

Gabriele Franza

Tecniche e modelli di gestione dei rapporti di lavoro nel diritto dell'emergenza sanitaria

SOMMARIO: 1. Il divieto di licenziamento a 'causale vincolata' – 2. Il lavoro agile 'in deroga' e il modello post-pandemico – 3. L'inquadramento del rischio di contagio da Covid-19 nel sistema dell'assicurazione antinfortunistica

1. *Il divieto di licenziamento a 'causale vincolata'*

Lo stato di emergenza dichiarato dal governo e subito invertitosi nella pandemia da SARS-CoV-2 ha imposto il ricorso a poderosi interventi di sostegno del reddito di lavoro, realizzati dapprima istituendo, a fronte della cessazione forzata o della limitazione delle attività produttive, una integrazione salariale munita di apposita causale Covid-19, e poi prevedendo l'impegno delle imprese, destinatarie di finanziamenti speciali, alla gestione dei livelli occupazionali mediante accordi sindacali (art. 1, co. 2, lett. l), d.l. n. 23/2020).

Queste misure, volte a salvaguardare la continuità dell'occupazione nella speranza di una successiva ripresa dell'economia nazionale, potevano funzionare soltanto impedendo alle imprese di utilizzare gli ordinari strumenti di estinzione dei rapporti di lavoro, collegati alla riduzione della produzione e, più in generale, alla crisi economica. Il governo ha pertanto vietato (art. 46, d.l. n. 18/2020 c.d. 'Cura Italia'), dall'entrata in vigore del decreto (17 marzo 2020) e indipendentemente dal numero dei dipendenti di ciascun datore di lavoro, tanto i licenziamenti individuali per giustificato motivo oggettivo (art. 3, l. n.

604/1966) quanto l'avvio di quelli collettivi, sospendendo anche le relative procedure (artt. 4 e 5, l. 223/1991) se avviate dopo il 23 febbraio 2020 ed ancora pendenti al 17 marzo.

Nonostante circoli qualche opinione difforme, pare indiscutibile che la norma ponga un vero e proprio divieto, ricavabile sia dal tenore letterale della disposizione, in cui al concetto di 'preclusione' si aggiunge una sospensione riferita alle procedure e non agli effetti dell'atto estintivo, sia dalla *ratio* della complessiva disciplina dell'emergenza, poiché la funzione dell'integrazione salariale non può essere quella di accompagnare il lavoratore verso un'uscita già programmata dal rapporto. Mentre la sola sospensione delle procedure di licenziamento collettivo avviate in un periodo antecedente, che si presume riconducibile all'emergenza, si spiega con l'inammissibilità di un divieto con effetti retroattivi.

In qualche modo ozioso sembra anche il dibattito sulle conseguenze della violazione del divieto, per il quale non sarebbe espressamente stabilita la nullità del provvedimento estintivo. In realtà, per le ragioni già indicate la norma non solo è imperativa agli effetti dell'art. 1418, co. 1, cod. civ., ma sembra addirittura qualificabile di ordine pubblico (c.d. di protezione), sicché la sua violazione determina comunque la nullità dell'atto ai sensi degli artt. 1324, 1418, co. 2 e 1343 cod. civ.

La nullità del licenziamento comporta, a prescindere dalle dimensioni dell'impresa, l'applicazione della massima tutela per il lavoratore, cioè quella reintegratoria c.d. piena, ai sensi dell'art. 18, co. 1, Stat. lav. ovvero dell'art. 2, d. lgs. n. 23/2015 per gli assunti dal 7 marzo 2015.

Il vero problema è tuttavia costituito dalla tecnica legislativa adottata dal governo nella elaborazione del divieto. Invero, nel nostro ordinamento i divieti di licenziamento, tutti protetti con la nullità dell'atto contrario, sono riconducibili a due distinte categorie.

La prima riguarda i licenziamenti intimati per 'ragioni' illecite, e quindi quelli discriminatori, quelli intimati per motivo illecito determinante a cui è oramai equiparato il motivo ritorsivo, quelli in frode alla legge. Questi divieti si caratterizzano perché, rispetto ad un licenziamento ovviamente intimato sulla

scorta di altra motivazione, l'onere probatorio della 'ragione' illecita grava sul lavoratore, salvo le agevolazioni introdotte per le discriminazioni sotto l'influsso della disciplina comunitaria.

