

DALLA TUTELA DEL LAVORATORE ALLA TUTELA DELLA PERSONA. IL PROFILO OGGETTIVO

ROBERTO RIVERSO*

SOMMARIO

1. L'immutata selettività dell'impianto di tutela. - **2.** La funzione preventiva nel T.U. - **3.** L'ambito delle prestazioni. - **4.** Rischio assicurato e malattie professionali. - **5.** Caratteri delle prestazioni Inail. - **6.** E l'adeguatezza. - **7.** Conclusioni.

1. L'immutata selettività dell'impianto di tutela

Dobbiamo guardare da lontano per capire meglio quello che ci è vicino; suggerivano i medioevali. E dunque guardando - come impone questa ricorrenza - alle regole contenute su oggetto e prestazioni nella versione originaria del titolo I del "Testo unico delle disposizioni per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni e le malattie professionali", è ovvio riceverne oggi una visione incompleta, e largamente differente dalla tutela vigente. È il segno che la normativa del T.U. - pur rappresentando un momento importante nel rinnovamento della tutela infortunistica - non ha impedito l'evoluzione legislativa in materia, allo scopo di garantire una tutela sempre più conforme ai principi costituzionali, compatibilmente con le risorse finanziarie disponibili.

La questione da porre oggi però se l'assetto normativo che ne risulta sia funzionale, coerente, equo; o se sia necessario fare di più o di meglio; se del caso, anche cambiando le scelte politiche discrezionali sottese al T.U. Poiché l'evoluzione e l'estensione della protezione (variamente attuata) delineata nel T.U. è andata a saldarsi su un impianto che ha mantenuto il tratto distintivo di fondo dell'ordinamento delle origini, dato in ogni suo momento costitutivo dalla parzialità della tutela (declinata per tipi di attività, di soggetti, di eventi e di pregiudizi).

Non tutte le attività sono assicurate ma solo quelle c.d. pericolose e non tutti i

* Giudice del lavoro del Tribunale di Ravenna.

soggetti sono assicurati ma solo quelli protetti¹. Non tutti gli eventi sono indennizzabili ma solo quelli che hanno un nesso casuale più o meno stringente con il lavoro rischioso; non tutti i pregiudizi sono indennizzati ma solo quelli compresi nella polizza; non tutte le ripercussioni dei danni assicurati sono sempre indennizzati.

Ed è questo tratto selettivo, ed alla fine integrativo, della tutela Inail, che conduce anzitutto ad innescare una perenne tensione dialettica con l'ordinamento civilistico, ispirato invece dal principio, opposto, dell'integralità della tutela: sia perché per l'art. 32 Cost. la salute (diritto fondamentale del cittadino non meno che del lavoratore) non tollera vuoti; tantomeno risarcitori. Sia e soprattutto perché nel rapporto di lavoro è sempre normalmente coinvolti aspetti, come la personalità e la dignità morale del lavoratore, che meritano una distinta considerazione rispetto alla lesione biologica - ed una valutazione proporzionata a fini risarcitori - anche quando le diverse offese siano coinvolte nella medesima vicenda lesiva.

Ed occorre evidenziarlo, occorre, quando è il caso, una valutazione, anche al di fuori della logica tabellare milanese; perché non è detto che la lesione alla dignità sia sempre risarcibile con un aumentino del danno biologico².

Ovvio che in virtù di questo intreccio tra ordinamento assicurativo e civilistico se si vuole capire come se la sia passata la tutela (e mi riferisco a quella economica) del lavoratore assicurato in base al T.U. - nel corso di questo cinquantennio- occorra tenere conto non solo dell'evoluzioni interne al sistema assicurativo; ma anche delle mutevoli condizioni esterne al sistema, e con le quali va ricordato. Significa cioè avere riguardo alle sorti che hanno avuto le diverse voci di danno all'interno dell'ordinamento civilistico.

Abbiamo avuto, com'è noto, momenti in cui il danno biologico non veniva indennizzato, nè risarcito in nessun luogo; momenti in cui veniva confuso con il danno alla capacità lavorativa generica; sciolto in toto o in quota con l'indennizzo erogato da Inail ed aggredito da Inail; momenti in cui è stato sostenuto che il danno biologico indennizzato nel campo Inail fosse equivalente a quello valevole in campo civilistico e che non esistesse differenziale; momenti in cui qualche giudice ha detto di più: ovvero che non esistesse più neppure il danno complementare perché in base alle sentenze SU di san Martino 2008 - che pure si prestavano a qualche strumentalizzazione - il morale era nel biologico e l'esistenziale non esisteva. Tutto era divenuto biologico; e l'indennizzo Inail era tutto.

1 Manca nel nostro ordinamento una completa socializzazione del rischio per infortuni e malattie professionali, come afferma a chiare lettere la sentenza n. 26 del 2000 della Corte Cost. che ha ritenuto legittima *ex art. 3 Cost.* l'esclusione della tutela per alcune categorie di lavoratori agricoli autonomi.

2 Non si possono utilizzare le tabelle milanesi per liquidare il danno non patrimoniale per qualsiasi fatto offensivo della dignità della persona. Quando l'illecito è complesso ed offende vari beni della persona il danno non patrimoniale è diverso, e non si risolve sempre con le tabelle di Milano. E se l'elemento morale prevale su quello biologico, va liquidato di più per il primo rispetto al secondo; e lo stesso vale per l'esistenziale.

D'altra parte, tornando al T.U. è sempre l'elemento della selettività, a porre la questione della perdurante funzionalità e compatibilità (pure varie volte riconosciuta dalla Corte Cost. in ragione della sua specialità ed irriducibilità alle regole del diritto comune) dell'attuale assetto regolativo del sistema assicurativo obbligatorio alla mutata condizione del mondo del lavoro o, al plurale dei lavori - come sempre più spesso viene declinato: per la necessità di estendere le tutele differenziali del T.U. oramai a tutte le persone (ed almeno a tutti i lavoratori) esposte a rischi del lavoro; inteso in senso ampio, ancorchè prestato con modelli atipici, discontinui; ed anche oltre lo stesso lavoro subordinato (o parasubordinato).

