

# Principio di adeguatezza e tutela contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali

## *The right to “adequate means” of subsistence in case of accident at work and occupational illnesses*

Riccardo Vianello

*Professore associato di Diritto del lavoro, Università di Padova*

---

### ABSTRACT

L'art. 38, comma 2, Cost. stabilisce che «i lavoratori hanno diritto che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria». Il saggio esamina il concetto di «mezzi adeguati» nel campo della tutela contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali.

**Parole chiave:** sicurezza sociale – principio di adeguatezza – infortuni sul lavoro – malattie professionali.

*Article 38, paragraph 2, of the Italian Constitution entrusts workers with the right to “adequate means” of subsistence in case of accident at work, illness, disability, ageing, and involuntary unemployment.*

*This essay examines the concept of “adequate means” of subsistence especially in case of accident at work and occupational illnesses.*

**Keywords:** social security – adequacy – accident at work – occupational illnesses.

---

### SOMMARIO:

1. Alle origini del principio di adeguatezza. – 2. Principio di adeguatezza e ambito soggettivo di tutela contro gli infortuni sul lavoro. – 3. Principio di adeguatezza e tutela dell'«impotenza al lavoro» dell'«uomo macchina». – 4. Principio di adeguatezza e tutela dell'«integrità psicofisica [...] della persona». – 5. La misura dell'adeguatezza della tutela previdenziale e l'inconsapevole (?) aggiramento del divieto di ingiustificato arricchimento: il calcolo per sommatoria del danno differenziale quantitativo riflesso nello specchio olandese.

## 1. Alle origini del principio di adeguatezza

L'art. 38, comma 2, Cost. stabilisce che «i lavoratori hanno diritto che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita», tra l'altro, «in caso di infortunio»<sup>1</sup>.

Il concetto di adeguatezza abita, dunque, nel cuore del diritto previdenziale sin dal 1948, ma, nonostante ciò, tuttora ne sono incerti e controversi i confini, e lo stesso contenuto<sup>2</sup>, e questo per varie ragioni: perché, declinato in chiave qualificativa, nasce dopo aver vinto la concorrenza di altri aggettivi con cui, durante i lavori dell'Assemblea Costituente, si era ipotizzato di caratterizzare gli strumenti di tutela previdenziale; perché vive in simbiosi con il protagonista del comma 2 (il lavoratore), ma, se si scava nei menzionati lavori, non può dimenticare di essere stato separato alla nascita dal protagonista del comma 1 (il cittadino), con il quale pure era abbinato; perché non può ignorare la ingombrante vicinanza dei principi di proporzionalità e sufficienza che, nell'art. 36 Cost., connotano la retribuzione<sup>3</sup>; perché reca in sé una insopprimibile spinta teleologica volta a finalizzare le prestazioni previdenziali al soddisfacimento delle «esigenze di vita» dei lavoratori e, dunque, esprime geneticamente una componente valoriale che, peraltro, deve necessariamente essere temperata con il dato economico (e ciò considerata la natura delle prestazioni previdenziali: non deve dimenticarsi, infatti, che l'art. 38 è inserito nella parte della Costituzione dedicata ai «Rapporti economici»), e conseguentemente con le disponibilità di bilancio<sup>4</sup>; per il suo

---

<sup>1</sup> Pur concentrandosi sul principio di adeguatezza, il saggio evoca tematiche ampiamente trattate nel dibattito dottrinale previdenziale e civilistico: nell'impossibilità di dar conto dei numerosi studi in materia, si rinvia sin d'ora alle note bibliografiche di R. VIANELLO, *L'adeguatezza come unità di misura etico-sociale ed economica della prestazione previdenziale*, in *Riv. giur. lav.*, 2020, 661 ss. e degli Autori *ivi* citati.

<sup>2</sup> M. PERSIANI, commento all'art. 38 Cost., in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione – Rapporti economici*, t. I, Art. 35-40, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma, 1979, 243, definisce l'adeguatezza una «formula ambigua».

<sup>3</sup> P. SANDULLI, *Perequazione delle pensioni e legittimità costituzionale*, in [www.mefop.it/blog/blog-mefop/perequazione-pensioni-legittimita-costituzionale](http://www.mefop.it/blog/blog-mefop/perequazione-pensioni-legittimita-costituzionale), 31 ottobre 2017, parla di «mostro sacro del collegamento fra art. 36 ed art. 38 Cost.», che dovrebbe dissolversi «anche in funzione della salvaguardia della solidarietà intergenerazionale».

<sup>4</sup> Sul bilanciamento tra diritti e risorse finanziarie v., in generale, R. PINARDI, *Diritti e risorse finanziarie: il ruolo della Corte costituzionale*, e S. SCAGLIARINI, *Il bilanciamento tra diritti e risorse finanziarie nella più recente giurisprudenza costituzionale*, entrambi in *Riv. dir. sic. soc.*, 2019, rispettivamente 307 ss. e 331 ss., nonché bibliografia *ivi* citata.

carattere sfuggibile, tale da renderne difficile la possibilità di una misurazione in termini assoluti<sup>5</sup>.

L'identificazione e la perimetrazione del concetto risultano poi ulteriormente complicate allorché ci si accinge a esaminarne i contenuti nello specifico ambito della tutela contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali: infatti, alle tradizionali difficoltà altre se ne aggiungono, sì che l'opera dell'interprete è resa ancor più complessa dall'essere qui l'adeguatezza compressa, da un lato, dal parametro di cui al comma 1 dell'art. 38 («i mezzi necessari per vivere» che, secondo risalente, ma non inattuale, pronuncia del Giudice delle leggi, «non possono identificarsi con i mezzi adeguati alle esigenze di vita» perché «questi ultimi comprendono i primi ma non s'esauriscono in essi»<sup>6</sup>), e, dall'altro lato, dalla *restitutio in integrum*, obiettivo, questo, che si suole ritenere di esclusiva competenza del diritto primo della responsabilità civile, non perseguibile tramite il sistema indennitario INAIL.

A ulteriore complicazione dell'attività di esegesi si aggiunga, poi, che lo stesso ambito oggettivo della tutela immaginata dal comma 2 dell'art. 2, d.P.R. n. 1124/1965 (e riferita alla inabilità al lavoro) si è evoluto in chiave espansiva: basti considerare, a eloquente testimonianza, l'ingresso nel sistema previdenziale (al rallentatore, ma inarrestabile) del concetto di danno biologico, che, proprio perché riferito al lavoratore in quanto «persona», ha legittimato il passaggio dalla tutela dello stesso come soggetto che, lavorando, produce (*rectius*: la cui capacità di lavorare è, in misura maggiore o minore, pregiudicata dall'evento infortunistico) alla tutela della persona del lavoratore nelle sue varie manifestazioni (si pensi all'inserimento, nella «Tabella delle menomazioni» di cui al d.m. 12 luglio 2000, di eventi quali il danno estetico o il danno all'apparato riproduttivo), con conseguente necessità di rivedere non solo il concetto di adeguatezza, ma ovviamente anche la nozione stessa di «esigenze di vita» (cui gli strumenti previdenziali devono «adeguarsi»), da intendersi evidentemente nel senso più pieno del termine, dunque non circoscritto al solo ambito lavorativo.

Le riflessioni che seguiranno sono volte a verificare se il principio di adeguatezza sia declinabile in maniera qualitativamente e quantitativamente di-

---

<sup>5</sup> Per questa visione «relativistica» del concetto di adeguatezza v. Corte Cost. 16 luglio 1973, n. 128: «L'adeguatezza alle esigenze di vita dei lavoratori, dei mezzi ad essi spettanti non è né assoluta né esclusiva di prestazioni aventi un dato ammontare o determinate con un dato criterio».

<sup>6</sup> Corte Cost. 3 febbraio 1986, n. 81, su cui v. M. CINELLI, *L'«adeguatezza» della prestazione previdenziale tra parità e proporzionalità*, in *Foro it.*, 1986, I, 1771.

versa nell'ambito della tutela contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali rispetto alle altre forme di tutela elencate nell'art. 38, comma 2, Cost.; in che termini esso sia stato attuato nel campo delle prestazioni (specie economiche), tenuto altresì conto che, data l'applicazione integrale del principio di automaticità, la tutela infortunistica è completamente svincolata dal pagamento dei premi assicurativi; quale contributo quel principio possa eventualmente fornire alla ricostruzione del rapporto tra il diritto previdenziale e il diritto civile.

## *2. Principio di adeguatezza e ambito soggettivo di tutela contro gli infortuni sul lavoro*

Una panoramica, anche abbastanza rapida, del quadro giurisprudenziale (costituzionale, di legittimità e di merito) consente di porre in evidenza un (solo apparentemente inatteso<sup>7</sup>) disallineamento fra la proiezione espansiva ispirata dal comma 2 dell'art. 38 Cost., e alimentata da varie decisioni di diverso rango, da un lato, e, dall'altro lato, il carattere selettivo delle attività protette e delle persone assicurate (nonché dei soggetti obbligati), eredità della teoria del rischio professionale, sfociata poi, ai fini del riconoscimento della tutela, nella stringente previsione dell'incrocio fra i requisiti oggettivo e soggettivo di cui agli artt. 1 (lavorazioni protette in quanto pericolose) e 4 (persone assicurate) del t.u. e nell'accollo del costo assicurativo in capo al datore di lavoro, in ossequio al principio secondo cui *cuius commoda eius et incommoda*, come si è continuato a dire per lungo tempo.

Vero è che, comunque, nella costruzione di un ambito di applicazione soggettivo della tutela più coerente con i principi costituzionali, al di là dei confini delineati dal testo unico, l'art. 38, comma 2, ha avuto un ruolo precipuo, almeno nel campo delle malattie professionali: è proprio invocando quel principio, infatti, che il Giudice delle leggi ha dichiarato l'incostituzionalità degli artt. 3, comma 1, e 211, comma 1, d.P.R. n. 1124/1965 nella parte in cui non prevedevano che l'assicurazione, rispettivamente nell'industria e nell'agricoltura, fosse obbligatoria anche per malattie diverse da quelle comprese nelle tabelle concernenti le malattie in quei due settori nonché diverse da quelle cau-

---

<sup>7</sup> Inatteso per i motivi illustrati da M. PERSIANI, *A cinquanta anni dal testo unico: profili costituzionali*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2015, 372, il quale ricorda l'indifferenza dei principi direttivi formulati dall'art. 30, legge n. 15/1963, ancora ispirata alla originaria filosofia ottocentesca, nei confronti dei principi costituzionali.

sate da una lavorazione specificata o da un agente patogeno indicato nelle tabelle stesse, purché si trattasse di malattie delle quali fosse comunque provata la causa di lavoro<sup>8</sup>.

