

LA TUTELA ASSICURATIVA INAIL PER I CASI DI COVID 19

di

SALVATORE CACIOPPO

Avvocato del Foro di Palermo

RELAZIONE AL CONVEGNO DEL 11.12.2020

“BLOCCO DEI LICENZIAMENTI E SICUREZZA SUL LAVORO

IN TEMPO DI PANDEMIA”

CENTRO STUDI DI DIRITTO DEL LAVORO "DOMENICO NAPOLETANO" - SEZIONE PALERMO

I. CENNI STORICI IN ORDINE ALLA EQUIPARAZIONE FRA CAUSA VIOLENTA E VIRULENTA

La recente introduzione nel nostro ordinamento dell'art. 42 comma 2° del D. L. 17.3.2020 non ha apparentemente introdotto alcunchè di nuovo nell'ambito della tutela assicurativa apprestata dall'Inail, tenuto conto che quest'ultima, già da decenni, è prevista in relazione alla contrazione di malattie infettive e parassitarie negli ambienti di lavoro.

Tali patologie sono state da tempo inquadrare nella categoria degli infortuni sul lavoro (oggi, meglio definite “malattie-infortunio”) in conseguenza della equiparazione fra causa violenta e causa virulenta che ha origini lontane nel tempo e sulla quale è opportuno spendere qualche parola.

Per la verità, tale equiparazione, sulla quale si fonda la tutela assicurativa per i casi di COVID, ha avuto un iter dottrinario e giurisprudenziale estremamente complesso, tenuto conto che l'originario T.U. 51 del 1904, che di fatto introduceva nel nostro ordinamento la nozione di causa violenta, circoscriveva l'indennizzo ai soli fatti derivanti da situazioni di rischio lavorativo, dovuti a causa accidentale e di rapida azione, differenziandosi, in tal modo, l'infortunio dalla malattia professionale che, al contrario, era conseguenza inevitabile di determinate lavorazioni e proveniva da cause patogene ad azione lenta e progressiva.

Insomma, sulla base della dottrina medico legale, la tutela assicurativa doveva ammettersi allorchè sussistesse il trinomio:

- a) causa lesiva esterna e violenta;
- b) incontro fortuito della stessa con l'organismo;
- c) lesione nel corpo o nella psiche come risultato.

Va detto che, già da allora, tale inquadramento era stato sottoposto a critica, sostenendosi che non in tutti i casi l'evento dannoso derivava dall'incontro di una forza lesiva esterna con l'organismo umano, posto che, in alcune ipotesi, l'avvenimento lesivo non aveva prodotto di per se un danno, ma aveva determinato le condizioni affinché quest'ultimo si producesse a distanza di tempo.

Il principale esempio concreto che veniva addotto a sostegno di tale impostazione era il caso – sicuramente drammatico – nel quale l'evento infortunistico (l'esplosione del grisou ed il conseguente sbarramento della galleria all'interno del quale operavano i lavoratori) era avvenuto ben prima che si realizzasse il danno (il decesso degli operai per asfissia).

A tale dissenso fece, tuttavia, seguito la cd. nuova classificazione medico legale delle forze lesive in cinque classi, distinte a seconda dell'agente eziologico.

Tralasciando le altre energie, quella che interessa in questa sede è quella indicata al punto IV della classificazione: **energie lesive di ordine virulento**.

In tal modo, veniva per la prima volta inclusa tra le cause determinanti l'infortunio lavorativo la cd. causa virulenta.

Tale concezione consentiva e, ciò che più conta, ha consentito negli anni a venire di considerare fra le cause dell'infortunio, non già le modalità di penetrazione nell'organismo di agenti microbici o parassitari, bensì l'azione lesiva insita negli stessi.

Ciò che assumeva valenza era, quindi, l'estrinsecazione clinica del potere patogeno dell'agente esterno, indipendentemente dalla sua via d'ingresso nell'organismo.

A tale impostazione erano state principalmente mosse due critiche, fondate:

- una, sulla impossibilità di circoscrivere nel tempo il momento del contagio che non avrebbe consentito, sia di dimostrare la concentrazione e la violenza della causa, ma ciò che più conta, l'origine lavorativa del contagio; presupposto, questo indispensabile per la tutela assicurativa;
- l'altra, fondata sulla circostanza in forza della quale non poteva ritenersi dimostrato il requisito della concentrazione nel tempo dell'azione lesiva, in tutti quei casi in cui non era possibile stabilire il momento infettante responsabile dell'introduzione dei germi nell'organismo.