Come peraltro dimostra l'ambito soggettivo della tutela assicurativa - concepita fin dalle origini - per figure diverse dai lavoratori subordinati (artigiani, medici radiologi, mezzadri). E via via sempre più estese ad opera dalla stesse legge o dalla Corte Cost.; anche dentro l'ambito familiare o domestico (v. l. 493/1999). Fino a lambire oggi anche il variegato mondo del lavoro volontario con il c.d. Decreto Madia (d.l. 90/2014 conv. in l. 114/2014) che ha introdotto - sia pure in via sperimentale ed ancora una volta in modo selettivo (e perciò da valutarsi sotto il profilo della giustificabilità) - l'obbligo assicurativo per i soggetti impegnati in attività di volontariato o di utilità sociale, in ambito locale; ma solo in quanto beneficiari di ammortizzatori sociali.

Ed anche oltre; fino al recente intervento della legge di stabilità per il 2015 che amplia l'intervento del fondo per le vittime dell'amianto istituito presso Inail con la finanziaria per il 2008, riconoscendo le stesse prestazioni economiche, in via sperimentale e transitoria, nei riguardi dei semplici cittadini malati di mesotelioma che abbiano contratto la patologia, per esposizione con un familiare impiegato nella lavorazione dell'amianto, ma anche per comprovata esposizione ambientale (e quindi anche senza alcun rapporto con il mondo del lavoro ed alcuna genesi professionale).

2. La funzione preventiva nel T.U.

Verso una riconsiderazione della frammentarietà della tutela assicurativa, spinge poi la rivalutazione delle funzioni - che a partire dal T.U. sono state assegnate all'Inail - in tema di prevenzione, informazione, cura, riabilitazione (e variamente implementate e regolate nel corso di questi anni)³. Un settore da rafforzare in generale, e meglio raccordare - anche a livello interpretativo e sistematico; insieme a quello dei controlli: chiave di volta della vera tutela della salute che la

3 In materia di tutela sanitaria v. A. MICCIO, G. CORTESE, A. GOGGIAMANI, *L'appropriatezza della tutela sanitaria dell'infortunato sul lavoro e tecnopatico*, in *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali* n. 2/2014, 449 e ss.

Costituzione affida allo Stato di perseguire⁴ soprattutto *ex ante*, secondo il modello della tutela primaria; e non della monetizzazione. E se nei luoghi di lavoro questo significa misure concrete e prassi virtuose per eliminare del tutto il rischio (o ridurlo ad una soglia estremamente bassa ed inoffensiva); altrove - in molti altri luoghi, anche nei tribunali - occorre ridurre lo scarto enorme che ancora esiste tra la proclamazione delle regole dettate a protezione della salute e la loro effettiva applicazione.

Va ricordato che l'art. 202 del T.U. prevede speciali corsi di perfezionamento (mai attivati che si sappia) a spese dell'Inail per i magistrati nella materia degli infortuni sul lavoro e malattie professionali. Mentre per altro verso per i lavoratori esposti all'amianto il T.U. prescriveva addirittura una radiografia al torace completa (artt. 155, 157, 160) prima e dopo l'adibizione al lavoro e speciali visite mediche; e stabiliva pure l'autonomo superamento dell'esonero del datore dalla responsabilità civile nell'ipotesi di mancata osservanza delle regole di igiene di cui al d.p.r. 303/1956; e ciò a prescindere qui da qualsiasi responsabilità penale e dalle regole degli artt. 10 e 11 del d.p.r. Regole largamente disattese; insieme a tante altre. Ed è questa una considerazione che induce a fare i conti con la quotidiana realtà, come sempre è necessario nel mondo del lavoro. Solo così si può proteggere la salute, attraverso una tutela circolare che assicuri effettività ai diritti (anche e soprattutto alla conservazione del posto di lavoro) e riscatti la condizione di sottoprotezione tipica del lavoratore subordinato.

E va qui detto che solleva inquietanti preoccupazioni non solo la crescente e dilagante precarizzazione (con l'abolizione *de facto* dell'art. 18) dei diritti del lavoro; ma anche la progettata riforma che generalizza l'assunzione a chiamata dei lavoratori invalidi - anche per motivi di lavoro - alla fine mette in discussione lo stesso concetto di collocamento mirato; impegnato cioè in un percorso di recupero e riqualificazione che deve investire in primo luogo sul soggetto interessato.

Non può mai dimenticarsi che solo quando viene meno l'obiettivo prioritario di tutelare "realmente" la salute, riparare ogni pregiudizio prodotto al lavoratore - al verificarsi dell'infortunio o della malattia professionale - deve diventare un imperativo categorico minimale, che l'ordinamento deve ripromettersi di conseguire (nei confronti di chiunque).

Un obiettivo che si rivela tecnicamente complesso; perché appunto, come già detto, è qui che la riparazione civilistica si intreccia con la protezione sociale garantita dalle prestazioni economiche di cui al T.U. (il cui fondamento ruota comunque - attraverso il rapporto dei premi col rischio - sulla prevalente funzione di prevenzione generale).

4 In materia di organizzazione dei controlli e sull'esigenza di superare "il fallimento di una vigilanza assegnata alle ASL", v. F.P.ROSSI e P.E.ROSSI, *L'esigenza di superare la scoordinata competenza territoriale dei controlli sulla prevenzione degli infortuni*, in *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali* n. 1/2009, 129 e ss.

3. L'ambito delle prestazioni

È per questo che l'ambito delle prestazioni assicurative è stato ampliato nel corso degli anni; soprattutto grazie all'apporto della giurisprudenza costituzionale che - sotto la spinta di una incalzante giurisprudenza del lavoro - non a caso ha fatto del T.U. una sorta di laboratorio, sul quale sperimentare tutte le potenzialità del controllo di costituzionalità relativo a logicità e giustizia di scelte protettive effettuate dal legislatore in modo discrezionale e selettivo nella materia di lavoro.

Molti limiti previsti dal T.U. sono caduti; non solo quanto ai soggetti protetti (associati partecipazione, familiari, commessi viaggiatori, ballerini, religiosi; artigiani all'estero; ecc.)⁵; o ai datori obbligati (ad es. datori aventi dipendenti in attività protetti esercitate da altri; responsabilità del datore per fatto reato commesso da qualsiasi dipendente e non solo incaricati di direzione e sorveglianza); ma anche, con riferimento ad oggetto e prestazioni assicurative, regolati, rispettivamente, nel Capo II e V del T.U.