Di contro, nel campo della tutela contro gli infortuni sul lavoro quella norma costituzionale, lungi dall'essere utilizzata per un'estensione indifferenziata dell'ambito dei soggetti protetti (in funzione, in particolare, del superamento dei limiti di cui all'art. 1 t.u. o, se si preferisce, della generalizzazione della nozione di pericolosità), è stata impiegata, solitamente in combinato con l'art. 3, comma 1, per interventi puntuali volti a estendere la protezione a categorie di soggetti non incluse nell'elenco dell'art. 4: è il caso dei familiari partecipanti all'impresa familiare indicati nell'art. 230-*bis* c.c. che prestano opera manuale od opera a questa assimilata ai sensi del n. 2<sup>9</sup>, degli artigiani italiani che lavorano all'estero<sup>10</sup>, degli associati in partecipazione che prestino opera manuale oppure non manuale alle condizioni di cui al n. 2 dell'art. 4<sup>11</sup>.

Peraltro, a ben vedere, nella giurisprudenza costituzionale l'art. 38, comma 2, ha mantenuto un ruolo ancillare rispetto all'art. 3, comma 1, Cost., vera norma trainante che ha consentito l'espansione dell'ambito soggettivo degli artt. 4 e 9 (con riferimento non solo ai soggetti protetti, ma anche a quelli obbligati), e ciò in virtù del principio secondo cui a parità di rischio deve corrispondere parità di tutela.

E, in effetti, più che sulla situazione di bisogno scaturente dall'evento infortunistico, l'attenzione del Giudice delle leggi ha continuato ad appuntarsi sulla centralità dell'esposizione al rischio indotta dall'attività lavorativa, fermi restando i presupposti di cui all'art. 1, comma 1, in punto di pericolosità: di qui le ripetute affermazioni, rinvenibili in molte declaratorie di incostituzionalità, circa la «tendenziale estensione della garanzia a tutti i soggetti che, per ragioni di lavoro latamente considerate, siano esposti allo stesso rischio obiettivamente riferibile alle «lavorazioni protette»»<sup>12</sup>, e, di contro, la negazio-

---

<sup>8</sup> Il contrasto del sistema tabellare «con il precetto costituzionale consacrato nell'art. 38, comma secondo, della Costituzione» è espressamente menzionato al punto 7 della motivazione di Corte Cost. 18 febbraio 1988, n. 179.

<sup>9</sup> Corte Cost. 10 dicembre 1987, n. 476.

<sup>10</sup> Corte Cost. 26 luglio 1988, n. 880. Corte Cost. 30 dicembre 1985, n. 369 (che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 t.u. nelle parti in cui non prevede le assicurazioni obbligatorie a favore del lavoratore italiano operante all'estero alle dipendenze di impresa italiana) ha, invece, valorizzato solo l'art. 35 Cost.

<sup>11</sup> Corte Cost. 15 luglio 1992, n. 332.

<sup>12</sup> Corte Cost. 2 marzo 1998, n. 90, e 10 maggio 2002, n. 171 (che estende la tutela ai lavoratori in aspettativa perché chiamati a ricoprire cariche sindacali provinciali e nazionali).

ne dell'ampliamento della tutela a categorie di lavoratori impiegati in attività che, per il ridotto utilizzo di macchinari pericolosi, sopportano bassi livelli di rischio<sup>13</sup>.

Del resto, anche nei casi in cui l'«offesa degli artt. 3 e 38 della Costituzione» è entrata in qualche motivazione, ciò è parso frutto più di un formale ossequio alla sollecitazione del giudice *a quo* (che lamentava la sottrazione ai lavoratori dei mezzi necessari per far fronte, in caso di infortunio, alle loro esigenze di vita), che di un reale convincimento circa le potenzialità del comma 2 dell'art. 38, com'è testimoniato dalle vicende relative all'estensione della tutela a ballerini e tersicorei addetti all'allestimento, alla prova o all'esecuzione di pubblici spettacoli (fondata su una lettura estensiva del concetto di «opera manuale» e sull'immancabile richiamo al principio dell'identità del rischio<sup>14</sup>), e, ancor prima, alle persone comunque addette, in rapporto diretto con il pubblico, a servizio di cassa presso imprese, i cui dipendenti sono soggetti all'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali<sup>15</sup>.

Una qualche attenzione al ruolo che l'art. 38, comma 2, può svolgere in funzione, oltre che dell'ampliamento, anche del consolidamento dell'ambito soggettivo di tutela è semmai riscontrabile, oltre che nelle ordinanze di rimessione che hanno condotto a estendere il campo di applicazione degli artt. 1 e 4 t.u., anche in qualche decisione di legittimità che, *apertis verbis*, attribuisce alla norma costituzionale la finalità non tanto di «prevenire il rischio del verificarsi dell'evento lesivo, quanto piuttosto [di] tutelare la situazione di bisogno riveniente da quest'ultimo»<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> Eloquente in proposito è Corte Cost. 25 luglio 1985, n. 221 (che richiama Corte Cost. 29 dicembre 1976, n. 262, la quale, sempre valorizzando il criterio del rischio, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 205, comma 1, t.u., nella parte in cui escludeva che i lavoratori agricoli autonomi di età superiore ai 70 anni fossero soggetti all'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro): «Né può dubitarsi, in via generale, che l'esposizione al rischio corrispondente alle varie fattispecie previdenziali, e, cioè, agli eventi protetti, costituisce il parametro in base al quale non solo risulta determinato l'ambito della garanzia previdenziale, ma anche il criterio di valutazione della differenza del trattamento previdenziale e delle situazioni da prendersi in esame. In altri termini, si deve riconoscere che, ai fini dell'assicurazione contro gli infortuni, l'attribuzione della titolarità delle situazioni protette ai vari assicurati va posta in rapporto ai rischi che le forme assicurative e previdenziali intendono proteggere».

<sup>14</sup> Corte Cost. 21 marzo 1989, n. 137.

<sup>15</sup> Emblematica in tal senso è Corte Cost. 7 aprile 1981, n. 55, che, pur affermando che l'esclusione della tutela comporta «attentato vuoi all'art. 3 vuoi all'art. 38 della Carta costituzionale», perviene alla declaratoria di incostituzionalità respingendo l'idea del giudice *a quo* di «far getto del concetto di “rischio”, di cui è per contro d'uopo farsi carico».

<sup>16</sup> Cass. 19 ottobre 2017, n. 24765.

Purtuttavia questi richiami a quel comma dell'art. 38 Cost. appaiono troppo episodici per poter fondare, per via giurisprudenziale, l'auspicata operazione estensiva dell'ambito di applicazione soggettivo della tutela INAIL, sì che è ipotizzabile ritenere che anche alle puntuali osservazioni di chi rileva come oggi, a legislazione invariata, l'applicazione dell'indice della pericolosità della lavorazione quale criterio selettivo determina evidenti incongruenze (l'esempio più eloquente è quello dell'infortunio *in itinere*, oggetto di tutela solo se ne è vittima un lavoratore addetto a lavorazione pericolosa)<sup>17</sup> la giurisprudenza costituzionale, se coerente con i *dicta* passati, verosimilmente risponderebbe, in caso di soluzione favorevole, valorizzando più il principio di uguaglianza (comma 1 dell'art. 3)<sup>18</sup> che quello di adeguatezza (comma 2 dell'art. 38).

Eppure qualche breccia nel ragionamento che connota i sintetici passaggi argomentativi delle decisioni che estendono la tutela a categorie non protette, accogliendo questioni di costituzionalità sulla base del principio dell'identità delle condizioni di rischio rispetto alle attività protette, si può comunque cogliere. Basti pensare proprio all'esempio dell'infortunio *in itinere*, caratterizzato da un rischio generico (quello della strada) che coinvolge indifferentemente chiunque, a prescindere (se lavoratore) dalla pericolosità dell'attività svolta: ebbene, in questa ipotesi si assiste, più che all'utilizzazione del predetto principio, alla implicita e contraddittoria negazione dello stesso, cioè all'incoerente ripudio dell'idea che a un medesimo rischio scaturente da identica attività (la circolazione stradale) debba corrispondere pari tutela, idea la cui applicazione dovrebbe condurre, per coerenza, alla tutela indifferenziata in caso di infortunio *in itinere*, posto che il rischio incombente è quello generico derivante dalla circolazione stradale, non quello della specifica attività lavorativa cui il lavoratore è addetto.

Solo apparentemente promettente, poi, è la vicenda giurisprudenziale in tema di c.d. "rischio elettrico": è pur vero, infatti, che nella sentenza con cui la Corte costituzionale dichiarò, sotto vari profili, l'inammissibilità e l'infondatezza della questione di costituzionalità dell'art. 1, commi 1 e 4, t.u. nella parte in cui impone l'obbligo assicurativo anche quando non sussista in concreto alcun rischio di infortunio<sup>19</sup>, il "rischio zero" è definito «utopico» e non manca-

---

<sup>17</sup> M. PERSIANI, *A cinquanta anni dal testo unico: profili costituzionali*, cit., 378-379.

<sup>18</sup> M. PERSIANI, *Giurisprudenza costituzionale e diritto della previdenza sociale*, in ASAP-INTERSIND, *Lavoro, La giurisprudenza costituzionale, 1956-1986*, I, Istituto poligrafico e zecca dello Stato, Roma, 1987, 135 ss.

<sup>19</sup> Corte Cost. 16 ottobre 1986, n. 221.

no richiami alle «norme generali per gli impianti elettrici redatte dal Comitato elettronico Italiano, le quali ammoniscono tra l'altro che "Nessuna norma, per quanto accuratamente studiata, può garantire in modo assoluto l'immunità delle persone e delle cose dai pericoli dell'energia elettrica"», ma è altrettanto vero che quel particolare rischio venne comunque confinato entro il recinto dell'art. 1 t.u., cioè limitato alle lavorazioni pericolose<sup>20</sup>.

In realtà, a ben considerare, ciò che ha sinora sterilizzato le potenzialità espansive dell'art. 38, comma 2, Cost. è una certa disinvoltura giurisprudenziale nell'utilizzo (ora differenziato, ora promiscuo) dei concetti di rischio e di pericolosità.

Si è detto, infatti, in precedenza della rilevanza dell'idea secondo cui l'ampliamento (per via costituzionale) della tutela si giustifica a fronte dell'esposizione ad un rischio obiettivamente riferibile alle lavorazioni protette.

Ma quella stessa giurisprudenza costituzionale che attribuisce centralità al rischio come veicolo di protezione (*i.e.*: si giustifica la protezione di lavoratori addetti ad attività che espongono al medesimo rischio cui è soggetto chi è impiegato in un'attività protetta) non manca di operare, nel contempo, in controtendenza, recuperando l'argine ostativo della tipicità della lavorazione pericolosa: «Nel precetto dell'art. 38, secondo comma, può dirsi "insito l'elemento del rischio" [...] solo nel senso che *la specifica tutela costituzionale dei lavoratori non si estende a qualsiasi situazione di bisogno, ma è limitata agli stati di bisogno oggettivamente provocati da determinati eventi*. In questo senso la nozione di rischio esprime un giudizio di possibilità di lesione fondato su indici tipici, indipendentemente da criteri di verosimiglianza statistica rapportati alle situazioni concrete dei singoli lavoratori. [...] Il distacco dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro dal concetto statistico-assicurativo di rischio, al quale era originariamente legata (distacco che può considerarsi compiuto con la sentenza di questa Corte n. 179 del 1988), è sollecitato da una interpretazione dell'art. 38, secondo comma, coordinata con l'art. 32 Cost. allo scopo di "garantire con la massima efficacia la tutela fisica e sanitaria dei lavoratori" [...]. *Oggetto della tutela dell'art. 38 non è il rischio di infortunio o di malattia professionale, bensì questi eventi in quanto incidenti sulla capacità di lavoro e collegati da un nesso causale a un'attività tipicamente valutata dalla legge come meritevole di tutela*. Con formula ellittica si può dire che oggetto della tutela sono "alcune

---

<sup>20</sup> Eloquente, ad esempio, è Cass. 22 settembre 2010, n. 20010, che conferma il diniego della rendita in assenza di prova dello svolgimento di mansioni che rendevano il lavoratore soggetto assicurabile.



attività tipiche” (cfr. Cass. sent. n. 436/1991 cit.<sup>21</sup>), indipendentemente dall’entità concreta della loro pericolosità» (corsivi nostri)<sup>22</sup>.

