



**Entroterra
Soc.Cop.**

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MACERATA

CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA IN

Diritto e Innovazione

CICLO XXXVI

TITOLO DELLA TESI

La responsabilità nella pandemia covid-19 a 360°: Dal datore di lavoro al laboratorio

SUPERVISORE DI TESI

Chiar.mo Prof. Mariano Cingolani

Chiar.ma Prof.ssa Claudia Cesari

DOTTORANDO

Dott.ssa Marzia Maria Fede

COORDINATORE

Chiar.mo Prof. Massimo Meccarelli

ANNO 2024

LA RESPONSABILITÀ NELLA PANDEMIA COVID-19 A 360°: DAL DATORE DI LAVORO AL LABORATORIO

INTRODUZIONE	4
CAPITOLO I	
GLI OBBLIGHI DATORIALI E LA TUTELA DELLA PERSONA NEL SISTEMA DELLE FONTI	
1. Il quadro normativo	7
1.1 I principi costituzionali	11
1.2 La natura dell'obbligo di sicurezza (art. 2087 c.c.) e i caratteri generali del sistema	15
1.3 La disciplina comunitaria e i riflessi sull'ordinamento interno	16
1.4 Il Testo Unico in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro (D.lgs. n. 81/2008) e la disciplina preventiva speciale	19
CAPITOLO II	
LA NORMATIVA EMERGENZIALE NEL CONTESTO PANDEMICO	
1. Premessa	23
2. La sicurezza sul lavoro nella dinamica delle fonti	25
3. Le misure prevenzionali di natura emergenziale	27
3.1 La questione della valutazione dei rischi e l'aggiornamento del documento di valutazione dei rischi (DVR)	28
3.2 L'adozione di un protocollo anti-contagio	31
3.3 I nuovi dispositivi di protezione individuale	33
3.4 L'informazione ai lavoratori	34
3.5 Le limitazioni dell'accesso per i terzi	35
3.6 La gestione degli spazi comuni	36
3.7 La sanificazione periodica dei locali aziendali	37
3.8 La sorveglianza sanitaria eccezionale	37
3.9 La misurazione della temperatura corporea	39
3.10 I profili relativi alla <i>privacy</i>	41
3.11 I test sierologici e i tamponi per la diagnosi di infezione da Covid-19	43

4. I Protocolli di sicurezza anti-contagio	49
5. I casi accertati di infezione da coronavirus (SARS- CoV-2) in occasione di lavoro e l'infortunio sul lavoro (art. 42, comma 2, d.l. n. 18/2020)	53
6. Gli obblighi dei datori di lavoro per la tutela contro il rischio di contagio da COVID-19 (art. 29 bis, d.l. n. 23/2020 come introdotto dall'art. 1, comma 1, l. n. 40/2020)	60
7. Il rapporto tra regole ordinarie e regole prevenzionali/emergenziali	65

CAPITOLO III

LA RESPONSABILITÀ DEL DATORE DI LAVORO PER VIOLAZIONE DEGLI OBBLIGHI DI SICUREZZA

1. Premessa	68
2. La prova del contagio da Covid-19	69
3. L'infortunio sul lavoro Covid-19 nella responsabilità penale	71
4. L'infortunio sul lavoro Covid-19 nella responsabilità civile	75
4.1 L'esonero del datore dalla responsabilità civile (art. 10, d.P.R. n. 1124/1965)	77
5. L'onere della prova	78

CONCLUSIONI	81
-------------	----

INDICE BIBLIOGRAFICO	86
----------------------	----

INDICE DELLA GIURISPRUDENZA	92
-----------------------------	----

Introduzione

L'11 marzo 2020 l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS), dopo aver valutato i livelli di gravità e la diffusione globale dell'infezione da SARS-CoV-2, ha dichiarato che l'epidemia di Covid-19 potesse essere considerata una pandemia. L'infezione ha inciso su molti settori della salute e della vita sociale ed economica di tutti i Paesi interessati dalla stessa. Alcuni distretti dell'industria, come quello dell'agroalimentare, sono stati direttamente impegnati fin dalla prima fase dell'emergenza mantenendo la loro operatività anche nel periodo di lock-down. Ciò ha prodotto profonde modifiche alle modalità organizzative e produttive al fine di contenere il rischio di contagio in azienda, in un momento nel quale la gran parte del sistema produttivo era in stand-by. In tale fase si sono iniziate a elaborare soluzioni di emergenza per prevenire e limitare la diffusione del virus SARS-CoV-2, quali, ad esempio, il distanziamento in ambiente produttivo, l'impiego di procedure di sanificazione, il controllo della salute del personale, ma non sempre con la necessaria conoscenza e disponibilità di mezzi. Contemporaneamente, la profonda esigenza di continuare la produzione, unita alla situazione di chiara emergenza, ha portato a soluzioni che, considerate in epoca successiva, hanno sollevato e possono sollevare addebiti di responsabilità per i datori di lavoro nei casi in cui si verificano contagi all'interno delle stesse. Con la progressiva ripresa di ritmi produttivi più intensi avvenuta nella seconda fase, in considerazione dell'elaborazione di indicazioni standardizzate concernenti le procedure di sicurezza da rispettare all'interno delle industrie, la responsabilità dei datori di lavoro nel caso

di diffusione del contagio è divenuta argomento di ulteriore maggiore interesse, tanto che si è giunti a sollevare la richiesta di modifiche legislative che avessero reso più difficile il riconoscimento della condizione di responsabilità per il datore di lavoro, soprattutto nell'ambito penale. È sorta, pertanto, conseguentemente all'aumentare progressivo del numero delle attività, della quantità delle maestranze impegnate nella produzione e del crescente numero di denunce di contagi all'interno delle aziende pervenuto all'Inail, l'esigenza di studiare il problema della responsabilità nei suoi multiformi aspetti applicativi.

Il presente elaborato muove da queste premesse e, come si diceva, dal timore di addebiti di responsabilità in capo ai datori di lavoro, frutto della normazione emergenziale, non sempre di facile lettura e interpretazione e governata da molteplici atti e disposizioni emanati a brevissima distanza uno dall'altro. La ricerca inizia con l'approfondimento della disciplina giuridica della responsabilità datoriale, sia nella situazione di assoluta emergenza, sia nelle fasi di riapertura; si tratta di un settore chiaramente ancora privo di numerosi riferimenti bibliografici ed anche carente dal punto di vista delle esperienze applicative. Ci si soffermerà, pertanto, sull'approfondimento della dottrina sul tema dell'accertamento e della disciplina della responsabilità in tale particolare settore e momento emergenziale, non tralasciando il monitoraggio e l'applicazione giurisprudenziale che progressivamente vedrà la luce. Per quanto riguarda la prevenzione, si analizzeranno le misure sorte per limitare il contagio nei locali aziendali, appartenenti a un vero e proprio diritto emergenziale, valutando e cercando di comprendere in quale rapporto queste si pongano con il diritto già esistente e

governante la materia della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro. La ricerca ha riguardo, inevitabilmente, anche al settore analitico-laboratoristico in riferimento al contributo dei laboratori in questo particolare contesto storico, sempre sulla base delle conoscenze scientifiche e di quanto disponibile in merito. Si approfondiranno, specialmente, le tipologie di test di laboratorio sviluppate (sierologia, indagini molecolari, etc.), indagandone gli aspetti relativi alla specificità, alla sensibilità e alla significatività delle risposte, in relazione alla valutazione del contagio e della diffusione della malattia.

Venendo alla struttura del presente elaborato, lo stesso si aprirà con il primo capitolo dedicato agli obblighi datoriali e alla tutela della persona nel sistema delle fonti, ripercorrendo brevemente il quadro normativo tipico della vasta materia della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro. Verranno esposti, quindi, i principi costituzionali passando successivamente a una breve disamina della norma generale di cui all'art. 2087 del Codice civile, sviluppando poi una circoscritta analisi circa la disciplina comunitaria e giungendo infine al d.lgs. n. 81/2008 c.d. Testo Unico. Nel secondo capitolo, l'approfondimento riguarderà la normativa emergenziale, elencando e trattando le singole misure venute alla luce per contrastare la diffusione del contagio da Covid-19. Ci si soffermerà poi sulle due disposizioni maggiormente rilevanti, nonché quelle autrici di timori da parte del mondo imprenditoriale in merito al possibile ampliamento del terreno della responsabilità datoriale in caso di contagio, da ultimo esaminando in che rapporto si pone la normativa emergenziale con le ordinarie regole che governano la materia. Il terzo ed ultimo capitolo offrirà l'osservazione circa la responsabilità datoriale nel caso di violazione degli obblighi

di sicurezza, con l'accento sul caso di contagio da Covid-19 all'interno dell'azienda, e quindi i profili inerenti un'eventuale responsabilità civile o penale, indagando sulla delicata questione del nesso causale e il differente onere di prova in capo ai vari soggetti. Come previsto dalla borsa regionale Eureka, il lavoro è stato svolto contemporaneamente presso l'azienda Entroterra Soc. Cooperativa, dove è stato possibile dedicarsi allo studio teorico della disciplina della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro e della responsabilità, osservando e vivendo realmente il mondo dell'impresa nel suo effettivo operare e presso il Laboratorio For.Med.Lab.Srl, dove il focus è stato posto sull'analisi dei test elaborati per la ricerca del virus.

CAPITOLO I

GLI OBBLIGHI DATORIALI E LA TUTELA DELLA PERSONA NEL SISTEMA DELLE FONTI

1. Il quadro normativo

La riflessione sulla tutela della salute dei lavoratori negli ambienti di lavoro, dalla quale discendono gli obblighi datoriali, si è sempre mossa dallo studio del lavoro e della salute considerati quali beni di assoluta rilevanza e, seppur irrinunciabili, tra loro contrastanti e non facilmente conciliabili¹. Difatti, la normativa della salute sui luoghi di lavoro si è andata modellando proprio nel tentativo di ottenere un equilibrio tra i suddetti beni di primario rilievo e palesandosi per molto tempo come protagonista di numerosi interventi legislativi che si sono succeduti per così dire in

¹ NATULLO, Ambiente di lavoro e tutela della salute.

“modo alluvionale” fino a ricercare un’apparente stasi e armonia degli stessi nel D.lgs. n. 81/2008, definito “Testo unico” in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro. Dando uno sguardo alle origini, fu la legge n. 80/1898 a dar vita alla tutela di cui si tratta, legge con la quale si introdusse un sistema di assicurazione obbligatoria contro gli infortuni dei lavoratori imponendo al datore di lavoro l’obbligo ad assicurarsi per la responsabilità civile derivante dai danni per gli infortuni. Il datore di lavoro era quindi gravato dal pagamento del premio assicurativo che, in caso di verifica dell’infortunio, gli garantiva di essere liberato dall’obbligo di risarcimento del danno e, pertanto, continuava a permanere in capo a esso una responsabilità civilistica solo laddove avesse dovuto rispondere penalmente per il fatto dal quale l’infortunio era derivato. La prospettiva era prettamente privatistica, di cosiddetta “monetizzazione del rischio”², dalla quale ci si iniziò ad allontanare solo con l’introduzione dell’art. 2087 del Codice civile con cui la disciplina cominciò a essere letta in ottica maggiormente pubblicistica. L’articolo 2087 c.c., di cui si parlerà più specificamente in seguito, ha individuato il datore di lavoro come garante dell’integrità fisica e della personalità morale dei lavoratori, mostrandosi come norma dall’intenso valore simbolico che ha rappresentato per molto tempo l’unico referente normativo utilizzabile per rintracciare la responsabilità datoriale, ponendosi quindi come norma guida

² NATULLO, Il quadro normativo dal Codice civile al Codice della sicurezza sul lavoro. Dalla Massima Sicurezza possibile alla Massima Sicurezza effettivamente applicata?, in NATULLO (a cura di), Salute e sicurezza sul lavoro, Milano, 2015, 7.

nell'ambito del giudizio sulla colpa del datore di lavoro per violazione degli obblighi prevenzionistici e cautelari. Sotto il profilo prettamente penalistico, il legislatore ha cercato di colmare le deboli tutele offerte dalle fattispecie contravvenzionali con la predisposizione di due reati di pericolo esistenti già nel codice Rocco: l'articolo 437 c.p. che punisce la rimozione di omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro e l'articolo 451 c.p. che incrimina l'omissione colposa di cautele e difese contro disastri o infortuni sul lavoro. Pur se la loro introduzione aveva l'obiettivo di essere d'ausilio a quelle deboli tutele offerte, la loro applicazione rimase molto limitata poiché le stesse avrebbero richiesto una disciplina sistematica in materia che fino a quel tempo, tuttavia, era per lo più caratterizzata da prescrizioni generiche e indeterminate, tanto che si affermò che tali fattispecie delittuose “nascevano nel vuoto e poggiavano sul vuoto”³. La prassi giurisprudenziale fece poi emergere la fattispecie di cui all'articolo 434 c.p. conosciuta come disastro innominato e posta alla base delle imputazioni negli importanti processi quali il caso Eternit e il caso ThyssenKrupp. Con l'entrata in vigore della Costituzione vennero riconosciuti principi fondamentali in materia di tutela del lavoro quali il diritto al lavoro (art. 4), all'iniziativa economica privata con i limiti della sicurezza, libertà e dignità umana, precisando che la stessa non possa porsi in contrasto con l'utilità sociale (art. 41) e, infine, il diritto alla salute quale diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività dal quale far discendere il diritto a vivere in un ambiente salubre (art. 32).

³ PADOVANI, Introduzione, in BLAIOTTA, Diritto penale e sicurezza del lavoro, Torino, 2020.

Le norme sulla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro rimanevano comunque fino a quel momento alquanto scarse e perciò nel corso degli anni '50 furono introdotte nuove discipline sotto forma di decreti presidenziali che presero il nome di “decreti della legislazione tecnica”⁴ e che muovevano dall'intento di eliminare in modo assoluto i pericoli insiti nell'attività lavorativa. Con tali decreti, del 1955 e 1956, si iniziò a parlare di evitabilità dell'infortunio e di malattia professionale, facendo scemare la prospettiva dell'esonero contro il rischio professionale⁵. La fine degli anni '80 consacrò una rilevante fase di interventi legislativi, che venne considerata una vera e propria “rivoluzione copernicana” grazie al primario ingresso del legislatore europeo che portò, dagli inizi degli anni '90, all'emanazione di importanti direttive con il fine di uniformare le condizioni di sicurezza sul lavoro negli Stati membri e armonizzare, nel contempo, le relative legislazioni. Le fonti di rango europeo incisero notevolmente sulla materia della sicurezza sul lavoro e, pertanto, nei paragrafi che seguono, porremo maggior attenzione alla loro analisi. L'evoluzione del quadro normativo in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro che abbiamo brevemente, ma doverosamente ripercorso senza alcuna pretesa di esaustività, ci porta a cogliere la disciplina della materia tendenzialmente articolata in due fasi storico-giuridiche che si distinguono sia da un punto di vista

⁴ NATULLO, Il quadro normativo dal Codice civile al Codice della sicurezza sul lavoro. Dalla Massima Sicurezza possibile alla Massima Sicurezza effettivamente applicata?, in NATULLO (a cura di), Salute e sicurezza sul lavoro, Milano, 2015, 7.

⁵ V. MARINO, *L'apparato sanzionatorio*, in *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 1993, n. 14, p. 93.

qualitativo che quantitativo⁶: quella anteriore agli anni '90 che gravita attorno al codice civile e quella successiva, che a partire dagli anni '90 si è estesa sino ai giorni nostri, connotata principalmente da un profondo mutamento del sistema normativo di riferimento in virtù dei decreti legislativi n. 626/1994 e n. 81/2008 e caratterizzata senza dubbio dall'evoluzione delle conoscenze tecnico-scientifiche e di organizzazione della produzione.

1.1 I principi costituzionali

La scelta di aprire la disamina degli obblighi datoriali e tutela della persona con i principi costituzionali nasce dalla considerazione che il d.lgs. 81/2008, riorganizzando la materia della sicurezza nei luoghi di lavoro, ha in qualche modo finalizzato ciò che la Costituzione aveva posto alla base del suo ordinamento ormai più di mezzo secolo fa, vale a dire la tutela della persona e del lavoro⁷. Seppur le norme costituzionali a cui far riferimento per l'argomento di cui si tratta sono essenzialmente gli artt. 32, 35 e 41, preme a chi scrive poter preliminarmente sottolineare la grande importanza dell'art. 1 Cost. che, oltre a potersi definire quale carta d'identità dell'intero sistema costituzionale sancendo il cosiddetto principio lavorista, evidenzia come la Repubblica abbia posto a suo fondamento proprio il lavoro. La chiave di lettura che gran parte della dottrina ha utilizzato per

⁶ NATULLO, Il quadro normativo dal Codice civile al Codice della sicurezza sul lavoro. Dalla Massima Sicurezza possibile alla Massima Sicurezza effettivamente applicata?, in NATULLO (a cura di), Salute e sicurezza sul lavoro, Milano, 2015.

⁷ SMURAGLIA, C., Il lavoro nella Costituzione, in Riv. giur. lav., 2007, I, P. 425 SS.

l'osservazione di quest'ultimo, ha permesso di definirlo quale segno distintivo dello sviluppo della personalità dell'uomo⁸ e come tramite necessario per l'affermazione proprio di quest'ultima⁹, partendo dalla considerazione che nella Costituzione esso è inteso come condizione essenziale affinché una persona possa svilupparsi, vivere, lui e la famiglia, con dignità¹⁰. Emerge quindi forte e chiaro il riferimento alla dignità dell'individuo come elemento strettamente connesso al lavoro. E difatti, così come rimarcato dal Prof. Carlo Smuraglia, l'assenza di relazione tra dignità e lavoro renderebbe parziale e non esaustiva la locuzione "fondata sul lavoro"¹¹ che è invece intrisa di profondo significato. L'intenso legame tra dignità e lavoro si instaura in riferimento a qualsiasi individuo in relazione a qualsiasi tipologia di lavoro poiché, pur non essendoci uno specifico riferimento al tipo di lavoro inteso nella Costituzione, l'art. 35 Cost. recita: "*la Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme e applicazioni*", precisando che la tutela di cui si parla ha per oggetto non solo il lavoro subordinato, ma anche quello autonomo o comunque quello svolto in situazioni di soggezione o sotto protezione¹². Conferma ciò anche l'art. 3, IV, d.lgs. 81/2008 stabilendo che la disciplina contenuta nel Testo Unico si applica "*a tutti i lavoratori e lavoratrici, subordinati e autonomi, nonché ai soggetti ad essi equiparati...*". Se il lavoro costituisce un diritto dell'individuo per il quale la stessa Repubblica si dà il compito di promuovere le condizioni che lo rendano effettivo¹³, esso rappresenta anche un

⁸ BARILE, P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 103.

⁹ MORTATI, C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1975, 156-157.

¹⁰ SMURAGLIA, C., *Notiziario Inca online*, Atti convegno 2018.

¹¹ SMURAGLIA, C., *Notiziario Inca online*, Atti convegno 2018.

¹² Si veda Corte cost. n. 180/1984 e Corte cost. n. 880/1988. Cass. n. 24538/2015.

¹³ Così l'art. 4 Cost.

dovere a contribuire al benessere materiale e spirituale della società poiché, parafrasando una celebre frase di Marco Tullio Cicerone, non siamo nati solo per noi stessi. Affinché ogni individuo possa adempiere al suo dovere esercitando nello stesso tempo un proprio diritto, è necessario che questo possa svolgersi in uno sfondo sano. Di qui l'importanza dell'art. 32 Cost. che tutela la salute proprio come *“fondamentale diritto dell'individuo e della collettività”* avente ad oggetto non solo l'integrità fisica, che renderebbe lo stesso eccessivamente riduttivo, ma anche la sua area psichica, in modo tale che si possa configurare il più ampio riferimento all'integrità psico-fisica. Da sottolineare anche il fatto che le due aree tutelate non dovrebbero rimanere le sole, ma che sia considerata anche la dimensione esterna in cui l'individuo vive e, in particolare, dove lavora. Difatti, viene in rilievo quanto la salute costituisca un bene indispensabile al quale dedicare una tutela avanzata e quindi non solo ascritta alla dimensione individuale del diritto alla vita e all'incolumità psico-fisica, ma altresì all'ampia prospettiva del *“diritto all'ambiente salubre”*¹⁴. L'aggettivo fondamentale che gli viene attribuito è significativo di come la salute sia considerato un bene avente valore preminente rispetto agli altri, comunque riconosciuti dalla Costituzione¹⁵. Oltre al profilo individuale si manifesta da una parte un interesse generale alla salute che è proprio di un numero imprecisato di soggetti, dall'altra l'ulteriore interesse collettivo che fa riferimento a un gruppo

¹⁴ SMURAGLIA, C., La tutela della salute del lavoratore tra principi costituzionali, norme vigenti e prospettive di riforma, in Riv. it. dir. lav., 1988.