Alla seconda categoria appartengono invece i divieti costruiti attorno ad un periodo temporale (c.d. periodo di interdizione del licenziamento) ed a protezione di specifiche situazioni, come accade per il licenziamento della lavoratrice madre e per quello 'a causa' di matrimonio. La caratteristica di questi divieti è di operare in modo oggettivo ed assorbente, essendo tipizzate le sole motivazioni che consentono il recesso (giusta causa, cessazione dell'attività). Al di fuori di queste motivazioni, o nel caso di loro mancata dimostrazione a carico del datore di lavoro, il licenziamento è dunque attratto nel divieto, derivandone la nullità dell'atto e l'applicazione della ricordata tutela reintegratoria.

Senonché, la struttura del divieto introdotto dal decreto 'Cura Italia' non risponde a nessuna delle tecniche appena descritte. Infatti il divieto è incentrato su un periodo di interdizione ma al tempo stesso è vincolato ad una ragione, sempre di natura economica, che si traduce nei motivi organizzativi esplicitati nella riduzione collettiva o individuale di personale. È evidente, però, che solo un datore di lavoro incauto ricorrerebbe a queste tipologie di licenziamento, restando impregiudicata la sua facoltà di recesso per ogni altra possibile motivazione. Ma il fatto davvero decisivo è che, qualora la diversa motivazione dedotta dall'impresa non risultasse vera o comprovata in giudizio, la conseguenza diretta non potrebbe essere la nullità del licenziamento ai sensi dell'art. 46 d.l. cit., non esistendo in questo caso un divieto che opera in senso oggettivo e assorbente.

Tutto ciò comporta che un licenziamento per altri versi illegittimo soggiace, nell'ambito delle tutele diversificate in materia, alla sanzione propria del suo vizio, e quindi per il vizio di ingiustificatezza, tipico del recesso disciplinare, a sanzioni di carattere anche solo indennitario (art. 18, co. 5, Stat. lav. e art. 3, co. 1, d. lgs. n. 23/2015), oltretutto assai modeste e senza alcun rischio di reintegrazione per le imprese di ridotte dimensioni (art. 8, l. n. 604/1966 e art. 9, co. 1, d. lgs. n. 23/2015). Il che significa, in buona sostanza, che il divieto di licenziamento introdotto dal diritto dell'emergenza poteva e potrebbe essere aggirato.

Naturalmente non è esclusa la possibilità di impugnare ai sensi dell'art. 1344 cod. civ. un licenziamento diversamente motivato. Tuttavia questa *causa petendi* onera il lavoratore di una prova molto complessa. Infatti per configurare l'elusione della norma imperativa, cioè del divieto qui in esame, non basta l'assenza di una diversa giustificazione dell'atto, restando altrimenti priva di senso la tutela apprestata per quello specifico vizio. Ed anzi, a ben guardare, nel caso in esame il lavoratore è onerato di una prova ancor più rigorosa, dovendo dimostrare che il licenziamento, intimato per altre ragioni, costituiva proprio un recesso per ragioni economiche, in sé perfino legittimo ma vietato perché cadente nel periodo di interdizione.

A ciò va aggiunto che, nonostante la 'promessa' della rubrica dell'art. 46 cit., prontamente modificata in sede di conversione, il decreto 'Cura Italia' non ha previsto alcuna sospensione del breve termine decadenziale per l'impugnazione stragiudiziale del licenziamento. Infatti in forza del successivo art. 83 è possibile ritenere sospeso soltanto il collegato e successivo termine di impugnazione giudiziale.

In definitiva, la tecnica legislativa utilizzata dal governo, per quanto condizionata da una 'fretta' ineludibile, appare sbagliata rispetto all'intento di proteggere l'occupazione. Peraltro questa critica, se poteva risultare temperata in considerazione dell'originario e breve periodo del divieto di licenziamento, pari a soli 60 giorni e non modificato dalla legge di conversione del decreto 'Cura Italia', è adesso acuita dall'allungamento del periodo di interdizione, poiché il decreto Rilancio ha preteso, tra le altre novità, di elevarlo a cinque mesi (art. 80, d.l. n. 34/2020).

