

Il danno differenziale tra diritto comune, diritti speciali e schizofrenia legislativa*

Luigi de Angelis

1. Utilizzo dell'elaborazione civilistica in argomento ma diversità della prospettiva lavoristica.	19
2. Profili di specificità relativi al risarcimento del danno patrimoniale.	20
3. Tutela risarcitoria della persona e il ruolo della pur equivoca figura del mobbing.	20
4. Aspetti specifici del risarcimento del danno non patrimoniale: il danno differenziale nel suo lungo percorso.	22
5. In particolare: gli approdi antecedenti la l. n. 145/2018.	24
6. L'intervento a sorpresa della l. n. 145/2018.	25
6.1. Pretese contraddizioni testuali.	27
6.2. Conseguenze dell'interpretazione accolta.	28
6.3 Alcuni altri problemi di costituzionalità.	29
6.4. La misura premiale contenuta nell'art. 11, comma 3, l. n. 145/2018.	29
6.5. Limiti temporali di applicazione.	30
7. L'abrogazione dell'art. 1, comma 1126, lett. a)-f), l. 145/2018 disposta dalla legge di conversione del decreto crescita.	31
8. Un profilo eccentrico dell'argomento: il danno non patrimoniale in materia di licenziamenti illegittimi.	31

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 392/2019

1. Utilizzo dell'elaborazione civilistica in argomento ma diversità della prospettiva lavoristica.

Il progressivo ridimensionamento delle tutele speciali proprie del diritto del lavoro, caratterizzate da un'impronta di forte effettività dei diritti dei lavoratori, ha da alcuni anni indirizzato l'attenzione anche verso la tutela risarcitoria, che, estranea alla grande rimediazione del tema del risarcimento del danno degli anni '60 del secolo scorso³⁷, per lungo tempo è stata una sorta di parente povero della nostra materia. Ugualmente il diritto del lavoro non ha partecipato alla elaborazione della risarcibilità del danno alla persona sviluppatasi lungo i binari della responsabilità aquiliana nei due successivi decenni e nella quale posizione di primissimo piano ha avuto la corte costituzionale³⁸.

Ne è derivato che il diritto del lavoro sia tributario dell'elaborazione e degli approdi civilistici profondamente arricchitisi negli ultimi anni in ragione del sempre maggiore valore della persona quale individuo e non solo quale percettore di reddito, pur se in esso non mancano elementi di specificità³⁹.

È innanzitutto diverso l'angolo prospettico che qui è quello della responsabilità contrattuale⁴⁰, la tematica essendo legata essenzialmente alla violazione dell'art. 2087 cod. civ. dato che la regola in esso contenuta, un tempo riferita al solo ordinamento pubblicistico in conformità con la sua collocazione topografica, è ritenuta da molti anni far parte anche del contenuto del rapporto di lavoro⁴¹, come vi fanno parte altre norme qui in gioco prima fra tutte l'art. 2103 cod. civ., ora

³⁷ Cfr., tra i recenti, C. SCOGNAMIGLIO, Focus sui danni punitivi, in *Le nuove frontiere del risarcimento del danno*, corso *Le nuove frontiere del risarcimento del danno*, organizzato dalla Formazione decentrata della Scuola superiore della magistratura della Corte di Cassazione (Roma, 1-2 febbraio 2017).

Sulla revisione delle teorie civilistiche in tema di tutela risarcitoria, in particolare sul c.d. problema della colpa e sul modo di intendere il requisito dell'ingiustizia del danno, cfr. la ricostruzione critica di P. BARCELLONA, *Gli istituti fondamentali del diritto privato*, Jovene, Napoli, 1970, 289 ss., e di G. TUCCI, *Responsabilità civile e danni ingiusti*, in AA. VV., *Diritto privato Una ricerca per l'insegnamento*, a cura di N. Lipari, Laterza, Bari, 1974 504 ss.; su quest'ultimo aspetto cfr. V. SCALISI, *Danno e ingiustizia nella teoria della responsabilità civile*, RTDPC, 2004, 793 ss., anche riferimenti in nota.

³⁸ Cfr. Corte cost., 14 luglio 1986, n. 184, FI, 1986, I, 2053, con nota di G. PONZANELLI, *La Corte costituzionale, il danno non patrimoniale e il danno alla salute*; Corte cost. 6 giugno 1989, n. 319, FI, 1989, I, 2695, con nota di G. DE MARZO; Corte cost., 18 luglio 1991, n. 356, FI, 1991, I, 2967, con nota di G. DE MARZO, *Pregiudizio della capacità lavorativa generica: danno da lucro cessante o danno alla salute?*; Corte cost., 15 febbraio 1991, n. 87, FI, 1991, I, 1664, con nota di D. POLETTI, *Cronaca di un incontro annunciato: il danno alla salute e l'assicurazione contro gli infortuni*; Corte cost., 27 dicembre 1991, n. 485, FI, 1993, I, 72, con note di G. BIANCO, *Corte costituzionale e danno biologico: incontri vieppiù ravvicinati*, e V. FERRARI, *Danno biologico e danno previdenziale: una questione di copertura assicurativa del rischio*. Ma v. altresì Corte cost., 26 luglio 1979, n. 88, GC, 1980, I, 534, con nota di G. ALPA, *Danno "biologico" e diritto alla salute davanti alla Corte costituzionale*; Cass., 6 giugno 1981, n. 3675, GC, 1981, I, 1903, con nota di G. ALPA, *Danno biologico e diritto alla salute davanti alla corte di cassazione*. Al riguardo cfr. per tutti L. MONTUSCHI, *Problemi del danno alla persona nel rapporto di lavoro*, RIDL, 1994, I, 319 ss.

³⁹ Per i primi tre paragrafi di questo scritto mi sono avvalso di L. de ANGELIS, *Diritto del lavoro e tutela risarcitoria: un fugace sguardo tra passato e presente*, ADL, 2017, 605 ss., cui mi permetto di rinviare per maggiore approfondimento.

⁴⁰ Cfr. L. MONTUSCHI, *Problemi del danno*, cit., 324.

⁴¹ Cfr. L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, 3a ed., Milano, 1986, 56 ss.; ID., *Problemi del danno*, cit., 321 ss.; P. ALBI, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona*, in *Il Codice Civile Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER e diretto da F.D. BUSNELLI, sub art. 2087, Giuffrè, Milano, 2008, 124 ss., ed *ivi* anche esaurienti riferimenti alla nota 1; per rapidi ma puntuali cenni alla storia dell'interpretazione dell'art. 2087 Cod. Civ. cfr. O. MAZZOTTA, *Danno alla persona e rapporto di lavoro: qualche domanda, politicamente non corretta, alla giurisprudenza*, in LD, 2004, 447 ss.; sottolinea la compatibilità tra interesse generale e natura contrattuale dello strumento per realizzarlo L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Responsabilità dell'imprenditore*, in *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, diretto da L. RIVA SANSEVERINO e G. MAZZONI, II, Cedam, Padova, 1971, 447.

riformato. E ciò si riflette sulla disciplina dell'onere probatorio, della prescrizione, e della prevedibilità del danno, aspetto, quest' ultimo, per il vero poco considerato nella riflessione lavoristica⁴².

2. Profili di specificità relativi al risarcimento del danno patrimoniale.

Nonostante la caratterizzante implicazione della persona nel rapporto di lavoro, forse i più incisivi spunti di specificità si ritrovano nella risarcibilità del danno patrimoniale: si pensi alla materia dei licenziamenti soggetti all'art. 18 l. n. 300/1970, nei testi succedutisi, e dei licenziamenti soggetti al d.lgs. n. 23/2015 anche alla luce della recente sentenza n. 194/2018 della corte costituzionale⁴³. E si pensi alla disciplina prevista dalla l. n. 183/2010 per la illegittima reiterazione di contratti a termine passata indenne al vaglio del giudice delle leggi⁴⁴, nonché, per i rapporti di lavoro pubblico contrattualizzati, alla discutibile figura del *danno comunitario*⁴⁵.

