



CARMEN DI CARLUCCIO

SARS-CoV-2 e contagio del lavoratore. Note sulla malattia-infortunio

SOMMARIO: 1. Al di là del *lockdown*: il lavoro che non si ferma tra protocolli di sicurezza anti-contagio e tutele (anche) previdenziali. – 2. L'art. 42, co. 2, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18. – 3. Causa violenta e occasione di lavoro nelle infezioni da agenti microbici o virali. – 4. Infortunio da covid-19 tra oneri probatori e presunzioni. – 5. Tutela Inail e responsabilità datoriali. La specificità delle regole emergenziali anti-contagio nel rispetto degli ordinari criteri di imputazione.

1. L'emergenza epidemiologica determinata dal nuovo virus SARS-CoV-2 ha imposto l'adozione di severe misure limitative di libertà fondamentali, costituzionalmente riconosciute – *in primis* quella di circolazione delle persone e quella d'iniziativa economica privata –, sul presupposto che per salvaguardare la salute pubblica sia necessario il distanziamento sociale¹.

Declinata nel mondo del lavoro l'istanza di contenimento dei contagi si è tradotta nel contingentare le presenze *at work* attraverso la momentanea chiusura delle attività produttive e commerciali non strettamente indispensabili per beni e servizi essenziali, che non possono ricorrere al *lavoro agile*², nonché mediante l'imposizione di vincoli, a tutela della salute pubblica (e, quindi, della salute e sicurezza dei lavoratori), per le attività che non possono essere interrotte, neanche temporaneamente. In questi casi la permanenza nei luoghi di lavoro è consentita se e nella misura in cui si coniuga con la garanzia di condizioni di salubrità e sicurezza degli ambienti di lavoro e delle modalità lavorative. A tal fine, l'articolata normativa emergenziale e il Protocollo condiviso tra le parti sociali adottato il 14 marzo e integrato il 24 aprile hanno reso obbligatoria negli ambienti di lavoro l'assunzione di un pacchetto di misure organizzative, di prevenzione e protezione, che vanno dalla informazione dei lavoratori all'individuazione di specifici dispositivi di protezione individuale e di regole comportamentali e igienico-sanitarie sulle modalità di ingresso in azienda del personale dipendente, dalla sanificazione dei luoghi di lavoro e gestione degli spazi comuni fino alla garanzia di prosecuzione dei servizi di sorveglianza sanitaria/medico competente/rls anche al fine dell'implementazione delle misure precauzionali³.

¹ Sull'articolata normativa che nasce dalla dichiarazione dello stato di emergenza nazionale (del 31 gennaio 2020) per il rischio sanitario derivante dall'insorgere di patologie causate dal nuovo coronavirus SarS-CoV2 v. <http://www.governo.it/it/coronavirus-misure-del-governo>. Per una riflessione sul piano del diritto costituzionale cfr., *ex multis*, i contributi pubblicati su Forum sull'emergenza CoViD-19 dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, in <https://www.osservatorioaic.it/it/forum/emergenza-covid-19>, nonché su Osservatorio Emergenza Covid-19, in https://www.federalismi.it/focus/index_focus.cfm?FOCUS_ID=112&focus=covid.

² Sul lavoro agile sia consentito il rinvio a C. DI CARLUCCIO, *Emergenza epidemiologica e lavoro agile*, RIDL, n.1/2020, III, 3 ss. Sulle misure a sostegno del reddito dei lavoratori in caso di sospensione (o anche solo rallentamento) dell'attività (uso di ferie e permessi retribuiti, di ammortizzatori sociali, anche in deroga, di speciali congedi, ecc.) volte a contenere gli effetti negativi che la crisi sta producendo sul tessuto socio-economico nazionale cfr. i contributi pubblicati nello Speciale *Emergenza COVID-19* della Rivista *GC.com*; nella Sezione "*COVID-19 e sicurezza sul lavoro*" dell'Osservatorio Olympus, costituito presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Urbino; sul sito della Commissione di Certificazione dell'Università di Roma Tre (in https://certificazioneroma3.it/forum/Emergenza_COVID_19.aspx); nel volume della Consulta Giuridica CGIL *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, a cura di O. BONARDI - U. CARABELLI - M. D'ONGHIA - L. ZOPPOLI, Ediesse, 2020 (scaricabile al link <http://www.cgil.it/covid-19-e-diritti-dei-lavoratori-instant-book-della-consulta-giuridica/>).

³ Cfr. il "Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro", sottoscritto dalle parti sociali e dal Governo. Sui contenuti del Protocollo condiviso, che ha acquisito valore normativo per effetto del richiamo nella legislazione emergenziale, nonché sugli altri Protocolli anti-contagio che si stanno rapidamente moltiplicando in molti settori (sanità, cantieri e trasporti, ecc.), e quelli sottoscritti a livello aziendale e/o di gruppo, v. https://olympus.uniurb.it/index.php?option=com_content&view=article&id=22008:acc&catid=151&Itemid=101; P. PASCUCI, *Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro: novità e conferme nello ius superveniens del d.P.C.M. 22 marzo 2020 e soprattutto del d.l. n. 19/2020, DSL*, n. 1/2020, 117 ss.



È evidente che in questo contesto emergenziale, soprattutto in ragione delle ancora poco note caratteristiche del virus – si allude alle scarse evidenze scientifiche sulle variabili e sulla resistenza molecolare del virus, sulle capacità infettanti, sulla modalità di trasmissione, sul catalogo delle superfici ospitali, sui tempi di incubazione, ecc. – e della potenziale natura aggregativa propria degli ambienti lavorativi, per i lavoratori che stanno continuando a prestare la propria attività in presenza si pone un problema di maggiore esposizione rispetto al resto della popolazione (che ha potuto aderire alla campagna #restoacasa promossa dal Governo e da tutti i mezzi di comunicazione)⁴. Non a caso, oltre che agire sul versante propriamente prevenzionistico, le regole governative, emanate in via d'urgenza, riconoscono una tutela anche previdenziale ai lavoratori che, contribuendo “a non fermare” il Paese (e l'elenco dei lavoratori a cui potenzialmente si riferisce è ampio ed è destinato a crescere in vista di una progressiva riattivazione del ciclo produttivo⁵), avranno contratto l'infezione che determina il *coronavirus disease* 2019, malattia nota con l'acronimo covid-19. Si allude alla recente previsione contenuta all'art. 42 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, così come convertito nella l. 24 aprile 2020, n. 27: una norma che chiude il cerchio delle tutele ma, contestualmente, apre spazi e scenari inediti con riguardo alle forme di responsabilità datoriale.

2. L'art. 42, co. 2, d.l. 17 marzo 2020, n. 18 prescrive, nell'ambito del lavoro pubblico e privato, che – nei casi accertati di infezione da coronavirus (SARS- CoV-2) «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». Conseguentemente, i lavoratori che contraggono il virus avranno diritto, per richiamare le prestazioni più rilevanti, all'indennizzo per il periodo di inabilità temporanea assoluta e all'indennizzo in capitale o alla rendita per i postumi permanenti di danno biologico; nell'ipotesi più grave di decesso dell'infortunato, ai familiari spetterà l'assegno funerario e la rendita ai superstiti ex art. 85 del d.p.r. n. 1124/1965⁶.

Nel secondo periodo del citato art. 42, co. 2, si chiariscono gli ambiti temporali della tutela assicurativa, anche in considerazione delle misure di profilassi adottate dalle autorità sanitarie per la gestione dell'emergenza. È previsto che le prestazioni Inail si applichino sia durante il periodo di affezione sia durante il periodo di quarantena o di permanenza domiciliare fiduciaria, con conseguente astensione dal lavoro, sempre che siano causati dall'infortunio (non durante il periodo di quarantena per scopo precauzionale o in caso di contagio non avvenuto in occasione di lavoro, per i quali, come si dirà *infra*, opera la tutela per le malattie comuni).

Ai fini del computo della decorrenza della tutela Inail, il *dies a quo* è costituito dal primo giorno di astensione dal lavoro attestato da certificazione medica per avvenuto contagio, ovvero dal primo giorno di

⁴ Sulla natura del rischio di infezione da SARS-CoV-2 cfr. le diverse opinioni emerse in sede di primo commento delle disposizioni emergenziali: S. DOVERE, *Covid-19: sicurezza del lavoro e valutazione dei rischi*, *Giustizia insieme*, 22 aprile 2020; S. GIUBBONI, *Covid-19: obblighi di sicurezza, tutele previdenziali, profili riparatori*, *CSDLE, It*, n. 417/2020; C. LAZZARI, *Per un (più) moderno diritto della salute e della sicurezza sul lavoro: primi spunti di riflessione a partire dall'emergenza da Covid-19*, *DSL*, n. 1/2020, 136 ss.; G. NATULLO, *Covid-19 e sicurezza sul lavoro: nuovi rischi, vecchie regole?*, *CSDLE, It*, n. 213/2020; P. PASCUCI, *Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra “raccomandazioni” e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale?*, *DSL*, n. 2/2019, 107 ss.; L.M. PELUSI, *Tutela della salute dei lavoratori e COVID-19: una prima lettura critica degli obblighi datoriali*, *DSL*, n. 2/2019, 122 ss.

