

# **Quale responsabilità risarcitoria per incentivare il rispetto delle misure di protezione?**

**Lorenzo Scarano**

*Assegnista dell'Università di Udine*

Quando il contagio da Covid-19 è stato accertato all'interno di un'organizzazione produttiva e, quindi, ci si trova di fronte ad un'ipotesi in cui occorre constatare il danno verificato, è compito del giurista affrontare le conseguenze di una simile eventualità.

L'evento lesivo alla salute del dipendente, infatti, è oggetto di una molteplice e variabile tutela da parte dell'ordinamento che - verificato il fallimento o l'inosservanza delle misure di prevenzione - interviene alla ricerca di strumenti per riparare il danno.

Anche in questo caso la riflessione va condotta in parallelo al tema della effettività delle misure di protezione, perchè la funzione *prevenzionale* delle disposizioni di legge, della regolamentazione ministeriale e dei Protocolli di sicurezza (su cui v. [L. Scarano, Misure/strumenti di autotutela individuali e collettivi per garantire l'effettività della protezione dal rischio di contagio](#)) è legata anche ai rimedi *sanzionatori* che il sistema appronta. L'effettività della cautela ad evitare il pregiudizio, infatti, è condizionata pure dalla reazione prevista per l'ipotesi che si vuol scongiurare, da qui l'importanza della funzione *dissuasiva* dell'aspetto 'punitivo' del diritto.

Fortunatamente, le contromisure che la scienza ha elaborato per fronteggiare le conseguenze più dure del contagio hanno consentito di limitare l'ondata distruttiva della pandemia, riducendosi i decessi legati al contagio, ma ciò non esime l'interprete dall'interrogarsi sulla regolazione degli eventi negativi del virus sulla (salute della) persona, anche nelle ipotesi in cui non si verifica la morte.

E' quanto può avvenire non solo quando il datore risulti inosservante alle disposizioni legislative e regolamentari in materia di sicurezza ma anche nei casi di omessa effettuazione della valutazione dei rischi da Covid-19 attraverso l'elaborazione del D.V.R. [su cui v. [L. Scarano, Sull'obbligo-onere di aggiornare/integrare il D.V.R. per il rischio da Covid-19](#)], nelle ipotesi di mancata redazione di un protocollo di sicurezza aziendale ovvero di difettosa o parziale applicazione delle misure di prevenzione del contagio formalmente applicabili.

Per tutte queste eventualità il legislatore non ha previsto una disciplina *ad hoc*, né all'interno dei Protocolli è possibile rintracciare norme di analogo tenore, se non una disposizione di particolare rilievo: l'art. 29 bis d.l. n. 23/2020, nella parte in cui dispone che «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 predette prescrizioni, rilevano le misure contenute nei protocolli o accordi di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale».

La disposizione, ad inizio pandemia, aveva una chiara funzione 'tranquillizzante': garantire le imprese - di fronte alla possibile esplosione del contagio, e quindi alle eventuali conseguenze derivanti dal fatto che il virus circolasse fra i dipendenti - che il rispetto delle misure di sicurezza via via approvate esonerava da responsabilità civile di tipo risarcitorio. Per il resto, in difetto di previsioni normative che in maniera specifica regolino tali eventualità, l'interprete non può arrestarsi a constatare il vuoto legislativo perché ciò non equivale a vuoto di disciplina, dal momento che il tema della responsabilità risarcitoria da eventi lesivi della salute del lavoratore conseguenti ad infortuni sul lavoro e/o malattie professionali consta di un apparato normativo poderoso e di una elaborazione giurisprudenziale (oltreché dottrinale) che consentono di calare la problematica specifica all'interno del sistema di tutele oggi vigente e come desumibile dai vari formanti appena citati.

Anche qui, la bussola è sempre rappresentata dall'art. 2087 c.c., dove si legge come il datore di lavoro sia «tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo le particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale del prestatore di lavoro».

Tale norma, riferita *in primis* alla obbligazione di sicurezza, svolge una funzione fondativa anche della responsabilità risarcitoria del datore di lavoro.