3. Tutela risarcitoria della persona e il ruolo della pur equivoca figura del mobbing.

È proprio l'argomento che qui interessa a presentare i tratti più peculiari della tutela risarcitoria della persona nel rapporto di lavoro, che nel nuovo secolo é stata trainata dall'esplosione del *mobbing*, questa *fattispecie senza fattispecie*, richiamato per la prima volta in una nota decisione torinese del 1999⁴⁶. Per quel che qui interessa, il fenomeno viene ad avere una sua specificità non tanto sulle conseguenze dannose - al riguardo vanno segnalate alcune pronunce ed opinioni dottrinali che criticabilmente le hanno ravvisate addirittura *in re ipsa*⁴⁷ - quanto appunto sulla fattispecie produttiva di esse. Ebbene, il ricorso alla figura del *mobbing* ha avuto il merito di avere

⁴² Come detto nel testo, il limite della prevedibilità del danno trova pochi approfondimenti nella riflessione lavoristica; in argomento cfr. A. LASSANDARI, *La responsabilità del datore di lavoro privato*, in AA. VV., *Vessazioni e angherie sul lavoro*, diretto da M. PEDRAZZOLI, Zanichelli, Bologna, 2007, 231 ss., ed *ivi* riferimenti a scritti di O. Mazzotta, L. Nogler, A. Tursi, F. Leardini.

⁴³ Corte cost. 26 settembre 2018, n. 194, *RIDL*, 2018, II, 1031, con note, di orientamento opposto, di P. ICHINO, *Il rapporto tra il danno prodotto dal licenziamento e l'indennizzo nella sentenza della consulta*, e di M.T. CARINCI, *La Corte costituzionale ridisegna le tutele del licenziamento ingiustificato nel jobs act: una pronuncia destinata ad avere un impatto di sistema*, nonché *FI*, 2019, I, 70, con nota di S. GIUBBONI, *Il licenziamento del lavoratore con contratto "a tutele crescenti" dopo l'intervento della Corte costituzionale*, *LG*, 2019, 153, con nota di C. CESTER, *Il Jobs Act sotto la scure della Corte costituzionale: tutto da rifare?*, e *ADL*, 2018, commentata, 1518, da M. MARTONE, *Calcolabilità del diritto e discrezionalità del giudice: a proposito della illegittimità costituzionale del Jobs Act*. La massima della sentenza é riportata anche in *DLM*, 2018, 633, commentata da R. DE LUCA TAMAJO, *La sentenza costituzionale 194 del 2018 sulla quantificazione dell'indennizzo per licenziamento illegittimo*, e in *GI*, 2018, 2710, commentata da C. ROMEO, *La Consulta e la rivoluzione sulla misura dell'indennità per il licenziamento illegittimo*.

⁴⁴ Cfr. Corte cost. 11 novembre 2011, n. 303, *FI*, 2011, I, 717, con nota di richiami, e in altre riviste.

⁴⁵ Da ult. cfr. Cass. ord. 16 gennaio 2019, n. 992, *FI*, *Le banche dati*, archivio *Cassazione civile*.

⁴⁶ Trib. Torino, ord. 16 novembre 1999, in *DR*, 2000, 403, con nota di M. BONA, U. OLIVA, *Nuovi orizzonti nella tutela della personalità dei lavoratori: prime sentenze sul mobbing e considerazioni alla luce della riforma Inail*; anche *RIDL*, 2000, II, 102, con nota di G. PERA, *La responsabilità dell'impresa per il danno psicologico subito dalla lavoratrice perseguitata dal preposto (a proposito del c.d. mobbing)*, sentenza cui fece seguito a brevissimo tempo Trib. Torino, 30 novembre 1999, in *DR*, 2000, 403, con la citata nota di M. BONA e U. OLIVA. In proposito cfr. M.T. CARINCI, *Il mobbing alla ricerca della fattispecie*, *QDLRI*, 2006, fasc. 29, 41; inoltre cfr. le rassegne di giurisprudenza a cura di L. NOCCO, *Il mobbing*, *DR.*, 2008, 398, e, da ult., di S. AURIEMMA, *Il mobbing al vaglio della giurisprudenza*, *ADL*, 2019, 695 ss.

⁴⁷ Cfr., in senso critico, S. BRUN, *Persecuzione sui luoghi di lavoro e tutela risarcitoria: le rigidità interpretative e i nodi irrisolti*, *ADL*, 2007, 1479 e segg. Sempre criticamente cfr. P. TOSI, *Il mobbing: una fattispecie in cerca d'autore*, *ADL*, 2003, 651; A. TURSÌ, *Il danno non patrimoniale alla persona nel rapporto di lavoro: profili sistematici*, *RIDL*, 2013, 283; M. PEDRAZZOLI, *Tutela della persona e aggressioni alla sfera psichica del lavoratore*, *RTDPC*, 2007, 1154 ss., e in AA. VV., *Vessazioni e angherie sul lavoro*, cit., 31 ss., ed *ivi* richiami alle posizioni criticate.

gettato luce su di un fenomeno realmente esistente in ambito lavorativo e spesso lasciato in ombra⁴⁸, nonché di avere stimolato l'approfondimento sulla dignità⁴⁹ e sulla tutela risarcitoria della persona nel rapporto di lavoro. Tale ricorso, però, cui peraltro non sono mancate anche derive di moda e persino derive speculative, ha "basi giuridiche del tutto approssimative e persino discutibili"⁵⁰. Vi è, infatti, che ad una figura non prevista dall'ordinamento non può attribuirsi valore giuridico recependo nozioni ad esso estranee (si è parlato da alcuni di "fattispecie che non c'è"⁵¹, e di "fattispecie in cerca d'autore"⁵²), dovendosi piuttosto verificare se sussistono regole di diritto che le si attagliano. Regole che in effetti la materia lavoristica offre⁵³ in quelle contenute nelle disposizioni in precedenza citate, vale a dire in quelle che prevedono gli obblighi di cui al prima richiamato art. 2087 cod. civ.⁵⁴, il quale tutela sia l'integrità psicofisica che la personalità morale, e di cui all'art. 2103, e regole la cui violazione comporta la risarcibilità dei pregiudizi causati e che per questo rendono inutile il richiamo a qualcosa che nell'ordinamento non esiste. Ciò che esiste è invece una condotta lesiva di obblighi di legge la quale, se produttiva di danni, oltre che all'azione di adempimento⁵⁵ e all'eccezione d'inadempimento ex art. 1460 Cod. Civ., deve essere soggetta a responsabilità contrattuale.

Questo *ritorno al diritto* non solo rende non proficuo il ricorso alla figura del *mobbing* ma evita qualche incongruità e qualche equivoco⁵⁶. Non mi riferisco al caso in cui il *mobbing* non sia stato invocato in un giudizio in cui pure siano stati dedotti comportamenti nocivi in violazione delle suddette disposizioni, posto che qui la tutela è comunque assicurata dal principio *jura novit curia*⁵⁷. Mi riferisco piuttosto ai comportamenti nocivi unici, o privi di sistematicità o non prolungati,

⁴⁸ Le vessazioni sul lavoro sono sempre esistite ed anzi un tempo erano anche più crudeli: così R. DEL PUNTA, *Il mobbing: l'illecito e il danno*, LD, 2003, 552, anche richiamando il titolo dello scritto di G. PERA, *Angherie e inurbanità negli ambienti di lavoro*, RIDL, 2001, I, 291 ss.