Senonché, il nuovo decreto legge è entrato in vigore il 19 maggio 2020, quando il periodo di interdizione di 60 giorni era già scaduto al 15 maggio. Si pone dunque il problema degli effetti del più recente provvedimento legislativo, al quale è certamente consentito modificare la disciplina di una disposizione già vigente, mentre è assai più discutibile che possa farlo regolando, in via retroattiva, anche un periodo, seppur brevissimo, che quella disposizione non disciplinava. Ed invero, benché il divieto di retroattività sia costituzionalizzato solo per le leggi penali, non può dirsi proprio di uno Stato di diritto vietare un atto che, al

momento del suo compimento, era invece considerato lecito. Al riguardo, neanche pare possibile superare il problema attraverso strumenti differenti, cioè valorizzando l'istituto della frode alla legge rispetto a licenziamenti intimati nell'arco temporale libero dal divieto. Infatti per configurare la nullità dell'art. 1344 cod. civ. occorre sempre l'elusione di una norma imperativa che, invece, in quell'arco temporale non esisteva.

Consapevole della complessiva situazione, il decreto Rilancio ha cercato di ovviarvi sospendendo espressamente, per i licenziamenti individuali, le procedure 'in corso' avviate ai sensi dell'art. 7, l. n. 604/66, che non costituiscono «condizioni di procedibilità» del giudizio ai sensi dell'art. 83, co. 20, d.l. n. 18/2020, ma che, almeno secondo l'Ispettorato Nazionale del lavoro (nota n. 2122/20), già rientravano tra le procedure amministrative sospese fino al 15 aprile 2020 (art. 103, d.l. cit.), peraltro con seri dubbi per quelle avviate prima del 17 marzo. L'idea, accompagnata da una eccezionale facoltà di revoca del recesso senza oneri per i datori di lavoro, è di provocare il ripensamento su eventuali licenziamenti attraverso la sospensione della procedura prodromica alla produzione dei loro effetti risolutivi, e quindi anche in relazione a procedure iniziate dal 16 aprile 2020.

Tuttavia tale procedura non si applica né ai licenziamenti collettivi (rispetto ai quali, anzi, con la cessazione al 15 maggio della sospensione delle procedure degli artt. 4 e 5, l. n. 223/1991, tornavano a decorrere gli ordinari termini per il loro completamento, qualora occorresse soltanto intimare i singoli recessi), né ai licenziamenti individuali delle imprese di minori dimensioni, né ai licenziamenti soggetti al regime temporale del *Jobs Act*. Senza dire che il mancato esperimento della procedura dell'art. 7 cit., non costituendo vizio di procedibilità, è sanzionato in giudizio con una ridotta tutela indennitaria, peraltro non cumulabile con la tutela per l'eventuale e più grave ingiustificatezza del recesso (art. 18, co. 6, Stat. lav.). Sicché, in quest'ultimo caso, una 'meditata' violazione di quella procedura nel breve arco temporale libero dal divieto avrebbe esposto l'impresa, sempre e soltanto, alla sanzione propria del vizio sostanziale del recesso ingiustificato per g.m.o.

2. Il lavoro agile ‘in deroga’ e il modello post-pandemico

Tra le altre misure introdotte dalla legislazione dell'emergenza e meritevoli di particolare attenzione, si segnala l'importanza attribuita al lavoro agile, in termini di raccomandazione per il settore privato rimasto attivo e di ordinaria modalità di lavoro per quello pubblico.

Al di là dei problemi emersi nella prassi applicativa, soprattutto in relazione all'utilizzo prioritario di questo strumento contrattuale in alternativa al godimento degli ammortizzatori sociali e delle ferie già maturate, l'aspetto più interessante è comunque costituito dalla attrattiva che questa peculiare modalità di lavoro esercita sull'individuazione dei nuovi modelli di organizzazione produttiva. In questo senso, la accentuata sperimentazione del lavoro agile nella fase dell'emergenza potrebbe (o addirittura dovrebbe) costituire il viatico, anche dopo l'auspicato ritorno alla normalità, per una decisiva innovazione nella c.d. 'era digitale'. In proposito, occorrono tuttavia delle precisazioni rispetto alla percezione del fenomeno che si è sviluppata nell'immaginario comune.

