

IL RISPETTO DELL'INTANGIBILITÀ DELLA REGOLA DELL'ESONERO DEL DATORE DI LAVORO

MARIANGELA FERRARI
*Professore associato
nell'Università di Brescia*

SOMMARIO: – 1. Premessa. – 2. Le norme del Testo Unico e la Corte Costituzionale. – 2.1. L'ingiustificato cambio di visione della giurisprudenza. – 2.2. I parametri per l'accertamento della fattispecie come reato. – 2.2.1. L'interpretazione delle Sez. Un. dell'art. 2947, comma 3, c.c. – 2.2.2. L'uso degli strumenti penalistici come elemento discriminatorio del lavoratore. – 3. La lettura delle Sezioni Unite in tema di *compensatio lucri cum damno*.

1. – Secondo la Costituzione italiana il Parlamento esercita collettivamente, a mezzo di entrambe le Camere, la funzione legislativa (art. 70), mentre la magistratura, autonoma e indipendente, è soggetta soltanto alla legge (art. 101), ed esercita la funzione giudiziaria attraverso le regole del giusto processo (art. 111)¹³².

La Suprema Corte di Cassazione, articolata in sezioni semplici e sezioni unite, esercita una funzione nomofilattica del diritto, di tal che assolve al compito di “garantire l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale” (art. 65, R.D. 30 gennaio 1941, n. 12, l. ordinamento giudiziario) attribuendo un significato uniforme alla legge in un'azione interpretativa sinergica a quella della dottrina.

In particolare il ruolo della Cassazione a Sezioni Unite assume una rilevanza significativa stante sia la funzione di arbitro nei casi di elevata difficoltà ermeneutica (contrasto fra sezioni semplici), sia la autorevolezza

¹³² Sulle criticità che hanno fatto perdere la centralità alla legge ordinaria v. E. LUPO, *Sistema delle fonti, diritto giurisprudenziale e legalità penale – System of sources, jurisprudential law and criminal law*, in *Cass. Penale*, 2022, 2, 404 ss., il quale riconosce: “La crisi della legge ha comportato un maggiore spazio acquistato dall'interpretazione e quindi dalla giurisprudenza, tanto che ormai si è soliti configurare un diritto giurisprudenziale, costituito dai precedenti giudiziari, affiancato al diritto legislativo. (...) È opportuno subito precisare i limiti di questa ‘creazione’: le norme poste a base della decisione giudiziaria *debbono essere compatibili con le leggi prodotte dal legislatore, le quali a loro volta devono essere compatibili con la Costituzione*”; ulteriori approfondimenti in G. PINO, *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, Pisa, 2016, 19.

della composizione e le capacità persuasive che vengono tradizionalmente collegate a tali pronunce¹³³.

Resta però al momento ferma l'affermazione della Corte Costituzionale¹³⁴ che stabilisce: "L'orientamento espresso dalla decisione delle Sezioni Unite aspira indubbiamente ad acquisire stabilità e generale seguito: ma – come lo stesso remittente riconosce – si tratta di connotati solo tendenziali, in quanto basati su un'efficacia non cogente, ma di tipo essenzialmente persuasivo. Con la conseguenza che, a differenza della legge abrogativa e della decisione di illegittimità costituzionale, la nuova decisione dell'organo della nomofilachia resta potenzialmente suscettibile di essere disattesa in qualunque tempo e da qualunque giudice della Repubblica, sia pure con l'onere di adeguata motivazione; mentre le stesse Sezioni Unite possono trovarsi a dover rivedere le loro posizioni, anche su impulso delle sezioni singole, come in più occasioni in fatto è accaduto". Se ne deduce che anche l'organo giurisdizionale supremo, posto al vertice della gerarchia giudiziaria, nella libertà di interpretazione della legge, non può assumere funzioni legislative attraverso la pronuncia delle sentenze che restano principi di diritto prevalentemente assertivi delle regole del caso concreto¹³⁵.

La funzione nomofilattica e il diritto vivente¹³⁶ che adeguano le norme ai tempi, non possono d'altro canto rappresentare un modo surrettizio di abrogazione della normativa in vigore, potendo, al più, sollecitare il Parlamento ad intervenire laddove vengano rilevate lacune o antinomie giuridiche che minino l'ordine del sistema¹³⁷.

¹³³ Si veda sul punto S. CLAUDANI, *Dubbi di costituzionalità sulla disciplina dell'obbligo di rinvio tra sezioni semplici e unite*, in *Giur. Cost.*, 2021, 4, 1911 ss.

¹³⁴ C. Cost., 12 ottobre 2012, n. 230, in www.cortecostituzionale.it

¹³⁵ Pur non facendo parte della presente ricerca è opportuno segnalare il valore di vero e proprio precedente "legislativo" per tutti i soggetti giuridici della Comunità, la funzione nomofilattica della Corte di giustizia europea, sul punto v. A. BARONE, *Nomofilachia, corti sovranazionali e sicurezza giuridica*, in *Dir. proc. Amm.*, 2020, 3, 557 ss.

¹³⁶ Sulla rilevanza del diritto giurisprudenziale o vivente determinata anche dalla distinzione fra disposizione e norma v. S. DE MATTEIS, *Principio di uguaglianza e giusta decisione: verso un diritto diseguale?*, in *Giust. civ.*, 2021, 2, 243, e ivi ulteriori riferimenti.