Com'è noto, i presupposti dell'indennizzo, gli ambiti del danno differenziale e complementare; le condizioni di erogazioni del differenziale, i limiti dell'esonero datoriale ("se non si fa luogo a prestazione previdenziale non c'è assicurazione; mancando l'assicurazione cade l'esonero"; nelle note sentenze nn. 356 e 485 del 1991); l'ampliamento della risarcibilità del danno differenziale attraverso l'autonomia del giudizio civile rispetto a quello penale⁶; i limiti di opponibilità del giudicato penale nei confronti dei diversi soggetti del rapporto previdenziale (datori, lavoratori, Inail); sono solo alcuni tra i tanti istituti del T.U. rivisitati anche più volte dalla Corte Cost., le cui pronunce hanno ampliato in concreto le condizioni di operatività della tutela; anche in rapporto ai vari giudizi civili, penali, previdenziali.

Alcune incisive pronunce della Corte Cost. hanno comportato poi il diretto ampliamento della tutela assicurativa (Corte Cost. 179/1988). Come quella in tema di malattie non tabellate (dopo inutili richiami al legislatore) che ha consentito tra l'altro di indennizzare le migliaia di morti per mesotelioma o tumore da amianto prima della loro tabellazione; o quella che ha consentito di allargare la tutela anche ad infortuni non protetti (Corte Cost. 226/1987 per l'evento dannoso derivante da infezione malarica, regolato da leggi speciali).

5 Su cui peraltro la Corte Cost. ... ha riconosciuto la legittimità costituzionale dell'esclusioni di tutela a proposito di alcuni lavoratori agricoli autonomi.

6 Su cui recenti posizioni dottrinali parlano di falso storico dimenticando che già l'art. 10, quinto comma prevedeva che l'accertamento venisse traslato nel civile in caso di proscioglimento per more o per amnistia ed in cui "il giudice civile in seguito a domanda degli interessati decide se, per il fatto che avrebbe costituito reato, sussista la responsabilità civile a norma del dei commi secondo terzo e quarto" Ed in cui è evidente che la esistenza del reato nei suoi elementi oggettivi e soggettivi costituisce un elemento costitutivo del domanda" e che la Corte non ha fatto nient'altro che allargare le previsioni di legge dei casi di accertamento incidentale del reato in mancanza di condanna penale; oggi sempre possibile anche per l'autonomia che distingue i rapporti tra i giudizi penale e civile.

Memorabili restano però le reiterate sentenze (Corte Cos. nn. 87, 356 e 485 del 1991); con cui la Corte Cost. (ante d.lgs. 38 del 2000)⁷, ha dovuto mettere più volte in mora il legislatore per ricordargli come la Costituzione reclamasse una correzione della tutela di cui al T.U., per garantire una copertura previdenziale anche in materia di danno biologico⁸.

Sul tema la Corte Cost. (sentenze 356 e 485 del 1991) è dovuta poi intervenire anche per correggere (con sentenze di illegittimità costituzionale) quegli indirizzi giurisprudenziali che finivano per danneggiare il lavoratore ed avvantaggiare l'Inail - in sede di rivalsa o surrogazione - riconoscendo all'Istituto il risarcimento del danno biologico che spettava al lavoratore (e ciò prima ancora della sua introduzione nella area della indennizzabilità; con il solo limite dell'ammontare del danno civilistico). Un indirizzo duro a morire se è vero che anche dopo le sentenze della Corte Cost., ed anzi prendendo spunto dalle stesse, l'orientamento si è riciclato in parte sostenendosi per un certo periodo che comunque una quota di danno biologico fosse da ricomprendere nel concetto di attitudine al lavoro. E c'è chi lo sostiene ancora oggi⁹.

Altre importanti evoluzioni in materia di oggetto e prestazioni sono state promosse per opera della giurisprudenza (di merito e di legittimità) la quale si è a lungo esercitata sul concetto di rischio.

a. Operandone una logica estensione attraverso la nozione centrale di rischio ambientale (Sez. unite 3476/1994), che vale oggi a delimitare tanto oggettivamente le attività protette dall'assicurazione (lo spazio entro il quale esse si esercitano, a prescindere dalla diretta adibizione ad una macchina); quanto ad individuare i soggetti che sono tutelati nell'ambito dell'attività lavorativa (tutti i soggetti che frequentano lo stesso luogo a prescindere dalla "manualità" della mansione ed a prescindere dal fatto che siano addetti alla stessa macchina); in conformità al principio costantemente affermato dalla giurisprudenza costituzionale secondo cui a

7 L'intervento riformatore mira infatti a recepire il monito del Giudice delle leggi che più volte aveva rilevato (sentenze Corte Cost. nn. 87, 356 e 485 del 1991) la non conformità del sistema di tutela assicurativa ai dettami costituzionali invitando il legislatore «ad un intervento diretto ad una riforma del sistema assicurativo idonea ad approntare una piena ed integrale garanzia assicurativa rispetto al danno biologico derivante da infortunio sul lavoro o da malattia professionale» (così testualmente Corte Cost. 356/1991).

8 Com'è noto, alcune innovazioni introdotte o sollecitate dai giudici sono state poi recepite e regolate nel d.lgs. n. 38/2000 il più importante provvedimento emanato in materia successivamente al T.U. del 1965. Il legislatore accogliendo l'invito della Corte Cost. ha varato una riforma del sistema di tutela che avrebbe dovuto realizzare un'ampliamento della tutela elevando la soglia del bisogno assicurato ai sensi; ma che ha consentito anche all'Inail di recuperare il costo dell'indennizzo per il danno biologico con le normali azioni di regresso o di surroga; superando così quell'equivoco che pure è andato avanti per qualche anno in base al quale l'Inail pretendeva di aggredire nell'azione di regresso anche le somme spettanti a titolo di danno biologico da esso non assicurato; sostenendosi che quantomeno per una quota esso fosse incluso nel concetto di attitudine al lavoro (da alcuni tuttora considerato come antesignano del danno biologico), nonostante la ferma opposizione della giurisprudenza di legittimità che ha sempre mirato a vietare qualsiasi confusione.