⁴⁹ Cfr., da ult., G. DE SIMONE, *La dignità del lavoro tra legge e contratto*, relazione alle giornate di studio dell'Aidlass sul tema "Persona e lavoro tra tutele e mercato" (Udine, 13-14 giugno 2019), ined. allo stato, § 2.2.1; altresì M. RENDINA, *Su alcune implicazioni processuali del "mobbing"*, VTDL, 2016, 795, secondo cui la ragione del discorrere di *mobbing* non ha un rilievo tecnico-giuridico quasi si trattasse di una specifica fattispecie, ma va ricercata nell'impulso che tale costruzione "ha fornito ad un approfondimento sul tema centrale della dignità del lavoratore sul luogo di lavoro, così garantendo un opportuno ulteriore aumento della sensibilità dell'interprete, e della comunità tutta del diritto, sul ben delicato punto"; in argomento cfr. anche M.L. VALLAURI, *L'argomento della "dignità umana" nella giurisprudenza in materia di danno alla persona del lavoratore*, DLRI, 2014, 659 ss., spec. 672 ss.; P. ALBI, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza*, cit., 50 ss. Sul tema della dignità del lavoro cfr. S. LAFORGIA, *Diritti fondamentali dei lavoratori e tecniche di tutela, discorso sulla dignità sociale*, Esi, Napoli, 2018, spec. 63 ss., nonché, da ult. G. DE SIMONE, cit., *passim*, e M. TIRABOSCHI, *Mercati, regole, valori*, relazione alle giornate di studio di Udine dell'Aidlass cit., spec. § 1.

⁵⁰ Così G. FERRARO, *Il danno alla persona nella specificità delle relazioni di lavoro: un'opinione controcorrente*, in *Il danno alla persona nel rapporto di lavoro*, Atti del convegno nazionale sul tema organizzato dall'Aidlass (Napoli 31 marzo – 1 aprile 2006), Giuffrè, Milano, 2007, 259; P. TOSI, *Mobbing e responsabilità datoriale*, in *Il danno alla persona*, cit., 243 ss.

⁵¹ Cfr. R. DEL PUNTA, *Il mobbing*, cit., 541.

⁵² fr. P. TOSI, *Il mobbing: una fattispecie*, cit., 651.

⁵³ Cfr., tra i recenti, F. MALZANI, *Ambiente di lavoro e tutela della persona*, Milano, 2014, 313, che richiama anche gli artt. 14, 15 e 16 della legge n. 300 de 1970 e il nuovo diritto antidiscriminatorio.

⁵⁴ Insiste, in particolare, sul ruolo cruciale in materia dell'art. 2087, che rende inutile anche l'"imbarcarsi nella complessa discussione della rilevanza diretta dei principi costituzionali", O. MAZZOTTA, *Danno alla persona*, cit., 446 ss.

⁵⁵ Sulla cui centralità insiste tra i più recenti soprattutto P. ALBI, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza*, cit., 12 ss., 221 ss.

⁵⁶ Cfr., tra gli altri, G. PROIA, *Alcune considerazioni sul c.d. mobbing*, in *ADL*, 2005, 828, 831 ss.; E. GRAGNOLI, *Mobbing*, [aggiornamento-2003], in *Dig., Disc. Priv., Comm.*, Torino, 697.

⁵⁷ Cfr. M. RENDINA, *Su alcune implicazioni*, cit., 806 ss., cui si rinvia anche per la trattazione di altri profili processuali.

i quali, alla stregua di quel che si è prima sostenuto, non vi è ragione che non diano luogo a risarcimento⁵⁸, la unicità, ripetitività, sistematicità o breve durata potendo rilevare solo ai fini della quantificazione del danno o quali elementi presuntivi della sua esistenza e del collegamento causale alle condotte. Ciò del resto trova riscontro in recenti pronunce della corte di cassazione che pur utilizzando altra nozione a mio avviso inutile, quella di *straining*, intesa come condotta nociva che si realizza con un'azione unica ed isolata o comunque in più azioni ma prive di continuità, rilevano che ciò che conta ai fini risarcitori è che sussista una condotta (nociva) contraria all'art. 2087 Cod. Civ.⁵⁹

Quanto all'ipotesi in cui i comportamenti vessatori unitariamente considerati siano leciti o in parte illeciti ed in parte leciti ma dettati da intento persecutorio, che in tutto o in parte sembrerebbero fuoriuscire dall'area dell'inadempimento e che quindi in qualche modo giustificerebbero l'elaborazione della figura qui contestata, è da dire che in realtà la liceità non è tale se si considera che il preteso atto lecito ha comunque violato l'obbligo di tutela della personalità morale e quindi lecito non è. Dunque è inadempimento.

4. Aspetti specifici del risarcimento del danno non patrimoniale: il danno differenziale nel suo lungo percorso.

La specificità del danno differenziale riguarda invece appunto le conseguenze dannose di una condotta e si riallaccia questa volta al diritto della previdenza sociale attraverso una normativa di legge (art. 10, comma 6, d.p.r. n. 1124/1965, testo originario e 3, comma 2, dello stesso), laddove questa ha escluso il risarcimento del danno da infortunio sul lavoro e da malattia professionale quando non superi la somma di quanto liquidato dall'Inail. Per un notevole lasso di tempo si è quindi stati appieno all'interno della tradizionale tutela risarcitoria: l'intervento economico dell'assicurazione sociale per la perdita o la diminuzione della capacità lavorativa generica e quindi di una sofferenza patrimoniale - questo assicurava il d.p.r. n. 1124/1965, oltre che provvidenze minori - pur rispondendo ad una logica di garanzia previdenziale e non risarcitoria, incideva sul pregiudizio economico collegato al medesimo evento subito dal lavoratore e rendeva pertanto operante la *compensatio lucri cum danno*.

Le cose sono cominciate a cambiare quando anche il danno non patrimoniale alla persona ha iniziato a trovare tutela (v. *antea*); danno che, per non essere coperto dall'assicurazione, andava ristorato integralmente. È sorta così la formula del *danno complementare*, diffusamente adottata pur se comportante l'ambiguità⁶⁰ o forse meglio l'equivoco concettuale dato dal far ritenere risarcimento del danno ciò di cui fosse complemento, quando tale, si è detto, non è; ciò nonostante, per la sua diffusione anche nella giurisprudenza di legittimità si utilizzerà la formula anche nel corso di questo scritto.

La questione del *danno differenziale* viene a porsi con il d.lgs. n. 38/2000 (art. 13, comma 2), che, aderendo ai moniti della corte costituzionale, ha assicurato il danno biologico per le menomazioni conseguenti alle lesioni dell'integrità psicofisica pari o superiori al 6% (tramite rendita in caso di

⁵⁸ Conf. R. DEL PUNTA, *Diritti della persona*, cit., 52.

⁵⁹ Cfr. Cass., 19 febbraio 2016, n. 3291, *Labor*, 2016, 283, con nota di N. ROSSI, *Tutto è straining, niente è straining*, e *LG*, 2016, 803, con nota di C. GAROFALO, *Il mobbing attenuato: lo straining*.

⁶⁰ Cfr. G. LUDOVICO, *La persona del lavoratore tra risarcimento del danno e tutela dal bisogno: la questione del danno differenziale*, *DRI*, 2013, 1056.

menomazioni di grado pari o superiore al 16%, altrimenti tramite indennizzo) oltre che riservare per quest' ultime menomazioni una quota di rendita al ristoro delle conseguenze patrimoniali. Fermo che anche alla stregua degli ora citati limiti della nuova normativa é residua un'area di scopertura assicurativa e quindi di risarcibilità del danno complementare, é stata abbastanza presto emarginata la posizione, che non é mancata⁶¹, del completo assorbimento dei diritti del lavoratore in quanto riconosciuto dall'Inail. La logica pubblicistica e solidaristica di garanzia previdenziale dell'assicurazione contro gli infortuni e le malattie professionali volta ad assicurare una prestazione sociale come tale calcolata secondo parametri valutativi e monetari predeterminati dal legislatore, é profondamente diversa da quella civilistica della tutela risarcitoria, diretta al ristoro integrale del pregiudizio subito, come tale estranea ad una predeterminazione dall'alto. In particolare, é soggetta, quanto al danno non patrimoniale che non può essere provato nel suo preciso ammontare, alla valutazione giudiziale secondo equità (art. 1226 cod. civ.), quest' ultima riempita di contenuti, al fine di limitare in qualche modo l'assoluta arbitrarietà della liquidazione e le differenze di trattamento, da una complessa elaborazione giurisprudenziale che ha portato a valorizzare tabelle (in particolare quelle milanesi) aggiornate nel tempo e peraltro motivatamente disattendibili. Di qui il sorgere di una *differenza* posto che esse contengono importi generalmente superiori a quelle legali; differenza che inoltre deve considerare che, come si é visto, una quota della rendita ex d.lgs. n. 38 comprende un danno patrimoniale laddove la menomazione sia pari o superiore al 16%.

