

# COVID 2019: LE RICADUTE SULLA RESPONSABILITÀ CIVILE E PENALE DEL DATORE DI LAVORO.

di

**LORENZO INFANTINO**

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

Sicuramente ha destato clamore e preoccupazione negli operatori economici la decisione assunta dal Governo con l'**art. 42, comma 2, del DL n. 18/2020**, di qualificare come <infortunio sul lavoro> il contagio COVID- 19 avvenuto in occasione di lavoro.

Infatti la generalità degli operatori ha sollevato l'obiezione che siffatta disposizione comportasse delle ricadute inevitabili sulla responsabilità civile e penale del datore di lavoro ampliandola a dismisura a fronte di un fenomeno epidemico e pandemico, quale il COVID-19, che investe la collettività nella sua interezza.

Opinione rafforzata dopo l'adozione da parte dell'INAIL, con provvedimento del 23.4.2020, del <**documento tecnico sulla possibilità di rimodulazione delle misure di contenimento del contagio da SARS-COV-2 nei luoghi di lavoro e strategie di prevenzione**> che individua, attraverso il ricorso allo strumento della <presunzione semplice>, i casi in cui tale infezione può ritenersi contratta in <occasione di lavoro>.

Più parti hanno manifestato con insistenza la necessità che fossero adottati dei <correttivi> in modo da delimitare chiaramente gli <obblighi> in materia di sicurezza gravanti nei riguardi del datore di lavoro scaturenti dalla scelta di ricomprendere *sic et simpliciter* il contagio COVID-19 nell'ambito della copertura assicurativa obbligatoria alla stregua di un <rischio lavorativo specifico>.

Dopo alcune precisazioni contenute nella circolare INAIL n. 22 del 20 maggio 2020, il Legislatore è intervenuto in sede di conversione del DL 8.4.2020 n. 23 con la legge del 5.6.2020 n. 40, con la quale ha introdotto l'art. 29**bis** che ha definito <i confini> del c.d. <debito di sicurezza> nella gestione del rischio COVID-19 a carico del datore di lavoro con conseguenti ricadute sulla responsabilità civile e, quindi, penale del medesimo.

## I. PREMESSA

Prima di addentrarmi nel merito dell'argomento che mi è stato assegnato, ritengo opportuno procedere ad una sintetica <schematizzazione> dell'oggetto, delle condizioni e delle fasi della <azione di responsabilità civile risarcitoria> che il prestatore può spiegare nei confronti del datore di lavoro nel caso di infortunio sul lavoro.

### 1.A OGGETTO DELL'AZIONE DI RESPONSABILITÀ CIVILE

L'**azione di responsabilità civile** che il lavoratore può proporre nei riguardi del datore di lavoro a seguito di infortunio sul lavoro può avere **ad oggetto**:

**1.A1)** il risarcimento del c.d. <**danno complementare**> cioè di quelle voci di danno non riconducibili alla copertura assicurativa obbligatoria e, quindi, non indennizzabili (cfr. Cass. Sez.

lav. 10.4.2017, n. 9166; Cass. Sez. lav. 13868/2019);

**I.A2)** il risarcimento del c.d. **<danno differenziale>** costituito dalla differenza tra il danno complessivamente patito e valutato secondo le regole civilistiche dal quale va detratto l'indennizzo percepito dall'INAIL ovvero che avrebbe percepito se avesse proposto la relativa domanda.

**I.B INFORTUNIO SUL LAVORO/MALATTIA PROFESSIONALE: PRE-CONDIZIONE NECESSARIA MA NON SUFFICIENTE PER L'AZIONE DI RESPONSABILITÀ CIVILE.**

Il primo passaggio necessario **ma non sufficiente**, come vedremo, per proporre una eventuale azione risarcitoria nei confronti del datore di lavoro è l'intervenuto accertamento che si sia in presenza **di un infortunio sul lavoro** così come definito dall'art. 2 del DPR n. 1124/1965 cioè avvenuto per causa violenta ed in occasione di lavoro ovvero **di una malattia professionale**, così come definita dal successivo art. 3.

Solo recentemente la Suprema Corte di Cassazione ha affermato che l'azione è esperibile anche nei casi in cui il lavoratore non abbia richiesto all'INAIL in via amministrativa l'indennizzo ovvero non abbia previamente proposto apposita azione giudiziaria nei riguardi del predetto Istituto (cfr. **Cass. civ. Sez. lavoro, Sent., 22-05-2019, n. 13868**).

È ben noto il fatto che l'azione risarcitoria per il c.d. **<danno differenziale>** è esperibile soltanto nel caso in cui la condotta illecita posta in essere dal datore di lavoro sia suscumbibile in **una fattispecie di reato perseguibile d'ufficio**, con l'ulteriore precisazione che non è necessario che sia intervenuta una sentenza di condanna penale potendo il Giudice in sede civile procedere all'accertamento della natura penale della condotta illecita (cfr. Cass. n. 9166/2017).

**I.C CONDIZIONI PER LA CONFIGURABILITÀ DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE**

Accertata l'esistenza di un **infortunio per causa violenta avvenuto in occasione di lavoro o di una malattia professionale**, affinché possa ritenersi sussistente la responsabilità civile del datore di lavoro in ordine ai **<danni complementari>** e al **<danno differenziale>**, dovrà effettuarsi una ulteriore indagine tesa a verificare:

**I.C1)** che l'infortunio (contagio COVID-19) sia stato determinato o meno dall'esistenza **di un ambiente di lavoro nocivo** scaturente dalla **omessa applicazione** delle disposizioni in materia di sicurezza da parte datoriale;

**I.C2)** la sussistenza del **nesso causale** tra l'inadempimento datoriale in materia di sicurezza (ambiente nocivo) e il danno patito dal lavoratore (da intendersi come contagio e conseguenze risarcibili);

**I.C3)** l'esistenza e l'entità del danno risarcibile (complementare e differenziale) patito dal lavoratore e non coperto dall'assicurazione obbligatoria.

**I.D LA PRE-CONDIZIONE PER LA SUSSISTENZA DELLA RESPONSABILITÀ PENALE**

Analogamente, per l'esperimento dell'azione penale nei riguardi del datore di lavoro per violazione degli artt. 589 e 590, comma 3, cp e di quella di responsabilità per illecito amministrativo ai sensi dell'art. 25 *septies* dlt n. 231/2001 nei confronti della Società, sarà necessario, **anche in tali casi, che sia configurabile innanzitutto un infortunio sul lavoro o una malattia professionale.**

Ciò posto, nella misura in cui il Legislatore ha qualificato con l'art. 42, comma 2, del DL n. 18/2020 come infortunio sul lavoro il fenomeno pandemico dell'avvenuto contagio COVID-19 in occasione di lavoro si intuiscono gli effetti a cascata che tale qualificazione ha comportato in ordine alla configurazione di una eventuale responsabilità civile e penale per il datore di lavoro e per illecito amministrativo per le società.

## II. L'ART. 42, COMMA 2, DEL DL N. 18/2020.

L'art. 42, comma 2, del DL n. 18/2020 statuisce che nei casi accertati di infezione da coronavirus **in occasione di lavoro**, il medico certificatore **redige il consueto certificato di infortunio** e lo invia telematicamente all'INAIL che assicura, ai sensi delle vigenti disposizioni, la relativa tutela dell'infortunato.

Quindi l'infezione da COVID-19, se contratta dal lavoratore <in occasione di lavoro>, viene dal legislatore espressamente qualificata come **infortunio sul lavoro** "*anche nella situazione eccezionale di pandemia causata da un diffuso rischio di contagio in tutta la popolazione*" come affermato dall'INAIL nella sua circolare **n. 22 del 20.5.2020**.

La norma, in merito al fatto **che equipari o identifichi** l'infezione derivata da agente biologico e quindi scatenata dall'azione di **fattori microbici o virali** alla <**CAUSA VIOLENTA**> propria dell'infortunio sul lavoro non dice nulla di nuovo in considerazione dei pregressi arresti giurisprudenziali in quanto la <**CAUSA VIRULENTA**> - **intesa quale azione di fattori microbici o virali che, penetrando nell'organismo umano, ne determinano l'alterazione dell'equilibrio** - era stata <da sempre> equiparata dalla giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione alla <**CAUSA VIOLENTA**> **propria dell'infortunio**, anche quando i suoi effetti si manifestavano dopo un certo tempo (cfr. Cass. Sez. lav. N. 8085/1991, n. 3090/1992, Cass. civ. Sez. lavoro, 28/10/2004, n. 20941).

È altrettanto nota la definizione di <**OCCASIONE DI LAVORO**> secondo cui il sinistro indennizzabile, ai sensi dell'art. 2 del D.P.R. n. 1124 del 1965, **non può essere circoscritto all'evento di esclusiva derivazione eziologica materiale dalla lavorazione specifica espletata dall'assicurato**, ma va riferito **ad ogni accadimento infortunistico** che sia **correlato** all'attività lavorativa **nel senso che esso inerisca all'attività stessa o sia almeno occasionata dal suo esercizio**.

Non è necessario che si sia verificato nel corso dello **svolgimento delle mansioni proprie** alle quali è addetto il prestatore dovendo assimilarsi alle stesse anche l'espletamento di compiti prodromici o accessori rispetto alle medesime; significativo è l'infortunio *in itinere* previsto dal citato art. 2, comma 3, del DPR n. 1124/1965.

Con l'espressione <**in occasione di lavoro**> il legislatore ha inteso coprire con la garanzia assicurativa obbligatoria anche gli eventi dannosi subiti dal lavoratore sul luogo di lavoro e durante l'espletamento della prestazione **non necessariamente riconducibili al rischio intrinseco connesso all'attività lavorativa o alle attività immediatamente a quella connesse ma tuttavia legate allo svolgimento della prestazione** (cfr. Cass. sez. lav. 29.11.2019, n. 30874).

## III. LA NOVITÀ DELLA SCELTA OPERATA DAL LEGISLATORE CON L'ART. 42 DEL DL N. 18/2020.

III.A L'**assoluta novità** della scelta operata dal legislatore con il citato art. 42, comma 2, consiste nell'aver ritenuto che la contrazione di una infezione biologica a **RISCHIO EPIDEMICO DI CONTAGIO GENERALIZZATO** cioè riguardante tutta la popolazione e con origine **esogena rispetto all'ambiente di lavoro**, potesse costituire *ex se* un evento rientrante nella copertura assicurativa obbligatoria se contratta in occasione di lavoro.

Un **rischio è esogeno** nella misura in cui **non** si genera a causa e/o all'interno dell'attività lavorativa avendo una matrice esterna al processo produttivo.

Quindi con la suddetta previsione il legislatore ha voluto ricomprendere il rischio COVID-19 tra i **rischi professionali** o tra quelli cc.dd. <**rischi specifici impropri**> cioè non strettamente legati all'atto materiale della prestazione, meritevole di tutela assicurativa pur non rientrando nella accezione di <rischio specifico o professionale> c.d. <di mestiere o di lavorazione> cioè scaturente dall'attività svolta o dall'organizzazione dei fattori di produzione adottata dal datore di lavoro e nonostante la sua natura **di infezione epidemica** di origine esterna ai luoghi di lavoro.

**III.B** Così agendo il Legislatore ha mutato radicalmente il precedente approccio in ordine **alle malattie virali epidemiche come cause di infortunio sul lavoro**.