¹⁵ LOY, G., *La tutela della salute nei luoghi di lavoro*, Padova, 1996.

specifico di persone, ad esempio i lavoratori. Proprio in riferimento alla dimensione collettiva dell'interesse alla sicurezza del lavoro, il primo riconoscimento legislativo si è avuto con l'art. 9 Stat. Lav. del 1970 che ha previsto la creazione di specifiche rappresentanze dei lavoratori in materia confluite poi nella figura del Rappresentante dei Lavoratori per la sicurezza (Rls). La salute, quindi, che abbiamo visto essere diritto fondamentale del lavoratore e interesse della collettività, andrebbe considerata come condizione necessaria per l'esercizio del processo produttivo e ciò si evince in modo chiaro dall'art. 41 Cost., il quale al primo comma proclama la libertà di iniziativa economica privata e al secondo stabilisce che la stessa non possa svolgersi in contrasto con l'utilità sociale da un lato e con la sicurezza, la libertà e la dignità umana dall'altro; questo evidenzia come i principi "cardine" dei precedenti sistemi non possano ormai essere primari rispetto alla persona. Invero, l'articolo 41 Cost. non esprime un diritto per l'imprenditore, bensì una sua libertà ponendo alla stessa due limiti, quello della utilità sociale e quello di non procurare danno alla persona nello svolgimento del suo lavoro. Vero è che rintracciare il giusto equilibrio tra le scelte organizzative di un'impresa e la sicurezza sul lavoro non è di facile raggiungimento, ma di certo l'esigenza alla produzione non potrà in nessun modo sovrastare la salute psico-fisica del lavoratore o essere oggetto di tentativo di invocare la libertà di iniziativa economica laddove si verificano infortuni o malattie. Per molto tempo vi era la convinzione che tra i due interessi ci fosse una profonda inconciliabilità che poneva le due norme (art. 32 e 41 Cost.) in contrasto tra loro, vedendo il sacrificio della salute quasi come un male inevitabile a fronte della necessità di non interrompere la macchina produttiva.

Anzi, è proprio questa esigenza di equilibrio a far nascere l'obbligo di valutare i rischi e di conseguenza improntare un modello che sia a carattere prevenzionale, facendo leva sul bilanciamento non più tra salute e impresa, bensì tra salute, ambiente e lavoro.

1.2 La natura dell'obbligo di sicurezza (art. 2087 c.c.) e i caratteri generali del sistema

Dal vaglio dei principi costituzionali in materia di salute e sicurezza sul lavoro si evince senza dubbio come la norma di cui all'art. 32 Cost. costituisca norma di riferimento poiché posta a tutela del diritto alla salute dell'individuo e della collettività. Se però l'art. 32 Cost. rappresenta la norma di principio, è l'art. 2087 c.c. che apre, integra e chiude il sistema legislativo di tutela della sicurezza e che, inoltre, è rilevante espressione dello stampo garantista che caratterizza il nostro ordinamento nella tutela della salute nei luoghi di lavoro¹⁶. L'attenzione che si dedica alla persona fa emergere un'evoluzione della normativa previdenziale, che mira a rafforzare le tutele previste di rango costituzionale che abbiamo precedentemente trattato. L'art. 2087 c.c. recita che “L'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro”, prevedendo tre parametri che permettono al

¹⁶ NATULLO, *Il quadro normativo dal Codice civile al Codice della sicurezza sul lavoro. Dalla Massima sicurezza (astrattamente) possibile alla Massima sicurezza ragionevolmente (concretamente) applicata?*, I WORKING PAPERS DI OLYMPUS – 39/2014 – <http://olympus.uniurb.it>.

legislatore di commisurare l'ambito e i contenuti dell'obbligo di sicurezza del datore di lavoro¹⁷. È evidente come l'obbligazione in esso presente abbia un contenuto aperto che si riferisce particolarmente ai mezzi con i quali raggiungere l'obiettivo della sicurezza nei luoghi di lavoro. Difatti, il riferimento è alle misure necessarie a salvaguardare l'integrità fisica e morale dei lavoratori, mediante un'analisi costante del complesso beni/ambiente lavorativi che presuppone un costante aggiornamento sulla base delle acquisizioni tecniche e scientifiche che abbiamo un minimo di sperimentazione concreta¹⁸. L'obbligo datoriale che scaturisce dalla norma ha una portata estremamente ampia, ma allo stesso tempo innovativa perché sottende un adeguamento permanente dell'ordinamento rispetto alla realtà socioeconomica, facendo emergere quella dinamicità che la caratterizza. Pertanto, il 2087 c.c. si presenta come una norma completa poiché costituita da una fattispecie e da un comando, fattispecie che però non si limita a descrivere un singolo caso, ma piuttosto una generalità di casi riassunti in un'unica categoria. Questo significa che, al verificarsi del singolo caso, il giudice sarà chiamato a utilizzare modelli valutativi in base al contesto sociale in cui opera, disponendo di uno standard sociale (la clausola generale), che lo indirizzerà verso la ricerca della norma di decisione¹⁹.

1.3 La disciplina comunitaria e i riflessi sull'ordinamento interno

¹⁷ NATULLO, *Ambiente di lavoro e tutela della salute*, Giapichelli.

¹⁸ NATULLO, *Ibidem*.

¹⁹ MENGONI, Spunti per una teoria delle clausole *generali*, in Riv. *nit. dir. priv.*, 1986.

Come anticipato, l'Unione Europea tenta di intervenire con una politica comunitaria in materia di salute e sicurezza sul lavoro solo dopo la metà degli anni Settanta con l'emanazione di direttive finalizzate a un modello per così dire di "massima sicurezza ragionevolmente praticabile" raggiungibile con misure concretamente attuabili e mediante tecniche necessarie a evitare condizioni di pericolo. In tal modo, la prevenzione era orientata verso una protezione esclusivamente oggettivo-tecnologica²⁰ che non teneva conto degli elementi soggettivi di rischio che possibilmente potevano derivare dalle caratteristiche psico-fisiche dell'individuo. Un indiscutibile cambio di direzione si ebbe nel 1989, anno che segnò importanti cambiamenti sia per ciò che concerne l'intervento comunitario sul tema salute e sicurezza negli ambienti di lavoro, sia per l'evoluzione del carattere sociale dell'ordinamento comunitario. Quest'ultima si deve all'adozione della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori²¹ da parte di undici Paesi membri, con la quale vennero stabiliti i principi generali sui quali si fonda il modello europeo del diritto del lavoro. Tra questi, rispetto alla tutela della salute e sicurezza dei lavoratori, la Carta tratta della protezione sanitaria e della sicurezza nell'ambiente di lavoro, nonché dell'informazione, la consultazione e la partecipazione dei lavoratori mirando a coinvolgere il più possibile gli stessi nell'attività di prevenzione e sicurezza. In riferimento al primo cambiamento, nel 1989 l'Unione Europea emana la direttiva-quadro n. 391 che diventerà colonna portante di tutta la successiva normativa in materia di salute e sicurezza nei luoghi

²⁰ NATULLO, *Ambiente di lavoro e tutela della salute*, cit.

²¹Documento non vincolante adottato dal Consiglio europeo nel 1989, che fissa standard comunitari di protezione per i diversi aspetti della vita lavorativa.

di lavoro. Con tale direttiva, viene superato il modello di “massima sicurezza ragionevolmente praticabile” a favore invece di una “massima sicurezza tecnologicamente possibile”²² dando attenzione, questa volta, ai profili soggettivi della prevenzione, ai rapporti endo-aziendali e alle relazioni industriali²³. Ciò che la direttiva chiede è una programmazione e pianificazione della prevenzione da affidare a soggetti con specifiche competenze ai quali vengono affidati poteri di informazione, formazione e vigilanza, mantenendo comunque l’obiettivo ultimo di una “partecipazione equilibrata” tra tutti i soggetti aziendali tra cui, non con minor importanza, i lavoratori. La direttiva n. 391/89 ha rappresentato l’appoggio per l’emanazione di altre direttive, cosiddette “particolari”²⁴, tutte improntate al principio della valutazione del rischio tramite una sorta di rilevazione statistica delle attività aziendali e dei relativi rischi. L’Italia recepisce la direttiva-quadro adottando il d.lgs. 626/1994 che sancisce quali elementi principali la previsione degli obblighi di valutazione dei rischi mediante l’istituzione del DVR²⁵, il ricorso obbligatorio ai servizi di prevenzione e protezione aziendale (SPP²⁶), la sorveglianza sanitaria²⁷, la

²² Tra cui quello italiano: NATULLO, *La «massima sicurezza tecnologica»*, in *Diritto e pratica del lavoro*, 1997, p. 815.

²³ M. BIAGI (a cura di), *Tutela dell’ambiente di lavoro e direttive CEE*, Rimini, 1991, p. 113.

²⁴ La direttiva n. 89/654/CEE relativa alle prescrizioni minime di sicurezza e di salute per i luoghi di lavoro, la n. 89/655/CEE relativa all’uso delle attrezzature di lavoro, la n. 89/656/CEE relativa all’uso di attrezzature di protezione individuale, la n. 90/269/CEE relativa alla movimentazione manuale dei carichi, la n. 90/394/CEE relativa alla protezione dagli agenti cancerogeni, la n. 90/679/CEE relativa agli agenti biologici, la n. 92/58/CEE relativa alla segnaletica di sicurezza, la n. 92/85/CEE sulla tutela della maternità.

²⁵ Il Documento di Valutazione dei Rischio contiene i rischi derivanti dalla specifica attività lavorativa svolta, dalla tipologia di attrezzatura utilizzata e dalle modalità organizzative. Deve essere elaborato insieme al servizio di prevenzione e protezione, sentendo il parere del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza.

²⁶ Il servizio di prevenzione e protezione è così definito dall’art. 2 del d.lgs. 626/94: l’insieme delle persone, sistemi e mezzi esterni o interni all’azienda finalizzati all’attività di prevenzione e protezione dai rischi professionali nell’azienda, ovvero unità produttiva.

²⁷ Per sorveglianza sanitaria si intende l’insieme degli accertamenti finalizzati alla tutela e sicurezza dei lavoratori da decidersi sulla base delle condizioni di salute dei lavoratori stessi, dell’ambiente di lavoro e dei fattori di rischio legati alle modalità dell’attività lavorativa svolta. Il responsabile della sorveglianza sanitaria è il Medico Competente che viene nominato dal datore di lavoro.

formazione e informazione dei lavoratori e l'istituzione del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza (RLS²⁸). Il nuovo assetto del d.lgs. 626/94 oscura ormai il principio di adempimento mettendo in luce quello della responsabilizzazione che richiede una partecipazione attiva di tutti i soggetti che operano all'interno dei locali aziendali. Una delle importanti conseguenze è sicuramente quella che non spetterà più al legislatore il compito di individuare i rischi insiti nell'attività lavorativa, ma al datore di lavoro che sarà protagonista seppur coadiuvato dalle figure preposte alle varie e specifiche funzioni necessarie e garantire la sicurezza nel luogo di lavoro. Seppur il d.lgs. 626/94 non ha prodotto un notevole abbattimento degli infortuni sul lavoro, frutto sicuramente delle lacune presenti in altri "settori", ha però rappresentato, senza dubbio, la prima disciplina organica in tema di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro nel territorio nazionale mirando a realizzare una "politica delle relazioni industriali dell'ambiente di lavoro"²⁹.

1.4 Il Testo Unico in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro (D.lgs. n. 81/2008) e la disciplina preventiva speciale

Le novità apportate dal d.lgs. 626/1994 sono state confermate, pur se diversamente sviluppate, nel d.lgs. 81/2008, comunemente denominato Testo Unico, composto da 306 articoli compresi in 13 titoli e 51 allegati. Tra il 2007 e il 2008, a causa di

²⁸ Il Rappresentante dei lavoratori per la sicurezza nasce per dare maggior possibilità di partecipazione ai lavoratori sui temi della sicurezza, partecipazione che può avvenire direttamente o, appunto, per il tramite di una figura predisposta in base alle dimensioni dell'azienda.

²⁹ M. BIAGI, *Dalla nocività conflittuale alla sicurezza partecipata: relazioni industriali e ambiente di lavoro in Europa verso il 1992*, in *Tutela dell'ambiente di lavoro*, cit., p. 125.

eventi particolarmente gravi ed eccezionali³⁰, il Governo aveva dato impulso alla razionalizzazione del sistema normativo e, attuando la legge delega n. 123/2007, ha compiuto un riassetto delle norme allora vigenti in materia di sicurezza sul lavoro «mediante il riordino e il coordinamento delle medesime in un unico testo normativo»³¹. Una prima finalità era senz'altro quella di raggiungere un quadro normativo più chiaro e ordinato, così da snellire l'attività di ricerca e interpretazione delle norme applicabili al caso di specie che risultava alquanto complessa, ma altro obiettivo palesemente condiviso era quello di assicurare a livello nazionale un'uniformità circa il grado di tutela dei lavoratori. Difatti, la legge delega n. 123/2007 aveva introdotto il c.d. "principio di universalità"³² e, proprio sulla base di questo, il d.lgs. 81/2008 introdusse disposizioni che tutelassero tutti i lavoratori a prescindere dalla distinzione formale³³. Invero, l'ampliamento del campo di applicazione del quadro normativo in materia di salute e sicurezza si spinse anche verso il settore del lavoro autonomo, delle imprese familiari e facendo rientrare tutte le tipologie contrattuali definite generalmente "lavoro flessibile". A seguito dell'emanazione del Testo Unico, la materia prevenzionale si allontana dalla staticità

³⁰ Il riferimento è alla straordinaria vicenda di Torino della ThyssenKrupp, gruppo industriale tedesco specializzato in lavorazione dell'acciaio, che fu luogo di un grave incidente sul lavoro nel quale persero la vita sette operai. Si veda anche il rapporto dell'INAIL dell'agosto 2007 sull'incremento delle morti sul lavoro del 2,2% rispetto all'anno precedente.

³¹ Così recita l'art. 1 del Testo Unico.

³² Da intendersi in quanto le norme del d.lgs. 81/2008 si riferiscono «a tutti i settori di attività, privati e pubblici, e a tutte le tipologie di rischio». Principio che si rinvia anche con riferimento al campo di applicazione poiché la disciplina del c.d. testo unico si applica «a tutti i lavoratori e lavoratrici, subordinati e autonomi, nonché ai soggetti ad essi equiparati».

³³ V. FURIN, DE NEGRI, *La nuova sicurezza del lavoro: soggetti responsabilità e sanzioni*, Piacenza, 2008, 19; Si veda anche Cass. Pen., Sez. IV, n. 51947/2016 in cui la Corte ha affermato, in una vicenda riguardante un infortunio di un lavoratore in nero, che "le norme di prevenzione degli infortuni sul lavoro si applicano a chiunque ponga in essere una prestazione lavorativa in senso lato, anche occasionale o senza retribuzione ovvero per imparare un mestiere, sicché la tutela, oltre a riguardare i lavoratori subordinati, si estende a tutte le persone che vengano a trovarsi in situazioni di pericolo connesse all'attività esercitata, a prescindere dall'eventuale mancato perfezionamento di un contratto e dall'episodicità della prestazione".

del d.lgs. 626/94, per giungere a una dinamicità legata all'evoluzione della tecnologia e dei modi di produzione dei beni e dei servizi, nonché idonea a consentire un pronto aggiornamento delle misure di sicurezza. Non si parla più di protezione oggettiva, finalizzata a garantire un ambiente di lavoro tecnologicamente sicuro, ma di un modello di sicurezza basato essenzialmente su “comportamenti operativi dei lavoratori soggettivamente sicuri”³⁴. Il raggiungimento di quest'ultimo è stato possibile non solo grazie a un approccio organizzativo e gestionale, ma anche grazie all'intervento dell'intera macchina al fine di raggiungere il miglior grado di sicurezza possibile con il coinvolgimento delle parti sociali. Il Testo Unico ha cercato di ottenere miglior grado di sicurezza raggiungibile affinando le tecniche preventive. Per fare degli esempi, alle aziende è stato posto l'obbligo di valutare e gestire il rischio in modo molto più ampio rispetto al decreto precedente, con il vincolo per il datore di lavoro di consultare il medico competente e il rappresentante dei lavoratori per la sicurezza nella compilazione del documento di valutazione dei rischi (obbligo non delegabile³⁵). Difatti, tra le novità confermate, la principale è quella di aver fondato l'apparato della sicurezza sul lavoro sulla valutazione e la gestione del rischio³⁶, accanto alle quali si posiziona l'obbligo di comunicazione del rischio attraverso la formazione, informazione e addestramento di dirigenti, preposti e lavoratori. Inoltre, sono state introdotte sanzioni penali in caso di

³⁴ A. ROTELLA, *Sicurezza sul lavoro*, Wolters Kluwer, Milano, 2018.

³⁵ In base all'art. 17 D.lgs. 81/2008 il datore di lavoro non può delegare la valutazione di tutti i rischi con la conseguente elaborazione del documento previsto dall'art. 28 e la designazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione dai rischi.

³⁶ V. PULITANÒ, *Gestione del rischio da esposizioni professionali*, in *Cass. pen.*, 2006, 2, 779.

trasgressione della normativa e inasprite alcune di quelle già previste nel precedente decreto, si è disposta l'estensione della figura dell'RLS (rappresentante dei lavoratori) il quale può ora verificare gli impianti e visionare i documenti aziendali relativi alla sicurezza, nonché la possibilità di consultare l'RLS in merito alla individuazione del medico competente. Per l'estrema importanza attribuita alle misure di prevenzione dei rischi, la nuova normativa introduce un'altra importante novità, data dalla possibilità di ricorrere all'autorità giudiziaria anche nei confronti dei dirigenti e non solo più contro il datore di lavoro, laddove gli stessi abbiano predisposto misure non adeguate a salvaguardare l'ambiente e i lavoratori. Si vogliono riportare, schematicamente, i punti maggiormente salienti del nuovo decreto senza pretesa di esaustività:

- Introduzione di sanzioni penali per chi trasgredisce alla normativa. In base ai criteri indicati dalla legge delega 123/07 è stata prevista la pena dell'arresto per il datore di lavoro che non effettua la valutazione dei rischi. Al datore di lavoro che si mette in regola non è applicata la sanzione penale ma una pena pecuniaria
- Istituzione di rappresentanti per la sicurezza, eletti dai lavoratori, con poteri d'ispezionare impianti e prendere visione dei documenti aziendali
- Obbligo per i datori di lavoro di pubblicare una documentazione di valutazione complessiva del rischio e a formare e informare i lavoratori
- Ampliare il campo d'applicazione delle disposizioni in materia di salute e sicurezza, che sono ora riferite a tutti i lavoratori che operano in un ambiente di lavoro, senza alcuna differenziazione sul tipo formale

- Riesame e coordinamento delle attività di vigilanza nella prospettiva di ottimizzare le risorse eliminando le sovrapposizioni e migliorando l'efficienza degli interventi
- Creazione di un sistema informativo per la condivisione e la circolazione di notizie sugli infortuni, sulle ispezioni e sulle attività in materia di salute e sicurezza sul lavoro.

Pur se abbiamo riportato solo poche novità del nuovo decreto, si evince comunque dalle stesse come ora il soggetto al quale è richiesto il massimo grado di diligenza possibile è il datore di lavoro che deve adeguarsi al mutare delle esigenze e delle situazioni e predisporre, di conseguenza e insieme alle figure preposte, un ambiente di lavoro il più possibile sicuro.