¹³⁷ M.A. SANDULLI, *Principi e regole dell'azione amministrativa: riflessioni sul rapporto fra diritto scritto e realtà giurisprudenziale*, in *Federalismi*, 2017, 23, in cui l'A. afferma: "I principi non possono però sostituire le regole: come sottolineato in altre occasioni, uno Stato costituzionale fondato sulla separazione dei poteri e sul primato delle regole dettate dagli organi rappresentativi della volontà popolare non è compatibile con l'abdicazione del potere normativo a soggetti privi di responsabilità politica (il riferimento è ai poteri regolatori delle AA indipendenti) e, tanto meno, con l'attribuzione alla giurisprudenza di un ruolo di supplenza nella creazione delle regole", in cui ampi riferimenti bibliografici; sul ruolo di "ordinatore" delle regole e

Non si può neppure prescindere dal fatto che, nel nostro ordinamento, l'interpretazione *contra legem* non è mai ammissibile: l'art. 12 delle Preleggi afferma in termini inequivocabili che "nell'applicare la legge, non le si può attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dall'intenzione del legislatore"¹³⁸ così che questa premessa risulta necessaria per verificare, in questo nostro lavoro, se la giurisprudenza, sul tema del danno differenziale, si è limitata a realizzare una legittima interpretazione adeguatrice e illuminata della normativa contenuta negli artt. 10 e 11 D.P.R. n. 1124 del 1965, necessaria a seguito degli interventi della Corte Costituzionale, innescando un inevitabile "processo di erosione" della regola dell'esonero del datore di lavoro dalla responsabilità civile verso il lavoratore in caso di infortunio sul lavoro¹³⁹,

non di loro "creatore", spettante al giudice, cfr. efficacemente A. PAJNO, *Nomofilachia e giustizia amministrativa*, in *Rass. for.*, 3-4, 2014. La tendenza alla giurisprudenza "creativa" è nettamente criticata da N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, 57 ss. Sui rischi di "deriva" della funzione nomofilattica, v. anche C. CONSOLO, *La funzione nomofilattica della Corte di cassazione, tra nuove (auspicabili) prospettive e (gravi) rischi di deriva dallo ius litigatoris*, in *Rass. for.*, 3-4, 2014, 621 ss., il quale osserva che "la 'nomofilachia allo stato puro' [...] si scontra frontalmente con il concetto di giurisdizione, e quindi anche con il concetto di giurisprudenza. Quello che invece la Corte di cassazione deve propinare al sistema è evidentemente una forma di guida coerenziatrice nell'interpretazione del diritto, che può avere quel plusvalore di autorevolezza solo se è costantemente radicata nel caso concreto e nella cooperazione alla sua giusta soluzione". Per un approfondimento circa le visioni della dottrina favorevole all'applicazione diretta della Costituzione, e alla lettura costituzionalmente orientata si veda G. D'AMICO, *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giust. civ.*, 3, 2016, p. 443-508; M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, Annali IX, 2016, p. 391-476.

¹³⁸ Ci sembra assai importante sul punto il recentissimo intervento della Cassazione a Sezioni Unite, con pronuncia del 6 dicembre 2021, n. 38596, in *www.iusexplorer.it* che ha dedicato un intero punto all'art. 12 preleggi, affermando che il dovere primario del giudice è di perseguire, fra le diverse possibili e plausibili interpretazioni delle norme, quella più corretta e non una qualsiasi di quelle che il testo consente, ma precisando che: "certo essendo altresì, che il giudice non crea il diritto, ma opera secondo i criteri ermeneutici noti ed entro i limiti del diritto positivo (Cass. 2 ottobre 2018, n. 23950), atteso che le scelte di politica del diritto sono riservate al legislatore e al giudice compete solo di interpretare la norma nei limiti delle opzioni ermeneutiche più corrette dell'enunciato (Cass. Sez. un., 18 settembre 2020, n. 19597). È in tal senso, pertanto, che la funzione assolta dalla giurisprudenza è di natura *dichiarativa*, giacché riferita ad una preesistente disposizione di legge, della quale è volta a riconoscere l'esistenza e l'effettiva portata con esclusione formale di un'efficacia direttamente creativa (così Cass., sez. un., 28 gennaio 2021, n. 2061)".

¹³⁹ Il riferimento è alla complessa, ma certo esemplare, pronuncia della Cassazione, sez. lavoro, 19 giugno 2020, n. 12041, in cui, al termine di lunghe e

ovvero, come a noi pare, ci sia stata un'operazione interpretativa così radicale, da potersi considerare "creativa", e perciò ingiustificata, tale da sovvertire l'originaria impostazione legislativa con rilevanti conseguenze giuridiche¹⁴⁰.

2. – L'*incipit* è rappresentato dal D.P.R. n. 1124 del 1965, art. 10, comma 1¹⁴¹, in cui l'assicurazione obbligatoria prevista a carico del datore di lavoro

complesse argomentazioni, è stata affrontata "la questione dei criteri di accertamento della responsabilità del datore di lavoro in caso di azione del lavoratore proposta per il risarcimento del danno cd. *differenziale* derivante da infortunio o malattia professionale e, per connessione, nell'ipotesi di azione di regresso esercitata dall'INAIL", in *www.iusexplorer.it*.

¹⁴⁰ Cfr. M.A. SANDULLI, *op. cit.*, 10, in cui l'A. afferma che nonostante sia positiva la spinta ad un'interpretazione giurisprudenziale stabile e uniforme: "Bisogna però evitare di confondere l'esigenza di uniformità dell'interpretazione giurisprudenziale, da cui l'importanza, innegabile, della nomofilachia spettante alla Corte di Cassazione e all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, per dirimere contrasti giurisprudenziali in presenza di lacune normative o di disposizioni poco chiare, ovvero per cercare di aggiornare, adattare e adeguare l'ordinamento scritto all'evoluzione socio-economica (Cass., SS.UU. 23675/2014), con la sostituzione del giudice al legislatore: il giudice, come ben sottolineato da Guido Corso non può essere 'nomoteta' e non è quindi giustificato se, discostandosi dalla finalità propria della nomofilachia, contrappone la sua 'scelta' della norma/regola migliore al chiaro dettato delle leggi più recenti e alla chiara *voluntas legis* espressa dal legislatore nel medesimo contesto socio-economico. Più che opportuno adeguamento ai cambiamenti, si realizza in questo caso quella che è stata definita 'una sorta di fuga dal dato positivo, che, con l'ausilio del ricorso ai principi (spesso "autoprodotti") talune volte viene manipolato fino a stravolgerlo, oppure ignorato, spesse volte disapplicato". Cfr. anche L. PASSANANTE, *Calamandrei e il destino della Cassazione civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, 1, 79 ss. Sul tema della tendenza, non condivisa, della Cassazione a volersi porre come organo con l'ultima parola anche su questioni di non propria competenza v. A. PAJNO, *L'ordinanza n. 19598/2020 delle sezioni unite della cassazione fra costruzione e decostruzione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2021, 31 ss.

