

Covid-19: obblighi di sicurezza, tutele previdenziali, profili riparatori

Sommario: 1. *Necessitas ... habet legem* – 2. Diritto emergenziale e T.U. sulla sicurezza sul lavoro – 3. Il “riparo sicuro” dell’art. 2087 c.c. – 4. L’infortunio da Covid-19 tra *lex specialis* e Testo Unico – 5. Postilla.

1. *Necessitas ... habet legem*

Di fronte al susseguirsi convulso e ansiogeno delle misure emergenziali assunte dal Governo per contrastare la diffusione della pandemia da Covid-19, sono risuonati – non soltanto nelle critiche dell’opposizione – echi di dibattiti non nuovi, che hanno segnato i passaggi più drammatici della storia europea del Novecento¹. Sono riecheggiate le parole fulminanti di Walter Benjamin sullo “stato d’eccezione come paradigma di governo”², capace – come ha scritto Agamben – di dislocare e ottundere il canone democratico in una prassi di “legislazione governamentale”³ retta “da una generalizzazione senza precedenti del paradigma della sicurezza come tecnica normale di governo”⁴.

Eppure, il giuslavorista che osservi con il necessario distacco la progressione – senza dubbio impressionante – di misure di precauzione e di regole di sicurezza emanate in varia guisa e con diversa fonte di legittimazione sulla base della dichiarazione dello stato di emergenza⁵, non può non rintracciarvi il fondamento saldo e affidante dei principi che sorreggono classicamente l’intero impianto del diritto della salute e della sicurezza sul lavoro⁶. Ove rischiarata dalla luce di quei

* Professore Ordinario di Diritto del lavoro - Università di Perugia.

Lo scritto trae occasione da due seminari da remoto, o *webinar* nella terminologia invalsa, svoltisi rispettivamente il 5 e 6 maggio 2020, il primo su impulso della Scuola Superiore della Magistratura e il secondo su quello della Università Cattolica del Sacro Cuore e di “Freccia Rossa”.

¹ V. ad es. C. GALLI, *Epidemia tra norma ed eccezione*, disponibile nel sito dell’Istituto Italiano per gli Studi Filosofici, all’indirizzo <https://www.iisf.it/index.php/attivita/pubblicazioni-e-archivi/diario-della-crisi/carlo-galli-epidemia-tranorma-ed-eccezione.html?tmpl=component&print=1> (29 aprile 2020).

² G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, 2003, 17. Il riferimento è a W. BENJAMIN, *Tesi di filosofia della storia* (1942), in ID., *Angelus Novus. Saggi e frammenti*, a cura di R. Solmi con un saggio di F. Desideri, Torino, 2014, qui 79.

³ Ivi, 28.

⁴ Ivi, 24.

⁵ Lo stato di emergenza nazionale è stato dichiarato dal Consiglio dei Ministri il 31 gennaio 2020, visto il D.Lgs. 2 gennaio 2020, n. 1, ed in particolare gli artt. 7, co. 1, lett. c), e 24, co. 1 (cfr. D. CALAFIORE, *La sicurezza nei luoghi di lavoro tra disciplina dell’emergenza da Covid-19 e disciplina ordinaria*, in *D&G*, 20 aprile 2020). Un elenco (aggiornato alla data in cui si scrive, ma destinato a rapido invecchiamento) si trova in G. NATULLO, *Covid-19 e sicurezza sul lavoro: nuovi rischi, vecchie regole?*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*.IT, 413/2020, e in 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 nel d.l. n. 19/20*, in *Dir. sic. lav.*, 1/2020, 117 e ss. Le fonti sono assai varie e ramificate, di arduo coordinamento: dai decreti con forza di legge, che intendono costituire la base di autorizzazione generale dell’intero processo di normazione emergenziale, ai decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri (D.P.C.M.), ai provvedimenti e alle ordinanze delle diverse autorità competenti (Ministero della Salute e autorità sanitarie, Dipartimento della Protezione civile, Regioni e Comuni, ecc.), sino ai protocolli e agli accordi collettivi di cui si dirà meglio *infra*, al § 2.

⁶ Ove si voglia ormai attribuire a tale vasto e complesso ordinamento sezionale, che qui si intende comprensivo tanto della disciplina prevenzionistica quanto di quella previdenziale per gli infortuni e le malattie professionali, dignità di sottosistema dotato di uno spiccato grado di autonomia, anche scientifica, per le interconnessioni sistematiche tra ambiti disciplinari diversi, giuridici e non. È questa la prospettiva che ispira dalla nascita *Olympus*, l’Osservatorio per il monitoraggio permanente della legislazione e della giurisprudenza sulla sicurezza del lavoro, diretto da Paolo Pascucci presso l’Università di Urbino “Carlo Bo”, di cui è emanazione la rivista *Diritto della sicurezza sul lavoro*. Si veda più di recente – in tale ordine di idee – P. PASCUCCI (et al.), *La tutela della salute e della sicurezza sul lavoro. Il Titolo I del D.Lgs. n. 81/2008 dopo il Jobs Act*, Fano, 2017.

principi, l'intera vicenda emergenziale sa ritrovare una sicura coerenza sistematica e ordinamentale, senza smarrire il suo fondamento costituzionale, che ne risulta anzi rinsaldato.