9 Ad es. P. RICCI, *La tutela del danno biologico da parte dell'Inail: la relazione tra l'indennizzo e il risarcimento rispetto all'azione di rivalsa e al danno differenziale*, in *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali* n. 1/2009, 55 e ss.

parità di rischio occorre riconoscere parità di tutela (con riferimento al rischio ambientale, v. Corte Cost. 4 luglio 1974, n. 206, 9 luglio 1977, n. 114).

Anche in materia di infortunio *in itinere* - prima che l'art. 12 del d.lgs. 38/2000 provvedesse alla relativa disciplina per via normativa, aggiungendo un comma, in fine, all'articolo 2 e all'articolo 210 del testo unico - la giurisprudenza ha giocato, creativamente, su elementi normativi presenti nel T.U. ampliando il concetto di occasione di lavoro (secondo l'ampio criterio di collegamento richiesto dall'art. 2 d.p.r. 1124/65 ai fini dell'indennizzabilità), oltre quello di causa diretta dell'evento, alla stregua di una condizione di necessaria riferibilità (al rapporto di lavoro) della presenza del lavoratore lungo un percorso, nel momento in cui si è verificato l'infortunio.

Sembrava però fosse richiesto un fattore di "aggravamento" relativo al del rischio della strada¹⁰. La giurisprudenza prima e la nuova normativa dopo hanno mi pare esteso la tutela a qualsiasi infortunio realizzatosi nel percorso da casa a luogo di lavoro, escludendo qualsiasi rilevanza all'entità del rischio o alla tipologia della specifica attività lavorativa cui l'infortunato sia addetto. Di recente poi la Corte di Cassazione (sentenza 10 luglio 2012, n. 11545) ha ammesso alla tutela Inail anche in caso di lesioni derivanti da dolo di terzi; come ad es. nel caso di lesioni provocate a seguito di uno "scippo" subito lungo il percorso che porta al lavoro. Col che mi pare si possa dire che la copertura sia stata estesa oltre ogni sorta di rischio non solo specifico ma anche improprio; sulla scorta di una condizione di mera riferibilità al lavoro della presenza del lavoratore lungo un certo percorso¹¹.

Ciò allora pone in evidenza il problema della carenza di tutela per alcune categorie di lavoratori non assicurati; dato che la nuova disciplina non appare più rispondente alla logica selettiva del criterio del rischio professionale, su cui era fondata l'assicurazione sociale.

4. Rischio assicurato e malattie professionali

Molto si è discusso pure del concetto di rischio assicurato anche rispetto alla differente figura delle malattie professionali¹²; soprattutto per la posizione assunta

¹⁰ Poichè - almeno per un certo periodo - per la giurisprudenza non era sufficiente che l'infortunio si fosse verificato durante o sul luogo di lavoro (ad es. a seguito di un capogiro); e si diceva che dovesse esistere un rapporto di occasionalità necessaria tra lavoro e infortunio; si diceva che sarebbe necessario che lo svolgimento dell'attività lavorativa deve aver creato un rischio specifico diverso da quello generico cui il lavoratore sarebbe esposto al pari di qualsiasi altro individuo o, almeno, un rischio generico aggravato (Cass. 3 agosto 2004, n. 14875).

¹¹ Nelle applicazioni pratiche la giurisprudenza ha sempre utilizzato un concetto ampio di occasione di lavoro; riconoscendo anche il rischio insito in una attività prodromica o strumentale; ad es. l'infortunio nel corso di attività sindacale (Cass. 24 settembre 1999, n. 10542).

¹² Su cui anche la sentenza della Consulta n. 46/2010 per il caso della c.d. nuova malattia, prodottasi dopo la stabilizzazione dei postumi, ha messo in luce la profonda differenza esistente rispetto agli infortuni nei meccanismi di aggravamento, valutazione e revisione.

dai giudici amministrativi che hanno negato la copertura assicurativa del mobbing annullando le contrarie determinazioni dell'Inail¹³, sostenendo che in tale fattispecie l'evento patologico non si sarebbe prodotto "a causa e nell'esercizio delle lavorazioni" come vorrebbe il T.U. per le malattie, ma solo per l'organizzazione del lavoro.

In effetti l'art. 1 del cit. d.p.r. n. 1124/1965 condiziona l'intervento dell'assicurazione obbligatoria per le malattie professionali, anche non tabellate, alla sussistenza di un "rischio specifico" (e non già comune), cui è esposto il lavoratore addetto a determinate lavorazioni c.d. protette.

I giudici amministrativi hanno però mostrato di accogliere una nozione ristretta di rischio specifico del lavoro, separando gli aspetti fisici del rischio dagli aspetti psichici del lavoro; dimenticando che il rischio del lavoro investe una persona in tutte le sue dimensioni, nello stesso modo per la sua salute sia per la sfera fisica che psichica, come peraltro prevede oggi puntualmente l'art. 28, primo comma, del T.U. 81/2008.

Valorizzando gli argomenti sistematici del rischio ambientale, del sistema misto di tutela, del nesso tra esercizio del lavoro e malattia psichica, dell'incongruente distinzione tra conseguenze fisiche e psichiche della stessa organizzazione del lavoro, i giudici ordinari (ad es. romani) hanno ragionato diversamente da quelli amministrativi ed accolto le domande di indennizzo svolte nei confronti dell'Inail da lavoratori vessati sul lavoro ed affetti da malattia psicosomatiche (operando i comuni calcoli differenziali a seconda delle poste di danno e condannando il datore al solo danno differenziale come se fosse assicurato, e ciò anche *ex officio*)¹⁴.

L'indirizzo difforme da quello preso dai giudici amministrativi sulla tutela assicurativa del mobbing, ha ricevuto un'avvallo importante dalla sentenza della

13 In base alle sentenze del Tar e dal Consiglio di Stato, VI sez. 1576/2009, non è legittima la circolare che aveva introdotto una tutela assicurativa in ambito Inail del mobbing; anche dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 178/1988 sono tutelabili dall'Inail soltanto le patologie (ancorché non tabellate) causate dal rischio specifico di una delle lavorazioni indicate nell'art. 1 del d.p.r. 1124/1965. Per i giudici amministrativi con i predetti atti l'Inail avrebbe operato un'estensione *contra legem* della indennizzabilità delle malattie professionali, in quanto nel nostro ordinamento, l'art. 1 del cit. d.p.r. n. 1124/1965 condiziona l'intervento dell'assicurazione obbligatoria per le malattie professionali, anche non tabellate, alla sussistenza di un "rischio specifico" (e non già comune), cui è esposto il lavoratore addetto a determinate lavorazioni c.d. protette.