¹⁴¹ Il testo dell'art. 10 Testo Unico delle disposizioni per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali sancisce: "L'assicurazione a norma del presente decreto esonera il datore di lavoro dalla responsabilità civile per gli infortuni sul lavoro.

Nonostante l'assicurazione predetta permane la responsabilità civile a carico di coloro che abbiano riportato condanna penale per il fatto dal quale l'infortunio è derivato.

Permane, altresì, la responsabilità civile del datore di lavoro quando la sentenza penale stabilisca che l'infortunio sia avvenuto per fatto imputabile a coloro che egli ha incaricato della direzione o sorveglianza del lavoro, se del fatto di essi debba rispondere secondo il Codice civile.

Le disposizioni dei due commi precedenti non si applicano quando per la punibilità del fatto dal quale l'infortunio è derivato sia necessaria la querela della persona offesa.

lo esonera dalla responsabilità civile per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali nell'ambito dei rischi coperti dall'assicurazione, con i relativi limiti oggettivi e soggettivi, per cui laddove la copertura assicurativa non interviene per mancanza di presupposti, l'esonero non opera. I commi successivi al primo prevedono l'esclusione dell'esonero in caso di "condanna penale per il fatto dal quale l'infortunio o la malattia professionale è derivato".

L'assicurazione obbligatoria per infortuni e malattie professionali era nata storicamente con una finalità di "compromesso sociale" volto da un lato ad imporre l'obbligo di corrispondere i premi assicurativi in capo al datore di lavoro, al quale però, secondo una logica assicurativa quasi privatistica, si riconosceva l'esonero dall'obbligo di risarcire il danno al lavoratore dipendente, tranne nei casi in cui il comportamento e/o l'azione datoriale fossero riconducibili ad una fattispecie di reato¹⁴².

Qualora sia pronunciata sentenza di non doversi procedere per morte o per amnistia, il giudice civile, in seguito a domanda degli interessati, proposta entro tre anni dalla sentenza, decide se, per il fatto che avrebbe costituito reato, sussista la responsabilità civile a norma dei commi secondo, terzo e quarto del presente articolo.

Non si fa luogo a risarcimento qualora il giudice riconosca che questo non ascende a somma maggiore dell'indennità che, per effetto del presente decreto è liquidata all'infortunato o ai suoi aventi diritto.

Quando si faccia luogo a risarcimento, questo è dovuto solo per la parte che eccede le indennità liquidate a norma degli articoli 66 e seguenti.

Agli effetti dei precedenti commi sesto e settimo l'indennità d'infortunio è rappresentata dal valore capitale della rendita liquidata, calcolato in base alle tabelle di cui all'art. 39".

¹⁴² Per un preciso resoconto e approfondimento storico sul passaggio dalla logica della responsabilità per colpa dell'imprenditore alla responsabilità per rischio e poi, con il prevalere del socialismo giuridico, all'approdo nel sistema assicurativo v. L. GAETA, *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile – Alle origini del diritto del lavoro*, Napoli, 1986, 123-134, in cui l'A. afferma: "L'imprenditore è dunque responsabile *incolpevole* di tutti gli infortuni dei dipendenti, anche di quelli fortuiti o dovuti a colpa lieve dell'operaio che, *stricto jure*, non dovrebbero essergli addebitati; però come contropartita per questa eccezionale ampiezza della responsabilità, gli si consente di scaricarsene, assicurandosi appunto contro il rischio di infortuni. Si è passati in un sistema del tutto diverso: alla responsabilità, soprattutto quella amplissima del rischio professionale, si è sostituita la garanzia. Il rischio professionale, non appena accettato, viene subito depurato di ogni offensività, e comincia ad acquistare valore eminentemente transattivo, nel senso di chiamare ognuna delle parti in causa ad un sacrificio: l'imprenditore a sopportare il rischio di eventi *fortuiti*, con la possibilità, però, di scaricare tutto sull'ente assicuratore; il lavoratore a ricevere una copertura parziale, estesa però anche agli infortuni *fatali*; conferma la logica transattiva della deroga ai principi fondamentali del codice civile vigente del 1865 con la finalità di "sostituire l'ingiustizia del mancato risarcimento con quella più tollerabile dell'indennizzo forfettario" L. CASTELVETRI, *Il diritto del lavoro delle origini*, Milano, 1994, 101-104, per la quale la l. 17 marzo 1898 n.80 incorpora un "metodo realistico e

La logica della normativa, ispirata da quella precedente, era quella “transattiva” volta ad evidenziare la vocazione al contemperamento dei contrapposti interessi dei lavoratori e dei datori di lavoro: “Gli imprenditori finivano con il pagare sotto specie di premio di assicurazione il costo di quei danni per i quali o già non dovevano rispondere per difetto di colpa o non venivano resi responsabili a seguito della limitazione della responsabilità civile ai soli fatti costituenti reato e perseguibili d’ufficio”¹⁴³.