Onde non vale ciò che è proprio dello stato di emergenza o di eccezione, e che viene tralaticciamente espresso con l'antico brocardo *necessitas legem non habet*⁷. Non conosciamo, infatti, alcuno "stato kenomatico, un vuoto di diritto"⁸, una sospensione della legalità in stato di necessità; assistiamo, tutt'al contrario, ad una riaffermazione dei valori costituzionali, ad un ripristino della gerarchia che la Costituzione ha qui sicuramente voluto tra i diritti in potenziale conflitto⁹, con la priorità assicurata alla salute e alla sicurezza delle persone (artt. 32 e 41, co. 2, Cost.), prima di tutto di quelle che lavorano (artt. 35 e 38 Cost.).

In quel che segue sostanzieremo questo argomento, valutando le principali implicazioni delle misure emergenziali assunte per il contrasto della pandemia da Covid-19 alla luce degli ordinari principi in tema di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro, tanto sul versante propriamente prevenzionistico (alla stregua del D.Lgs. n. 81/2008 e, soprattutto, dell'art. 2087 c.c.), quanto su quello previdenziale e *lato sensu* riparatorio.

2. Diritto emergenziale e T.U. sulla sicurezza sul lavoro

Non è questa la sede per un'analisi puntuale dei contenuti delle misure precauzionali e delle regole prevenzionali introdotte per il contrasto della diffusione del contagio pandemico, a tutela della salute pubblica in generale, e a protezione di quanti operano negli ambienti di lavoro in particolare. Basti al riguardo osservare come un aggiornato compendio delle disposizioni generali minime a tutela della salute nei luoghi di lavoro si trovi – allo stato – nel "Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro fra il Governo e le parti sociali", del 24 aprile 2020. Detto Protocollo, che figura come allegato al D.P.C.M. assunto il 26 aprile¹⁰, integra il precedente documento condiviso allo stesso fine da Governo e parti sociali il 14 marzo 2020, esso stesso sottoscritto su invito del Presidente del Consiglio e dei Ministri competenti in attuazione della misura già contenuta nel D.P.C.M. dell'11 marzo 2020.

Lo stretto rapporto con la fonte pubblicistica, a cui accede, attribuisce al Protocollo (ovviamente, già a quello del 14 marzo 2020) non soltanto quella estensione generale che scaturisce (indirettamente) dal rinvio in funzione integrativa del precetto di legge¹¹, ma – più ancora – efficacia "*lato sensu* normativa"¹². Non si può pertanto dubitare che le previsioni contenute nel Protocollo – ad integrazione di precetti che rinviengono fonte diretta nei decreti legge e nella normazione

⁷ A. AGAMBEN, *op. cit.*, 34.

⁸ Ivi, 15.

⁹ Cfr. R. RIVERSO, *Salute, lavoro e coronavirus, nella ricorrenza del 1° maggio*, in *Questione giustizia* dell'1.5.2020, anche per una critica al relativismo intriso di *Realpolitik* di C. Cost. 9 maggio 2013, n. 85.

¹⁰ Si tratta segnatamente dell'allegato 6 al D.P.C.M., contenente "Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale", e pubblicato in *G.U.* n. 108 del 27.4.2020. L'art. 10 del decreto precisa che le disposizioni ivi contenute si applicano dalla data del 4 maggio 2020 in sostituzione di quelle di cui al D.P.C.M. del 10 aprile e sono efficaci – salve talune eccezioni – sino al 17.5.2020.

¹¹ Cfr. per tutti F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Diritto del lavoro. I. Il diritto sindacale*, Torino, 2018 (ottava ed.), 242. Ma v. G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Bari, 2014 (ed. aggiornata da L. BELLARDI, P. CURZIO e V. LECCESE), spec. 161.

¹² P. PASCUCCI, *Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro, op. cit.*, 123.

secondaria nel frattempo stratificatasi¹³ – condividano con questi ultimi la medesima natura di misure di tutela riconducibili alla nozione generale offerta dall’art. 15 del D.Lgs. n. 81/2008¹⁴.

Né è in fin dei conti rilevante, al riguardo, la distinzione – che pure è a rigore possibile fare in relazione alla natura specifica delle “direttive” tipizzate¹⁵ – tra misure a carattere più propriamente precauzionale, ovvero rispondenti ad uno schema riconducibile a quel principio di precauzione da tempo acquisito nel sistema per il tramite dell’ordinamento euro-unitario¹⁶, e vere e proprie regole di prevenzione, quali, ad esempio, quelle relative all’utilizzo dei dispositivi di protezione individuale (DPI)¹⁷. E ciò perché il T.U. del 2008 assume trasversalmente anche le prime al proprio interno, a ben vedere nella stessa previsione generale di cui all’art. 15¹⁸.

Questa osservazione deve guidare l’interprete anche nella soluzione della questione, da subito dibattuta tra i primi commentatori delle misure emergenziali¹⁹, se detta disciplina imponga o meno al datore di lavoro – “ovviamente in contesti diversi da quelli ‘sanitari’”²⁰, per i quali ciò è incontrovertito²¹ – un obbligo di aggiornamento del documento unico di valutazione dei rischi (DVR), di cui all’art. 28, D.Lgs. n. 81/2008²². L’opinione che lo esclude fa essenzialmente leva sulla natura

¹³ Di “continuo succedersi ad affastellarsi di atti normativi finalizzati a far fronte ad un’emergenza sempre più devastante e difficile da gestire” parla P. PASCUCCI, *op. ult. cit.*, 118, riferendosi in particolare al D.P.C.M. 22 marzo 2020 (cui ora si sostituisce quello, già richiamato alla nota 10, del 26 aprile) e al D.L. n. 19/2020.

¹⁴ Su cui v. per tutti C. TIMELLINI, *Il contenuto dell’obbligo di sicurezza*, in L. GALANTINO (a cura di), *Il Testo Unico in materia di salute e sicurezza sul lavoro. Il d.lgs. 81/2008 e il d.lgs. 106/2009*, Torino, 2009, 55 e ss.