In definitiva, anche alla luce di altre regole del d.p.r. n. 1124/1965 cit., usufruiscono della garanzia previdenziale il danno biologico permanente a partire dal 6% delle menomazioni, il danno patrimoniale alla capacità lavorativa generica a partire dal 16%, il danno patrimoniale da invalidità temporanea, il rimborso delle spese di cura e riabilitazione e la rendita superstiti. Ne restano fuori il danno biologico inferiore al 6% delle menomazioni; il danno biologico temporaneo; il danno patrimoniale inferiore al 16%; il danno morale; il danno biologico da personalizzazione; il danno tanatologico; il danno parentale; le spese mediche in regime privatistico.

Nel frattempo si é anche verificata una complessa elaborazione in tema di danni alla persona diversi ed ulteriori rispetto al danno biologico, che, in una logica di contenimento di una deriva di

⁶¹ Per riferimenti, giurisprudenziali e dottrinali, cfr. G. LUDOVICO, *Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità civile del datore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2012, 265 ss., nota 99, ed *ivi*, sempre 265 ss. ed anche nelle note seguenti, riferimenti e critica alla posizione secondo cui l'assorbimento riguarderebbe il solo danno patrimoniale, e all'altra che riconosce il danno differenziale solo nei limiti e alle condizioni stabilite dall'art. 10 d.lgs. 1124 cit.; cfr. altresì i rilievi critici di P. TULLINI, *Il danno differenziale: conferme e sviluppi di una categoria in movimento*, RIDL, 2015, I, 492 ss.

moltiplicazione di poste dannose, è sfociata alla fine del 2008 nella teorizzazione civilistica giurisprudenziale (la c.d. "dottrina di S. Martino"⁶²) del carattere unitario del danno non patrimoniale⁶³, ma da ultimo in parte rivista mettendosi a parte il danno morale⁶⁴ sulla base di acquisizioni della medicina legale che definiscono il danno biologico anche per gli aspetti definiti dinamico-relazionali ai quali invece il danno morale è estraneo. Anche l'art. 138, comma 17, della l. 4 agosto 2017, n. 1249 (c.d. codice delle assicurazioni private, ultimo testo), che appunto valuta autonomamente il danno morale, ha stimolato e confortato la nuova posizione⁶⁵. Del resto tale codice, attraverso la previsione del diritto di surroga dell'assicuratore sociale (art. 142), sin dal 2005 (d.lgs. n. 209/2005) ha contribuito ad inserire elementi di specialità nel diritto generale della responsabilità civile.

5. In particolare: gli approdi antecedenti la l. n. 145/2018.

Per il danno complementare, si ripete al di fuori di quanto qui ci occupa, nessuna detrazione va effettuata.

Facendo leva⁶⁶, in particolare, sugli approdi della corte costituzionale prima indicati relativi alla piena ristorabilità del danno biologico, i più recenti arresti della corte di cassazione sono stati, a partire dal 2015, nel senso di determinare il danno differenziale scomputando dalle singoli voci o poste quelle dello stesso tipo coperte dalla garanzia previdenziale⁶⁷; tesi, questa, vantaggiosa per

⁶² Cfr. G. PONZANELLI, *Statuto del danno alla persona: la Terza Sezione si allontana dall'orientamento delle Sezioni Unite*, DR, 2019, 22.

⁶³ Cass. s.u. 11 novembre 2008, 26973, FI, 2009, I, 120, con note di A. PALMIERI, *La rifondazione del danno non patrimoniale, all'insegna della tipicità dell'interesse leso (con qualche attenuazione) e dell'unitarietà*, R. PARDOLESI e R. SIMONE, *Danno esistenziale (e sistema fragile): die hard*, G. PONZANELLI, *Sezioni unite: il «nuovo statuto» del danno non patrimoniale*, E. NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali*, e le gemelle n. 26972, 26974, 26975.

⁶⁴ Cass. ord. 27 marzo 2018, n. 7513, FI, 2018, I, 2038, con nota di richiami e nota di A. PALMIERI, *La parvenza dell'unitarietà: il danno non patrimoniale nel decalogo (e sue variazioni) della terza sezione*, alle quali note si rinvia per la ricostruzione giurisprudenziale, con i relativi riferimenti giurisprudenziali e bibliografici, in argomento.

⁶⁵ Per considerazioni critiche al riguardo cfr. G. PONZANELLI, *Il danno non patrimoniale*, cit., 22 ss. In punto cfr. altresì C. CASTRONOVO, *Il danno non patrimoniale dal codice civile al codice delle assicurazioni*, DR, 2019, 15 ss.; D. COMANDÈ, *Dal sistema bipolare al sistema biforcuto: le linee guida della Cassazione sul danno non patrimoniale a dieci anni dalle sentenze dell'Estate di San Martino*, DR, 2019, 156 ss.

⁶⁶ Scrive però G. LUDOVICO, *Il danno differenziale dopo la legge di bilancio 2019 e il vero intento del legislatore*, GC.com, 2019, 6: "Non sarebbe difficile replicare che l'individuazione di quei confini è tutt'altro che pacifica a causa delle profonde differenze tra tutela indennitaria e responsabilità civile e che quelle stesse pronunce della Consulta avevano incontrato già allora evidenti difficoltà nel definire quel confine, facendo supporre che una porzione del danno biologico fosse già compresa nella copertura indennitaria.

Anche le argomentazioni addotte per giustificare la compressione delle ragioni creditorie dell'INAIL non appaiono particolarmente persuasive. Si assume al riguardo che l'ente previdenziale potrebbe surrogarsi soltanto nei crediti che la vittima vanta nei confronti del responsabile civile, sicché, in caso di indennizzo di un danno patrimoniale ritenuto insussistente in sede risarcitoria, l'inesistenza del relativo credito in capo al lavoratore ne impedirebbe il successivo trasferimento all'assicuratore sociale. Per quanto indubbiamente riferibile alla comune azione di surrogazione dell'art. 1916 c.c., il ragionamento non pare invece applicabile alla speciale azione di regresso che l'INAIL ha diritto di esercitare ai sensi dell'art. 11 T.U. nei confronti del datore di lavoro e dei suoi dipendenti, trattandosi di un'azione che un consolidato orientamento dei giudici costituzionali e di legittimità riconosce all'ente previdenziale *iure proprio* per la soddisfazione di un proprio credito e non in virtù della successione a titolo particolare nelle ragioni creditorie dell'infortunato".

⁶⁷ Cfr. Cass. 26 giugno 2015, n. 13222, FI, 2015, I, 3169, e altre successive tra cui ord. 30 agosto 2016, n. 17407, FI, 2016, I, 3468; 14 ottobre 2016, n. 20807, RDSS, 2017, 141; 10 aprile 2017, n. 9166, Labor, 2017, 715, con nota di R. DIAMANTI, *Il danno differenziale - Punti fermi e nuove prospettive*; 21 novembre 2017, n. 27669, per la quale sentenza il danno civilistico va detratto d'ufficio anche quando l'Inail non avesse indennizzato l'infortunio o sul lavoro la malattia professionale (critico, in particolare su quest'ultimo aspetto,