La dottrina si è successivamente divisa nella ricostruzione del fondamento giuridico dell’assicurazione obbligatoria per gli infortuni sul lavoro; se l’opinione più datata e tradizionale ne ha fondato l’operatività sul criterio del rischio professionale, ad essa si è poi opposta l’opinione di chi, definendo quella “un falso storico”, riteneva di dover superare la linea transattiva “attraverso la scelta radicale tra assicurazione sociale e responsabilità civile”¹⁴⁴.

Come già affermato altrove¹⁴⁵, nonostante le innegabili differenze caratterizzanti l’assicurazione sociale obbligatoria dall’assicurazione privata contro i danni e sulla vita, le stesse non sono mai state ritenute sufficienti a superare il “concetto unitario del contratto assicurativo basato comunque sul trasferimento del rischio in capo ad un unico soggetto e sul carattere aleatorio del modello contrattuale”.

Il lungo dibattito alle radici della prima legislazione sugli infortuni sul lavoro che aveva manifestato posizioni di netta alternanza nella

transattivo”: “Essa, infatti, consentiva ai lavoratori di ottenere un indennizzo forfettario in ogni caso di infortunio, compresi quelli determinati dal fortuito o dalla forza maggiore, mentre imponeva all’imprenditore il solo obbligo di stipulare un contratto di assicurazione contro il rischio del risarcimento”.

¹⁴³ C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 381.

¹⁴⁴ C. CASTRONOVO, *op. cit.*, 397, in cui afferma: “non sembra infatti ragionevole l’altro modello astrattamente ipotizzabile e implicitamente accolto da parte della letteratura per il superamento del sistema attuale: quello che preveda simultaneamente e integralmente assicurazione e responsabilità civile dell’imprenditore”; per la ricostruzione dell’iter legislativo con ampio commento v. G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Milano, 1991, in particolare 459 e ss. in cui riferendosi alla legge del 1898: “La legge, si afferma unanimi, si fonda sul principio del rischio professionale. [...]. Con la scelta del rischio professionale, [...], il legislatore ha scelto l’idea moderna più vera e esatta, quella di fondare nel diritto pubblico e in questo soltanto la soluzione del problema. È partendo da tale certezza che occorre affrontare la lettura della legge, accettando una verità indiscutibile e che deve costantemente illuminare chi è chiamato ad applicare la legge in questione e cioè che il rischio professionale e la responsabilità civile sono due termini assolutamente inconciliabili fra loro”, sul significato di esonerare gli imprenditori dalla responsabilità civile A. BRUSCHETTINI, *La responsabilità civile dell’imprenditore secondo la legge 17 marzo 1898*, in *Riv. infortuni lav.*, 1899, 3 ss.

¹⁴⁵ M. FERRARI, *L’attuale modello di compensatio lucris cum damno valido per il superamento del danno differenziale quantitativo*, in *Contratto impr.*, 2021, 1230 ss.

considerazione che fosse espressione dei principi fondanti la responsabilità nel codice civile piuttosto che della finalità solidaristica verso i lavoratori, non si identificava in una alternatività escludente fra assicurazione contro i danni e assicurazione sociale obbligatoria.

Il datore di lavoro si trovava costretto dalla legge a stipulare un contratto assicurativo con INAIL al fine di coprire i rischi di infortunio o di malattia professionale del proprio lavoratore, cui avrebbe dovuto provvedere per spirito solidaristico, a prescindere da una sua eventuale "colpa" nel verificarsi del fatto, così come un cittadino qualunque poteva decidere (liberamente) di coprirsi dal rischio di un evento dannoso per il proprio patrimonio stipulando un contratto con una compagnia assicurativa; entrambi pagavano un premio determinato e fisso a fronte del beneficio di vedersi sollevati dal risarcire i danni nel caso in cui si verificasse l'evento.

Risulta logico ed equo il paradigma, imposto dalla legge, che a fronte della corresponsione dei premi il datore di lavoro sia "esonero" dall'obbligo di risarcire i danni al lavoratore infortunato o malato e quindi dalla responsabilità civile; soltanto in casi di un aggravio di responsabilità derivante da un comportamento configurabile come reato, lo stesso non potrà avvantaggiarsi dell'esonero, quasi come se l'esclusione dall'esonero rappresentasse una sanzione per l'azione illecita commessa.

In una diffusa mentalità assistenzialista, più che solidaristica, il sistema dell'esonero viene più volte attaccato dalla magistratura ordinaria, ma ancora una volta, nel 1991, la Corte Costituzionale ¹⁴⁶, cui viene sottoposta la questione di legittimità costituzionale dell'art. 10, comma 1 e 2, d. P.R. 30 giugno 1965, n. 1124 in relazione all'istituto dell'esonero del datore di lavoro dalla responsabilità civile relativa agli infortuni sul lavoro e alle malattie professionali "nella sua globalità", osserva che la questione è stata: "Già ripetutamente esaminata e respinta da questa Corte (sentenze nn. 22 del 1967 e 74 del 1981). Ma prima ancora di affrontarne il riesame, [...], è decisivo osservare che il nostro sistema previdenziale-assicurativo in materia di infortuni sul lavoro è fondato su equilibri di interessi, di diritti, di prestazioni. Ciò significa che l'integrale eliminazione dell'istituto dell'esonero – ormai circoscritta ad ipotesi assai limitate – comporterebbe una ristrutturazione del sistema che non potrebbe che essere opera del legislatore". Sul punto pare confermata la logica "transattiva" fra datore di lavoro e lavoratore che il sistema assicurativo "obbligatorio" riusciva a garantire.