CAPITOLO II

LA NORMATIVA EMERGENZIALE NEL CONTESTO PANDEMICO

1. Premessa

Parallelamente alla diffusione del contagio da Covid-19 si è assistito alla nascita di una normazione emergenziale costituita da una serie di provvedimenti, legislativi e regolamentari, con lo scopo di contrastare l'emergenza epidemiologica. Tale normazione aveva l'obiettivo di predisporre un sistema cautelare e di prevenzione a tutela della salute pubblica, ma il succedersi molto velocemente nel tempo e con sovrapposizioni temporali, lo ha reso operativo anche alla sicurezza nei luoghi di

lavoro, soprattutto nel momento in cui si è iniziato a programmare l'avvio della c.d. "Fase 2", con riferimento alla ripresa di alcune attività produttive tra quelle inizialmente sospese. Nei mesi dell'emergenza sanitaria, infatti, gli interventi straordinari di natura legislativa e amministrativa, hanno interessato di fatto tutti i settori della vita sociale, coinvolgendo, come si diceva, anche le attività produttive. Nella crescente consapevolezza della capacità diffusiva del virus anche il mondo del lavoro si è trovato protagonista dell'individuazione e definizione di procedure concordate e misure precauzionali funzionali idonee ad evitare un aggravamento del rischio di contagio. Le parti sociali hanno tempestivamente risposto all'invito del Governo a collaborare alla definizione di tali procedure di sicurezza, adottando una serie di Protocolli condivisi, in parte di portata generale, che sono stati poi recepiti con DPCM. La normazione emergenziale ha presto generato un dibattito sulle conseguenze che discenderanno dalle nuove regole cautelari disposte per limitare la diffusione del contagio da Covid-19, sia per i nuovi obblighi datoriali, che per le eventuali conseguenze in caso di mancata osservazione. Pertanto, abbiamo voluto osservare più da vicino le misure prevenzionali di natura emergenziale, mettendo subito in rilievo che queste trovano un punto di riferimento importante nel Protocollo condiviso e negli altri accordi già prima richiamati, pur nel quadro di un processo di interazione con l'intervento del legislatore che si rivela necessario per dare forza e sostegno alla disciplina convenzionale.

2. La sicurezza sul lavoro nella dinamica delle fonti

L'emergenza derivante dalla diffusione del virus SARS-CoV-2, da un punto di vista normativo, ha avuto come tangibile conseguenza uno sconquassamento delle fonti in materia, facendo sorgere una sorta di diritto eccezionale con funzioni regolative su aspetti delicati che sono stati, però, affidati ad atti non aventi forza di legge. Ci si riferisce all'interminabile numero di D.P.C.M. che si presentano, generalmente, come atti amministrativi. Se si volesse cogliere l'origine della loro legittimazione, essendo stati emanati durante il periodo emergenziale, si potrebbe affermare che la stessa possa ritrovarsi nel Codice della protezione civile³⁷ e, pertanto, pur mantenendo alta l'attenzione a garantire il principio di legalità, si è potuto affermare che tale decretazione si è svolta in un quadro sufficientemente definito di tutele. Il terreno delle fonti è stato caratterizzato dall'intreccio tra atti normativi e autonomia collettiva, con maggior importanza nei confronti di quest'ultima. Difatti, l'art. 2 del D.P.C.M. 11 giugno 2020 dispone che "tutte le attività produttive industriali e commerciali, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 1, rispettano i contenuti del protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro sottoscritto il 24 aprile 2020 fra il Governo e le parti sociali di cui all'allegato 12, nonché, per i rispettivi ambiti di competenza, il protocollo condiviso di regolamentazione per il contenimento della diffusione del Covid-19 nei cantieri, sottoscritto il 24 aprile 2020 fra il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, il

³⁷ D.lgs. 2 gennaio 2018 n. 1: in particolare si. v. l'art. 25.

Ministro del lavoro e delle politiche sociali e le parti sociali, di cui all'allegato 13, e il protocollo condiviso di regolamentazione per il contenimento della diffusione del Covid-19 nel settore del trasporto e della logistica sottoscritto il 20 marzo 2020, di cui all'allegato 14³⁸. Dal testo che abbiamo riportato, il D.P.C.M. in parola attribuisce al Protocollo del 24 aprile 2020, insieme agli altri accordi di cui all'articolo, di individuare le misure prevenzionali emergenziali da applicare al punto che gli stessi si sostanziano in allegati del D.P.C.M. inclusi nel testo normativo. Tale processo potrebbe essere facilmente sottoposto a critiche, sottolineando una carenza dell'ordinamento nelle materie che assegnano all'autonomia collettiva considerevoli funzioni regolative e che evidenzia la transitorietà normativa del dato normativo imposta esclusivamente dallo stato emergenziale. Se si considera questa tecnica una specie di legificazione del Protocollo³⁹, ci si dovrebbe domandare allora se i datori di lavoro non iscritti alle associazioni sindacali che hanno sottoscritto il Protocollo, possano appellarsi quindi alla libertà di non adottare le misure ivi contenute. Se anche fosse così, i datori non potrebbero comunque ignorare la raccomandazione e la necessità di adottare misure di prevenzione volte a evitare il contagio negli ambienti di lavoro, anche perché trasgredirebbero all'obbligo di sicurezza di cui all'art. 2087 c.c., rischiando una responsabilità civile e di risarcimento dei danni laddove, in mancanza di misure di prevenzione, il contagio causasse patologie al lavoratore o la sua morte, considerando per di più possibili

³⁸ Il contenuto è stato ribadito anche dal D.P.C.M 7 agosto 2020.

³⁹ M. T. Carinci, Obbligo di sicurezza e responsabilità datoriale: il rischio di contagio da Covid-19, in *Labor*, 4/2020

imputazioni *ex* artt. 589 e 590 c.p. rispettivamente di omicidio colposo e lesioni colpose gravi o gravissime⁴⁰. L'incontro tra le parti sociali, promosso dal Governo, mostra la buona reazione fra pubblici poteri e parti sociali valorizzando la salute quale interesse della collettività. È evidente che sussiste il rischio di un'applicazione disomogenea del Protocollo e che probabilmente si sarebbe potuta evitare recependo il contenuto del Protocollo stesso in atti avente natura pubblicistica e concretizzando comportamenti e soluzioni mediante norme vincolanti e non tramite la mera volontà di ciascuno. Appare, infatti, che si debba parlare più che di vincolo, di responsabilizzazione volontaria in riferimento all'adozione di misure di prevenzione anti-contagio, tema che dovrebbe essere oggetto di regolamentazione piuttosto che di azzardato confronto negoziale.

3. Le misure prevenzionali di natura emergenziale

Abbiamo deciso ora di analizzare più da vicino le misure a carattere previdenziale di natura emergenziale sorte durante l'emergenza pandemica. Le stesse hanno trovato origine sia nel Protocollo condiviso, insieme agli altri accordi di cui ci siamo occupati sopra, che nell'intervento del legislatore, a riprova di quella interazione di cui parlavamo in precedenza.

⁴⁰ P. Pascucci, Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra "raccomandazioni" e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale?, in *Dir. sic. lav.*, 2019.

3.1 La questione della valutazione dei rischi e l'aggiornamento del documento di valutazione dei rischi (DVR)

Si è a lungo discusso sulla necessità di aggiornare il documento di valutazione dei rischi (DVR) in relazione al rischio biologico correlato al Coronavirus, tema molto delicato e di estrema rilevanza, su cui tuttavia il Protocollo condiviso non è intervenuto. Il dibattito ha visto alcuni autori⁴¹ a sostegno della non obbligatorietà di procedere con l'aggiornamento del DVR poiché, salvo in alcuni casi, si riteneva che il rischio legato al Covid-19 non rappresentasse un rischio specifico dell'organizzazione lavorativa. È necessario fare una distinzione tra i cosiddetti rischi specifici, contenuti cioè nel processo produttivo, e i rischi generici, ai quali il lavoratore è esposto poiché facente parte della collettività. Corollario di ciò è l'esistenza e, quindi, l'ulteriore differenziazione tra rischi endogeni ed esogeni, ma solo i primi rendono obbligatorio l'aggiornamento della valutazione dei rischi. Sulla base di questo, è difficile affermare che qualsiasi fatto esterno che ricada sulla strutturazione del lavoro possa definirsi e intendersi un rischio professionale. Secondo tale punto di vista il Covid-19, rappresentando un rischio biologico generico, richiederebbe misure uguali per tutta la popolazione e, pertanto, la valutazione del rischio andrebbe svolta dall'autorità pubblica⁴². Continuando su

⁴¹ 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, in *Dir. sic. lav.*, 2020, fasc. 1, 129-131; ID, Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra "raccomandazioni" e protocolli, cit., 99-106.

⁴² P. Pascucci, Coronavirus e sicurezza sul lavoro, cit.

questa scia, per i sostenitori di tali tesi, il rischio di contagio da Covid-19 non presuppone un obbligo di aggiornamento del documento di valutazione dei rischi, in quanto rischio generico ed esogeno. Appare però difficile arrivare a un tal esito in riferimento a quelle aziende in cui si ricorre all'utilizzo di agenti biologici⁴³ oppure sussista una esposizione prolungata e continua⁴⁴, ove il rischio di contagio da Covid-19 diventa un rischio professionale. In quest'ultimo caso dovrebbe essere necessario procedere con l'aggiornamento. Si può sostenere ciò, grazie al supporto dato dall'art. 29, comma 3, d.lgs. 81/2008, che precisa e identifica quattro ipotesi nella quali è obbligatorio aggiornare il DVR e che si riportano di seguito:

1. Modifiche del processo produttivo o dell'organizzazione del lavoro significative ai fini della salute e sicurezza dei lavoratori
2. Evoluzione della tecnica, della prevenzione o della protezione
3. Verificarsi di infortuni significativi
4. Necessità di aggiornare il DVR a fronte dei risultati della sorveglianza sanitaria.

L'altra corrente di pensiero, invece, sostiene che il datore di lavoro è comunque obbligato ad aggiornare il DVR, ravvisando molteplici e differenti argomenti a sostegno. In primis, si è affermato che l'obbligo di aggiornamento trae origine dall'art. 2087 c.c., norma di chiusura del sistema prevenzionistico e fonte di un obbligo per il datore di lavoro di cui abbiamo trattato nel primo capitolo. Questa conclusione è stata condivisa anche da altri autori, che però hanno affrontato un

⁴³ Si pensi ad esempio ai laboratori di ricerca microbiologica.

⁴⁴ Si pensi ad esempio alle attività sanitarie.

percorso diverso per giungervi, ovvero tramite la lettura sistematica di alcune disposizioni del Testo Unico⁴⁵. Ci si riferisce al combinato degli articoli 15 e 28⁴⁶, commi 1 e 3, che conducono a considerare che la valutazione dei rischi debba essere aggiornata ogni volta che si presenti un fattore di rischio, sia esso nuovo o qualitativamente e quantitativamente diverso rispetto al precedente e che naturalmente permetta l'assunzione di misure di prevenzione⁴⁷. Gli autori sostenitori di tale opinione rafforzano la stessa asserendo che anche negli ambienti non sanitari, il rischio “esogeno” possa facilmente divenire “interno” in riferimento a quei lavoratori particolarmente esposti per le loro mansioni⁴⁸. Di converso, altri autori⁴⁹ collegano la necessità di aggiornare il DVR all'art. 267 d.lgs. 81/2008 in tema di definizione degli agenti biologici, attuando una lettura estensiva dello stesso e applicandolo al caso di diffusione del coronavirus nelle situazioni in cui ci sia la probabilità di contagio all'interno degli ambienti di lavoro. In merito alla qualificazione del rischio di contagio da Covid-19 e alla necessità di procedere con l'aggiornamento del DVR, l'Ispettorato Nazionale del Lavoro aderisce alla non obbligatorietà dell'aggiornamento del DVR segnalando però l'utilità di intervenire

⁴⁵ G. Natullo, Covid-19 e sicurezza sul lavoro: nuovi rischi, vecchie regole? In Biblioteca '20 Maggio' - 1/2020.

⁴⁶ Rispettivamente dispongono “Misure generali di tutela” e “Oggetto della valutazione dei rischi”.

⁴⁷ G. Natullo, Covid-19 e sicurezza sul lavoro.

⁴⁸ Si pensi ad esempio a coloro che svolgono attività a costante contatto con il pubblico.

⁴⁹ Sul tema, tra gli altri, F. Bacchini, Controlli sanitari sui lavoratori al tempo del COVID-19, in Giustiziacivile.com, 2020.

nell'individuazione e nell'attuazione delle misure volte a prevenire il contagio⁵⁰. Al contrario, Il Ministero della Salute ha dichiarato come necessarie una serie di azioni ad integrazione del DVR per prevenire il rischio di infezione Covid-19 nei luoghi di lavoro cercando di prevenire la diffusione dell'epidemia⁵¹. E sulla stessa scia si è poi posto anche l'Inail, esprimendosi in maniera più chiara a sostegno dell'obbligo di aggiornamento della valutazione dei rischi⁵². Rispetto a quanto detto finora e all'indagine condotta, può ritenersi la sussistenza dell'obbligo di aggiornamento della valutazione dei rischi per il rischio Covid-19 che dovrà avvenire a seguito di una valutazione concreta e tenendo conto delle caratteristiche della prestazione lavorativa e del contesto organizzativo del datore di lavoro; sulla base di ciò, si andrà a verificare se il rischio da generico possa divenire specifico.

3.2 L'adozione di un protocollo anti-contagio

Quando parliamo di Protocollo condiviso ci riferiamo a quel documento contenente linee guida e indicazioni d'ausilio alle imprese nell'adozione di protocolli di sicurezza anti-contagio, i quali devono permettere di proseguire l'attività produttiva in presenza di condizioni che assicurino ai lavoratori idonei livelli di protezione. Difatti, proprio l'assenza di adeguati livelli di protezione potrebbe

⁵⁰ Si veda in merito la Nota Inail del 13 marzo 2020, n. 89.

⁵¹ Si veda in merito la Circolare del 29 aprile 2020, n. 14915 del Ministero della Salute che dispone le indicazioni operative relative alle attività del medico competente nel contesto delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus SARS-CoV-2 negli ambienti di lavoro e nella collettività.

⁵² Si veda Inail, Documento tecnico sulla possibile rimodulazione delle misure di contenimento del contagio da SARS-CoV-2 nei luoghi di lavoro e strategie di prevenzione, aprile 2020.

comportare la sospensione dell'attività fino al ripristino delle condizioni di sicurezza necessarie. All'interno del Protocollo condiviso sembra chiara l'esigenza di un confronto preventivo con le rappresentanze sindacali presenti nei luoghi di lavoro, confronto che, nelle piccole imprese, dovrà avvenire con le rappresentanze territoriali. Tutto ciò con l'obiettivo di predisporre le misure previste nel protocollo di regolamentazione per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus, in considerazione delle particolarità e tenendo conto della specificità della singola realtà produttiva e del contesto territoriale. Pertanto, può affermarsi che la finalità primaria del protocollo anti-contagio è quella di stabilire tutte le misure da adottare per limitare al massimo il rischio di contagio nell'ambiente lavorativo e che debba essere rivolto sia ai dipendenti/collaboratori dell'impresa, sia a tutti i terzi che accedano nei luoghi di lavoro a vario titolo. Il protocollo, quindi, dovrà conformarsi alle varie realtà aziendali, disciplinando ad esempio l'uso delle postazioni individuali, degli spazi, dei dispositivi comuni e stabilendo quando sia necessario l'uso di specifici dispositivi di protezione individuale (guanti, mascherine, etc.). Rispetto ai soggetti interessati, datore di lavoro e le varie rappresentanze sindacali o territoriali, queste ultime hanno desiderato confrontarsi con i datori di lavoro, mentre questi hanno prediletto l'adozione di un codice di autoregolamentazione più flessibile e snello. Naturalmente la dottrina⁵³ si è mossa a sostegno dell'idea di condividere tali

⁵³ P. Pascucci, Coronavirus e sicurezza sul lavoro, cit.

protocolli, anche in virtù del fatto che è lo stesso Protocollo a stabilire obblighi di partecipazione sindacale.

3.3 I nuovi dispositivi di protezione individuale

Per evitare e per contrastare la diffusione del Coronavirus, ci si è mossi verso l'adozione di misure il più possibile adeguate pur in assenza di specifiche linee guida sul virus stesso. Tra le tante, alle quali attenersi in base allo specifico contesto, vi è stata l'imposizione dell'adozione di specifici DPI, ossia i dispositivi di protezione individuale, che sono stati oggetto del Protocollo condiviso⁵⁴. I DPI che sono stati maggiormente utilizzati e che si sono rivelati utili per controllare la diffusione del virus, sono state le mascherine, l'utilizzo delle quali era conforme in base alle indicazioni dell'Organizzazione Mondiale della Sanità. L'importanza di questo dispositivo, si evince anche dall'art. 16 del d.l. 17 marzo n. 18⁵⁵ che dispone che per i lavoratori impossibilitati a mantenere la distanza interpersonale di un metro durante lo svolgimento delle loro mansioni, devono utilizzare le mascherine chirurgiche che sono da considerarsi dispositivi di protezione individuale fino al termine dello stato di emergenza⁵⁶. Chiaramente, come accennato sopra, in base al contesto lavorativo, in aggiunta all'utilizzo delle mascherine saranno previsti altri dispositivi di protezione individuale quali guanti, occhiali, tute, cuffie, camici, in particolare ove il mantenimento della distanza interpersonale sia impossibile da mantenere ad almeno un metro. In conclusione, appare comunque opportuno

⁵⁴ Si veda nello specifico il punto 6.

⁵⁵ Si tratta del c.d. decreto Cura Italia che è stato convertito in legge 24 aprile 2020.

⁵⁶ Secondo quanto disposto dall'art. 74, comma 1, d.lgs. 81/2008.

sottolineare che l'adozione di tali DPI vari sulla base della tipologia di attività aziendale e quindi dell'organizzazione della stessa.

3.4 L'informazione ai lavoratori

Sono stati previsti nel Protocollo condiviso particolari obblighi di informazione a carico dei datori di lavoro⁵⁷. Quest'ultimo, infatti, deve obbligatoriamente informare tutti i lavoratori e i terzi circa le disposizioni attualmente vigenti, cercando di adoperarsi nel modo più efficace possibile affinché la comunicazione possa pervenire a tutti e risultare idonea a prevenire la diffusione del virus. Ciò potrebbe essere possibile mediante la consegna o l'affissione di specifici documenti informativi sulle regole da seguire e sui comportamenti da tenere negli ambienti di lavoro, prediligendo la collocazione di tali documenti nei locali aziendali maggiormente transitabili da tutti. Gli avvisi da inserire e che vanno quindi portati a conoscenza di tutti coloro che lavorano o che accedono ai locali di lavoro, devono riguardare una serie di informazioni che si elencano di seguito:

- Obbligo di rimanere al proprio domicilio in presenza di febbre (oltre 37,5°) o di altri sintomi influenzali e di chiamare il medico di famiglia e l'autorità sanitaria preposta
- Accettazione dell'impossibilità di fare ingresso o di permanere nel luogo di lavoro in caso di insorgenza o di sussistenza di condizioni c.d. di pericolo anche successivamente all'ingresso nel luogo di lavoro (sintomi influenzali,

⁵⁷ Si veda il punto 1 del Protocollo.

provenienza da zone a rischio, aumento della temperatura corporea, contatto con persone positive nei quattordici giorni precedenti e in generale in tutti i casi in cui i provvedimenti dell'autorità impongono di informare il medico di famiglia e l'autorità sanitaria)

- Impegno a rispettare tutte le disposizioni dell'autorità e del datore di lavoro nel fare ingresso nel luogo di lavoro
- Impegno a informare con sollecitudine il datore di lavoro della comparsa di sintomi influenzali, avendo cura di rimanere ad una adeguata distanza dalle persone presenti.

In aggiunta a ciò, il datore di lavoro deve fornire un'informazione idonea in riferimento alle mansioni e ai contesti lavorativi, avendo particolare riguardo sul corretto utilizzo dei DPI al fine di prevenire ogni possibile forma di contagio.

3.5 Le limitazioni dell'accesso per i terzi

Come segnalato nei precedenti paragrafi, le misure per contrastare la diffusione nei locali aziendali non sono dirette esclusivamente ai lavoratori, bensì anche a tutti coloro che vi fanno accesso a qualche titolo. Per tale ragione, nel Protocollo condiviso si è voluto inserire una parte contenente specifiche misure per limitare l'accesso ai locali aziendali ai soggetti terzi⁵⁸. Viene precisato fin da subito che per l'accesso di fornitori esterni sarà opportuno definire le modalità di ingresso, di transito e di uscita attraverso percorsi, e tempistiche predefinite, così da ridurre le

⁵⁸ Si veda il punto 3 del Protocollo.

situazioni di possibile contatto con il personale a lavoro. Per gli autisti, è stato previsto che gli stessi debbano rimanere a bordo del mezzo di trasporto e durante il carico e lo scarico merci devono rimanere a distanza di almeno un metro. Si stabilisce che i trasportatori non possano comunque accedere in alcun modo agli uffici. Per quanto riguarda la fruizione di servizi interni all'aziende, quali quelli igienici, si prescrive che fornitori e trasportatori non possono utilizzare quelli destinati ai dipendenti, ma, nel caso, dei servizi appositamente dedicati da pulire e sanificare quotidianamente. Anche l'accesso ai visitatori o collaboratori esterni, come imprese di pulizie o imprese di manutenzione deve essere ridotto al minimo indispensabile con la previsione che, comunque, durante la permanenza nei locali di lavoro, tali soggetti rispettino le regole aziendali.