i lavoratori che vengono ad usufruire *de jure* di una parte di rendita legata ad un danno patrimoniale che potrebbe anche non sussistere in concreto, ma sfavorevole all'Inps che in ipotesi siffatta non potrebbe recuperare nei confronti del responsabile somme non corrispondenti a danno alcuno, e questo tanto più in caso di concorso di colpa del lavoratore posto che in tal caso la prestazione previdenziale non subisce alcuna decurtazione⁶⁸. E senza dire dell'ipotesi in cui per un titolo di danno la prestazione sociale sia inferiore e per l'altro sia superiore⁶⁹. Con la tesi accolta dalla corte di cassazione si è così superata la precedente impostazione per la quale il defalco di quanto corrisposto dall'Inail va effettuato con il facile criterio della sommatoria, e cioè scomputando dal danno civilistico l'intero importo a carico dell'ente⁷⁰, implicante la conseguenza di poter imporre un sacrificio del danno non patrimoniale subito dal dipendente; impostazione che pare però avere avuto un impulso di ritorno in una recente pronuncia delle sezioni unite che in una fattispecie di infortunio *in itinere* afferma che dalle "somme che l'assicurato si sia visto liquidare dall'Inail a titolo di rendita per l'inabilità permanente", vadano detratte le poste versate "allo stesso titolo" senza porre ulteriori distinzioni, come "stesso titolo" sembrando doversi intendere allo stesso *titolo d'indennizzo*, e cioè al medesimo *evento* da cui scaturisce il diritto, e come "stesso danno", cui pure fanno riferimento le sezioni unite, sembrando doversi intendere non ogni singola posta ma il danno alla persona nel suo complesso⁷¹. Mette conto di evidenziare che non è mancata una tesi per così dire mediana per la quale una volta effettuato lo scorporo delle componenti di danno complementare (secondo le tabelle milanesi, la personalizzazione del danno biologico, oltre il danno biologico temporaneo e quello permanente non indennizzato dall'Inail perché inferiore al 6%, nonché, alla stregua della espunzione del danno morale dal danno biologico di cui sopra, appunto del danno morale), quanto residua deve essere unitariamente considerato come danno differenziale, senza potersi più distinguere tra la componente non patrimoniale e quella patrimoniale⁷².

6. L'intervento a sorpresa della l. n. 145/2018.

é A. ROSSI, *L'esonero datoriale dalla responsabilità civile nell'assicurazione contro gli infortuni: una regola da rivitalizzare?*, RDSS, 2018, 315 ss.); ord. 15 ottobre 2018, n. 25618; da ult. 11 aprile 2019, n. 10230.

⁶⁸ Cfr. R. DALLA RIVA, *Il «danno differenziale» negli infortuni sul lavoro - Le diverse proposte interpretative nell'attesa di un indirizzo di legittimità*, RIMP, 2014, I, 564; da ult. G. LUDOVICO, *Il danno differenziale dopo la legge di bilancio*, cit., 5 ss.

⁶⁹ Cfr. L. LA PECCERELLA, *Il danno alla persona nell'infortunistica del lavoro tra indennizzo e risarcimento*, RIMP, 2008, spec. 75.

⁷⁰ Per i relativi riferimenti cfr. A. DE MATTEIS, S. GIUBBONI, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Giuffrè, Milano, 2005, 982 ss.

⁷¹ Cass. s.u. 22 maggio 2018, n. 12566, FI, 2018, I, 1900, con nota di R. PARDOLESI, *Compensatio, cumulo e «second best»* (ma cfr. altresì Cass. s.u. 22 maggio 2018, nn. 12564, 12565, 12567, *ibid.*, 1901, 1900, 1900, con la nota citata); Cons. Stato a. pl., 23 febbraio 2018, n. 1, FI, 2018, III, 193, con nota di R. PARDOLESI, *Cumulo e no (di indennizzo e risarcimento): la versione del consiglio di stato*; altresì Cass. 27 maggio 2019, n. 14362; in proposito cfr. G. CORSALINI, *Il danno differenziale dopo la legge di bilancio*, cit., 5; altresì S. GIUBBONI, *Il risarcimento del danno differenziale da infortunio sul lavoro dopo la legge di bilancio*, RDSS, 2019, 193 ss.; G. CORSALINI, A. DE MATTEIS, *Il concorso tra risarcimento e indennizzo dinanzi alle giurisdizioni superiori. I riflessi sull'azione di rivalsa dell'Inail*, RDSS, 2019, 171 ss. *Contra*, A. ROSSI, *Il calcolo del danno differenziale prima e dopo la legge di bilancio per il 2019*, www.ilGiuslavorista.it, 2019, 7.

⁷² Così S. GIUBBONI, *Il risarcimento del danno differenziale*, cit., 192 ss., in fine. Per diffusa argomentazione di tale tesi cfr. G. LUDOVICO, *Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali*, cit., 307 ss.

Su questa complicata trama si é a sorpresa⁷³ inserita la legge di bilancio del 2019 (n. 145/2018, art. 1, comma 1126), parzialmente novellando gli artt. 10 e 11 del d.p.r. 1124/1965 con l'aggiunta di singole espressioni e parole⁷⁴; tecnica, questa, che ha suscitato perplessità da parte di alcuni tenuto conto di un enunciato normativo già denso di significati⁷⁵. E dagli stessi si sono sollevate perplessità ancora maggiori circa il collegamento testuale delle modifiche introdotte alla riduzione triennale degli oneri contributivi a carico dei datori di lavoro disposta dai commi 1121 ss., e, in particolare, dal comma 1126⁷⁶.

Il riferimento testuale come minuendo nel novellato comma 6 dell'art. 10 al risarcimento "complessivamente calcolato" e come sottraendo all'"indennità a qualsiasi titolo ed indistintamente...liquidata", che fa il paio con l'insistito uso dell'avverbio "complessivamente" e dell'aggettivo "complessivo" negli altri commi del medesimo articolo 10 e nell'art. 11, nonché l'altro riferimento, sempre insistito, nei due articoli novellati al "qualsiasi titolo", orientano sicuramente nel senso del discostarsi la legge dalla tesi *per singole poste*, così facendo scrivere ad un autore di *maledizione di Kirchmann*⁷⁷; ossia il divenire cartaccia di intere biblioteche giuridiche per effetto di tre paroline del legislatore.

⁷³ Cfr. S. GIUBBONI, *Il risarcimento del danno*, cit., 184. Sull'iter della modifica cfr., dettagliatamente, M. BONA, *Legge di bilancio 2019 e "danno differenziale INAIL": nessun segno meno per i lavoratori danneggiati*, www.ridare.it, 2019, 3 ss.

⁷⁴ Art. 1, comma 1126: "In relazione alla revisione delle tariffe operata ai sensi dell'articolo 1, comma 128, della legge 23 dicembre 2013, n. 147, con decorrenza dal 1° gennaio 2019 e dei criteri di calcolo per l'elaborazione dei relativi tassi medi, sono apportate a decorrere da tale data le seguenti modificazioni:

a) all'articolo 10, sesto comma, del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 1965, n. 1124, dopo le parole: «Non si fa luogo a risarcimento qualora il giudice riconosca che questo,» sono inserite le seguenti: «complessivamente calcolato per i pregiudizi oggetto di indennizzo,» e dopo le parole: «a somma maggiore dell'indennità che» sono inserite le seguenti: «a qualsiasi titolo ed indistintamente»;

b) all'articolo 10, settimo comma, del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 1965, n. 1124, dopo le parole: «a norma degli articoli 66 e seguenti» sono aggiunte le seguenti: «e per le somme liquidate complessivamente ed a qualunque titolo a norma dell'articolo 13, comma 2, lettere a) e b), del decreto legislativo 23 febbraio 2000, n. 38»;

c) all'articolo 10, ottavo comma, del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 1965, n. 1124, dopo la parola: «rendita» è inserita la seguente: «complessivamente» e dopo le parole: «calcolato in base alle tabelle di cui all'articolo 39» sono aggiunte le seguenti: «nonché da ogni altra indennità erogata a qualsiasi titolo»;

d) all'articolo 11, primo comma, primo periodo, del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 1965, n. 1124, dopo le parole: «per le somme» sono inserite le seguenti: «a qualsiasi titolo» e dopo le parole: «e per le spese accessorie» sono inserite le seguenti: «nei limiti del complessivo danno risarcibile»;

e) all'articolo 11, primo comma, secondo periodo, del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 1965, n. 1124, dopo le parole: «dell'ulteriore rendita» sono inserite le seguenti: «a qualsiasi titolo» e dopo le parole: «calcolato in base alle tabelle di cui all'articolo 39» sono aggiunte le seguenti: «nonché ad ogni altra indennità erogata a qualsiasi titolo»;

f) all'articolo 142, comma 2, del codice di cui al decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, dopo le parole: «solo previo accantonamento di una somma» sono inserite le seguenti: «a valere sul complessivo risarcimento dovuto» e dopo le parole: «erogate o da erogare» sono aggiunte le seguenti: «a qualsiasi titolo»;

g) all'articolo 11 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 1965, n. 1124, dopo il secondo comma è inserito il seguente:

«Nella liquidazione dell'importo dovuto ai sensi dei commi precedenti, il giudice può procedere alla riduzione della somma tenendo conto della condotta precedente e successiva al verificarsi dell'evento lesivo e dell'adozione di efficaci misure per il miglioramento dei livelli di salute e sicurezza sul lavoro. Le modalità di esecuzione dell'obbligazione possono essere definite tenendo conto del rapporto tra la somma dovuta e le risorse economiche del responsabile»;

⁷⁵ Cfr. G. LUDOVICO, *Il danno differenziale dopo la legge di bilancio*, cit., 11.