La posizione della Corte Costituzionale è chiara nel ritenere che "l'istituto dell'esonero, [...], è strettamente inserito nel vigente sistema previdenziale-assicurativo, come uno degli aspetti del complesso rapporto

¹⁴⁶ Si tratta della sentenza del 18 luglio 1991, n. 356.

tra oggetto dell'assicurazione, erogazione dei contributi, prestazioni assicurative. Esso costituisce una garanzia, per la quale – nell'ambito dei rischi coperti da assicurazione ed in relazione ai quali il datore di lavoro eroga i contributi – egli non è tenuto al risarcimento del danno, salvo, in caso di colpa, l'azione di regresso dell'ente e, in caso di reato, l'azione di risarcimento del danno differenziale da parte dell'infortunato".

L'assicurazione sociale, che copre soltanto parte dei rischi, prevede l'esonero; essa è delimitata da presupposti soggettivi e oggettivi, quindi dove non opera l'assicurazione sociale non opera neppure l'esonero da responsabilità¹⁴⁷; in altri termini paghi i premi per godere dell'esonero da responsabilità senza colpa e/o senza reato per i danni coperti dall'assicurazione obbligatoria, conciliandosi in tal senso una visione anche in parte solidaristica, dal momento che i premi vengono corrisposti dal datore di lavoro.

La situazione, sotto questo profilo, non si modifica nemmeno con l'estensione dell'indennizzo INAIL al danno biologico con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 38 del 2000¹⁴⁸, per il quale, diventando attiva, cioè inclusiva, la garanzia assicurativa obbligatoria, diviene operativo anche l'esonero.

Dato per assodato che il sistema dell'esonero può essere modificato e/o smantellato solo ed esclusivamente con l'intervento del legislatore, ciò significa che il datore di lavoro deve essere chiamato a risarcire il danno differenziale solo e soltanto se il fatto che abbia generato l'infortunio o la malattia sia configurabile come reato¹⁴⁹.

2.1. – La giurisprudenza più recente¹⁵⁰ si è pronunciata circa i criteri di accertamento della responsabilità del datore di lavoro in caso di azione del lavoratore proposta per il risarcimento del danno "differenziale" derivante

¹⁴⁷ Testualmente la Corte Cost., 356/91: "L'esonero opera pertanto all'interno e nell'ambito dell'oggetto dell'assicurazione, così come delimitata dai suoi presupposti soggettivi ed oggettivi. Laddove la copertura assicurativa non interviene per mancanza di quei presupposti, non opera l'esonero: e pur trovando il danno origine dalla prestazione di lavoro, la responsabilità è disciplinata dal codice civile, senza i limiti posti dall'art. 10 del T.U. del 1965. Come è stato affermato in sintesi dalla dottrina, se non si fa luogo alla prestazione previdenziale, non vi è assicurazione: mancando l'assicurazione, cade l'esonero".

¹⁴⁸ Si consideri che nel 1991 la Corte Cost. aveva avanzato un esplicito invito rivolto al legislatore già nella pronuncia n. 87, ripresa nella n. 356, "ad un intervento diretto ad una riforma del sistema assicurativo idonea ad apprestare una piena ed integrale garanzia assicurativa rispetto al danno biologico derivante da infortunio sul lavoro o da malattia professionale".

¹⁴⁹ Resta superata la "condanna" a seguito delle pronunce della Corte Costituzionale già citate 102/81 e 118/86.

¹⁵⁰ Il riferimento è alla strutturata pronuncia della Cass., sez. lavoro, 19 giugno 2020, n. 12041; richiamata anche da Cass., 8 marzo 2022, n. 7477, in www.iusexplorer.it

da infortunio o malattia professionale e, per connessione, nell'ipotesi di regresso esercitata dall'INAIL.

La soluzione da adottarsi può essere duplice: da un lato l'ipotesi, ispirata dal riconoscere un senso ed un contenuto alla regola dell'esonero ancora pienamente in vigore, che il giudice civile, cui spetta la decisione in taluni casi, debba "porsi come il giudice penale, adottando gli stessi criteri di giudizio e la stessa metodologia di controllo"; dall'altro, argomentando dai disposti normativi di cui agli artt. 32 e 38 Cost., la proposta che "nel giudizio civile operino le regole di accertamento previste innanzitutto dagli artt. 1218 e 2087 c.c., dichiarando così superato il modello della transazione sociale, che ha storicamente dato vita al D.P.R. n. 1124 del 1965, artt. 10 e 11, in favore di una logica in cui il pagamento del premio costituisce la forma di finanziamento di una tutela previdenziale"¹⁵¹.

La scelta recente della Cassazione cade sulla seconda opinione con una serie di argomentazioni relative alle sentenze della Corte Costituzionale (n. 22 del 1967, n. 102 del 1981, n. 118 del 1986, n. 372 del 1988) e, come momento dirimente, l'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale che sancisce l'assoluta autonomia e separazione tra giudizio penale e giudizio civile e il ripudio del "principio di unità della giurisdizione e di prevalenza del giudizio penale, in favore di quello della parità e originarietà dei diversi ordini giurisdizionali e dell'autonomia dei giudizi".

I plurimi concorrenti argomenti che la giurisprudenza propone a fondamento della propria scelta non risultano, a nostro parere, decisivi per giustificare un cambio di visione così radicale come quello proposto e confermato, che solo l'intervento legislativo potrebbe giustificare.

In più frangenti si ripete come *obiter dictum* che è opinione comune che l'attuale sistema gestito dall'INAIL ha oramai abbandonato la logica originaria della *transazione sociale*, legata alla corrispettività tra contributi ed esonero, in favore di una funzione di socializzazione del rischio e di tutela previdenziale imposta dall'art. 38 Cost.