Infatti nel passato l'orientamento era nel senso che una malattia del prestatore determinata **da un agente virale di natura epidemica** poteva dare luogo ad un **infortunio sul lavoro** a condizione che, in relazione **alla natura dell'attività svolta o alla specifica allocazione dell'unità aziendale o all'organizzazione del ciclo produttivo**, il **<RISCHIO CONTAGIO>** fosse presente **all'interno dell'azienda in modo esclusivo o in misura significativamente superiore rispetto all'ambiente esterno** (cfr. Cass. civ. Sez. lavoro, 26-05-2006, n. 12559; cfr. in termini Cass. civ. Sez. lavoro, 30-08-2010, n. 18852; cfr. Cass. sez. lav. 8.4.2004 n. 6899); circostanze queste che imponevano al datore di lavoro, in applicazione dell'art. 2087 c.c., di adottare specifiche **misure organizzative tese ad impedire o ridurre il rischio contagio e diffusione all'interno dei luoghi di lavoro**.

Sicuramente il rischio COVID-19 nella generalità dei casi – con evidente esclusione di coloro i quali svolgono attività in cui il rischio contagio è ontologicamente presente, come nel caso delle professioni sanitarie - **non costituisce un rischio** che ha origine nell'apparato produttivo ed insito in una attività prodromica e comunque strumentale allo svolgimento delle mansioni, né è in stretto rapporto di connessione con l'attività protetta e, né tantomeno, presente in misura maggiore nel luogo di lavoro rispetto all'ambiente esterno.

**III.C** Per meglio cogliere **la novità** della scelta del Legislatore appena illustrata, bisogna soffermarsi sulle **caratteristiche intrinseche** dell'infezione COVID-19 specie in considerazione del fatto che alcuni commentatori **hanno, a mio avviso, impropriamente equiparato tale infezione con quella ad esempio da HIV**.

**III.C1** Come è noto, il COVID-19 è una infezione a **<capacità diffusiva elevata e generalizzata>** nel senso che prescinde dallo svolgimento di una particolare attività sociale o lavorativa o dal contatto con sostanze biologiche specifiche, quali sangue infetto o altro, e coinvolge l'intera popolazione e tutto il territorio italiano e mondiale.

Il rischio di contagio è elevato ed investe la società in tutte le sue componenti.

Le modalità di trasmissione del COVID-19 sono ben note: contatto con goccioline emesse durante la respirazione dal soggetto infetto o tramite contatto con oggetti sui cui le goccioline si sono precedentemente depositate.

La platea dei potenziali soggetti <untori> ed <infettati> è **indeterminata**.

Tale forma particolare di trasmissione **della infezione** rende la stessa **EPIDEMICA**.

La Corte di Cassazione penale, nella recente **del 30.10.2019 n. 48014**, ha trattato il reato di epidemia di cui all'art. 438 cp distinguendo l'epidemia dalle altre forme di contagio fisico – c.d. <da contatto> - come l'HIV che non è annoverabile nella categoria della epidemia.

Si ha **epidemia**, dal punto di vista scientifico e giuridico, quando si è in presenza di una malattia contagiosa che, **per la sua spiccata diffusività**, è in grado di infettare, **nel medesimo tempo e nello stesso luogo, una moltitudine indeterminata di destinatari**, recando con sé, in ragione della capacità di ulteriore espansione e di agevole propagazione, **il pericolo di contaminare una porzione ancor più vasta di popolazione**.

**Non sono annoverabili nella definizione di epidemia** quelle malattie trasmissibili mediante **forme di contagio per contatto fisico** tra agente e vittima, come l'HIV, che, sebbene di per sé non sono estranee alla nozione di «diffusione di agenti patogeni», **sono prive** della connotazione fondamentale del fenomeno epidemico della facile trasmissibilità della malattia ad un numero potenzialmente sempre più elevato ed indeterminato di persone.

In sintesi, è **assente** il requisito della **<diffusività incontrollabile all'interno del medesimo luogo e nel medesimo tempo di un numero rilevante ed indeterminato di soggetti>** che caratterizza il

fenomeno epidemico come peraltro acclarato anche dalla Suprema Corte di Cassazione a **SU con la sentenza n. 576 dell'11.1.2008**.

**III.C2** Quindi mentre il **COVID-19 è una malattia epidemica** non sono tali l'HBV (epatite B), l'HCV (epatite C), l'HIV (AIDS).

Non lo è neanche l'infezione da antrace ove non sono mai stati registrati casi di trasmissione da uomo a uomo per via aerea mentre rarissimi sono stati i casi di contagio per contatto fra umani.

I casi in cui la giurisprudenza in passato si era occupata della indennizzabilità degli infortuni scaturiti dal <contagio virale> erano state le infezioni di HBV (epatite B), di HCV (epatite C), di HIV (AIDS) che **riguardavano situazioni collettivamente DIVERSE DA QUELLA EPIDEMICA** attualmente in essere con il COVID-19.

Inoltre, tali casi riguardavano **specifiche professionalità** segnatamente coloro i quali che, in relazione alle specifiche mansioni espletate (infermieri, biologici, medici addetti a centri di trasfusione ed altro) **erano particolarmente esposti** al pericolo di contrarre tali patologie cioè erano sottoposti ad un <rischio qualificato> o <specifico> in quanto di intensità maggiore rispetto a quello a cui era esposta la generalità dei soggetti.

In questi casi il <rischio da contagio> HIV nel corso dello svolgimento di quella specifica attività costituiva un **<rischio di mestiere e/o di lavorazione e/o specifico>** in quanto comunque connesso e/o legato allo **svolgimento di determinate attività lavorative**.

Il **<rischio da contagio>** si palesava **particolarmente all'<interno del luogo di lavoro>** in quanto, tenuto conto della specifica attività produttiva svolta, era maggiore la possibilità che potesse avvenire il contagio rispetto all'ambiente esterno.

Nelle ipotesi sopra citate (ove la malattia **non era qualificabile come epidemia**) il legislatore **non era intervenuto** con una disposizione di legge dello stesso tenore di quella di cui al citato art. 42, ritenendo che la questione fosse già disciplinata dalle disposizioni di cui al DPR n. 1124/1965.

L'INAIL si era limitata ad adottare la circolare **n. 74 del 23.11.1995** con la quale aveva ribadito che i casi di epatite virale a trasmissione parentale e di AIDS andavano trattati come infortuni sul lavoro e non come malattie professionali a condizione **che l'infezione fosse stata contratta in <occasione di lavoro>**; condizione questa **che andava accertata** secondo i principi generali vigenti così come interpretati dalla Giurisprudenza.

Ciò comportava che il lavoratore e/o il datore di lavoro avevano l'obbligo di denunciare l'infortunio una volta che fosse stato accertato che l'infezione era stata contratta in occasione di lavoro e non sulla base di una semplice certificazione medica che avesse dichiarato semplicemente che il prestatore aveva contratto la predetta malattia come nel caso di COVID-19.

**III.D La novità** si coglie ulteriormente esaminando la passata legislazione e gli arresti giurisprudenziali intervenuti.

Infatti in precedenza il Legislatore, in presenza **di patologie epidemiche ad alta diffusione sociale ed estese su tutto il territorio nazionale ed in ogni strato della società**, aveva assunto una posizione diametralmente opposta a quella tenuta con il citato art. 42, **escludendo la patologia dal sistema assicurativo di cui al DPR n. 1124/1965 ed intervenendo con normative specifiche**.

Probabilmente nella consapevolezza che l'elevata diffusione della infezione e l'alto grado di contagio esteso alla generalità della popolazione e sull'intero territorio non consentivano di regolare la fattispecie mediante l'applicazione *tout court* delle disposizioni di cui al DPR n. 1124/1965, **costituendo l'infezione pandemica un <rischio esterno> all'ambiente di lavoro che al più poteva trasmigrare all'interno dei luoghi di lavoro**.

In sintesi, in tali casi non veniva rispettata la condizione secondo la quale l'agente patogeno era presente nell'ambiente di lavoro in modo esclusivo o in misura significativamente superiore rispetto all'ambiente esterno.

Era l'ipotesi della **infezione malarica** che l'art. 2, comma 2, del DPR n. 1124/1965 espressamente non contemplava tra i casi di infortunio sul lavoro, rimettendo la regolamentazione ad una disciplina speciale.

Soltanto quando venne **meno l'elevata diffusione** quale epidemia sull'intero territorio italiano della malaria, intervenne la Corte Costituzionale, **con sentenza n. 226 del 17.6.1987**, che dichiarò l'illegittimità costituzionale della predetta disposizione in base alla considerazione che **la malaria aveva perduto la natura di infezione a rischio generico di malattia**: *“negli anni cui risalgono queste norme la malaria infestava intere regioni del Paese e costituiva un rischio generico di malattia e di morte per le popolazioni, non un rischio specifico dei lavoratori. Era pertanto allora giustificato che la malattia da infezione malarica fosse esclusa dal sistema assicurativo contro gli infortuni sul lavoro, e che si provvedesse invece con una sovvenzione, ai sensi dell'art. 329, secondo comma, del R.D. n. 1265 del 1934, assegnata ai discendenti, ascendenti, coniugi, fratelli o sorelle dell'operaio deceduto per febbre pernicioso. Tale norma, peraltro, è stata sostituita della legge 11 marzo 1953, n. 160, che dispone in luogo della sovvenzione l'estensione del trattamento stabilito per i casi di morte per infortunio sul lavoro in agricoltura, ai sensi dell'art. 3 della legge 20 febbraio 1950, n. 64. Nel secondo dopoguerra, mediante l'uso del DDT (diclorodifeniltricloroetano), la infestazione malarica, che durava da molti secoli, è stata in pochi anni debellata. Non ha oggi per ciò più alcuna ragionevolezza un regime giuridico, che in materia di infezione malarica continui a postulare un rischio generico per gli abitanti, e ad escludere un rischio specifico in occasione di lavoro in circoscritto ambiente infesto, e che provveda alla tutela in caso di morte, e non anche in caso di danno”*.

Altresì la **Corte Suprema di Cassazione**, con un condivisibile sforzo interpretativo, aveva ricompreso tra gli obblighi gravanti nei riguardi dei datori di lavoro ai sensi dell'art. 2087 c.c. quello di adottare le opportune misure che evitassero che all'interno del luogo di lavoro potessero **penetrare malattie infettive esistenti in quello specifico contesto ambientale circostante al luogo ove era situata l'azienda**.

In sintesi la Corte di Cassazione **aveva incluso** tra gli obblighi di sicurezza anche quello di tutelare il lavoratore dai <rischi di infezione> esterni cioè scaturenti **dal particolare ambiente esterno ove era collocato il luogo della prestazione**, che potremo definire rischi di <prossimità>.

Ad esempio, era il caso in cui l'unità produttiva era situata in zona malarica.

In tal caso la Corte Suprema di Cassazione, con la **sentenza 29.5.1990 n. 5002**, aveva affermato che gli obblighi imposti all'imprenditore dall'art. 2087 c.c., in tema di tutela delle condizioni di lavoro, si riferivano anche ai rischi legati all'ambiente esterno a quello di lavoro, in relazione al quale le misure e le cautele da adottarsi **dovevano riguardare sia i rischi insiti nel luogo di lavoro e scaturenti dall'attività svolta sia i rischi derivanti dall'azione di fattori esterni all'ambiente di lavoro ma strettamente inerenti alla località in cui tale luogo di lavoro è situato**.

Conseguentemente aveva concluso nella controversia instaurata dal lavoratore che aveva lavorato **in zona malarica** all'estero (nella specie, in Camerun) contraendo la relativa malattia, che il datore di lavoro doveva dimostrare che, una volta adibito il dipendente a mansioni all'aperto in una regione umida costituente l'habitat naturale dell'anofele, avesse fatto il possibile per evitargli il contagio della malaria.

Presupposto di tale opzione interpretativa era che il rischio infezione di <prossimità> esterno all'ambiente di lavoro **fosse circoscritto in una specifica area territoriale e/o località e non nell'intero territorio nazionale**; cioè fosse un <rischio generico di prossimità> limitato al territorio dove era allocato il luogo di lavoro.