E, in effetti, è interessante notare come nella motivazione di Corte cost. n. 100/1991 (stesa per mano di autorevole relatore, il prof. Mengoni<sup>23</sup>) si rinven-  
gano ben due rinvii adesivi alla sentenza di legittimità da ultimo menzionata:  
una sentenza, questa, tutt’altro che secondaria perché, dopo aver negato che la  
concreta pericolosità di alcuni strumenti di lavoro sia un elemento del rapporto  
assicurativo, che «viene dato per presunto dalla legge», afferma che il sistema  
scelto dal nostro ordinamento è basato «sulla protezione assicurativa di alcune  
attività tipiche» e «in tale sistema la pericolosità di alcuni strumenti di lavoro  
viene valutata dal legislatore nel momento in cui include una determinata la-  
vorazione nell’ambito di quelle protette», cosicché «al giudice è inibita qual-  
siasi indagine in ordine a tale pericolosità, perché essa comporterebbe un  
inammissibile sindacato del giudice sulla valutazione dei presupposti di fatto,  
che stanno alla base delle scelte operate dal legislatore», e «in un sistema del  
genere il giudice non può escludere dall’obbligo assicurativo le lavorazioni  
elencate dalla legge perché le ritenga non pericolose, così come non può di-  
chiarare sussistente l’obbligo assicurativo nei confronti di lavorazioni, non  
previste dalla legge, solo perché da lui ritenute in concreto rischiose per i lavo-  
ratori addetti».

Se, dunque, «l’esistenza del rischio [non è] un elemento della fattispecie  
costitutiva del rapporto assicurativo»<sup>24</sup>, e se la valutazione della pericolosità è  
preclusa al giudice (se non nei limiti – deve almeno intendersi – della prospet-  
tazione della questione di costituzionalità), nonostante gli auspici, le prospet-  
tive evolutive del sistema si restringono di molto, dovendo escludersi che  
l’ampliamento dell’ambito soggettivo di tutela possa passare sempre per il

---

<sup>21</sup> Cass. 18 gennaio 1991, n. 436 ha affermato l’estensione dell’obbligo di assicurazione  
contro le malattie e lesioni causate dall’azione dei raggi X e delle sostanze radioattive, previsto  
per i medici dalla legge n. 93/1958, anche agli odontoiatri che fanno uso di apparecchi radiolo-  
gici quali mezzi sussidiari diagnostici.

<sup>22</sup> Corte Cost. 2 marzo 1991, n. 100.

<sup>23</sup> E che – è bene rammentarlo – rigetta la questione di legittimità costituzionale dell’art. 5,  
legge n. 93/1958 «interpretato nel senso che l’obbligo assicurativo grava sui possessori a qua-  
lunque titolo di apparecchi radiologici funzionanti in forza di presunzione legale assoluta di  
intrinseca pericolosità degli apparecchi stessi», sollevata anche con riferimento all’art. 38,  
comma 2. Cost., «perché impone al professionista l’obbligo di pagare premi assicurativi all’I-  
NAIL senza il corrispettivo dell’assunzione del rischio di un evento generatore di uno stato di  
bisogno al quale l’ente debba provvedere».

<sup>24</sup> V. il punto 2 della motivazione di Corte Cost. n. 100/1991.

tramite dell'intervento del Giudice delle leggi: al di là delle suggestioni, non è allora alla condizione di bisogno (coperta dal principio di adeguatezza e) scaturente dall'evento infortunistico che ci si può appellare per supportare l'ampliamento dell'ambito soggettivo di tutela (essendo quella condizione meramente presunta per le attività protette di cui all'art. 1 t.u., e, di fatto, negata per le attività non tipizzate), essendo più proficuo sollecitare un ripensamento, per via legislativa, del combinato di cui agli artt. 1, 4 e 9 t.u., fondato sui concetti, correttamente delineati, di pericolo e di rischio, come definiti nell'art. 2, comma 1, lett. *r*) e *s*), d.lgs. n. 81/2008 (l'uno, «la proprietà o qualità intrinseca di un determinato fattore avente il potenziale di causare danni»; l'altro, «la probabilità di raggiungimento del livello potenziale di danno nelle condizioni di impiego o di esposizione ad un determinato fattore o agente oppure alla loro combinazione»).

Se, infatti, il pericolo è una potenziale fonte di danno, mentre il rischio è frutto della combinazione della probabilità che si verifichi un danno e della gravità di tale danno<sup>25</sup>, può ragionevolmente ritenersi che sia scongiurabile il rischio (almeno se si condivide la nozione di «prevenzione» di cui all'art. 2, comma 1, lett. *n*), d.lgs. n. 81/2008<sup>26</sup>), non il pericolo, inteso come indifferenziata possibilità (cioè astratta potenzialità) che qualunque attività lavorativa sia sempre suscettibile di provocare un danno per le sostanze, le attrezzature o i metodi impiegati<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Le definizioni sono ricavate dalla norma tecnica europea UNI EN ISO 12100-1:2005: «3.6 Hazard: potential source of harm»; «3.11 Risk: combination of the probability of occurrence of harm and the severity of that harm». In termini analoghi si esprimono altre fonti: quanto al pericolo, «causa o origine di un danno o di una perdita potenziali» (UNI 11230 – Gestione del rischio), «proprietà o qualità intrinseca di un determinato fattore (sostanza, attrezzo, metodo di lavoro) avente la potenzialità di causare danni» (Orientamenti CEE riguardo alla valutazione dei rischi di lavoro), «fonte o situazione potenzialmente dannosa in termini di lesioni o malattie, danni alle proprietà, all'ambiente di lavoro, all'ambiente circostante o una combinazione di questi» (OHSAS 18001, 3.4); quanto al rischio, «probabilità che sia raggiunto il livello potenziale di danno» (Orientamenti CEE riguardo alla valutazione dei rischi di lavoro), «combinazione della probabilità e della conseguenza del verificarsi di uno specifico evento pericoloso» (OHSAS 18001, 3.4).

<sup>26</sup> «Il complesso delle disposizioni o misure necessarie anche secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, per evitare o diminuire i rischi professionali nel rispetto della salute della popolazione e dell'integrità dell'ambiente esterno» (corsivo nostro).

<sup>27</sup> Osservava S. PICCININNO, *L'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro degli impiegati addetti ai videoterminali*, in *Dir. lav.*, 1986, II, 552, che «l'art. 38 della Costituzione non distingue fra lavoratori esposti e lavoratori non esposti al rischio di infortuni [...] la tutela dell'art. 38 Cost. non ha per oggetto l'eventualità che l'infortunio si verifichi ma l'infortunio».

### 3. Principio di adeguatezza e tutela dell'«impotenza al lavoro» dell'«uomo macchina»

Per lungo tempo, anche dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, il principio di adeguatezza di cui all'art. 38, comma 2, Cost., quanto meno nella trasposizione della normativa primaria, è stato “vittima” di una lettura riduttiva, circoscritto al contesto lavorativo e inteso come se il riferimento ai «mezzi adeguati di vita» che devono essere previsti e assicurati dal sistema di tutela previdenziale nel campo degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali sottintendesse l'aggettivo “lavorativa”: del resto, ciò poteva apparire coerente con l'impostazione tradizionale della tutela, desumibile già dall'art. 10, legge 8 luglio 1883, n. 1473<sup>28</sup>, volta a coprire, oltre alla morte, l'«impotenza al lavoro» (permanente, assoluta o parziale, oppure temporanea, se di durata superiore a un mese), e transitata pressoché indenne nel d.P.R. n. 1124/1965, il cui art. 74 definisce l'«inabilità» come «la conseguenza di un infortunio o di una malattia professionale, la quale tolga» (completamente, se assoluta; in parte, ma essenzialmente, se parziale) «l'attitudine al lavoro»<sup>29</sup>, concetto, questo, che ricorre alcune decine di volte nel testo unico.

Certo apparentemente l'impostazione del sistema di tutela pareva *ab origine* valorizzare le «condizioni fisiche» del titolare della prestazione, ai fini dell'adeguamento (e dell'eventuale incremento della stessa), a prescindere dalle variazioni dell'«attitudine al lavoro», posto che diminuzioni o aumenti della stessa possono incidere tanto quanto le modificazioni delle predette condizioni. Ma, in realtà, il peggioramento delle condizioni fisiche poteva (e può) determinare un incremento della misura della prestazione, in caso di concause sopravvenute, solo quando deriva dall'infortunio che ha dato luogo alla liquidazione della stessa, cioè quando dipende da quello stesso evento la cui copertura previdenziale ha per presupposto, nella logica del testo unico, il pregiudizio all'«attitudine al lavoro»<sup>30</sup>. Del resto, in quest'ottica era la vita “lavorativa” dell'infortunato a essere pregiudicata ed era, perciò, a quel *vulnus* che si doveva porre rimedio.

---

<sup>28</sup> Istitutiva della «Cassa nazionale di assicurazione per gli infortuni degli operai sul lavoro», frutto di una convenzione tra il Ministro d'Agricoltura, Industria e Commercio e vari istituti bancari.

<sup>29</sup> In agricoltura v. l'art. 210.

<sup>30</sup> V. gli artt. 83, 137, 146. Eloquenti è la motivazione con cui Corte Cost. 19 gennaio 1995, n. 17 ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 79 e 83 del d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124 «nelle parti in cui non prevedono un diverso computo o la revisione della rendita per aggravamento da invalidità extralavorative sopravvenute».

A questa visione della tutela previdenziale in materia, compressa nel recinto di quello specifico pregiudizio provocato dall'infortunio o dalla malattia professionale, non mi pare recassero particolare disturbo quelle norme del testo unico da cui poteva desumersi altra e diversa finalità della tutela, abbinata a quella indennitaria: mi riferisco, ad esempio, agli artt. 110 e 114, che, nell'affermare rispettivamente l'incredibilità, l'impignorabilità e l'insequestrabilità, salvo per particolari motivi, del credito delle indennità, e la nullità di «qualsiasi patto inteso ad eludere il pagamento delle indennità o a diminuirne la misura stabilita» nel t.u., confortavano l'idea del carattere alimentare della prestazione previdenziale, per tale motivo indisponibile.