⁵ I provvedimenti adottati dal Governo, a partire dal d.p.c.m. 11 marzo (che ha avviato un doppio binario regolativo rispettivamente per le attività cui è stato imposto uno stop, come commercio al dettaglio, ristorazione, servizi alla persona, e per quelle, produttive e professionali, consentite nel rispetto delle “raccomandazioni” – divenute poi prescrizioni – governative), hanno inciso sulla platea dei settori attivi, che sta gradualmente aumentando con il passaggio alla c.d. fase 2, che vedrà la progressiva riattivazione del ciclo produttivo.

⁶ Per un primo commento all'art. 42 v. G. CORSALINI, *Coronavirus, la tutela dell'INAIL in caso di contagio del lavoratore*, *Questione giustizia*, 1 aprile 2020; L. LA PECCERELLA, *Infezione da coronavirus e tutela contro gli infortuni e le malattie professionali*, *DSL*, n. 1/2020, 1 ss.; G. LUDOVICO, *Malattia (per i quarantenati e per gli affetti) e infortuni sul lavoro*, in *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, cit., 69 ss.



astensione dal lavoro coincidente con l'inizio della quarantena, per contagio da nuovo coronavirus (contagio che può essere accertato pure successivamente rispetto all'inizio della quarantena precauzionale), conteggiando da tali date i giorni di franchigia per determinare la prestazione economica per inabilità temporanea assoluta al lavoro⁷.

L'indennizzo erogato dall'ente non va ad incidere negativamente sugli oneri contributivi delle aziende, in quanto nella parte finale della disposizione si precisa che siffatti «eventi infortunistici gravano sulla gestione assicurativa e non sono computati ai fini della determinazione dell'oscillazione del tasso medio per andamento infortunistico di cui agli articoli 19 e seguenti dell'allegato 2 al Decreto Interministeriale 27 febbraio 2019». Pertanto, in analogia ad altre tipologie di infortuni generati da rischi esogeni, non direttamente e pienamente controllabili dal datore (come gli infortuni *in itinere*), gli effetti di tali eventi non sono conteggiati nel bilancio infortunistico dell'azienda in termini di oscillazione *in malus* del tasso applicato, ma sono attribuiti in ragione di principi di mutualità, con traslazione indiretta in sede di determinazione dei tassi medi di lavorazione⁸.

L'art. 26 dello stesso decreto regola l'assenza dal lavoro del dipendente che – a scopo precauzionale – con un provvedimento vincolante delle autorità sanitarie territorialmente competenti, sia posto in quarantena obbligatoria o in isolamento domiciliare fiduciario, con sorveglianza attiva e obbligo di permanere presso il proprio domicilio⁹. Il periodo trascorso in quarantena da tali soggetti «è equiparato a malattia ai fini del trattamento economico previsto dalla normativa di riferimento e non è computabile ai fini del periodo di comportamento»¹⁰. Il lavoratore, non affetto da un evento patologico da cui derivi l'impossibilità temporanea all'espletamento dell'attività lavorativa, ma solo impossibilitato all'uscita dalla propria abitazione per fatto non imputabile, gode dell'intero trattamento economico che, in deroga alle disposizioni vigenti, è posto integralmente a carico dello Stato, senza alcun onere per i datori di lavoro e per l'ente previdenziale (art. 26, co. 5). La tutela opera altresì per il lavoratore in quarantena perché positivo al virus, quando l'infezione non dipende da causa di lavoro. Il costo ricade sulla fiscalità generale, fino alla spesa di 380 milioni di euro per l'anno 2020 (importo quasi triplicato dal d.l. 19 maggio 2020, n. 34); raggiunto il limite di spesa, anche in via prospettica, non è più riconosciuta la tutela per le malattie comuni.

⁷ Così la circolare Inail 3 aprile 2020, n. 13, 10, con la quale l'istituto fornisce alcune indicazioni in merito alla sospensione dei termini di decadenza per le richieste di prestazioni e la revisione delle rendite Inail, nonché per la tutela degli infortuni sul lavoro per infezione causata dal nuovo coronavirus.

⁸ Al riguardo v. la circolare Inail 3 aprile 2020, n. 13, cit. Su tale aspetto l'ente chiarisce che sono stati avviati gli adeguamenti procedurali utili per la rilevazione a livello centrale dei casi di malattia-infortunio dovuti al contagio da nuovo coronavirus, identificati con specifico codice E nell'apposita procedura *Car.cli.web*. per escludere tali eventi lesivi dalla determinazione dell'oscillazione del tasso medio per andamento infortunistico, nonché per gli opportuni monitoraggi dei casi denunciati e ammessi a tutela. I dati sono pubblicati sul sito dell'ente (le denunce effettuate al 15 maggio sono 43.399). Critico verso questa scelta R. RIVERSO, *Vero e falso sulla responsabilità datoriale da Covid-19. Aspetti civili, penali e previdenziali*, *Questione giustizia*, 19 maggio 2020, che sottolinea come l'aumento del premio abbia anche un'efficacia deterrente.

⁹ Sono collocati in quarantena con sorveglianza attiva, su iniziativa delle autorità sanitarie territorialmente competenti, per quattordici giorni, i cittadini entrati in contatto stretto «con casi confermati di malattia infettiva diffusiva» e sono collocati in permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva coloro che abbiano fatto ingresso in Italia «da zone a rischio epidemiologico»: cfr. art. 1, ordinanza del Ministero della Salute 21 febbraio 2020 e art. 1, co. 2, lett. h) ed i), d.l. n. 6/2020. La quarantena precauzionale è disposta altresì per coloro «che rientrano da aree ubicate al di fuori del territorio italiano», insieme al «divieto assoluto di allontanarsi dalla propria abitazione o dimora» per le persone in quarantena perché positive al virus: art. 1, co. 2, lett. d) ed e), d.l. n. 19/2020. Su tali profili v. E.E. BOCCAFURNI - M. FATIGATO, *Covid-19 e infortuni sul lavoro: l'equiparazione tra causa violenta e causa virulenta nelle malattie professionali ai fini dell'accesso al relativo trattamento economico nella conversione in legge del c.d. d.l. "Cura Italia"*, *DSL*, n. 1/2020, 150 ss.; G. LUDOVICO, *Malattia (per i quarantenati e per gli affetti) e infortuni sul lavoro*, cit., spec. 70 ss.

¹⁰ Siffatta equiparazione riguarda i dipendenti del settore privato, mentre per i dipendenti pubblici una analoga misura era stata già adottata dall'art. 19, co. 1, d.l. 2 marzo 2020, n. 9.



3. La regolamentazione appena richiamata si impianta saldamente nel quadro dei principi generali che tradizionalmente governano l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali¹¹.

In ambito previdenziale è pacifico che l'azione di fattori microbici o virali sia da considerarsi causa violenta. La concezione eziologica della causa violenta permette di includere, tra le cause determinanti l'infortunio lavorativo, non già le modalità di penetrazione nell'organismo di agenti microbici e/o parassitari, bensì l'azione lesiva insita nella loro virulenza. Così intesa, la qualità della violenza causale è attribuita non più alla genesi traumatica con cui avviene l'immissione nell'organismo, ma alla estrinsecazione clinica del potere patogeno degli stessi indipendentemente dalla via di ingresso.

L'assimilazione della causa virulenta di natura biologica con la causa violenta, quale causa determinante un evento infortunistico lavorativo, è stata ammessa dalla giurisprudenza sin dal 1910, con riguardo all'infezione da carbonchio manifestatasi in operaio addetto al trasporto di pelli, ed è stata poi prevista *ex lege*, sempre nel caso del carbonchio, dall'art. 2 del r.d. n. 1765/1935¹².