14 Una soluzione simile ha adottato il tribunale di Roma (con sentenza del 15 ottobre 2009, giud. Orrù), il quale ha disatteso la soluzione del Consiglio di Stato; ed ha sostenuto che non sia preclusiva del riconoscimento della malattia psichica come malattia professionale indennizzabile dall'Inail sulla base dell'insegnamento della Corte Cost. in materia di malattie non tabellate e sulla base di una nozione ampia di causa lavorativa. La stessa soluzione è stata seguita inoltre dalla Corte d'Appello di Roma 12 dicembre 2012 con la quale i giudici romani dopo aver affermato che "la nozione di causa lavorativa ricomprende non solo la nocività delle lavorazioni in cui si sviluppa il ciclo produttivo aziendale, ma anche quelle riconducibili all'organizzazione aziendale dell'attività lavorativa"; hanno conseguentemente liquidato ad un lavoratore mobbizzato (soltanto) il danno biologico differenziale e le altre voci autonome di danno.

Corte di Cassazione (10 febbraio 2011, n. 322715)¹⁵ che ha ricondotto l'esposizione al fumo passivo subita dal lavoratore nei luoghi di lavoro nell'ambito del rischio della lavorazione assicurato presso l'Inail ai sensi del d.p.r. 1124/1965; e pertanto indennizzabile dall'Istituto attraverso le prestazioni di legge; ribadendo così che la tutela obbligatoria contro le malattie professionali (art. 1 e 3 del d.p.r.) si estende al c.d. rischio specifico improprio (ossia non strettamente insito nell'atto materiale della prestazione ma strettamente collegato con la prestazione stessa) ed al rischio ambientale¹⁶.

La Corte di Cassazione ha mostrato invece di seguire una strada opposta nell'interpretazione della normativa, che richiederebbe a questo punto un intervento chiarificatore delle Sezioni Unite, anche per la delicatezza delle conseguenze che ne derivano sul piano risarcitorio (posto che quanto più si allarga l'area dell'indennizzo assicurativo, tanto più si restringe quella del risarcimento dovuto al lavoratore in conseguenza dell'esonero da responsabilità civile del datore di lavoro per le prestazioni assicurate Inail e della sottrazione della relativa posta nella determinazione del danno differenziale). Almeno per coloro, la Cassazione in testa, che sostengono ancora che l'esonero del datore abbia ancora un senso

5. Caratteri delle prestazioni Inail

È opportuno evidenziare ora alcuni caratteri oggettivi delle prestazioni Inail che contribuiscono a delineare il loro volto di erogazioni previdenziali, destinate a fini sociali (v. Cass. 5 maggio 2011, n. 9956), irriducibili ad altre forme di protezione civilistiche, sotto più versanti: ovvero indisponibilità, automaticità, oggettività, frammentarietà, adeguatezza.

Anzitutto la loro totale indisponibilità ed irrinunciabilità (Cass. n. 27679/2011), al punto che secondo il T.U. il diritto alla prestazione è incedibile, impignorabile, insequestrabile (art. 110; in assoluto a seguito della sentenza n. 55/73 Corte Costituzionale).

L'art. 114 sancisce la nullità di qualsiasi patto inteso ad eludere il pagamento delle indennità, salvo l'ammissibilità delle transazioni (in deroga dell'art. 2113 c.c.) omologate dal giudice.

Il diritto alla prestazioni sorge automaticamente in virtù dell'automaticità del rapporto assicurativo, che, come previsto dall'art. 67 T.U. non è condizionato all'adempimento degli obblighi stabiliti in capo al datore di lavoro nel medesimo

¹⁵ Sulla quale, v. il commento di A. DE MATTEIS, *Rischio ambientale e fumo passivo*, in *Rivista degli infortuni e della malattie professionali*, 2011, p. 20.

¹⁶ Si tratta di una pronuncia di rilievo che si pone in aperto contrasto con la diversa opzione seguita dai giudici amministrativi secondo i quali anche dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 178/1988 sono tutelabili dall'Inail soltanto le patologie (ancorché non tabellate) causate dal rischio specifico di una delle lavorazioni indicate nell'art. 1 del d.p.r. 1124/1965.

testo unico. Al principio dell'automaticità delle prestazioni fanno eccezione: alcune tipologie di lavoratori autonomi (quali ad esempio gli artigiani e coltivatori diretti) che, in caso di infortunio o malattia professionale non sono in regola con il versamento del premio assicurativo, non riceveranno le prestazioni (economiche) fino all'assolvimento dell'obbligo contributivo. Le/i casalinghe/i che subiscono un infortunio in ambito domestico ma, al momento dell'evento lesivo non sono iscritte/i all'assicurazione, non hanno diritto alle prestazioni.

Il diritto alla prestazione sorge *ex lege* nei confronti dell'Inail (e non nei confronti del datore esonerato); ed è soltanto nei riguardi dell'Inail che può essere fatto valere il relativo credito anche in sede giudiziaria. Al datore può essere richiesta solo la differenza rispetto all'importo della prestazione Inail, salvo l'intero credito per le voci di danno complementari a quelle Inail.

Chi sostiene il superamento dell'esonero (affermando che non esiste) dovrebbe almeno precisare che intende riferirsi alle regole probatorie previste ai fini del danno differenziale. Perché per il resto, quanto al meccanismo operativo, è indubbio che il datore è esonerato di quanto debba corrispondere Inail.

Merita di essere evidenziato, che si tratti di una tutela che non richiede requisiti di anzianità assicurativa nel senso che è erogabile alle stesse condizioni, fin dal primo momento in cui sussistono i presupposti di fatto richiesti dalla norma. Il lavoratore è protetto fin dal primo minuto in cui lavora (in modo regolare o irregolare non importa); ed in cui non conta l'entità dei premi versati.