Eloquenti in proposito sono alcuni passaggi della motivazione di Cass. 20 dicembre 2011, n. 27679, intenti a dimostrare che la funzione indennitaria della tutela INAIL tuttora non preclude il riconoscimento della finalità alimentare della stessa:

«Il diritto alla rendita INAIL, come quello alla pensione INPS, non conferisce al titolare soltanto un indennizzo in forma pecuniaria per il verificarsi di un determinato evento assicurato, ma assicura al titolare stesso la prestazione di mezzi economici adeguati alle sue esigenze di vita in caso di particolari eventi sfavorevoli, che rendano impossibile o limitino la sua attività lavorativa.

Tutte le prestazioni previdenziali di carattere economico, invero, non concernono solo la tutela del lavoratore, in forma indennitaria, contro le conseguenze dannose di rischi determinati, ai quali costui è soggetto a causa dello svolgimento dell'attività lavorativa (infortuni sul lavoro, malattie professionali), ovvero per eventi naturali della vita (invalidità, vecchiaia), ovvero ancora per ragioni attinenti al mercato del lavoro (disoccupazione involontaria), ma si estendono alla tutela del lavoratore dalle situazioni di bisogno che possano presentarsi nel corso della sua esistenza e alle quali egli non possa far fronte con la sua normale retribuzione.

Per tale peculiare profilo, non possono disconoscersi a tali prestazioni previdenziali e, in particolare alle rendite erogate dall'INAIL [...], finalità spiccatamente alimentari, trattandosi di prestazioni accomunate, nella carta costituzionale, dallo scopo di consentire al lavoratore di affrontare situazioni di bisogno conseguenti al verificarsi di eventi futuri e incerti, che richiedano notevoli sacrifici economici, garanzia costituzionale circoscritta alle ipotesi considerate più pregnanti ed invasive nella vita del lavoratore, quali l'infortunio, la malattia, l'invalidità e vecchiaia, la disoccupazione involontaria.

Né il Collegio ritiene possa smentire il carattere alimentare della rendita INAIL la sua funzione indennitaria, che si concretizza in un risarcimento, sia pure in forma limitata e predeterminata, per la perdita o la riduzione dell'attività al lavoro dell'assicurato.

Se, infatti, prevale l'opinione che l'assicurazione infortuni sul lavoro sia una forma di assicurazione contro i danni, è pur vero che anche le altre assicurazioni sociali obbligatorie, del resto come quelle private, hanno una funzione indennitaria, nel senso che esse tendono ad eliminare, per quanto possibile, il danno derivante dagli eventi tutelati.

Può, semmai, ammettersi che l'aspetto indennitario della rendita corrisposta dall'INAIL sia più accentuato che nelle altre prestazioni previdenziali giacché, nell'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, gli eventi assicurati sono direttamente collegati, con rapporto di causa ad effetto, all'attività lavorativa, stante lo specifico riferimento eziologico fra lavoro e rischio, che permea l'intera normativa relativa a tale assicurazione.

Ma l'aspetto indennitario della rendita INAIL, nel quale risiede la sua funzione propriamente giuridica, come di tutte le altre prestazioni economiche delle assicurazioni sociali obbligatorie, viene assunto dalla legislazione previdenziale come strumento pratico per l'attuazione della funzione sociale, costituzionalmente garantita (art. 38 Cost., comma 2), che consiste nella tutela del lavoratore dal bisogno eventuale»<sup>31</sup>.

Vi è, dunque, consapevolezza dell'eventualità dello stato di bisogno (che, in linea con l'orientamento della Corte costituzionale, ben può essere meramente presunto<sup>32</sup>). Purtroppo la rilevanza dell'evento sfavorevole è misurata comunque sull'impossibilità o sulla limitazione dell'«attività lavorativa»: e alla stessa logica si ispirano anche le prestazioni sanitarie che devono essere garantite al lavoratore infortunato (art. 66 t.u.), posto che l'INAIL è tenuto a prestare all'assicurato «le cure mediche e chirurgiche necessarie per tutta la durata dell'inabilità temporanea ed anche dopo la guarigione clinica, in quanto occorrono al recupero della capacità lavorativa» (art. 86 t.u.<sup>33</sup>)<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> Si rammenti la distinzione tra indennizzo e risarcimento: la rendita INAIL, per la sua natura e per le finalità a essa sottese, ha natura previdenziale e non risarcitoria (così Cass. 11 dicembre 2013, n. 27644).

<sup>32</sup> Corte Cost. 19 gennaio 1995, n. 17: «[...] l'assicurazione infortuni è parte integrante del sistema generale di sicurezza sociale previsto dall'art. 38 della Costituzione, disposizione che, come questa Corte ha già avuto occasione di rilevare, configura due modelli strutturalmente e qualitativamente distinti: l'uno, fondato sulla solidarietà collettiva, garantisce ai "cittadini", ove ad alcuni eventi si accompagnino accertate situazioni di bisogno, "i mezzi necessari per vivere"; l'altro, suscettibile di essere realizzato mediante gli strumenti mutualistico-assicurativi, attribuisce ai "lavoratori", prescindendo da uno stato di bisogno, la diversa e più elevata garanzia del diritto a "mezzi adeguati alle loro esigenze di vita"». V. altresì Corte Cost. 3 febbraio 1986, n. 31.

<sup>33</sup> Analogamente stabilisce l'art. 89, comma 1: «Anche dopo la costituzione della rendita di inabilità l'Istituto assicuratore dispone che l'infortunato si sottoponga a speciali cure mediche e chirurgiche quando siano ritenute utili per la restaurazione della capacità lavorativa».

Il dato normativo che allora può consentire di dare respiro alla nozione di adeguatezza nella materia degli infortuni sul lavoro è probabilmente costituito dall'art. 29, comma 10, t.u., il quale, nella versione attualmente vigente, stabilisce che la retribuzione imponibile è presa a riferimento per il calcolo delle prestazioni a carico delle gestioni di previdenza e di assistenza sociale interessate: se, infatti, la relativa base di calcolo coincide con la retribuzione (*rectius*: con il reddito di lavoro dipendente ai fini contributivi di cui all'art. 49, comma 1, t.u.i.r.), non si può che convenire con quell'autorevole dottrina che ha osservato che «la circostanza che le prestazioni “economiche” siano commisurate alla retribuzione non significa, però, che esse abbiano mantenuto l'originaria funzione di risarcimento del danno derivante dalla perdita o dalla riduzione dell'attitudine al lavoro» perché «quella circostanza significa piuttosto che, come oramai avviene anche per le altre forme di tutela, le prestazioni tengono conto del bisogno conseguente al verificarsi dell'evento protetto, determinandolo, si può dire caso per caso, in relazione al tenore di vita raggiunto durante l'attività lavorativa»<sup>35</sup>.

Questa lettura in chiave soggettiva del principio di adeguatezza, se certo caratterizza la tutela in materia di infortuni sul lavoro in virtù della modalità di costruzione della prestazione (non legata all'ammontare dei premi assicurativi versati, del resto correlato alla pericolosità della lavorazione *ex art. 40, comma 3, t.u.*) e ovviamente dell'applicazione piena e incondizionata del principio di automaticità (non limitata, cioè, dall'eventuale prescrizione dei premi), a ben vedere non differisce, però, di molto da quella praticabile nelle altre forme di tutela previdenziale, posto che anche le prestazioni INAIL soggiacciono comunque all'effetto livellatore derivante dall'applicazione di un massimale di retribuzione<sup>36</sup>, che se indubbiamente risponde alla logica indennitaria e non

---

<sup>34</sup> V., però, M. PERSIANI, M. D'ONGHIA, *Diritto della sicurezza sociale*, Giappichelli, Torino, 2020, 146: «[...] anche quando venga constatata l'impossibilità di tale recupero e, cioè, quando la lesione sia definitivamente consolidata, l'INAIL, ove sussistano ragioni meritevoli di considerazione, può chiedere che la erogazione delle “prestazioni sanitarie” continui in favore del soggetto protetto».

<sup>35</sup> M. PERSIANI, M. D'ONGHIA, *op. loc. ult. cit.*

<sup>36</sup> V., infatti, l'art. 116, comma 3, t.u. che, ai fini della liquidazione delle rendite per inabilità permanente e delle rendite ai superstiti, stabilisce che in ogni caso la retribuzione annua è computata da un minimo corrispondente a trecento volte la retribuzione media giornaliera diminuita del 30% ad un massimo corrispondente a trecento volte la retribuzione media giornaliera, aumentata del 30%. A questa norma rinvia anche l'art. 115 nell'individuare la retribuzione da prendersi per base agli effetti della determinazione della misura dell'indennità per inabilità temporanea, della rendita per inabilità permanente e della rendita ai superstiti. In proposito v. altresì la circolare INAIL n. 49 del 30 dicembre 2020.

risarcitoria, produce comunque un effetto perequativo che – per così dire – ridesta l’interpretazione oggettiva delle «esigenze di vita» di cui all’art. 38, comma 2, Cost.: cosicché è nell’ambito sanitario, più che in quello economico, che la protezione assicurata al lavoratore infortunato e tecnopatologico tende a modellarsi, ancor prima dell’irruzione del d.lgs. n. 38/2000, su bisogni che travalicano la sfera meramente lavorativa (del mero recupero, cioè, dell’attitudine al lavoro dell’«uomo macchina»<sup>37</sup> e della relativa capacità di produrre un reddito, che potrebbe anche non essere stata intaccata dall’evento lesivo) per perseguire «un ottimale recupero psicologico e sociale»<sup>38</sup>, dunque per assicurare un’esigenza di vita “adeguata” non solo sul piano lavorativo.

#### 4. *Principio di adeguatezza e tutela dell’«integrità psicofisica [...] della persona»*

L’operazione espansiva della tutela che sul piano soggettivo, in virtù del (pressoché esclusivo) supporto offerto dall’art. 3, comma 1, Cost., all’art. 38, comma 2, riesce solo episodicamente, è realizzata, invece, con ben altri risultati, sul piano oggettivo, grazie al decisivo apporto dell’art. 32.

La vicenda è nota e può, quindi, essere riassunta per sommi capi.

Con la complessa e articolata sentenza 14 luglio 1986, n. 184 il Giudice delle leggi, nel riconoscere immediata portata precettiva all’art. 32 Cost.<sup>39</sup>, eleva la norma costituzionale a imprescindibile canone interpretativo di riferimento per l’indagine di almeno tre tematiche: il concetto di danno biologico; il sistema dell’illecito civile; la teoria del risarcimento del danno non patrimoniale.

Le ultime due questioni sono affrontate alla luce del combinato disposto degli artt. 32 Cost. e 2043 c.c., che – viene detto – «importa una rilettura costituzionale di tutto il sistema codicistico dell’illecito civile» e dalla cui correla-

---

<sup>37</sup> L’espressione è di M. PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, VIII ed., Cedam, Padova, 1996, 140.