Tale nozione estensiva di causa violenta, intesa quale "veemenza etiologica", è stata ribadita dalla giurisprudenza negli anni successivi principalmente da quando sono stati isolati i virus dell'epatite ovvero da quando ha fatto la sua comparsa la sindrome da immunodeficienza acquisita. La giurisprudenza ha rimarcato che «la causa violenta da infortunio, ai sensi dell'art. 2, d.p.r. 30 giugno 1965 n. 1124, è da considerarsi anche se dovuta all'azione di fattori microbici o virali che penetrando nell'organismo umano ne determinano l'alterazione dell'equilibrio anatomico-fisiologico, sempre che tale azione, pur se i suoi effetti si manifestino dopo un certo tempo, sia in rapporto (accertabile anche con ricorso a presunzioni semplici) con lo svolgimento dell'attività lavorativa»¹³. Con riguardo a quest'ultimo profilo, come si dirà più avanti (v. par. 4), assumono un rilievo centrale i precedenti della Cassazione che, per la tutela del diritto leso, hanno introdotto sul piano probatorio il ricorso al principio di presunzione semplice d'origine, *ex art.* 2729 cod. civ., in forza del quale il procedimento presuntivo può essere invocato «sia in merito alla natura infettante di un evento lesivo indicato come occasione di lavoro e fonte del contagio» sia «sull'accadimento dell'evento stesso»¹⁴.

L'infezione da agenti microbici o virali è, più specificamente, qualificata come malattia-infortunio, collocandosi la causa virulenta in un'area di confine tra le due fattispecie (fermo restando l'inquadramento tra gli infortuni sul lavoro)¹⁵.

Recependo la posizione giurisprudenziale richiamata (rinforzata dall'indirizzo interpretativo e applicativo formulato dall'istituto previdenziale¹⁶), a fronte della diffusione del virus SARS-CoV-2, l'Inail è intervenuto con la circolare 3 aprile 2020, n. 13, poi integrata dalla circolare 20 maggio 2020, n. 22, per fornire istruzioni

¹¹ Sottolinea il carattere non costitutivo e innovativo della disposizione rispetto al diritto all'indennizzo, già previsto dal d.p.r. 30 giugno 1965, n. 1124, L. LA PECCERELLA, *Infezione da coronavirus e tutela contro gli infortuni e le malattie professionali*, cit., 1.

¹² Sulle cause di natura microbica e virale v. AA. VV., *Malattia-infortunio. Trattazione in ambito Inail*, Tipografia Inail, 2007, spec. 2 s.; A. DE MATTEIS, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Giuffrè, 2011, spec. 250 ss. e *ivi* ulteriori riferimenti.

¹³ Cfr. Cass. 12 maggio 2005, n. 9968; Cass. 28 ottobre 2004, n. 20941; Cass. 8 aprile 2004, n. 6899; Cass. 10 febbraio 1998, n. 1373; Cass. 27 giugno 1998, n. 6390; Cass. 13 marzo 1992, n. 3090; Cass. 19 luglio 1991, n. 8058, nonché le pronunce citate nella nota che segue. Tra le pronunce di merito: Trib. Ivrea 8 novembre 2007; Trib. Novara 13 novembre 2006; Trib. Firenze 21 settembre 1994.

¹⁴ Così Cass. 19 luglio 1991, n. 8058, cit. Negli stessi termini Cass. 3 novembre 1982, n. 5764; Cass. 13 marzo 1992, n. 3090, cit.; Cass., S.U., 13 novembre 1996, n. 9961; Cass. 1° giugno 2000 n. 7306; Cass. 11 novembre 2014, n. 23990.

¹⁵ Il termine "malattia-infortunio" deriva dall'assioma formulato da Lorenzo Borri che, nei suoi studi sulla causa violenta, sottolineava come la stessa includesse le «energie di ordine virulento»: L. BORRI, *Causa violenta in occasione di lavoro*, RI, 1901, 166 ss.; ID., *Le lesioni traumatiche di fronte al codice penale e civile e rispetto agli infortuni del lavoro*, Società editrice Libreria, vol. 1 e 2, 1910-1912. Sulla causa virulenta quale fattore che si colloca in un'area di confine tra infortunio e malattia v. A. FEDERICI, *La causa virulenta: un tertium genus tra infortunio sul lavoro e malattia professionale*, RGL, 2008, II, 508 ss.

¹⁶ Cfr. la lettera circolare 1° luglio 1993, relativa alle "Modalità di trattazione dei casi di epatite virale a trasmissione parenterale e AIDS"; la circolare Inail n. 74 del 23 novembre 1995, "Modalità di trattazione delle malattie infettive e parassitarie"; le "Linee guida per la trattazione dei casi di malattie infettive e parassitarie" del 1° dicembre 1998.



per la trattazione della malattia-infortunio da covid-19 in continuità con le prescrizioni dell'art. 42, co. 2, del d.l. n. 18/2020¹⁷.

Dalla configurazione della malattia covid-19 quale infortunio sul lavoro discende la possibilità di tutelare l'evento lesivo non solo nelle ipotesi in cui il lavoro ne sia stato la causa (come avverrebbe, ai sensi dell'art. 3 del d.p.r. n. 1124/1965, se si trattasse di tecnopatia), ma anche quando il lavoro ne costituisca la semplice «occasione» (in forza dell'art. 2). Come noto, infatti, la qualificazione di un evento come infortunio sul lavoro non richiede, ai sensi del d.p.r. n. 1124/1965, un nesso di causalità diretta tra evento lesivo e lavoro. Per di più la giurisprudenza ha accolto una nozione ampia di *occasione di lavoro* precisando che, affinché l'infortunio sia indennizzabile da parte dell'ente previdenziale, non è necessario che sia avvenuto nell'espletamento delle mansioni tipiche in ragione delle quali è stabilito l'obbligo assicurativo, essendo sufficiente che sia riconducibile ad attività strumentali o accessorie o, comunque, collegate al soddisfacimento di esigenze lavorative¹⁸. È questa una lettura progressivamente consolidatasi in giurisprudenza e in dottrina, che attribuisce rilievo esclusivo al legame finalistico-strumentale tra la condotta del lavoratore e la prestazione lavorativa, senza lasciare spazio a distinzioni fondate su tipicità, specificità o gravità del rischio¹⁹.

Rilevando la mera *occasione di lavoro* – ampiamente intesa, in ragione della funzione previdenziale della tutela – la protezione Inail è riconosciuta per la patologia da covid-19 pure nel caso in cui la stessa patologia sia stata contratta sulle vie del lavoro, ossia durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione a quello di lavoro o durante il percorso che collega due luoghi di lavoro se il lavoratore ha più rapporti di lavoro ovvero ancora nel normale percorso di lavoro di andata e ritorno dal luogo di lavoro a quello di consumazione abituale dei pasti, qualora non sia presente un servizio di mensa aziendale. Rispetto a tale peculiare tipologia di infortunio l'Inail, nella circolare n. 13, ha invertito il giudizio valoriale formulato dal legislatore precisando che «per tutti i lavoratori addetti allo svolgimento di prestazioni da rendere in presenza sul luogo di lavoro è considerato necessitato l'uso del mezzo privato per raggiungere dalla propria abitazione il luogo di lavoro e viceversa»; conseguentemente, il lavoratore dovrebbe accordare preferenza all'utilizzazione del mezzo privato per non incorrere in un possibile addebito da rischio elettivo²⁰. Una lettura che non convince e che sembra essere superata dallo stesso ente nelle FAQ Coronavirus del 10 aprile 2020 dove, con riguardo al contagio eziologicamente connesso al tragitto compiuto dal lavoratore, si afferma che l'accertamento medico-legale si avvarrà di altri elementi di asseverazione tra cui l'esame della tipologia di mezzo utilizzato, il percorso e la frequenza degli spostamenti²¹. Anzi, si può piuttosto sostenere che il lavoratore che provi l'uso necessitato del

¹⁷ Con riferimento agli operatori sanitari v. la precedente nota Inail 17 marzo 2020, “Richiesta chiarimenti malattia-infortunio da Covid-19 (nuovo coronavirus) contratto da operatori sanitari”.

¹⁸ Tra le pronunce più recenti: Cass. 26 novembre 2019, n. 30874; Cass., ord., 19 marzo 2019, n. 7649; Cass. 22 maggio 2018, n. 12549; Cass. 3 aprile 2017, n. 8597; Cass. 6 febbraio 2018, n. 2838; Cass. 20 luglio 2017, n. 17917; Cass. 13 maggio 2016, n. 9913. Cfr. altresì Cass. 14 maggio 2020, n. 8948, che ribadisce come la tutela contro gli infortuni sul lavoro si sia progressivamente estesa, rispetto all'originaria rilevanza del solo rischio professionale, ricomprendendo anche il c.d. rischio specifico improprio, ossia «non strettamente insito nell'atto materiale della prestazione ma collegato con la prestazione stessa o, finanche, un rischio generico» come quello della strada, nell'ambito dell'infortunio in itinere. Per l'occasione di lavoro nell'elaborazione giurisprudenziale v. A. DE SIMONE, *Gli infortuni sul lavoro e in itinere. L'occasione di lavoro negli orientamenti giurisprudenziali*, Giuffrè, 2007, spec. 145 ss.; A. FONTANA, *Alla ricerca dell'occasione di lavoro*, RIMP, 2015, II, 3 ss.; M. GAMBACCIANI, *In tema di occasione di lavoro: un nuovo orientamento della giurisprudenza*, DL, 2000, II, 323 ss.