Con questi limiti era configurabile l'obbligo di adottare le misure tecniche per la gestione del c.d. <rischio esogeno>.

Interpretazione fatta propria di recente dalla Commissione per gli interPELLI con la risposta

all'interpello n. 11/2016.

Come già affermato, il rischio COVID-19 è un rischio proveniente non da un ambiente esterno territorialmente circoscritto ma da un ambiente che coinvolge tutto il territorio italiano e mondiale.

III.E L'INAIL, nella recente circolare n. 22 del 20.5.2020, ha colto tale novità precisando che il COVID19, nonostante costituisca una *“situazione eccezionale di pandemia causata da un diffuso rischio di contagio in tutta la popolazione”*, è tutelato quale infortunio sul lavoro.

Quindi anche l'Istituto conviene sul fatto che il rischio COVID-19 di norma costituisce un <rischio generico e/o comune> di malattia e di morte per l'intera popolazione e operante sull'intero territorio e non è un <rischio specifico e/o professionale> dei lavoratori cioè scaturente dalla lavorazione svolta, dalla organizzazione produttiva adottata o dall'allestimento del luogo di lavoro, quindi interno al luogo di lavoro.

Sfugge per tali caratteristiche alla nozione di **rischio professionale e/o specifico** fornita dal DLT n. 81/2008.

I rischi per la sicurezza sono quelli propri dell'attività lavorativa svolta dal prestatore e anche quelli esistenti nell'ambito dell'organizzazione in cui essi prestano la loro attività **e, quindi, connessi alla combinazione dei fattori produttivi necessari per l'espletamento di tale attività** (cfr. in termini **Cass. sez. lavoro 16.8.2019, n. 21428** ove si fornisce una definizione simile del concetto di rischio specifico ovvero **Cass. sez. lav. 19.6.2020 n. 12041** ove si richiama un precedente della Corte Cost. n. 87/1991 ove il rischio da menomazione dell'integrità fisica del lavoratore è quello prodottosi nello svolgimento e a causa delle sue mansioni).

III.F Il <**rischio Covid-19**> qualificato dal protocollo del 24.4.2020 quale <rischio generico e/o comune> riguardante l'intera collettività sicuramente **non è di norma**, alla luce delle disposizioni sopra citate, un rischio direttamente e strettamente aziendale o meglio <proprio della lavorazione> e quindi qualificabile come <specifico>.

Né esso costituisce un rischio presente esclusivamente nell'ambiente di lavoro o in misura significativamente superiore rispetto all'ambiente esterno.

Nonostante la acclarata natura di <rischio esogeno> e diffuso nella collettività del COVID-19, il Legislatore, con il citato art. 42, comma 2, lo ha ricompreso tra i <rischi> che possono determinare un infortunio sul lavoro generando il conseguente obbligo a carico del datore di lavoro di adottare specifiche misure tese ad evitare che l'infezione penetri all'interno del luogo di lavoro e vi si diffonda.

Naturalmente quanto sopra affermato non vale per quelle attività lavorative quali quelle sanitarie ove invece tale rischio assume, in considerazione della natura dell'attività espletata e dell'organizzazione, la valenza di rischio specifico professionale che già trova la sua disciplina nel titolo X del dl n. 81/2008.

#### IV. QUANDO UNA INFEZIONE PUÒ RITENERSI CONTRATTA IN OCCASIONE DI LAVORO.

IV.A Una volta segnalata la <novità> dell'approccio legislativo, esaminiamo in base a quali elementi una infezione COVID-19 può ritenersi contratta dal prestatore <in occasione di lavoro>, secondo quanto statuito dal citato art. 2 del DPR n. 1124/1965, e dare luogo ad un infortunio sul lavoro.

Nell'ambito dell'assicurazione obbligatoria, l'accertamento che l'INAIL deve compiere, in questa fase, è se l'infezione sia stata contratta durante lo svolgimento dell'attività lavorativa **a prescindere da qualunque responsabilità datoriale cioè dalla violazione delle disposizioni in materia di sicurezza che costituirà** oggetto di eventuale accertamento nel caso di azione di regresso da parte dell'INAIL, nelle ipotesi previste dall'art. 11 del DPR n. 1124/1965, ovvero nei casi di azione civile risarcitoria esperita dall'interessato per il risarcimento del <danno differenziale> e di quello

<complementare> ovvero di azione penale.

**IV.B** In aiuto ci sovviene la giurisprudenza in passato formatasi con riferimento alle patologie originate dall'azione di fattori virali o patogeni, come le infezioni da HIV o epatite, sicuramente a minore impatto diffusivo nella collettività rispetto al COVID-19 e ontologicamente diverse da quest'ultima.

La Suprema Corte di Cassazione aveva **ritenuto provata** <l'occasione di lavoro> e, quindi, **accertato il nesso causale** alle seguenti condizioni:

a) **non era necessario che fosse stato individuato l'episodio specifico da cui era scaturita** l'infezione, essendo sufficiente ricondurre l'evento alla prestazione di lavoro tenuto conto del particolare ambiente in cui operava il lavoratore;

b) la prova poteva essere raggiunta per <**presunzioni semplici**> ritenendo che non occorresse, per la configurabilità di una **presunzione giuridicamente valida**, che i fatti su cui essa si fondava fossero tali da far apparire l'esistenza del fatto ignoto come l'unica conseguenza possibile del fatto noto, essendo sufficiente che tale rapporto potesse essere desunto come <*conseguenza ragionevolmente possibile e verosimile*> secondo un criterio di normalità; <**giudizio di ragionevole probabilità**>, come definito dall'INAIL nella circolare n. 22/2020.

**La causa violenta in occasione di lavoro** doveva ritenersi accertata e provata quando era stato dimostrato, anche attraverso presunzioni, **la possibilità** ovvero la <**ragionevole probabilità**> - non la certezza - **che la causa violenta**, come sopra definita (penetrazione nell'organismo umano del fattore patogeno), si fosse verificata durante lo svolgimento dell'attività lavorativa o meglio <**fosse stata in rapporto con lo svolgimento dell'attività lavorativa**>, legame questo accertabile mediante presunzioni (Cass. n. 7306/2000 in motivazione) e senza che fosse necessaria l'indicazione di uno specifico episodio che l'avesse generato.

**IV.C** Orbene l'INAIL, in linea con i pregressi arresti giurisprudenziali, sul punto è già intervenuto nel mese di aprile 2020 dapprima con **la circolare n. 13 del 3.4.2020** e poi con la redazione del "*Documento tecnico sulla possibile rimodulazione delle misure di contenimento del contagio da SARS- Cov-2 nei luoghi di lavoro e strategie di prevenzione*" pubblicato **il 23.4.2020**.

Con la circolare n. 13/2020, l'Istituto ha, chiaramente, affermato che per gli operatori sanitari, in quanto esposti ad un elevato rischio di contagio aggravato fino a divenire <specifico>, vige la <**presunzione semplice**> di origine professionale dell'infortunio considerata l'elevata probabilità che i predetti operatori possano venire in contatto con il virus.

Analoga presunzione riguarda coloro i quali svolgono attività con frequente contatto con il pubblico come i cassieri, i banconisti, il personale non sanitario operante all'interno degli ospedali, con mansioni di supporto, operatori di trasporto ed altri.

Per tutti gli altri casi in cui non sia possibile provare da parte del lavoratore lo specifico episodio in cui l'infezione sia stata contratta, la presunzione di contagio potrà operare "*in considerazione delle mansioni/lavorazioni e di ogni altro elemento che in tal senso deponga*" con la conseguenza che "*l'accertamento medico-legale seguirà l'ordinaria procedura privilegiando essenzialmente i seguenti elementi: epidemiologico, clinico, anamnestico e circostanziale*" (circolare INAIL n. 13/2020).

L'INAIL è, successivamente, intervenuto con il documento **del 23.4.2020** approvato dal Comitato Tecnico Scientifico istituito presso la Protezione Civile.

Esso si compone di due parti: la prima dove viene valutato **il rischio** e la seconda le misure organizzative necessarie a contenere tale rischio.

Mi soffermo sulla prima parte dove, attraverso una valutazione di una serie di indici, viene indicata la c.d. <**matrice di rischio**> di contrazione dell'infezione in relazione al tipo di attività svolta e, quindi, l'individuazione di una <classe di rischio>.

Ciò comporta che tale valutazione effettuata dall'INAIL inciderà, necessariamente ed in modo

determinante, sulla formulazione del giudizio di presunzione di **<ragionevole probabilità>** in relazione al quale si potrà concludere che l'infezione è stata contratta **nel corso dello svolgimento dell'attività lavorativa**, avendo l'Istituto ritenuto che lo svolgimento di una di quelle attività indicate espone il prestatore ad un rischio specifico e più intenso rispetto alla generalità delle persone che tale attività non svolge.

L'INAIL, nella più volta citata circolare n. 22/2020, si è premurato di precisare che, sostanzialmente, la valutazione del rischio riportata nel documento tecnico del mese di aprile 2020 determina il sorgere di una **<presunzione semplice>** in ordine al fatto che l'infezione sia stata contratta in **<occasione di lavoro>**, **con la possibilità della prova contraria a carico dell'INAIL e quindi del datore di lavoro.**

È evidente che a seguito della predetta presunzione spetterà al datore di lavoro dimostrare che l'infezione **NON E' STATA CONTRATTA** in **<occasione di lavoro>**.

#### **V. LE CONSEGUENZE SCATURENTI DALLA DENUNZIA DEL LAVORATORE MEDIANTE IL MEDICO CHE ATTESTI LA CONTRAZIONE DEL COVID-19.**

Quindi il datore di lavoro, a fronte della sola dichiarazione rilasciata dal prestatore di avere contratto il COVID-19 nel corso dello svolgimento della sua attività lavorativa e **del relativo certificato medico** che attesta l'avvenuto contagio, deve effettuare la denuncia di infortunio/comunicazione all'INAIL prevista dall'art. 53 del DPR n. 1124/1965 a prescindere da qualunque accertamento e/o valutazione se effettivamente tale infezione sia stata contratta in **<occasione di lavoro>**.

L'adempimento di cui sopra può comportare l'attivazione della procedura amministrativa prevista in caso di infortuni sul lavoro.

Segnatamente nel caso in cui il COVID-19 determini una prognosi superiore a 30 giorni, la denuncia inoltrata all'INAIL assolverà anche all'obbligo della denuncia all'Autorità di Pubblica Sicurezza per l'avvio della procedura di accertamento della ipotesi di reato di lesioni colpose gravi, con inabilità superiore a 40 giorni (**perseguibile di ufficio**), prevista dal successivo art. 54 del DPR n. 1124/1965.

A questo punto l'ITL procederà agli accertamenti ai sensi dell'art. 55 del DPR n. 1124/1965.

Costituendo la denuncia all'INAIL, inviata ai sensi dell'art. 54 del DPR n. 1124/1965, notizia di reato, nel caso di lesione colposa grave o gravissima (nei casi specificati dall'art. 583, comma 2, c.p.) ovvero di morte, il reato sarà perseguibile d'ufficio ai sensi dell'art. 590 c.p., con la conseguenza che si avvierà una indagine penale.

In tali ipotesi di illeciti perseguibili di ufficio si aprirà pure la strada per l'azione per il risarcimento del danno c.d. **<differenziale>**.

La peculiarità è che tale indagine penale verrà attivata solo in forza del **<certificato medico>** che attesta il contagio COVID-19 sulla base della sola dichiarazione del lavoratore **SENZA CHE ANCORA SIA STATA ACCERTATA L'EFFETTIVA CONTRAZIONE DELL'INFEZIONE IN OCCASIONE DI LAVORO** che costituisce la condizione necessaria per poi verificare la sussistenza o meno della violazioni delle disposizioni in materia di sicurezza antiCovid-19 e il nesso causale tra le predette violazioni e l'infezione insorta.