¹⁵ Cfr. L. M. PELUSI, *Tutela della salute dei lavoratori e COVID-19: una prima lettura critica degli obblighi datoriali*, in *Riv. sic. lav.*, 2019, 2, 122 e ss., spec. 129-130 (anche in nota). Ma la distinzione è evocata nello stesso testo del Protocollo, laddove si precisa che esso “contiene misure che seguono la logica della precauzione e seguono e attuano le prescrizioni del legislatore e le indicazioni dell’Autorità sanitaria”.

¹⁶ V. solo la comunicazione della Commissione sul principio di precauzione, COM(2000) 1 final, del 2.2.2000, spec. 10, ove se ne delinea il campo applicativo in termini assai ampi. Per il retroterra teorico del principio di precauzione è d’obbligo il rinvio al classico di U. BECK, *La società del rischio. Verso la seconda modernità*, trad. it., Roma, 2000, spec. 255 e ss.

¹⁷ Art. 18, co. 1, lett. d), D.Lgs. n. 81/2008. Sono tali, nel nostro caso, tipicamente, le mascherine e in genere i dispositivi indicati al punto 6 del Protocollo (quali guanti, occhiali, tute, cuffie, camici, ecc.), i quali si rendono necessari – ovvero obbligatori – tutte le volte in cui “il lavoro imponga di lavorare a distanza interpersonale minore di un metro e non siano possibili altre soluzioni organizzative”. Per una recentissima conferma v. Trib. Firenze, Sez. Lav., decreto 1 aprile 2020, e Trib. Bologna, Sez. Lav., decreto 14 aprile 2020, con i quali viene ordinato alle convenute, note piattaforme della *food delivery*, di munire i propri *riders* di tali dispositivi di protezione individuale (mascherina protettiva, guanti monouso, gel disinfettanti e prodotti a base alcolica per la pulizia dello zaino, in quantità adeguata e sufficiente allo svolgimento dell’attività lavorativa), facendo applicazione della normativa anti-Covid per il tramite dell’art. 2, D.Lgs. n. 81/2015, nel testo in vigore all’esito della novellazione *ex L. n. 128/2019*.

¹⁸ Cfr. P. TULLINI, *Tutela della salute dei lavoratori e valutazione del rischio biologico: alcune questioni giuridiche*, in corso di pubblicazione in *Riv. dir. sic. soc.*, 2020, 2; M. MARAZZA, *L’art. 2087 c.c. nella pandemia (Covid-19)*, di prossima uscita in *Riv. it. dir. lav.*, spec. alle note 8, 10 e 11, ove si richiamano, tra le altre, Cass. pen. n. 27186/2019 e Cass. Sez. Un. n. 38343/2014. Ma, in senso (tendenzialmente) contrario, v. P. PASCUCCI, *Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro, op. cit.*, 132 e ss.

¹⁹ E oggetto, a livello locale, anche di diverse prese di posizione da parte delle pubbliche autorità interessate (si confrontino, ad es., le opposte valutazioni cui pervengono, da una parte, la Regione Veneto nelle “indicazioni operative” diramate il 26 marzo 2020 e, dall’altra, la Giunta regionale dell’Emilia-Romagna nelle ordinanze n. 44 e n. 47 emanate dal suo Presidente, rispettivamente il 20 e il 23 marzo 2020). Anche in una comunicazione del 13.3.2020 del Direttore dell’INL, avente ad oggetto “Adempimenti datoriali - valutazione rischio emergenza coronavirus”, si propende, peraltro senza particolare approfondimento argomentativo, per la tesi negativa.

²⁰ P. PASCUCCI, *Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro, op. cit.*, 128.

²¹ Per questi, intesi in senso ampio e ovviamente comprensivo dei laboratori dove viene analizzato e trattato il virus, infatti, non si dubita che si sia in presenza di un rischio specifico, con tutte le conseguenze del caso. Né si può dubitare per quei casi nei quali l’obbligo è esplicitato dalle parti firmatarie dei protocolli di settore, come avviene per i trasporti (v. G. NATULLO, *Covid-19, op. cit.*, 4).

²² E, di riflesso, se del caso, dello stesso modello organizzativo, come previsto dall’art. 30, D.Lgs. n. 81/2008 (ai fini di cui al D.Lgs. n. 231/2001).

generica del rischio biologico derivante dal Covid-19²³, reputando che dal sistema del T.U. emerga come soltanto per i rischi specifici – che sono cioè “connessi al *contesto strutturale, strumentale, procedurale e di regole* che il datore di lavoro ha concepito e messo in atto per il perseguimento delle proprie finalità produttive”²⁴ – sussista un siffatto obbligo, ai sensi in particolare dell’art. 28 *juncto* art. 29, co. 3²⁵.

Secondo tale tesi, infatti, le misure emergenziali – e in prevalenza precauzionali – a tutela della salute pubblica, anche quando riguardino la sicurezza dei lavoratori, “*si affiancano provvisoriamente* – per la durata della fase di emergenza – a quelle ordinarie, conservando la propria distinta natura e funzione. *La valutazione di quel rischio è operata a monte dalla pubblica autorità*, ai cui comandi il datore di lavoro deve adeguarsi adattando a tal fine la propria organizzazione alle *misure di prevenzione dettate dalla stessa pubblica autorità*”²⁶. Onde una tale riorganizzazione non sarebbe altro che “un adeguamento alle direttive pubbliche”, senza costituire, come tale, “un vero e proprio aggiornamento della valutazione dei rischi *ex art. 29 del D.Lgs. n. 81/2008*, con la conseguenza che l’eventuale inosservanza delle direttive pubbliche rileva non già ai sensi dell’art. 55 dello stesso decreto, bensì in relazione alle speciali sanzioni pubblicistiche sancite dalla pubblica autorità”²⁷.