Innanzitutto, il lavoro agile costituisce la trasposizione in formula legislativa (o l'ingessatura, secondo le opinioni più critiche) delle esperienze di contrattazione collettiva note come *smart working*. Anche nella disciplina legale il lavoro agile resta dunque una modalità di esecuzione della prestazione di lavoro subordinato. Ne consegue che l'utilizzo di tale terminologia è del tutto improprio rispetto al (vero) lavoro autonomo, il quale (salvo collocarsi nella prospettiva del lavoro *sans phrase* o in quella, per molti versi contrapposta, dei mercati transizionali) nell'ordinamento positivo è ancora, per definizione, caratterizzato da una libertà di organizzazione del (proprio) lavoro ben più ampia della 'agilità' che dovrebbe contraddistinguere la 'corrispondente' modalità della subordinazione.

In secondo luogo, nella disciplina della legge n. 81/2017 il lavoro agile si caratterizza per l'assenza di «precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro». Il che non corrisponde a quanto accaduto nella fase della quarantena, in cui è stato semmai svolto un *home working*, e più precisamente un telelavoro a domi-

cilio, oltretutto coatto. D'altra parte, una volta ridotto in questi termini e col concorso della chiusura delle scuole e di ogni altra attività ricreativa, la natura agile o *smart* del lavoro è anche seriamente compromessa nella sua essenziale funzione di conciliazione dei tempi di vita e di lavoro.

Volgendo lo sguardo all'evoluzione post-pandemica con la potenziale rimozione di limiti quali quelli ora richiamati, va intanto evidenziato che il lavoratore subordinato può avere interesse allo svolgimento del lavoro in forma agile sia per la migliore gestione dei tempi di non lavoro, sia in relazione ad una maggiore produttività. Tuttavia la letteratura, non solo giuridica, ha già messo in luce varie possibili controindicazioni, tra cui il pericolo di 'distanziamento' dall'ambiente lavorativo, con ripercussioni anche psicologiche ma perfino sulla tutela dell'occupazione a causa della 'spersonalizzazione' del posto di lavoro. E in questa logica si è infatti parlato di lavoro 'fragile'.

In tale prospettiva, va anche chiarito che nella seconda fase della gestione dell'emergenza, pur essendo cessato lo stringente 'obbligo di domicilio', non è stata invece rimossa la deroga (evidentemente motivata da ragioni di celerità) alla stipula dell'accordo individuale, richiesto dalla disciplina legale per attivare la modalità di lavoro agile. Questa deroga, poi confermata dal decreto legge n. 19/2020 (art. 1, lett. *ff*) e dal decreto legge n. 34/2020 che ha ripristinato solo gli obblighi amministrativi di comunicazione (art. 90), è stata infatti introdotta dal d.P.C.M. 8 marzo 2020 (art. 2, lett. *r*) in forza della generale delega conferita al governo, per fronteggiare l'iniziale stato di emergenza, dal decreto legge n. 6/2020 (art. 1, lett. *o*).

Senonché, è necessario ribadire che questo accordo individuale è fondamentale per la tenuta della 'fattispecie' del lavoro subordinato agile. Il tema non riguarda la genuinità della volontà spesa dal prestatore di lavoro, che in effetti, salvo i vizi del consenso, non deve necessariamente corrispondere, per il noto squilibrio contrattuale, al suo interesse a lavorare in forma agile. Nell'accordo vengono però stabilite, peraltro in forma scritta, le condizioni coesenziali allo svolgimento di questa modalità di lavoro (durata, limiti all'esercizio del potere di controllo, facoltà di disconnessione, tipizzazione delle inadempienze correlate

all'esercizio del potere disciplinare). Senza l'accordo (ad eccezione delle pubbliche amministrazioni, per le quali è addirittura imposto un semi-obbligo dal diritto oggettivo) la scelta di ricorrere al lavoro agile diviene un diritto potestativo del datore di lavoro, riconducibile al suo più ampio potere organizzativo, a cui corrisponde una posizione passiva in capo al lavoratore; con quanto ne consegue sulla necessità di individuare eventuali e ulteriori limiti (interni) all'esercizio del potere medesimo.

Peraltro, a fronte di un lavoro svolto senza precisi vincoli di tempo e/o luogo, nei rapporti di dubbia qualificazione l'accordo individuale serve anche per distinguere il lavoro subordinato agile dalle collaborazioni continuative, e quindi per evitare l'accesso incontrollato alle tutele del lavoro subordinato mediante un canale alternativo a quello dell'art. 2, d. lgs. n. 81/2015, cioè attraverso un oggetto probatorio attenuato rispetto agli elementi costitutivi della fattispecie dell'art. 2094 cod. civ.