“L'indennizzo” Inail è corrisposto in via oggettiva, solo che il danno esista sia conseguenza di infortunio o a malattia professionale (nei termini ampi tutelati dalla T.U.); senza che sul suo riconoscimento incidano né la colpa del datore di lavoro, né la colpa del lavoratore. In particolare si tratta di prestazioni in cui la colpa del lavoratore - a differenza del risarcimento del danno - non incide né sull'an, né sulla misura; (con il solo limite del rischio elettivo) che esclude qualsiasi tutela Inail.

In particolare: la frammentarietà della tutela

Merita di essere ribadita - con riferimento al bene tutelato - la particolare frammentarietà della tutela Inail la quale si avverte a partire dal pregiudizio indennizzato nelle singole prestazioni (a guardare bene, sempre diverso in ciascuna delle prestazioni). E così se ai fini dell'indennità temporanea rileva la capacità di guadagno (in relazione alla retribuzione concretamente eccitata) e non certamente la lesione temporanea della salute. Ai fini dell'inabilità permanente conta solo l'astratta attitudine al lavoro e non la c.d. invalidità specifica (ciò che è cagione di molte ed a mio giudizio non approfondite complicazioni in materia di calcolo e raffronto delle poste, quanto si procede al computo del danno).

Ai fini del danno biologico conta invece solo la gravità della lesione, il sesso, l'età, e pur tenendo conto l'indennizzo Inail di aspetti dinamici medi, non conta la c.d. personalizzazione (né tanto meno il morale o l'esistenziale).

Per la rendita ai superstiti poi rileva soltanto il pregiudizio patrimoniale subito

dagli eredi in ragione del loro rapporto di dipendenza economica con il defunto; e non entra nel computo alcun danno parentale o tanto meno la perdita del diritto alla vita, né in prospettiva *iure proprio* né in quella *iure hereditatis* (Cass. 27 maggio 2009, n. 12326). Aspetti quest'ultimi su cui, si spera, ne sapremo tutti di più all'indomani della molta attesa sentenza delle SU sul danno tanatologico (che è in gestazione oramai da oltre un anno).

Ovviamente sapere cosa rimanga fuori dall'assicurazione e cosa sia contenuto dentro, è fondamentale ai fini di quel *quantum* (differenziale e complementare) che soltanto al datore può essere eventualmente richiesto in caso di responsabilità civile, integralmente e con le regole generali per quello che è definito danno complementare; col rispetto della prova della responsabilità penale in caso di danno differenziale per chi ammetta ancora che la regola dell'esonero esista e abbia rilevanza anche ai fini del regime della responsabilità¹⁷. Ricordo che l'autorevole opinione contraria sostenuto anche da Giubboni, De Matteis, Ludovico, è stata di recente disattesa dalla Corte di Cassazione sia con la sentenza 777/2015 secondo cui il danno differenziale postula l'esclusione dell'esonero per presenza di responsabilità di rilievo penale; sia con la sentenza n. 2138/2015 che lo ha ribadito ai fini del regresso Inail. Espressamente poi la stessa Corte di Cassazione (già con la sentenza 15715/2012) pronunciandosi ai fini dell'azione di regresso ha specificamente affermato che l'Inail debba farsi carico dell'onere della prova della colpa; smentendo la precedente sentenza 10529/2008 laddove si sosteneva che l'onere dell'Inail che agisse in regresso fosse regolato dalla presunzione *ex artt.* 1218 e 2087 e scrivendo ora che "tale affermazione non appare coerente con i principi che regolano la materia".

Sapere quale pregiudizi mirano a indennizzare le prestazioni Inail rileva poi anche ai fini del problema della comparazione degli importi. Complessivamente o per poste? Io penso che non si dovrebbe confondere il danno patrimoniale con quello non patrimoniale. E quando il lavoratore percepisce per le diverse poste (patrimoniale e biologico) quanto gli è dovuto - con le regole proprie di ciascuno di essi - in base al sistema civilistico ed assicurativo, non si può dire che abbia locupletato alcunché. In altri termini, tanto la lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. (che consente il completo ristoro del danno, necessariamente personalizzato conseguente alla lesione del bene salute) quanto la ricostruita netta bipolarità del sistema del danno alla persona (che impone la *reductio ad unum* del danno non patrimoniale, ma impedisce ogni fungibilità tra danno patrimoniale e danno non patrimoniale) escludono che il diritto del lavoratore all'integrale risarcimento del danno non patrimoniale (differenziale) possa essere in

¹⁷ Non possono perciò confondersi i presupposti per l'erogazione di un indennizzo Inail (basta un infortunio in "occasione di lavoro", anche con colpa esclusiva del lavoratore; oppure basta una malattia, addirittura con nesso causale presunto se tabellata), con i presupposti per la responsabilità penale e civile, che devono essere accertati in concreto in giudizio ai fini, rispettivamente, del risarcimento del danno differenziale e complementare.

qualche modo compresso dalle ragioni creditorie dell'ente assicuratore relative al costo sopportato per le conseguenze patrimoniali del sinistro. Qui però mi pare che la giurisprudenza sia per lo più contraria a questa tesi. Da ultimo la Cassazione (20548/2014; 13537/2014) pur pronunciandosi ad altro fine (si trattava dei danni da incidente stradale nel cui calcolo rilevava lo scomputo dell'assegno di invalidità erogato dall'Inps dopo l'incidente) sembra aver superato la tesi secondo cui quanto erogato sotto un titolo previdenziale assicurativo (l'assegno appunto ma potrebbe essere anche la pensione di reversibilità ai congiunti in caso di decesso) non costituisca oggetto di compensazione giacchè tali erogazioni si fondano su titolo diverso. Ma ha superato pure la diversa tesi contraria secondo cui si tratta di erogazioni che invece rientrano nel computo dei danni per il principio della *compensatio lucri cum damno*. Per approdare ad un tesi ancora più radicale, secondo cui tutto quanto erogato al danneggiato da compagnie private di assicurazione ovvero erogato per legge da un istituto previdenziale rileva non già sotto il profilo della *compensatio lucri cum damno* bensì in ordine alla delimitazione del danno patrimoniale da lucro cessante risarcibile incidendo sulla relativa entità effettiva. Si tratta di una tesi che potrebbe portare però ad effetti paradossali laddove non si distinguano i titoli dell'erogazione. Ad es. se il danneggiato ha una propria assicurazione sui danni o sulla vita l'investitore potrebbe comunque affermare in base a questa pronuncia che comunque il danno non c'è e non va risarcito. Nel caso del lavoratore io non penso che si possa tener conto di questo principio; qui in realtà abbiamo una norma speciale che afferma che in caso di illiceità penale il risarcimento dal lavoratore è dovuto per la parte che eccede le indennità erogate dall'Inail. Il che dimostra che l'indennità Inail entrano nel sistema del calcolo del danno; e non valgono ad escluderlo a monte.