Senonché, per quanto già accennato, ci appare più convincente l’opposta tesi²⁸, ancorata com’è a quella medesima valutazione sistematica e integrata, tra dispositivi emergenziali e disciplina a vocazione generale e tendenzialmente onnicomprensiva e inclusiva del T.U., alla quale si è *in apicibus* metodologicamente aderito²⁹. L’intero apparato di misure – precauzionali e protettive – introdotto da detta disciplina, e che il Protocollo tra Governo e parti sociali demanda alla responsabilità attuativa delle imprese in ragione dello specifico contesto aziendale³⁰, si inserisce infatti armoniosamente nel T.U., in virtù dell’apertura sistemica che questo connota, integrandone i precetti anche laddove (art. 29, co. 3) esso impone obblighi di adeguamento e aggiornamento di quell’atto fondamentale, in quanto fondante l’intero processo di tutela della sicurezza sul lavoro³¹, che è per l’appunto il DVR³².

Appaiono del resto cogenti – in tale direzione interpretativa – molteplici dati normativi, anche strettamente testuali. L’art. 2, alla lett. q), nel dettare la definizione normativa della “valutazione dei rischi”, la riferisce globalmente a *tutti* i rischi per la salute e la sicurezza dei lavoratori presenti

²³ Così, del resto, lo qualifica espressamente – appunto come “un rischio biologico generico, per il quale occorre adottare misure uguali per tutta la popolazione” – lo stesso Protocollo condiviso da Governo e parti sociali.

²⁴ Così ancora P. PASCUCCI, *op. ult. cit.*, 129 (corsivi nell’originale), e già ID., *Coronavirus e sicurezza sul lavoro tra “raccomandazioni” e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale?*, in *Dir. sic. lav.*, 2019, 2, 98 e ss. In senso conforme – con argomenti sostanzialmente sovrapponibili – L. M. PELUSI, *Tutela della salute dei lavoratori*, *op. cit.*, 123 e ss.; C. LAZZARI, *Per un (più) moderno diritto della salute e della sicurezza sul lavoro: primi spunti di riflessione a partire dall’emergenza da Covid-19*, in *Dir. sic. lav.*, 2020, 1, 136 e ss.

²⁵ Ma viene richiamata, a conforto, anche la specifica disciplina relativa alla esposizione agli agenti biologici, di cui al Titolo X del T.U.

²⁶ Ancora P. PASCUCCI, *op. ult. cit.*, 130 (corsivi sempre nell’originale).

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Sostenuta, tra gli altri, da R. GUARINIELLO, *La sicurezza sul lavoro al tempo del coronavirus*, e-book, Milano, 2020, 10 e ss.; G. NATULLO, *Covid-19*, *op. cit.*, 8 e ss.; P. TULLINI, *Tutela della salute*, *op. cit.*, par. 1; A. INGRAO, *C’è il COVID, ma non adeguati i dispositivi di protezione: sciopero o mi astengo?*, in *Giustizia civile.com*, del 18 marzo 2020; G. DE FALCO, *La normativa in tema di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro a confronto con l’emergenza epidemiologica dal covid-19*, e S. DOVERE, *Covid-19: sicurezza del lavoro e valutazione dei rischi*, entrambi in *Giustizia insieme* del 22 aprile 2020.

²⁹ *Supra*, § 1.

³⁰ Donde, a cascata, gli ormai numerosi protocolli settoriali, come quelli di sanità e trasporti, in *parte qua* pure allegati al D.P.C.M. 26 aprile 2020, e quelli sottoscritti a livello aziendale, elaborati con il medesimo metodo concertativo e affidati all’amministrazione congiunta degli appositi comitati a composizione paritetica previsti dal Protocollo “generale”.

³¹ Cfr. per tutti L. GALANTINO, *Il Testo Unico novellato in materia di tutela della salute e sicurezza sul lavoro: note introduttive*, in EAD. (a cura di), *Il Testo Unico*, *op. cit.*, 1, spec. 14 e ss.; M. LAI, *Il diritto della sicurezza sul lavoro tra conferme e sviluppi*, Torino, 2017, 41 e ss.

³² E, per i rischi interferenziali, nascenti cioè dalla interferenza tra le attività dell’appaltante e dell’appaltatore, il DUVRI (art. 26 T.U.): cfr. P. PASCUCCI, *La tutela della salute*, *op. cit.*, 154 e ss.

nell'ambito dell'organizzazione produttiva. L'art. 15, co. 1, lett. a), esige – parimenti – la valutazione di *tutti* i rischi per la salute e la sicurezza dei lavoratori e l'art. 17 ribadisce il principio. L'art. 28 – *sedes materiae* – è ancor più esplicito: la valutazione del rischio, anche nella sistemazione dei luoghi di lavoro (come, si può aggiungere, nelle opzioni organizzative), deve riguardare *tutti* i rischi per la salute e la sicurezza dei lavoratori, inclusi quelli da stress-lavoro correlato³³. La medesima disposizione, al secondo comma, lett. a), precisa ulteriormente che il DVR deve contenere “una relazione sulla valutazione di *tutti* i rischi per la sicurezza e la salute *durante* l'attività lavorativa”. Onde – come è stato efficacemente osservato – è la valutazione eminentemente temporale e circostanziale, più che quella causale-spaziale sulla quale si appunta la distinzione tra rischi endogeni ed esogeni fatta valere dall'altra tesi, a rilevare a tal fine: “qualunque rischio che afferisca all'attività lavorativa, nel senso che derivi direttamente da essa o sia comunque connesso al tempo e al modo in cui l'attività viene espletata, deve essere valutato dal datore di lavoro. Ogni rischio che, in altre parole, trovi la propria ‘occasione’ di manifestarsi nell'organizzazione del lavoro”³⁴.

