

I WORKING PAPERS DI

OLYMPUS

3/2011

Stefano Giubboni

La crisi della regola
dell'esonero

I WORKING PAPERS DI OLYMPUS

Registrato presso il Tribunale di Urbino al n. 230 del 12 maggio 2011

“I Working Papers di Olympus” costituiscono una raccolta seriale e progressiva, pubblicata *on line*, di saggi dedicati specificamente al Diritto della salute e sicurezza sul lavoro e si collocano fra le iniziative dell'Osservatorio “Olympus” dell'Università di Urbino “Carlo Bo” (<http://olympus.uniurb.it>) mirando a valorizzare, mediante contributi scientifici originali, l'attività di monitoraggio della legislazione e della giurisprudenza sulla sicurezza del lavoro svolta dall'Osservatorio. I saggi inseriti ne “I Working Papers di Olympus” valgono a tutti gli effetti di legge quali pubblicazioni.

Direttore Responsabile

Paolo Pascucci

Comitato Scientifico

Edoardo Ales, Joaquin Aparicio Tovar, Gian Guido Balandi, Maria Vittoria Ballestrero, Mark Bell, Lauralba Bellardi, Antonio Bergamaschi, Franca Borgogelli, Piera Campanella, Umberto Carabelli, Franco Carinci, Bruno Caruso, Carlo Cester, Maurizio Cinelli, Beniamino Deidda, Olaf Deinert, Riccardo Del Punta, Raffaele De Luca Tamajo, Gisella De Simone, Giuseppe Ferraro, Lorenzo Gaeta, Enrico Gragnoli, Teun Jaspers, Pietro Lambertucci, Vito Leccese, Bruno Maggi, Sandro Mainardi, Arturo Maresca, Franz Marhold, Lucio Monaco, Luigi Montuschi, Mario Napoli, Luca Nogler, Alessandra Pioggia, Giampiero Proia, Maurizio Ricci, Roberto Romei, Mario Rusciano, Corinne Sachs-Durand, Rosario Santucci, Franco Scarpelli, Silvana Sciarra, Alfonso Stile, Patrizia Tullini, Antonio Vallebona, Antonio Viscomi, Carlo Zoli, Lorenzo Zoppoli

Comitato di Direzione

Alberto Andreani, Olivia Bonardi, Alessandro Bondi, Laura Calafà, Stefano Giubboni, Michela Marchiori, Gabriele Marra, Paolo Polidori, Gaetano Natullo

Comitato di Redazione

Luciano Angelini e Chiara Lazzari (coordinatori di redazione), Romina Allegrezza, Arianna Arganese, Michela Bramucci Andreani, Silvano Costanzi, Stefano Costantini, Lucia Isolani, Laura Martufi, Natalia Paci

Pubblicazione grafica

Sebastiano Miccoli

Sede

OLYMPUS – Osservatorio per il monitoraggio permanente della legislazione e giurisprudenza sulla sicurezza del lavoro

Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi “Carlo Bo” di Urbino

Via Matteotti, 1

I - 61029 Urbino (PU) Tel. 0722 303250 – Fax 0722 2955

<http://olympus.uniurb.it>; olympus@uniurb.it

PROCEDURA PER LA PUBBLICAZIONE

I saggi destinati alla pubblicazione su “I Working Papers di Olympus” debbono riguardare prevalentemente tematiche attinenti al Diritto della salute e della sicurezza dei lavoratori analizzate da una o più delle seguenti prospettive: Diritto del lavoro, Diritto penale, Diritto costituzionale, Diritto civile, Diritto processuale civile, Diritto processuale penale, Diritto comunitario, Diritto internazionale, Diritto comparato, Diritto amministrativo, Storia del diritto.

Dato il necessario carattere interdisciplinare della materia, oltre a saggi giuridici possono essere pubblicati anche saggi che si occupino della salute e della sicurezza dei lavoratori da altri punti di vista scientifici – quali, ad esempio, quello economico, statistico, sociologico, medico, psicologico, dell'organizzazione, ingegneristico ecc. – purché tali saggi siano riferibili ad aspetti considerati nella legislazione o nella giurisprudenza.

I saggi debbono essere redatti in formato elettronico e la loro lunghezza, di norma, non deve eccedere complessivamente il numero di 150.000 caratteri spazi inclusi, comprensivi di note e bibliografia.

Gli apparati di note e bibliografici possono essere redatti in una delle seguenti forme:

1) tradizionali note ordinate progressivamente a piè di pagina con il riferimento numerico di ogni nota in esponente nel testo. In tal caso non è necessario un elenco bibliografico finale;

2) riferimenti bibliografici inseriti direttamente nel testo tra parentesi, con l'indicazione del cognome dell'autore, dell'anno di pubblicazione e della pagina citata (es.: Giugni, 1960, 122) – e con un elenco finale in ordine alfabetico di tutti i riferimenti bibliografici effettuati (es.: Giugni G., 1960: *Introduzione allo studio della autonomia collettiva*, Milano). Nel caso di più opere di uno stesso autore, dopo l'anno va indicata una lettera dell'alfabeto in ordine crescente in relazione alla data di pubblicazione (es.: Giugni, 1960a, 122). Nel caso di cognomi uguali, dopo il cognome va indicata la lettera maiuscola iniziale del nome di battesimo (es.: Zoppoli L., 1984, 111).

I saggi debbono essere inviati al Direttore, esclusivamente per posta elettronica, al seguente indirizzo: paolo.pascucci@uniurb.it.

Tutti i saggi ricevuti, commissionati dalla Direzione o proposti dagli autori, saranno sottoposti alla preventiva lettura di due componenti del Comitato scientifico. La pubblicazione dei saggi proposti dagli autori sarà condizionata al giudizio espresso dai due componenti del Comitato scientifico che li leggeranno in forma anonima. La stessa procedura vale per i saggi in lingua inglese, francese, spagnola e tedesca, i quali, ove ottengano giudizio favorevole, saranno pubblicati nella lingua d'origine.