¹⁹ In dottrina cfr., ex multis, A. DE MATTEIS, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, cit., 179 ss.; S. GIUBBONI - G. LUDOVICO - A. ROSSI, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Cedam, 2014, spec. 138 ss., nonché i contributi citati nella nota che precede.

²⁰ Sull'uso necessitato del trasporto pubblico nell'infortunio in itinere v., tra i contributi più recenti, M. AVOGARO, *Infortunio in itinere: criticità e temi giurisprudenziali*, LG, 2017, 829 ss.; S. PICCININNO, *Infortuni in itinere: recenti sviluppi legislativi e giurisprudenziali*, RDSS, 2017, 103 ss. (sull'uso del velocipede, da considerarsi sempre necessitato, v. circolare Inail 25 marzo 2016, n. 14).

²¹ E.E. BOCCAFURNI - M. FATIGATO, *Covid-19 e infortuni sul lavoro: l'equiparazione tra causa violenta e causa virulenta nelle malattie professionali ai fini dell'accesso al relativo trattamento economico nella conversione in legge del c.d. d.l. “Cura Italia”*, cit., 160 s.



mezzo pubblico per raggiungere la sede di lavoro, considerata la maggiore intensità e frequenza del contatto sociale riscontrabile sui mezzi di trasporto pubblico, nonché il carattere pandemico e ubiquitario dell'infezione da nuovo coronavirus, potrebbe godere della presunzione semplice di origine professionale del contagio²².

4. La fattispecie della malattia-infortunio si perfeziona in presenza della certificazione dell'avvenuto contagio, mediante documentazione che attesti la positività dell'esame (tampone faringeo) che comprova l'infezione da SARS-CoV-2.

La conferma diagnostica costituisce il *dies a quo* da cui far decorrere la tutela Inail, che, come anticipato (v. par. 2), copre l'intero periodo di quarantena. Qualora il soggetto sia stato in malattia (per un sospetto caso di covid-19) e, quindi, in quarantena o in isolamento fiduciario domiciliare, la conferma del test consentirà la regolarizzazione del caso con decorrenza dal momento della attestata assenza dal lavoro.

In vero, ai fini dell'accesso alla tutela infortunistica, il riscontro diagnostico non è indispensabile. Sarebbe ingiustamente penalizzante esigere una dimostrazione rigorosa della positività all'esame, tenuto conto delle registrate difficoltà operative, soprattutto nelle prime settimane di emergenza, di poter procedere in tempi ragionevolmente certi a effettuare test su tampone (talora non disponibili neppure per gli operatori sanitari). Con riguardo alle fattispecie in cui i dati sanitari disponibili non consentono di formulare una diagnosi di certezza di infezione – fermo restando che la mera diagnosi di sospetto clinico, data la variabilità di quadri e la sovrapposizione con altri processi morbosi, non è di per sé sufficiente – integra la conferma diagnostica, ai fini medico-legali-indennitari, la presenza di un quadro clinico *suggestivo* di covid-19, associato a una rilevazione strumentale altrettanto suggestiva, nonché a elementi anamnestico-circostanziali ed epidemiologici dirimenti. In tali casi potrà confortare la diagnosi il risultato del test sierologico «qualora disponibile»²³.

La «suggestività» risultante dal quadro clinico e dalle rilevazioni strumentali compiute permette di superare la riserva di regolarità cui sono sottoposte tali situazioni, consentendo l'accesso all'indennizzabilità della malattia-infortunio covid-19.

La fattispecie si completa quando sia accertata la correlazione dell'infezione contratta con il lavoro. Quando, come spesso accade, non sia possibile acquisire la prova certa della specifica «causa violenta» che ha determinato l'infezione microbica o virale, il rapporto tra l'infezione e l'attività lavorativa può essere dimostrato – come anticipato – anche mediante presunzioni semplici basate su criteri probabilistici, ovvero sulle conoscenze scientifiche, su dati statistici, sul tipo di infezione contratta dall'interessato, sulle caratteristiche dell'ambiente lavorativo, sulle mansioni cui il lavoratore era addetto, ecc. La presunzione semplice (che ammette sempre prova contraria a carico dell'istituto previdenziale) presuppone l'accertamento dei fatti e delle circostanze da cui si possa desumere l'avvenuto contagio «in occasione di lavoro», elementi acquisiti d'ufficio dall'Inail, forniti dal lavoratore e prodotti dal datore in sede di denuncia infortunio, su cui fondare «un giudizio di ragionevole probabilità», svincolato da valutazioni in ordine alla imputabilità di eventuali comportamenti omissivi in capo al datore che possano essere stati causa del contagio (non a caso l'infortunio in «occasione di lavoro» è indennizzato anche se avvenuto per caso fortuito o per colpa esclusiva del lavoratore)²⁴.

In particolare, sussiste la presunzione di origine professionale con riguardo ai soggetti che lavorano in ambienti sanitari, esposti a un elevato rischio di contagio, aggravato fino a diventare specifico, in ragione, appunto, della elevatissima probabilità che tale categoria professionale venga a contatto con il nuovo

²² Così S. GIUBBONI, *Covid-19: obblighi di sicurezza, tutele previdenziali, profili riparatori*, cit., 15; L. LA PECCERELLA, *Infezione da coronavirus e tutela contro gli infortuni e le malattie professionali*, cit., 3.

²³ In tali termini si esprime l'Inail nelle FAQ Coronavirus del 10 aprile 2020, laddove la circolare n. 13 sembrava optare per una lettura più rigorosa.

²⁴ Il fatto ignoto si può desumere dal fatto noto «come conseguenza ragionevole, probabile e verosimile secondo un criterio di normalità»: circolare Inail n. 22, 4. In giurisprudenza cfr. le pronunce citate nelle note n. 13 e 14.



coronavirus²⁵. In tal caso l'accertamento medico-legale si avvale della presunzione semplice di origine professionale, difficilmente suscettibile di prova contraria²⁶; la presunzione trova applicazione pure quando l'identificazione delle specifiche cause lavorative del contagio risulti problematica, in linea con l'indirizzo giurisprudenziale consolidato per il quale, sebbene alcune infezioni si possano contrarre pure in condizioni estranee al lavoro, per quei lavoratori che operano in un determinato ambiente e che sono adibiti a specifiche mansioni, con una ripetuta e consistente esposizione a un particolare rischio, la presunzione dell'origine lavorativa è così grave da raggiungere quasi la certezza²⁷.

In tali termini si è espressa anche l'Inail con i provvedimenti richiamati, chiarendo che per il personale sanitario, ai fini dell'accertamento del nesso tra il lavoro e le malattie infettive e parassitarie, è legittimo il ricorso a presunzioni semplici *ex art. 2729 c.c.*, per cui si presume l'esistenza del requisito della occasione di lavoro, salvo prova contraria che dimostri, con certezza, che il contagio sia avvenuto per ragioni estranee all'attività lavorativa. Peraltro, non può trascurarsi che, con riguardo ai lavoratori operanti nel macro settore sanità e assistenza, il documento tecnico per la rimodulazione delle misure di contenimento del contagio nei luoghi di lavoro pubblicato dall'Inail il 23 aprile 2020 – nel definire le classi di rischio medie integrate per alcuni dei principali settori lavorativi e partizioni degli stessi – ha attribuito a tali lavoratori la classe “Alta”²⁸.

L'ambito di applicazione dello strumento presuntivo include altresì altre attività lavorative che comportano il costante contatto con il pubblico/l'utenza: lavoratori che operano in *front-office*, alla cassa, addetti alle vendite/banconisti, personale non sanitario operante all'interno delle strutture sanitarie con mansioni tecniche, di supporto, di pulizie, operatori del trasporto infermi, ecc. Questo elenco di lavorazioni rispetto a cui il rischio di infezione da SARS-CoV-2 risulta aggravato fino a divenire specifico, presente nella circolare Inail n. 13, è solo esemplificativo, ma non esaurisce la numerosità delle categorie che possono avvalersi della presunzione di esposizione professionale. Per tali lavoratori la cui attività comporta contatti con il pubblico «la presunzione di origine professionale potrebbe essere superata dalla prova, pressoché impossibile, che il contatto utile per la trasmissione dell'agente patogeno sia stato privo di efficacia per la sistematica e costante adozione della “distanza sociale” o di efficaci mezzi di separazione tra il lavoratore e il pubblico, o ancora per la concreta impossibilità della trasmissione virale tramite contatto con superficie infette, etc.»²⁹.