6. E l'adeguatezza

Anche sul piano del *quantum* la tutela è frammentaria; e mette in luce il carattere indennitario della prestazione Inail, come tale differente dal risarcimento civilistico; anche per differente legittimazione costituzionale (artt. 38 e 32 Cost). Per precetto costituzionale, però, il livello della prestazione Inail - come tutte le prestazioni previdenziali - deve essere caratterizzato da adeguatezza rispetto alle esigenze di vita; un livello che va differenziato sia dal bisogno minimo vitale cui tende la prestazione assistenziale, ma anche dal criterio di integrità cui deve corrispondere il risarcimento del danno (quale misura riparatoria minima al verificarsi del torto). Si tratta di un livello che può essere garantito, se si assicura un qualche grado di individualizzazione del rischio - sia pure in modo indiretto e con l'utilizzo di criteri generali. Ma anche se si prevedono meccanismi di adeguamento nel tempo, attraverso periodici aggiornamenti, come ricordato più volte dalla Corte Cost.; da ultimo con la sentenza n. 70/2015 in materia di bloc-

co integrale della perequazione automatica delle pensioni di importo superiore a tre volte il trattamento minimo Inps nel biennio 2012 - 2013.

Il riferimento alla retribuzione percepita (sia pure in termini percentuali) è un criterio coerente col precetto costituzionale di adeguatezza quando il bene da indennizzare sia la capacità di lavoro (come nella rendita per l'inabilità permanente) o la capacità di guadagno (che si ha di mira per l'indennità giornaliera stabilita ai fini dell'inabilità temporanea).

L'art. 116 del T.U. (art. 234 per la agricoltura) prevede un criterio di adeguamento periodico della rendita che non interviene direttamente sulla misura delle prestazioni bensì rivaluta le retribuzioni che servono da riferimento per il calcolo delle prestazioni stesse.

L'art. 11 del d.lgs. 38/2000 prevede la rivalutazione su base annua della retribuzione di riferimento sulla base della variazione dei prezzi al consumo accertate dall'Istat (art. 11 d.lgs. n. 38) con ciò consentendo oggi la rivalutazione della quota di rendita dirette a ristorare sopra il 15% le conseguenze patrimoniali della menomazione.

Nel caso dell'indennizzo per lesione permanente dell'integrità psicofisica - determinato in misura indipendente della capacità di produzione del reddito - l'adeguatezza dovrebbe essere assicurata anzitutto dalle tabelle degli indennizzi che tengono conto della gravità, della lesione, del sesso e dell'età dell'assicurato (al momento della guarigione clinica)¹⁸. Inoltre secondo l'art. 13, terzo comma l'adeguamento periodico sarebbe dovuto intervenire attraverso adeguamenti delle tabelle effettuati con d.m. del Ministro del Lavoro su proposta dell'Istituto. Il meccanismo è però sostanzialmente fallito in quanto si ritiene che la norma sia contrassegnata da lacuna in merito ai criteri di determinazione degli aggiornamenti. Non abbiamo perciò avuto a più di 15 anni dalla entrata in vigore alcun aggiornamento periodico. Dopo il 2000 sono stati effettuati due aumenti percentuali, nel 2008 e nel 2014, ma in modo straordinario e parziale, attraverso interventi di stampo assistenzialistico che hanno inciso sul diritto del lavoratore alla nascita di una vera e propria obbligazione¹⁹.

Ai fini dell'adeguatezza della prestazione conta anche il contesto familiare di riferimento.

¹⁸ Nel *quantum* la liquidazione degli indennizzi operata dall'Inail non si effettua secondo i criteri ordinari, ma in base ai parametri, alle tabelle e alle regole proprie stabilite dal sistema assicurativo (che assicurano solo un indennizzo e non l'integrale risarcimento). La "tabella indennizzo danno biologico" Inail ex d.lgs. n. 38/2000 è stata elaborata in base ai criteri del "punto variabile" adottati nelle tabelle dei Tribunali e risponde ai seguenti tre principi: è aridituale, prescinde dalla retribuzione del danneggiato; l'indennizzo è crescente in funzione della gravità della menomazione, in misura più che proporzionale; l'indennizzo è variabile in funzione dell'età, (decrese al crescere dell'età) e del sesso (tiene conto della maggiore longevità femminile).

¹⁹ Cfr. L. SORRENTINO, *I miglioramenti della tutela assicurativa nell'ambito della legge di stabilità 2014*, in *Rivista degli infortuni e della malattie professionali*, 2014, p. 53.

Ed il T.U. gli attribuisce rilievo, non solo perché i familiari diventano *iure proprio* beneficiari della tutela nell'ipotesi di morte del lavoratore assicurato. ma anche perché l'importo della prestazione erogata tiene conto della presenza di taluni familiari, assunta a presupposto di aumenti per alcune prestazioni (quali le rendite per inabilità permanente e gli assegni in caso di morte) attraverso quote integrative della rendita (previste nell'art. 77).

Va peraltro rimarcato come, anche in questa materia, per quanto riguarda il coniuge, la famiglia protetta è solo quella legittima fondata sul matrimonio, mentre nessuna considerazione riceve quella di fatto o *more uxorio* (secondo una regolamentazione discriminatoria ma riconosciuta ripetutamente legittima dalla Corte Cost.; ad es. in punto la sentenza 86/2009).

Mentre per la rilevanza della composizione della famiglia e la considerazione che meritano i figli nati fuori dal matrimonio, vedi la sentenza Corte Cost. 86/2009. Oltre al periodico aggiornamento, nel sistema assicurativo sociale le condizioni di salute del danneggiato sono sempre oggetto di valutazione nel tempo e possono comportare adeguamenti ed integrazioni della prestazione corrisposta (in aumento o anche in diminuzione; ad.es. è previsto in caso di peggioramento che dal capitale si passi a rendita).