3.6 La gestione degli spazi comuni

Un altro punto⁵⁹ del Protocollo condiviso ha ad oggetto l'accesso agli spazi comuni, ove previsti dall'azienda, come mense aziendali, spogliatoi, distributori di bevande e spuntini, sala ristoro, aree fumatori, etc., che deve essere regolato da indicazioni datoriali. Le istruzioni del Protocollo in merito a tale aspetto, si riferiscono alla necessità di continua ventilazione, pulizia e periodica sanificazione di tali ambienti comuni che, proprio per la loro funzione, sono maggiormente disposti a rappresentare luogo di diffusione e contagio. Pertanto, le soste in questi locali devono essere concesse esclusivamente per un tempo ridotto e sempre nel rispetto del mantenimento della distanza interpersonale di almeno un metro laddove siano

⁵⁹ Si veda il punto 7.

occupati contemporaneamente da più soggetti. Particolari cautele devono essere tenute all'interno degli spogliatoi, ambienti ove le condizioni igienico-sanitarie dovranno essere il più possibili adeguate e ove l'organizzazione circa il deposito degli indumenti da lavoro sarà da effettuare con massimo rigore. L'accesso agli spazi comuni, al fine di evitare rischiosi assembramenti, dovrà essere gestito sulla base di orari di ingresso e uscita scaglionati e, laddove la struttura dello spazio lo consenta, sarà necessario individuare una porta di entrata e una porta di uscita munite entrambi di dosatori con gel sanificanti.

3.7 La sanificazione periodica dei locali aziendali

Il punto 4 del Protocollo è invece dedicato alla pulizia giornaliera e alla sanificazione periodica dei locali aziendali, degli ambienti comuni e no, delle postazioni individuali di lavoro e delle aree comuni, la quale deve essere garantita dal datore di lavoro. Laddove emerga che una persona all'interno dei locali aziendali sia affetta da Covid-19, la pulizia, la sanificazione e la ventilazione devono essere eseguite sulla base delle disposizioni della circolare del Ministero della Salute del 22 febbraio 2020⁶⁰. Inoltre, si prescrive che alla fine del turno lavorativo dovrà essere garantita la pulizia delle tastiere, dei mouse e degli schermi, garantendo la sanificazione di tutti gli apparecchi con cui il personale entra in contatto.

3.8 La sorveglianza sanitaria eccezionale

Uno dei punti più delicati ma importanti della diffusione del Covid-19, nonché del possibile contagio è stato quello di tentare di preservare maggiormente la salute dei

⁶⁰ Si veda la sezione "Pulizia di ambienti non sanitari".

cosiddetti lavoratori fragili⁶¹. Proprio per l'importanza del tema, anche il Protocollo condiviso ha previsto indicazioni specifiche laddove si riscontrino casi di lavoratori fragili. Al punto 12 del Protocollo, si prevede che il medico competente debba segnalare al datore di lavoro situazioni di particolare fragilità e patologie attuali o pregresse dei dipendenti cosicché il datore di lavoro possa provvedere alla loro tutela nel rispetto della privacy con misure più specifiche e idonee a ciascun caso. In riferimento alla delicatezza dei lavoratori fragili, l'art. 83 d.l. 19 maggio 2020, n. 34⁶² ha introdotto la sorveglianza sanitaria eccezionale per tutti quei lavoratori maggiormente esposti a rischio di contagio, a causa dell'età o per varie condizioni di rischio riguardanti lo stato di salute⁶³. Altra previsione normativa ha concesso ai datori di lavoro privati che non siano tenuti alla nomina del medico competente che potessero farlo nel e per il periodo emergenziale o, alternativamente, ha previsto la possibilità per gli stessi di ricorrere ai servizi territoriali Inail per la sorveglianza dei lavoratori maggiormente esposti al rischio contagio. L' art. 83, comma 3, dispone che l'inidoneità alla mansione non giustifica sempre il recesso del datore di lavoro, facendo prevalere eccezionalmente il vincolo contrattuale. Questa posizione, tuttavia, dà origine a una serie di difficoltà⁶⁴ in capo al datore di lavoro che si vede impossibilitato a usufruire della prestazione del proprio dipendente per mancanza di altre mansioni idonee allo stato dei quest'ultimo. Per

⁶¹ C. Lazzari, La sorveglianza sanitaria eccezionale nel sistema aziendale di prevenzione, in *Dir. sic. lav.*, 2020.

⁶² Definito decreto Rilancio e convertito in l. 17 luglio 2020 n. 77.

⁶³ Si pensi agli immunodepressi o a coloro affetti da patologie oncologiche.

⁶⁴ È stato sollevato anche qualche dubbio di legittimità costituzionale circa la libertà organizzativa del datore di lavoro ex art. 41 Cost.

di più, non sembra essere sufficientemente chiaro come questa particolare sorveglianza sanitaria debba svolgersi e quali criteri tenere quindi in considerazione. In ogni modo, a conferma della temporaneità di tutte le disposizioni emergenziali, l'art. 83 di cui si trattava, è rimasto produttivo di effetti solo fino al luglio 2020⁶⁵. La questione della sorveglianza sanitaria eccezionale e quindi della tutela dei lavoratori fragili è sicuramente ambito in cui il medico competente gioca un ruolo molto importante. Secondo quanto previsto dal Protocollo condiviso, che rimane operante ed efficace anche dopo la cessazione dell'art. 83 di cui sopra, si desume che rimane comunque al datore di lavoro il compito di dover informare tutti i dipendenti della possibilità di mettersi in contatto con il medico competente per segnalare fattori di rischio, che, come detto precedentemente, possono essere connessi all'età o alla diagnosi di particolari patologie. Quando il medico competente accerti e confermi la presenza di fattori di rischio, il datore di lavoro dovrà adottare gli accorgimenti più opportuni per garantire la salute dei lavoratori coinvolti.

3.9 La misurazione della temperatura corporea

Il Protocollo condiviso si è occupato anche di regolamentare la possibilità per il datore di lavoro di misurare la temperatura corporea mediante l'utilizzo di dispositivi non invasivi e nel rispetto della privacy dei dipendenti, in quanto trattamento di dati personali. Questo al fine di consentire o meno l'ingresso dei dipendenti/collaboratori nei locali aziendali in ottica di prevenzione alla diffusione

⁶⁵ Così ha stabilito il d.l. 30 luglio 2020 n. 83.

del virus. Tenendo in considerazione la necessità della previa informativa, come sopra descritto, in questa sede, però, risulta fondato ritenere che l'informativa debba avvenire in forma scritta e che il soggetto sottoposto a rilevazione debba prestare il proprio consenso alla stessa. La precisazione che si fa è che la temperatura corporea può essere registrata solo nel caso risulti superiore a 37,5° e con la quale non è consentito accedere ai luoghi di lavoro. Trattandosi di dati personali, il dato estratto dovrà essere adeguatamente conservato senza possibilità di una sua diffusione o comunicazione a terzi, salvo i casi espressamente previste dalla legge e quindi ad esempio quando ci sia l'esigenza di comunicarlo alle autorità sanitarie. In dottrina ci si è chiesti su quali possano essere le conseguenze di un eventuale rifiuto del lavoratore di sottoporsi agli accertamenti datoriali; e secondo alcuni, sussisterebbe l'obbligo per il lavoratore di sottoporsi alla rilevazione della temperatura corporea in base all'art. 2104 c.c. e all'art. 20, comma 2, lett. i) d.lgs. 81/2008. Quest'ultima impone al lavoratore di esporsi a controlli sanitari sia nei casi previsti dalla normativa, ma anche in qualsiasi altra ipotesi in cui i controlli siano disposti dal medico competente in virtù dell'esposizione a un rischio per la salute, pur sempre in conformità di un apposito protocollo sanitario⁶⁶. Sulla scia di tale ricostruzione il lavoratore che rifiuti di sottoporsi ai controlli, potrebbe sia incorrere nella

⁶⁶ F. Bacchini, Controlli sanitari sui lavoratori cit.

responsabilità disciplinare ex art. 7 st. lav. oppure incorrere in una contravvenzione ai sensi dell'art. 59, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 81/2008⁶⁷.

3.10 I profili relativi alla *privacy*

Sembra opportuno, ora, dedicare una parte alla questione relativa alla tutela della *privacy* emersa a seguito de misure potenzialmente idonee a “catturare” dati e informazioni sensibili. Ci si riferisce alle misure quali la rilevazione della temperatura corporea, al rilascio di una dichiarazione attestante la non provenienza da zone a rischio, alla dichiarazione attestante l'assenza di contatti con soggetti a rischio o, alla sottoposizione a test sierologici o a tamponi⁶⁸. Il bisogno venuto alla luce è stato senza dubbio quello di attuare un bilanciamento tra l'indispensabile esigenza di prevenire il contagio nel contesto lavorativo e la contemporanea esigenza di garantire il diritto alla *privacy* dei lavoratori nella fase emergenziale. Si può affermare che un equilibrio tra i due si è raggiunto grazie all'art. 17-bis del d.l. 17 marzo 2020 n. 18⁶⁹, che si è espresso, al comma 2, con riferimento all'utilizzazione dei dati personali “nei casi in cui risultino indispensabili ai fini dello svolgimento delle attività connesse alla gestione dell'emergenza sanitaria in atto”. La legittimità del trattamento è stata poi condivisa anche dal Comitato europeo sulla protezione dei dati personali, pronunciatosi con parere favorevole in virtù del tema della salute

⁶⁷ F. Bacchini, Controlli sanitari sui lavoratori cit.

⁶⁸ E. Dagnino, La tutela della *privacy* ai tempi del coronavirus: profili giuslavoristici, in Giust. civ. com., 2020.

⁶⁹ Decreto Cura Italia, cit.

e sicurezza sul lavoro nonché degli interessi generali connessi alla sanità pubblica. Tutto ciò, dice il Comitato, deve avvenire previa informativa al soggetto interessato⁷⁰. Tale giudizio, inoltre, è in linea con l'art. 9, lett. g) del GDPR che prescrive il divieto di trattamento quando questo “è necessario per motivi di interesse pubblico rilevante sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri, che deve essere proporzionato alla finalità perseguita, rispettare l'essenza del diritto alla protezione dei dati e prevedere misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato”. Anche la lettera i) del citato articolo rafforza la legittimità del trattamento se “questo è necessario per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica, quali la protezione da gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero o la garanzia di parametri elevati di qualità e sicurezza dell'assistenza sanitaria e dei medicinali e dei dispositivi medici, sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri che prevede misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti e le libertà dell'interessato, in particolare il segreto professionale”. Già sulla base di queste disposizioni possono essere raccolti elementi sufficienti a garantire quelle che erano le esigenze in gioco, ovvero la prevenzione del contagio, ma nel rispetto della tutela della privacy del lavoratore assicurata da un'adeguata informativa.

⁷⁰ Così il Comitato Europeo Per La Protezione Dei Dati Personali nella Dichiarazione sul trattamento dei dati personali nel contesto dell'epidemia di Covid-19 del 19 marzo 2020.

3.11 I test sierologici e i tamponi per la diagnosi di infezione da Covid-19

Vista la celere e ampia diffusione del virus, la scienza si è mossa al fine di cercare i più adeguati test per la diagnosi da Covid-19, così da intervenire prontamente all'isolamento del soggetto e ridurre il rischio dei contagi. È pertanto fondamentale che si opti per una scelta adeguata circa i test disponibili utili alla identificazione di infezione da SARS-CoV-2. L'elevata sensibilità e specificità dei test non sono in grado di fornire certezza sul tipo di test da utilizzare, soprattutto in ragione della contemporanea necessità di giungere a una diagnosi clinica in un preciso momento e l'indispensabile ripetizione del test entro una più ampia attività di sorveglianza che possa rilevare i soggetti positivi nel loro esatto periodo di contagiosità. L'aspetto che rimane essenziale è senza dubbio la celerità della diagnosi nei soggetti che presentano sintomi o che sono stati a contatto con soggetti positivi e questo per cercare di controllare e tenere sotto controllo la diffusione del virus. Diversi sono i criteri utili alla valutazione nella scelta dei test da utilizzare. A titolo esemplificativo si riportano alcuni parametri da tenere in considerazione:

- Tempi di esecuzione del test, alcune ore per i test molecolari⁷¹, contro i 15-30 minuti di un test antigenico rapido⁷²
- Necessità di personale specializzato e di apposita strumentazione disponibile solo in laboratorio (test molecolari), contro piccole strumentazioni portatili da utilizzare ovunque (test rapidi)
- Costi da affrontare per la ripetizione dei test e il trasporto dei campioni (test molecolari) contro l'esecuzione degli stessi in loco (test rapidi)

⁷¹ Saranno specificati in seguito.

⁷² Saranno specificati in seguito.

- Facilità di raccolta del campione nonché la formazione necessaria a raccogliere e processare i campioni
- Disponibilità dei reagenti e la stabilità dei campioni⁷³.

I test messi a disposizione e utili al rilevamento del virus, sono stati suddivisi in tre gruppi, ovvero tamponi molecolari, tamponi antigenici rapidi e test sierologici. Ci siamo occupati, durante la fase emergenziale, di studiare la loro funzionalità e dedichiamo una parte del paragrafo alla descrizione sintetica di ogni gruppo.

- **Test molecolare mediante tampone**

Si tratta di una indagine molecolare reverse transcription (rt)-Real Time PCR per la rilevazione del genoma (RNA) del virus SARS-CoV-2 nel campione biologico. Con questa metodica è possibile identificare in modo altamente specifico e sensibile uno o più geni bersaglio del virus presenti nel campione biologico e di misurare in tempo reale la concentrazione iniziale della sequenza target. I saggi in rt-Real Time PCR, seppur con indicazioni qualitative così come descritti e suggeriti dagli organi internazionali di riferimento, permettono di ottenere una curva di amplificazione il cui Cycle Threshold o ciclo soglia (CT) è inversamente proporzionale alla quantità del bersaglio genico come stampo iniziale presente nel campione. Quindi, in base a questo principio, maggiore è il numero delle “molecole stampo” presenti all’inizio della reazione e minore sarà il numero di cicli necessari per raggiungere un determinato valore di CT. Viceversa, un alto valore di CT, ottenuto dopo numerosi cicli di amplificazione, indica una bassa quantità di target genico iniziale e quindi di genoma

⁷³ World Health Organization. Target product profiles for priority diagnostics to support response to the COVID-19 pandemic v.1.0. Geneva: WHO; 2020.

virale. La rt-Real Time PCR è il “gold standard” per la diagnosi di COVID-19. La rilevazione dell’RNA virale di SARS-CoV-2 eseguita in laboratorio da campioni clinici (in genere tamponi nasofaringei o orofaringei) rimane il saggio di riferimento internazionale per sensibilità e specificità ed è in grado di rilevare il patogeno anche a bassa carica virale in soggetti sintomatici, pre-sintomatici o asintomatici. Per la complessità della metodica, la rilevazione di SARS-CoV-2 viene eseguita esclusivamente in laboratori specializzati con operatori esperti⁷⁴. Solitamente il risultato si ottiene in un minimo di 3-5.

- **Test antigenico rapido (mediante tampone nasale, naso-oro-faringeo, salivare)**

Già dalla metà del 2020, sono stati sviluppati nuovi tipi di test che hanno offerto risultati più rapidamente (30-60 minuti), con minor costo e senza la necessità di personale specializzato. Sono stati definiti test antigenici rapidi, strumenti utili e utilizzati soprattutto per le indagini di screening. Analogamente ai test molecolari, i saggi antigenici sono di tipo diretto, ossia valutano direttamente la presenza del virus nel campione clinico, a differenza dei test sierologici che sono di tipo indiretto, cioè rilevano la presenza di anticorpi specifici che indicano una infezione pregressa o in atto. A differenza dei test molecolari, però, i test antigenici rilevano la presenza del virus non tramite il suo acido nucleico ma tramite le sue proteine (antigeni). Questi test contengono come substrato anticorpi specifici in grado di legarsi agli antigeni

⁷⁴ Ministero della salute. Pandemia di COVID-19 – Aggiornamento delle indicazioni sui test diagnostici e sui criteri da adottare nella determinazione delle priorità. Aggiornamento delle indicazioni relative alla diagnosi di laboratorio (0011715-03/04/2020). Roma: Ministero della Salute; 2020.

virali di SARS-CoV-2 e il risultato della reazione antigene-anticorpo può essere direttamente visibile a occhio nudo o letto mediante una semplice apparecchiatura al “point of care” senza la necessità di essere effettuato in un laboratorio. I test intercettano, tramite anticorpi policlonali o monoclonali, specifici peptidi (porzioni proteiche) della proteina S (Spike) o N (nucleocapside) presenti sulla superficie virale di SARS-CoV-2. Il risultato negativo può mostrarsi laddove la concentrazione degli antigeni è inferiore al limite di rilevamento del test (es. se il prelievo è stato eseguito troppo precocemente rispetto all’ipotetico momento di esposizione) o se il campione è stato prelevato, trasportato o conservato impropriamente. Per questo, i produttori di tali kit evidenziano che un risultato negativo del test non esclude la possibilità di un’infezione da SARS-CoV-2 e la negatività del campione, a fronte di forte sospetto di Covid-19, dovrebbe essere confermata mediante test molecolare. I test molecolari sembrano avere una maggiore sensibilità prima della comparsa dei sintomi, mentre nella fase iniziale immediatamente successiva all’inizio dell’infezione i test rapidi antigenici e quelli molecolari hanno una sensibilità simile, rendendo utile l’uso anche dei primi⁷⁵.

- **Test sierologici**

I test sierologici rilevano l’esposizione al virus SARS-CoV-2 ma non sono in grado di confermare o meno una infezione in atto. Per questo, in caso di positività, si richiede l’esecuzione di un test molecolare su tampone per conferma. Come da circolare del Ministero della Salute 16106 del 9 maggio 2020, si ribadisce che “ la qualità e

⁷⁵ Mina MJ, Parker R, Larremore DB. Rethinking Covid-19 test sensitivity — A strategy for containment. *N Engl J Med* 2020 Sep 30. DOI: 10.1056/NEJMp2025631.

L'affidabilità di un test dipendono in particolare dalle due caratteristiche di specificità e sensibilità e, pertanto, sebbene non sussistano in relazione a esse obblighi di legge, è fortemente raccomandato l'utilizzo di test del tipo CLIA e/o ELISA che abbiano una specificità non inferiore al 95% e una sensibilità non inferiore al 90%, al fine di ridurre il numero di risultati falsi positivi e falsi negativi. Al di sotto di queste soglie, l'affidabilità del risultato ottenuto non è adeguata alle finalità per cui i test vengono eseguiti”.