La prima argomentazione, relativa alla necessità della dimostrazione della causa lavorativa del contagio, venne superata, affermandosi che la maggior parte delle infezioni erano così legate all'ambiente di lavoro per cui la loro derivazione da un rischio lavorativo era insita nella loro stessa natura.

Insomma, la dimostrazione del nesso con l'attività lavorativa avrebbe dovuto riguardare solo quelle malattie per le quali fosse sussistita una eguale possibilità di contagio, sia in ambiente lavorativo, che extralavorativo.

Vedremo come nel tempo, tale perplessità venne superata attraverso il ricorso ai principi in tema di presunzione semplice.

Ciò che, tuttavia, costituì un grande significato innovativo fu, come detto, l'assimilazione della causa virulenta di natura biologica con la causa violenta, contemplata a pieno titolo nell'ambito delle cause determinanti un evento infortunistico lavorativo, ammessa sin dal 1910 anche dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, la quale in una specifica sentenza, aveva considerato infortunio lavorativo il carbonchio manifestatosi in operaio addetto al trasporto delle pelli.

Il principio fu quindi codificato all'art. 2 del T.U. n. 1765 del 17 Agosto 1935 allorché sanciva doversi considerare il carbonchio infortunio sul lavoro ove fosse risultato contratto a seguito di un rischio lavorativo.

Nel medesimo art. 2 era esclusa tra i casi d'infortunio sul lavoro soltanto l'evento dannoso derivante da infezione malarica, in quanto regolato da disposizioni speciali.

Le ragioni di tale esclusione andavano, però, ricercate essenzialmente nel fatto che tale malattia rappresentasse all'epoca un rischio generico al quale erano esposti non soltanto i lavoratori, ma anche tutti gli abitanti di determinate zone.

Ve detto, però, che, successivamente, tale affezione venne disciplinata da una normativa particolare (L. 160/1953) e, soprattutto, che la previsione di esclusione di cui al menzionato art. 2 venne abrogata a seguito della sentenza della Corte Costituzionale 226/87, rafforzandosi ulteriormente in tal modo il concetto di malattia/infortunio.

Facendo riferimento soltanto al carbonchio, deve evidenziarsi che il Legislatore certamente non intendeva escludere che altre patologie infettive e parassitarie potessero considerarsi infortunio lavorativo se conseguite a causa violenta occorsa in occasione di lavoro, ma voleva di fatto dettare i principi generali di una nuova tutela assicurativa che avrebbe in futuro riguardato patologie quali,

ad esempio, l'epatite e l'AIDS, rispetto alle quali non era possibile individuare il momento del contagio.

Non è chi non veda come tali concetti appaiano oggi di estrema attualità in relazione alle problematiche legate alla contrazione del COVID 19 e, in particolare, alla sua eziologia lavorativa.

Insomma, l'art. 42 comma 2° del DL 17.3.2020 non può che ritenersi norma "confermativa", ossia applicativa dei principi generali, nella parte in cui considera il danno da Covid-19 come infortunio e non come tecnopatia, proprio perché deriva da causa virulenta ("malattia-infortunio").

Deve, ovviamente, escludersi qualsivoglia estensione analogica della norma ad ipotesi diverse dalla pandemia da COVID 19, dovendosi sempre fare riferimento ad un rischio specifico strettamente connesso all'attività lavorativa.

II. LA RILEVANZA SOTTO IL PROFILO INDENNITARIO DEL PRINCIPIO DELLA PRESUNZIONE SEMPLICE

In conseguenza della esistenza di difficoltà operative e di inammissibili diversificazioni di trattamenti conseguenti alla sentenza 179/88, relativamente a patologie infettive per le quali non era stato possibile individuare il momento contagiante, né che potevano considerarsi contratte a causa di una "idonea esposizione ad un rischio specifico" si rese necessario un intervento chiarificatore da parte della Suprema Corte, la quale, con le sentenze n. 8058 del 25 Luglio 1991 n. 3090 del 13 Marzo 1992, ebbe a definire in modo compiuto gli ambiti della tutela assicurativa, introducendo nella specifica materia il ricorso al principio della presunzione semplice d'origine, così come previsto dall'art. 2729 c.c.

Tale principio rese, quindi, possibile applicare il procedimento presuntivo, sia "in merito alla natura infettante di un evento lesivo indicato come occasione e fonte di contagio...", sia "sull'accadimento dell'evento stesso...".

Conseguentemente, venne introdotto nella tutela previdenziale il principio secondo il quale, la prova di un contagio di supposta origine professionale, sebbene non dimostrata, poteva ritenersi "presunta in presenza di gravi, precisi e convergenti elementi".