Ragionando su un piano che trascende il singolo rapporto, va inoltre osservato che il lavoro agile, riguardando soprattutto professionalità che implicano l'utilizzo di strumentazione telematica (e non semplicemente l'utilizzo di macchinari serviti dall'innovazione tecnologica) ha in sé una carica particolarmente selettiva, che può svilupparsi in una duplice direzione e sempre in ragione della convenienza imprenditoriale alla riduzione dei costi imputabili alla presenza del personale in azienda.

In primo luogo, la considerazione interessa la dimensione dell'impresa, in cui è ipotizzabile che un ricorso marcato alla modalità di lavoro agile finisca per riproporre una distinzione simile a quella storica tra categorie legali, superata dal sistema dell'inquadramento unico. Col rischio, in definitiva, di generare all'interno della c.d. 'comunità aziendale' tensioni idonee a riflettersi sull'interesse collettivo aziendale, e più in generale su quello di categoria (merceologica), qui anche esondando dalle esperienze di 'mestiere' finora conosciute.

In secondo luogo, la portata selettiva del lavoro agile può riverberarsi sulle dinamiche che intercorrono tra i settori produttivi, premiando in particolare quello dei servizi, e così incidendo sulla 'capacità' economica o finanziaria delle imprese con effetti sperequativi sul costo del lavoro, equiparabili a quelli

che si evidenziano rispetto alla problematica della contribuzione previdenziale.

Su un piano macro-economico, infine, neppure può trascurarsi l'impatto che un utilizzo indiscriminato del lavoro agile, soprattutto ove concepito come *home working*, potrebbe avere in termini di consumi sul tessuto produttivo del Paese, notoriamente incentrato su una dimensione imprenditoriale medio-piccola e, in particolare, sulle attività dei piccoli esercenti.

Resta da dire, in conclusione, che la valutazione di efficienza di un modello organizzativo imperniato sul lavoro agile si intreccia con le tematiche occupazionali. Invero l'inarrestabile espansione, nei processi di produzione, dell'utilizzo di sistemi informatici e algoritmici può anche costituire il paradigma da contrapporre al dilemma post-fordista della sostituzione del lavoratore con la macchina intelligente; ma ciò a patto di non esasperare il modello fino al punto di trasformare il lavoratore nella macchina intelligente, cioè in una sorta di lavoratore-robotico. A tanto, infatti, il diritto del lavoro si ribella non solo per la sua vocazione originaria di protezione del contraente debole, ma soprattutto per la sua stessa ragion d'essere, avendo ad oggetto il lavoro umano, e quindi studiando l'implicazione della persona sia nell'esecuzione del rapporto contrattuale, sia in relazione alla più ampia accezione costituzionale di diritto al lavoro, quand'anche inclusiva dell'ordine giuridico del relativo mercato.

3. L'inquadramento del rischio di contagio da Covid-19 nel sistema dell'assicurazione antinfortunistica

Sotto diverso profilo, il lavoro agile costituisce un modello o, per meglio dire, un possibile modulo del più ampio modello organizzativo adesso richiesto per l'adeguamento delle misure di sicurezza in relazione al rischio di contagio sul lavoro. Tuttavia, il dubbio che per questa via sia configurabile un diritto soggettivo allo svolgimento del lavoro in forma agile va risolto negativamente. Infatti, salvo le eccezioni appositamente tipizzate (art. 39, d.l. n. 18/2020), in caso di violazione delle misure di sicurezza in azienda la protezione del lavoratore è rimessa, oltre

che all'azione collettiva, all'eccezione di inadempimento ex art. 1460 cod. civ., che in questo caso è fondata sul diritto alla sicurezza e che non può confondersi con un diritto di lavorare fuori dai locali aziendali.

Sul più generale tema della sicurezza sul lavoro, il diritto dell'emergenza sanitaria pone, in ogni caso, l'esigenza di inquadrare il rischio di contagio nel sistema antinfortunistico. Infatti, anche a causa dell'ovvio collegamento con la generale tutela della salute pubblica, la disciplina della materia risulta estremamente intricata dal groviglio di fonti *lato sensu* normative che si sono succedute o, meglio, affastellate sulla questione. Oltre ai decreti governativi sono state adottate circolari dagli organi istituzionali competenti e sono stati concertati appositi Protocolli tra le parti sociali, peraltro non proprio in linea con un iniziale parere reso dal Garante della privacy.