Per il datore di lavoro, particolarmente spinosa è stata la questione riguardante la possibilità di sottoporre i propri dipendenti ai test che prontamente sono stati validati: i test sierologici e i tamponi (rapidi o molecolari) per la diagnosi di infezione da Covid-19. Dalla descrizione appena effettuata, quindi, i primi consentono di verificare se il lavoratore è entrato in contatto con il virus, ma in caso di positività, occorre però distinguere tra chi risulta ancora infetto e quindi portatore del virus (viene rilevata la presenza di anticorpi IgM) e chi invece è solo probabilmente infetto o comunque lo abbia debellato (viene rilevata la presenza di anticorpi IgG). I secondi prevedono l'analisi molecolare del nuovo Coronavirus per confermare o escludere l'infezione attuale. L'adozione di questi test consentirebbe di usufruire di un valido strumento per garantire la sicurezza nei luoghi di lavoro, monitorando e circoscrivendo possibili focolai. Tuttavia, la dottrina ha ritenuto che ora non sia possibile per il datore di lavoro effettuare direttamente sui propri dipendenti i test sierologici poiché si tratterebbe di un accertamento sanitario non consentito dall'art. 5 Stat. lav. Per garantire accesso sicuro al luogo di lavoro, disponendo che i dipendenti possano sottoporsi a tutti gli accertamenti sanitari per rintracciare il virus

e prevenire la sua diffusione, è stata auspicata una modifica dell'art. 5 cit., o comunque una eccezionale deroga alla disposizione con il controllo e la mediazione delle organizzazioni sindacali⁷⁶. Stesse considerazioni potrebbero essere fatte per i tamponi per la diagnosi dell'infezione da Covid-19. È stato inoltre rilevato che “l’attestazione da parte del medico competente della presenza di anticorpi che segnalano che il lavoratore è entrato in contatto con il virus (IgM ed IgG) – che comporta l'immediato divieto di accesso del lavoratore al luogo di lavoro – dovrebbe costituire di per sé certificazione dello stato di malattia. Il medico competente dovrebbe poi comunicare alla ASL il dato raccolto per permettere un controllo incrociato da parte delle strutture pubbliche tramite esami di laboratorio (tamponi nasali)”⁷⁷. Anche il Garante Privacy⁷⁸ si è espresso in merito alla possibilità per il datore di lavoro di effettuare test sierologici. L'unica figura idonea e abilitata a decidere circa la necessità di particolari esami clinici e biologici e a suggerire l'adozione di mezzi diagnostici al fine di contenere la diffusione del virus rimane quella del medico competente. Il datore di lavoro, secondo il Garante, può esclusivamente trattare i dati che si riferiscono al giudizio di idoneità alla mansione specifica e a quelle prescrizioni o limitazioni che il medico competente vorrà stabilire come condizioni di lavoro, ma non può trattare le informazioni relative alla

⁷⁶ M. T. Carinci, Back to work Back to work al tempo del Coronavirus e obbligo di sicurezza del datore di lavoro, 2020.

⁷⁷ M. T. Carinci, back to work, cit.

⁷⁸ Si veda la faq pubblicata il 24 aprile 2020 e poi trasfusa in un link <https://www.garanteprivacy.it/temi/coronavirus/faq#lavoro>.

diagnosi o all'anamnesi familiare del lavoratore, salvi i casi espressamente previsti dalla legge. La possibilità concessa al datore di lavoro è quella di offrire ai propri dipendenti di sottoporsi ai test sierologici o a tamponi presso strutture sanitarie pubbliche o private sostenendo in tutto o in parte i costi degli esami.

4. I Protocolli di sicurezza anti-contagio

Pur se abbiamo dedicato una piccola parte ai protocolli anti-contagio nella disamina delle misure prevenzionali di natura emergenziale, in questa sede si vuole offrire un approfondimento maggiore sugli stessi. I protocolli di sicurezza anti-contagio sembrerebbero essere la raccomandazione più inerente alla tutela della sicurezza dei lavoratori, raccomandazione alla quale, come abbiamo precedentemente detto, hanno partecipato anche le parti sociali⁷⁹. Difatti, all'emanazione del D.P.C.M., è subito seguito un confronto tra queste ultime, dal quale è emerso che le associazioni sindacali sostenevano la necessità di un protocollo condiviso sulle regole da seguire al fine di garantire la sicurezza di tutti i lavoratori, di contro i datori di lavoro preferivano un codice di autoregolamentazione, che fosse meno stringente e privo di sanzioni. In poche parole, auspicavano nella possibilità di prevedere una sorta di decalogo di buone prassi volontarie a cui le aziende possono o meno attenersi in totale autonomia. Sicuramente la discussione circa la natura contrattuale o unilaterale che dovrebbero avere tali protocolli sarebbe interessante da sviluppare,

⁷⁹ Il D.P.C.M. dell'11 marzo 2020 si riferisce ad intese tra organizzazioni datoriali e sindacali.

pur se non di semplice riuscita. Se si pensa che per un verso potrebbe apparire discutibile già il loro oggetto, ovvero una materia tipicamente indisponibile come la tutela della sicurezza sul lavoro, che ha costituito invece oggetto di contrattazione, ma non può però escludersi che il Governo, in virtù dalle intese tra le parti sociali su questi aspetti e vista l'eccezionalità del momento, abbia voluto marcare l'esigenza che sia utile e ragionevole una condivisa e partecipata definizione delle misure straordinarie per fronteggiare l'emergenza del coronavirus in considerazione dell'esclusiva importanza del bene comune in gioco, la salute dei lavoratori e di tutta la collettività. Questa impostazione è stata prevalente e si è giunti, infatti, all'emanazione di un Protocollo condiviso di regolazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro, che è stato sottoscritto il 14 marzo 2020 dalle organizzazioni confederali dei datori di lavoro e dei lavoratori, con il favore della piena attuazione da parte del Governo. Come si diceva, il contenuto del Protocollo consiste in linee guida condivise per agevolare le imprese nell'adozione di specifici protocolli di sicurezza anti-contagio, che possano permettere di proseguire l'attività produttiva in condizioni di sicurezza, con la possibilità di integrare le misure previste a livello nazionale dal Protocollo stesso con quelle più idonee alle peculiarità dell'organizzazione interna aziendale, previa consultazione delle rappresentanze sindacali aziendali. Sicuramente, così proposto, il protocollo può svolgere una funzione di importante ausilio per la gestione dell'attività aziendale in base alle specificità del lavoro, cercando di scongiurare l'ipotesi di sospensione della stessa in caso di mancato adeguamento. Ora però ci si domanda quale sia la natura

giuridica e la conseguente valenza del Protocollo. Se lo si vede come accordo interconfederale, dal punto di vista giuridico ne consegue un'efficacia soggettiva solamente di diritto comune, cioè per i datori di lavoro iscritti alle organizzazioni sindacali datoriali che l'hanno sottoscritto, con la singolare conseguenza di coloro che non sono iscritti e che quindi non sono obbligati a rispettarlo. Questo esito è però in qualche modo scongiurato dal fatto che l'assunzione di protocolli di sicurezza anti-contagio è oggetto di una specifica raccomandazione del D.P.C.M. dell'11 marzo 2020 e quindi i datori di lavoro non iscritti alle organizzazioni che l'hanno sottoscritto non possono comunque ignorare la raccomandazione e la necessaria adozione di misure di prevenzione finalizzate a evitare il contagio. Ove non adempissero alle raccomandazioni, oltre alla responsabilità civile e di risarcimento dei danni e all'eventuale imputazione ai sensi degli artt. 589 e 590 c.p. di cui si trattava in precedenza, potrebbero incorrere anche nella responsabilità amministrativa delle persone giuridiche di cui al d.lgs. 231/2001⁸⁰. Si ribadisce che il rischio è quello di una efficacia disomogenea e quindi sarebbe stato opportuno rendere pubblicistiche tali disposizioni, poiché l'adozione volontaria presenta maggiori dubbi in ordine alla loro effettività giuridica. Nel paragrafo precedente ci siamo occupati di tutto ciò che il Protocollo del 14 marzo 2020 ha prescritto al fine

⁸⁰ Si vede l'art. 25-septies modificato dall'art. 300 del d.lgs. n. 81/2008.

di attuare le prescrizioni del legislatore e le indicazioni dell'autorità sanitaria⁸¹, mentre in questa sede ci soffermeremo brevemente su altri aspetti che abbiamo ritenuto utile approfondire. Un primo riguarda le informazioni che il datore di lavoro ha l'obbligo di comunicare e che prescrivono di comunicare a tutti i lavoratori e a chiunque faccia ingresso in azienda le disposizioni delle autorità, non tanto a evidenziare i rischi presenti nell'organizzazione aziendale, ma cercando di consapevolizzare e responsabilizzare i destinatari rispetto ai comportamenti che saranno obbligati a tenere. Per certi aspetti si può affermare che, a fronte dell'emergenza del coronavirus il sistema di prevenzione delineato dal d.lgs. 81/2008 non perda efficacia né tanto meno si sterilizzi, ma anzi entri in gioco anche con tutti quegli obblighi di prevenzione gravanti sul lavoratore. Pertanto, responsabilizzare il lavoratore sulla base dell'informazione dovuta secondo il Protocollo potrebbe ritenersi superflua o addirittura non coerente con quanto stabilisce l'art. 20, comma 1, del d.lgs. 81/2008 in base al quale «ogni lavoratore deve prendersi cura della propria salute e sicurezza e di quella delle altre persone presenti sul luogo di lavoro, su cui ricadono gli effetti delle sue azioni o omissioni, conformemente alla sua formazione, alle istruzioni e ai mezzi forniti dal datore di lavoro». Pur se la violazione di tale previsione non è punita penalmente dal d.lgs. 81/2008, non si può però escludere che la stessa possa far sorgere una responsabilità disciplinare. Altro aspetto che ci pare opportuno approfondire, sono

⁸¹ Si vedano le circolari del Ministero della salute del 3 febbraio 2020 e del 22 febbraio 2020 (questa aggiornata al 9 marzo 2020).

le modalità di ingresso nei locali aziendali, in particolar modo il controllo della temperatura corporea, sia da un punto di vista operativo, che per la tutela della privacy. L'Autorità garante della privacy, nella comunicazione del 2 marzo 2020, ha evidenziato la necessità che l'acquisizione di informazioni rilevanti ai fini della prevenzione della diffusione del coronavirus dovesse spettare ai soggetti istituzionali. I datori di lavoro avrebbero dovuto quindi astenersi dal raccogliere, sistematicamente e in modo generalizzato, informazioni sulla presenza di eventuali sintomi influenzali del lavoratore e dei suoi contatti più stretti. L'esigenza di contemperare il diritto alla salute pubblica con quello alla riservatezza dei dati ha portato gli autori del Protocollo a inserirvi nello stesso lunghe indicazioni circa le garanzie per poter operare nel rispetto della privacy.

5. I casi accertati di infezione da coronavirus (SARS- CoV-2) in occasione di lavoro e l'infortunio sul lavoro (art. 42, comma 2, d.l. n. 18/2020)

Il primo capitolo lo abbiamo dedicato alla disamina delle fonti in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, evidenziando come un tempo la tutela contro gli infortuni e le malattie professionali si basava sull'idea che il datore di lavoro fosse esonerato dalla responsabilità per l'evento dannoso cagionato, grazie al pagamento di un premio all'istituto previdenziale, trattandosi quindi di una sorta di assicurazione privata. Con l'avvento della Costituzione l'assicurazione obbligatoria si allontana dalla staticità del concetto assicurativo di rischio per giungere all'interpretazione dell'art. 38, co. 2, Cost., coordinata con l'art. 32 Cost., avente il fine di garantire con la massima efficacia la tutela fisica dei lavoratori. Facendo un

balzo ai giorni nostri, il Governo, attraverso la relazione illustrativa d.l. Cura Italia del 17 marzo 2020, ha definito i tre principali obiettivi della sua azione, che ha individuato nella protezione della salute dei cittadini, nel sostegno del sistema produttivo e nella salvaguardia della forza lavoro, ed è proprio in quest’ottica che va collocato l’art. 42 del d.l., intitolato «Disposizioni INAIL», disciplinante l’intervento dell’Istituto nell’emergenza pandemica⁸². Il citato articolo ha immediatamente sollevato contestazioni e dubbi circa l’equiparazione del contagio da Covid-19 all’infortunio sul lavoro. Secondo tale disposizione, l’Inail “assicura, ai sensi delle vigenti disposizioni, la relativa tutela dell’infortunato [...] nei casi accertati di infezioni da coronavirus in occasione di lavoro” illustrando le ragioni per le quali non sarebbe stato possibile negare la tutela antinfortunistica al lavoratore che fosse stato contagiato “in occasione di lavoro”, sia sulla base di una giurisprudenza che condivide un’ampia nozione della stessa, sia in virtù di alcune disposizioni del d.P.R. n. 1124 del 1965, sottolineando come sia rilevante ai fini della tutela solo che l’attività lavorativa che sia svolta secondo il contratto di lavoro. Da ciò si evince la dubbia utilità della norma citata o comunque la non indispensabile ragione di esistenza per garantire la copertura Inail. E a questa tesi ha convenuto unanime dottrina, facendo salvo chi ha comunque voluto sostenere che la norma potesse risultare non del tutto vana se non altro per il fatto che abbia in qualche modo aiutato a eliminare eventuali dubbi interpretativi che sono sorti soprattutto da parte del mondo imprenditoriale. Quest’ultimo si è mostrato “agitato” e preoccupato nel

⁸² CORSALINI, Coronavirus, la tutela dell’Inail in caso di contagio del lavoratore, *Questione giustizia*, aprile 2020.

timore che dall'equiparazione potesse scaturire una automatica responsabilità dei datori di lavoro, sia da un punto di vista civile che penale con le rigide e severe sanzioni che ne sarebbero conseguite. Tuttavia, con due circolari in successione⁸³, l'Istituto assicuratore ha subito chiarito che l'art. 42 non presentava aspetti innovativi rispetto "all'indirizzo vigente in materia di trattazione dei casi di malattie infettive e parassitarie", in quanto l'Inail ha sempre previsto la tutela per tali "affezioni morbose, inquadrando, per l'aspetto assicurativo, nella categoria degli infortuni sul lavoro", e pertanto era da ricondurre a essi anche i casi di infezione da coronavirus occorsi a qualsiasi soggetto assicurato dall'Istituto. L'art. 42 del "Cura Italia", quindi, sembra aver riproposto effetti che si sarebbero realizzati anche se non fosse stato emanato, mantenendo carattere innovativo solo per contenuti quali il mancato computo dell'infortunio eventualmente accertato ai fini del calcolo del premio aziendale e l'erogazione delle prestazioni anche per il periodo di quarantena o di permanenza domiciliare. Considerato tutto quanto esposto, è da sottolineare inoltre come l'art. 42 cit. interviene nel rapporto tra lavoratore e Inail per ciò che attiene i fini indennitari, rimanendo estraneo a qualsivoglia valutazione circa condotte eventualmente omissive del datore di lavoro che possano risultare causa di contagio. L'assicurazione pubblica non è subordinata a nessun accertamento di responsabilità datoriale, ma si richiede esclusivamente che l'evento si sia verificato in occasione di lavoro, a prescindere dal fatto che l'imprenditore abbia o meno rispettato le misure prescritte. Per tale ragione non possono essere confusi i

⁸³ Vedasi circolari INAIL del 13 aprile e del 20 maggio 2020.

presupposti per la responsabilità civile o penale del datore di lavoro con quelli previsti per l'erogazione di un indennizzo Inail. Si ha diritto a quest'ultimo in ragione dell'oggettività della contrazione del virus in ambito lavorativo prescindendo da un'eventuale responsabilità del datore di lavoro per l'omissione della predisposizione di tutele preventive. Questa responsabilità, infatti, si basa su diversi presupposti rispetto a quelli previsti per l'intervento protettivo dell'Istituto e, per di più, andrà accertata secondo le proprie e rigorose regole, dando luogo ad eventuali e ulteriori conseguenze a carico del datore di lavoro sul piano della responsabilità civile o penale⁸⁴. I dubbi sorti nel caso di lavoratore risultato affetto da Covid-19 che richiedesse la tutela Inail hanno riguardato l'esatta qualifica del contagio, se questo potesse essere riconducibile all'infortunio sul lavoro o alla malattia professionale, avendo, questi ultimi, presupposti e conseguenze differenti. La differenza tra infortunio sul lavoro e malattia professionale sta nella concentrazione e violenza del fattore causale; difatti, l'infortunio sul lavoro consiste, ai sensi dell'art. 2 del T.U. n. 1124 del 1965, in una "causa violenta" verificatasi in occasione di lavoro, mentre la malattia professionale deve essere causalmente connessa all'attività lavorativa, derivando da un'azione patogena sull'organismo protratta nel tempo, come disposto dall'art. 3 T.U. Il legislatore ha così condiviso la soluzione della giurisprudenza di legittimità, nonché gli orientamenti assunti in

⁸⁴ RIVERSO, Vero e falso sulla responsabilità datoriale da Covid-19. Aspetti civili, penali e previdenziali, *Questione giustizia*, 2020.

sede amministrativa dall'Inail, secondo cui la causa virulenta può essere equiparata alla causa violenta, in ragione del fatto che l'aggressione del virus è idonea a danneggiare l'integrità psico-fisica del lavoratore con azione efficiente, intensa e concentrata nel tempo. La Suprema Corte afferma da tempo che per "causa violenta" possa considerarsi anche l'azione di fattori microbici o virali che, penetrando nell'organismo umano, determinano l'alterazione dell'equilibrio anatomico-fisiologico, anche se gli effetti si manifestano dopo un certo tempo⁸⁵. Contrarre il Covid-19 sul luogo di lavoro è stato ritenuto dall'Inail un infortunio, ma questo non significa che sia colpa del datore di lavoro in tutti i casi. Il riconoscimento del contagio come infortunio, ne fa conseguire che l'assenza dal lavoro sarà considerata allo stesso modo che se il lavoratore avesse subito un incidente, e che, laddove gli effetti dell'infortunio si protraggano nel tempo o abbiano effetti irreversibili, sarà riconosciuto al lavoratore un vitalizio o una pensione di invalidità. Pertanto, affinché il lavoratore possa essere ammesso alla tutela Inail, sarà necessario dimostrare la correlazione tra il danno e il lavoro. L'eccezione a ciò è rappresentata da quei settori in cui esiste un rischio specifico di contagio e pertanto si parlerà di presunzione circa l'esposizione professionale. Negli altri casi, dove il rischio non è strettamente legato al lavoro svolto, sarà necessario procedere con una serie di indagini volte alla valutazione della correlazione. Confermata la qualifica del contagio da Covid-19 come infortunio piuttosto che

⁸⁵ Si fa riferimento alle fattispecie di contrazione di epatite HCV da parte di personale sanitario puntosi con strumenti infetti; in merito si vedano Cass. n. 20941 del 28/10/2004 e Cass. n. 9968 del 12/05/2005.

come malattia professionale, è da sottolineare come ne consegue una maggiore facilità di accertamento dei presupposti d'indennizzabilità, in quanto per quella dell'infortunio è richiesta l'«occasione di lavoro» ai sensi del già richiamato primo comma dell'art. 2 del T.U. n. 1124 del 1965, mentre per il riconoscimento della malattia professionale è necessario che essa sia stata contratta «nell'esercizio e a causa » dell'attività lavorativa svolta ai sensi dell'art. 3 dello stesso Testo Unico, richiedendo una maggior connessione con l'attività lavorativa rappresentata dalla derivazione eziologica. La Corte di Cassazione, infatti, ha più volte chiarito che affinché l'infortunio sia indennizzabile da parte dell'Inail, non è necessario che sia avvenuto nell'espletamento delle mansioni tipiche disimpegnate dal lavoratore, essendo sufficiente che lo stesso sia avvenuto per fatti attinenti alle condizioni di svolgimento della prestazione, e anche durante lo svolgimento di attività strumentali o accessorie⁸⁶. È doveroso ricordare come venga considerato infortunio sul lavoro anche quello che, pur non avvenendo direttamente mentre si svolgono le proprie mansioni, si verifica mentre si percorre il tragitto da casa verso il posto di lavoro e viceversa. Lo stesso criterio è applicato agli eventi di contagio da nuovo coronavirus accaduti durante tale percorso, con l'applicazione della relativa disciplina e presupposti d'indennizzabilità. Viene quindi in rilievo l'art. 12 del d. lgs. 38/2000 in ricezione della giurisprudenza di legittimità, il quale ha previsto che «salvo il caso di interruzione o deviazione del tutto indipendente dal lavoro o, comunque, non

⁸⁶ Si veda Cass. n. 9913 del 13/5/2016, Cass. n. 12549 del 22/05/2018.

necessitate, l'assicurazione comprende gli infortuni occorsi alle persone assicurate durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione a quello di lavoro, durante il normale percorso che collega due luoghi di lavoro se il lavoratore ha più rapporti di lavoro e, qualora non sia presente un servizio di mensa aziendale, durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di lavoro a quello di consumazione abituale dei pasti. L'assicurazione opera anche nel caso di utilizzo del mezzo di trasporto privato, purché necessitato. Permane comunque la necessità, al fine di ottenere la tutela assicurativa durante il percorso casa-lavoro, che vi sia un nesso di occasionalità tra l'infortunio e il lavoro e, inoltre, che non siano subentrati fattori idonei ad interromperlo. L'Inail spiega che per infortunio in itinere non si intendono solo gli incidenti della circolazione stradale, ma tutti quelli avvenuti al lavoratore assicurato durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione a quello di lavoro, anche gli eventi di contagio. Anche per questo tipo di infortuni, le indagini dell'Inail riguarderanno la tipologia del mezzo utilizzato, il percorso e la frequenza degli spostamenti, e se vi era la possibilità di scegliere un mezzo di trasporto meno pericoloso. Rimane stabile l'orientamento secondo cui non si ha diritto alla tutela assicurativa qualora la condotta dal lavoratore sia derivante da una scelta volontaria dello stesso, diretta a soddisfare esigenze meramente personali ed estranee all'attività lavorativa, configurandosi quello che viene definito "rischio elettivo". Questo deve essere considerato un elemento diverso rispetto alla condotta colposamente imprudente del danneggiato che, pur potendo rilevare riducendo la responsabilità civile del datore di lavoro, non esclude la copertura dell'assicurazione sociale.