<sup>38</sup> Il compito dell’INAIL, enunciato nei preamboli dell’accordo-quadro 2 febbraio 2012 tra il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano per la definizione delle modalità di erogazione di prestazioni di assistenza sanitaria da parte dell’Istituto, è desunto da disposizioni risalenti nel tempo: l’art. 19, legge 10 maggio 1982, n. 251, e il d.P.R. 18 luglio 1984, n. 782.

<sup>39</sup> L’affermazione del diritto alla salute come diritto primario e assoluto, pienamente operante anche nei rapporti tra privati, da comprendere tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione, è rinvenibile già in Corte Cost. 26 luglio 1979, n. 88.

zione è posta «una norma che, per volontà della Costituzione, non può limitare in alcun modo il risarcimento del danno biologico».

Del danno biologico si offre una definizione in termini di «evento, naturalistico, interno alla struttura del fatto lesivo della salute», da intendersi, questa, o «nel significato naturalistico d'integrità fisio-psichica del soggetto offeso (ed in questo caso danno alla salute è il perfetto equivalente di “danno biologico” o di “danno fisiologico”) oppure [...] nella dimensione giuridico-costituzionale [...] di bene giuridico, ed in tal caso il “danno alla salute” è un danno giuridicamente valutato, costituente l'essenza antigiuridica dell'intero fatto illecito, danno presunto, se è vero che non va provato alcun effettivo impedimento delle attività realizzative del soggetto offeso».

In quest'ottica (prosegue la Corte) «non è neppur vero che la lesione dell'arto o della generale integrità bio-psichica venga perseguita, attraverso il risarcimento *ex art.* 2043 c.c., solo se e nei limiti in cui rende, in concreto, il soggetto passivo dell'illecito incapace, in tutto od in parte, di produrre o ricevere le utilità derivanti dal mondo esterno o dalla sua attività»: infatti, il fondamento giuridico del risarcimento del danno biologico ed eventualmente, ove esistano, anche di altre conseguenze dannose va ravvisato nell'«ingiustizia (lesione del diritto alla salute) insita nel fatto menomativo dell'integrità bio-psichica», cosicché «in tanto le ulteriori (oltre l'evento) conseguenze dannose sono rilevanti e risarcibili in quanto, prima, già esiste un'ingiustizia dell'illecito (determinata dalla violazione della norma primaria desunta dal combinato disposto degli artt. 32 Cost. e 2043 c.c.) ed una lesione, presunta, del bene-giuridico salute».

È sul piedistallo offerto da questa sentenza che si fonda il triplice intervento del 1991, che realizza quello che è stato definito un «incontro annunciato» tra il danno alla salute e l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro<sup>40</sup>.

La sentenza 15 febbraio 1991, n. 87 dichiara inammissibile la questione di costituzionalità degli artt. 2, 3 e 74, t.u., «nella parte in cui non prevedono il risarcimento del danno biologico patito dal lavoratore nello svolgimento e a causa delle proprie mansioni», ma il monito al legislatore è chiarissimo: si afferma, infatti, che «l'esclusione dell'intervento pubblico per la riparazione del danno alla salute patito dal lavoratore in conseguenza di eventi connessi alla propria attività lavorativa non può dirsi in sintonia con la garanzia della salute come diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività (art. 32 Cost.) e, ad un tempo, con la tutela privilegiata che

---

<sup>40</sup>D. POLETTI, *Cronaca di un incontro annunciato: il danno alla salute e l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro*, in *Foro it.*, 1991, I, 1664 ss.



la Carta costituzionale riconosce al lavoro come valore fondante della nostra forma di Stato (artt. 1, primo comma, 4, 35 e 38 Cost.), nel quadro dei più generali principi di solidarietà (art. 2 Cost.) e di eguaglianza, anche sostanziale (art. 3 Cost.). Muovendo da questo presupposto la Corte giustifica anticipatamente un «ampliamento della tutela», da attuarsi (per via legislativa, però, e non giurisprudenziale), sulla falsariga di quello realizzato nel 1988 con l'abbandono del c.d. sistema tabellare delle malattie professionali e mediante «il crescente impegno di meccanismi solidaristici per la reintegrazione di danni alla persona, autonomamente considerati (v. sentenze nn. 560 e 561 del 1987)».

Sulla scia della suddetta pronuncia si inserisce la sentenza 18 luglio 1991, n. 356, la quale, nel mentre perviene alla declaratoria di incostituzionalità dell'art. 1916 c.c. nella parte in cui consente all'assicuratore di avvalersi, nell'esercizio del diritto di surrogazione nei confronti del terzo responsabile, anche delle somme da questi dovute all'assicurato a titolo di risarcimento del danno biologico, nell'affermare l'infondatezza della questione di costituzionalità dell'art. 10, commi 1 e 2, t.u., ribadisce ed esplicita i principi espressi cinque anni prima, rinnovando al legislatore l'invito «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»: ciò perché «la menomazione dell'integrità psico-fisica del soggetto offeso costituisce [...] danno integralmente risarcibile di per sé stesso» e soprattutto perché «l'autonomia del danno biologico rispetto alle altre ed eventuali conseguenze dannose di esso ed il principio costituzionale della sua integrale e non limitabile risarcibilità determinano l'impossibilità di considerare esauriente non soltanto una *tutela risarcitoria limitata alle perdite o riduzioni di reddito*, effettive o potenziali, conseguenti alla menomazione dell'integrità psico-fisica, ma anche una *tutela risarcitoria che prenda in considerazione soltanto quanto riguarda l'attitudine a svolgere attività produttive di reddito*». Perciò, chiosa la Corte, «la considerazione della salute come bene e valore personale, in quanto tale garantito dalla Costituzione come diritto fondamentale dell'individuo, nella sua globalità e *non solo quale produttore di reddito*, impone [...] di prendere in considerazione il danno biologico, ai fini del risarcimento, in relazione alla *integralità dei suoi riflessi pregiudizievoli rispetto a tutte le attività, le situazioni e i rapporti in cui la persona esplica sé stessa nella propria vita: non soltanto*, quindi, *con riferimento alla sfera produttiva*, ma anche con riferimento alla sfera spirituale, culturale, affettiva, sociale, sportiva e ad ogni altro ambito e modo in cui il

soggetto svolge la sua personalità, e cioè a tutte “le attività realizzatrici della persona umana”» (corsivi nostri)<sup>41</sup>.

Come noto, a questi interventi del Giudice delle leggi seguirà l'introduzione, a opera dell'art. 13, d.lgs. n. 38/2000, della tutela previdenziale per il danno biologico, definito come «la lesione all'integrità psicofisica, suscettibile di valutazione medico legale, della persona» e ristorato «in misura indipendente dalla capacità di produzione del reddito del danneggiato», fatte salve le menomazioni di grado pari o superiore al 16%, che danno diritto all'erogazione di un'ulteriore quota di rendita per l'indennizzo delle conseguenze delle stesse, commisurata, tra l'altro, alla retribuzione dell'assicurato, cioè a un dato reddituale: in altre parole, l'importo della rendita viene calcolato sulla base di una quota che indennizza il danno biologico provocato dall'infortunio o dalla malattia professionale, commisurata solo alla percentuale di menomazione accertata (il cui importo è fissato secondo la “Tabella indennizzo danno biologico” di cui al d.m. 12 luglio 2000) e di una quota per le conseguenze della menomazione sulla capacità del lavoratore infortunato o affetto da malattia professionale di produrre reddito con il lavoro, commisurata al grado accertato e a una percentuale della retribuzione percepita dall'assicurato, calcolata sulla base del coefficiente indicato nella “Tabella dei coefficienti” di cui al menzionato d.m.<sup>42</sup>.

Ma non è sugli sviluppi normativi che preme ora soffermarsi. Qui pare più utile riflettere sul ruolo ricoperto dall'art. 38, comma 2, Cost. nel processo argomentativo che ha condotto a quell'esito normativo, e che può essere compendiato prendendo a prestito un passaggio della motivazione di Corte cost. n. 458/1991 circa la necessità di superare la logica del d.P.R. n. 1124/1965, volta

---

<sup>41</sup> La declaratoria di incostituzionalità dell'art. 10, commi 6 e 7 (nella parte in cui prevede che il lavoratore infortunato o i suoi aventi causa hanno diritto, nei confronti delle persone civilmente responsabili per il reato da cui l'infortunio è derivato, al risarcimento del danno biologico non collegato alla perdita o riduzione della capacità lavorativa generica solo se e solo nella misura in cui il danno risarcibile, complessivamente considerato, superi l'ammontare delle indennità corrisposte dall'INAIL) e dell'art. 11, commi 1 e 2, t.u. (nella parte in cui consente all'INAIL di avvalersi, nell'esercizio del diritto di regresso contro le persone civilmente responsabili, anche delle somme dovute al lavoratore infortunato a titolo di risarcimento del danno biologico non collegato alla perdita o riduzione della capacità lavorativa generica) è giustificata da Corte Cost. 27 dicembre 1991, n. 485 sulla base dei principi espressi dalla sentenza n. 356/1991.

<sup>42</sup> La “Tabella delle menomazioni” include voci (il danno estetico o all'apparato riproduttivo) in precedenza indennizzate solo se incidenti sull'attitudine al lavoro (Corte Cost. 21 novembre 1997, n. 350), e che vengono ora valorizzate anche per le conseguenze che possono produrre sul piano psico-relazionale.

a collegare e commisurare le indennità ivi previste, per attribuire alla tutela previdenziale la funzione di ristoro anche «[de]gli svantaggi, [del]le privazioni e [de]gli ostacoli che la menomazione comporta con riferimento agli altri ambiti e agli altri modi in cui il soggetto svolge la sua personalità nella propria vita»<sup>43</sup>.

Ebbene, l'art. 38, comma 2 (e con esso il principio di adeguatezza) è norma costantemente invocata nelle ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale, ma non è la protagonista dei relativi giudizi di costituzionalità, nemmeno nei casi in cui la Corte perviene a una declaratoria demolitoria.

Certo le difese di INAIL e Presidenza del Consiglio dei Ministri sollevano una pregiudiziale di fondo: doversi l'adeguatezza tarare soltanto sulla vita lavorativa, nel senso che di lesione del diritto del lavoratore a percepire mezzi adeguati alle sue esigenze di vita potrebbe parlarsi solo in caso di incidenza dell'evento lesivo sulla capacità lavorativa e, quindi, sul guadagno<sup>44</sup>, mentre il danno biologico e il danno morale sarebbero «estranei alla garanzia stabilita dall'art. 38, avendo questa ad oggetto “i mezzi adeguati alle esigenze di vita” del lavoratore infortunato»<sup>45</sup>.

Purtuttavia, anche nel superare queste obiezioni e, quindi, nell'aprire la strada all'inclusione del danno biologico nella tutela indennitaria (e, quindi, nella garanzia di adeguatezza), la Corte costituzionale non si avvale dell'art. 38, comma 2, cosicché l'adeguatezza della prestazione finisce per essere più l'approdo, a valle, di un percorso argomentativo costruito su altre fondamenta (*in primis*, l'art. 32) che non il principio che, a monte, funge da stimolo e giustificazione dell'ampliamento della tutela.