Per i lavoratori diversi dagli operatori sanitari e da quelli con frequenti contatti con il pubblico che abbiano avuto contatti con un collega di lavoro positivo l'origine professionale dell'infezione può ritenersi dimostrata in presenza di una fonte di contagio accertata, salvo che si provi con certezza la mancanza di contatti

²⁵ Cfr. nota Inail del 17 marzo 2020 sul tema dell'inquadramento e conseguente trattazione dei casi di malattia da covid-19 nel personale sanitario ovvero tutto il personale medico e paramedico sia del SSN sia dipendente di strutture sanitarie pubbliche o private, cit.

²⁶ A fronte di detta elevata probabilità anche la prova, più o meno certa, di contatti con soggetti potenzialmente contagiosi avvenuti al di fuori dell'ambiente di lavoro non è sufficiente a superare la presunzione semplice di origine professionale: L. LA PECCERELLA, *Infezione da coronavirus e tutela contro gli infortuni e le malattie professionali*, cit., 3; S. GIUBBONI, *Covid-19: obblighi di sicurezza, tutele previdenziali, profili riparatori*, cit., spec. 14, che ritiene tale presunzione assoluta «perché non vincibile dalla prova contraria».

²⁷ V. Inail, *Linee guida per la trattazione dei casi di malattie infettive e parassitarie*, 1° dicembre 1998, 5 s.

²⁸ In particolare, nel settore produttivo Sanità ed assistenza sociale, codice ATECO Q, le Attività di assistenza sanitaria (Q.86) e Assistenza sociale non residenziale (Q.88) hanno una classe di rischio “Alta”, mentre ai Servizi di assistenza sociale e residenziale (Q.87) è attribuita una classe “Media”. Il “Documento tecnico sulla possibile rimodulazione delle misure di contenimento del contagio da SARS-CoV-2 nei luoghi di lavoro e strategie di prevenzione” si sofferma nella prima parte sulla predisposizione di una metodologia innovativa di valutazione integrata del rischio di contagio (che tiene in considerazione la possibilità di venire a contatto con fonti di contagio nell'espletamento dell'attività lavorativa a causa della prossimità connessa ai processi lavorativi ovvero per l'aggregazione sociale, anche verso soggetti esterni); nella seconda parte si occupa delle misure organizzative, di prevenzione e protezione, nonché di lotta all'insorgenza di focolai epidemici, anche in considerazione di quanto già contenuto nel Protocollo condiviso del 14 marzo 2020. Il documento è disponibile al link <https://www.inail.it/cs/internet/docs/alg-pubbl-rimodulazione-contenimento-covid19-sicurezza-lavoro.pdf>.

²⁹ L. LA PECCERELLA, *Infezione da coronavirus e tutela contro gli infortuni e le malattie professionali*, cit., 3.



utili alla trasmissione del contagio, la incompatibilità dei tempi di latenza tra il contatto dedotto e l'insorgenza della sintomatologia clinicamente manifesta³⁰ o, ancora, che si provino comportamenti extralavorativi ad alto "rischio".

Per tutti gli altri lavoratori che continuano in questa fase emergenziale a eseguire la prestazione lavorativa in presenza, secondo la lettura proposta nella circolare n. 13 dall'istituto, non opera la presunzione di origine professionale, per cui l'assunzione in tutela Inail seguirà al positivo accertamento medico-legale. Quest'ultimo sarà ispirato all'ordinaria procedura che privilegia gli elementi epidemiologico, clinico, anamnestico e circostanziale³¹. L'onere probatorio – non poco gravoso – incombe sul lavoratore, tenuto a provare, attraverso il ricorso a concrete e circoscritte situazioni di fatto (inerenti le mansioni svolte, le condizioni di lavoro, la durata e l'intensità dell'esposizione a rischio), l'esistenza dell'occasione di lavoro per l'infezione virulenta.

Una scelta, quella esplicitata dalla circolare n. 13 in relazione a tali ipotesi, che pone non poche perplessità perché sembra indebolire la *ratio* protettiva di socializzazione del rischio da contagio da covid-19 che assume (o meglio dovrebbe assumere) la tutela previdenziale³². È come se l'istituto avesse costruito una interpretazione dell'art. 42 funzionale a circoscrivere – di fatto – la tutela Inail alle fattispecie che presentano una maggiore probabilità di azioni di rivalsa, piuttosto che guardando alla vocazione della tutela previdenziale; un sospetto che lo stesso istituto ha smentito, prima con una dichiarazione pubblicata sul sito istituzionale, poi con la circolare n. 22³³. Trattandosi di un rischio generico, estraneo all'attività di impresa, a cui è potenzialmente esposta la generalità delle persone, ma che può essere aggravato dal lavoro (fino a divenire "specifico") in relazione a peculiari tipologie di attività lavorativa o a specifiche condizioni di svolgimento dell'attività stessa, non pare peregrino sostenere che per tutti coloro che hanno continuato a prestare la loro opera *at work*, soprattutto nella fase del *lockdown*, possa valere una presunzione semplice di origine professionale che, in relazione alle ipotesi residuali che di cui alla circolare n. 13, potrebbe essere superata dalla prova contraria fornita dall'istituto, anche ricorrendo a elementi indiziari di esclusione dell'occasione professionale del contagio: se, ad esempio, si provi che non si è registrato nessun caso di positività nell'ambiente di lavoro e, al contempo, la presenza di contagi accertati nella famiglia del lavoratore.

Ciò coerentemente con l'ampia nozione di occasione di lavoro accolta dalla giurisprudenza e con la scelta esplicitata dallo stesso ente previdenziale di estendere la tutela anche all'infortunio occorso *in itinere*, il quale, secondo le regole generali, è coperto dall'operatività della presunzione semplice perché aggravato dalla necessità degli spostamenti tra l'abitazione e il luogo di lavoro.

Si supererebbero così le evidenti contraddizioni presenti nella circolare n. 13, che rischiano di generare un ampio contenzioso sul versante del rapporto previdenziale tra lavoratore e Inail (a fronte di eventuali provvedimenti dell'ente di disconoscimento dell'infortunio) e su quello risarcitorio tra datore e prestatore di lavoro, condizionato dal pericolo di una espansione dei confini della responsabilità datoriale per violazione degli obblighi di sicurezza, compensativa dei limiti della tutela assicurativa³⁴.

³⁰ L. LA PECCERELLA, *Infezione da coronavirus e tutela contro gli infortuni e le malattie professionali*, cit., 3.

³¹ L'istituto, nella circolare n. 13, precisa che, «ove l'episodio che ha determinato il contagio non sia noto o non possa essere provato dal lavoratore, né si può presumere che il contagio si sia verificato in considerazione delle mansioni/lavorazioni e di ogni altro elemento connesso all'attività lavorativa (in cui, dunque, l'affezione virulenta rappresenta, in astratto, un semplice rischio generico di malattia), grava sul lavoratore un consistente onere probatorio in ordine alla contrazione della patologia in *occasione* lavorativa e l'accertamento medico-legale dovrà seguire l'ordinaria procedura, privilegiando essenzialmente i seguenti elementi: epidemiologico, clinico, anamnestico e circostanziale».

³² S. GIUBBONI, *Covid-19: obblighi di sicurezza, tutele previdenziali, profili riparatori*, cit., spec. 15.

³³ La circolare n. 22, cit., 6, ribadisce un dato scontato: l'attivazione dell'azione di regresso da parte dell'istituto previdenziale non può basarsi sul semplice riconoscimento dell'infortunio da SARS-CoV-2, richiedendo una prova rigorosa della violazione di specifiche misure e l'imputabilità, almeno a titolo di colpa, della condotta causativa del danno.

³⁴ Così G. LUDOVICO, *Malattia (per i quarantenati e per gli affetti) e infortuni sul lavoro*, cit., 80. Negli stessi termini S. GIUBBONI, *Covid-19: obblighi di sicurezza, tutele previdenziali, profili riparatori*, cit., 15, che propone un ribaltamento dell'impostazione accolta sul punto dall'Inail, «onde attribuire alla norma "emergenziale" quell'ampia portata di socializzazione del rischio da contagio covid-19, che essa deve possedere in coerenza con la sua *ratio* protettiva». L'A., tra l'altro, sottolinea i limiti sul



5. La qualificazione del contagio da SARS-CoV-2 come infortunio sul lavoro apre le porte a potenziali e successivi addebiti a carico dei datori di lavoro, pubblici e privati, nonché delle società sul piano civile, penale e amministrativo, che potranno essere mossi, sia sul versante propriamente prevenzionistico, che su quello previdenziale e, in senso lato, riparatorio.