Tutto questo in un contesto in cui il rischio COVID-19 costituisce, nella generalità dei casi, un **<rischio generico>** e non **<specifico della lavorazione>** e/o **<di mestiere>** atteso che esso non ha origine all'interno dell'azienda in relazione all'attività svolta ma al di fuori di essa in ogni segmento della società ed ove il compito del datore di lavoro è di adottare le misure che evitino che tale epidemia possa penetrare e diffondersi all'interno della unità produttiva.

## VI. IL RISCHIO COVID19: IL DEBITO DI SICUREZZA GRAVANTE NEI RIGUARDI DEL DATORE DI LAVORO.

Come già sopra scritto, l'accertamento che l'infezione sia stata contratta <in occasione di lavoro> non significa che il datore di lavoro sia per tale ragione responsabile civilmente e penalmente dell'infortunio occorso.

Sicuramente, però, tale accertamento costituisce il presupposto per verificare la sussistenza o meno di una responsabilità civile per il danno ulteriore e per la responsabilità penale in capo al datore di lavoro.

A questo punto bisogna esaminare come si atteggia l'obbligo di sicurezza nell'ambito del rapporto di lavoro.

### VIA IL RUOLO DELL'ART. 2087 C.C.

È noto che l'obbligo datoriale di protezione è sancito, oltre che dalle norme costituzionali, in primo luogo dall'art. 2087 c.c. che assolve ad una funzione **di garanzia generale del sistema sicurezza** costituendo nello stesso tempo disposizione di apertura, integrazione e chiusura del quadro ordinamentale di tutela della salute del lavoratore.

Con tale disposizione il legislatore ha commisurato l'obbligo di sicurezza gravante nei riguardi del datore di lavoro **a tre parametri generali** costituiti dalla <particolarità del lavoro>, dalla <esperienza> ed infine dalla <tecnica>.

L'inserimento **dell'obbligo di sicurezza all'interno della struttura del rapporto contrattuale** è indubbiamente fonte **di obblighi positivi del datore** (c.d. <debito di sicurezza>), il quale è tenuto per legge a predisporre **un ambiente ed una organizzazione di lavoro idonei** alla protezione del bene fondamentale della salute del prestatore, funzionale alla stessa esigibilità della prestazione lavorativa.

Siffatta norma apre il sistema legislativo di tutela delle condizioni di lavoro rimettendo poi alla **legislazione tecnica c.d. di <dettaglio>** l'individuazione delle specifiche norme che vanno applicate in relazione alla particolare attività svolta.

Infatti l'art. 2087 c.c. costituisce in materia di sicurezza una <norma generale> completa in quanto composta da una fattispecie e da un comando ove la fattispecie <non descrive un singolo caso o un gruppo di casi **bensì la generalità dei casi**> (cfr. **Cass. civ. Sez. lavoro, Sent., 07-07- 2020, n. 14082**).

Essa è <norma di chiusura> nella misura in cui, **pur non sussistendo obblighi prevenzionali specifici, impone al datore di lavoro l'obbligo di accertare l'esistenza di rischi inerenti all'attività lavorativa** ed il correlativo **ulteriore obbligo di apprestare**, secondo le conoscenze tecniche del tempo ed in funzione del rischio esistente, le misure di prevenzione atte a preservare l'integrità psicofisica e la salute del lavoratore nel luogo di lavoro, sanzionando l'inadempimento di entrambi gli obblighi (v., tra le tante, Cass. 14/1/2005, n. 644; Cass. 1/2/2008, n. 2491; Cass. 3/8/2012, n. 13956; Cass. 8/10/2018, n. 24742).

Ad essa, quale <norma generale>, si affianca la **disciplina speciale** quella che abbiamo definito di <dettaglio> che **non deroga a quella generale** escludendola per incompatibilità, ma si limita a dettarne **un'applicazione particolareggiata**, motivata da esigenze specialistiche *ratione materiae, personae, loci*.

Quindi nella disciplina c.d. <prevenzionistica> le <norme speciali> **interagiscono** con quella generale di cui all'art. 2087 c.c. nel senso che esse operano come **specificazione** o **proiezione** della norma generale che appunto orienta quelle speciali verso il perseguimento del fine costituito dalla tutela della persona del lavoratore.

Il dlt n. 81/2008 (c.d. codice della sicurezza) costituisce la corposa <normativa di dettaglio> che si applica in materia di sicurezza sul lavoro.

Tuttavia, pur valorizzando la "**funzione dinamica**" che va attribuita alla disposizione di cui all'art. 2087 c.c., in quanto norma diretta a spingere l'imprenditore ad attuare, nell'organizzazione del lavoro, **un'efficace attività di prevenzione** attraverso la continua e permanente ricerca delle misure suggerite dall'esperienza e dalla tecnica più aggiornata, **è stato condivisibilmente riconosciuto che la responsabilità datoriale non è suscettibile di essere ampliata fino al punto da comprendere, sotto il profilo meramente oggettivo, ogni ipotesi di lesione dell'integrità psicofisica dei dipendenti e di correlativo pericolo.**

Infatti l'art. 2087 c.c. **non configura un'ipotesi di responsabilità oggettiva** (vedi sul punto *ex plurimis*, Cass. 23/5/2019 n. 14066) essendone elemento costitutivo **la colpa**, intesa quale difetto di diligenza nella predisposizione delle misure idonee a prevenire ragioni di danno per il lavoratore.

A ciò si aggiunge il fatto che l'obbligo di sicurezza comporta a carico del datore di lavoro quello **di vigilare** il prestatore nella **fase esecutiva** affinché questi renda la sua prestazione nel rispetto delle misure di sicurezza predisposte dal datore di lavoro.

#### **VI.B IL CONTENUTO ED I LIMITI DEL C.D. <DEBITO DI SICUREZZA> NEL CASO DI RISCHIO COVID-19.**

Il legislatore, dopo i dubbi mossi dalle varie categorie produttive in ordine agli effetti che l'adozione del citato art. 42, comma 2, del DL n. 18/2020, aveva determinato, è intervenuto in sede di conversione del DL n. 23/2020 con la legge 5.6.2020, n. 40 introducendo una disciplina speciale mediante l'art. 29 *bis*.

Come è noto, la disposizione così recita: *"Ai fini della tutela contro il rischio di contagio da COVID-19, i datori di lavoro pubblici e privati **adempono all'obbligo di cui all'articolo 2087 del codice civile mediante l'applicazione delle prescrizioni contenute nel protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del COVID-19 negli ambienti di lavoro, sottoscritto il 24 aprile 2020 tra il Governo e le parti sociali, e successive modificazioni e integrazioni, e negli altri protocolli e linee guida di cui all'articolo 1, comma 14, del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, nonché mediante l'adozione e il mantenimento delle misure ivi previste. Qualora non trovino applicazione le predette prescrizioni, rilevano le misure contenute nei protocolli o accordi di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale**"*.

Quindi, nel caso in cui **il rischio da contagio COVID-19 non costituisca un <rischio specifico o da lavorazione>** scaturente dalle mansioni e dalle attività aziendali svolte **(come ad esempio nelle professioni sanitarie)** e mantenga la sua connotazione di **<rischio generalizzato o comune esterno all'impresa>** **che possa penetrare all'interno dei luoghi di lavoro**, il legislatore, con la predetta disposizione, ha inteso **definire i confini** dell'obbligo di sicurezza **delimitando ed individuando** le misure cc.dd. **<di dettaglio tecnico>** che il datore di lavoro, pubblico e privato, deve adottare, ai sensi dell'art. 2087 c.c., **per impedire o ridurre** il rischio da penetrazione e da diffusione all'interno del luogo di lavoro del contagio da COVID-19.

In sintesi i datori di lavoro, sia essi pubblici che privati, adempiono al **<debito di sicurezza>** previsto dall'art. 2087 c.c. nelle sue tre componenti costituiti dalla **<particolarità del lavoro>**, dalla **<esperienza>** ed, infine, dalla **<tecnica>**, in ordine al rischio COVID-19 nel caso in cui tale rischio si trasformi in infortunio sul lavoro, **ESCLUSIVAMENTE mediante l'applicazione delle prescrizioni e l'adozione e il mantenimento delle misure**, rispettivamente, contenute e previste dal protocollo del 24.4.2020 e negli altri protocolli e linee guida di cui all'art. 1, comma 14, del DL n. 33/2020 cioè quelli adottati dalla conferenza regioni delle province autonome e in mancanza quelli a livello nazionale.

Pertanto, con il citato art. 29*bis*, il legislatore ha **indicato in modo rigido** la normativa cc.dd. **<di dettaglio tecnica di riferimento>** che il datore deve applicare per la gestione del **<particolare>** **<rischio COVID-19>** in esecuzione della disposizione generale di cui all'art. 2087 c.c.

In tal modo **ha esonerato** il datore di lavoro dall'obbligo di procedere alla ricerca di ulteriori misure diverse da quelle indicate dalle predette fonti che l'evoluzione tecnologica potrebbe eventualmente suggerire.

Infatti, in considerazione della particolarità del rischio COVID-19, deve ritenersi che l'Autorità pubblica, con il concorso delle parti sociali, abbia dettato in <modo esaustivo> le misure necessarie alla prevenzione del rischio infezione secondo **l'esperienza e la tecnica** ad oggi nota cioè in base ai parametri richiamati proprio dall'art. 2087 c.c.

Quindi spetterà al datore di lavoro l'obbligo di applicare quelle misure nello specifico contesto aziendale con la conseguenza che il perimetro della sua responsabilità ex art. 2087 c.c. dovrà ritenersi **contenuto ed esaurito** con la diligente applicazione di quelle disposizioni calate nell'effettivo ambito aziendale.

Ciò in perfetta armonia con il recente orientamento giurisprudenziale secondo cui *"la responsabilità datoriale si fonda pur sempre sulla violazione di obblighi di comportamento, a protezione della salute del lavoratore, imposti da fonti legali o suggeriti dalla tecnica, purché concretamente individuati"* (Cass. 23 maggio 2019, n. 14066 cfr. in termini: Cass. Sez. lav. 25.11.2019 n. 30679).

Vedremo che tale <normativa di dettaglio> deve essere armonizzata con le prescrizioni generali previste dal dlt n. 81/2008.

## VII. LA RESPONSABILITÀ CIVILE DEL DATORE DI LAVORO.

### VII.A PRINCIPI GENERALI.

**VII.A1** Esaminiamo il caso in cui venga accertato che il prestatore ha contratto il COVID-19 in <occasione di lavoro> e che la malattia abbia avuto una durata superiore a 40 giorni o che, nella peggiore delle ipotesi, abbia determinato la morte del prestatore e che l'interessato ovvero gli eredi *iure proprio e iure hereditatis* agiscano per il risarcimento del danno differenziale.

Una premessa si impone: non è necessario che l'azione civile venga preceduta dall'esperimento dell'azione penale o venga accertata in sede penale la responsabilità del datore di lavoro.

Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale della Corte Suprema di Cassazione, il prestatore ovvero gli eredi potranno agire, dedotta la sussistenza di un reato perseguibile di ufficio, direttamente nei riguardi del datore di lavoro in sede civile; spetterà al Giudice civile accertare la sussistenza o meno della responsabilità penale in ordine al reato perseguibile di ufficio e quindi decidere in merito alla domanda risarcitoria (cfr. da ultimo **Cass. Sez. lav. 25.8.2020, n. 17655**).