Del resto, anche chi propende per l'altra tesi, opportunamente rileva come “sarebbe più corretto fondare questa distinzione non tanto sull'origine interna o esterna all'azienda del fattore di rischio, quanto piuttosto sul fatto che l'attività lavorativa, intesa sia come condizioni di lavoro che come mero contesto ambientale in cui viene a svolgersi la prestazione, comporti un innalzamento del livello di esposizione al rischio rispetto a quello socialmente accettato nella comunità cui appartiene il lavoratore”³⁵. Ma se è così, considerato che la prima misura precauzionale – e di prevenzione – stabilita dalle fonti emergenziali, e ribadita nel Protocollo condiviso da Governo e parti sociali, è quella rappresentata dall'opzione per il lavoro da remoto in modalità “agile”³⁶, è giocoforza concludere che lo stesso svolgimento della prestazione lavorativa in azienda costituisce fattore tipico di aggravamento del rischio “socialmente accettato” nella comunità di riferimento. In altri termini – come si dirà anche più avanti –, è il fatto stesso di dover continuare a prestare l'attività lavorativa in

³³ V. in particolare il primo comma della disposizione. E si noti, *per incidens*, che stessa “paura del contagio” – specie per i soggetti più “fragili” ed esposti alle conseguenze potenzialmente più gravi della eventuale malattia, secondo quanto prevede lo stesso Protocollo per farli destinatari di una speciale misura di cautela affidata all'attenzione del medico competente – diventa, a ben vedere, nel contesto pandemico, fattore di stress-lavoro correlato meritevole di valutazione. Per spunti utili a inquadrare in generale tale problematica sia consentito il rinvio a S. GIUBBONI, *Salute mentale del lavoratore e tutela previdenziale delle malattie professionali*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2010, I, 611 e ss.

³⁴ G. DE FALCO, *La normativa*, op. cit., 5-6, che poco sopra – altrettanto perspicuamente – rileva come l'art. 15, lett. b), nel definire la nozione di “prevenzione”, prefiguri “una sorta di permeabilità tra organizzazione lavorativa e ambiente in senso ampio”, poggiando su di un concetto di “salute ‘circolare’, alla cui stregua garantire al cittadino lavoratore il pieno rispetto del diritto alla salute, ex art. 32 Cost.”, e visualizzando “un rapporto bidirezionale tra i ‘rischi interni’ e quelli ‘esterni’ all'ambiente di lavoro”. Avremo modo di osservare (*infra*, al § 4) come tali coordinate definitorie e normative trovino pieno riscontro in quelle che fissano, in senso altrettanto ampio e inclusivo, l'ambito operativo della tutela previdenziale della “malattia-infortunio” da Covid-19.

³⁵ L. M. PELUSI, *Tutela della salute*, op. cit., 126.

³⁶ Le varie disposizioni emergenziali – i diversi D.P.C.M. succedutisi, a partire da quello del 23 febbraio 2020 (art. 3), attuativo del D.L. n. 6/2020; il D.L. n. 18/2020 “Cura Italia”, ora convertito nella L. n. 27 (all'art. 39 e all'art. 87); e naturalmente il Protocollo condiviso da Governo e parti sociali, già in premessa – fanno riferimento al “lavoro agile” ex L. n. 81/2017, ancorché in termini che accentuano – oggettivamente – la difficoltà di tenerlo distinto dal telelavoro, visto che, fondamentalmente, si prevede che la prestazione debba essere resa da remoto, in modo fisso, dal domicilio del lavoratore: un tratto, quest'ultimo, sul quale, anche ai fini della individuazione della disciplina in materia di tutela della salute e della sicurezza dei prestatori, la dottrina aveva appuntato l'attenzione per richiedere, semmai, l'applicazione delle più stringenti previsioni sul telelavoro; cfr. R. PESSI, R. FABOZZI, *Gli obblighi del datore di lavoro in materia di salute e sicurezza*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Torino, 2018, 227 e ss., nonché la circolare INAIL n. 48/2017 (in specie relativamente all'art. 22 della già citata L. n. 81/2017). Il problema non può essere approfondito ai limitati scopi di questo contributo, se non per osservare che il ricorso allo *smart work*, da un lato, evita quell'aggravamento del rischio biologico generico da Covid-19, cui è invece esposto il lavoratore che presta la sua attività nell'ambiente di lavoro, e, dall'altro, che l'adozione (obbligatoria o “automatica”, come la qualifica già l'art. 3 del D.P.C.M. del 23 febbraio 2020) della modalità agile di svolgimento della prestazione pare – comunque – rientrare nell'ambito di quelle modifiche organizzative cui fa riferimento l'art. 29, D.Lgs. n. 81/2008, ai fini dell'obbligo di aggiornamento del DVR. Sullo speciale rilievo assunto dal lavoro agile in tempi di Covid-19 v., ad ogni modo, B. CARUSO, *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?*, in corso di pubblicazione in *Riv. it. dir. lav.*

ambito aziendale, nella impraticabilità della modalità agile da remoto, a costituire di per sé “fattore di accrescimento del rischio sanitario”³⁷, non fosse altro per l’aumento delle occasioni di contagio *in loco* e *in itinere*.