Per verificare l'eventuale danno da risarcire occorre dunque leggere insieme le due disposizioni, quella del codice del 1942 (che impone, ai fini dell'assolvimento dell'obbligo di sicurezza il continuo adattamento degli strumenti di protezione ai mezzi ed alle misure tecnologicamente possibili, ed in quanto tali esigibili) e quella del 2020 (che non sembra errato definire come una 'sanzione premiale' incentivando il datore al rispetto dei Protocolli), accomunate dal fatto di essere *norme di rinvio* ad altre fonti, quindi dal perimetro elastico.

Certo è che il combinato disposto delle due disposizioni non funziona in termini bi-direzionali: ciò sta a significare che la disposizione del 2020 consente di precisare (il rispetto di) *quali* misure sono idonee ad evitare responsabilità risarcitorie in relazione al rischio del contagio da Covid-19

(1) ma non che tale condotta consente di evitare, a monte, la possibilità per l'imprenditore di rispondere di conseguenze dannose.

Quell'autista che, prima di iniziare il suo viaggio, aveva verificato che la cabina del mezzo utilizzata il giorno antecedente dal collega (che gli aveva confidato dapprima un leggero raffreddore e dopo il test positivo) non era stata sanificata, ma nonostante ciò, senza obiettare garantisce la prestazione lavorativa scoprendo nei giorni successivi la positività al virus con necessità di ricorrere a cure ospedaliere, ha diritto ad essere risarcito dal datore di lavoro?

Si potrebbe rispondere *prima facie*: aveva il diritto/dovere di astenersi dall'iniziare la prestazione lavorativa, quindi *imputat sibi*...

Invero, la risoluzione del caso non è così banale sia per una normativa non sempre facilmente intelligibile sia per la particolare posizione squilibrata (non va mai dimenticata) che permea il rapporto di lavoro: in altre parole quel malcapitato lavoratore potrà veder ristorato, certo solo in termini di equivalenza economica, il pregiudizio subito.

Dal punto di vista della qualificazione giuridica del fatto, tale eventualità è stata sin da subito disciplinata dalla legge con l'art. 42 co. 2 d.l. n. 18/2020 conv. in legge n. 27/2020, all'interno della fattispecie dell'infortunio sul lavoro (2). Questo non deve considerarsi un approdo scontato e su cui quindi sorvolare, proprio perché la patologia determinata dall'infezione poteva teoricamente ascriversi anche ad una malattia professionale (3). Inoltre, nella metà del maggio 2022 è stato

---

(1) Nei seguenti termini: premessa l'incertezza scientifica derivante dalla necessità di studiare un nuovo virus, la massima sicurezza legalmente imposta è quella prevista dalle disposizioni di legge e regolamentari nonché quella condivisa dall'autonomia collettiva; senza che il datore possa essere chiamato a rispondere per non aver adottato altre misure di prevenzione potenzialmente disponibili ma non contenute nei Protocolli.

(2) Tale è non solo il contagio di un operatore sanitario esposto ad un rischio specifico (a tal proposito già la Nota Inail del 17 marzo 2020 e poi la successiva Circolare n. 13 del 3 aprile dello stesso anno chiarivano che tutti i contagi avvenuti nell'ambito delle strutture sanitarie pubbliche e private di qualunque tipo dovevano considerarsi a tutti gli effetti infortuni sul lavoro, anche nelle ipotesi in cui il contagio si verificasse nella tratta casa-lavoro o viceversa, come infortunio *in itinere*) ma si ha infortunio sul lavoro anche nelle ipotesi in cui sia accertato - per quanto sia possibile il tracciamento, s'intende - che il lavoratore, privo di precedenti contatti con altri soggetti positivi, sia entrato in contatto, diretto o indiretto, con un collega di lavoro che abbia successivamente accertato un tampone con esito positivo.