Qualsiasi analisi sulle possibili conseguenze nascenti da un caso di contagio da covid-19 «in occasione di lavoro» deve svolgersi muovendo dalla considerazione che la situazione emergenziale non si traduce in una sospensione della legalità, quanto piuttosto in una salda riaffermazione dei valori costituzionali – con il riconoscimento di una priorità al diritto alla salute e alla sicurezza delle persone (artt. 32 e 41, co. 2, Cost.), *in primis* di quelle che lavorano (artt. 35 e 38 Cost.)³⁵ – e delle regole ordinarie in materia di responsabilità, che continuano a trovare applicazione a prescindere dalla individuazione dell'origine professionale del contagio. Dato, quest'ultimo, che lo stesso ente previdenziale, nella circolare n. 22, si è affrettato a precisare con un intervento che potrebbe considerarsi superfluo, se la sua opportunità non fosse dettata da alcuni recenti e ingiustificati allarmismi sul tema generati da disinformazione e demagogia³⁶.

Un primo ambito dell'obbligazione risarcitoria del datore di lavoro ha ad oggetto la copertura del c.d. danno differenziale e complementare rispetto alla copertura assicurativa prestata dall'Inail; tema, questo, complesso, dai toni mai sopiti e recentemente riaccesi a seguito dell'intervento delle Sezioni Unite della Cassazione in materia di *compensatio lucri cum damno*³⁷, nonché delle novità introdotte dalla legge finanziaria 2019 intervenuta con riguardo alle voci da prendere in esame per determinare il *quantum* dovuto al lavoratore infortunato³⁸.

L'eventuale responsabilità del datore – verso il lavoratore, ma anche verso l'istituto assicuratore che, com'è noto, può agire in rivalsa – non può derivare automaticamente dal riconoscimento dell'infezione da SARS-CoV-2 quale infortunio sul lavoro, sarà piuttosto configurabile in presenza degli ordinari presupposti operanti in materia: il lavoratore-attore avrà l'onere di allegare e provare l'esistenza del danno lamentato, la nocività dell'ambiente o delle condizioni di lavoro (*id est* l'inadempimento datoriale), nonché il nesso causale tra l'uno e l'altro, in termini di ragionevole probabilità fondata su concrete e specifiche situazioni di fatto connesse alla prestazione lavorativa³⁹.

piano della protezione soggettiva della tutela assicurativa che producono conseguenze paradossali e intollerabili, come l'esclusione dei medici che non siano titolari di un rapporto di lavoro subordinato. Su cui già L. LA PECCERELLA, *Infezione da coronavirus e tutela contro gli infortuni e le malattie professionali*, cit., 4.

³⁵ S. GIUBBONI, *Covid-19: obblighi di sicurezza, tutele previdenziali, profili riparatori*, cit., 2 s.

³⁶ L'Inail si è affrettato a precisare che in ogni caso il riconoscimento del diritto alle prestazioni da parte dell'istituto (in favore dell'infortunato) non può assumere rilievo per sostenere l'accusa in sede penale, tanto meno in sede civile nei confronti del datore e che solo nell'ipotesi in cui sia dimostrata una effettiva responsabilità del datore, l'Inail ha titolo per pretendere il rimborso di quanto erogato al lavoratore infortunato. Su tali profili v. R. RIVERSO, *Vero e falso sulla responsabilità datoriale da Covid-19. Aspetti civili, penali e previdenziali*, cit.

³⁷ Cass., S.U., 22 maggio 2018, n. 12565, *FI*, 2018, I, 1900, con nota di R. PARDOLESI, *Compensatio, cumulo e «second best»*. Sul danno differenziale in giurisprudenza, tra le più recenti, Cass. 15 maggio 2019, n. 20817; Cass. 8 aprile 2019, n. 9744; in dottrina v., per tutti, L. DE ANGELIS, *Il danno differenziale tra diritto comune, diritti speciali e schizofrenia legislativa*, *CSDLE*, It, n. 392/2019, spec. 8 ss.; S. GIUBBONI, *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile: vecchie e nuove questioni in tema di danno differenziale*, *CSDLE*, It, n. 397/2019.

³⁸ Cfr. l. 30 dicembre 2018, n. 145, modificata a distanza di soli sei mesi dalla l. 28 giugno 2019, n. 58. Su tali profili, oltre i contributi nella nota che precede, v. G. CORSALINI - A. DE MATTEIS, *Il concorso tra risarcimento e indennizzo dinanzi alle giurisdizioni superiori. I riflessi sull'azione di rivalsa dell'Inail*, *RDSS*, 2019, 171 ss.; S. GIUBBONI - A. CIRIELLO, *Il risarcimento del danno differenziale derivante da infortunio dopo la legge n. 145 del 2018*, *GC.com*, 16 maggio 2019; S. GIUBBONI, *Il risarcimento del danno differenziale da infortunio sul lavoro dopo la legge di bilancio*, *RDSS*, 2019, 193 ss.; G. LUDOVICO, *Il danno differenziale dopo la legge di bilancio 2019 e il vero intento del legislatore*, *GC.com*, 8 maggio 2019; A. ROSSI, *Il calcolo del danno differenziale prima e dopo la legge di bilancio per il 2019*, *www.il Giuslavorista.it*, 2019.

³⁹ Cfr., *ex multis*, Cass. 8 ottobre 2018, n. 24742; Cass. 23 maggio 2018, n. 12808; Cass. 15 gennaio 2018, n. 749; Cass. 8 maggio 2014, n. 9945. Sul nesso causale v. Cass., S.U., 11 gennaio 2008, n. 576.



È, quindi, essenziale, ai fini dell'accertamento dell'eventuale inadempimento datoriale, definire i confini dell'obbligo di sicurezza.

Le misure tipizzate nei provvedimenti emergenziali (comprese quelle contenute nei Protocolli condivisi) specificano e integrano l'obbligo di sicurezza gravante sul datore di lavoro *ex art.* 2087 cod. civ. e, allo stesso tempo, ne esauriscono i contenuti⁴⁰.

Sebbene la disposizione codicistica si configuri come una norma in bianco – “aperta” all'evoluzione del quadro dei rischi (ancorché generici⁴¹) e delle connesse tecniche di prevenzione (là dove impone all'imprenditore l'adozione di tutte quelle misure che, pur *innominate*, siano comunque necessarie, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei lavoratori) –, non si può ricavare dalla stessa una ipotesi di responsabilità oggettiva. La disposizione non si traduce in un obbligo assoluto di rispettare ogni cautela possibile e innominata diretta a evitare qualsiasi danno, richiedendo, ai fini della configurabilità della responsabilità datoriale, che l'evento sia pur sempre riferibile a una colpa dello stesso datore per violazione di obblighi di comportamento imposti da norme di fonte legale o suggeriti dalla tecnica e dall'esperienza del momento in cui si è verificato l'evento lesivo, ma concretamente individuati o individuabili⁴².

In questa prospettiva, appare certamente ragionevole ritenere che l'autorità pubblica, con il contributo delle parti sociali, abbia dettato, in modo esauriente, le misure necessarie alla prevenzione del rischio da infezione SARS-CoV-2, tenuto conto dello stato attuale delle conoscenze scientifiche (peraltro in continua evoluzione) di un rischio generico⁴³.

E la soluzione qui proposta è (almeno in parte) coincidente con quella accolta dal legislatore dell'emergenza nell'emendamento appena approvato in sede di conversione in legge del d.l. 8 aprile 2020, n. 23 (l. 5 giugno 2020, n. 40, in Gazzetta ufficiale n. 143 del 6 giugno 2020) che, con riferimento al rischio di contagio, identifica l'obbligo di tutela della integrità psico-fisica del lavoratore *ex art.* 2087 cod. civ. nelle misure tipizzate nella normativa emergenziale, di cui il datore deve garantire l'*adozione* e il *mantenimento* (così l'*art.* 29-*bis*). Si tratta di una disposizione limitativa della portata dell'*art.* 2087 c.c. – “autorizzata” dalle fonti comunitarie che, addirittura, prevedono la possibilità di escludere o diminuire la responsabilità datoriale «per fatti dovuti a circostanze a loro estranee, eccezionali e imprevedibili, o a eventi eccezionali, le conseguenze dei quali sarebbero state comunque inevitabili, malgrado la diligenza osservata»⁴⁴ – che solleva, tuttavia, perplessità soprattutto là dove afferma, con una formulazione poco chiara, che qualora «non trovino applicazione le predette prescrizioni» (ossia Protocollo condiviso del 24 aprile, nonché protocolli e linee guida di cui all'*art.* 1, co. 14, d.l. n. 33/2020: *id est* regionali o “in assenza” nazionali⁴⁵) «rilevano le misure contenute nei protocolli o accordi di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale», generando confusione in merito alla “gerarchia” da riconoscere ai documenti nazionali e regionali e attribuendo valenza normativa a non precisati atti negoziali settoriali.