Vero è che, in ogni caso, a seguito dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale e dell'inclusione del danno biologico nella copertura assicurativa INAIL, muta il concetto stesso di «esigenze di vita» rispetto alla lettura che ne veniva data in precedenza, sì che non si può più negare che la lesione inferta dall'infortunio sul lavoro o dalla malattia professionale, da cui scaturisce il diritto del lavoratore a ricevere «mezzi [di tutela] adeguati», si produca anche quando il bene offeso è la salute in sé considerata.

---

<sup>43</sup> Secondo M. CINELLI, S. GIUBBONI, *Lineamenti di diritto della previdenza sociale*, II ed., Wolters Kluwer-Cedam, Milano-Padova, 2020, 169, la forma di garanzia previdenziale «in tanto potrà dirsi adeguata (alla stregua del comma 2 dell'art. 38 Cost.) in quanto risulti specificamente commisurata alla speciale natura lavorativa dell'evento generatore della situazione di bisogno protetta».

<sup>44</sup> Così espressamente al punto 3 della narrativa in “Fatto” di Corte Cost. n. 87/1991.

<sup>45</sup> V. il punto 6 della narrativa in “Fatto” di Corte Cost. n. 356/1991, ove si riportano le argomentazioni della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

5. *La misura dell'adeguatezza della tutela previdenziale e l'inconsapevole (?) aggiramento del divieto di ingiustificato arricchimento: il calcolo per sommatoria del danno differenziale quantitativo riflesso nello specchio olandese*

L'inclusione del danno biologico nel sistema di copertura assicurativa INAIL ha dato vita a un dibattito (a dire il vero, ora in parte sopito) circa l'invasione di campo che il diritto previdenziale avrebbe operato ai danni del diritto civile, occupando spazi tradizionalmente di competenza del sistema della responsabilità civile<sup>46</sup>.

In effetti, questo è avvenuto, per di più sotto l'impulso della Corte costituzionale, perché è evidente che se una voce di danno, prima oggetto di risarcimento civilistico, entra nel sistema di protezione INAIL, il diritto primo subisce per ciò stesso una riduzione del suo campo di azione.

Certo la via tracciata dal Giudice delle leggi soprattutto con le sentenze del 1991 è stata da alcuni criticata, non condividendosi la costruzione del connubio degli artt. 2043 c.c. e 32 Cost. come viatico all'estensione della copertura previdenziale al danno biologico. Che, però, ciò debba suscitare particolari perplessità è francamente dubbio ove si consideri che allo stesso risultato si sarebbe potuti giungere anche attraverso una maggiore valorizzazione dell'art. 38, comma 2, Cost., e una conseguente lettura delle «esigenze di vita» depurate dall'aggettivo “lavorativa”: del resto, se – come è noto – anche di recente non sono mancate occasioni in cui il concetto di «mezzi adeguati», riferito alle altre prestazioni previdenziali (e, in particolare, alle pensioni), è stato letto dalla Corte costituzionale attraverso le lenti offerte dall'art. 36 (e, dunque, attraverso i principi di proporzionalità e sufficienza, il secondo dei quali è misurato sulla base del livello di retribuzione necessario per un'«esistenza libera e dignitosa»), non potrebbe non apparire distonica una lettura del principio di adeguatezza limitata, unicamente per la tutela contro infortuni sul lavoro e malattie professionali, alla “vita lavorativa”.

Entro i limiti delineati dal tema della presente indagine, naturalmente l'estensione della copertura previdenziale al danno biologico obbliga, però, a una sia pur breve riflessione anche sul *quantum* di tutela, cioè sulla misura dell'adeguatezza delle prestazioni in materia infortunistica e sul rapporto tra questa misura e il risarcimento ottenibile applicando i principi della responsabilità civile.

---

<sup>46</sup> Amplissima è la bibliografia in proposito: utili riferimenti in M. PERSIANI, M. D'ONGHIA, *Diritto della sicurezza sociale*, cit., 163 ss., e in M. CINELLI, S. GIUBBONI, *Lineamenti di diritto della previdenza sociale*, cit., 223 ss.

In proposito tre sono le premesse concettuali da cui prendere le mosse.

La prima è rappresentata dal comma 6 dell'art. 10 t.u., che limita il «risarcimento qualora il giudice riconosca che questo non ascende a somma maggiore» delle prestazioni previdenziali liquidate all'infortunato o ai suoi aventi diritto: comma oggetto di recenti vicissitudini perché modificato, con decorrenza dal 1° gennaio 2019, dall'art. 1, comma 1126, lett. a), legge n. 145/2018<sup>47</sup>, poi rapidamente abrogato dall'art. 3-sexies, comma 1, d.l. n. 34/2019, che ne ha ripristinato la versione originaria.

La seconda premessa si fonda sul seguente rilievo: alla luce dell'orientamento giurisprudenziale scaturente dalle pronunce del 1991, come attuato dall'art. 13, d.lgs. n. 38/2000, la tutela previdenziale non copre interamente l'area del risarcimento civilistico, e dunque allo stato, salvo ipotizzare ulteriori profili di incostituzionalità<sup>48</sup> (ad esempio, per mancata inclusione nel sistema di tutela INAIL delle voci di danno ulteriori rispetto al danno biologico – c.d. danno complementare – o per esclusione delle lesioni micro-permanenti), l'adeguatezza (*rectius*: la misura di una prestazione previdenziale che possa dirsi adeguata) non può che collocarsi a un livello quantitativamente inferiore rispetto alla complessiva *restitutio in integrum* civilistica.

La terza premessa si fonda sul principio secondo cui «il risarcimento deve coprire tutto il danno cagionato, ma non può oltrepassarlo, non potendo costituire fonte di arricchimento del danneggiato, il quale deve invece essere collocato nella stessa curva di indifferenza in cui si sarebbe trovato se non avesse subito l'illecito: come l'ammontare del risarcimento non può superare quello del danno effettivamente prodotto, così occorre tener conto degli eventuali effetti vantaggiosi che il fatto dannoso ha provocato a favore del danneggiato, calcolando le poste positive in diminuzione del risarcimento»<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> Questo il testo dell'art. 10, comma 6, t.u. risultante dall'integrazione di fine 2018, poi abrogata: «Non si fa luogo a risarcimento qualora il giudice riconosca che questo *complessivamente calcolato per i pregiudizi oggetto di indennizzo*, non ascende a somma maggiore dell'indennità che a qualsiasi titolo ed indistintamente, per effetto del presente decreto, è liquidata all'infortunato o ai suoi aventi diritto» (in corsivo le parti aggiunte e poi eliminate).

<sup>48</sup> Tesi, in effetti, prospettata da R. SCOGNAMIGLIO, *Danno biologico e rapporto di lavoro subordinato*, in *Arg. dir. lav.*, 1997, 26, e D. POLETTI, *I riflessi del revirement giurisprudenziale nel settore Inail*, in E. NAVARRETA (a cura di), *I danni non patrimoniali. Rilievi sistematici e guida alla liquidazione*, Giuffrè, Milano, 2004, 113 ss.; *contra* per motivi "pratici" S. GIUBBONI, *Mobbing e tutela previdenziale*, in *Quad. dir. lav. relaz. ind.*, *Mobbing, organizzazione, malattia professionale*, 2005, n. 29, 193, e per motivi "teorici" G. LUDOVICO, *Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità civile del datore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2012, 321.

<sup>49</sup> Così Cass., sez. un., 22 maggio 2018, n. 12566 (punto 4.1. della motivazione).

Quest'ultima premessa presuppone a sua volta la consapevolezza circa l'identità (se non di funzione<sup>50</sup>, quanto meno) di risultati conseguibili tramite la copertura assicurativa e la tutela civilistica, posto che è compito della tutela INAIL neutralizzare, almeno in parte (date le possibili «differenze nei valori monetari rispetto al danno civilistico»), la «medesima perdita al cui integrale ristoro mira la disciplina della responsabilità risarcitoria del terzo, autore del fatto illecito, al quale sia addebitabile l'infortunio *in itinere* subito dal lavoratore»<sup>51</sup> (ovviamente il discorso vale per qualunque tipo di infortunio).

Tutto ciò premesso, e ragionando proprio tenendo a mente il principio di adeguatezza, la domanda alla quale mi pare si siano sin qui sottratte giurisprudenza e dottrina favorevoli al calcolo del danno differenziale quantitativo per poste omogenee (e, in fondo, lo stesso legislatore con la retromarcia del 2019) è allora la seguente: *quid iuris* nei casi in cui quella tecnica di calcolo conduce al riconoscimento, a beneficio del lavoratore, di un importo superiore a quello che egli conseguirebbe applicando gli ordinari criteri civilistici, che rappresentano incontestatamente il *benchmark* del danno effettivamente subito<sup>52</sup>? Dovrà dirsi che si tratta di un mero “accidente” aristotelico che non inficia la bontà della regola generale, magari invocando a conforto quello stesso principio (l'art. 38, comma 2, Cost.) che già si è visto non essere stato determinante nelle declaratorie di incostituzionalità del 1991? Oppure si sosterrà che il principio di adeguatezza è a geometria variabile, nel senso che può essere declinato in chiave di legittimazione, in via eccezionale (e – a ben vedere – anche in maniera del tutto causale), di una tutela “più che adeguata” ogniquale volta il computo per sommatoria conduca a un risultato quantitativo eccedente la soglia del risarcimento civilistico?

---

<sup>50</sup> Ché la tutela previdenziale deve mirare al conseguimento di una prestazione “adeguata”, mentre obiettivo del sistema della responsabilità civile è la *restitutio in integrum* (G. LUDOVICO, *op. ult. cit.*, 311 ss.). All'identità di funzione si ispira, invece, Cass., sez. un., 22 maggio 2018, n. 12566 (punto 5 della motivazione), che parla di «medesima funzione di ristoro della perdita subita propria del risarcimento del danno». Di contro, di «differenza genetica e funzionale tra l'erogazione INAIL *ex art.* 13 cit. e il risarcimento del danno biologico» parla Cass. 2 novembre 2021, n. 31115.

<sup>51</sup> Cass., sez. un., 22 maggio 2018, n. 12566 (punto 5 della motivazione).

<sup>52</sup> Per alcuni esempi eloquenti v. G. CORSALINI, A. DE MATTEIS, *Il concorso tra risarcimento e indennizzo dinanzi alle giurisdizioni superiori e riflessi sull'azione di rivalsa dall'INAIL*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2019, 173-174 e 176-177, cui *adde* soprattutto G. CORSALINI, *La centralità del lavoratore nel sistema di tutela INAIL. Disciplina degli infortuni e delle malattie professionali*, Giuffrè, Milano, 2020, 300 ss., nonché, da ultimo, L. LA PECCERELLA, *La responsabilità civile da infortunio o malattia professionale e le azioni di rivalsa dell'INAIL*, in L. LA PECCERELLA (a cura di), *Infortuni sul lavoro e malattie professionali - Le tutele dell'assicurazione obbligatoria*, Pacini, Pisa, 2021, 315.