⁷⁶ Aut. op. loc. ult. cit.

⁷⁷ Cfr. M. ROSSETTI, *La maledizione di Kirchmann, ovvero che ne sarà del danno differenziale*, www.questionegiustizia.it, 2019.

Il risarcimento che il suddetto comma 6 pone a minuendo è però quello "per i pregiudizi oggetto di indennizzo", come sempre l' enunciato della disposizione recita. E tali pregiudizi sono quelli, e solo quelli, che ho prima riportato al § 4, cui sono estranei gli altri, sintetizzati nella formula del danno complementare su cui di conseguenza il defalco non opera⁷⁸. Il che trova conforto nell' ultimo comma dell' art. 142 cit. per il quale "l' ente gestore dell' assicurazione sociale non può esercitare l' azione surrogatoria con pregiudizio del diritto dell' assistito al risarcimento dei danni alla persona non altrimenti risarciti"⁷⁹.

Si deve in definitiva ritenere che la nuova normativa abbia recepito in punto la tesi mediana che ho riportato alla fine del precedente paragrafo⁸⁰, dandosi però atto di una posizione isolata, pur diffusamente argomentata facendosi leva su lettura minoritaria della citata sentenza n. 12566/2018 delle sezioni unite che la nuova legge avrebbe recepito, per la quale il defalco per poste omogenee sarebbe rimasto immutato⁸¹.

L' espunzione del danno complementare dal minuendo su cui operare il defalco fa sì che, alla luce di Cass. 27 marzo 2018, n. 7513, cit., all' operazione resti estraneo il danno morale. Diverso è per la c.d. personalizzazione di cui alle citate tabelle milanesi, posto che sempre per Cass. 7513/2018 il danno biologico va individuato anche per gli aspetti dinamico-relazionali, e posto che pure ad essi si riferisce il d.lgs. 38/2000, che precisa il concetto di "lesione all' integrità psicofisica, suscettibile di valutazione medico-legale, della persona" (art. 13, comma 1) come comprensivo degli aspetti dinamico-relazionali ((art. 13, comma 2, lett. a). In tal senso è cenno in Cass. 9112/2019.

6.1. Pretese contraddizioni testuali.

Mentre tale tesi trova conferma nel comma 7 dell' art. 10 cit. che, laddove richiama il risarcimento eccedentario le indennità assicurate dall' Inail, si riferisce all' evidenza al risarcimento indicato nel comma precedente - quello per i pregiudizi oggetto d' indennizzo - da alcuni⁸² si è ravvisata una contraddizione di ciò nel comma 1 dell' art. 11, quando riconosce all' ente il regresso verso i soggetti civilmente responsabili nei limiti del complessivo danno risarcibile, e quindi sull' intero ammontare del risarcimento (perciò anche quello relativo al danno complementare), e si è allora lamentato un vizio di coordinamento tra le due regole. Ma forse la contraddizione può essere superata ritenendosi che i limiti si riferiscano al caso in cui alla presunzione legata alla quota di danno patrimoniale per le menomazioni superiori al 16% non corrisponda un danno realmente

⁷⁸ Cfr. M. BONA, *Legge di bilancio 2019*, cit., 7 ss.; M. ROSSETTI, *La maledizione di Kirchmann*, cit., 11; G. CORSALINI, *Il danno differenziale dopo la legge di bilancio 2019: una riforma favorevole ai lavoratori*, www.ridare.it, 8.

⁷⁹ Così G. CORSALINI, *Il danno differenziale*, cit., 8.

⁸⁰ Conf. G. LUDOVICO, *Il danno differenziale*, cit., 11; R. RIVERSO, *Diminuisce il risarcimento per gli invalidi sul lavoro*, www.giustiziainsieme.it, 2019, 4; ; ID., *La finanziaria diminuisce il risarcimento del danno spettante al lavoratore invalido (ed arricchisce l'impresa)*, www.questionegiustizia.it, 2019, 6 ss.; altresì A. ROSSI, *Il calcolo del danno differenziale*, cit., 8 ss.; M. DE CRISTOFARO, *Indennizzo INAIL e danno differenziale dopo la Legge di Bilancio 2019: le prime pronunce*, *GC.com*, 2019, 2 ss., ed *ivi*, in nota, riferimenti a prime pronunce nello stesso senso. Non appaiono allora condivisibili i rilievi critici di M. ROSSETTI, *La maledizione di Kirchmann*, cit., 11 ss. e di R. PARDOLESI, P. SANTORO, *Il legislatore e il nuovo danno differenziale: invito a nozze coi fichi secchi*, in corso di pubblicazione in *DR*.

⁸¹ M. DE CRISTOFARO, *Indennizzo assicurativo INAIL e risarcimento del danno non patrimoniale dopo l' intervento della Legge di bilancio 2019*, *CG*, 2019, 351 ss.

⁸² Cfr. G. LUDOVICO, *Il danno differenziale*, cit., 12 ss.

verificatosi: in tal caso il regresso non potrebbe *in parte qua* operare⁸³. Quanto al sottraendo di cui al comma 6, che pure ha sollevato perplessità, la somma liquidata a qualsiasi titolo ed indistintamente ben può ed anzi deve ragionevolmente essere individuata in quanto riconosciuto dall'Inail posto anche il richiamo all'art. 13, comma 2, lett. a) e b) del d.lgs. n. 38/2000⁸⁴.

6.2. Conseguenze dell'interpretazione accolta.

La interpretazione qui accolta, pur tenendo salvo, si é detto, il danno complementare, comporta che il lavoratore danneggiato non possa cumulare quanto gli spetti per danno biologico civilisticamente quantificato con il di più ricevuto dall'Inail, ove la menomazione riportata superi il 15%, per danno da invalidità permanente, essendo entrambi compresi tra i pregiudizi oggetto d'indennizzo. Dal che deriva una contrazione dell'entità del ristoro che il lavoratore può ricevere a seguito di infortunio o malattia professionale illeciti rispetto a quanto riconosciuto in precedenza; contrazione che appartiene ad una scelta politica che si può discutere ma che non ritengo essere in tensione con norme costituzionali⁸⁵. In proposito vale la pena di evidenziare che in sostanza con la modifica viene ad intaccarsi la presunzione assoluta riguardante il danno patrimoniale per menomazione superiore al 15%, ma non certo la possibilità per il danneggiato di allegare e provare tale danno⁸⁶ (come può allegare e provare quello correlato ad una menomazione esistente ma inferiore all'indicata soglia) e del quale può ottenere il ristoro. Alla contrazione di cui si é detto si aggiungono, però, aspetti favorevoli al lavoratore, quali l'aumento dell'assegno funerario, l'elevazione a 67 anni delle persone protette per gli infortuni domestici; la riduzione dal 27% al 16% del grado d'invalidità permanente al lavoro derivante da infortuni sul lavoro in ambito domestico; il riconoscimento di una prestazione *una tantum* pari a 300 euro in caso di invalidità permanente compresa tra il 6% e il 15%; l'estensione anche agli infortuni in ambito domestico dell'assegno per assistenza personale continuativa; l'introduzione di una soglia di reddito quale limite per poter beneficiare della prestazione della rendita nel caso di soli genitori e, oppure o, fratelli superstiti a seguito di eventi mortali, così superandosi il requisito della mancanza di mezzi di sussistenza autonomi e sufficienti sostituendolo con un parametro reddituale aggiornato dall'Istat⁸⁷; misure che hanno fatto dire, con notevole forzatura, addirittura di riforma favorevole ai lavoratori specie se la si legge non collegandola alla riduzione delle tariffe Inail ma alla recente giurisprudenza delle

⁸³ In tale linea pare collocarsi A. ROSSI, *Il calcolo del danno*, cit., 9; *contra*, M. ROSSETTI, *La maledizione di Kirchmann*, cit., 19.