⁴⁰ Per una classificazione delle diverse misure di sicurezza previste dalla normativa emergenziale v. M. MARAZZA, *L'art. 2087 c.c. nella pandemia covid-19 (e oltre)*, RIDL, I, 2020, 267 ss.

⁴¹ Si veda, ad esempio, la giurisprudenza in tema di rischio malaria.

⁴² Così Cass. 29 marzo 2019, n. 8911. Cfr. altresì, tra le più recenti, Cass. 11 febbraio 2020, n. 3282; Cass. 21 maggio 2019, n. 13644; Cass. 8 ottobre 2018, n. 24742; Cass. n. 15082 del 2014; Cass. 3 agosto 2012, n. 13956.

⁴³ S. GIUBBONI, *Covid-19: obblighi di sicurezza, tutele previdenziali, profili riparatori*, cit., 11.

⁴⁴ Cfr. *art.* 5, co. 4, direttiva n. 391/1989. Sul punto v. M. MARAZZA, *L'art. 2087 c.c. nella pandemia covid-19 (e oltre)*, cit., 274 s.

⁴⁵ Il d.l. n. 33/2020 riconosce un rilievo primario ai documenti adottati dalle regioni o dalla Conferenza delle regioni e delle province autonome e, solo “in assenza” degli stessi, ai protocolli o alle linee guida nazionali, senza, peraltro citare esplicitamente il Protocollo condiviso (che, al contrario, in altri provvedimenti – come il d.p.c.m. 17 maggio 2020, *art.* 2 – viene richiamato in modo esclusivo). Infatti, *ex art.* 1, co. 14, «Le attività economiche, produttive e sociali devono svolgersi nel rispetto dei contenuti di protocolli o linee guida idonei a prevenire o ridurre il rischio di contagio nel settore di riferimento o in ambiti analoghi, adottati dalle regioni o dalla Conferenza delle regioni e delle province autonome nel rispetto dei principi contenuti nei protocolli o nelle linee guida nazionali. In assenza di quelli regionali trovano applicazione i protocolli o le linee guida adottati a livello nazionale».



Al di là delle difficoltà sul piano dell'individuazione delle misure emergenziali che definiscono in concreto l'obbligo datoriale, che esulano dalla brevità della presente trattazione, preme evidenziare che quelle misure dovranno essere traslate dal datore-imprenditore – con puntualità e diligenza⁴⁶ – nello specifico contesto aziendale in cui opera, pure per porsi al riparo da responsabilità in caso di contagio avvenuto in occasione di lavoro (situazioni rispetto alle quali opererà la specifica forma di socializzazione del rischio pandemico che il legislatore – anche quello dell'emergenza –, come abbiamo visto *supra*, ha fatto transitare per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro).

Ciascun datore di lavoro dovrà farsi carico di valutare (non tanto il se, quanto il) come le specifiche modalità lavorative espongono i lavoratori a un aggravamento del rischio contagio da nuovo coronavirus che, in quanto rischio generico, colpisce tutta la popolazione. In funzione di questa analisi preliminare – prerogativa non delegabile del datore – dovranno essere adottate le misure anti-contagio indicate dalla normazione d'urgenza (e in divenire a fronte delle nuove acquisizioni della scienza), modellate sullo specifico contesto produttivo e organizzativo aziendale in ragione delle precipue modalità relazionali presenti, in forma residuale, in ciascuna realtà lavorativa. Siffatte misure auspicabilmente devono essere trasposte in un protocollo di sicurezza aziendale la cui adozione – come esigono le stesse fonti emergenziali – richiede il confronto con i rappresentanti dei lavoratori e il coinvolgimento di tutte le figure del sistema di prevenzione aziendale di cui al d.lgs. n. 81/2008⁴⁷.

Il datore dovrà altresì valutare se – e in che misura – gli adeguamenti introdotti nell'organizzazione del lavoro, in applicazione della regolamentazione emergenziale, per contenere il ciclo produttivo entro i limiti della “necessità”, tanto in termini di chiusura di reparti, quanto, e soprattutto, di redistribuzione della forza-lavoro per evitare un aggravamento del rischio-contagio, hanno inciso sull'assetto organizzativo aziendale. E, in questo dialogo che si attiva tra le disposizioni emergenziali e il sistema di regole che ordinariamente governa la sicurezza nei luoghi di lavoro, occorrerà, tra l'altro, sciogliere il nodo sulla necessità, o anche solo sulla opportunità, di un possibile aggiornamento (o, comunque, di una integrazione) dei rischi contemplati nel DVR⁴⁸, nonché valutare l'implementazione degli obblighi di protezione e prevenzione a carico del datore anche attraverso il modello di organizzazione e gestione della sicurezza di cui all'art. 30 del d.lgs. n. 81/2008, che, per

⁴⁶ La giurisprudenza di legittimità distingue - quanto all'onere della prova - tra la violazione di obblighi specifici previsti dalla legge (o da fonti equiparate), in ordine ai quali il datore per non incorrere in responsabilità deve negare quanto dedotto dall'attore, e violazioni scaturenti dal generico obbligo di sicurezza di cui all'art. 2087 c.c., ove occorre calcolare la *diligenza* ritenuta esigibile secondo misure di sicurezza normalmente osservate o che fanno riferimento ad altri ambiti analoghi. V., *ex multis*, Cass. 4 gennaio 2018, n. 93; Cass. 9 giugno 2017, n. 14468; Cass. 8 giugno 2017, n. 14313; Cass. 2 luglio 2014, n. 15082.

⁴⁷ Il Protocollo condiviso individua un processo di aggiornamento delle misure di prevenzione, attraverso la costituzione in azienda di comitati per l'applicazione e la verifica delle regole con la partecipazione delle rsa e del rls (pt. 13). Là dove, per la particolare tipologia di impresa e per il sistema delle relazioni sindacali, non si desse luogo alla costituzione di comitati aziendali, nella integrazione del 24 aprile si precisa che verrà istituito un Comitato Territoriale composto dagli Organismi Paritetici per la salute e la sicurezza, dove costituiti, con il coinvolgimento degli rls e dei rappresentanti delle parti sociali. Sul ruolo del sindacato nelle misure previste dal Protocollo del 14 marzo 2020 e dal d.l. n. 18 del 2020, cfr. A. BELL, *Emergenza COVID-19 e attività sindacale*, in *Wikilabour. Newsletter*, n. 6, 23 marzo 2020 e, più in generale, su quello delle parti sociali nell'individuazione di un punto di equilibrio tra salute e lavoro F. SEGHEZZI - M. TIRABOSCHI, *Emergenza coronavirus: il ruolo delle parti sociali per non contrapporre salute ed economia*, *Adapt Labour Studies e-Book series*, n. 3, 18 marzo 2020.

⁴⁸ Sull'impatto prodotto dalla normativa emergenziale sulla disciplina generale in materia di salute e sicurezza cfr. M.T. CARINCI, *Back to work al tempo del Coronavirus e obbligo di sicurezza del datore di lavoro. I test sierologici rapidi*, *Adapt Labour Studies e-Book series*, n. 3/2020; G. DE FALCO, *La normativa in tema di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro a confronto con l'emergenza epidemiologica dal covid-19*, *Giustizia insieme*, 22 aprile 2020; R. GUARINIELLO, *La sicurezza sul lavoro al tempo del coronavirus*, e-book, WKI, 2020; A. INGRAO, *C'è il COVID, ma non adeguati i dispositivi di protezione: sciopero o mi astengo?*, *GC.com*, 18 marzo 2020; C. LAZZARI, *Per un (più) moderno diritto della salute e della sicurezza sul lavoro: primi spunti di riflessione a partire dall'emergenza da Covid-19*, cit., 136 e ss.; G. NATULLO, *Covid-19 e sicurezza sul lavoro: nuovi rischi, vecchie regole?*, cit.; P. PASCUCCHI, *Coronavirus e sicurezza sul lavoro tra “raccomandazioni” e protocolli* cit., 98 ss.; L.M. PELUSI, *Tutela della salute dei lavoratori e COVID-19: una prima lettura critica degli obblighi datoriali*, cit., 122 ss.



il tramite dell'organismo di vigilanza, può costituire un momento ulteriore di controllo del rischio sanitario in azienda⁴⁹.

Ciò, evidentemente, a valle di un esame preliminare, concernente il carattere di indispensabilità dell'attività lavorativa in presenza; esame che, a fronte di un eventuale contagio-infortunio che dovesse verificarsi, dovrà trovare adeguata motivazione, tanto più in ragione degli incentivi alla sospensione dell'attività presenti negli interventi normativi emergenziali. Non a caso si costruisce il lavoro agile come misura di sicurezza⁵⁰ e, nel d.l. n. 19/2020, si scorge la «legificazione» dell'obbligo di sospendere e bloccare le attività produttive quando non sia possibile rispettare le distanze di sicurezza o impiegare adeguati dpi (art. 1, co. 2, lett. z)⁵¹; per di più, tra le modifiche apportate al Protocollo condiviso il 24 aprile, c'è la precisazione in forza della quale «la mancata attuazione del Protocollo che non assicuri adeguati livelli di protezione determina la sospensione dell'attività fino al ripristino delle condizioni di sicurezza».