6. Gli obblighi dei datori di lavoro per la tutela contro il rischio di contagio da COVID-19 (art. 29 bis, d.l. n. 23/2020 come introdotto dall'art. 1, comma 1, l. n. 40/2020)

Come abbiamo appena esposto, la norma di cui all'art. 42, comma 2, d.l. n. 18/2020 ha fatto sorgere non pochi dubbi, ma soprattutto notevoli timori nel contesto imprenditoriale⁸⁷. Si temeva, per l'appunto, che l'equiparazione del contagio nell'ambiente lavorativo all'infortunio sul lavoro potesse dar vita ad automatiche responsabilità in capo ai datori stessi. Superata però l'idea del c.d. "scudo penale"⁸⁸, il Legislatore ha inserito in sede di conversione del Decreto Liquidità 23/2020⁸⁹, la nuova disposizione dell'art. 29-bis, intitolata "Obblighi dei datori di lavoro per la tutela contro il rischio di contagio da COVID-19". L'intenzione era quella di delimitare l'ambito della responsabilità ex art. 2087 c.c. del datore di lavoro, o almeno questo sembrava il proposito, ma gli esiti sono stati alquanto discutibili. Secondo alcuni, il nuovo articolo, avrebbe di fatto escluso l'applicazione del principale effetto dell'art. 2087 c.c., ovvero l'obbligo per il datore di lavoro, alla luce del principio della massima sicurezza tecnologicamente possibile o disponibile, di adottare non solo le misure di prevenzione nominate, ma anche quelle definite innominate. Nel caso dell'emergenza sanitaria e in ragione delle tante incertezze che caratterizzano il virus, tali misure potrebbero configurarsi non solo inefficaci, ma anche pericolose per il

⁸⁷ Sul tema molte riviste specializzate su Lavoro e Sicurezza, il Sole 24 Ore, G. NEGRI, Il rispetto dei protocolli esclude responsabilità dell'imprenditore, e D. COLOMBO, Infortuni Covid, approvate le tutele per i datori in regola.

⁸⁸ Si veda il rapporto "Iniziativa per il rilancio Italia 2020-2022", il punto 1 della sezione Imprese Lavoro, motore dell'economia.

⁸⁹ Convertito con Legge n. 40/2020.

fatto che permane la necessità che lo si combatta con criteri omogenei. Secondo altri, invece, la norma andrebbe interpretata sull'idea che l'applicazione dei protocolli costituisce la soglia minima e inderogabile di sicurezza, cioè quella necessaria ma non sufficiente a garantire la sicurezza dei lavoratori⁹⁰. Non sembra esserci dubbio sul fatto che la portata della norma dipenda dall'interpretazione che se ne fa, ma appare evidente che il nuovo articolo non abbia una valenza derogatoria rispetto all'attuale assetto di responsabilità datoriali in materia di sicurezza, ma piuttosto individui, con il valore di legge, una serie di obblighi in capo all'imprenditore ai fini della prevenzione dell'infortunio da Covid-19, la cui osservanza solleva l'imprenditore dalla sola responsabilità civile ex art 2087 c.c.. Difatti, già l'art. 2087 c.c. disponeva che il datore di lavoro non è responsabile di ogni infortunio, ma solo di quelli che ha contribuito a causare non adottando le necessarie misure di prevenzione. Sicuramente, in virtù del fatto che il rischio da Covid-19 rientra ormai nella valutazione dei rischi di tutte le aziende, agli imprenditori si sarebbe potuto dare almeno il modo di conoscere quali fossero le misure di sicurezza da adottare per prevenirlo. Ma allora ci si chiede quale sia stato l'apporto che l'art. 29-bis ha offerto. Nella pratica sembra che si richieda all'imprenditore un notevole sforzo nel ricercare le molteplici e differenti linee guida emanate a livello nazionale e regionale, ricerca a cui deve seguire una comparazione tra le stesse affinché si possano individuare quelle che, almeno astrattamente, abbraccino al meglio l'attività che si svolge, sempre con

⁹⁰ P. ALBI, *Sicurezza sul lavoro e responsabilità del datore di lavoro nella fase della pandemia*, in "Il lavoro nella giurisprudenza", 2020, n. 12.

il rischio di disperdersi nelle tante indicazioni date, a volte anche tra loro contrastanti⁹¹. L'art. 29-bis prevede infatti: “Ai fini della tutela contro il rischio di contagio da COVID-19, i datori di lavoro pubblici e privati adempiono all’obbligo di cui all’articolo 2087 del codice civile mediante l’applicazione delle prescrizioni contenute nel protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del COVID-19 negli ambienti di lavoro, sottoscritto il 24 aprile 2020 tra il Governo e le parti sociali, e successive modificazioni e integrazioni, e negli altri protocolli e linee guida di cui all’articolo 1, comma 14, del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, nonché mediante l’adozione e il mantenimento delle misure ivi previste. Qualora non trovino applicazione le già menzionate prescrizioni, rilevano le misure contenute nei protocolli o accordi di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale”. In questo modo, l’obbligo previsto dall’art. 2087 c.c. si ritiene assolto applicando il protocollo condiviso del 24 aprile 2020, nonché gli altri protocolli e linee guida⁹² “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”. Si evince una certa confusione e un rinvio troppo frequente ai diversi protocolli. Inoltre, considerato che le norme di comportamento anticontagio sono state costantemente

⁹¹ A titolo di esempio, la Regione Toscana ha sempre preferito come misura di distanziamento, adottare 1,8 metri anziché 1 metro, come invece previsto a livello nazionale.

⁹² Si veda l’art. 1, comma 14.

aggiornate e talvolta persino contraddette anche nello stesso ambito scientifico⁹³, all'imprenditore toccherà verificare in itinere l'attualità ed efficacia sia dei protocolli che delle linee guida, adottando eventuali modifiche in tempo reale. L'art. 29-bis appare quindi come una disposizione che, riferendosi ad una norma aperta ed elastica quale l'art. 2087 c.c., prova a definirne il contenuto, richiamando altre norme, quali linee guida e protocolli, che però non solo rimandano ad altre fonti, ma soprattutto richiedono all'imprenditore di predisporre norme di sicurezza sulla propria realtà produttiva e di verificarne l'efficacia nel tempo. Difatti, il Protocollo del 24.4.2020 prevede che l'imprenditore debba comunque integrare le misure ivi previste "con altre equivalenti o più incisive secondo le peculiarità della propria organizzazione", consultandosi preventivamente con le rappresentanze sindacali. Si vuole sottolineare ora come in base all'art. 2087 c.c., il datore di lavoro è responsabile per non avere adottato le misure che siano in grado di impedire e prevenire l'infortunio, di contro l'art. 29-bis richiama l'imprenditore alla complessiva applicazione dei protocolli. Così statuendo, però, si afferma anche che se quindi il datore di lavoro ha provveduto a distanziare i dipendenti, dotandoli di mascherine e formandoli sulle procedure, ma non ha mai costituito o convocato il "Comitato per l'applicazione e la verifica delle regole del protocollo"⁹⁴, previsto dal Protocollo, potrà comunque essere ritenuto responsabile ex art. 2087 c.c. del contagio/infortunio da Covid-19 eventualmente occorso al dipendente. C'è chi, di converso, ha voluto dare un'interpretazione differente all'art. 29-bis, sostenendo che con quest'ultimo il legislatore ha inteso

⁹³ Un esempio è dato dai dispositivi di mascherine e guanti.

⁹⁴ Si veda il punto 13 del Protocollo condiviso del 24 aprile 2020.

prescrivere, circoscrivendolo, l'adempimento dovuto in via esclusiva dal datore di lavoro quanto alla prevenzione del rischio di contagio da Covid-19, richiamando l'art. 2087 c.c. per dare soluzione al concorso apparente di questa norma con le "prescrizioni" contenute nei Protocolli⁹⁵. Difatti, l'idea che l'art. 29-bis volesse indicare una tra le tante modalità di adempimento dell'art. 2087 c.c., il quale continuerebbe, per il resto, a mantenere la sua normale operatività, non appare plausibile, poiché i Protocolli avevano già acquisito forza di legge in base all'art. 1, comma 14, del d.l. n. 33/2020 e, quindi, il legislatore non aveva alcuna necessità di richiamarli nell'art. 29-bis per renderli vincolanti erga omnes. Se si sposa questa opinione, l'obbligo per il datore di lavoro di rispettare le "prescrizioni" contenute nei Protocolli non deriva dall'art. 2087 c.c., come potrebbe indurre una prima lettura dell'art. 29-bis, ma piuttosto dagli stessi Protocolli che hanno una propria efficacia, rafforzata e generalizzata dal sopra citato art. 1, comma 14. I sostenitori di tale interpretazione asseriscono inoltre che il riferimento all'art. 2087 c.c. non può essere finalizzato ad affermarne l'applicazione neanche in concorso con le misure speciali per il contrasto al Covid-19, perché la norma codicistica ha una funzione di chiusura del sistema di sicurezza nei luoghi di lavoro destinata ad operare per *default*, senza esser necessario che la sua osservanza venga prescritta ogni volta dallo stesso legislatore. In questa ipotesi, pertanto, il richiamo all'art. 2087 c.c. sarebbe superfluo e da eliminare, in quanto l'interprete dovrebbe cercare di attribuire alla norma un concreto significato. In ultimo, se si ritenesse che l'art. 29-bis sia finalizzato a ribadire

⁹⁵A. MARESCA, Il rischio di contagio da COVID-19 nei luoghi di lavoro: obblighi di sicurezza e art. 2087 c.c. (prime osservazioni sull'art. 29-bis della l. n. 40/2020), cit.

l'applicabilità dell'art. 2087 c.c., con lo scopo di indicare i contenuti degli adempimenti gravanti sul datore di lavoro limitandoli alle “prescrizioni” dei Protocolli, il richiamo della norma codicistica risulterebbe contraddittorio e neutralizzerebbe l'effetto caratterizzante la norma stessa, fonte delle c.d. misure di sicurezza innominate. Da ciò, si ha conferma che il riferimento all'art. 2087 c.c. è, invece, operato per escludere il concorso di questa con le “prescrizioni” dei Protocolli che si sostituiscono ad essa, operando in via esclusiva.

7. Il rapporto tra regole ordinarie e regole prevenzionali/emergenziali

Dopo aver analizzato le misure emergenziali, vogliamo ora dedicare questa parte alla valutazione delle stesse in comparazione con le regole ordinarie⁹⁶, tentando di comprendere se le prime si sostituiscono o meno alle seconde o comunque in quale relazione si pongano con queste ultime e se quindi le disposizioni emergenziali costituiscano un corpus normativo temporaneo causato dalla peculiare situazione epidemiologica o se, tali regole, coesistano semplicemente con quelle ordinarie, figurandosi come una transitoria specificazione con riferimento al tema del contagio da Covid- 19. Quest'ultima considerazione è sicuramente da ritenersi valida poiché la sospensione delle regole ordinarie toglierebbe senso alle stesse regole temporanee che se da un lato necessitano di una cornice generale nella quale collocarsi, dall'altro non hanno la dote dell'eshaustività. Difatti, dall'analisi che abbiamo svolto dell'art. 29-

⁹⁶ A. MARESCA, Il rischio di contagio da COVID-19 nei luoghi di lavoro: obblighi di sicurezza e art. 2087 c.c. (prime osservazioni sull'art. 29-bis della l. n. 40/2020), cit.

bis del d.l. n. 23/2020 conv. in l. n. 40/2020, abbiamo evidenziato come lo stesso sembri aver voluto indicare una specifica delimitazione dell'obbligo di sicurezza, prevedendo che l'applicazione delle prescrizioni contenute nel Protocollo condiviso rappresentino adempimento "dell'obbligo di cui all'art. 2087 del Codice civile". Nonostante le criticità sollevate, come abbiamo sottolineato soprattutto sul piano pratico, la norma potrebbe esser vista di portata innovativa se si pensa al fatto che il legislatore rinvia all'autonomia collettiva, la quale assume una vera e propria funzione normativa nell'esclusivo terreno dell'individuazione delle misure emergenziali da adottare nei luoghi di lavoro. Tuttavia, i dubbi sorgono quando si fa riferimento ad accordi delle cui previsioni si ignora il contenuto. Orbene, in questa ipotesi il legislatore ha dunque totalmente delegato alle parti sociali la funzione di individuare addirittura con quali modalità debba ritenersi adempiuto l'art. 2087 c. c. al fine di contenere la diffusione del virus. In virtù degli adempimenti soprattutto di natura tecnica che sono collegati all'obbligo di sicurezza, la soluzione normativa di demandare in bianco alle parti sociali l'individuazione delle misure di prevenzione, ha fatto sorgere non poche perplessità proprio per il suo carattere alquanto generico. Inoltre, il fatto che il legislatore contempra l'ipotesi che le disposizioni dei vari protocolli non trovino applicazione, evidenzia che la legge non ha voluto attribuire efficacia obbligatoria al Protocollo, ma abbia piuttosto voluto individuare uno standard minimo di sicurezza da applicare in qualsiasi ambiente di lavoro. Per quanto riguarda il rinvio fisso al Protocollo condiviso, si pone il problema della non esaustività delle regole individuate dallo stesso che, quindi, non possono rappresentare l'esatto adempimento dell'obbligo di sicurezza. Ad ogni modo, il

tentativo di delimitare la portata dell'obbligo di sicurezza al rispetto del protocollo andrebbe esaminato con lente critica poiché il punto di osservazione rimane la massima sicurezza tecnologicamente possibile anche alla luce della consolidata elaborazione giurisprudenziale. E per tale ragione, sarebbe opportuno indirizzarsi verso una lettura che favorisca l'interazione tra le regole ordinarie e le regole transitorie dovute alla situazione epidemiologica, confermato dalla disamina delle misure emergenziali che abbiamo svolto nel capitolo secondo. Queste misure, infatti, per poter soddisfare quelle imprescindibili esigenze di prevenzione, richiedono l'esclusivo sostegno della legge e degli atti normativi emanati in via emergenziale. Ad esempio, la previsione protocollare sul tema delle mascherine⁹⁷ ha trovato ragione nell'art. 16 d.l. 18/2020 il quale ha previsto che le stesse siano riconosciute come DPI fino alla cessazione dello stato di emergenza. In aggiunta, in tema di sorveglianza sanitaria sui lavoratori fragili, un riferimento importante lo si è rintracciato nell'art. 83 del d.l. 34/2020, mentre per ciò che ha riguardato l'areazione dei locali, le indicazioni da seguire si sono integrate con le misure di prevenzione da adottare in tema di uso dei condizionatori negli ambienti di lavoro alla luce delle indicazioni dell'Istituto Superiore di Sanità⁹⁸. Considerando poi la tematica delicata dell'aggiornamento della valutazione dei rischi, il Protocollo non si è pronunciato per la chiara ragione che su una simile materia risulta difficile concepire un intervento dell'autonomia collettiva che non sia integrato con la legge. Appare opportuno

⁹⁷ Si veda il punto 6 del Protocollo.

⁹⁸ Si veda il Rapporto ISS COVID-19 n. 5/2020.

domandarsi in quale perimetro collocare le misure emergenziali trattate. Sembrerebbe che solo l'art. 2087 c.c. possa essere d'ausilio anche in riferimento alle modalità di adempimento⁹⁹. Chiaramente bisogna precisare che l'obbligo di sicurezza non è dato solo dal rispetto dell'art. 2087 c.c., ma che questo sia il risultato di un sistema circolare entro il quale interagiscono la norma generale di cui all'art. 2087 c.c. e le norme speciali, quali il d.lgs. 81/2008 e l'intera disciplina prevenzionistica di matrice comunitaria. La norma di natura generale impone una specifica direzione alle norme speciali che permette un buon inquadramento; le norme speciali arricchiscono l'obbligo di sicurezza dettagliandolos con specificazioni che corroborano la portata prevenzionale dell'obbligo. Per quanto finora detto, l'art. 29-bis può essere interpretato come disposizione che individua una condizione necessaria ma non sufficiente per adempiere l'obbligo di sicurezza¹⁰⁰.

CAPITOLO III

LA RESPONSABILITÀ DEL DATORE DI LAVORO PER VIOLAZIONE DEGLI OBBLIGHI DI SICUREZZA

1. Premessa

L'emergenza sanitaria da Covid-19 ha portato le autorità centrali e quelle locali a emanare una serie di norme a tutela della salute pubblica, venute alla luce in tempi

⁹⁹ M. Marazza, L'art. 2087 c.c. nella pandemia Covid-19 (e oltre), Rivista italiana di diritto del lavoro, n. 2/20.

¹⁰⁰ Così G. NATULLO, Covid- 19 e sicurezza sul lavoro: nuovi rischi, vecchie regole?, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 413/2020, 11, che ritiene che le misure emergenziali siano misure minime da seguire.

diversi e in base ai rispettivi ambiti di competenza. La normazione, tramite interventi straordinari di natura legislativa e amministrativa, ha interessato di fatto tutti i settori della vita sociale, fino a divenire applicabile anche alle attività produttive. Per contenere e combattere la progressiva e celere capacità diffusiva del virus, il mondo del lavoro si è visto inevitabilmente coinvolto in due momenti diversi, rispettivamente nella fase di lockdown e nella successiva fase di ripresa, nella individuazione e definizione di procedure concordate e misure precauzionali al fine di garantire e assicurare la ripresa dei processi produttivi in condizioni di sicurezza, tentando di evitare un aggravamento del rischio di contagio nei locali aziendali. Dalla normazione emergenziale di cui ci siamo occupati nel capitolo precedente, comprensiva, quindi, delle procedure protocollari che hanno assunto portata generale e vincolante, è sorto un serrato dibattito sulle conseguenze che discenderanno dalle nuove regole cautelari predisposte a evitare la diffusione del contagio da Covid-19, sia in riferimento ai nuovi obblighi datoriali, sia per ciò che concerne le conseguenze nel caso di mancata osservanza delle stesse.

2. La prova del contagio da Covid-19

Nella già esaminata Circolare Inail 3 aprile 2020 n. 13, seguita da una comunicazione del 17 marzo 2020 e un ulteriore documento del 20 maggio 2020 n. 22, l'Istituto ha classificato il contagio da Covid-19 come infortunio sul luogo di lavoro. Quest'ultimo può essere dimostrato anche attraverso presunzioni semplici, (seguendo una linea giurisprudenziale stabilita per malattie infettive e

parassitarie¹⁰¹), dove la causa infettiva è considerata alla stregua di una causa di natura violenta, come delineato nelle direttive Inail del 23 novembre 1995, n. 74, relative al trattamento di tali malattie.

Tuttavia, se da un lato è compito del lavoratore dimostrare che il contagio da Covid si è verificato durante l'esecuzione del proprio lavoro, dall'altro lato esistono alcune professioni ad alto rischio (personale sanitario, addetti ai servizi di front office, cassieri e personale addetto alle vendite) per le quali l'Inail ha stabilito una presunzione base di contagio professionale, invertendo così l'onere della prova sui datori di lavoro.

Sussiste, però, una notevole differenza tra il riconoscimento del contagio come incidente lavorativo ai fini della protezione previdenziale e la dimostrazione della responsabilità del datore di lavoro, nonché l'obbligo di risarcimento del danno. Nel primo caso, come evidenziato, è sufficiente una prova basata su ipotesi plausibili, mentre nel secondo è necessario provare la condotta negligente e portare prova concreta del nesso causale al fine di stabilire una responsabilità penale e civile del datore di lavoro.