I saggi pubblicati su “I Working Papers di Olympus” potranno essere successivamente destinati anche a libri o riviste in formato cartaceo purché se ne dia adeguatamente conto in sede di pubblicazione elettronica.

Ogni saggio deve essere accompagnato da un breve *abstract* in italiano e in inglese, dall'indicazione di 6 parole chiave in italiano e in inglese, dall'indirizzo di posta elettronica dell'autore e dalla qualifica accademica o professionale di quest'ultimo.

Stefano Giubboni

La crisi della regola dell'esonero

I WORKING PAPERS DI OLYMPUS – 3/2011 - <http://olympus.uniurb.it>

I contenuti di questa opera sono rilasciati sotto Licenza Creative Commons Attribuzione - Non opere derivate 2.5 Italia License

Stefano Giubboni è professore associato di Diritto del lavoro nell'Università di Perugia
avv.giubboni@tecnoadsl.it

Abstract

L'autore analizza le ragioni della progressiva crisi della classica regola dell'esonero datoriale dalla responsabilità civile per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali. L'idea di una esenzione dalle comuni regole risarcitorie nell'ambito applicativo dell'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro ha subito un lento declino, ed oggi l'esonero del datore di lavoro non costituisce più la regola ma l'eccezione.

The author analyses the declining relevance of a classic rule at the basis of the employer's tort liability for accidents at work and professional diseases. The idea of a general exemption of the employer from tort law within the industrial injuries system has progressively weakened up to the point of practically disappearing as a rule and only surviving as an exception.

Parole chiave: infortuni sul lavoro e malattie professionali, responsabilità civile del datore di lavoro
Keywords: accidents at work and professional diseases, employer's liability

ISSN 2239-8066

OLYMPUS

Osservatorio per il monitoraggio permanente della legislazione e giurisprudenza sulla sicurezza del lavoro

Facoltà di Giurisprudenza – Università di Urbino “Carlo Bo”

Via Matteotti, 1 – 61029 Urbino (Italy)

Tel. 0722 303250 – Fax 0722 2955 – olympus@uniurb.it

<http://olympus.uniurb.it>

La crisi della regola dell'esonero *

3/2011

di Stefano Giubboni

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Crisi di effettività e crisi di legittimità della regola dell'esonero. – 3. La responsabilità oggettiva del datore di lavoro per il fatto dei propri dipendenti e la caduta della pregiudizialità penale. – 4. Unitarietà della colpa civile e penale del datore di lavoro. – 5. Il nuovo danno non patrimoniale alla persona e la crisi di legittimità della regola dell'esonero. – 6. Conclusioni

1. Premessa

“L'assicurazione a norma del presente decreto – recita ancora nei due commi d'apertura l'art. 10 del testo unico del 1965, con un linguaggio appena aggiornato rispetto a quello usato dalla legge n. 80 del 1898 – esonera il datore di lavoro dalla responsabilità civile per gli infortuni sul lavoro. Nonostante l'assicurazione predetta permane la responsabilità civile a carico di coloro che abbiano riportato condanna penale per il fatto dal quale l'infortunio è derivato”.

È dunque quella dell'esonero, ancora oggi e all'apparenza (stando, cioè, almeno alla lettera dell'art. 10 del d.P.R. n. 1124 del 1965, che nei due commi appena riportati non è mai stata direttamente scalfita dai pur numerosi interventi manipolativi e parzialmente demolitivi della Corte costituzionale)¹, la regola fondamentale che presiede al riparto di competenze tra il sistema dell'assicurazione sociale obbligatoria e quello della responsabilità civile in ordine alla riparazione del danno conseguente a infortunio sul lavoro o a malattia professionale. Il principio sottostante a tale regola è ugualmente (e sempre all'apparenza) ancora molto chiaro e netto: ove operi il meccanismo di socializzazione del rischio professionale basato sugli strumenti

* Con le note essenziali, è il testo della relazione all'incontro di studio svoltosi a Roma, presso la Corte di Cassazione, il 17 novembre 2011, in occasione della presentazione del volume di Aldo De Matteis, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Giuffrè, 2011. Il saggio verrà pubblicato, assieme alle altre relazioni presentate all'incontro di studio, anche nella *Rivista del diritto della sicurezza sociale*.

¹ Tali interventi hanno, infatti, parzialmente riguardato, a partire dalla nota sentenza n. 22 del 1967 della Corte costituzionale, solo i commi successivi dell'art. 10 del testo unico.

indennitari dell'assicurazione obbligatoria facente capo all'INAIL, la responsabilità civile non ha ragione d'intervenire, se non – in via eccezionale – per “sanzionare” (assieme agli speciali strumenti di rivalsa messi a disposizione dell'Istituto assicuratore dall'art. 11 del testo unico) una condotta (omissiva o commissiva) penalmente rilevante del datore di lavoro.

È tuttavia ben noto come questo principio, frutto della “transazione sociale” che a fine Ottocento consentì di superare le resistenze all'introduzione dell'obbligo assicurativo², come pure la regola nel quale esso si articola a tutt'oggi *ex art. 10*, hanno da molto tempo perduto l'antica capacità di presidiare effettivamente i confini tra intervento indennitario previdenziale e riespansione dei criteri di responsabilità civile in vista della integrale riparazione del danno alla persona del lavoratore. A dispetto della sua apparente continuità formale e lessicale, la regola forse più longeva del nostro diritto previdenziale è, infatti, “in crisi” da molto tempo.