**VII.A2** Come già affermato, la responsabilità del datore di lavoro nei riguardi del lavoratore nel caso di infortunio sul lavoro è di **natura contrattuale** in quanto la responsabilità trae origine dall'inadempimento da parte del datore di lavoro ai suoi obblighi in materia di sicurezza previsti dall'art. 2087 c.c. e dalla c.d. <normativa di dettaglio> **che si inseriscono nel contratto**.

Conseguentemente nell'ipotesi in cui **il lavoratore** o i parenti *iure hereditatis* agiscano nei riguardi del datore di lavoro assumendo la responsabilità datoriale per il danno patito a causa dell'attività lavorativa svolta, avranno **l'onere di provare:**

- l'esistenza di un infortunio avvenuto in occasione di lavoro come sopra definito che ha dato luogo al **<danno differenziale>** o **<complementare>**;
- la **<nocività>** dell'ambiente di lavoro, previa allegazione e dimostrazione del **<fatto materiale>** che ha dato causa all'infortunio e **da cui è desumibile l'inadempimento dell'obbligo di sicurezza** di cui il datore di lavoro si è reso responsabile rendendo insicuro il luogo di lavoro (cfr. Cass. Sez. lav. 5.3.2020, n. 6370), specificando le regole di condotta che assume essere state violate (cfr. Cass. sez. lav. 11.4.2013, n. 8855); in una parola la presenza dei concreti **fattori di rischio** e di pericolosità dell'ambiente lavorativo in relazione alla specifica prestazione resa durante l'occorso

infortunio (Cass. Sez. lav. 6.11.2019 n. 28516);  
- **il nesso causale tra il <fatto materiale>** da cui è desumibile l'inadempimento in materia di sicurezza che ha reso nocivo l'ambiente e **il danno alla salute (costituito nel caso che ci occupa dall'infezione contratta) e le conseguenze economiche risarcibili.**

Dopo che il lavoratore avrà **allegato e provato** tali circostanze, graverà **sul datore di lavoro** l'onere di dimostrare **l'assenza di colpa** intesa quale **difetto di diligenza nella predisposizione** delle specifiche misure idonee a prevenire quel rischio particolare che ha provocato il danno alla salute del lavoratore (cfr. da ultimo: **Cass. Sez. lav. 15.6.2020, n. 11546**).

Nello specifico spetterà al datore di lavoro provare di avere adottato tutte le cautele necessarie ad impedire il verificarsi del <fatto materiale> (costituito, nel caso esaminato, dal contagio COVID-19) imposte, in genere, dall'art. 2087 c.c. e dalle disposizioni tecniche cc.dd. <di dettaglio> contenute dalle leggi speciali in materia di sicurezza.

Tale onere probatorio si articola diversamente nel caso di **misure nominate o innominate**:

a) nella ipotesi di omissione di misure di sicurezza espressamente previste dalla legge o da altra fonte vincolante, cd. **<nominate>**, la prova liberatoria incombente sul datore di lavoro si esaurirà oltre che nella negazione degli stessi fatti allegati dal lavoratore o meglio dei fattori di rischio indicati, nella dimostrazione **di avere adottate ed applicato** le misure espressamente richiamate dalla normativa per ridurre o eliminare quel determinato rischio (cfr. Cass. Sez. lav. n. 10319/2017);

b) viceversa, ove le misure di sicurezza siano c.d. **<innominate>** e quindi debbano essere ricavate dall'art. 2087 c.c., la prova liberatoria è generalmente correlata alla quantificazione della misura di diligenza ritenuta esigibile nella predisposizione delle indicate misure di sicurezza, **imponendosi l'onere di provare l'adozione di comportamenti specifici che siano suggeriti da conoscenze sperimentali e tecniche** (Cass. n. 10319 del 2017; n. 14467 del 2017; n. 34 del 2016; n. 16003 del 2007).

Nell'ipotesi in cui gli eredi agiscano ***iure proprio*** e non ***iure hereditatis*** la domanda troverà la sua fonte esclusiva nella responsabilità extracontrattuale di cui all'art. 2043 c.c. (Cass. civ. Sez. lavoro, 21/02/1996, n. 1342), con il conseguente onere di dimostrare anche la colpa in capo al datore di lavoro.

## VII.B LA NOCIVITÀ DELL'AMBIENTE DI LAVORO.

**VII.B1** Gli indici rivelatori della **nocività dell'ambiente lavorativo** che devono essere indicati e provati dal lavoratore, non sono altro **che gli specifici fattori di rischio**, circostanziati in ragione delle concrete modalità della prestazione lavorativa (cfr. **Cass. sez. lav. 6.11.2019 n. 28516**).

Nei casi di infortuni sul lavoro ordinari, come più volte ribadito dalla giurisprudenza della Suprema Corte (v. Cass. 15/6/2016, n. 12347; Cass. 10/6/2016, n. 11981), **non si può automaticamente presupporre**, dal semplice verificarsi dell'infortunio, l'inadeguatezza delle misure di protezione adottate e, quindi, la nocività dell'ambiente di lavoro ma è necessario, piuttosto, che il <fatto> che ha dato luogo alla lesione del bene tutelato dell'integrità psico-fisica **derivi causalmente** dalla violazione di **<specifici obblighi di comportamento> imposti dalla legge o suggeriti dalle conoscenze sperimentali o tecniche in relazione al lavoro svolto.**

**VII.B2** Prima della novella di cui all'art. 29bis del DL n. 23/2020, paradossalmente per quanto concerne il rischio COVID-19 tradottosi in un infortunio sul lavoro, **gli oneri probatori a carico del lavoratore** in ordine alla dimostrazione della **nocività** dell'ambiente di lavoro, **risultavano essere meno gravosi** rispetto a quanto apparentemente poteva sembrare.

Stante l'inesistenza di una <legislazione di dettaglio> che definisse il perimetro degli obblighi di sicurezza che il datore era chiamato ad assolvere in materia di infortunio COVID-19, operava la <presunzione semplice> stabilita in relazione alla c.d. <occasione di lavoro>.

Infatti la **<nocività>** dell'ambiente di lavoro era direttamente correlata all'entità del <rischio di

penetrazione> individuato nella tabella allegata alle <linee guida> del 23.4.2020 redatta dall'INAIL.

In poche parole, una volta accertato, mediante lo strumento probatorio della <presunzione semplice> (o meglio della <ragionevole probabilità>) e sulla base di quanto previsto dalla predetta tabella contenuta nelle Linee Guida INAIL, che il COVID-19 era stato contratto dal lavoratore in occasione di lavoro andava da sé che doveva presumersi che il datore di lavoro avesse omesso di adottare ed applicare **le innominate misure tecniche** idonee, i sensi dell'art. 2087 c.c., a scongiurare il pericolo di penetrazione all'interno del luogo di lavoro del virus COVID-19, rendendo con tale condotta omissiva l'ambiente di lavoro nocivo.

Era il datore di lavoro a dovere allegare (prima) e dimostrare (poi) in virtù della predetta <presunzione semplice> tra attività di lavoro e infortunio da contagio contenuta nelle linee guida del 23.4.2020, di avere adottato, ai sensi dell'art. 2087 c.c., **tutte le misure <innominate> ipotizzabili e dettate dalle conoscenze esistenti**, idonee ad escludere la nocività dell'ambiente di lavoro e quindi ad evitare la penetrazione del COVID-19 nel luogo di lavoro e la sua diffusione.

L'**assenza di una normativa di dettaglio** che definisse in modo preciso e rigido gli obblighi di sicurezza gravanti nei riguardi del datore di lavoro per tale specifico rischio epidemico rendeva la prova a carico del datore di lavoro particolarmente onerosa e difficile da assolvere se non, addirittura, impossibile, determinando di fatto, quale conseguenza, l'identificazione della <nocività> dell'ambiente di lavoro con la nozione di <occasione di lavoro> vigente in materia di assicurazione obbligatoria.

Prima della novella di cui al citato art. 29bis, non potevano qualificarsi <normativa di dettaglio> i diversi protocolli sottoscritti tra cui quello del 24.4.2020 atteso essi non potevano essere sussunti tra le fonti integrative in materia di sicurezza citati dall'art. 2, comma 1, lett. V) e z) del dlt n. 81/2008: <buona prassi> e <linee guida>.

**VII.B3** Lo scenario è mutato a seguito dell'entrata in vigore dell'art.29bis del DL n. 23/2020: ai fini della configurabilità o meno di una responsabilità civile datoriale in caso di infortunio COVID-19 sarà necessario accertare la <nocività> **o meno dell'ambiente di lavoro sulla base dei parametri e degli obblighi di comportamento e protezione della salute previsti dalle <fonti> indicate dall'art. 29bis**, qualificate espressamente dal legislatore come le **uniche idonee tecnicamente** ad evitare o meglio a ridurre il rischio Covid- 19 **ed esigibili** ai sensi dell'art. 2087 c.c.

La <nocività> dell'ambiente di lavoro, che è alla base della responsabilità civile del datore di lavoro, dovrà essere accertata esclusivamente utilizzando, quale parametro di giudizio, le disposizioni richiamate dal citato art. 29bis e non genericamente qualunque disposizione innominata citata dall'art. 2087 c.c.

Viene, inoltre, concretamente ristabilito il principio in materia di onere probatorio secondo cui **spetterà al lavoratore dimostrare la <nocività> dell'ambiente di lavoro** allegando (prima) e provando (poi) il <fatto> o meglio il comportamento da cui sia desumibile l'inadempimento da parte del datore di lavoro delle prescrizioni contenute nel protocollo del 24.4.2020.

#### **VII.C IL NESSO CAUSALE FRA LA VIOLAZIONE DELLE DISPOSIZIONI INDICATE DALL'ART. 29BIS E IL DANNO COME <EVENTO LESIVO> CONSISTENTE NEL CONTAGIO COVID19.**

Non sarà sufficiente ai fini della configurabilità della responsabilità civile l'accertamento della <colpa> datoriale scaturente dalla mancata adozione e corretta applicazione delle misure previste nei luoghi di lavoro per il contenimento del Covid-19 dalle fonti citate dall'art. 29bis, ma sarà onere del lavoratore dimostrare la sussistenza del **nesso causale** tra la **mancata adozione o la errata applicazione delle misure** che hanno dato luogo all'ambiente di lavoro nocivo e **l'evento lesivo** all'integrità fisica del prestatore (contagio COVID-19) e dall'insieme delle conseguenze risarcibili.

In questa fase l'accertamento del nesso causale **non verte** sul legame esistente tra l'attività lavorativa concretamente svolta e l'avvenuto contagio ove un ruolo importate giocano le Linee

Guida dell'INAIL del 23.4.2020 **ma specificatamente tra <ambiente nocivo>**, determinato dall'inadempimento datoriale consistente nell'aver ommesso di adottare le misure previste dall'art. 29bis, e **l'insorgenza del contagio ai danni del prestatore.**

L'accertamento del nesso causale tra fatto (ambiente nocivo) ed evento (contagio) dovrà essere operato mediante l'utilizzo dei parametri di cui agli art. 40 e 41 cp ove il rapporto tra l'evento verificatosi e il fatto che lo ha determinato va accertato secondo la teoria della *conditio sine qua non*: un evento è da considerare causato da un altro se, ferme restando le altre condizioni, il primo in assenza del secondo non si sarebbe verificato nei termini di tempo e nelle precise circostanze in cui si è manifestato (in termini: Cass. civ. SU 11/01/2008, n. 576, ove si individua un correttivo del rigore del suddetto criterio di imputazione causale nel principio della "**regolarità causale**").

Sotto **il profilo probatorio** l'accertamento del nesso causale dovrà essere compiuto sulla base delle migliori cognizioni scientifiche disponibili; ove, tuttavia, esse non consentano una assoluta certezza della derivazione causale, la regola di giudizio in quello di responsabilità civile è quella della preponderanza dell'evidenza o "**del più probabile che non**".