La nuova disciplina che conseguì alle decisioni della Corte di Cassazione con le sentenze 8058/91 e 3090/92 - (emesse in procedimenti civili nei quali l'INAIL, aveva sostenuto la inammissibilità all'indennizzo di epatiti virali, contratte da personale paramedico, eccettuando il difetto del requisito della causa violenta (es. ferita, puntura, ecc.) per la quale si fosse determinato il contagio, contestando l'esistenza del nesso causale tra l'affezione riscontrata nel soggetto ed il lavoro dallo stesso svolto nell'ospedale, sottolineandosi la non individuazione di un preciso evento lesivo) - investì direttamente l'attività istituzionale dell'INAIL, specie in relazione al rischio professionale d'infezione per le epatiti da virus A e B, la superinfezione da agente delta e l'AIDS, imponendo la necessità della ridefinizione degli aspetti normativi e procedurali riservati alla trattazione delle malattie infettive e parassitarie nell'ambito della tutela previdenziale; ridefinizione, che avvenne attraverso tutta una serie di disposizioni regolamentari, culminati nella redazione di un Protocollo Operativo, volto a circoscrivere il diritto alle prestazioni previdenziali a chi effettivamente avrebbe potuto contrarre le suddette patologie per il contagio, anche presunto, determinatosi nel corso dell'attività lavorativa.

Tale Protocollo prevedeva ai fini del riconoscimento, nel caso in cui non fosse stato possibile identificare il momento infettante, il soddisfacimento di tutte le circostanze indicate affinché tale l'evento potesse ritenersi ragionevolmente accaduto nell'ambiente lavorativo in ragione dell'esistenza di un rischio specifico o generico aggravato.

A tal fine, considerava come imprescindibili le seguenti condizioni.

Si doveva trattare di soggetti esposti per motivi professionali al contatto frequente con sangue e sperma, individuandosi, a titolo esemplificativo (analogamente a quanto posto in essere con la recentissima circolare 13 del 2020, in materia di COVID 19, laddove viene fatto riferimento

principalmente al personale sanitario) *“le seguenti figure professionali, operanti in reparti di malattie infettive, quali chirurghi, medici addetti a manovre diagnostiche e/o terapeutiche invasive (comprese le manovre connesse ai riscontri autoptici), infermieri addetti a prelievi di sangue e a terapia iniettiva, personale addetto alla manipolazione di sangue o sperma per accertamenti e/o ricerche di laboratorio o autoptiche, emodialisi ecc.”*

Va detto, che il contatto con sangue o sperma sarebbe dovuto, tuttavia, avvenire in tempi compatibili con il periodo di incubazione della forma virale diagnosticata.

Inoltre, negli ambienti ove si riteneva essere accaduto il contatto, avrebbe dovuto transitare un soggetto in condizioni tali da poter trasmettere il contagio della malattia infettiva riscontrata nell'assicurato.

Quest'ultimo, tuttavia, non avrebbe dovuto presentare comportamenti extraprofessionali definibili *“a rischio”*.

Sulla scorta di tali principi, venivano quindi elaborate specifiche *“Linee guida”* per la trattazione in ambito medico legale i tali *“malattie – infortuni”*, affermandosi espressamente che *“la qualificazione come infortunio permette un pronto e duttile adeguamento dei confini della tutela alle situazioni di rischio professionale, sia già note che emergenti, anche grazie al criterio della presunzione semplice, che consente a determinate condizioni di estendere la protezione assicurativa pure alle ipotesi in cui l'identificazione delle precise cause e modalità lavorative del contagio si presenti problematica o impossibile”*.

La *“presunzione semplice”*, rappresenta, quindi, oggi, ancor di più, ad oltre 30 anni dalla applicazione di tale principio alla tutela previdenziale, il criterio giuridico attraverso il quale si snoda la tutela di queste patologie e, ben può definirsi come un vero e proprio strumento di accertamento dei fatti.

Insomma, attraverso la definizione di principi e criteri di cui si è riferito, l'applicabilità del criterio presuntivo è stata estesa: non più solo presunzione della natura infettante dell'evento professionale, ma anche dell'accadimento stesso dell'evento, in quanto *“è giustificato ritenere raggiunta la prova della causa violenta (intesa come penetrazione del fattore patogenetico) allorché sia provata, anche attraverso presunzioni, la possibilità che detta causa violenta si sia verificata”* vale a dire attraverso l'identificazione di quelle circostanze *“gravi, precise e concordanti”* che legittimano il ricorso alla presunzione semplice come mezzo di prova.

Appare evidente, pertanto che proprio sulla base dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale, che ha determinato l'adozione da parte dell'Istituto dei comportamenti da assumere in relazione a tali eventi infortunistici, il ricorso alla tutela indennitaria sarebbe ben potuto avvenire sulla base dei principi di cui si è riferito.