Si tratta invero di una crisi risalente, databile quantomeno al primo intervento diretto della Corte costituzionale sul testo dell'art. 10 del d.P.R. n. 1124 del 1965³, che in questo contributo mi propongo di ricostruire, con i criteri di sintesi imposti dall'occasione, lungo quelle che a me paiono le sue principali direttrici storiche e normative, in parte comuni, peraltro, alla più generale vicenda evolutiva dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali. E in quest'ottica⁴, proporrò di distinguere tra una “crisi di effettività” ed una “crisi di legittimità” della regola dell'esonero, a loro volta riconducibili – scontando l'inevitabile dose di approssimazione propria di ogni semplificazione analitica – a cause rispettivamente “endogene” ed “esogene” al sistema dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro.

2. Crisi di effettività e crisi di legittimità della regola dell'esonero

Le origini della crisi di effettività della regola dell'esonero possono essere ricondotte, come accennavo, alla sentenza n. 22 del 1967 della Corte costituzionale, la pronuncia capostipite anche di quella che possiamo chiamare la linea “endogena” di progressiva esautorazione della effettiva valenza operativa del

² Cfr., per tutti, L. GAETA, *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile. Alle origini del diritto del lavoro*, Napoli, 1986, e G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Milano, 1991, pp. 143 ss.

³ Con la evocata sentenza n. 22 del 1967, che può leggersi tra l'altro in *Foro italiano*, 1967, I, c. 685, con nota di A. DE CUPIS.

⁴ Attingendo a piene mani dalla ricostruzione sistematica offerta da A. DE MATTEIS, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Milano, 2011, spec. pp. 9 e 1099 ss., nonché dalle originali proposte interpretative dallo stesso ultimamente avanzate in *Assicurazione infortuni: perché non esiste più la regola dell'esonero*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2011, pp. 355 ss.

primo comma dell'art. 10 del testo unico. Con l'espressione "crisi di effettività" intendo fare riferimento a tutti quegli interventi, non necessariamente modificativi del testo dell'art. 10 (come nel caso della citata decisione della Corte costituzionale), ma anche semplicemente re-interpretativi del precetto in esso contenuto, i quali hanno condotto ad una graduale restrizione delle condizioni di applicazione e del raggio operativo della previsione medesima, la quale, per tal via, da regola generale è di fatto divenuta norma che solo *eccezionalmente* inibisce la riapertura del sottosistema dell'assicurazione contro gli infortuni al "diritto primo" della responsabilità civile⁵. Per come è stata modificata ovvero re-interpretata dal giudice delle leggi e dalla giurisprudenza di legittimità e di merito, la norma dell'art. 10 del testo unico non garantisce oramai che in casi eccezionali l'effettivo esonero del datore dalla responsabilità civile per l'infortunio occorso al dipendente, con un sostanziale capovolgimento del rapporto tra regola ed eccezione.

La sentenza n. 22 del 1967 della Corte costituzionale è anche emblematica di quella che ho chiamato linea "endogena" della crisi della regola dell'esonero. Ad essa riferisco quelle soluzioni, prevalentemente interpretative, di graduale ridimensionamento della effettiva valenza operativa della regola che non ne mettono, però, in discussione la legittimità *ex se*, in quanto si muovono in una logica che è ancora *interna* (e, in tal senso, *endogena*) al sistema della tutela previdenziale contro gli infortuni sul lavoro e, almeno formalmente, ancora coerente con l'equilibrio di interessi alla base della originaria "transazione sociale" operata dal legislatore con l'istituzione dell'assicurazione obbligatoria del rischio professionale.

Le osservazioni appena svolte mi consentono anche di precisare, per così dire *a contrario*, cosa intendo per "crisi di legittimità" della regola dell'esonero e per cause "esogene" della medesima. Con tale espressione faccio infatti riferimento a quella giurisprudenza e a quelle ricostruzioni dottrinali che – trapiantando in particolare nel sistema dell'assicurazione contro gli infortuni le acquisizioni più innovative in tema di danno non patrimoniale alla persona e, comunque, principi del tutto *estranei* alla originaria logica transattiva di questo – finiscono per porre in discussione la legittimità *in quanto tale* della regola dell'esonero, minandone alla radice le residue capacità operative e, in prospettiva, le ragioni stesse della sua sopravvivenza nell'ordinamento, fosse anche come caso di "archeologia giuridica"⁶.

⁵ Secondo la ben nota espressione di C. CASTRONOVO, *Alle origini della fuga dal codice. L'assicurazione contro gli infortuni tra diritto privato generale e diritti secondi*, in *Jus*, 1985, pp. 20 ss. (poi anche in Id., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997, seconda ed., pp. 379 ss.). E v. pure Id., *Danno biologico. Un itinerario di diritto giurisprudenziale*, Milano, 1998, pp. 103 ss.

⁶ Per evocare l'icastico titolo del saggio di G.G. BALANDI, *Un caso di archeologia giuridica: ciò che resta oggi del "rischio professionale"*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1976, III, pp. 96 ss.

3. *La responsabilità oggettiva del datore di lavoro per il fatto dei propri dipendenti e la caduta della pregiudizialità penale*

La più volte evocata sentenza della Consulta costituisce l'esempio più eloquente di un intervento che opera un ridimensionamento effettivo (e già assai significativo) della regola dell'esonero, *senza* tuttavia porre in discussione la legittimità del complessivo impianto normativo che la esprime, ed anzi rimanendo saldamente dentro la relativa sistematica. Si tratta per questo della sentenza capostipite di quel filone di crisi di effettività della regola dell'esonero del datore di lavoro dalla responsabilità civile che segue una linea di adattamento del sistema ancora saldamente centrata su elementi ad esso "endogeni".

Come noto, con quella pronuncia la Corte costituzionale ebbe a dichiarare l'illegittimità del terzo comma dell'art. 10 del testo unico nella parte in cui limitava la responsabilità del datore per infortunio sul lavoro derivante da reato, all'ipotesi in cui questo fosse stato commesso dagli incaricati della direzione o della sorveglianza e non anche dagli altri dipendenti, del cui fatto lo stesso dovesse comunque rispondere a norma del codice civile. La sentenza ha per tal via determinato una significativa espansione del raggio della responsabilità civile (oggettiva e per rischio d'impresa) del datore *ex art. 2049 c.c.*, estendendola ad ogni infortunio cagionato (purché sempre con comportamento integrante, in capo al dipendente, gli estremi del fatto di reato) da qualunque compagno di lavoro del prestatore vittima dello stesso.