È ancora la Cassazione, che ricordiamo ha solo funzione interpretativa e nomofilattica e non legislativa, che afferma ¹⁵² che: "Il fondamento della tutela assicurativa, ai sensi dell'art. 38 Cost., deve essere ricercato, non tanto nella nozione di rischio assicurato o di traslazione del rischio, ma nella protezione del bisogno a favore del lavoratore, considerato in quanto persona; dato che la tutela dell'art. 38 non ha per oggetto l'eventualità che l'infortunio si verifichi, ma l'infortunio in sé"; e quindi "ha negato che il premio assicurativo abbia la funzione di delimitare la tutela assicurativa a

¹⁵¹ Così Cass. n. 12041/2020.

¹⁵² V. Cass. n. 5066/2018.

rischi precisamente individuati in base alle tabelle; assolvendo invece la precipua funzione di provvedere al finanziamento del sistema”.

In realtà a noi pare questa una lettura parziale del dettato costituzionale, poiché nell’ultimo comma dell’art. 38 Cost., l’Assemblea Costituente pose a carico dello Stato, articolato in organi o istituti, la finalità solidaristica assistenziale-previdenziale, senza fare cenno né al sistema assicurativo né ai privati.

Non solo. L’art. 38 Cost., equiparando nel comma 2 l’infortunio e la malattia professionale alla invalidità, vecchiaia e disoccupazione involontaria, ha posto le basi del sistema assistenzialistico-previdenziale come garanzia sociale a carico della fiscalità generale e collettiva.

Pertanto non pare giustificata né giustificabile, in assenza di un intervento legislativo volto a modificare le basi del sistema dell’assicurazione obbligatoria, un’applicazione della normativa vigente che, presuntamente fondata su una lettura costituzionalmente orientata, stravolga sino a sovvertire ed erodere definitivamente la regola dell’esonero del datore di lavoro per i casi di indennizzo dovuti in assenza di reato.

Non pare equo porre a carico di una parte il finanziamento del sistema assistenzialistico-previdenziale che la Costituzione ha posto a carico dello Stato.

2.2. – La giurisprudenza ha inoltre avanzato alcune argomentazioni a giustificazione della scelta a favore dell’uso dei criteri civilistici che determina un chiaro e conseguente svuotamento della regola dell’esonero, andando ben oltre i limiti del proprio operato in funzione nomofilattica.

2.2.1. – Nel diritto vivente si osserva che il disposto normativo in materia di prescrizione, che deroga alla regola generale nel caso in cui “il fatto è considerato dalla legge come reato” applicando il diverso e più lungo termine di prescrizione previsto per il reato anche all’azione civile, sia stato interpretato¹⁵³ nel senso che “il fatto deve avere gli elementi sostanziali soggettivi e oggettivi del reato, astrattamente previsto, ma non postula che sia procedibile ovvero si sia proceduto penalmente”.

Tale disciplina, contestualizzata dopo l’entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale, porterebbe a considerare che “attualmente costituisce punto fermo che il Giudice civile si può avvalere nell’ambito dei suoi accertamenti in merito all’esistenza del fatto considerato come reato, di tutte le prove che il rito civile prevede”.

In conclusione, data l’eco di tale interpretazione in altri contesti, la Cassazione (12041/20) ritiene che tale ragionamento “sia necessariamente

¹⁵³ Il riferimento è alla pronuncia della Cass., Sez. Un., n. 27337/2008.

applicabile, per coerenza di sistema, anche all'ipotesi in cui il giudice dell'azione civile debba accertare se i fatti da cui derivi l'infortunio o la malattia costituiscano reato perseguibile d'ufficio ai sensi del D.P.R. n. 1124 del 1965, artt. 10 e 11".

Ora va rilevato che questa argomentazione attiene alla circostanza che il fatto che costituisce reato possa ricorrere anche solo in via astratta e non concreta, ma questo non giustifica che quell'accertamento della fattispecie di reato, con i suoi elementi soggettivi e oggettivi, si debba fare con i criteri del giudizio civile e non con quelli del giudizio penale, che nessuno dubita profondamente diversi tra loro, sia in termini di onere probatorio che di accertamento del nesso di causalità.

D'altra parte questa nostra interpretazione è conformante rispetto alle pronunce della Corte Costituzionale (102/81 e 118/86) che hanno riconosciuto la possibilità che il giudice civile possa accertare il fatto di reato nel caso in cui tale accertamento non sia stato condotto avanti il giudice penale o per l'archiviazione o per il proscioglimento in sede istruttoria del datore di lavoro o suo dipendente, ma non affermano mai che tale accertamento vada operato con i criteri del giudizio e/o responsabilità civile e non penale¹⁵⁴.

La questione affrontata e risolta con una parziale dichiarazione di incostituzionalità si è giocata sulla mancata partecipazione di INAIL (e/o del lavoratore) al procedimento penale contro il datore di lavoro, tale da rappresentare un *vulnus* al loro diritto di azione (e di difesa), dal momento che la legge lo fa dipendere dalla condanna penale.

Nessun accenno ai criteri da applicarsi nell'accertamento, così che parrebbe più opportuno confermare che per accertare la responsabilità penale si debbano utilizzare i parametri tipici del giudizio penale, criteri che consentono alla regola dell'esonero di mantenere un significato compiuto e applicabile, dal momento che ancora né il legislatore ha abrogato la norma, né la Corte Costituzionale ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale.