Per quanto concerne **LE CONDOTTE OMISSIVE** – che sono quelle che ci interessano - la problematica del nesso di causalità va risolta attraverso l'accertamento del comportamento e quindi della norma che lo impone.

Poiché **l'omissione** di una precisa condotta rileva quale condizione determinativa del processo causale dell'evento dannoso **soltanto quando si tratti di omissione DI UN COMPORTAMENTO IMPOSTO DA UNA NORMA GIURIDICA SPECIFICA (omissione specifica)**, ovvero, in relazione alla posizione ricoperta dal soggetto a cui si addebita l'omissione, **DI UN GENERICO DOVERE DI INTERVENTO (omissione generica)** per impedire il verificarsi di quell'evento, **il giudizio relativo alla sussistenza del nesso causale POSTULA LA PREVENTIVA INDIVIDUAZIONE DELL'OBBLIGO SPECIFICO O GENERICO DI TENERE LA CONDOTTA OMESSA IN CAPO AL SOGGETTO.**

L'individuazione di tale obbligo si connota come preliminare per l'apprezzamento di una condotta omissiva sul piano della causalità, nel senso che, se prima non si individua, in relazione al comportamento che non risulti tenuto, il dovere generico o specifico che lo imponeva, non è possibile apprezzare l'omissione del comportamento sul piano causale.

Dopodiché l'indagine dovrà essere rivolta ad accertare se, ponendo al posto dell'omissione il comportamento alternativo dovuto, **la condotta doverosa avrebbe assicurato apprezzabili probabilità di evitare (o, comunque, di ridurre significativamente) il danno o meglio l'evento lesivo** (cfr. Corte Cass. Sez. 2, Sentenza n. 21894 del 19/11/2004; id. Sez. 3, Sentenza n. 15709 del 18/07/2011).

Nello specifico: l'adozione della misura omessa dal datore di lavoro nello svolgimento dell'attività lavorativa (ad esempio distanziamento) avrebbe generato apprezzabili probabilità idonee ad evitare il prodursi dell'evento lesivo consistito nella contrazione a parte del prestatore della infezione?

Orbene, come è stato puntualmente evidenziato, "**l'enunciato controfattuale**" che pone al posto dell'omissione il comportamento alternativo dovuto, onde verificare se la condotta doverosa avrebbe evitato il danno lamentato dal danneggiato, deve essere formulato sempre sulla scorta del criterio del "**più probabile che non**", conformandosi ad un standard "**...di certezza probabilistica**" (che) in materia civile non può essere ancorato esclusivamente alla determinazione quantitativa-statistica delle frequenze di classi di eventi (c.d. probabilità quantitativa o pascaliana), che potrebbe anche mancare o essere inconferente, **ma va verificato riconducendone il grado di fondatezza all'ambito degli elementi di conferma disponibili in relazione al caso concreto** (c.d. probabilità logica o baconiana) (cfr. Corte Cass. Sez. Unite, Sentenza n. 584 del 11/01/2008).

Se si ritiene accertato che l'ambiente di lavoro ove operava il prestatore era nocivo in quanto il datore di lavoro non aveva adottato, in considerazione della valutazione del rischio epidemico di cui

alle linee guida INAIL, o malamente applicato tutte o parte delle misure **di tutela previste dal protocollo del 24.4.2020** in materia di COVID-19 idonee a scongiurare o a ridurre il rischio di penetrazione nei luoghi di lavoro del virus e del contagio al suo interno, in virtù del criterio sopra indicato dovrà concludersi sulla sussistenza del nesso causale.

Ciò in quanto le misure di prevenzione previste nello specifico dal protocollo del 24.4.2020 stipulato dal Governo e dalle parti sociali si fondano sul presupposto che l'adozione delle predette misure **dovrebbe** scongiurare o notevolmente ridurre - **proprio in applicazione del principio probabilistico** – il rischio di penetrazione del COVID19 all'interno dei luoghi di lavoro e la sua diffusione così come segnalato dalle linee guida INAIL.

Quindi l'adozione delle misure previste dal protocollo verosimilmente o meglio probabilmente avrebbero scongiurato il contagio.

Se è vero il fatto che il <nesso di causalità> tra l'evento e l'omissione deve accertarsi attraverso il meccanismo del *"più probabilmente che non"* espunto da ogni valutazione in ordine alla sfera soggettiva, è incontrovertibile che tale nesso causale dovrà ritenersi sussistente una volta che sarà accertato il predetto inadempimento così come definito dal più volte citato art. 29bis.

#### VII.D ONERI A CARICO DEL DATORE DI LAVORO.

**VII.D1** Dopo che il lavoratore avrà dimostrato la nocività dell'ambiente di lavoro, spetterà al datore di lavoro provare di avere **adottato, mantenuto ed efficacemente applicato** tutte le disposizioni previste dal protocollo del 24.4.2020 nonché dalle linee guida dell'INAIL: sia le prescrizioni che le misure ivi indicate.

I protocolli sicuramente consentono di delimitare le misure di sicurezza che il datore di lavoro deve adottare in relazione al rischio generico COVID-19 essendo state le predette misure individuate con riguardo a quello <**specifico rischio**> permettendo di definire i limiti del c.d. <debito di sicurezza> che il datore di lavoro è chiamato ad adempiere nell'ambito del rapporto contrattuale.

**VII.D2** Il citato art. 29bis del DL n. 23/2020 stabilisce che il datore di lavoro, affinché sia adempiente agli obblighi tutti previsto dall'art. 2087 c.c., deve garantire *"l'adozione ed il mantenimento delle misure ivi previste"* **ma non che debba vigilare affinché tali misure siano concretamente rispettate dai lavoratori.**

Parrebbe che il legislatore abbia imposto al datore di lavoro di **adottare e conservare** nel tempo le misure **escludendo l'obbligo di vigilare** che tali misure siano poi dai lavoratori concretamente rispettate, come previsto dal citato art. 2087 c.c. così come univocamente interpretato.

Ritengo che, nonostante il tenore letterale possa *prima facie* fare sorgere qualche dubbio in merito, tale interpretazione non possa neanche essere ipotizzata considerato che l'obbligo di vigilanza è **un obbligo immanente** in materia di sicurezza così come sancito dall'art. 2087 c.c.

Infatti l'art. 2087 c.c. impone l'obbligo a carico del datore di lavoro non solo di adottare ed applicare le misure di sicurezza ma anche quello **di VIGILARE concretamente affinché i dipendenti li rispettino.**

In sintesi il <**debito di sicurezza**> a carico del datore di lavoro comporta anche **l'obbligo di controllare** che tali misure siano effettivamente eseguite da parte del lavoratore di cui deve esigerne il rispetto.

È pur vero che gli obblighi stabiliti a carico del prestatore dal protocollo sono poi quelli generali previsti in tutti gli ambienti sociali, ma è anche vero che il datore di lavoro ha un preciso obbligo di vigilare affinché le misure vengano dal prestatore effettivamente eseguite.

Ma in che misura tale obbligo di vigilanza grava nei riguardi del datore di lavoro?

In ordine agli infortuni non determinati da agenti biologici, è ben noto l'orientamento giurisprudenziale secondo cui **la colpa del prestatore** che, a seguito di una condotta negligente e

imprudente, abbia contribuito a produrre l'evento lesivo non esime da responsabilità il datore di lavoro, tranne nei casi di <rischio elettivo> da intendersi **quale atto volontario ed arbitrario** estraneo alle finalità produttive, diretto a soddisfare impulsi meramente personali e privo di qualunque nesso di derivazione con lo svolgimento dell'attività lavorativa (cfr. Cass. Sez. lav. 19.3.2019, n. 7649).

Per potere escludere in capo al datore di lavoro qualunque responsabilità per omessa vigilanza una volta accertato il comportamento imprudente o negligente del prestatore sarà necessario dimostrare che il lavoratore, a sua volta inadempiente, **abbia effettivamente ricevuto da parte datoriale, a mezzo dei suoi preposti, i previsti mezzi di protezione**, così come **il reale addestramento** in ordine al corretto uso degli stessi e sia **di norma esercitata la vigilanza** in ordine al rispetto delle istruzioni impartite, mediante il costante richiamo ad un uso corretto delle misure di protezione antinfortunistiche nel corso dell'esecuzione dell'attività.

Quindi non solo **informazione e formazione** adeguata alla tipologia del rischio **ma controllo** in ordine all'uso corretto dei DPI e delle misure adottate.

In tal senso sembra recentemente orientarsi la Suprema Corte di Cassazione valorizzando il disposto di cui all'art. 20 del d.lt n. 81/2008 in ordine agli obblighi gravanti nei riguardi del lavoratore di rispettare le disposizioni impartite in materia di sicurezza e sul corretto uso dei mezzi di produzione e dei DPI.

Il presupposto è l'avvenuta corretta formazione ed informazione del lavoratore da parte datoriale, l'assenza della quale esclude la configurabilità di un concorso di colpa in capo al prestatore ai sensi dell'art. 1227 c.c. (cfr. **Cass. sez. lav. 25.11.2019, n. 30679**).

Dimostrato quanto sopra in materia di formazione ed informazione e di avere adempiuto all'obbligo di vigilanza in generale con un controllo costante della prestazione, a queste condizioni, la Suprema Corte di Cassazione, in un recente arresto **dell'11.2.2020 n. 3282**, ha affermato che *"l'obbligo di controllo del datore di lavoro non può essere tale da far configurare una sorveglianza continua del lavoratore, non potendo essere richiesto al titolare della posizione di garanzia una persistente attività di costante verifica dell'utilizzo dello strumento di sicurezza"*.

Conseguentemente se il datore di lavoro dimostra di avere adottato e mantenuto le misure previste dai vari protocolli e di avere esercitato comunque una costante ed effettiva forma di vigilanza, ove si dovesse accertare che occasionalmente il lavoratore, sfuggendo alla vigilanza, abbia disatteso le misure di sicurezza determinando con un mero giudizio ipotetico il determinarsi dell'infortunio, in tal caso la colpa del prestatore potrà interrompere il nesso causale escludendo la responsabilità datoriale.

#### **VIII. RAPPORTI TRA L'ART. 29BIS DEL DL N. 23/2020 E IL DECRETO LEGISLATIVO N. 81/2008.**

**VIII.A** Come già esposto, il legislatore, con l'art. 29bis del DL n. 23/2020, ha individuato la **normativa di dettaglio** che il datore di lavoro deve applicare, ai sensi dell'art. 2087 c.c., per la gestione del rischio esogeno COVID-19.

Secondo la predetta disposizione le cc.dd. <fonti normative tecniche> di dettaglio ivi indicate sono il protocollo del 24.4.2020, i protocolli e linee guida adottati dalle regioni o dalle conferenze delle regioni e, infine, linee guida nazionali.

Tra queste fonti l'art. 29bis **non cita le disposizioni di cui al dlt n. 81/2008**, ivi compresa la disciplina riguardante il c.d. <rischio biologico>.

Ne dobbiamo dedurre che tale normativa, nel suo complesso, non sia ricompresa nel c.d. <debito di sicurezza> che il datore di lavoro è tenuto ad adempiere per la gestione del rischio Covid-19 nei luoghi di lavoro?

Senza volermi addentrare in una discussione che ha registrato molteplici e divergenti posizioni

assunte al riguardo da autorevoli commentatori, ritengo utile fornire qui di seguito alcuni spunti di riflessione.

