque, sul contenuto dell'obbligazione di sicurezza, giusti i principi di cui al d.lgs. n. 81/2008, ma, soprattutto, in relazione al dettato di cui all'art. 2087 c.c.

Come ben sappiamo, nelle controversie giudiziarie aventi a oggetto la responsabilità risarcitoria del datore di lavoro, la difesa datoriale più ricorrente tende a valorizzare le situazioni di insufficiente determinazione legale dell'obbligo di sicurezza e di tutela della salute (difetto di una specifica norma prevenzionistica, difetto di conoscenze tecnico-scientifiche affidabili per contrastare o ridurre i rischi, e così via).

Tuttavia, secondo l'indirizzo consolidato della giurisprudenza di legittimità, la mancanza di una specifica regola o misura prevenzionistica non impedisce di ricavare una precisa, cogente obbligazione di sicurezza *ex art. 2087 c.c.*, disposizione codicistica che, per orientamento consolidato, impone al datore di lavoro di adottare, non solo le regole generiche di prudenza e di diligenza, ma le misure più idonee – in

base alla tecnica e all'esperienza – per evitare o ridurre il rischio. Viene esplicitamente attribuita, cioè, a detta risalente norma “la natura di norma di chiusura del sistema prevenzionistico”, destinata a operare specialmente là “dove faccia difetto la previsione normativa di una specifica norma preventiva e, anzi, presupponendo che risultino insufficienti o inadeguate le misure previste dalla normativa speciale” (Cass. n. 12138/2003).

In breve, si può affermare che la giurisprudenza del lavoro, da un lato, esclude che i dettami della disciplina speciale (ad esempio, in materia di amianto) possano esaurire il contenuto dell'obbligo prevenzionistico che grava in capo al datore di lavoro, e, dall'altro, sostiene la completezza e l'eshaustività del quadro giuridico di tutela rispetto alle particolari fonti di rischio.

9.- Alla luce di detto orientamento, risulta evidente, come mi sembra, che il rapporto tra disciplina speciale prevenzionistica e norma di chiusura (art. 2087 c.c.) riveli una sorta di contraddizione di fondo. Ed, invero, dal confronto con quest'ultima risulta concettualmente “svalutata”, a ben considerare, la disciplina prevenzionistica, pur essendo questa il frutto di una sofisticata, specifica elaborazione, di continuo aggiornata.

Ed è proprio in tale prospettiva che la Cassazione del lavoro – rincarando, in qualche modo, la dose di rigore – ha ribadito di recente che la responsabilità civile del datore di lavoro “non è limitata alla violazione di norme d'esperienza o di regole tecniche già preesistenti e collaudate, ma va estesa, nell'attuale sistema italiano supportato a livello costituzionale [...] all'adozione delle cautele che si rivelino idonee, secondo l'*id quod plerumque accidit*, a tutelare l'integrità psico-fisica del lavoratore” (Cass. n. 4721/2005).

Nella suddescritta prospettiva, appare persino inutile interrogarsi sul significato giuridico, ad esempio, dei valori limite di concentrazione dell'amianto e sulla loro rilevanza ai fini del giudizio di responsabilità. È, questa, una questione sulla quale i giudici del lavoro – a differenza di quelli penali – non ritengono necessario neppure soffermarsi, assumendo che tali valori vanno intesi come soglie di attenzione e di allarme, mentre resta fermo l'obbligo giuridico di attuare tutte le misure tecnico-organizzative e procedurali idonee, secondo la particolarità del caso concreto, ad eliminare o ridurre la fonte di rischio.

Di fronte a una ricostruzione così rigorosa della colpa datoriale, può apparire giustificato, allora, chiedersi se l'art. 2087 c.c. non finisca per rappresentare una forma di “responsabilità oggettiva”, o per rischio d'impresa.

Stando alle dichiarazioni di principio, tuttavia, tale configurazione viene decisamente respinta. Si nega, infatti, che l'adempimento dell'obbligo di protezione dai rischi di danno alla salute (emblematico, ancora una volta, il rischio da amianto) – pur rigorosamente concepito – imponga uno sforzo superiore al livello di diligenza e perizia esigibile in relazione alle caratteristiche dell'attività professionale o dell'attività d'impresa esercitata dal datore di lavoro.

Ed, in effetti, è corrente giurisprudenza della Suprema Corte che “non può pretendersi l'adozione di accorgimenti per fronteggiare evenienze infortunistiche

assolutamente impensabili ed eccezionali alla comune esperienza; occorre riferirsi a quei presidi che la tecnica pone normalmente a disposizione, non a congegni e dispositivi tecnici mai da alcuno applicati o addirittura inesistenti sul mercato”; e che tanto meno si potrebbe pretendere che il datore di lavoro “ricerchi a proprie spese nuove misure di prevenzione o compia sperimentazioni, ma che applichi le misure conosciute e necessarie secondo la comune esperienza e tenendo conto delle cognizioni tecniche acquisite dalla scienza” (Cass. n. 4721/1998).

Si tratta di precisazioni senz'altro sensate e utili, che, però, all'atto pratico, non sembrano poter offrire quei parametri di certezza, che viceversa sarebbero altamente utili e produttivi al fine di determinare un orientamento affidante circa comportamenti ed iniziative da assumere, specie laddove si tratti di governare le non infrequenti divaricazioni – frutto spesso di effetti perversi – tra orientamenti del giudice civile e orientamenti del giudice penale.