2.2.2. – Altra argomentazione si fonda sul fatto che, secondo il modello penalistico, l'onere probatorio al fine di dimostrare la responsabilità è decisamente più gravoso rispetto alle più agevoli regole di accertamento

¹⁵⁴ Anzi la Corte Costituzionale, 19 giugno 1981, n. 102 ritiene "più corretto interpretare gli impugnati artt. 10 e 11 del citato testo unico n. 1124 del 1965 alla stregua del principio generale espresso dall'art. 185 c.p. nel senso che il titolo giuridico della responsabilità del datore di lavoro, e il conseguente diritto di regresso dell'INAIL, va individuato nella sentenza di condanna come atto di accertamento che i fatti da cui deriva l'infortunio costituiscano reato sotto il profilo dell'elemento soggettivo e oggettivo".

della responsabilità civile¹⁵⁵; pertanto questo aggravio, sottoponendo il lavoratore infortunato ad un trattamento peggiore, mostrerebbe profili di tensione con l'art. 3 della Cost. nel combinato disposto con l'art. 38 Cost., che intende garantire protezione ai lavoratori in caso di infortunio o malattia.

Quali criticità di questo argomento: in primo luogo se la regola dell'esonero impone l'accertamento di una responsabilità di rilevanza penale per essere superata, la discriminazione colpirebbe il datore di lavoro trattato in modo peggiore e gravoso rispetto al disposto normativo.

In secondo luogo la vera discriminazione fra lavoratore infortunato e altro soggetto parrebbe determinata dall'esistenza di tabelle che quantificano diversamente il medesimo danno subito; infatti le tabelle, cui INAIL si riferisce per la liquidazione dell'indennizzo, sono diverse e comportano mediamente una quantificazione dell'indennizzo che risulta sensibilmente inferiore rispetto al risarcimento del danno, frutto del calcolo delle tabelle usate in sede di responsabilità civile.

L'uniformazione delle tabelle dovrebbe essere la soluzione del problema del danno differenziale quantitativo che, in tal caso, verrebbe meno con una semplificazione enorme anche dal punto di vista processuale, poiché resterebbe in essere la sola azione in capo al lavoratore per i danni complementari, quelli non coperti dall'assicurazione, che si potrebbero assestare sulle agevoli regole della responsabilità civile contro il datore di lavoro (per questi danni lo stesso non ha corrisposto premi e non vale la regola dell'esonero). Nel caso di un'azione di regresso dell'INAIL verso il datore allorquando l'indennizzo erogato derivi da un fatto qualificabile come reato, l'accertamento secondo i più rigidi criteri del processo penale, giustificerebbe il superamento della regola dell'esonero per i casi di particolare gravità.

Quindi ad una lettura, in apparenza costituzionalmente orientata della legge (T.U. 1124/65), che svuota radicalmente la regola dell'esonero, più volte dichiarata costituzionalmente legittima e salvata dalla Corte Costituzionale, si può (e deve) contrapporre una lettura che attribuisce un significato compiuto e preserva l'applicabilità della norma in vigore.

La soluzione alla spinosa questione di una presunta discriminazione verso il lavoratore pare poter essere quella di adeguare le tabelle che contengono i parametri per quantificare e liquidare gli importi dovuti a titolo di indennità INAIL a quelle del risarcimento del danno in sede civile.

¹⁵⁵ E risulta corretto sia così poiché "il particolare rigore richiesto per l'accertamento della responsabilità penale si spiega con la necessità di superare la presunzione di innocenza, in rapporto con la libertà personale in gioco, mentre nella responsabilità civile prevalgono le finalità di tutela della vittima dell'illecito essendo essa dominata dalla funzione riparatoria e compensativa" (Cass. n. 12041/2020).

L'utilizzo di tabelle adeguate e aggiornate come quelle utilizzate in caso di risarcimento del danno in sede civile, facendo corrispondere indennizzo e risarcimento per le sole voci coperte dall'assicurazione eliminerebbe ogni possibile disparità.

Resterebbe comunque evidente che l'indennizzo non sarebbe esaustivo del danno patito dal lavoratore¹⁵⁶ poiché l'assicurazione obbligatoria copre soltanto alcune delle voci di danno che si possono verificare per un sinistro in assenza di reato, per il quale si potrebbe poi richiedere, dimostrandone la sussistenza il risarcimento dei danni complementari, non coperti dall'assicurazione, al soggetto responsabile, giudicato tale attraverso un accertamento effettuato secondo le regole del risarcimento del danno civilistico, poiché fuori dal disposto normativo regolante l'assicurazione obbligatoria.

In tal senso questa lettura appare anche rispettosa del fatto che tali danni, riflessi nell'indennizzo, vengono riconosciuti in modo automatico al lavoratore, senza gravosi oneri probatori, grazie al fatto che il datore ha corrisposto i premi, mentre per ottenere i cd danni complementari, lo stesso lavoratore, come qualsiasi altro soggetto danneggiato, dovrà dimostrare di averli subiti per poterne pretendere il risarcimento.

In questo contesto il lavoratore sarà privilegiato, esattamente come vuole la Costituzione (art. 38) ottenendo automaticamente l'indennizzo, quantificato in modo uniforme al risarcimento del danno per le sole voci indicate nella copertura assicurativa, quasi come un "risarcimento forfettario", mentre sarà equiparato al resto della popolazione in caso di pretesa di risarcimento totale dei danni, comprensivo cioè dei cd danni complementari.

Allo stesso tempo la responsabilità del datore di lavoro, accertata secondo i criteri della responsabilità penale, eventualmente dal giudice civile, rappresenterà il caso di un comportamento così grave da giustificare l'azione di regresso dell'INAIL e fare in modo che i datori di lavoro colpevoli non si avvantaggino in alcun modo del sistema previdenziale-assicurativo del mondo del lavoro.

3. – La proposta interpretativa sopra descritta mostra coerenza con la lettura giurisprudenziale del danno differenziale alla luce della c.l.c.d.

Le Sezioni Unite¹⁵⁷ hanno dato impulso ad un nuovo corso interpretativo sulla portata applicativa della c.l.c.d., valorizzando "il

¹⁵⁶ Così come da tempo la Cassazione sostiene in numerose pronunce a partire da Cass. n. 777/2015; Cass. n. 13689/2015; Cass. n. 3074/2016; e Cass. n. 9112/2019.