Al contempo, la sentenza n. 22 del 1967 ha aperto la strada ad una restrizione dei vincoli già posti dal principio della necessaria pregiudizialità dell'accertamento penale rispetto a quello compiuto dal giudice civile ai fini del risarcimento del danno differenziale da parte del datore di lavoro. Anticipando una linea giurisprudenziale che si sarebbe definitivamente e generalmente affermata nel corso dei successivi anni ottanta, essa ebbe infatti a dichiarare l'illegittimità costituzionale anche del quinto comma dell'art. 10 del testo unico nella parte in cui consentiva, eccezionalmente, che il giudice civile potesse accertare che il fatto che ha provocato l'infortunio costituisse reato soltanto nelle ipotesi di estinzione dell'azione penale per morte dell'imputato o per amnistia, senza tuttavia considerare, irragionevolmente, l'ulteriore fattispecie estintiva della prescrizione del reato.

Il *vulnus* così inferto dalla sentenza alla valenza operativa della regola dell'esonero di cui al primo comma dell'art. 10, attraverso la significativa espansione del raggio di applicazione della deroga contemplata dai commi successivi, non mise tuttavia in discussione la legittimità del principio fondamentale posto a base dell'impianto "transattivo" del testo unico. La Corte costituzionale fu anzi ferma nel ribadire

la piena validità, pure all'interno del nuovo quadro dei valori costituzionali, ricorrendo ai classici argomenti a sostegno della legittimità della “transazione sociale” realizzata dal legislatore⁷. A fronte della esclusione (peraltro condizionata e limitata) della responsabilità civile del datore di lavoro assicurante, il lavoratore conseguiva il benefico di un indennizzo certo, tempestivo e automatico, erogato dall'Istituto assicuratore anche nel caso in cui l'infortunio fosse interamente dipeso dalla colpa dello stesso assicurato. Con una “giustificazione di tipo economicistico”, che – come ha notato Aldo De Matteis – avrebbe pervaso il pensiero della Corte costituzionale ancora a lungo, almeno “fino alle sentenze ed ordinanze di rigetto sulla lista rigida delle malattie professionali”⁸.

Sorretta dagli stessi argomenti è, invero, anche quella importante linea di giurisprudenza costituzionale che, con una forte accelerazione nel corso degli anni ottanta del secolo scorso⁹, ha portato alla sostanziale caduta della regola della pregiudizialità penale, tanto per l'azione di risarcimento del lavoratore quanto per quella di regresso dell'Istituto assicuratore¹⁰, anticipando in buona

⁷ La loro formulazione classica si trova in F. CARNELUTTI, *Criteri d'interpretazione della legge su gli infortuni* (1904), in Id., *Infortuni sul lavoro (Studi)*, vol. primo, Roma, 1913, pp. 1 ss., ed in L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, 1901, pp. 583 ss. Per il dibattito post-costituzionale v. principalmente M. PERSIANI, *Il rischio professionale*, in *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, 1978, I, pp. 219 ss., e G. ALIBRANDI, *Il rischio professionale e la sua attuale rilevanza nell'assicurazione infortuni sul lavoro*, *ivi*, pp. 229 ss.

⁸ DE MATTEIS, *Assicurazione infortuni*, cit., p. 357.

⁹ Si vedano, in particolare, le sentenze n. 102 del 1981 e n. 118 del 1986 della Corte costituzionale e – per un'analisi esaustiva dei relativi effetti – ancora DE MATTEIS, *Infortuni sul lavoro*, cit., pp. 1107 ss.

¹⁰ Cfr. da ultimo l'art. 61, comma 1, del d. lgs. n. 81 del 2008, che riprende e precisa quanto già dettato dall'art. 2 della legge n. 123 del 2007, stabilendo che, in caso di esercizio dell'azione penale per i delitti di omicidio colposo o di lesioni personali colpose, se il fatto è commesso con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro o relative all'igiene del lavoro o che abbia determinato una malattia professionale, il pubblico ministero è tenuto a darne immediata notizia all'INAIL ai fini dell'eventuale costituzione di parte civile e dell'azione di regresso. La norma, nel facilitare l'esercizio dell'azione di regresso dell'Istituto assicuratore, realizza, molto opportunamente, un doppio risultato utile: da un lato dissolve ogni residuo dubbio sulla legittimazione dell'INAIL a costituirsi parte civile nel processo penale; dall'altro chiarisce – avallando l'orientamento giurisprudenziale che già era giunto a tale esito, nel dissenso, però, d'una parte della giurisprudenza di legittimità – che l'azione di regresso può essere esercitata in sede civile senza subire alcun condizionamento da parte della vicenda processuale penale a carico del datore di lavoro. La norma svuota infatti “definitivamente di contenuto il disposto dell'art. 10, c. 2, e, precisamente, il riferimento alla sentenza penale di condanna che, nell'iter processuale, interviene inevitabilmente in un momento successivo alla costituzione di parte civile e libera l'azione di regresso dalle sorti del processo penale, resolvendo, conseguentemente, il contrasto giurisprudenziale esistente tra le Sezioni semplici in favore dell'orientamento che considera autonoma l'azione di rivalsa dell'INAIL rispetto alla vicenda penale” (così A. ROSSI, *L'azione di regresso dell'INAIL dopo l'art. 2 della legge n. 123 del 2007: riflessi sul rapporto tra processo penale e processo civile*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2008, pp. 187 ss., qui pp. 202-203). Per la dimostrazione che l'azione di regresso dell'INAIL è ormai interamente assoggettata alle regole del diritto processuale comune, potendo l'Istituto assicuratore agire indifferentemente in sede penale o civile, cfr., in generale, anche L. LA PECCERELLA, *Diritto di regresso dell'INAIL e processo penale*, in *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, 2008, I, pp. 313 ss.

sostanza, nell'ambito infortunistico, il principio della tendenziale indipendenza tra accertamento in sede civile e penale, che sarebbe stato generalizzato dal nuovo codice di procedura penale del 1988 (di cui si veda, in particolare, l'art. 75).