Perché – si faccia attenzione – qui non si tratta di discettare in ordine a ipotesi in cui l'entità della prestazione complessivamente erogata (comprensiva della componente biologica e delle conseguenze patrimoniali) copre l'intero ammontare del risarcimento civilistico: ipotesi, questa, che se in astratto potrebbe suscitare qualche dubbio, quanto meno ove si intenda mantenere una differenziazione di funzioni tra la tutela previdenziale e il sistema della responsabilità civile, è, in realtà, già metabolizzata dal sistema, che, infatti, nega il risarcimento quando esso non è di importo superiore all'ammontare della prestazione (art. 10, comma 6, d.P.R. n. 1124/1965).

Qui si tratta di render conto e ragione delle ipotesi di ipertrofia del principio di adeguatezza, che si verifica quando l'assicurato riceve dall'INAIL una prestazione che, nel suo complesso, è di importo addirittura superiore a quanto ottenibile, a titolo risarcitorio, in virtù dei principi in tema di responsabilità civile: il che può accadere, ad esempio, se, raffrontate singolarmente, la componente del danno non patrimoniale biologico eccedente il 6% sia indennizzata dall'INAIL in misura superiore al risarcimento ottenibile secondo i parametri civilistici, mentre la componente del danno patrimoniale permanente eccedente il 16%<sup>53</sup> sia indennizzata dall'INAIL in misura inferiore al risarcimento conseguibile utilizzando quei parametri, posto che in una simile ipotesi la scelta di privilegiare comunque il maggiore dei due importi conduce a un risultato complessivo (una somma) che eccede il *quantum* civilistico, realizzando un ingiustificato arricchimento. Discorso più delicato, e non trattabile frettolosamente, dovrebbe essere fatto anche a proposito della somma liquidata a titolo di personalizzazione, che può essere esclusa dal difalco solo se inserita tra i danni complementari<sup>54</sup>: in proposito, peraltro, salvo voler svalutare completamente il riferimento agli aspetti dinamico-relazionali menzionati nell'art. 13, d.lgs. n. 38/2000, si dovrà pur considerare che, per quanto modesto e circoscritto, un *minimum* di personalizzazione è, comunque, presente in tale norma e dovrebbe, quindi, essere considerato ai fini della determinazione dell'ammontare del risarcimento spettante al lavoratore.

Naturalmente è nota la posizione di quanti sostengono che il calcolo del danno differenziale per singole poste omogenee sarebbe «il criterio di liqui-

---

<sup>53</sup> Peraltro non da tutti considerata di natura patrimoniale: v., ad esempio, R. DALLA RIVA, *Danno differenziale negli infortuni sul lavoro per poste omogenee: vecchie e nuove questioni*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, 1633.

<sup>54</sup> Argomenta in tal senso, criticando Cass. 2 aprile 2019, n. 91128, R. RIVERSO, *Il risarcimento del danno per infortunio e malattia professionali tra riforme tentate e l'incerto incedere della giurisprudenza*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2020, 45 ss.

dazione più coerente ai principi e ai valori dell'ordinamento giuridico»<sup>55</sup>.

Ma, in realtà, al di là della ritrosia a confrontarsi sul piano argomentativo con le ipotesi in cui il *quantum* della prestazione complessivamente indennizzata supera oggettivamente il *quantum* civilisticamente risarcibile, determinando una tutela previdenziale “più che adeguata” (cioè adeguata “per eccesso”), con conseguente annacquamento della distinzione tra gli statuti del diritto primo e del diritto secondo (e di fatto, almeno sul piano quantitativo, inversione dei ruoli tra gli stessi) e sostanziale declassamento del consueto paradigma risarcitorio secondo i tradizionali canoni civilistici, al di là di ciò – si diceva – è dalla tensione interna che si crea tra gli argomenti addotti a favore del computo per poste omogenee e dalla (inconsapevole?) rilettura *ultra vires* del principio di adeguatezza che si possono ricavare spunti utili per una riflessione ulteriore sui criteri di computo del danno differenziale.

In primo luogo, se non può che condividersi l'assunto, di recente autorevolmente ricordato<sup>56</sup>, circa la «primazia della completa riparazione del danno», deve, invece, sottoporsi a prova di resistenza la conseguenza che se ne vorrebbe trarre circa la ineluttabile preferibilità del calcolo del danno differenziale per singole poste omogenee: prova (ad oggi non ancora offerta) che dovrebbe condurre alla duplice dimostrazione che, da un lato, una diversa modalità di calcolo implichi (per ciò stesso o perché verificato in concreto) un pregiudizio alla riparazione integrale del danno, e che, dall'altro lato, il metodo di computo prescelto non comporta «automatismi, duplicazioni e proliferazioni indebite delle poste risarcitorie» (onere probatorio, questo, di cui mi pare si siano sinora fatti carico, con esiti contrari alla *vulgata* dominante e allo stato

---

<sup>55</sup> Così, anche di recente, P. TULLINI, *Il danno differenziale, il diritto vivente e il legislatore*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, I, 343. Sul computo per poste omogenee v. la granitica giurisprudenza di legittimità: Cass. 9 settembre 2021, n. 24401; Cass. 21 maggio 2019, n. 13645; Cass. 8 aprile 2019, n. 9744; Cass. 2 aprile 2019, n. 9112; Cass. 1 agosto 2018, n. 20392; Cass. 21 novembre 2017, n. 27669; Cass. 9 novembre 2016, n. 22862; Cass. 30 agosto 2016, n. 17407; Cass. 14 ottobre 2016, n. 20807; Cass. 26 giugno 2015, n. 13222. Propendono, invece, per il calcolo per sommatoria: G. LUDOVICO, *Tra responsabilità civile e tutela previdenziale: presupposti, limiti e criteri di calcolo del danno differenziale*, in *Arg. dir. lav.*, 2017, 212 ss.; ID., *Presupposti e limiti oggettivi dell'azione di regresso dell'INAIL*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2017, 13 ss.; ID., *Infortuni sul lavoro: tutela previdenziale e responsabilità civile*, *ivi*, 2015, 429 ss.; G. CAVALLINI, *Il danno differenziale tra tutela previdenziale e responsabilità civile del datore di lavoro*, in *Lav. giur.*, 2017, 1037 ss.; R. DALLA RIVA, *Il «danno differenziale» negli infortuni sul lavoro. Le diverse proposte interpretative nell'attesa di un indirizzo di legittimità*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2015, 547 ss.; ID., *Danno differenziale negli infortuni sul lavoro per poste omogenee: vecchie e nuove questioni*, *cit.*, 1628 ss.

<sup>56</sup> P. TULLINI, *op. loc. ult. cit.*



non smentiti, i sostenitori della tesi minoritaria, non quelli della tesi maggioritaria).

In secondo luogo, è, poi, dubbio che il computo del danno differenziale per poste omogenee possa trarre conforto dal «quadro ricostruttivo dell'istituto della *compensatio lucri cum damno* offerto dalle Sezioni Unite ai fini del raccordo tra responsabilità civile e tutela assicurativa»<sup>57</sup>: e ciò non per particolari criticità argomentative delle diverse tesi, ma per l'equivocità cui si presta la posizione espressa in proposito dalle Sezioni Unite nella sentenza 22 maggio 2018, n. 12566, non a caso citata a supporto da entrambi gli schieramenti contrapposti<sup>58</sup>.

E, in effetti, se una riflessione più approfondita dovesse essere fatta su questo orientamento giurisprudenziale e sulle conseguenze che se ne possono trarre in tema di *compensatio lucri* e di computo del danno differenziale, ebbene essa dovrebbe essere condotta non sulla base degli argomenti o dei frammenti di motivazione che le contrapposte tesi hanno utilizzato per trarne conforto, ma sui presupposti e sulle conseguenze che alcuni passaggi della suddetta sentenza comportano: a monte, l'identità di funzioni fra tutela previdenziale e risarcimento civilistico; a valle, la possibilità che la tutela previdenziale superi quantitativamente il risarcimento civilistico.

Quanto al presupposto, pare evidente, infatti, che sostenere l'identità di funzione tra tutela previdenziale e strumento risarcitorio civilistico significa perdere di vista la specificità della *ratio* della prima, che viene così orientata al conseguimento di una "porzione" (un'anticipazione) dello stesso obiettivo economico perseguibile con gli strumenti del diritto primo: il che, se è vero e anche comprensibile sul piano fattuale, non lo è su quello concettuale, quanto meno ove si consideri che da tempo immemore è non il risarcimento del danno nell'esatta misura in cui esso si è prodotto (prerogativa, questa, del sistema civilistico), ma «la liberazione dal bisogno connotato da un'origine professionale» il *proprium*, cioè l'«esclusivo criterio ispiratore» dell'assicurazione obbligatoria INAIL<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> Così P. TULLINI, *op. ult. cit.*, 347.

<sup>58</sup> V. ad esempio, da un lato P. TULLINI, *op. ult. cit.*, 347 ss., ed E. BELLISARIO, *Il calcolo del danno differenziale: profili critici di un "blitz" legislativo discutibile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 304; dall'altro, R. DALLA RIVA, *Danno differenziale negli infortuni sul lavoro per poste omogenee: vecchie e nuove questioni*, cit., 1643, G. CORSALINI, A. DE MATTEIS, *Il concorso tra risarcimento e indennizzo dinanzi alle giurisdizioni superiori e riflessi sull'azione di rivalsa dall'INAIL*, cit., 172 ss., e L. LA PECCERELLA, *La responsabilità civile da infortunio o malattia professionale e le azioni di rivalsa dell'INAIL*, cit., 311 ss.

<sup>59</sup> G. LUDOVICO, *La tutela contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali*, in E. ALES, G. CANAVESI, D. CASALE, R. CASILLO, M. ESPOSITO, G. LUDOVICO, R. VIANELLO, *Diritto*

D'altra parte, a ben considerare, il discorso relativo alla funzione rispettivamente della tutela previdenziale e della responsabilità civile pare non essere nemmeno così netto e decisivo, se impiegato in chiave di supporto all'una o all'altra tesi in tema di computo del danno differenziale quantitativo: prova ne sia che non manca chi, pur sostenendo il concorso funzionale fra sistema previdenziale e sistema risarcitorio, in linea con un certo sviluppo argomentativo della giurisprudenza di Cassazione favorevole al computo per poste omogenee, perviene poi a soluzioni diametralmente opposte ed esprime severe critiche alla «artificiosa parcellizzazione, funzionale ad una lievitazione del danno complessivamente ed unitariamente considerato ed unitariamente risarcibile al lavoratore infortunato», da cui può derivare un «risarcimento superiore al pregiudizio subito», cioè «il risarcimento di un danno non (effettivamente) sofferto»<sup>60</sup>.