⁸⁴ Non appaiono allora condivisibili i rilievi critici di M. ROSSETTI, *La maledizione di Kirchmann*, cit., 11 ss.

⁸⁵ Cfr. R. RIVERSO, *Diminuisce il risarcimento*, cit., 6, ID., *La finanziaria diminuisce il risarcimento del danno*, cit., 2 ss., che rileva anche che l'interpretazione per cui sarebbero intaccati anche i danni estranei a quelli indennizzati dall'Inail oltre che testualmente contraddetta sarebbe contraria a costituzione per non risarcire integralmente il danno subito e come tale da respingere alla stregua del criterio della preferibilità della lettura costituzionalmente conforme; per l'incostituzionalità della riduzione in quanto implica il ritorno alla situazione *qua ante* Corte cost. 356 e 485 del 1991 sacrificando il diritto all'integrità del risarcimento del danno non patrimoniale, cfr., invece, S. GIUBBONI, *Il risarcimento del danno differenziale*, cit., 10; con qualche problematicità, S. GIUBBONI, A. CIRIELLO, *Il risarcimento del danno differenziale derivante da infortunio sul lavoro dopo la legge n. 145 del 2018*, *GC.com*, 16 maggio 2019, 9 ss. secondo cui "resta a nostro avviso da verificare se anche questa interpretazione sollevi problemi di conformità con gli artt. 3 e 32 Cost., visto che comunque si ammette che il *quantum* risarcitorio derivante dalla lesione del diritto fondamentale alla salute del lavoratore possa essere intaccato per consentire all'INAIL, in deroga alle regole comuni, di recuperare quote di indennizzo riferite alla componente patrimoniale (relativa, cioè, alla riduzione presunta della capacità lavorativa bio-attitudinale, e quindi semi-specifica, subita dal prestatore di lavoro)".

⁸⁶ Spunto conforme in A. ROSSI, *Il calcolo del danno*, cit., 10.

⁸⁷ Cfr. G. CORSALINI, *Il danno differenziale dopo la legge di bilancio*, cit., 10 ss.

sezioni unite in tema di *compensatio lucri cum danno*, la quale potrebbe portare alla conseguenza di incidere sullo stesso danno complementare⁸⁸.

6.3 Alcuni altri problemi di costituzionalità.

La questione di costituzionalità della nuova normativa di scorporo integrale è stata prospettata da altra angolazione; precisamente, dall'angolazione della disparità di trattamento tra l'azione di regresso riconosciuta all'Inail - e solo nei confronti del datore di lavoro - e non invece alle infinite ulteriori ipotesi di interferenza tra assicurazione sociale e responsabilità civile, quali, ad esempio, l'erogazione da parte dell'Inps dell'assegno d'invalidità *ex lege* n. 222/1984 o di erogazione da parte della regione dell'indennità ai contagiati da emotrasfusione; e dalla disparità di trattamento con la surroga dell'Inail verso un terzo⁸⁹.

Fermo quanto si è detto circa l'estraneità del danno complementare all'assicurazione sociale e alla sua disciplina, circa il primo aspetto va sottolineato come l'art. 14 l. n. 222/1984 preveda la surroga dell'istituto erogatore verso i terzi responsabili e la loro assicurazione fino alla concorrenza dell'ammontare delle prestazioni; e come secondo Cass. ord. 14 febbraio 2019, n. 4309, le Regioni operino nell'ambito delle funzioni di tutela pubblica della salute che sono proprie del Servizio Sanitario Nazionale, di cui costituiscono articolazioni anche le aziende sanitarie locali, alimentate in massima parte con finanziamenti che, dallo Stato, vengono trasferiti in parte alle Regioni stesse. Sicché Regioni e Aziende sanitarie locali presentano comunanza di finalità, convergenza di attività e una commistione di risorse finanziarie che consentono di individuare sul piano sostanziale, un'unica parte pubblica chiamata ad erogare a chi sia stato danneggiato da emotrasfusioni tanto l'indennizzo *ex lege* n. 210/1992 quanto l'eventuale risarcimento del danno. Onde la non necessità di azioni di rivalsa o surroga. Quanto al secondo aspetto, l'esistenza del diritto di surroga verso il danneggiante è riconosciuto dalla giurisprudenza⁹⁰. Per entrambi - ed è questo il rilievo cruciale per superare l'eccezione di incostituzionalità - vale il limite di cui ho detto al paragrafo 7 circa il superamento della contraddizione rilevata da una parte della dottrina.

6.4. La misura premiale contenuta nell'art. 11, comma 3, l. n. 145/2018.

Davvero peculiare nel sistema della tutela risarcitoria è la regola contenuta nel comma 3 dell'art. 11 l. n. 145 inerente il riconoscimento al giudice del potere di procedere alla riduzione della somma dovuta all'Inail in sede di regresso tenuto conto del comportamento datoriale precedente e successivo all'evento lesivo e dell'adozione di efficaci misure per il miglioramento dei livelli di salute e sicurezza sul lavoro. Si applica così ad una disciplina correlata appunto alla tutela risarcitoria una misura premiale, in un certo senso opposta ai c.d. danni punitivi e d'incentivo al miglioramento delle condizioni lavorative, che è stata vivacemente criticata in dottrina ed anche per la eccessiva discrezionalità riconosciuta al giudice e per l'eccentricità rispetto ai principi in materia di responsabilità patrimoniale del danneggiante dei termini da considerare in sede di modalità di

⁸⁸ È la tesi di G. CORSALINI, *Il danno differenziale dopo la legge di bilancio*, cit., spec. 4 ss., 8 ss.

⁸⁹ fr. M. ROSSETTI, *La maledizione di Kirchmann*, cit., 18 ss.

⁹⁰ Cass. ord. 30 agosto 2016, n. 17407, *FI*, 2016, I, 3468, con nota di richiami; Cass. ord. 12 febbraio 2018, n. 3296, *FI*, 2018, I, 1230, con nota di richiami.

esecuzione (rapporto tra somma dovuta e risorse economiche del danneggiato)⁹¹. Da alcuni è stata anche prospettata questione di costituzionalità della disposizione laddove introduce un sistema premiale a favore di chi sia imputabile di responsabilità civile qualificata⁹². Non è in proposito indicata la norma costituzionale violata, forse pensandosi all'art. 3, comma 1, sotto il profilo della ragionevolezza. Che però appare rispettata, in ragione dello scopo di valorizzare il comportamento complessivo del responsabile (che, ad esempio, ha in precedenza sempre rispettato le regole in materia di sicurezza e che ha investito sulle relative misure), nonché di far migliorare appunto la situazione di sicurezza per il futuro. Il che fa aggio anche del fine pratico d' incentivare l'adempimento dell'obbligo del datore di adottare ogni misura idonea a prevenire i sinistri pure riconosciuti all'azione di regresso dell'Inail dalla corte costituzionale⁹³. Al riguardo è il caso di notare come la misura in questione sia stata lasciata nonostante che le modifiche introdotte dall'art. 1, comma 1126 sopra illustrate, siano state abrogate (v. *infra*, § 7).