(3) A tal proposito si può portare la mente al difficile inquadramento medico-legale (e quindi giuridico) da riservare alla tubercolosi, altra infezione eziologicamente determinata dall'infezione da un virus, che ha per lungo tempo interessato gli esperti tanto da portare al conio di un *tertium genus*, la c.d. "malattia-infortunio", causata da una "causa violenta" costituita da una "causa virulenta", il virus appunto. Ovviamente, come sempre avviene in questi casi, la distinzione non è solo di taglio nominalistico: la possibilità di considerare la malattia infettiva e parassitaria indennizzabile nella usuale fattispecie infortunistica consente in maniera più agevole provarne la sussistenza, a differenza della tecnopatia, in cui l'origine professionale è una *probatio diabolica*

raggiunto in seno al Comitato Consultivo UE per la Sicurezza e la Salute sul Lavoro un accordo in merito alla necessità di riconoscere il contagio da Covid-19 come una malattia professionale nei settori dell'assistenza sanitaria e domiciliare e dei servizi sociali, accordo che farà da sfondo ad una nuova Raccomandazione della Commissione UE per aggiornare l'orientamento sulle patologie professionali di modo che saranno poi le legislazioni nazionali degli Stati membri ad adottare le normative interne di adeguamento.

In ogni caso, da questo accertamento conseguono differenti valutazioni giuridiche, a seconda che ci si interroghi sulla tutela previdenziale garantita dall'Inail (e ciò anche nelle ipotesi in cui sia stato lo stesso lavoratore a non aver rispettato le misure di sicurezza previste) oppure sui profili risarcitori, che sollecitano ulteriori valutazioni.

Il sistema previdenziale, che comporta l'intervento meramente indennitario dell'Inail, prevede all'art. 10 del D.P.R. n. 1124/65 che, nell'ipotesi in cui l'infortunio (o la malattia professionale) sia stato cagionato in conseguenza della violazione – da parte del datore o di terzi di cui egli debba rispondere – delle norme di protezione contro gli infortuni ed allorché ne derivi una responsabilità penale (anche sindacabile *incidenter tantum* dal giudice del lavoro) per reati procedibili d'ufficio, è previsto l'integrale risarcimento del danno in favore del lavoratore attraverso l'istituto del c.d. "danno differenziale" (costituente appunto un *surplus* ottenibile per differenza rispetto a quanto erogato dall'istituto) oppure del c.d. "danno complementare" in relazione alle voci di danno non coperte dall'Inail (per esempio perchè il grado di invalidità permanente accertata è inferiore al 6%).

La disciplina quindi prevede, agli artt. 10 e 11 del D.P.R. n. 1124/65, che il datore sia tenuto al risarcimento del danno secondo le regole civilistiche ordinarie nell'ipotesi in cui esiste responsabilità penale, senza possibilità di esonero.

Ecco il punto, l'esonero dalla responsabilità risarcitoria.

La copertura dell'Inail assicura già l'esclusione della responsabilità datoriale in quanto l'assicurazione del rischio consente l'allocazione del danno relativo all'indennità per inabilità temporanea ed al danno biologico <sup>(4)</sup> in capo all'ente pubblico.

---

proprio a causa della difficoltà di dimostrare l'episodio specifico della penetrazione del virus nell'organismo.

<sup>(4)</sup> E ciò vale anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 13 d.lgs. n. 38/2000 che ha inserito il danno biologico nell'oggetto della copertura indennitaria dell'Inail, dandone una definizione temporanea e standardizzata quale lesione all'integrità psico-fisica della persona, suscettibile di valutazione medico-legale. Infatti, sebbene l'art. 13, co 2, lett. a) prevede che la Tabella delle menomazioni sia «comprensiva degli aspetti dinamico-relazionali», non è affatto valorizzato il profilo dinamico in quanto l'indennizzo è calcolato