III. LE CONDIZIONI DI AMMISSIBILITÀ A TUTELA: IL REQUISITO SOGGETTIVO ED IL REQUISITO OGGETTIVO

Per ciò che attiene l'individuazione dei soggetti tutelati, occorre soltanto fare riferimento ai principi generali di cui all'art. 4 del T.U. 1124/65 ed alle altre norme speciali in tema di obbligo assicurativo INAIL, individuando, nell'ambito dell'attuale situazione pandemica, principalmente fra i soggetti destinatari di tale tutela, gli operatori sanitari esposti a un elevato rischio di contagio, aggravato fino a diventare specifico.

Non può comunque negarsi che tale elevato rischio di contagio ben può riguardare principalmente soggetti che svolgono attività lavorativa comportante il costante contatto con il pubblico o l'utenza.

Le disposizioni regolamentari dell'Istituto fanno, infatti, riferimento - è bene sottolinearlo, a mero titolo esemplificativo - a categorie di lavoratori quali quelli addetti ad attività di *“front-office, alla cassa, addetti alle vendite/banconisti, personale non sanitario operante all'interno degli ospedali con mansioni tecniche, di supporto, di pulizie, operatori del trasporto infermi, e in un ambiente a rischio”*, o in ogni caso, a soggetti che, pur non svolgendo una attività comportante il continuo

contatto con il pubblico, possano comunque avere contratto il virus nell'espletamento della specifica attività lavorativa.

In tal senso, ai fini dell'accertamento della sussistenza dell'occasione di lavoro, così come disciplinata dall'art. 2 del T.U. 1124/65, assume rilievo ciò che si è in precedenza sottolineato circa il ricorso alla presunzione semplice, intesa – va ribadito – come strumento di accertamento dei fatti.

Ovvio che, mentre per gli operatori sanitari l'accertamento di tale requisito è di molto attenuato, pur senza che si possa configurare una sorta di presunzione assoluta per tale categoria di lavoratori, le questioni in materia di riconoscimento dell'occasione di lavoro non potranno che riguardare “gli altri casi”, nei quali, ad esempio, non appare configurabile l'esercizio di attività lavorativa, anche di un operatore sanitario, in una struttura sanitaria o ambulatorio o, comunque, in ambiente a rischio.

In tal senso, occorrerà verificare le possibilità di contagio “professionale”, nell'ambito ad esempio di una contagiosità intrafamiliare.

Fermo restando che occorrerà accertare la sussistenza dei fatti noti e, quindi, degli indizi gravi, precisi e concordanti da porre a fondamento della presunzione semplice, deve sottolinearsi che la prova contraria a carico dell'Istituto potrà essere fornita, in ipotesi di tal fatta, anche sulla base della tempistica di insorgenza della patologia, che potrebbe rivelarsi clinicamente incompatibile con lo svolgimento di attività lavorativa ove non è prevista la continuità di presenza lavorativa.

Occorrerà, però, sempre tenere in debita considerazione che ai fini del riconoscimento dell'infortunio non è necessario che l'evento sia verificato nell'espletamento delle mansioni tipiche svolte dal soggetto, essendo sufficiente che lo stesso sia avvenuto nello svolgimento di prestazioni accessorie o strumentali.

IV. LE PRESTAZIONI A CARICO DELL'INAIL

Per ciò che attiene le prestazioni erogate dall'Istituto, conseguenti al riconoscimento della tutela indennitaria, è opportuno soltanto rilevare che la erogazione della indennità per inabilità temporanea assoluta spetta anche nell'ipotesi in cui il soggetto si trovi in quarantena o in isolamento domiciliare a fini precauzionali, posto che in questi casi si è in presenza di impedimento assoluto al lavoro al pari di quello derivante da stati patologici veri e propri.

Per ciò che riguarda il decesso del lavoratore, oltre alla rendita prevista dall'art. 85 T.U. in favore dei superstiti aventi diritto, è stata prevista l'erogazione in favore dei familiari di una prestazione speciale “una tantum” a carico del Fondo delle vittime di gravi infortuni sul lavoro.

Tale prestazione è prevista anche in favore dei lavoratori non assicurati all'INAIL (militari, vigili del fuoco, forze di polizia, liberi professionisti ecc.).

Un ultimo accenno è opportuno fare in tema di infortunio in itinere, prevedendosi espressamente una deroga - sino al termine dell'emergenza epidemiologica - alla ordinaria disciplina dell'utilizzo del mezzo proprio, che, proprio in ragione della maggiore possibilità di contagio a bordo di mezzi pubblici è ritenuto necessitato.