Nei limiti della trattazione, è possibile fissare alcuni punti essenziali della problematica.

L'amministrazione dell'emergenza è innanzitutto di tipo prevenzionistico, sicché, come già rilevato, la tutela dell'interesse pubblico tende a sovrapporsi a quella posta dalla disciplina specialistica in materia di sicurezza sul lavoro. D'altra parte, secondo gli standard ordinari e salvo i settori caratterizzati dal rischio specifico, il rischio da contagio Covid-19 andrebbe considerato un rischio generico, come tale escluso dall'assicurazione INAIL e normalmente tutelato, quale causa di malattia comune, dalla competente gestione dell'INPS.

Queste considerazioni sono tuttavia disattese dal riconoscimento, ai fini della tutela INAIL, del contagio da Covid-19 come potenziale infortunio, quando ne sia accertata la contrazione in occasione del lavoro (art. 42, co. 2, d.l. n. 18/2020). In questo senso, è chiara la volontà di assicurare ai lavoratori una specifica tutela contro la particolare gravità dell'evento. Peraltro l'esplicita esclusione di questi eventuali infortuni dal computo per la determinazione dei tassi di oscillazione dell'andamento infortunistico rispetto all'indice di 'sinistrosità aziendale', esprime nitidamente la preferenza verso una 'socializzazione' del rischio, seppur nel rispetto del 'collegamento' tipicamente previdenziale tra prestazione e rapporto di lavoro.

Va da sé che tale riconoscimento legislativo impone di qualificare il contagio come infortunio piuttosto che come malattia professionale, in linea con l'orientamento consolidatosi in relazione al contagio da agenti patogeni secondo la teoria della c.d. causa violenta, anche se a manifestazione differita.

Del tutto incerta resta, invece, la definizione del perimetro dell'obbligazione datoriale di sicurezza, che ovviamente espone le imprese, alle condizioni del d.p.R. n. 1124/1965, sia al risarcimento del c.d. danno differenziale, sia all'azione di regresso dell'INAIL.

Al riguardo, la sovrapposizione degli interessi oggetto di tutela prevenzionistica permette intanto di affermare che la disciplina emergenziale integra quella ordinaria di sicurezza sul lavoro, richiedendo l'adozione di misure ulteriori, in gran parte corrispondenti a quelle previste per la salute pubblica e opportunamente specificate dai ricordati Protocolli sociali (distanziamento 'lavorativo' quando possibile; utilizzo dei dispositivi di protezione; obblighi di informazione; sanificazione degli ambienti di lavoro; misurazione della temperatura nel rispetto della riservatezza).

Il punto è stabilire in che modo l'adozione di tali misure interagisca col generale obbligo di protezione che grava sul datore di lavoro ai sensi dell'art. 2087 cod. civ. Ed infatti, una cosa è sostenere che le varie fonti dell'emergenza, spesso limitate a raccomandazioni o a forme di *moral suasion*, ovvero di dubbia efficacia generalizzata e/o normativa (come è a dirsi per i protocolli sociali, almeno fino al recepimento nel d.P.C.M. 26 aprile 2020) ricevano forza cogente tramite la clausola generale della fonte codicistica; di modo che, nella ricordata logica della socializzazione del rischio, la disciplina antinfortunistica risulterebbe anche funzionale alla tutela della salute pubblica, pur restando declinata all'interno dell'impresa secondo le regole dell'obbligazione contrattuale. Tutt'altro è sostenere che la protezione dal contagio da Covid-19 rientri automaticamente nell'obbligo di protezione dell'art. 2087 cod. civ., a prescindere dall'esistenza (e dalla durata) della normativa emergenziale.

La questione ha un evidente impatto pratico perché, pure ammettendo che sia comunque necessario un adeguamento del-

la valutazione dei rischi, nella prima ipotesi la responsabilità datoriale dipende dalla (ed è quindi circoscritta alla) attuazione della disciplina dell'emergenza (cfr. circ. INAIL 29 aprile 2020), mentre nella seconda ipotesi l'impresa è chiamata a rispondere anche per la mancata adozione delle c.d. misure innominate, secondo il modello di responsabilità costruito dalla giurisprudenza attorno all'art. 2087 cod. civ. e stando al quale il datore di lavoro deve dimostrare di avere adottato ogni misura possibile per prevenire l'evento lesivo.