**VIII.B** Si è ipotizzato che, nel momento in cui il suddetto art. 29bis statuisce che, limitatamente alla tutela dal rischio Covid-19, il **debito di sicurezza** previsto dalla norma generale di cui all'art. 2087 c.c. è soddisfatto dal datore di lavoro con l'adozione e l'applicazione delle prescrizioni e delle misure di cui al protocollo del 24.4.2020 e delle altre fonti individuate, delimitando **in modo rigido** gli obblighi gravanti sul datore di lavoro in materia di sicurezza in funzione del fenomeno pandemico Covid-19, sembrerebbe che il Legislatore abbia voluto **escludere**, con tale norma speciale, l'operatività del dlt n. 81/2008.

Ciò specie nella misura in cui si ritiene di qualificare il rischio COVID- 19 quale **<rischio generico comune esterno>** all'azienda ovvero alla lavorazione e alla sua organizzazione e **non come <rischio specifico di lavorazione>** scaturente dall'attività svolta o dall'organizzazione dei fattori produttivi e dunque interno all'unità produttiva; specie anche in considerazione del fatto che le misure sono state elaborate per evitare o ridurre che tale rischio esterno penetri all'interno del luogo di lavoro diffondendosi al suo interno.

Quindi da una prima lettura sembrerebbe che il citato art. 29bis, attesa la specialità del rischio, abbia introdotto una deroga alla disciplina generale di cui al citato dlt n. 81/2008.

**VIII.C** Ritengo non condivisibile siffatta <ipotesi>.

I rischi per la sicurezza così come definiti in genere dall'art. 2, comma 1, lett. s) del dlt. n. 81/2008 sono quelli propri dall'attività lavorativa svolta dal prestatore e quelli esistenti nell'ambito dell'organizzazione in cui i lavoratori prestano la loro attività e, quindi, connessi alla combinazione dei mezzi produttivi necessari per l'espletamento di tale attività.

Pertanto, la valutazione del rischio deve riguardare i fattori di pericolo presenti all'interno dell'azienda e scaturenti sia dall'attività di lavoro svolta dal prestatore che dall'organizzazione dei beni operata dal datore di lavoro per l'espletamento dell'attività produttiva.

Come già esposto il **<rischio covid-19>** qualificato dal protocollo del 24.4.2020 quale <rischio generico/comune> riguardante l'intera collettività sicuramente non è, alla luce delle disposizioni sopra citate, di norma un rischio direttamente e strettamente aziendale o meglio <proprio della lavorazione> e quindi qualificabile come <specifico>.

**E' anche vero, però, che nella misura in cui il Legislatore ha ritenuto che lo stesso possa dare luogo ad un infortunio sul lavoro lo ha implicitamente qualificato quale <rischio lavorativo>, annoverandolo tra i rischi in funzione dei quali il datore di lavoro deve adottare le misure di sicurezza finalizzate ad evitare o a ridurre la possibilità che l'epidemia penetri e si diffonda negli ambienti di lavoro.**

Quindi è indubbio che il rischio COVID-19 è divenuto un <rischio aziendale> anche <se speciale> per natura e come tale debba essere regolamentato, ove possibile, attraverso il ricorso alle disposizioni generali di cui al dlt n. 81/2008, così come previsto dall'art. 3, comma 1, del predetto decreto legislativo: *"Il presente decreto legislativo si applica a tutti i settori di attività, privati e pubblici, e a tutte le tipologie di rischio"*.

Naturalmente questa distinzione non riguarda quelle attività lavorative e quelle organizzazioni, tipo gli ospedali o le professioni sanitarie, ove, invece, tale rischio assume, in relazione alla natura dell'attività e dell'organizzazione, la valenza di rischio specifico. In questi casi il rischio contagio è ontologico al tipo di attività svolta.

Per queste ultime e soltanto per tali attività e non per la generalità, è indubbio che dovrà applicarsi la disciplina **speciale di cui agli artt. 266 e segg. del dlt n. 81/2008.**

**VIII.D** Infatti ritengo che il dlt n. 81/2008, nella parte in cui disciplina il **rischio biologico** (artt. 266 e segg.), non sia applicabile alla generalità dei casi stante la diversità ontologica del rischio

Covid-19 rispetto al <rischio biologico> trattato dalla predetta normativa.

**VIII.D1** Come già detto, il protocollo del 24.4.2020 definisce il COVID-19 come “**rischio biologico generico, per il quale occorre adottare misure uguali per tutta la popolazione**”.

L’art. 266 del dlt n. 81/2008 stabilisce che le disposizioni ivi previste

**“si applicano a tutte le attività lavorative nelle quali vi è rischio di esposizione ad agenti biologici”.**

Quindi con tale formulazione vengono ricomprese sia le esposizioni legate ad un utilizzo deliberato, sia le esposizioni potenziali presenti nell’attività lavorativa e nell’ambiente di lavoro in cui l’attività svolta incide in modo da rendere l’esposizione al rischio contagio COVID-19 da parte dei lavoratori più elevato rispetto alla generalità dei casi ovvero alla collettività ove il rischio contagio è presente.

E’ evidente che **il rischio biologico** trattato dal titolo X del dlt n. 81/2008 sia un <rischio specifico> cioè in qualche modo ontologicamente legato, connesso e scaturente dallo svolgimento di una precisa attività lavorativa e dalle condizioni riguardanti una delimitata area territoriale.

Certamente il titolo X del dlt n. 81/2008 non prende in esame un rischio di esposizione ad agente biologico di tipo pandemico cioè che prescinde dall’attività svolta in quanto presente nella generalità dell’intera popolazione e sull’intero territorio e dallo svolgimento di specifiche attività lavorative o ambienti di lavoro.

Diversamente non si spiegherebbe la regolamentazione in sede legislativa mediante il ricorso ad una normativa speciale con la quale si sono individuate le misure di contenimento anche in materia di sicurezza.

**VIII.D2** La superiore conclusione comporta una rilevante delimitazione del contenuto del <debito di sicurezza> che il datore è chiamato a fornire nel caso di rischio COVID-19 generale/esterno: **non si applicherà** la disciplina speciale di cui agli artt. 266 e segg. del dlt n. 81/2008.

Nel caso in cui si dovesse ritenere che il Covid-19, pur non costituendo un rischio specifico della lavorazione ma un <rischio esogeno> particolare ed eccezionale di natura pandemica, vada qualificato come <rischio biologico> ai sensi dell’art. 266 del d.lgs n. 81/2008, si dovrà applicare tale disciplina.

Gli effetti saranno quelli secondo cui tutti i datori di lavoro dovranno non solo attenersi a quanto prescritto dal protocollo del 24.4.2020 e dalle valide linee guida dell’INAIL, dalla circolare del Ministero della Salute del 29.4.2020 n. 14915 in ordine al ruolo del medico competente nonché dai vari protocolli attuativi tra Governo e parti sociali ove applicabili, ma specialmente adeguarsi **alle disposizioni di cui al titolo X del DLT n. 81/2008** in materia di esposizione ad agenti biologici.

Ciò in palese contrasto con la lettera e la *ratio* del più volte citato art. 29bis del dl n. 23/2020.

**VIII.E** Per quanto concerne, invece, la disciplina generale di cui al dlt n. 81/2008, pur nonostante il chiaro tenore letterale dell’art. 29bis, ritengo che le misure previste dai vari protocolli tra cui quello del 24.4.2020 vadano attuate, occorrendo, **secondo le modalità previste dal predetto dlt. 81/2008.**

In sintesi le misure stabilite dal protocollo del 24.4.2020 tese a gestire il rischio Covid-19 dovranno essere adottate nel rispetto delle prescrizioni generali previste dalla parte generale del DLT n. 81/2008.

Ad esempio se l’applicazione del protocollo del 24.4.2020 comporta l’adozione di misure che incidono sull’organizzazione del lavoro o del processo produttivo si dovrà aggiornare il DVR così come prescritto dall’art. 29, comma 3, del dlt n.81/2008.

E’ vero che l’art. 29, comma 3, del d.lt n. 81/2008 non prevede tra le ipotesi che obbligano il datore di lavoro di aggiornare il DVR la presenza di un rischio generico di natura pandemica ma è pur vero il fatto che l’obbligo di tale aggiornamento non sorge solo in presenza delle ipotesi ivi indicate ma

ogni volta che sia richiesto per il conseguimento degli obiettivi previsti dalla disciplina in materia di sicurezza del lavoro (cfr. **Cass. 27.2.2013, n. 9505**).

Quindi la gestione di tale rischio dovrà passare di norma dall'aggiornamento del DVR specie se si dovessero adottare specifiche misure organizzative tese ad impedire che l'infezione COVID19 penetri e si diffonda all'interno del luogo di lavoro.

Di contrario avviso era stato l'**Ispettorato Nazionale del Lavoro con la nota n. 89 del 13.3.2020** ritenendo che la gestione di siffatto rischio **NON necessariamente dovesse implicare una modifica del DVR** anche se riconosceva la necessità che venisse elaborato un piano di intervento o una procedura a livello aziendale per l'individuazione e l'attuazione delle misure di prevenzione previste dai protocolli, la cui allocazione naturale è il DVR.

Però tale posizione era stata espressa dall'ITL qualche giorno prima che venisse adottato l'art. 42 del DL del 17.3.2020 n. 18 che qualificava come infortunio sul lavoro il contagio COVID-19 avvenuto in occasione di lavoro.

Ciò ad ulteriore dimostrazione che inizialmente ed in assenza del predetto intervento legislativo, il <rischio Covid-19> non era, di norma, considerato ontologicamente un rischio professionale o da lavorazione, tranne i casi, come le professioni sanitarie, ove tale rischio scaturiva dall'attività svolta.

Analogamente per quanto concerne **la formazione e l'informazione dei lavoratori** che dovrà avvenire secondo le modalità stabilite dagli artt. 36 e 37 del d.l. n. 81/2008.

Ancora per quanto riguarda la **sorveglianza sanitaria** è altrettanto indubbio che essa debba essere esercitata ed implementata in specifiche realtà aziendali secondo le modalità stabilite dall'art. 41 del d.l. n. 81/2008.

Sul punto si è espresso il Ministero della Salute con la **circolare n. 14915 del 29.4.2020** con la quale ha chiaramente definito il ruolo del <medico competente> nella gestione del rischio COVID-19 ritenendo che l'esistenza di tale rischio comporti **che le misure adottate debbano passare dalla rimodulazione del DVR**.

In tale ottica, la circolare prevede che il medico competente debba essere opportunamente coinvolto nella valutazione e poi nella scelta delle misure organizzative e logistiche da adottare.

## **IX. LA RESPONSABILITÀ PENALE SCATURENTE DALL'AVVENUTO CONTAGIO COVID- 19 IN OCCASIONE DI LAVORO.**

**IX.A** Nel caso di infortunio sul lavoro consistente nell'avvenuto contagio COVID-19 in occasione di lavoro, i reati che potranno configurarsi saranno: - **lesioni personali colpose** di cui all'art. 582 del cp che se **gravi**, ai sensi dell'art. 583, cioè <determinanti una malattia o un'incapacità di attendere alle ordinarie occupazioni per un tempo superiore ai quaranta giorni> o **gravissime**, danno luogo ad un reato perseguibile d'ufficio;

- **omicidio colposo** ai sensi dell'art. 589 "*se il fatto è commesso con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro*";

- **epidemia colposa** ai sensi del combinato disposto degli artt. 438 e 452 cp reato perseguibile d'ufficio.

Quindi si coglie l'importanza della delimitazione degli obblighi di sicurezza introdotta con il citato art. 29bis atteso che la sussistenza di una specifica posizione di garanzia in capo al datore di lavoro e la sua violazione costituiscono i presupposti per la riferibilità al suddetto della condotta omissiva di uno dei reati sopra indicati.