4. Unitarietà della colpa civile e penale del datore di lavoro

Opera direttamente al livello dei criteri sostanziali dell'accertamento del fatto di reato previsto dal secondo comma dell'art. 10 del testo unico, e non già a quello appena visto dei presupposti processuali dell'azione di risarcimento o di regresso, l'affermazione – dovuta ad una costante giurisprudenza di merito e di legittimità – della sostanziale unitarietà della nozione di colpa, civile e penale, valevole ai fini dell'imputazione della responsabilità risarcitoria per l'infortunio in capo al datore di lavoro. Questa affermazione costituisce un potente fattore di erosione della rilevanza pratica della regola dell'esonero e, perciò, una delle cause storicamente più significative di crisi della sua effettività.

Semplificando anche in tal caso una evoluzione molto complessa, può dirsi che tale acquisizione giurisprudenziale ha anzitutto riguardato il profilo della determinazione degli *standard* di diligenza la cui inosservanza determina la colpa del datore di lavoro rilevante ai fini degli artt. 589 e 590 c.p. e, quindi, *ex art.* 10, comma 2, del testo unico, anche ai fini della responsabilità civile per l'infortunio occorso al dipendente. Rilevano, infatti, a tal fine, non solo gli obblighi di prevenzione e protezione espressamente stabiliti dalla legge (oggi, principalmente dal d. lgs. n. 81 del 2008)¹¹, ma anche quelli più in generale riferibili alle misure che, secondo l'esperienza e la tecnica, l'art. 2087 c.c. impone al datore in quanto necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro¹². La funzione di chiusura e adattamento automatico del sistema delle norme di prevenzione, in tal senso svolta dalla previsione dell'art. 2087 c.c., si è riversata, così, anche sul versante dei criteri di imputazione della responsabilità, giacché – come ha ancora puntualizzato De Matteis¹³ – “anche l'inosservanza delle misure di sicurezza suggerite dalla esperienza e dalla tecnica, anche se non codificate, è idonea a integrare [...] l'aggravante del terzo comma degli artt. 589 e 590 c.p.” e, pertanto, *ex art.* 10, comma 2, del testo unico, l'obbligo risarcitorio del datore di lavoro nei confronti del lavoratore vittima di infortunio o di malattia professionale.

¹¹ V. per tutti L. ZOPPOLI, P. PASCUCCI, G. NATULLO (a cura di), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori. Commentario al D. Lgs. 9 aprile 2008, n. 81*, Milano, 2008 (con prefazione di F. CARINCI).

¹² Cfr. in argomento, più di recente, l'ampia ricostruzione offerta da P. ALBI, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona. Art. 2087*, ne *Il Codice civile. Commentario* fondato da P. SCHLESINGER e diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2008.

¹³ In *Assicurazione infortuni*, cit., p. 359.

Più di recente, la Corte di cassazione ha ulteriormente approfondito tale tradizionale linea di penetrazione nella sfera dei criteri d'imputazione della responsabilità risarcitoria datoriale della norma di "chiusura" di cui all'art. 2087 c.c.¹⁴, riferendola espressamente anche al profilo degli strumenti di prova (presuntiva) della colpa del datore di lavoro¹⁵. A partire dalla sentenza 24 febbraio 2006, n. 4184¹⁶, la Suprema Corte ha infatti innovativamente affermato che, per liberarsi dalla presunzione che nell'ambito del rapporto di lavoro deriva dal combinato disposto degli artt. 1218 e 2087 c.c., il datore deve dimostrare, anche nell'area governata dalla regola dell'esonero di cui all'art. 10 del testo unico, di avere adottato tutte le cautele e le misure atte ad evitare il danno subito dal lavoratore.

In analogia con quanto già affermato dalla terza sezione civile della Cassazione in ordine al combinato disposto degli artt. 2059 c.c. e 185 c.p.¹⁷, anche con riguardo all'accertamento del fatto di reato richiesto, sia pure in via incidentale, dall'art. 10 del testo unico, si è dunque sancita la piena operatività dei meccanismi presuntivi della colpa risultanti, nella sfera del contratto di lavoro subordinato, dalla combinazione dell'art. 2087 con l'art. 1218 c.c. Sicché, come chiarito dalla Corte di cassazione, stante il carattere contrattuale della responsabilità del datore di lavoro ai sensi dell'art. 2087 c.c., "il riparto degli oneri probatori nella domanda di danno da infortunio sul lavoro si pone negli stessi termini che nell'art. 1218 c.c., sull'inadempimento delle obbligazioni; da ciò discende che il lavoratore che agisca per il riconoscimento del danno differenziale da infortunio sul lavoro, deve allegare e provare la esistenza dell'obbligazione lavorativa, del danno, ed il nesso causale di esso con la prestazione, mentre il datore di lavoro deve provare che il

¹⁴ Che è anche – al contempo, e per ciò stesso – norma di "apertura" del sistema prevenzionistico alla evoluzione dei rischi del lavoro e delle misure offerte dal progresso tecnologico (o dall'esperienza) per prevenirli.