Dimostrare che un lavoratore si sia infettato sul luogo di lavoro non sarà un compito semplice, in quanto identificare con precisione il momento e il luogo del contagio da Covid-19 sarà infatti molto complesso. Basti considerare che, secondo il Ministero della Salute, il tempo tra il contagio e la comparsa dei sintomi clinici

¹⁰¹ Cass., 1 giugno 2000 n. 7306, 8 aprile 2004 n. 6899, 28 ottobre 2004 n. 2094.

varia fino a un massimo di 14 giorni, senza trascurare che è stato appurato che la maggior parte dei contagi avviene in ambito familiare.

3. L'infortunio sul lavoro Covid-19 nella responsabilità penale

La pandemia ha imposto ai datori di lavoro la responsabilità di adottare misure preventive e protettive per salvaguardare la salute dei lavoratori, con l'obbligo di fornire dispositivi di protezione individuale e rispettare le norme antinfortunistiche. In caso di mancato rispetto di tali misure, i datori di lavoro possono essere soggetti a responsabilità civile piuttosto che penale.

In ambito penale, preme ricordare fin da subito come il sistema sanzionatorio in materia antinfortunistica possa essere suddiviso in tre gruppi di violazioni. Il primo di questi ha riguardo alle classiche fattispecie di reato, ossia l'omicidio colposo e le lesioni colpose rispettivamente previste dagli artt. 589 e 590 c.p., nelle quali la sicurezza del lavoro trova chiaro apprezzamento nelle circostanze aggravanti speciali, prevedendo queste ultime la violazione di norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro. Il secondo gruppo si riferisce alle fattispecie incriminatrici di natura preventiva sempre disciplinate dal Codice penale agli artt. 437 e 451; il terzo e ultimo gruppo riguarda, invece, le leggi di settore quali, ad esempio, l'art. 55 del d.lgs. 81/2008 che punisce con l'arresto da tre a sei mesi o con l'ammenda da 2.500 a 6.400 euro il datore di lavoro che non redige il documento di valutazione dei rischi o che non provvede alla nomina del responsabile del servizio di prevenzione e protezione. Senza dubbio, le ipotesi di reato più gravi si configurano quelle di lesioni e omicidio in relazione alla violazione sulle norme infortunistiche ed è importante

evidenziare che l'elemento soggettivo richiesto dalle norme ha natura colposa. Proprio in virtù di quest'ultimo, appare giusto premettere che la pandemia ha messo in crisi la capacità di prevedere e prevenire il contagio in un contesto di emergenza in cui le conoscenze scientifiche erano limitate e in continuo sviluppo. Inizialmente, si è osservata una prevalenza, per così dire, della “colpa generica”, con una sostanziale assenza di regole cautelari precise e consolidate. Tuttavia, col tempo, si è passati a una “colpa specifica” con la definizione di regole cautelari anti-Covid-19 mediante leggi, regolamenti e protocolli che, come si è avuto modo di osservare, sono risultati, talvolta, eccessivamente burocratici.

L'affidamento da parte dello Stato e delle Regioni ai garanti privati e pubblici del compito di definire o adattare le regole cautelari, perché ritenuti soggetti più idonei e a conoscenza dei rischi specifici delle loro attività, si ribadisce come sia stata una scelta che, seppur parzialmente motivata, ha però comportato uno “scarico di responsabilità” su di essi, con la delega legislativa che può essere vista come un trasferimento di responsabilità nel peculiare ambito della gestione dei rischi da Covid-19 e, quindi, in materia di salute e sicurezza sul lavoro. Inoltre, alcune regole potrebbero contribuire in modo generale e non misurabile alla diminuzione del rischio di diffusione del virus, ma senza la possibilità di valutare con precisione la loro efficacia nel prevenire il danno. Si fa riferimento, in questo contesto, non a veri e propri precetti precauzionali ma, piuttosto, a “regole cautelative”, che sono inadeguate a determinare la tipicità del comportamento colposo, specialmente

quando sono il risultato di una sorta di “compromesso decisionale” in cui le misure di precauzione sono sacrificate per altri interessi¹⁰².

Elemento imprescindibile per accertare la responsabilità è la prova del nesso causale tra l'evento dannoso e la condotta dell'agente, nesso che si concretizza nel legame eziologico tra un dato evento e il prodursi di una determinata conseguenza rilevante per l'ordinamento giuridico. Nell'accertamento di una responsabilità penale è necessario dimostrare “oltre ogni ragionevole dubbio¹⁰³” un nesso causale diretto tra la condotta e l'evento. Nella ricostruzione del nesso, tuttavia, è fondamentale qualificare la condotta, ricordando come i criteri per l'accertamento dello stesso cambino in base a quest'ultima. Brevemente, attraverso una condotta attiva negligente il soggetto genera o aumenta significativamente il rischio che si verifichi un evento dannoso o mette il soggetto passivo in una situazione di pericolo non ammissibile. Al contrario, nel delitto omissivo improprio, il garante non agisce come dovrebbe per affrontare un pericolo che proviene da altra parte e quindi non adotta le cautele previste e necessarie che, nel caso di cui si tratta, fanno riferimento al contenimento del rischio di Covid-19.

Nell'ambito dei reati omissivi, per valutare se l'evento sia stato prevedibile attraverso un comportamento alternativo corretto, si deve considerare se l'azione corretta avrebbe precluso l'evento. Diventa allora indispensabile stabilire quale

¹⁰² R. BARTOLI, *La responsabilità medica tra individuale e collettivo: rischi, regole, centri di imputazione*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2020, pp. 2056 ss.; D. BIANCHI, *Autonormazione e diritto penale*, cit., pp. 294 ss. e 337 ss.

¹⁰³ Art. 533 c.p.p. Condanna dell'imputato: “Il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio. Con la sentenza il giudice applica la pena e le eventuali misure di sicurezza...”

grado di certezza sia necessario per determinare che l'azione corretta avrebbe evitato l'evento. La Corte Suprema si è allontanata dall'applicazione di criteri puramente probabilistici, preferendo la "probabilità logica", ossia un alto grado di probabilità razionale. Se permangono dubbi ragionevoli che l'evento possa derivare da cause diverse da quelle accusate, il giudizio deve concludersi con l'assoluzione.

La valutazione deve inizialmente concentrarsi sulla catena di causalità naturale e successivamente sull'associazione normativa tra l'omissione negligente e l'evento. Per quanto riguarda il contagio da Covid-19, è essenziale ottenere la convinzione ragionevole che il contagio sia stato causato da un particolare contatto, e non da altri, stabilendo così un nesso causale diretto tra quel contatto e l'evento.

Questo è il punto cruciale rispetto ai reati di omicidio colposo e lesioni personali colpose in relazione al contagio da Covid-19. In considerazione del fatto che il virus è ubiquitario e il rischio di contagio è molto alto in vari contesti, sembra estremamente difficile dimostrare oltre ogni ragionevole dubbio che un particolare contagio, che ha portato a un evento grave, sia stato causato da un contatto specifico.

Inoltre, una volta stabilito il presupposto causale naturale, bisognerebbe esaminare la "causalità della negligenza", cioè il legame normativo tra negligenza ed evento e ciò rappresenta un'altra sfida significativa, soprattutto se il garante è tenuto a seguire regole di precauzione "improprie" che hanno un impatto limitato nella prevenzione dell'evento.

Torniamo, quindi, al tema del grado di prevenibilità dell'evento, che deve essere considerato nella valutazione di una condotta omissiva negligente secondo l'art. 40

c.p. Se si richiede un'imputazione normativa rigorosa, e non una semplice mancata riduzione del rischio, sembra giusto chiedere un elevato grado di prevenibilità dell'evento tramite un comportamento alternativo corretto, tale da avvicinarsi a una convinzione ragionevole. Questo rappresenta un ostacolo non di poco conto nell'accertare il nesso tra negligenza ed evento nei casi di contagio da Covid-19. Inoltre, la difficoltà nell'accertamento è data anche dall'estrema complessità per l'accusa di dimostrare che il contagio sia avvenuto specificamente a causa delle condizioni di lavoro, piuttosto che in altri contesti. Non semplice, quindi, l'individuazione del nesso causale, anche perché il contagio può avvenire in svariate situazioni al di fuori del controllo del datore di lavoro, rendendo così una "prova diabolica" il tentativo di stabilire un legame diretto tra l'infezione e le condizioni lavorative. Questo problema si accentua con la necessità di adeguare le misure di sicurezza a contesti lavorativi specifici, con il coinvolgimento di rappresentanze sindacali locali, del Rappresentante dei lavoratori per la sicurezza e del Medico competente, per assicurare un ambiente di lavoro sicuro.

I datori di lavoro hanno rigorosi obblighi circa la salute e sicurezza sul lavoro, ma la dimostrazione di una loro responsabilità diretta nel contagio da Covid-19 presenta significative difficoltà giuridiche.

4. L'infortunio sul lavoro Covid-19 nella responsabilità civile

Sul piano civilistico, deve farsi riferimento al sistema assicurativo di cui al d.P.R. 1124/65. Quest'ultimo riconosce la tutela al lavoratore che subisce un infortunio sul lavoro prevedendo espressamente un esonero per il datore di lavoro dalla

responsabilità civile. La Corte costituzionale ci ricorda che “se non si fa luogo a prestazione previdenziale non c’è assicurazione; mancando l’assicurazione cade l’esonero”¹⁰⁴. In virtù di ciò, la regola secondo cui l’esonero da responsabilità civile vale per i soggetti e per i danni coperti dalla stessa assicurazione obbligatoria¹⁰⁵ è da ritenersi valida. Sulla scia di quanto detto, può affermarsi che l’esonero abbia riguardo ai danni ristorati dall’Inail¹⁰⁶ e non è quindi valido laddove si sia in presenza di un danno che esula *ab origine* dalla copertura assicurativa Inail, e che viene definito “danno complementare” o differenziale qualitativo, come lo sono il danno biologico temporaneo, il danno biologico in franchigia (fino al 5%), il danno patrimoniale in franchigia (fino al 15%), il danno morale, il danno tanatologico o da morte *iure proprio* e *iure successionis*. Affinché il lavoratore ottenga il ristoro di questi danni, o per lui i suoi eredi, questi può agire nei confronti del datore secondo le norme del diritto civile e quindi azionando la domanda per responsabilità contrattuale ex art. 2087 c.c. Per ottenere il risarcimento, il lavoratore che ha contratto il Covid dovrà dimostrare che l’infezione è avvenuta durante l’esercizio delle sue funzioni lavorative o sul percorso verso il lavoro. D’altro canto, il datore di lavoro sarà esonerato da responsabilità se riesce a dimostrare di aver adottato tutte le misure necessarie per prevenire l’incidente, o che l’infortunio sia derivato da un comportamento anomalo e imprevedibile del lavoratore. In termini generali,

¹⁰⁴ Si veda la sentenza n. 356 del 18 luglio 1991.

¹⁰⁵ Si veda in merito Cass., sez. lav., 2 marzo 2018, n. 4972.

¹⁰⁶ Cioè il danno patrimoniale per invalidità temporanea, il danno biologico dal 6%, il danno patrimoniale dal 16%, la rendita ai superstiti.

quest'ultimo deve provare che il contagio si è verificato durante il lavoro, mentre il datore di lavoro deve dimostrare di aver implementato tutte le misure igieniche e preventive richieste dalle normative e dal buon senso. Più specificatamente, il datore di lavoro deve fornire prova di aver rispettato nell'ambiente lavorativo le direttive stabilite dai protocolli governativi e dalle parti sociali, seguendo le linee guida e adottando tutte le misure informative e precauzionali necessarie a tutelare la salute dei lavoratori, sia sul posto di lavoro che in ogni altro luogo in cui si svolge l'attività lavorativa. Questo vale anche se il rischio di contagio da Covid-19 non deriva direttamente dall'ambiente di lavoro, essendo un rischio pandemico esterno. Tuttavia, diventando un rischio ambientale, il datore di lavoro è tenuto ad adottare tutte le misure preventive previste dal Testo Unico 81/2008 e quelle indicate dalla scienza, come stabilito dall'articolo 2087 del codice civile.

4.1 L'esonero del datore dalla responsabilità civile (art. 10, d.P.R. n. 1124/1965)

Abbiamo sopra accennato e anticipato il principio dell'esonero del datore di lavoro dalla responsabilità civile che è previsto dall'art. 10 del d.p.r. n. 1124/1965 e risulta essere valido e applicabile soltanto in relazione a quei danni coperti dalla tutela assicurativa. In base a tale disposizione, infatti, esclusivamente se sussiste un fatto che costituisca illecito penale perseguibile d'ufficio, ma accertabile in via incidentale anche soltanto in sede civile, il datore dovrà rispondere civilmente dei danni subiti dal lavoratore. Invero, la giurisprudenza che si è espressa sul tema ritiene che, affinché si possa parlare di valida formulazione della domanda di risarcimento del danno differenziale, non è necessaria una rigorosa specificazione dei presupposti

che danno luogo a tale obbligo, soprattutto per ciò che riguarda la puntuale e formale qualificazione del fatto in termini di illiceità penale e l'esatta deduzione del *quantum* richiesto in termini di danno differenziale. La Corte definisce tali specificazioni come superflue. Difatti, per quanto concerne la deduzione delle circostanze che integrino gli estremi di un reato perseguibile d'ufficio sarebbe sufficiente che il lavoratore alleggi le circostanze di fatto che possano essere comprese in una delle fattispecie di reato considerate dalla norma, poiché l'operazione di sussunzione e qualificazione giuridica compete esclusivamente al giudice¹⁰⁷. L'ipotesi che si può immaginare come integrazione di una fattispecie penale in caso di contagio, in virtù dei potenziali effetti della malattia, potrebbe essere la fattispecie del delitto di lesioni personali colpose (art. 590 c.p.).

5. L'onere della prova

È ormai orientamento costante della giurisprudenza di legittimità che ai fini dell'accertamento della responsabilità del datore di lavoro ex art. 2087 c.c., al lavoratore che lamenti di aver subito un danno a causa dell'attività lavorativa svolta, spetta l'onere di provare l'esistenza di tale danno, e di conseguenza la nocività dell'ambiente di lavoro ove stava operando, nonché il nesso causale tra questi due elementi. Una volta che il lavoratore abbia provato le esplicitate circostanze, rimane in capo al datore di lavoro, l'onere di dimostrare di avere adottato tutte le cautele necessarie a impedire il verificarsi del danno e quindi di essersi comportato secondo

¹⁰⁷ Si veda Cass., sez. lav. 10 aprile 2017, n. 9166.

diligenza, prudenza e imperizia, avendo assolto a tutte quelle che erano le disposizioni in materia di sicurezza¹⁰⁸. Con riferimento all'onere della prova ai fini della tutela Inail, il lavoratore deve dimostrare che l'infortunio è correlato alla prestazione. Proprio sul punto, attraverso la circolare n. 13/2020, l'Inail ha ricordato che la copertura assicurativa è riconosciuta al lavoratore a condizione che la malattia sia stata contratta durante l'attività lavorativa e che l'onere della prova nei confronti dell'Inail segue i generali criteri ed è quindi a carico dell'assicurato. La citata circolare, riferendosi all'emergenza pandemica dovuta alla diffusione del virus SARS-Cov-2, ritiene sussistere una presunzione semplice, superabile da parte dell'Istituto, di origine professionale dell'infortunio per gli operatori sanitari “considerata appunto la elevatissima probabilità che gli operatori sanitari vengano a contatto con il nuovo coronavirus”. Agli operatori nel settore sanitario, vengono equiparati i lavoratori che prestano “attività lavorative che comportano il costante contatto con il pubblico/l'utenza”, tra cui possono indicarsi, in via non esaustiva, i lavoratori che operano in front-office, alla cassa, addetti alle vendite/banconisti, personale non sanitario operante all'interno degli ospedali con mansioni tecniche, di supporto, di pulizie, operatori del trasporto infermi. Sul lavoratore grava lo specifico onere di riscontrare il fatto costituente inadempimento dell'obbligo di

¹⁰⁸ Si veda in proposito Cass., sez. lav., 18 giugno 2014, n. 13860.

sicurezza e il nesso di causalità materiale tra l'inadempimento stesso e il danno da lui subito¹⁰⁹.

Sul datore di lavoro grava invece l'onere di dimostrare, come si è detto, di aver adempiuto esattamente l'obbligo di sicurezza, ponendo in essere tutte le misure per evitare il danno. Preme fare una breve distinzione, ma doverosa, tra le misure di sicurezza nominate, che sono espressamente e specificamente definite dalla legge, e quelle definite innominate ricavate, cioè, alla luce del generale obbligo di sicurezza ex art. 2087 c.c., seguendo l'insegnamento della giurisprudenza di legittimità. Per quanto riguarda le misure di sicurezza nominate, il lavoratore ha l'onere di provare solamente la fattispecie costitutiva prevista dalla misura stessa, e cioè il rischio specifico che si intende prevenire o contenere, nonché, naturalmente, il nesso di causalità materiale tra l'inosservanza della misura e il danno che ha subito. Il datore di lavoro si può costituire la propria prova liberatoria negando i fatti che sono stati provati dal lavoratore, dimostrando che sia insussistente l'inadempimento e il nesso eziologico tra quest'ultimo e il danno subito dal lavoratore. Per ciò che concerne le misure di sicurezza innominate la prova liberatoria a carico del datore di lavoro, mantenendosi lo stesso onere per il lavoratore, appare invece correlata in modo generico alla quantificazione della misura della diligenza ritenuta esigibile nella predisposizione delle indicate misure di sicurezza. Si impone così al datore di lavoro

¹⁰⁹ 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", in *Dir. sic. lav.*, 1, 2020.

l'onere di provare l'adozione di comportamenti specifici che, seppur non dettati e definiti dalla legge o da altre fonti equiparate, siano indicati da conoscenze sperimentali e tecniche, dagli standard di sicurezza normalmente osservati¹¹⁰. Soffermandoci ora su un caso di contagio, l'Inail ha affrontato il tema dell'azione di regresso ai sensi dell'art. 11 d.P.R. n. 1124/1965 sul datore in caso di infortunio per Covid-19, chiarendo che le misure da rispettare sono rappresentate dai protocolli e dalle linee guida governative e regionali di cui all'art. 1, c. 14 del d. l. 16 maggio 2020, n. 33. La circolare ove si rinviene ciò è la n. 22/2020, con la quale è stato ritenuto, infatti, che “in assenza di una comprovata violazione da parte del datore di lavoro, pertanto, delle misure di contenimento del rischio di contagio di cui ai protocolli o alle linee guida di cui all'articolo 1, comma 14, del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, sarebbe molto arduo ipotizzare e dimostrare la colpa del datore di lavoro”. Certamente questa è stata una disposizione propria dell'Istituto assicuratore, nell'attesa che la giurisprudenza se ne occupi verificando se quest'ultima riterrà sufficiente l'adozione dei protocolli e delle linee guida emanate, anche in relazione all'ampiezza degli obblighi del datore di lavoro e, dunque, ai criteri in base ai quali valutare l'adempimento all'obbligo di sicurezza.

¹¹⁰ Si veda Cass., sez. lav., 2 luglio 2014, n. 15082.