Conta inoltre anche l'istituto dell'adeguamento dell'indennizzo finalizzato ad adeguare nel tempo la misura dell'indennizzo in rendita alla evoluzione o regressione del danno subito a seguito dell'infortunio o della malattia professionale.

Si tratta di un'altra peculiarità del sistema assicurativa ed una delle più evidenti differenze con il risarcimento civilistico del danno, la cui liquidazione in capitale chiude per sempre il rapporto con il danneggiante.

7. Conclusioni

Le prestazioni economiche erogate in base al T.U. integrano un apparato composito ed articolato; la cui razionalità va misurata sul sistema complessivo della tutela garantita dall'ordinamento; considerando anche la l'assicurazione generale Inps (e le regole sul cumulo o meno tra le diverse prestazioni previdenziali). Alcune incongruità permangono però anche in relazione al piano oggettivo.

L'assetto della tutela delineata nel T.U., pur riformata, pone un problema di adeguatezza ai sensi dell'art. 38 Cost. dal momento che lascia scoperti da indennizzo molti lavoratori che presentano danni di lieve entità.

La franchigia prevista per i danni biologici valutati di grado inferiore al 6% riguarda infatti un numero elevato di eventi e di menomazioni (pari circa al 23% delle malattie professionali, secondo i dati Inca Cgil di Milano).

Non vi è poi riconoscimento di danno patrimoniale per l'invalidità inferiore al 16%, che possono pure comportare per il lavoratore l'impossibilità di continuare la propria mansione; come accade per es. per i lavoratori edili affetti da ernia

discale o discopatie lombari da movimentazione manuale di carichi e posture ingombre o soggetti come ad esempio parrucchieri o infermieri che hanno contratto una dermatite o un'asma allergica e sono costretti a cambiare attività.

Andrebbe quindi valutata una proposta di riforma orientata all'abolizione della c.d. franchigia e alla revisione della tabella delle menomazioni, oltre che alla necessità di garantire adeguati strumenti di tutela quali la riqualificazione e la ricollocazione del personale ed un collocamento mirato per i lavoratori che hanno subito danni di lieve entità, con un'adeguata rendita di passaggio che li accompagni fino alla nuova mansione idonea (Petrella).

Un problema di giustificatezza della tutela e di disparità di trattamento pone anche la liquidazione del danno patrimoniale alla capacità lavorativa generica agli assicurati Inail; anche in mancanza di diminuzione del reddito (cfr. autorevolmente A. Terzi, in... e-mail); e ciò quanto meno rispetto ai lavoratori che subiscono un danno patrimoniale effettivo, ma non sono assicurati Inail (e non possono ricevere, per presenza di colpa, alcun risarcimento del danno). Inoltre l'aver ricompreso il danno alla salute in sé e per sé fra l'oggetto della tutela assicurativa da una parte; e l'aver allargato dall'altra l'area dell'indennizzabilità oltre quella della pericolosità obiettiva dell'attività (come per esempio per l'infortunio *in itinere*), pone un problema di disparità di tutela tra lavoratori destinatari dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni e lavoratori esclusi dalla stessa tutela (a cui rimane solo l'area della responsabilità civile ordinaria e nei limiti di essa).

Ad esempio se un soggetto non addetto ad alcuna attività protetta si fa male o muore mentre va al lavoro egli o gli eredi non ricevono soddisfazione di alcun tipo (né dall'Inail, né dal datore di lavoro se non è in colpa); pur essendo il rischio della strada (che si incontra nel recarsi al lavoro e nel ritornare da esso) in tutto simile per l'uno o per l'altro lavoratore.

D'altronde quanto più si espande l'operatività della tutela assicurativa, tanto più diventano oggetto di criticità gli spazi che vengono tenuti esclusi. Il problema della giustificazione della carenza di tutela per alcune categorie di lavoratori non assicurati si pone soprattutto quando la nuova disciplina non appare più rispondente alla logica selettiva del criterio del rischio professionale, su cui era fondata l'assicurazione sociale originaria. Tutto ciò si è accentuato proprio con la riforma del 2000.

RIASSUNTO

Il saggio esamina il profilo oggettivo della tutela in materia di infortuni sul lavoro e malattie professionali, evidenziando l'immutata selettività dell'impianto protettivo (quanto alle attività assicurate, ai soggetti protetti, agli eventi indennizzabili, ai pregiudizi indennizzati) e rilevando come da tale connotato derivi la

perenne tensione dialettica con l'ordinamento civilistico, ispirato, invece, dal principio, opposto, dell'integralità della tutela.

L'analisi si concentra, poi, sulla tipologia di prestazioni assicurative (il cui ambito è stato ampliato nel corso degli anni grazie a numerosi interventi della giurisprudenza costituzionale e di legittimità) e sui relativi caratteri (indisponibilità, automaticità, oggettività, frammentarietà, adeguatezza).

Il quadro che ne deriva, seppur complessivamente positivo, non cancella alcune incongruità del sistema (la franchigia prevista per i danni biologici valutati di grado inferiore al 6%, il mancato riconoscimento del danno patrimoniale per l'invalidità inferiore al 16%, la disparità di tutela tra lavoratori destinatari dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni e lavoratori esclusi dalla stessa tutela), che pongono un problema di adeguatezza ai sensi dell'art. 38 Cost.

SUMMARY

The essay examines the objective point of view of protection in relation to accidents at work and occupational diseases, highlighting the unchanged selectivity of the protective system (with regard to insured activities, protected individuals, events eligible for compensation, compensation bias) and pointing out that the perennial dialectic tension with the statutory law is derived from that connotation, inspired, however, by the opposite principle of protection integrity.

The analysis then focuses on the type of insurance services (whose scope has been expanded over the years thanks to many interventions by constitutional and legitimacy law) and related features (unavailability, automaticity, objectivity, fragmentation, adequacy).

The picture that emerges, though generally positive, does not erase some incongruities in the system (exemption provided for biological damage assessed at a degree lower than 6%, lack of recognition for pecuniary damage due to disability lower than 16%, the disparity of protection between workers targeted for compulsory insurance against accidents and workers excluded from such protection), posing a problem of adequacy pursuant to art. 38 of the Constitution.