¹⁵ Questo sviluppo – auspicato per primi da A. DE MATTEIS e S. GIUBBONI, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Milano, 2005, pp. 972 ss. (cui *adde*, volendo, S. GIUBBONI, *I nuovi danni alla persona del lavoratore e la regola dell'esonero*, in AIDLASS, *Il danno alla persona del lavoratore*. Atti del convegno nazionale di Napoli, 31 marzo - 1° aprile 2006, Milano, 2007, pp. 263 ss.) – ha peraltro ricevuto un'accoglienza critica da una parte della dottrina (cfr. in particolare R. RIVERSO, *Esiste ancora l'esonero del datore di lavoro dalla responsabilità civile dell'art. 10 del T.U. 112/1965?*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2008, pp. 1083 ss.; M. CASOLA, *Esonero da responsabilità del datore di lavoro e conseguenze processuali in tema di danno differenziale*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2009, I, pp. 99 ss., e, da ultimo, P. SCOGNAMIGLIO, *Il danno differenziale rispetto alla prestazione dell'Inail*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2011, pp. 256 ss.). Per una replica a tali critiche sia consentito l'ulteriore rinvio a S. GIUBBONI, *Note d'attualità in tema di risarcimento del danno da infortunio sul lavoro*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2009, pp. 1 ss.

¹⁶ Poi confermata da successive pronunzie (tra le quali v. Cass., sez. lav., 10 gennaio 2007, n. 238, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2007, II, p. 670, con nota di D. SIMEOLI). Nella giurisprudenza di merito, sulla stessa linea, v. Trib. Vicenza, 10 febbraio 2009, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2009, II, p. 895, con commento adesivo di L. MONTUSCHI.

¹⁷ Il riferimento è alle note sentenze "gemelle" del 12 maggio 2003, n. 7281 e n. 7283, in *Foro italiano*, 2003, I, c. 2272, con nota di E. NAVARRETTA.

danno è dipeso da causa non imputabile, e cioè deve avere adempiuto al suo obbligo di sicurezza, apprestando tutte le misure per evitare il danno”¹⁸.

Tale innovativa affermazione della Cassazione – nel trasferire per via analogica allo speciale regime di cui all’art. 10 del testo unico i primi frutti degli originali sviluppi ermeneutici maturati in seno alla giurisprudenza di legittimità sul piano della sistematica generale del danno non patrimoniale¹⁹ – ha senza dubbio sensibilmente aggravato la crisi di effettività della regola dell’esonero, in quanto ha in buona sostanza eliminato le residue differenze ancora rintracciabili, tra aree incluse e viceversa escluse dal perimetro applicativo delle regola, in ordine ai presupposti del risarcimento del danno da infortunio. È evidente, infatti, che il presupposto della ricorrenza del fatto di reato perseguibile d’ufficio, che ancora formalmente condiziona la riespansione della responsabilità civile dal datore nell’area in cui si applica la regola dell’esonero, finisce – con tale giurisprudenza – per identificarsi pressoché integralmente con l’ordinario accertamento della colpa che deriva presuntivamente, in sede civile, dall’inadempimento dell’obbligo di sicurezza *ex art. 2087 c.c.*²⁰. Ciò che comporta, per l’appunto, la sostanziale “neutralizzazione” di quel più severo requisito di astratta ricorrenza di un fatto di reato, al quale l’art. 10, comma 2, del d.P.R. n. 1124 del 1965 continua – formalmente – a subordinare il risarcimento del danno differenziale subito dal lavoratore in conseguenza dell’infortunio o della malattia professionale.

Questa giurisprudenza non arriva, peraltro, a mettere in discussione la sopravvivenza stessa, e si vuole la legittimità *ex se*, della regola dell’esonero, in quanto lascia (almeno formalmente) inalterato il requisito sui cui si regge, da sempre, la specialità del regime prefigurato dal testo unico, il quale continua a subordinare la riapertura del sottosistema assicurativo ai comuni obblighi risarcitori alla condizione che sia accertato, nei confronti del datore (o di un dipendente del cui operato egli debba rispondere civilmente), un fatto di reato, sia pure nei veduti termini, per così dire, “attenuati” ed “oggettivati”. Si potrebbe

¹⁸ Cass., sez. lav., 14 aprile 2008, n. 9817.

¹⁹ Al primo impulso di rinnovamento interpretativo dell’art. 2059 c.c. impresso dalle sentenze “gemelle” citate alla nota 17, ha fatto come noto seguito, a breve distanza di tempo, la vera e propria svolta ermeneutica realizzata, ancora dalla terza sezione civile della Cassazione, con le decisioni nn. 8827 e 8828 del 2003, pubblicate sempre in *Foro italiano*, 2003, I, c. 2272, con la richiamata nota di NAVARRETTA. Nell’ampio dibattito acceso in dottrina da tale giurisprudenza v. solo i volumi curati, rispettivamente, da E. NAVARRETTA, *I danni non patrimoniali*, Milano, 2004, e da G. PONZANELLI, *Il “nuovo” danno non patrimoniale*, Padova, 2004. Nella dottrina lavoristica cfr. soprattutto M. PEDRAZZOLI (a cura di), *I danni alla persona del lavoratore nella giurisprudenza*, Padova, 2004, ed *ivi*, alle pp. XVII ss., il saggio introduttivo del curatore.

²⁰ Come osserva D. POLETTI, *Il danno non patrimoniale e il sistema previdenziale*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *Il danno non patrimoniale. Principi, regole e tabelle per la liquidazione*, Milano, 2010, pp. 177 ss., qui p. 207, tale giurisprudenza fa “sostanzialmente coincidere la riapertura della responsabilità civile con la violazione del disposto dell’art. 2087 c.c. La dimostrazione dell’inosservanza dell’obbligo di sicurezza sembra essere parsa sufficiente alla Suprema Corte a rendere inoperante la regola dell’esonero”.

anzi osservare come, nelle motivazioni esplicite della dottrina che l'ha propugnata²¹ (come in quelle implicite della giurisprudenza che l'ha accolta), questa interpretazione ulteriormente riduttiva della valenza operativa dell'esonero serva proprio ad evitare che la regola posta dall'art. 10 del testo unico entri *in quanto tale* in insanabile contrasto con i nuovi principi in tema di danno non patrimoniale alla persona elaborati dalla Cassazione (e poi avallati dalla stessa Corte costituzionale)²², sulla scorta della lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c.