Quanto alle conseguenze, già si è detto della concreta possibilità che la determinazione del danno differenziale quantitativo per singole poste omogenee conduca all'attribuzione, a titolo indennitario, di un importo addirittura superiore a quello ottenibile alla stregua degli ordinari criteri civilistici<sup>61</sup>: il che contraddice sia il presupposto di partenza da cui muovono le Sezioni Unite, posto che allora diviene difficile spiegare perché a identità di funzione debba corrispondere difformità di risultati, sia l'idea (ampiamente radicata nella diversa impostazione della tutela previdenziale rispetto al sistema della responsabilità civile) che l'adeguatezza (proprio perché finalizzata alla realizzazione di un obiettivo diverso da quello cui mira il risarcimento civilistico) sia un *quid minoris* rispetto alla *restitutio in integrum*<sup>62</sup>, come affermato anche di recente dalla 3<sup>a</sup> Sezione Civile della Cassazione, la quale ha ricordato che l'indennizzo INAIL non copre l'intero danno biologico (diversamente dal risarcimento, che presuppone la commissione di un illecito contrattuale o aquilia-

---

della sicurezza sociale, Giuffrè, Milano, 2021, 115. Del resto, la “dismissione” della funzione risarcitoria come conseguenza dell'abbandono della teoria del rischio professionale è da tempo affermata dalla più autorevole dottrina: v. M. PERSIANI, M. D'ONGHIA, *Diritto della sicurezza sociale*, Giappichelli, Torino, 2020, 172 ss. (in linea con quanto costantemente sostenuto da Persiani).

<sup>60</sup> L. DI BONA, *Concorso tra indennizzo e risarcimento del danno negli infortuni in itinere: criteri per una ragionevole determinazione della pretesa risarcitoria del lavoratore e della rivalsa da parte dell'INAIL*, in *Dir. sic. lav.*, 2016, 7 ss. (e, in particolare, 12-13), pubblicato anche in *Riv. inf. mal. prof.*, 2016 con il titolo *Per una ragionevole determinazione del risarcimento del danno da infortunio in itinere e della rivalsa da parte dell'Inail, nel concorso fra indennizzo e risarcimento civilistico* (v. soprattutto 259 ss. e 264-265).

<sup>61</sup> Ne è lucidamente consapevole R. RIVERSO, *Il risarcimento del danno per infortunio e malattia professionali tra riforme tentate e l'incerto incedere della giurisprudenza*, cit., 56-57.

<sup>62</sup> Conf. R. RIVERSO, *op. ult. cit.*, 35-36.

no) e, quindi, non può essere liquidato, ai fini di tale assicurazione, con gli stessi criteri valevoli in ambito civilistico, in considerazione della sua natura assistenziale e nonostante la menomazione dell'integrità psico-fisica, alla quale fa riferimento l'art. 13, d.lgs. n. 38/2000, sia la medesima<sup>63</sup>.

Né la questione può essere semplicemente trattata, al rialzo, richiamando la supposta coerenza del calcolo per poste omogenee con i principi e valori dell'ordinamento giuridico (tra cui, per inciso, dovrebbe pur includersi anche il principio di adeguatezza), se prima non si risolve la evidente contraddizione tra la lettura che della regola della *compensatio lucri* offrono i sostenitori di quella tesi, in linea – è doveroso evidenziarlo – con l'orientamento della Casazione («stesso danno, stesso titolo (ossia stessa voce di danno), stessa funzione» riparatoria<sup>64</sup>), da un lato, e, dall'altro lato, l'esorbitanza del risultato che ne può conseguire rispetto al complessivo risarcimento del danno civilistico, in contrasto, fra l'altro, con il divieto di ingiustificato arricchimento.

Certo non sfugge che questo contrasto potrebbe essere risolto in molti modi, utilizzando vari spunti, del cui sviluppo argomentato dovrebbe debitamente farsi carico la teoria del computo per poste omogenee: a) affermando che anche la verifica circa la “giustificatezza” o no dell'arricchimento deve essere del pari condotta per singole poste omogenee (e non complessivamente), cosicché, scomposto il danno voce per voce, deve sempre essere privilegiato (e riconosciuto) l'importo maggiore (quello erogato dall'INAIL o quello conseguibile utilizzando gli ordinari criteri civilistici), importo che, così argomentando, non sarebbe mai ingiustificato, a prescindere dal risultato complessivo (il che – è bene intendersi – significa dire, civilisticamente parlando: a prescindere dal pregiudizio effettivamente subito)<sup>65</sup>; b) sostenendo che il princi-

---

<sup>63</sup> Cass. 4 novembre 2020, n. 24474, secondo cui, pur in presenza della stessa menomazione dell'integrità psico-fisica, la tutela dell'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, da un lato, e il sistema della responsabilità civile, dall'altro lato, perseguono «fini propri e diversi»: infatti, «la diversità ontologica tra l'istituto assicurativo e le regole della responsabilità civile trova un riscontro sul piano costituzionale, posto che i due rimedi rinven- gono ciascuno un referente normativo diverso: la prestazione indennitaria risponde agli obietti- vi di solidarietà sociale cui ha riguardo l'art. 38 Cost., mentre il rimedio risarcitorio, a presidio dei valori della persona, si innesta sull'art. 32 Cost.».

<sup>64</sup> E. BELLISARIO, *Il calcolo del danno differenziale: profili critici di un “blitz” legislativo discutibile*, cit., 304.

<sup>65</sup> Osserva ineccepibilmente R. RIVERSO, *op. ult. cit.*, 58, che il sistema costituzionale di protezione previdenziale del lavoratore ex art. 38 non impone «che nella comparazione dei calcoli sottesi alle regole poste a presidio della riparazione dei danni subiti dal lavoratore questi abbia diritto di ritenere il di più che deriva dal differente sistema di calcolo, mentre l'istituto assicuratore debba sopportare la perdita» (ciò che comporterebbe «l'estensione della tutela per

pio di adeguatezza, lungi dal rappresentare un *quid minoris*, legittima l'attribuzione (in via indennitaria o risarcitoria) di importi scomposti per singola voce che, complessivamente considerati, ben possono superare la completa riparazione del danno determinato secondo i parametri civilistici<sup>66</sup>; c) azzerando qualunque distinzione tra la tutela previdenziale e il risarcimento civilistico, cosicché il diritto secondo diverrebbe la “bella copia” del diritto primo, impreziosita dai ben noti pregi dell'una (ad esempio, sul piano delle agevolazioni probatorie, della solidità del debitore della prestazione) e depurata dai “difetti” dell'altro (*in primis*, dal fastidio di cui all'art. 1227); d) invocando iconoclasticamente l'incostituzionalità generalizzata dell'attuale sistema di tutela previdenziale perché ancora non copre il danno complementare (danno morale, danno esistenziale), il danno biologico temporaneo, il danno biologico inferiore al 6%<sup>67</sup>, sì da ricondurre qualunque fattispecie di danno sotto l'ombrello di copertura offerto dall'INAIL.

Vero è che, in ogni caso e in ultima analisi, comunque la tesi del calcolo del danno differenziale per singole poste omogenee non può ulteriormente differire il confronto con le ipotesi in cui l'esito contabile travalica ciò che in sede civile è individuato come «l'ineludibile parametro-limite, verso il basso come verso l'alto, del risarcimento liquidabile al lavoratore», cioè il «pregiudizio effettivamente subito»<sup>68</sup>: tanto più che, in ottica squisitamente previdenziale, dovrebbe

---

danno biologico oltre l'area del tetto civilistico risarcibile»), né impone «al legislatore di dover assicurare al lavoratore un risarcimento del danno complessivamente superiore a quello spettante a qualsiasi altro cittadino».

<sup>66</sup> È l'assunto di G. CALAFIORE, *Intervento al Convegno Infortuni sul lavoro e responsabilità civile: vecchie e nuove questioni in tema di danno differenziale* – Corte di Cassazione, 22 novembre 2019 (citato da R. DALLA RIVA, *Danno differenziale negli infortuni sul lavoro per poste omogenee: vecchie e nuove questioni*, cit., 1649, nota 40), secondo cui l'eccedenza dell'importo dell'indennità rispetto al danno effettivamente risarcibile «(ciò è altamente probabile per la componente patrimoniale della rendita Inail ex art. 13, comma 2 lett. b) riferita ad una presunta perdita di capacità lavorativa specifica che potrebbe non aver prodotto pregiudizio economico)» dimostra «semplicemente la scelta di politica sociale sottesa al sistema», nel senso che «lo Stato in ragione degli obblighi di solidarietà ben noti e fondati sugli artt. 2 e 38 della Cost. ha scelto di sopportare tale carico favorendo così il lavoratore infortunato o ammalato per ragioni professionali».

<sup>67</sup> Un problema, questo, di cui mostra di essere consapevole uno dei più efficaci sostenitori della tesi del computo per sommatoria: v. G. LUDOVICO, *Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità civile del datore di lavoro*, cit., 321.

<sup>68</sup> L. DI BONA, *Concorso tra indennizzo e risarcimento del danno negli infortuni in itinere: criteri per una ragionevole determinazione della pretesa risarcitoria del lavoratore e della rivalsa da parte dell'INAIL*, cit., 11, nonché EAD., *Per una ragionevole determinazione del*

convenirsi che il principio di adeguatezza pacificamente e tradizionalmente vale non solo a estendere, ma anche a contenere la tutela, come, in effetti, pare essere stato compreso da chi ha proposto una soluzione “mediana” che, detratto il danno complementare perché estraneo alla copertura assicurativa INAIL (e liquidabile secondo gli ordinari criteri civilistici), postula che «tutto il danno che residua» vada «unitariamente considerato come danno differenziale, senza poter più distinguere, al suo interno, tra la componente non patrimoniale e quella patrimoniale, che pertanto ben potranno essere sommate tra di loro al fine di realizzare un raffronto complessivo *ex art. 10 t.u.*»<sup>69</sup>.

Del resto, un delimitazione della prestazione, tramite riproporzionamento entro una soglia-limite, è operazione ben nota, tra l'altro, anche in materia infortunistica: basti pensare a quanto l'art. 85, d.P.R. n. 1124/1965 stabilisce in tema di rendita ai superstiti ogniqualvolta la somma delle prestazioni spettanti a ciascun beneficiario superi l'importo dell'intera retribuzione che funge da base di calcolo della rendita medesima («le singole rendite sono proporzionalmente ridotte entro tale limite»)<sup>70</sup>.

Nella determinazione del danno differenziale, dunque, si tratterebbe semplicemente di fare applicazione del medesimo principio, avendo come *benchmark* di riferimento il complessivo risarcimento conseguibile in sede civilistica, non comprimibile al ribasso, ma nemmeno aggirabile al rialzo, in violazione del divieto di ingiustificato arricchimento, come disvela, in più di qualche ipotesi, lo specchio olandese del computo per singole poste omogenee.

---

*risarcimento del danno da infortunio in itinere e della rivalsa da parte dell'Inail, nel concorso fra indennizzo e risarcimento civilistico*, cit., 263.

<sup>69</sup> Così S. GIUBBONI, *Il risarcimento del danno differenziale da infortunio sul lavoro dopo la legge di bilancio 2019*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2019, 192-193, cui si rinvia anche per la puntuale ricostruzione della problematica e per i numerosi riferimenti bibliografici.

<sup>70</sup> La rendita ai superstiti è ragguagliata al 100% della retribuzione calcolata secondo le disposizioni degli articoli da 116 a 120 del testo unico: dunque, in presenza del coniuge (50%) e di tre figli (20% ciascuno), la prestazione spettante a ogni beneficiario subisce una riduzione proporzionale.