6.5. Limiti temporali di applicazione.

In mancanza di una disciplina di diritto intertemporale si è sostenuto⁹⁴, alla stregua dei principi generali in materia, che la liquidazione del danno differenziale debba essere effettuata sulla base delle regole esistenti al momento della pronuncia, mentre, quanto alle azioni di regresso, l'insorgenza della fattispecie al momento del pagamento fa sì che a tale momento ci si debba riferire per individuare la disciplina; *ex art.* 142 d.lgs. n. 209/2005, la nuova regola andrebbe applicata alle sole richieste risarcitorie proposte dalla vittima dell'incidente stradale dopo l'1 gennaio 2019.

Sul primo aspetto la corte di cassazione si è pronunciata in senso contrario⁹⁵, escludendo, per un verso, la natura interpretativa delle nuove regole⁹⁶ e il riferimento alla modifica di parametro per la liquidazione, e affermando qui trattarsi piuttosto di modifica di legge soggetta ai principi costituzionali e della carta edu in materia di irretroattività delle leggi. E lo stesso sembra ragionevole ritenere circa le modifiche dell'art. 11 d.p.r. n. 1124 cit. e dell'art. 142 d.lgs. n. 209/2005.

⁹¹ Cfr. S. GIUBBONI, *Il risarcimento del danno differenziale*, cit., 8 ss.; M. BONA, *Legge di bilancio 2019*, cit., 10; G. CHIRIATTI, *Il danno differenziale*, cit., 7; "non è un bel vedere", scrive P. SANTORO, nota a Cass. 21 maggio 2019, n. 13645, in corso di pubblicazione in *FI*.

⁹² Cfr. S. GIUBBONI, A. CIRIELLO, *Il risarcimento del danno differenziale*, cit., 7 ss.

⁹³ Cfr. Corte cost. 22 giugno 1971, n. 134, *FI*, 1971, I, 1774.

⁹⁴ Cfr. M. ROSSETTI, *La maledizione di Kirchmann*, cit., 16 ss.

⁹⁵ Cfr. Cass. 27 marzo 2019, n. 8580, *www.olympus.uniurb.it*; 2 aprile 2019, n. 9112, *www.olympus.uniurb.it*; 11 aprile 2019, n. 10230, cit.; ord., 19 aprile 2019, n. 11114, *Foro it.*, 2019, I, 2024, con nota di P. SANTORO, *Nuovo sistema di calcolo del danno differenziale: irretroattività*, e *www.olympus.uniurb.it*; 21 maggio 2019, n. 13645, in corso di pubblicazione in *FI* con la citata nota di P. SANTORO, e *www.olympus.uniurb.it*. In tal senso cfr. R. RIVERSO, *Diminuisce il risarcimento*, cit., 4 ss.; ID., *La finanziaria diminuisce*, cit., 15 ss.; G. LUDOVICO, *Il danno differenziale dopo la legge di bilancio 2019*, cit., 14; M. BONA, *Legge di bilancio 2019*, cit., 12 ss.; M. DE CRISTOFARO, *Indennizzo INAIL e danno differenziale*, cit., 1 ss.; S. GIUBBONI, A. CIRIELLO, *Il risarcimento del danno differenziale*, cit., 10 ss.

⁹⁶ Criticamente cfr. G. CHIRIATTI, *Il danno differenziale dopo la legge di bilancio 2019: applicazione temporale delle nuove norme e infondati sospetti di illegittimità*, *www.ridare.it*, 2019, 4 ss. che però sostiene ugualmente la irretroattività della normativa per la sua natura sostanziale.

7. L'abrogazione dell'art. 1, comma 1126, lett. a)-f), l. 145/2018 disposta dalla legge di conversione del decreto crescita.

Come si è sopra accennato, le modifiche normative della legge di bilancio del 2018 sono state fatte a sorpresa, senza discussione alcuna nelle sedi sociali, scientifiche ed istituzionali, ciò facendo intendere una sorta di loro improcrastinabilità e una forte determinazione ad introdurle delle forze della maggioranza. Questo dopo solo sei mesi è svanito⁹⁷, dando luogo ad un caso difficilmente eguagliabile di schizofrenia del legislatore. La legge di conversione del c.d. decreto crescita (l. n. 58/2019) ha infatti disposto l'abrogazione dell'art. 1, comma 1126, lett. a), b), c), e), f), l. n. 145/2018, precisando che "le disposizioni ivi indicate riacquistano efficacia nel testo vigente prima dell'entrata in vigore della stessa legge n. 145 del 2018" (art. 3 *sexies* d.l. 30 aprile 2019, n. 34, introdotto dalla legge di conversione citata).

La precisazione ha eliminato il dubbio che il *vecchio* sia comunque scomparso a seguito dell'intervento del 2018. Esso *riacquista* quell'efficacia che aveva perduto, e la riacquista, secondo le regole stabilite dall'art. 74 cost.; pertanto, dall'entrata in vigore dell'art. 3 *sexies* e quindi per gli infortuni e le malattie professionali successivi all'entrata in vigore della conversione del decreto crescita⁹⁸. Questo, non essendo nel testo della disposizione segni di retroattività, significa che per tutti gli eventi compresi tra l'entrata in vigore della l. n. 145 e la sua abrogazione restano immutati i problemi e le soluzioni sopra prospettati. Nel concludere in argomento va ribadito che l'abrogazione non comprende misura premiale sopra illustrata.

8. Un profilo eccentrico dell'argomento: il danno non patrimoniale in materia di licenziamenti illegittimi.

Vorrei concludere accennando ad un profilo eccentrico rispetto alla materia degli infortuni sul lavoro, ma che a mio avviso appartiene al tema del danno differenziale. Si tratta di un aspetto della disciplina dei licenziamenti *ex d.lgs. n. 23/2015* quale letta alla luce della sentenza n. 194/2018 della corte costituzionale, nella quale, al punto 10, ultimo periodo, è scritto: "Una tale predeterminazione forfetizzata del risarcimento del danno da licenziamento illegittimo non risulta incrementabile, pur volendone fornire la relativa prova. Nonostante il censurato art. 3, comma 1 – diversamente dal vigente art. 18, quinto comma, della legge n. 300 del 1970 – non definisca l'indennità «onnicomprensiva», è in effetti palese la volontà del legislatore di predeterminare compiutamente le conseguenze del licenziamento illegittimo, in conformità al principio e criterio direttivo dettato dalla legge di delegazione di prevedere un indennizzo economico «certo»".

Ebbene, potrebbe sembrare che l'indennità in questione escluda il riconoscimento di qualsiasi aumento, *ivi* compreso il risarcimento del danno non patrimoniale alla persona. Non condivido però tale opinione, non tanto e non solo in quanto urta contro il principio di integrale ristorabilità

⁹⁷ Cfr. M. BONA, *Inail e "danno differenziale": cancellata dalla legge n. 58/2019 la "riforma" ultima*, *www.ridare*, 4 luglio 2019, che non sembra attribuire alla disciplina abrogata alcuna residua valenza normativa.

⁹⁸ Cfr., da ult., Cass., sez. trib., ord. 22 novembre 2018, n. 30246, *RFI*, 2018, voce *Legge*, n. 16.

di tale danno⁹⁹ - onde la necessità di interpretazione secondo costituzione - quanto perché, e almeno quando - il danno non patrimoniale deve essere connesso ad eventuali modalità del licenziamento e quindi ad un fatto che presenti ulteriori connotati¹⁰⁰. Ed appare appunto un *danno differenziale*, posto che, sempre secondo la corte, l'indennità in parola é risarcimento del danno¹⁰¹.

⁹⁹ M.T. CARINCI, *La Corte costituzionale n. 194/2018 ridisegna le tutele economiche per il licenziamento individuale ingiustificato nel "Jobs Act", e oltre*, *www.csdle D'Antona.it*, 2018, n. 378, 18 ss., ed *ivi*, in nota, riferimenti.

¹⁰⁰ Cfr. M. PERSIANI, *La sentenza della corte costituzionale n. 194 del 2018: parturiunt montes*, *ADL*, 2019, 127; L. de ANGELIS, *Sentenza n. 194 del 2018 della Corte costituzionale e giudizi pendenti: prime riflessioni*, *VTDL*, 2019, 666.

¹⁰¹ Aut. op. ult. cit., 658 ss.