Ma si potrebbe anche ragionevolmente obiettare che, con questa giurisprudenza, la crisi di effettività della regola dell'esonero arrivi ad un punto di non ritorno, in cui lo svuotamento della valenza operativa della disposizione di cui al primo comma dell'art. 10 equivale, in pratica, ad un superamento di fatto della regola, ormai soppiantata e quasi assorbita dalla deroga del secondo comma, considerata appunto l'"attenuazione" dei requisiti per l'accertamento del fatto di reato richiesto per la piena riviviscenza della responsabilità risarcitoria del datore di lavoro.

5. *Il nuovo danno non patrimoniale alla persona e la crisi di legittimità della regola dell'esonero*

Il passo verso una vera e propria "crisi di legittimità" della regola dell'esonero, anche ammesso che non sia stato già compiuto dalla giurisprudenza sopra richiamata, è dunque – a ben guardare – ormai assai breve. Ed a prospettarlo in maniera esplicita, sulla base di un'esigenza di pieno adeguamento della lettura dell'art. 10 del testo unico ai canoni della interpretazione "costituzionalmente orientata" o "conforme", è ora lo stesso Aldo De Matteis. È il nostro autore a riassumere efficacemente la sua proposta interpretativa, suggerendo di leggere il comma 2 dell'art. 10 del testo unico "come se dicesse: "nonostante l'assicurazione predetta, permane la responsabilità civile per danno non patrimoniale in caso di colpa penale ovvero di lesione di diritti inviolabili della persona costituzionalmente protetti""²³.

L'accoglimento della proposta interpretativa di De Matteis comporterebbe – come è evidente – il definitivo superamento della regola dell'esonero, che a

²¹ Sia consentito richiamare ancora S. GIUBBONI, *Infortunio, malattia professionale e risarcimento del danno differenziale*, in *Rivista critica di diritto del lavoro*, 2007, pp. 331 ss.

²² Si veda Corte cost., 11 luglio 2003, n. 233, che si legge tra l'altro in *Foro italiano*, 2003, I, c. 2201, con nota di E. NAVARRETTA.

²³ Così DE MATTEIS, *Assicurazione infortuni*, cit., p. 375.

questo punto potrebbe ben essere anche formalmente espunta dal testo unico²⁴. Poiché infatti, come spiega ancora l'autore, “i diritti tutelati dal t.u. n. 1124/1965 sono tutti diritti inviolabili della persona costituzionalmente protetti, l'area della eccezione viene a coincidere con l'area della regola, che quindi non ha più ragione di esistere; i due insiemi di segno contrario, ormai coincidenti, si annullano”²⁵.

Il fondamento di tale proposta risiede nella esigenza di uniformare pienamente il sottosistema governato dalla speciale regola dell'art. 10 del testo unico ai principi affermati dalla giurisprudenza – di legittimità²⁶ e costituzionale – in tema di risarcimento del danno non patrimoniale alla persona. Come sin troppo noto, in base ad essi deve ormai considerarsi *ius receptum* che il rinvio operato dall'art. 2059 c.c. ai casi determinati dalla legge valga, oltre che per le sempre più numerose fattispecie espressamente tipizzate dal legislatore²⁷, anzitutto per i diritti inviolabili della persona che trovano direttamente nella Costituzione il loro più alto riconoscimento e la loro compiuta garanzia normativa.

In questa ottica, non appare oramai più ammissibile che il diritto inviolabile alla salute del lavoratore – in quanto presidiato dalla garanzia generale dell'art. 32 Cost. ed altresì assistito dalla più intensa protezione specificamente offerta dall'art. 38 della Carta costituzionale – possa subire restrizioni sul piano della tutela risarcitoria, proprio nel momento in cui viene leso da un infortunio o da una tecnopatia imputabili alla responsabilità del datore di lavoro. Una restrizione delle condizioni di accesso alla tutela risarcitoria, basata sull'accertamento della esistenza di un fatto di reato (sia pure nei termini per così dire “facilitati” visti sopra), non potrebbe, infatti, (più) giustificarsi, a fronte della violazione di un diritto inviolabile della persona, in ragione dei benefici “compensativi” di cui soltanto il prestatore di lavoro godrebbe grazie alla tutela previdenziale indennitaria assicurategli dall'INAIL. La classica giustificazione di tipo

²⁴ Come DE MATTEIS, *op. ult. cit.*, pp. 377 ss., giunge espressamente a suggerire, richiamandosi alle analoghe scelte compiute in altri paesi europei storicamente segnati dalla opzione per il modello bismarckiano di tutela previdenziale contro gli infortuni sul lavoro.

²⁵ Ivi, p. 376.

²⁶ La razionalizzazione del sistema dei danni alla persona (e in specie di quello non patrimoniale, unitariamente inteso), operata con la celebre sentenza delle Sezioni unite della Cassazione, 11 novembre 2008, n. 26972, non incide, quantomeno direttamente, sul profilo qui in discussione. Per una compiuta ricostruzione del quadro – assai complesso ed ancora non del tutto assestato – che emerge all'esito di tale ulteriore intervento nomofilattico della Suprema Corte, v. i saggi raccolti in E. NAVARRETTA (a cura di), *Il danno non patrimoniale*, cit., ed ivi, in particolare, alle pp. 77 ss., il terzo capitolo a firma della curatrice (*Il contenuto del danno non patrimoniale e il problema della liquidazione*).

²⁷ Molte delle quali, non a caso, di diretta rilevanza lavoristica, come nota giustamente R. DEL PUNTA, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, in AIDLASS, *Il danno alla persona*, cit., pp. 19 ss., in particolare riferendosi alle previsioni in tal senso contenute nei decreti legislativi nn. 286 del 1998 e 215 e 216 del 2003. E si veda pure M. CINELLI, *Il danno non patrimoniale alla persona del lavoratore: un excursus su responsabilità e tutele*, ivi, pp. 115 ss.