Conclusioni

Al termine del presente lavoro, preme innanzitutto ricordare come dall'inizio della pandemia siano passati poco più di tre anni, tempo ancora non sufficiente per poter avere una visione chiara sulla dottrina e sull'orientamento giurisprudenziale maggioritario in materia. Senza dubbio, per la gestione dell'emergenza sanitaria, occorre rilevare l'apprezzabile impegno congiunto di Governo e parti sociali che hanno tentato di definire una disciplina speciale al fine di contrastare la diffusione del Covid-19 negli ambienti di lavoro diversi da quelli sanitari, con l'adozione di un pacchetto di misure comuni di prevenzione e precauzione da adeguare alle differenti realtà organizzative, garantendone un'osservanza diffusa. Questa, può essere considerata una normativa sicuramente speciale, ma si può asserire non eccezionale poiché, come emerso dall'analisi svolta, ancorata saldamente ai principi e alle regole generali del d.lgs. n. 81/2008 e dell'art. 2087 c.c.. Pregio di tale disciplina speciale è stato la non esclusiva attribuzione al datore di lavoro circa l'arduo compito di valutare se e in che modo il rischio di contagio da covid-19 si fosse introdotto all'interno della propria attività produttiva, nonché la disposizione che, trattandosi di un rischio esogeno, fosse necessitante di un insieme di misure precauzionali da integrare o sostituire, con strumenti più adeguati allo specifico contesto aziendale, dal datore di lavoro in collaborazione con tutte le altre figure operanti all'interno dell'azienda. Pur riconoscendo l'indubbia specialità di tale normativa, la disciplina anti-Covid ha finito per riprodurre uno schema di intervento non molto distante da quello previsto dal d.lgs. n. 81/2008 volto alla definizione delle procedure per

l'individuazione, la valutazione e la documentazione dei rischi. La sua caratteristica peculiare rimane, comunque, quella di essere sorta grazie al coinvolgimento delle parti sociali e delle rappresentanze sindacali per come si è potuto osservare dall'applicazione dell'art. 29 bis della l. n. 40/2020. La disciplina speciale, pertanto, si è posta come una sorta di modello obbligatorio e, per certi tratti, esclusivo in riferimento alla gestione del virus Sars-CoV-2. Le perplessità rimangono connesse con riguardo alla scelta di demandare totalmente alle parti sociali il compito di definire le misure prevenzionali da adeguare ai tanti e differenti contesti aziendali. Se non altro perché, come è noto e come abbiamo potuto osservare, le responsabilità nascenti in capo al datore di lavoro, siano esse di natura civile o penale, discendo sempre dalla violazione di una norma antinfortunistica e quindi dalla mancata osservazione di un obbligo datoriale. Quest'ultimo si concretizza nella misura predisposta proprio a evitare il verificarsi di infortuni o malattie professionali, e quindi nella c.d. misura cautelare propria della colpa specifica. Tuttavia, la giurisprudenza ha coltivato l'idea che oltre alle regole cautelari prestabilite dal legislatore, ci sia un dovere ulteriore e residuale di agire con la massima diligenza propria di un ideale agente modello. Ma in un contesto emergenziale come quello pandemico, l'incertezza sulle conoscenze del virus, le quali si sono sviluppate solo in un momento non troppo recente, ha portato a parlare di colpa "senza regole" in considerazione dell'ignoranza circa i rimedi utili a prevenire il diffondersi del virus e quindi l'eventuale contagio anche all'interno delle aziende. Le disposizioni speciali esaminate in tema di responsabilità del datore di lavoro andranno gestite dalla magistratura attraverso un congruo utilizzo proprio

delle categorie generali della colpa e della causalità. Infatti, come si è avuto modo di ravvisare, la richiesta e l'esigenza di approfondire il tema della responsabilità nel peculiare contesto storico caratterizzato dalla diffusione del virus Sars-CoV-2 sorge con il timore di addebiti a seguito di disposizioni nate con quel diritto emergenziale di cui si parlava. Tuttavia, dall'analisi effettuata rispetto alla normativa emergenziale e alle categorie generali in tema di responsabilità datoriale, si può sostenere come il sistema offrisse già in larga parte quelle cautele necessarie a "tutela" del datore di lavoro, soprattutto con riguardo all'imprescindibile elemento del nesso causale richiesto sia che si tratti di responsabilità penale che civile. Affinché si possa parlare di responsabilità del datore di lavoro, infatti, è necessaria la sussistenza di precisi presupposti propri dei reati colposi di evento in base agli elementi costitutivi già menzionati, nulla aggiungendo l'art. 29-bis e, dunque, la mancata adozione delle misure previste nelle prescrizioni emergenziali, nonché quelle contemplate dal d.lgs. 81/08 e, quindi, l'omissione del datore di lavoro eziologicamente ricollegabile al contagio o alla morte del lavoratore; sarà necessario che il contagio sia stato determinato dall'insorgere dell'infezione da Covid-19 e, infine, l'evento doveva essere prevedibile ed evitabile, ovvero sia il datore di lavoro avrebbe potuto evitare il verificarsi della situazione di pericolo adottando le adeguate misure. L'elemento della prova sembra essere, quindi, quello più complesso, soprattutto in considerazione della notevole difficoltà nell'identificare l'esatto momento del in cui è avvenuto il contagio, dovendo supporre che lo stesso si sia verificato con certezza all'interno dei luoghi di lavoro. Concludendo, si deve, quindi, procedere a un generale ridimensionamento della "drammaticità" della questione in tema di

responsabilità. Difatti, quella che si è definita come emergenza nell'emergenza è stata percepita come tale soprattutto per il “fraitendimento” dell’art. 42, comma 2, d.l. n. 18/2020 e delle sue ricadute in termini di responsabilità penale dei datori di lavoro, che permane problematica indipendentemente dall'emergenza Covid-19. In aggiunta, in riferimento al richiesto intervento legislativo di sgravio di responsabilità, forse sarebbe più opportuno parlare, invece che di scudo penale, di norma di indirizzo, che si ponga come linea-guida di interpretazione giurisprudenziale nei casi complessi di contagio da Covid-19 in ambito lavorativo. Si può auspicare in un’attenuazione delle più grossolane problematiche legate all’accertamento della colpa generica, cercando di allontanarsi da uno scivoloso terreno del giudizio *ex post*, senza pretendere dai datori di lavoro, ogni volta, qualcosa in più. L’obiettivo ora rimane quello di osservare la giurisprudenza che emergerà a seguito del periodo pandemico per valutare se la stessa farà differenti passi rispetto a quelli finora fatti in materia.

INDICE BIBLIOGRAFICO

ALAIMO, A., Il diritto al lavoro fra Costituzione nazionale e Carte europee dei diritti: un diritto “aperto” e “multilivello”, in Biblioteca 20 maggio, 2008.

ALBI, P., La sicurezza sul lavoro e la cultura giuridica italiana fra vecchio e nuovo diritto, in Dir. Sic. Lav., 1/2016.

ALBI, P., Sicurezza sul lavoro e responsabilità del datore di lavoro nella fase della pandemia, in il lavoro nella giurisprudenza, 2020, N. 12.

ALLOCCA, A., Covid-19: piano emergenziale e tutela dei dati sensibili, in Cammino Diritto, 2020.

AMATO, D., Contagio da covid-19 “in occasione di lavoro” e responsabilità datoriale: è davvero necessario uno scudo penale?, in Giurisprudenza Penale, 2020.

ANGELINI, L., La sicurezza del lavoro nell’ordinamento europeo, in Olympus, 29/2013.

BACCHINI F., Controlli sanitari sui lavoratori al tempo del covid-19, in Giustizia Civile.com, 2020.

BARILE, P., Diritti dell’uomo e libertà fondamentali, Bologna, 1984, 103.

BENINCASA, G., La gestione del Covid-19 nei luoghi di lavoro: facciamo il punto sulle misure di sicurezza attualmente in vigore, in Bollettino Adapt.it., 2022.

BIAGI, M., (a cura di), Tutela dell’ambiente di lavoro e direttive CEE, Rimini, 1991, p. 113.

BIAGI, M., Dalla nocività conflittuale alla sicurezza partecipata: relazioni industriali e ambiente di lavoro in Europa verso il 1992, in Tutela dell’ambiente di lavoro.

CALAFIORE, D., La sicurezza nei luoghi di lavoro tra disciplina dell'emergenza da covid 19 e disciplina ordinaria, in Giustizia Civile.com, 2020.

CANZIO, G., A vent’anni dalla sentenza “Franzese”, in Sistema Penale, 2020.

CAPECCHI, M., Vaccinazione covid-19 e responsabilità civile, in Lavoro Diritti Europa, 3/2021.

CARINCI, M.T., back to work back to work al tempo del coronavirus e obbligo di sicurezza del datore di lavoro, 2020.

CARINCI, M.T., Obbligo di sicurezza e responsabilità datoriale: il rischio di contagio da covid-19, in Labor, 4/2020.

CAVINO, M., Dignità e costituzione: la centralità del lavoro per il pieno sviluppo della persona umana, in EUT Edizioni Università di Trieste, 2019.

COLOMBO, D., Infortuni Covid, approvate le tutele per i datori in regola, in Il Sole 24 Ore, 2020.

CORSALINI, Coronavirus, la tutela dell'Inail in caso di contagio del lavoratore, in questione giustizia, aprile 2020.

CUPELLI, C., Obblighi datoriali di tutela contro il rischio di contagio da covid-19: un reale ridimensionamento della colpa penale?, in Sistema Penale, giugno 2020.

D'ORIANO, M., Le misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus covid-19 negli ambienti di lavoro, in Giustizia Civile.com, 2020.

DAGNINO, E., La tutela della privacy ai tempi del coronavirus: profili giuslavoristici, in Giustizia Civile.com., 2020.

DAMIANO, C., Giovannone, M., Migliorare la sicurezza: cosa è stato fatto e cosa bisogna ancora fare, in Punto Sicuro, 2022.

DE LUCA, M., Tutela della salute nel lavoro: fra tradizione ed innovazioni al tempo del Covid-19, In Lavoro Diritti Europa, 3/2021.

DELLA VALENTINA, J., La responsabilità penale medica negli scenari post covid-19: appunti sulla natura dogmatica delle aree di esclusione della punibilità, in Sistema Penale, 2021.

DELOGU, A., La rilevanza sotto il profilo oggettivo della mancata vaccinazione dei lavoratori e alcune brevi spigolature sul concetto di idoneità alla mansione, in Lavoro Diritti Europa, 3/2021.

DI FEDE, A., Inadempimento incolpevole e sistemi rimediali al tempo dell'emergenza, in Jus civile, 2022.

DI GIOVINE, O., Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali, in Sistema Penale, giugno 2020.

DUBINI, R., L'obbligo di sicurezza a carico del datore di lavoro, in Punto Sicuro, 2022.

FATIGATO, M., 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", IN DIR. SIC. LAV., 1, 2020.

FOLLIERI, F., Precauzione, prevenzione e legalità nell'emergenza da covid-19, in PA persona e amministrazione ricerche giuridiche sull'amministrazione e l'economia, 2020.

FRAGNITO, F., Covid-19 e Responsabilità del datore di lavoro: obblighi e limiti alla tutela del lavoratore, in Giuricivile, 2021.

- FURIN, V., DE NEGRI, La nuova sicurezza del lavoro: soggetti responsabilità e sanzioni, Piacenza, 2008, 19.
- GARGANI, A., La gestione dell'emergenza Covid-19: il "rischio penale" in ambito sanitario, in Wolters Kluwer Speciale Covid, 7/2020.
- GESTRI, L., Il rapporto fra la normativa emergenziale e dei protocolli covid-19 ed il sistema prevenzionistico e di sicurezza sui luoghi di lavoro: nuovi obblighi ed ipotesi di responsabilità penale per il datore di lavoro?, in sistema penale, 2020.
- GHINOY, P., L'infezione da covid-19 e la tutela Inail, in Lavoro Diritti Europa, 2/2020.
- GIUBBONI, S., Covid-19: obblighi di sicurezza, tutele previdenziali, profili riparatori, in Working paper Centre for the study of European labour law, 2020.
- GIUPPONI, T. F., La sicurezza e le sue "dimensioni" costituzionali, in Diritti umani. Teorie, analisi, applicazioni, a cura di S. Vida, Bologna, 2008.
- GUARINIELLO, R., Prevenzione anti-covid: la responsabilità del datore di lavoro non è delegabile, in Quotidiano Ipsosa, 2022.
- GUERRINI, R., Coronavirus, legislazione emergenziale, e contratto: una fotografia, in Giustizia Civile.com, 2020.
- INGRAO, A., Pandemia, protezione dei dati personali, accertamenti sanitari, vaccini, green pass e dintorni, in Lavoro Diritti Europa, 3/2021.
- LAZZARI, C., La sorveglianza sanitaria eccezionale nel sistema aziendale di prevenzione, in Dir. Sic. Lav., 2020.
- LOCONTE&PARTNERS, Covid-19 e riaperture aziendali: datori di lavoro a rischio procedimento penale, in loconte&partners, 2020.
- LOCONTE&PARTNERS, Covid-19: i procedimenti penali per il reato di epidemia, in loconte&partners, 2020.
- LOCONTE&PARTNERS, Covid-19: la responsabilità delle imprese che risparmiano sulla sicurezza, in Loconte&Partners, 2020.
- LOCONTE&PARTNERS, Covid-19: la responsabilità penale del datore che non preserva dal contagio, in Loconte&Partners, 2020.
- LOCONTE&PARTNERS, Covid-19: la responsabilità penale del datore che non preserva dal contagio, in Loconte&Partners, 2020.
- LOCONTE&PARTNERS, Covid-19: la responsabilità penale medica tra linee guida e stato di necessità, in Loconte&Partners, 2020.

- LOSAPPIO, G., Covid-19 e infortuni sul lavoro in ambito ospedaliero, in giurisprudenza penale, 2020.
- LOY, G., La tutela della salute nei luoghi di lavoro, Padova, 1996.
- MARAZZA, M., L'art. 2087 c.c. nella pandemia covid-19 (e oltre), in Rivista italiana di diritto del lavoro, 2/20.
- MARAZZA, M., SCARPELLI, F., SORDI, P., I giuslavoristi di fronte all'emergenza covid-19, in Giustizia Civile.com, 2020.
- MARAZZA, M., Tre considerazioni sulle trasformazioni del lavoro (e del diritto del lavoro), in Giustizia Civile.com, 2021.
- MARCHESINI, L., La responsabilità del datore di lavoro nella prevenzione delle condizioni di rischio insite nella possibile negligenza, imprudenza o imperizia del lavoratore, in Dir. Sic. Lav., 2/2018.
- MARESCA, A., Il rischio di contagio da covid-19 nei luoghi di lavoro: obblighi di sicurezza e art. 2087 c.c. (prime osservazioni sull'art. 29-bis della l. n. 40/2020), in Dir. Sic. Lav., 2020.
- MARINO, V., L'apparato sanzionatorio, in quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali, 1993, N. 14, p. 93.
- MARTINELLI, M., L'individuazione e le responsabilità del lavoratore in materia di sicurezza sul lavoro, in Olympus, 2014.
- MEGARO, A., La tutela della salute nei luoghi di lavoro: profili costituzionali e prospettive, in NOMOS Le attualità del diritto, 2013.
- MENGHINI, L., L'evoluzione degli strumenti giuridici volti a favorire l'effettività della prevenzione, in Dir. Sic. Lav., 7/2017.
- MENGGONI, Spunti per una teoria delle clausole generali, in Riv. nit. dir. priv., 1986.
- MINA MJ, PARKER R, LARREMORE DB., Rethinking Covid-19 test sensitivity — A strategy for containment. N Engl J Med 2020 Sep 30. DOI: 10.1056/NEJMp2025631.
- MONGILLO, V., Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in tempi di pandemia, in Rivista Trimestrale Diritto penale contemporaneo, 2/2020.
- MORTATI, C., Istituzioni di diritto pubblico, padova, 1975, 156-157.
- NATULLO, G., Ambiente di lavoro e tutela della salute, Giappichelli, 2020.

NATULLO, G., Covid- 19 e sicurezza sul lavoro: nuovi rischi, vecchie regole?, in biblioteca 20 maggio, 1/2020.

NATULLO, G., Il quadro normativo dal Codice civile al codice della sicurezza sul lavoro. dalla massima sicurezza possibile alla massima sicurezza effettivamente applicata?, in NATULLO (a cura di), Salute E SICUREZZA SUL LAVORO, MILANO, 2015, 7.

NATULLO, G., Il riordino del quadro normativo sulla sicurezza del lavoro: una storia senza fine, in Interventi Adapt, 2009.

NATULLO, G., La «massima sicurezza tecnologica», in diritto e pratica del lavoro, 1997, P. 815.

NEGRI, G., il rispetto dei protocolli esclude responsabilità dell'imprenditore, in Il Sole 24 ore, 2020.

PADOVANI, Introduzione, in Blaiotta, Diritto penale e sicurezza del lavoro, Torino, 2020.

PAPA, L., MAGGIO, N. A., Covid-19: il vaccino e le notti insonni del datore di lavoro. quando finisce la libertà del lavoratore ed inizia quella del suo collega, 1/2022.

PASCUCCI, P., 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, in Dir. Sic. Lav., 1/2020.

PASCUCCI, P., 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, in Dir. Sic. Lav., 2020.

PASCUCCI, P., Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra “raccomandazioni?” e protocolli. verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale?, in Dir. Sic. Lav., 2019.

PASCUCCI, P., DELOGU, A., L'ennesima sfida della pandemia Covid-19: esiste un obbligo vaccinale nei contesti lavorativi?, in Dir. Sic. Lav., 1/2021.

PASCUCCI, P., La responsabilità del datore di lavoro e dei dirigenti nella sicurezza sul lavoro, in rivista online cultura giuridica e diritto vivente note e commenti, vol. 3, 2016.

PASCUCCI, P., Sars-cov-2 e obbligo dei lavoratori di vaccinarsi, in Lavoro Diritti Europa, 3/2021.

PETRUCCI, F., La sicurezza sul lavoro nella costituzione e nel Codice civile, in Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia, 2021.

PICCININI, I., ISCERI, M., Questioni attuali sul potere di vigilanza e controllo del datore, in Lavoro Diritti Europa, 4/2021.

PIRAS, P., Il nesso causale Sars-cov-2 e le morti nelle R.S.A.: si può provare?, 2022.

- PULITANÒ, V., Gestione del rischio da esposizioni professionali, in Cass. pen., 2006, 2, 779.
- RIVERSO, Vero e falso sulla responsabilità datoriale da covid-19. aspetti civili, penali e previdenziali, in *Questione giustizia*, 2020.
- ROTELLA, A., Sicurezza sul lavoro, Wolters Kluwer, Milano, 2018.
- ROTONDI, F., Il dopo covid-19 nell'organizzazione delle imprese. una partita da vincere. come?, in *Quotidiano Ipsos*, 2020.
- ROZZA, S., La colpa del datore di lavoro nello scenario del Covid-19, in *Dir. Sic. Lav.*, 2/2020.
- RUSSO, M., L'art. 2087 c.c. al tempo del Covid-19, in *Labour and Law Issues*, 2020.
- SCORDAMAGLIA, I., Il diritto penale della sicurezza del lavoro tra i principi di prevenzione e di precauzione, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2012.
- SMURAGLIA, C., Il lavoro nella costituzione, in *Riv. giur. lav.*, 2007, I, p. 425 ss.
- SMURAGLIA, C., La tutela della salute del lavoratore tra principi costituzionali, norme vigenti e prospettive di riforma, in *Riv. it. dir. lav.*, 1988.
- SMURAGLIA, C., *Notiziario Inca online*, Atti convegno 2018.
- SPEZIALE, V., Violazione degli obblighi di sicurezza e abbandono del posto di lavoro ai sensi dell'art. 4 del d.lgs. n. 81 del 2008 nell'emergenza Covid-19, in *Covid-19 e diritti dei lavoratori a cura di Bonardi, Carabelli, D'Onghia, Zoppoli*, 2020.
- TRABUCCO, D., MEGALI, I., Il lavoro nella costituzione. La difficile ricostruzione della Corte costituzionale, in *Diritto.it*, 2007.
- VALENTINI, V., Organizzazione del lavoro e responsabilità punitivo-penali da contagio: a che punto siamo?, in *Archivio penale*, settembre 2021.
- VENEZIANI, P., La colpa penale nel contesto dell'emergenza covid-19, in *Sistema Penale*, 2022.
- VERONESE, I., Il valore dei dati e delle statistiche per la salute e sicurezza sul lavoro, in *Lavoro Diritti Europa*, 1/2022.
- ZIRULIA, S., Nesso di causalità e contagio da covid-19, in *Sistema Penale*, 2022.

INDICE DELLA GIURISPRUDENZA

Cass. Penale, Sez. 4, 06 dicembre 2016, n. 51947.

Cass. Penale, Sez. 3, 17 marzo 2022, n. 9028.

Cass. Penale, sez. un., 10 luglio 2002, n. 30328.

Cass. Civile, Sez. Lav., 11 febbraio 2020, n. 3282.

Cass. Civile, Sez. 1, 28 ottobre 2019, n. 27442.

Cass., Sez. Lav., 10 aprile 2017, n. 9166.

Cass. Civile, Sez. Lav., 18 giugno 2014, n. 13860.

Cass. Civile, Sez. Lav., 02 luglio 2014, n. 15082.

Cass. Civile, Sez. Lav., 02 marzo 2018, n. 4972.

Cass. Civile, Sez. Lav., 25 novembre 2019, n. 30679.

Cass. Civile, Sez. Lav., 08 aprile 2019, n. 9744.

Cass. Civile, Sez. Lav., 22 maggio 2018, n. 12549.

Cass. Civile, Sez. Lav., 13 maggio 2016, n. 9913.

Corte costituzionale, n. 180/1984.

Corte costituzionale, n. 880/1988.

Corte costituzionale, n. 356/1991.