¹⁵⁷ Si tratta delle pronunce della Cass., Sez. Un., 22 maggio 2018, nn. 12564, 12565, 12566, 12567, in www.iusexplorer.it

collegamento funzionale tra la causa dell'attribuzione patrimoniale e l'obbligazione risarcitoria".

Le sentenze "gemelle", nella nuova prospettiva, non hanno modificato l'approccio sino ad ora prevalente in relazione al beneficio di cui all'indennità INAIL rispetto al risarcimento del danno, argomentando che ciò che rileva ai fini del diffalco, cioè ai fini dell'applicazione della c.l.c.d., è la funzionalità del beneficio collaterale: in base alla funzione di quest'ultimo va condotta l'indagine al fine di renderne possibile l'imputazione al risarcimento del danno, in modo che il *quantum* venga ridotto in base a quanto già ricevuto a titolo di indennizzo con le medesime finalità.

Ed in questo senso il Supremo Collegio (12566/18) osserva che l'indagine circa la funzione della rendita INAIL conferma che l'erogazione dell'indennità ha da sempre svolto la "funzione di copertura del pregiudizio occorso al lavoratore", pur con valori monetari diversi rispetto al danno civilistico date le diverse tabelle di riferimento¹⁵⁸.

Ecco perché da tempo, in caso di infortunio *in itinere* del lavoratore con conseguenze dannose, si considerava applicabile la regola della c.l.c.d. fra indennizzo e risarcimento.

Con l'orientamento criticato, applicativo dei criteri civilistici di accertamento del comportamento datoriale avente rilievo penale, la giurisprudenza tenta di perseguire la finalità lodevole di garantire al lavoratore l'integrale risarcimento del danno, con un mezzo ingiusto, la condanna *ultra lege* del datore di lavoro. Infatti secondo questa tendenza sarebbero sempre meno le ipotesi in cui il datore di lavoro possa sottrarsi al risarcimento del danno differenziale quantitativo, essendo la possibilità di accertare, con i criteri della responsabilità civile, la sussistenza di una fattispecie astratta di reato, la via maestra verso la definitiva soppressione della regola dell'esonero, senza però rispettare le regole costituzionali e democratiche che prevedono che solo il legislatore, come ricordato all'inizio

¹⁵⁸ Contrario a questa lettura G. LUDOVICO, *La persona del lavoratore tra risarcimento del danno e tutela dal bisogno: la questione del danno differenziale*, in *Dir. rel. ind.*, 2013, 1049 ss., in cui l'A. afferma che: "Il completo superamento della condizione penalistica dell'esonero assume una valenza tutta particolare dal punto di vista sistematico perché sancisce il definitivo affrancamento della tutela indennitaria dalla originaria finalità sostitutiva della responsabilità civile, così dimostrandone la piena funzione previdenziale che deriva dalla sua collocazione nell'articolo 38, comma 2, della Costituzione. Al contempo, con un percorso esattamente inverso alla originaria fuga dal codice, il risarcimento del danno differenziale viene riconsegnato alle comuni regole della responsabilità contrattuale, sottraendosi alla risalente condizione che imponeva la necessaria ricorrenza di un reato perseguibile d'ufficio", visione ampiamente sconsigliata dalla successiva giurisprudenza in tema di *compensatio lucri cum damno*.

di questo scritto anche dalla Corte Costituzionale, è legittimato a modificare le leggi in vigore ed i risultati che la *ratio* normativa si prefigge.

Al contrario la soluzione al reale e concreto problema di riconoscere un'equa indennità al lavoratore infortunato passa dall'applicazione delle medesime tabelle contenenti i parametri per quantificare le menomazioni subite: l'identificazione della stessa funzionalità riparatoria dell'indennizzo INAIL e del risarcimento del danno annulla ogni possibile giustificazione alla diversa quantificazione delle due poste.

Ignorare tale impostazione manifesta una grave anomalia di sistema: se non è configurabile una diversa funzione fra indennizzo e risarcimento, volti entrambi alla copertura del pregiudizio subito dal lavoratore (Cass., Sez. Un., n. 12566/2018), e vi sono contenute voci di danno coincidenti, non appare giustificato che i criteri legali di determinazione dell'indennizzo differiscano da quelli del risarcimento e possano prescindere dal reale danno subito dal danneggiato¹⁵⁹ nelle singole voci sotto copertura assicurativa.

Tabelle di valutazione del danno aggiornate esistono ed è bene che vadano utilizzate in modo uniforme.

Abstract

RESPECT FOR THE INTANGIBILITY OF THE EMPLOYER EXEMPTION RULE

L'esercizio della funzione nomofilattica della giurisprudenza esclude la possibilità di operare abrogazioni e/o significative erosioni normative.

L'esonero del datore di lavoro dall'obbligo del risarcimento del danno differenziale, salvo il caso di condanna penale per il fatto dal quale l'infortunio o la malattia professionale derivino, è contenuto in una norma di legge che soltanto il legislatore può abrogare o modificare.

La medesima funzione riconosciuta a indennizzo e risarcimento impone per coerenza di sistema la medesima quantificazione e liquidazione.

When jurisprudence exercises the nomophylactic function, it's not possible repeal law. The employer's exemption from the obligation to pay compensation for "differential damage", except in the case of criminal conviction, is contained in a rule of law that only the legislature can repeal or amend. The same function recognized to indemnity and compensation requires the same quantification and liquidation for system consistency.

¹⁵⁹ Per un approfondimento in tal senso v. M. FERRARI, *L'attuale modello di compensatio lucris cum damno valido per il superamento del danno differenziale quantitativo*, in *Contratto impr.*, 2021, 1230-1255.