“economicistico”²⁸, retta fundamentalmente ancora sull’idea di “transazione sociale”, appare, infatti, del tutto inconciliabile con la logica dei diritti inviolabili della persona²⁹, che ammette, al più, forme di bilanciamento con situazioni giuridiche – qui, però, per definizione non ricorrenti – di pari rango costituzionale (art. 41, comma 2, Cost.). Mentre lo stesso diritto alla tutela previdenziale del lavoratore contro l’infortunio sul lavoro o la malattia professionale trova, nell’art. 38 Cost., un fondamento costituzionale autonomo, che non può essere evidentemente messo in correlazione – in una logica di scambio e, appunto, di “transazione sociale” – con l’esonero del datore di lavoro assicurante, (in quanto) tenuto al finanziamento dell’assicurazione obbligatoria mediante il pagamento dei “premi” previsti dalla legge³⁰.

D’altra parte, nell’ambito del contratto di lavoro subordinato, le istanze di protezione che nascono dalla diretta implicazione della persona del lavoratore nello svolgimento del rapporto, comportano che gli stessi diritti di natura economica, a partire evidentemente dal credito retributivo (art. 36 Cost.), debbano essere annoverati nel nucleo dei diritti fondamentali costituzionalmente garantiti. Per cui gli stessi riflessi patrimoniali e reddituali della lesione della integrità psico-fisica del lavoratore (ovvero il danno patrimoniale che consegue alla violazione del diritto fondamentale alla salute del prestatore di lavoro) rientrano, a pieno titolo, in tale sfera costituzionalmente garantita.

In questa proposta di revisione interpretativa dell’impianto tradizionale dei rapporti tra indennizzo previdenziale e risarcimento civilistico del danno da infortunio sul lavoro, è dunque la regola dell’esonero in quanto tale ad essere contestata nella sua legittimità, anche al di là delle valutazioni legate alla sua ormai ridotta, e diremmo residua, rilevanza effettiva.

6. Conclusioni

Si tratta di una proposta ricostruttiva molto suggestiva, retta su solidi argomenti costituzionali. La caduta dell’ultimo simulacro della regola dell’esonero avrebbe del resto anche il pregio di semplificare in radice i problemi di quantificazione del danno differenziale, superando la distinzione – per certi versi incerta e artificiosa

²⁸ V. *supra*, nota 8 e testo corrispondente.

²⁹ Per questa argomentazione v. già S. GIUBBONI, *Il danno biologico del lavoratore tra responsabilità civile e tutela previdenziale*, in *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n. 14 del 1993, pp. 177 ss.

³⁰ Che si tratti a tutti gli effetti di contributi previdenziali obbligatori, non riconducibili ad una logica assicurativa, è ora come ben noto acquisito dalla stessa giurisprudenza comunitaria (v. Corte di giustizia, causa C-218/00, *Cisal c. INAIL*). Cfr. DE MATTEIS, *Infortuni sul lavoro*, cit., pp. 785 ss., e, più in generale, da ultimo, C.A. NICOLINI, *I problemi della contribuzione previdenziale*, Macerata, 2008 (con prefazione di M. CINELLI), pp. 101 ss.

– tra questo ed il danno complementare, escluso dalla copertura assicurativo-sociale³¹.

È tuttavia prevedibile che la radicata riluttanza a misurarsi direttamente con la questione della legittimità in sé della regola dell'esonero possa indurre la giurisprudenza a mantenersi su quella linea storica, di più pragmatico svuotamento dei suoi effettivi contenuti operativi, che ho proposto qui di sintetizzare con la formula della “crisi di effettività” della regola stessa. Del resto, come è stato ben osservato da una attenta dottrina civilistica, ove si dovesse definitivamente radicare la tendenza interpretativa che fa coincidere la riapertura della responsabilità datoriale con l'inadempimento dell'obbligo di sicurezza, “il sistema acquisirà le sembianze di un regime a doppio binario e allora avrà probabilmente meno senso porsi i problemi di confronto tra le poste del danno non patrimoniale [...]. Le spettanze previdenziali costituiranno nulla più che un'anticipazione del successivo risarcimento, con la sola esclusione delle ipotesi di danni imputabili ad autoresponsabilità del lavoratore e ferma restando comunque la necessità di regolare i profili della surroga assicurativa per evitare aggressioni a scapito dei danni non altrimenti indennizzati”³².

Già oggi, infatti, l'affermazione che la violazione dell'art. 2087 c.c. è fonte anche di responsabilità civile del datore di lavoro ai sensi dell'art. 10 del testo unico svuota di fatto di senso “il mantenimento della regola dell'esonero come scolpita” da tale disposizione³³. Già oggi, in altre parole, la crisi di effettività della regola dell'esonero si risolve, con ogni probabilità, in una sua – pur non dichiarata – crisi di legittimità.

³¹ Per tale distinzione, ormai accolta anche dalla giurisprudenza, sia pure talvolta sotto la diversa nomenclatura di danno differenziale “quantitativo” e “qualitativo”, v. principalmente G. MARANDO, *Responsabilità, danno e rivalsa per gli infortuni sul lavoro*, Milano, 2003, pp. 494 ss. Per una articolata valutazione dei riflessi della sentenza delle Sezioni unite n. 26972 del 2008 sul sottosistema misto (indennitario e risarcitorio) di riparazione del danno alla persona derivante da infortunio sul lavoro, v. ancora A. DE MATTEIS, *Danno differenziale e danno complementare dopo le Sezioni unite del 2008*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2010, pp. 389 ss.

³² POLETTI, *Il danno non patrimoniale*, cit., p. 208.

³³ *Ibidem*.