La novella del 2020 pare introdurre una nuova ipotesi di esonero, legata al rispetto delle misure di prevenzione del contagio poste in via eteronoma dalla normativa ed in via autonoma nei Protocolli ma sia l'una sia l'altra ipotesi di esenzione da responsabilità non possono valere in tutti quei casi in cui la condotta del datore sia 'colorabile' in termini di colpa - se non proprio di dolo eventuale - per inosservanza (o anche per mancata vigilanza del rispetto) di tutte le disposizioni a tutela della salute e sicurezza dei lavoratori. In tali eventualità, infatti, il datore di lavoro risponde dell'integrale risarcimento del danno biologico e non patrimoniale patito dal danneggiato in base sia agli artt. 1228 e 2087 c.c. - a titolo di responsabilità contrattuale - sia ai sensi dell'art. 32 Cost. (che tipizza la salute quale diritto soggettivo assoluto a rilevanza costituzionale), nonché dell'art. 2043 c.c. in quanto concorre la responsabilità extracontrattuale da illecito.

Il richiamo alle norme che disciplinano il risarcimento del danno extracontrattuale nell'ambito del giudizio sull'accertamento della responsabilità del datore di lavoro, consente di proporre una tipizzazione delle condotte *contra legem* che potrebbe essere di ausilio sia nella problematica risarcitoria sia, più in generale, in quell'ottica dissuasiva tesa a prevenire il verificarsi del danno.

Si ricordi l'art. 2050 c.c. dedicato alla responsabilità per lo svolgimento di attività "pericolosa", norma che accolla sul danneggiante il risarcimento del pregiudizio tutte le volte in cui l'imprenditore non è in grado di dimostrare di «aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno». Nei fatti, questa disposizione appesantisce la posizione dell'impresa rispetto alla materia della responsabilità contrattuale, che onera il lavoratore di provare l'esistenza del danno alla salute, la mancata adozione di adeguate misure di sicurezza da parte del datore di lavoro, nonché il nesso causale tra la malattia e la nocività dell'ambiente lavorativo determinata dall'inadempimento del datore.

Se si arrivasse a configurare come "pericolosa ai sensi e per gli effetti dell'art. 2050 c.c." lo svolgimento dell'attività di impresa senza il rispetto delle misure di sicurezza per contrastare il contagio da Covid-19 come potrebbe il datore liberarsi da questa responsabilità risarcitoria, che arriverebbe ad essere di tipo "oggettivo"?

La volontà di evitare un siffatto rischio - dalle conseguenze non immediatamente calcolabili, e dunque *inefficiente* per dirla in termini weberiani - potrebbe incidere a monte sulle scelte imprenditoriali per garantire il rispetto delle misure di prevenzione.

Per chiudere sul punto, nel caso evocato dell'autotrasportatore contagiato, che percepirà gli indennizzi Inail a titolo di inabilità

---

in base a parametri fissi, automatici, uguali per tutti i danneggiati, senza alcuna personalizzazione del danno.

temporanea assoluta per i giorni di assenza dal lavoro e (forse) di danno biologico permanente ove dovesse essere accertata una limitazione funzionale dell'integrità psico-fisica, il lavoratore avrà il diritto di chiedere al datore di lavoro il risarcimento del danno per ottenere il ristoro di tutte le conseguenze pregiudizievoli subite - in termini economici ma anche extrapatrimoniali quali quelle legate per esempio alla vita di relazione - a causa del comportamento dell'imprenditore.

Come si vede, l'ordinamento civilistico (senza indagare le conseguenze penali dei comportamenti analizzati) ha gli anticorpi per evitare il verificarsi di un evento dannoso. Tuttavia, la rilevanza dell'interesse protetto e l'importanza cardinale che ha la garanzia che la ripresa in sicurezza delle attività produttive venga accompagnata dalla comune aspettativa che il periodo buio attraversato non ritorni più, meritano maggiore attenzione: la previsione di un apparato sanzionatorio dai contorni più certi in grado di assicurare un'adeguata tutela al lavoratore che ha subito un danno alla salute a causa della contrazione del virus in un ambiente di lavoro insicuro e - per altro verso - la presenza di strumenti di autotutela ad efficacia immediata messi a disposizione dei lavoratori singoli ed organizzati possono, forse, militare nella direzione da tutti condivisa.

In presenza di un altro contesto, quell'autista avrebbe avuto la forza di rifiutare il viaggio, così evitando il contagio e quindi il danno.