Peraltro, la dialettica di opinioni sulla necessità di adeguare il DVR non va, a ben vedere, eccessivamente enfatizzata. Anche chi in principio esclude, allo stato, un obbligo di aggiornamento in senso proprio del DVR, ammette, infatti, che ove, come appare ormai probabile, la situazione di forzata “convivenza” con il rischio di contagio da Covid-19 dovesse protrarsi a lungo nel tempo, ben oltre l’attuale fase emergenziale, obbligando (almeno sino a quando non disporremo di un vaccino efficace) ad una gestione precauzionale per così dire “a regime” (per quanto a intensità “attenuata” o “allentata”), sarebbe inevitabile una corrispondente riconsiderazione delle misure richieste anche ai sensi degli artt. 28 e 29 del D.Lgs. n. 81/2008³⁸.

3. Il “riparo sicuro” dell’art. 2087 c.c.

Ma, più al fondo, è la corretta considerazione della norma elastica di “chiusura del sistema”³⁹ – l’art. 2087 c.c., autentica valvola di controllo automatico delle interconnessioni sistemiche tra dispositivi emergenziali e regimi ordinari di tutela – a dover dissipare ogni residua incertezza al riguardo. È infatti necessario muovere dalla premessa – fondata appunto su tale norma-chiave – “che il datore di lavoro è garante della salute e sicurezza in azienda ed è tenuto ad adottare le misure necessarie ad evitare che l’ambiente lavorativo divenga – in via diretta o per interferenza – occasione di contagio. In questa premessa ‘si compendia la filosofia e la prassi operativa della prevenzione’ secondo l’art. 2087 c.c. e da questa, in definitiva, partono i percorsi attuativi del T.U. del 2008”⁴⁰.

Nessuno dubita, d’altra parte, che, a prescindere dalla soluzione che si voglia dare alla questione dell’adeguamento del DVR, il datore di lavoro sia tenuto a garantire la puntuale attuazione – ai sensi dell’art. 2087 c.c. – di tutte le misure e le cautele tipizzate dai diversi provvedimenti emanati per contrastare la diffusione del contagio da Covid-19, adattandole – come vuole il Protocollo sottoscritto da Governo e parti sociali – allo specifico contesto produttivo e organizzativo aziendale⁴¹. Né è dubitale, quindi, che, in assenza della effettiva adozione di quelle misure, il lavoratore – titolare di un diritto soggettivo perfetto ad un ambiente di lavoro sicuro alla stregua dell’art. 2087 c.c. – abbia facoltà di opporre al datore di lavoro, in forza dei comuni principi⁴², il rifiuto di svolgere una prestazione insicura⁴³.

Il datore di lavoro dovrà anzi a tal fine elaborare, di norma, un proprio protocollo aziendale, secondo quelle modalità concertate che sono state definite a livello nazionale; le misure di prevenzione e di

³⁷ S. DOVERE, *Covid-19*, cit., 5. In senso conforme P. TULLINI, *Tutela della salute*, op. cit., par. 1, nota 8 e testo corrispondente, chiarisce che “quanto meno si dovrà riconoscere che sussiste un rischio generico aggravato, perché – se è vero che il pericolo di contagio incombe su ogni cittadino – tuttavia coinvolge in misura maggiore, per intensità e frequenza, coloro che nel periodo dell’emergenza e nella fase successiva sono e saranno tenuti a prestare lavoro” (naturalmente *in presentia*).

³⁸ Per un cenno in tal senso v. P. PASCUCCI, *Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro*, op. cit., 134.

³⁹ Formula ormai tralatizia, questa, sorretta da un non meno che granitico *acquis* giurisprudenziale (ad es., di recente, Cass., Sez. Lav., n. 8911/2019) e dottrinale [per tutti P. ALBI, *Adempimento dell’obbligo di sicurezza e tutela della persona. Art. 2087*, in P. SCHLESINGER (fondato da) e F. D. BUSNELLI (diretto da), *Il Codice civile. Commentario*, Milano, 2008, 77 e ss.].

⁴⁰ P. TULLINI, op. loc. cit., che si rifà a sua volta a L. MONTUSCHI, *Dai principi al sistema della sicurezza sul lavoro*, in ID. (a cura di), *La nuova sicurezza sul lavoro*, Bologna, 2011, 10.

⁴¹ V. ad es. e per tutti M. MARAZZA, *L’art. 2087*, op. cit., par. 3.

⁴² Ma può venire in rilievo anche l’art. 44, D.Lgs. n. 81/2008, ritenuto peraltro una specificazione dei principi posti dal diritto comune con gli artt. 1218 e 1460 c.c.: per gli opportuni riferimenti v. il commento alla disposizione di P. ALBI in R. DE LUCA TAMAJO, O. MAZZOTA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro - Grandi Pera*, Milano, 2018.

⁴³ V. ad es. Cass., Sez. Lav., n. 11664/2006 e n. 21479/2005.

sicurezza stabilite nella sede generale troveranno qui la concreta attuazione che è richiesta nel contesto organizzativo e nell'ambiente lavorativo di riferimento⁴⁴.