In tale contesto assume rilievo anche la condotta del lavoratore: al di fuori dei casi di rischio elettivo, nei quali la responsabilità datoriale è esclusa, qualora ricorrano comportamenti colposi del lavoratore troverà applicazione l'art. 1227, co. 1, cod. civ.; tuttavia, la condotta incauta del lavoratore non comporta un concorso idoneo a ridurre la misura del risarcimento ogniqualvolta la violazione di un obbligo di prevenzione da parte del datore di lavoro sia munita di incidenza esclusiva rispetto alla determinazione dell'evento dannoso⁵². Per di più, gli adempimenti del datore di lavoro devono riguardare altresì la vigilanza sugli adempimenti del lavoratore per evitare il configurarsi di una *culpa in vigilando*⁵³.

Oltre ai profili di responsabilità civile cui si è fatto cenno, la certificazione del contagio come infortunio sul lavoro apre in astratto la strada a responsabilità penale per il datore di lavoro e, quando i reati siano «commessi nel suo interesse o a suo vantaggio», anche per l'azienda, ai sensi del d.lgs. n. 231/2001; tuttavia, anche tale responsabilità non può derivare automaticamente dalla qualificazione della fattispecie quale infortunio sul lavoro e, anzi, risulta saldamente ancorata ai requisiti di tassatività o, meglio, di determinatezza della fattispecie incriminatrice e, quindi, alla necessaria individuazione della regola cautelare che definisce il

⁴⁹ Nell'ambito dei due microsistemi volti alla tutela della sicurezza interna in azienda (d.lgs. n. 81/2008) e alla prevenzione dei reati (d.lgs. n. 231/2001) si colloca l'attività decisiva dell'organismo di vigilanza (odv) che, com'è noto, ha il «compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli e di curare il loro aggiornamento» (art. 6 del d. lgs. n. 231/2001). L'odv può assumere un ruolo strategico nella gestione dell'emergenza epidemiologica, sollecitando l'attivazione di specifici flussi informativi con i vari attori aziendali per monitorare il rispetto delle misure di prevenzione adottate e/o in corso di attuazione per mitigare i rischi in materia di covid-19. Su tali profili v. i contributi pubblicati nel volume *Modelli organizzativi ai sensi del d.lgs. n. 231/2001 e tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, a cura di D. FONDAROLI - C. ZOLI, Giappichelli, 2014; nel volume *Infortuni sul lavoro e doveri di adeguata organizzazione: dalla responsabilità penale individuale alla "colpa" dell'Ente*, a cura di A.M. STILE - A. FIORELLA - V. MONGILLO, Jovene, 2014; nonché G. ZAMPINI, *Sicurezza sul lavoro e modello organizzativo: quali responsabilità per il datore?*, LG, 2015, 1 ss.

⁵⁰ Su cui C. DI CARLUCCIO, *Emergenza epidemiologica e lavoro agile*, cit., 3 ss.

⁵¹ P. PASCUCCI, *Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro: novità e conferme nello ius superveniens del d.p.c.m. 22 marzo 2020 e soprattutto del d.l. n. 19/2020*, cit., spec. 122. La sanzione della sospensione dell'attività, sino al ripristino delle condizioni di sicurezza, per le imprese che non adottino in modo efficace le misure contenute nel protocollo condiviso, è ribadita anche dal d.p.c.m. 10 aprile, dal d.p.c.m. 26 aprile 2020 (che ne ha previsto anche l'allegazione) e, da ultimo, dal d.l. 16 maggio 2020, n. 33. In assenza della effettiva adozione delle misure tipizzate, il lavoratore – titolare di un diritto soggettivo perfetto a un ambiente di lavoro sicuro ex art. 2087 cod. civ. – può opporre al datore il rifiuto di svolgere una prestazione insicura.

⁵² Su tali profili v. DE IULIIS, *Limiti all'indennizzabilità dell'infortunio sul lavoro. Linea di discriminare tra rischio elettivo e infortunio* in itinere, GI, 2010, 364 ss.; DEL FORNO, *Infortunio sul lavoro in ambito volontaristico: le responsabilità*, RP, 2009, 185 ss.; A. FONTANA, *Brevi cenni sull'elaborazione giurisprudenziale del c.d. rischio elettivo*, MGL, 2006, 854 ss.; O. SIMONATO, *Occasione di lavoro e rischio elettivo: il consolidarsi di un orientamento della giurisprudenza di legittimità*, RIDL, 2002, II, 183 ss. In giurisprudenza, da ultimo, Cass. 19 marzo 2019, n. 7649.

⁵³ Da ultimo Cass. 25 novembre 2019, n. 30679.



comportamento doveroso⁵⁴. In relazione al profilo penale va, inoltre, precisato che l'affermazione della responsabilità del datore è condizionata all'esistenza di un sapere scientifico largamente riconosciuto che, adeguatamente esaminato e confortato dalle prove legittimamente acquisite al processo per il singolo caso in giudizio, consenta di escludere (*al di là di ogni ragionevole dubbio*) spiegazioni causali alternative rispetto quella che afferma il collegamento causale tra condotta datoriale ed evento infortunistico⁵⁵. E, com'è noto, in materia di covid-19, manca un sapere scientifico accreditato, in grado di supportare un simile giudizio controfattuale; inoltre, l'accertamento del nesso causale non potrebbe prescindere dal carattere ubiquitario del virus e dalla conseguente possibilità di contagio al di fuori dei luoghi di lavoro; né potrà essere trascurato, per le ipotesi più sfortunate, il carattere multifattoriale dell'evento letale che ne potrebbe derivare⁵⁶.

Conseguentemente appare particolarmente complesso – per non dire quasi impossibile – giungere alla dimostrazione, in termini di certezza, che il contagio si è verificato nei luoghi di lavoro e a causa del mancato rispetto delle norme comportamentali e igienico-sanitarie a tal fine imposte: il datore potrà essere ritenuto responsabile del contagio-infortunio se si potrà dimostrare che l'omessa o inadeguata predisposizione delle cautele antinfortunistiche a tutela del lavoratore (*id est*: delle misure di contenimento dettate dalla normativa emergenziale che definiscono i confini dell'obbligo datoriale in relazione alle misure innominate di cui all'art. 2087 cod. civ.) ha assunto un rilievo causale, quale condizione necessaria, dell'insorgenza dell'infezione.

In questa prospettiva, l'adozione, da parte del datore di lavoro, di un'efficiente metodica di valutazione e contrasto del rischio di contagio (sia sul versante documentale, che su quello operativo e di controllo, pure attraverso i modelli di organizzazione e gestione della sicurezza che, quando validati, possono assumere un rilievo significativo sul piano probatorio e dell'accertamento processuale per definire i confini della responsabilità datoriale) rappresenta un'attività indispensabile per fronteggiare eventuali addebiti che dovessero approdare sul banco del giudice penale e civile, oltre che, evidentemente, una regola di civiltà che valorizza il ruolo sociale dell'impresa anche nella lotta all'epidemia declinato attraverso comportamenti responsabili a favore della salute dei dipendenti e delle loro famiglie, con azioni che mettono al centro la *persona*.

⁵⁴ Su tali profili v. E. D'IPPOLITO, *Omicidio colposo*, in *Trattato di diritto penale. Legislazione speciale. Diritto penale del lavoro*, diretto da A. CADOPPI ET AL., Utet, 2015, 855 e ss., spec. 862 e ss. In giurisprudenza, tra le più recenti, Cass. pen., sez. IV, 8 maggio 2019, n. 19381; Cass. pen., sez. IV, 16 aprile 2018, n. 16715.

⁵⁵ Cfr. Cass. pen., S.U., 11 settembre 2002, n. 30328.

⁵⁶ Sebbene operi il principio dell'equivalenza dei fattori causali sancito dall'art. 41 c.p. (in forza del quale occorre riconoscere l'efficienza causale a ogni antecedente che abbia contribuito, anche in maniera indiretta e remota, alla produzione dell'evento lesivo, pure soltanto quale fattore accelerante), è ragionevole prevedere che la determinazione dell'autonoma valenza causale della patologia pregressa rispetto all'evento finale assumerà un ruolo rilevante nella dialettica processuale. In termini M. RIVERDITI - L. AMERIO, *Covid-19 e infortuni sul lavoro: risvolti penalistici*, *GP Web*, 2020, 3, 4 s.