Il problema, dunque, è stabilire quale sia l'estensione dell'obbligazione di sicurezza datoriale. E questo dipende dall'indiscutibile rilievo che il rischio di contagio da Covid-19 è comunque un rischio generico, mentre tutto il sistema della responsabilità datoriale per infortuni sul lavoro si fonda sul concetto di rischio specifico professionale. Ad eccezione dei settori come quello sanitario, non convince, infatti, né il riferimento alla teoria del rischio generico aggravato, dato che una pandemia esclude la possibilità di individuare l'origine dell'aggravamento in un collegamento «finalistico o topografico con l'attività svolta», né il tentativo di forzare l'interpretazione del decreto legislativo n. 81/2008 rispetto all'estensione del Titolo X, dedicato al rischio (appunto specifico) da agenti biologici.

In proposito, la soluzione 'restrittiva' sembra accolta dalla legge di conversione del decreto legge n. 23/2020, il cui art. 29-*bis* ha introdotto, a mo' di interpretazione autentica, la regola per cui l'obbligo dell'art. 2087 cod. civ. è adempiuto con l'attuazione (ma anche il mantenimento) delle prescrizioni contenute nel Protocollo sociale del 24 aprile 2020 e nelle linee guida governative e regionali (art. 1, co. 14, d.l. 33/2020), ovvero, in difetto di applicazione di tali 'fonti', con l'attuazione delle misure contenute in (eventuali) protocolli o accordi sindacali di settore.

In ogni caso, questa tematica è strettamente collegata a quella dell'accertamento del 'rapporto' tra lavoro e contagio, che ovviamente interessa anche l'INAIL (e prima ancora i medici certificatori) ai sensi dell'art. 42 d.l. cit. Infatti, qualunque sia l'estensione dell'obbligo datoriale di sicurezza (su cui insiste la prova dell'esatto adempimento a carico del datore di lavoro), a monte resta il problema di definire l'onere probatorio, a carico

del lavoratore, relativo alla circostanza che il contagio si è verificato almeno 'in occasione' del lavoro, secondo la nozione di 'occasionalità necessaria' accolta in giurisprudenza.

In effetti, si tratta di una prova assai complicata, tanto è vero l'INAIL ha già precisato che – ad eccezione degli operatori sanitari esposti a un elevato rischio di contagio, per i quali vale la presunzione semplice di origine professionale, nonché (in modo più discutibile) delle «altre attività lavorative che comportano il costante contatto con il pubblico/l'utenza» – qualora l'episodio che ha determinato il contagio non sia noto o non possa essere provato dal lavoratore neppure tramite presunzioni, l'accertamento medico-legale «seguirà l'ordinaria procedura privilegiando ... i seguenti elementi: epidemiologico, clinico, anamnestico e circostanziale». Ed anzi, rispetto alla più specifica questione dell'infortunio *in itinere* l'Istituto si è spinto fino a ritenere «necessitato l'uso del mezzo privato», in esplicita deroga alle ordinarie regole elaborate in materia. Il che comprova ulteriormente la difficoltà di inserire nel canonico modello dell'assicurazione antinfortunistica le vicende di carattere emergenziale.

Bibliografia essenziale

- O. Bonardi, U. Carabelli, M. D'Onghia, L. Zoppoli (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Roma, Ediesse, 2020;
- S. Giubboni, *Covid-19: obblighi di sicurezza, tutele previdenziali, profili riparatori*, «WP "Massimo D'Antona".IT», 417, 2020, <<http://csdlex.unict.it/docs/workingpapers/Covid-19-obblighi-di-sicurezza-tutele-previdenziali-profilo-riparatori/6010.aspx>>, giugno 2020;
- A. Maresca, *Il diritto del lavoro al tempo del Covid-19*, «federalismi.it», 8, 2020;
- A. Occhino, *Lo smart working in tempo di Covid-19*, «Questione Giustizia», 1° maggio 2020;
- 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*, «DSL», 1, 2020;
- A. Pileggi (a cura di), *Il Diritto del Lavoro dell'emergenza epidemiologica*, «LPO», 2020.