Per fare un esempio concreto, visto che, come già ricordato, la prima regola di precauzione anti-contagio è, tutte le volte in cui sia possibile, l'adozione di modalità di lavoro "agile" da remoto⁴⁵, il protocollo aziendale dovrà anzitutto definire gli ambiti e le posizioni per le quali è praticabile – e quindi obbligatorio – il ricorso all'attività lavorativa prestata a distanza dal domicilio del lavoratore. Subito dopo, per tutte le prestazioni che debbono essere rese *in presentia* nel luogo di lavoro, beninteso per quelle attività produttive di cui è consentito lo svolgimento⁴⁶, il protocollo dovrà dettagliatamente prevedere l'attuazione di tutte le cautele, misure, precauzioni e protezioni (dal distanziamento interpersonale di almeno un metro sino ai DPI) che pure sono state tipizzate dalla normativa in esame. E sono queste – anche quelle di carattere organizzativo – misure che rientrano pacificamente nell'ombrello applicativo dell'art. 2087 c.c., dovendo essere tecnicamente considerate come regole "nominate" di tutela della salute e della sicurezza del lavoratore⁴⁷.

Altro discorso è se le misure sin qui tipizzate dal diritto "emergenziale", nella sua complessa articolazione, esauriscano – sotto il profilo dei contenuti – lo spettro dell'obbligo di sicurezza imposto dall'art. 2087 c.c. È infatti sin troppo noto come, in linea di principio, l'art. 2087 c.c., in quanto norma riflessivamente e dinamicamente "aperta" all'evoluzione del quadro di rischi e delle connesse tecniche di prevenzione, imponga all'imprenditore l'adozione anche di tutte quelle misure che, pur innominate o non tipizzate, siano comunque necessarie, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei lavoratori⁴⁸. Se, dunque, almeno in via di principio non sarebbe astrattamente consentito limitare l'obbligo datoriale di sicurezza – e la corrispondente posizione di garanzia – a quelle sole misure sin qui emerse nella gestione emergenziale, è tuttavia anche ragionevole ritenere che, allo stato, l'autorità pubblica, con il concorso delle parti sociali che hanno elaborato i diversi protocolli fin qui sottoscritti, abbia dettato, "in modo esaustivo", le misure necessarie alla prevenzione del rischio da Covid-19 "secondo l'esperienza e la tecnica ad oggi nota"⁴⁹. Per cui, allo stato, spetta all'imprenditore un obbligo essenzialmente attuativo/traspositivo di quelle misure – al massimo livello di sicurezza tecnica disponibile – nello specifico contesto aziendale. Onde anche il perimetro della sua responsabilità *ex art. 2087 c.c.* dovrà ragionevolmente dirsi contenuto, ed esaurito, oggi, nell'obbligo di "puntuale e diligente adempimento delle specifiche misure di sicurezza tempo per tempo previste dal Protocollo e dalla normativa emergenziale in evoluzione"⁵⁰; non potendosi – allo stato attuale delle conoscenze scientifiche (peraltro in rapida evoluzione) sul Covid-19 – esigere oggettivamente più di questo.

Al datore che abbia rispettato e puntualmente attuato quelle misure non potrà dunque essere imputata alcuna responsabilità in caso di contagio avvenuto in occasione di lavoro. Soccorrerà in tali

⁴⁴ Di qui anche – in termini se si vuole banalmente pratico-operativi – l'opportunità che il datore provveda comunque all'aggiornamento del DVR.

⁴⁵ *Supra*, nota 36 e testo corrispondente.

⁴⁶ Attività che, nella cosiddetta "fase 2", a decorrere dal 4 maggio 2020, risultano, come noto, considerevolmente ampliate.

⁴⁷ Per una singolare astuzia della ragione, la norma codicistica conserva, così, ed anzi vede potenziato il suo ruolo baricentrico nel sistema di protezione della salute dei lavoratori, anche di fronte alla sfida pandemica, assorbendo dentro la propria logica operativa i dispositivi messi in campo nella gestione emergenziale della crisi.

⁴⁸ La problematica della latitudine dell'obbligo dell'imprenditore in relazione alle misure innominate è particolarmente sentita e dibattuta in ambito penalistico, in relazione alla esigenza di ancorare la responsabilità penale datoriale ai requisiti di tassatività o, meglio, di determinatezza della fattispecie incriminatrice. È, come ovvio, problematica non affrontabile in questa sede: v. ad ogni modo, recentemente, per un riepilogo dello stato dell'arte, E. D'IPPOLITO, *Omicidio colposo*, in A. CADOPPI *et al.* (diretto da), *Trattato di diritto penale. Legislazione speciale - Diritto penale del lavoro*, Torino, 2015, 855 e ss., spec. 862 e ss.

⁴⁹ Le parole tra virgolette nel testo sono di M. MARAZZA, *op. cit.*, par. 71. In senso analogo anche P. TULLINI, *op. loc. cit.*, la quale pure osserva che "il legislatore non richiede di applicare conoscenze medico-scientifiche che allo stato non sono acquisite. La normativa emergenziale e il Protocollo condiviso hanno positivamente alcune misure precauzionali di base, applicabili all'intero territorio nazionale, rinviando al datore il compito di attuarle e adeguarle secondo le specifiche esigenze della salute e della sicurezza in azienda".

⁵⁰ Ancora M. MARAZZA, *op. loc. cit.*

casi quella specifica forma di socializzazione del rischio pandemico che il legislatore – anche quello emergenziale – fa transitare per l’assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro⁵¹.