Infatti l'indagine sulla responsabilità penale del datore di lavoro si articola quattro momenti:

- accertamento in concreto della colpa del datore di lavoro individuando la regola di condotta generica o specifica che si assume violata (soggettivo);

- la prevedibilità ed evitabilità dell'evento lesivo (soggettivo);

- il rapporto di causa-effetto tra la violazione ed evento;
- la prevenibilità, segnatamente se la regola violata era funzionale a evitare con certezza il tipo di evento in concreto verificatosi.

**IX.B** Un solo accenno: per le società e le associazioni anche se non sono persone giuridiche e che, non essendo persone fisiche, non sono punibili penalmente, è stata introdotta la l.n. 231/2001 sulla c.d. **<responsabilità per illeciti amministrativi>** ove l'ente risponde per i reati commessi da persone che rivestono funzione di rappresentanza, amministrazione e direzione e altro alle condizioni stabilite da tale speciale disciplina, con una sanzione pecuniaria.

Nel caso che venga accertato che i predetti soggetti si siano resi responsabili dei reati di omicidio colposo e lesioni personali colpose gravi o gravissimi con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza del lavoro, viene applicata, ai sensi dell'art. 25 *septies*, una sanzione pecuniaria molto onerosa.

Mi permetto sottolineare che l'art. 6 della l.n. 231/2001 stabilisce che tale responsabilità per illecito amministrativo è esclusa nel caso in cui la Società abbia adottato ed efficacemente applicato i modelli di organizzazione.

Tale disposizione conferma che almeno la disciplina generale del dlt n. 81/2008 sia applicabile anche con riferimento al rischio COVID19 atteso che l'art. 30 della predetta normativa disciplina il contenuto dei modelli di organizzazione.

**IX.C** Ciò posto, l'Autorità Giudiziaria dovrà accertare, per configurare l'ipotesi di reato di lesioni gravi o gravissime personali o di omicidio colposo, non solo la violazione delle misure di sicurezza da parte del datore di lavoro previste dalle fonti citate dall'art. 29*bis* e dalle disposizioni del dlt n. 81/2008 ove applicabili, ma l'esistenza **del nesso causale** tra la predetta violazione e l'insorgenza della infezione che ha originato l'evento lesivo.

Nello specifico i giudici saranno chiamati a verificare anche **il rapporto di causalità** tra la violazione dei protocolli e delle linee guida, elaborati al fine di evitare la penetrazione del germe patogeno all'interno dell'azienda richiamati dal più volte citato art. 29*bis*, posta in essere dal datore di lavoro e l'insorgenza della patologia in applicazione degli artt. 40 e 41 cp nel rispetto dell'ulteriore principio del **<al di là di ogni ragionevole dubbio>** sancito dall'art. 533 c.p.p.

Analogo *iter* dovrà essere seguito nel caso in cui l'Autorità Giudiziaria, in presenza di più denunce di infortunio riguardanti la medesima azienda, decida di procedere per verificare la sussistenza della ipotesi di reato di epidemia colposa.

Quindi il Decidente, a fronte di una condotta (omissiva) indiziata di colpa da parte del datore di lavoro che abbia cagionato il contagio COVID- 19, dovrà effettuare una specifica verifica: accertare se, in caso di comportamento **alternativo lecito**, ossia qualora il soggetto si fosse comportato in maniera osservante della regola cautelare asseritamente violata, l'evento stesso si sarebbe verificato ugualmente oppure no in funzione di una valutazione resa *ex ante*. Tutto ciò **al di là di ogni ragionevole dubbio**.

La domanda alla quale bisognerà rispondere è se l'adozione e la corretta applicazione delle misure previste dai protocolli da parte datoriale costituiscono, mediante una valutazione *ex ante*, misura idonea **a scongiurare con certezza e al di là di ogni ragionevole dubbio**, la penetrazione del germe patogeno dall'esterno all'interno della azienda ed evitare la sua diffusione e, quindi, la contrazione della malattia da parte del prestatore.

Qui non varrà la presunzione semplice ovvero il criterio del **<più probabile che>** operante nel campo della responsabilità civile essendo l'approccio del giudice civile diverso da quello del Giudice penale (cfr. da ultimo Cass. sez. lav. 19.6.2020, n. 12041).

La risposta alla predetta domanda è decisiva in ordine alla configurabilità o meno della responsabilità penale in capo al datore di lavoro che abbia malamente adottato o applicato le misure

o alcune di esse previste dal citato protocollo.

Come è noto, tale accertamento è **subordinato all'esistenza di un sapere scientifico largamente riconosciuto** sulla base del quale valutare le prove acquisite ed esprimere il giudizio secondo il quale, l'adozione e la corretta applicazione delle predette misure, avrebbero escluso, al di là di ogni ragionevole dubbio, il rischio contagio COVID-19 nei luoghi di lavoro.

Si tratta di accertare se l'evento contagio sia effettivamente **<prevenibile>** ed **<evitabile>** nel senso cioè che l'evento in questione può essere non solo previsto ma anche impedito **dalla misura** che si assume omessa.

Attualmente è controverso che la corretta adozione di quelle misure possa escludere con certezza il contagio.

Al riguardo merita attenzione la recente pronunzia della **Corte di Cassazione penale sez. IV dell'11.2.2016 n. 7783** in cui trattò della morte di un paziente avvenuta in ospedale a causa dell'avvenuto contagio della legionella.

Il punto è il seguente: *“l'applicazione del principio di colpevolezza esclude qualsivoglia automatico addebito di responsabilità, a carico di chi pure ricopre la posizione di garanzia, **imponendo la verifica in concreto della violazione da parte di tale soggetto della regola cautelare** (generica o specifica) e della prevedibilità ed evitabilità dell'evento dannoso che la regola cautelare mirava a prevenire (la c.d. "concretizzazione" del rischio): infatti, l'individualizzazione della responsabilità penale impone di verificare non soltanto se la condotta abbia concorso a determinare l'evento (ciò che si risolve nell'accertamento della sussistenza del nesso causale) e se la condotta sia stata caratterizzata dalla violazione di una regola cautelare (generica o specifica) (ciò che si risolve nell'accertamento dell'elemento soggettivo della colpa), ma anche se l'autore della stessa (qui, il titolare della posizione di garanzia in ordine al rispetto della normativa precauzionale) potesse prevedere ex ante quello "specifico" sviluppo causale e fosse esigibile il suo attivarsi per evitarlo. Ed occorre altresì chiedersi se una condotta appropriata (il cosiddetto comportamento alternativo corretto) **avrebbe o no prevenuto ed evitato l'evento** e, nel caso di specie, se il comportamento alternativo corretto fosse concretamente esigibile da parte del Mo. (sez. 4, n. 43966 del 06/11/2009)”*.

L'assenza di una letteratura scientifica che attestasse che l'adozione delle specifiche misure omesse avrebbe evitato il contagio ha determinato l'assoluzione del responsabile.

**IX.D** Un'ultima puntualizzazione si impone: nel caso di comportamento negligente del lavoratore in materia di rispetto delle misure di sicurezza adottate sarà configurabile una responsabilità datoriale di natura penale se il prestatore contragga il Covid-19?

Premesso che il datore di lavoro risponde penalmente anche nel caso in cui l'infortunio sia stato determinato dalla condotta negligente o imprudente del prestatore atteso che il suo obbligo di sicurezza si estende al punto di adottare le misure di prevenzione tenendo conto dei possibili comportamenti imprudenti del lavoratore, la Suprema Corte di Cassazione ha temperato il superiore principio, ritenendo **interrotto il nesso causale** tra la condotta omissiva datoriale in materia di sicurezza e l'evento-morte o lesioni del lavoratore nei casi in cui sia provato che il comportamento del lavoratore sia stato **<esorbitante>** o **<abnorme>** e che proprio tale **<esorbitanza>** o **<abnormità>** abbia dato causa all'evento interrompendo il nesso causale.

Quindi in tale ipotesi il Giudice sarà chiamato ad accertare non solo la sussistenza del rapporto causale tra la violazione posta in essere dal prestatore e l'insorgenza della patologia ma anche se tale suo comportamento sia qualificabile come **<esorbitante>** o **<abnorme>** e quindi idoneo ad interrompere il citato nesso causale.

Il comportamento del prestatore è **esorbitante** quando sia stato posto in essere in modo del tutto autonomo e in un ambito estraneo alle mansioni affidategli e, pertanto, al di fuori di ogni prevedibilità per il datore di lavoro; invece è **abnorme** quando la condotta rientri nelle mansioni

che gli sono proprie ma sia consistito in qualcosa radicalmente, ontologicamente, lontano dalle ipotizzabili e, quindi, prevedibili *EX ANTE*, imprudenti scelte del lavoratore nella esecuzione del lavoro.

Ad esempio si è qualificata <abnorme> la condotta del lavoratore contraria a specifiche direttive organizzative ricevute, a condizione che l'infortunio non risulti determinato da assenza o inidoneità delle misure di sicurezza adottate dal datore di lavoro e da mancanze in materia di formazione del dipendente.

In sintesi, si può cogliere nella giurisprudenza di legittimità la tendenza oggi a considerare **interruttiva** del nesso di condizionamento la condotta del lavoratore non solo quando essa si collochi in qualche modo al di fuori della c.d. <area di rischio> definita dalla lavorazione in corso (c.d. condotta esorbitante) ma anche quando, pur collocandosi nella <area di rischio> (*recte*: mansioni proprie del lavoratore), **violi precise direttive ricevute ed, in sostanza, sia consapevolmente idonea a neutralizzare i presidi antinfortunistici posti in essere dal datore di lavoro (c.d. condotta abnorme)** (cfr. **Cass. pen. sez. IV 18.5.2018, n. 22034 in motivazione**).

Ciò coerentemente ad un sistema della normativa antinfortunistica che si sta evolvendo passando da un modello "iperprotettivo", interamente incentrato sulla figura del datore di lavoro quale soggetto garante investito di un obbligo di vigilanza assoluta sui lavoratori, ad un modello "collaborativo" in cui gli obblighi sono ripartiti tra più soggetti, compresi i lavoratori (**Cass. pen. Sez. IV, Sent., 01-02-2019, n. 5007; cfr in termini: Cass. Sez. 4, n. 8883 del 10.02.2016**).

Tornando al precedente esempio del prestatore che abbia svolto la sua attività senza rispettare volontariamente le misure di sicurezza previste ed impartite dal datore di lavoro omettendo di indossare la mascherina consegnatagli ovvero non mantenendo il distanziamento, tale condotta omissiva potrà essere qualificabile come esorbitante o abnorme e quindi idonea ad interrompere il nesso causale?

Alla luce dell'orientamento della Suprema Corte di Cassazione ritengo che l'obbligo di vigilanza a carico del datore di lavoro non possa spingersi al punto tale da farlo ritenere responsabile nei riguardi del prestatore dell'insorgere del Covid-19 quando costui non abbia intenzionalmente rispettato le misure correttamente adottate dal datore di lavoro e per l'adozione delle quali sia stato formato e che sia sfuggito al controllo datoriale effettivamente normalmente esercitato, violando espressamente l'obbligo previsto dall'art. 20 del d.l. n. 81/2008 di <osservare le disposizioni e le istruzioni impartite dal datore di lavoro, dai dirigenti e dai preposti, ai fini della protezione collettiva ed individuale> e <utilizzare in modo appropriato i dispositivi di protezione messi a loro disposizione>.

Ricordo che la finalità della misura di sicurezza è evitare che il virus possa penetrare dall'esterno all'interno dell'azienda e diffondersi nell'ambiente di lavoro.

Non siamo in presenza di un <rischio specifico professionale biologico> scaturente dalla lavorazione specifica ma di un rischio di epidemia generico di origine sociale, dove le misure di contenimento vengono adottate anche al di fuori dell'ambiente di lavoro e la cui attuazione richiede una necessaria e diligente collaborazione attiva del soggetto prestatore.