4. L’infortunio da Covid-19 tra *lex specialis* e Testo Unico

Il decreto “Cura Italia” contiene come noto un’apposita previsione per l’infortunio da Covid-19. L’art. 42, co. 2, D.L. n. 18/2020⁵² prevede, infatti, che, “nei casi accertati di infezione da coronavirus (SARS-Cov-2) in occasione di lavoro, il medico certificatore redige il consueto certificato di infortunio e lo invia telematicamente all’INAIL che assicura, ai sensi delle vigenti disposizioni, la relativa tutela dell’infortunato”⁵³. La previsione normativa si iscrive a pieno titolo nell’ambito di quella penetrante operazione di socializzazione delle conseguenze economiche della pandemia realizzata, in proporzioni che non hanno precedenti nella storia delle crisi repubblicane, dal legislatore dell’emergenza, costituendo, anzi, come osserveremo tra un istante, una delle espressioni più significative di questa ritrovata funzione protettiva dello “Stato salvatore”⁵⁴.

Peraltro, come nel caso delle disposizioni emergenziali di natura prevenzionistica, anche questa previsione si colloca saldamente nel quadro dei principi generali che *ab origine* governano l’assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali. Come ha subito correttamente precisato l’INAIL nella sua circolare n. 13 del 3 aprile 2020, l’art. 42 del decreto “Cura Italia” estende espressamente al Covid-19 “l’indirizzo vigente in materia di trattazione dei casi di

⁵¹ Occorre d’altra parte rammentare che, ai fini della imputazione di una responsabilità risarcitoria *ex art.* 2087 c.c., in capo al lavoratore danneggiato è richiesta, oltre all’allegazione dell’inadempimento datoriale (*i.e.*, della nocività dell’ambiente di lavoro, per l’omissione delle misure *de quibus*) e del danno (qui, la malattia dovuta al contagio da Covid-19), anche la prova del nesso causale tra la detta violazione e l’evento dannoso. Prova certamente ardua, per lo meno al di fuori dei casi di ricorrenza del rischio professionale specifico (qual è, elettivamente, quello tipico del medico e del sanitario). È questa la ragione che, come vedremo tra breve (al par. seguente), ha spinto il legislatore emergenziale (con l’art. 42 del decreto “Cura Italia”) a canalizzare sull’assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e sulle prestazioni previdenziali dell’INAIL la risposta indennitaria al contagio, socializzando le conseguenze dannose sulla salute dei lavoratori.

⁵² Cui la legge di conversione, n. 27/2020, ha apportato una precisazione solo formale all’ultima parte, laddove si prevede che gli eventi infortunistici regolati dalla disposizione in esame gravano sulla gestione assicurativa (e dunque restano mutualizzati all’interno di questa) e non sono computati ai fini della determinazione dell’oscillazione del tasso medio per andamento infortunistico *ex art.* 19 e ss. – ed è qui la precisazione – dell’allegato 2 al D.M. 27 febbraio 2019, recante modalità per l’applicazione delle tariffe.

⁵³ La disposizione aggiunge poi che, nei casi accertati di infezione da coronavirus in occasione di lavoro, l’INAIL eroga le dovute prestazioni “anche per il periodo di quarantena o di permanenza domiciliare fiduciaria dell’infortunato con la conseguente astensione dal lavoro”. Per un primo commento v. G. CORSALINI, *Coronavirus, la tutela dell’INAIL in caso di contagio del lavoratore*, in *Questione giustizia* del 1° aprile 2020; L. LA PECCERELLA, *Infezione da coronavirus e tutela contro gli infortuni e le malattie professionali*, in *Dir. sic. lav.*, 2020, 1, 1.

⁵⁴ Per evocare il titolo di un saggio che indagò il ruolo delle istituzioni pubbliche nella grande crisi economico-finanziaria deflagrata nel 2008: G. NAPOLITANO, *Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, n. 11, 1083 e ss. Oggi, di fronte alle conseguenze devastanti della pandemia planetaria, con una caduta senza precedenti del PIL in tutte le principali economie mondiali, il ruolo dello Stato è persino esaltato, con una riscoperta di funzioni, non soltanto protettive e redistributive (si pensi all’intervento pubblico per la produzione delle mascherine e dei ventilatori), che ha richiamato alla mente il *New Deal* rooseveltiano. S’intravede, *in nuce*, almeno la possibilità di un movimento eguale e contrario a quello che ha dominato negli ultimi decenni – con le nefaste conseguenze sociali che ben conosciamo – la visione del ruolo dello Stato nella economia politica neoliberale della globalizzazione: una sorta di contro-movimento che inverte quella che è stata chiamata la “grande traslazione del rischio”, dal capitale al lavoro, propria appunto di quel paradigma (si allude a J. S. HACKER, *The Great Risk Shift. The New Economic Insecurity and the Decline of the America Dream*, Oxford, 2019, seconda ed.). Non v’è tuttavia modo per sviluppare il ragionamento in questa sede: sia concesso, per qualche spunto, il rinvio a S. GIUBBONI, *Considerazioni sul diritto del lavoro oltre lo Stato (con una postilla su pandemia e de-globalizzazione)*, in corso di pubblicazione in *Dir. e soc.*, 2020, 2.

malattie infettive e parassitarie”⁵⁵, a sua volta tributario di quella giurisprudenza che, in applicazione della generale nozione di infortunio sul lavoro *ex art. 2, D.P.R. n. 1124/1965*⁵⁶, ha equiparato la causa virulenta a quella violenta⁵⁷. Onde si può ben dire che – salva naturalmente l’opportunità di una previsione espressa come quella dettata dall’art. 42, co. 2, D.L. n. 18/2020 – comunque il contagio da Covid-19 in occasione di lavoro avrebbe dovuto essere inquadrato e tutelato come malattia-infortunio alla stregua della generale previsione del T.U. del 1965⁵⁸.

L’importanza della norma *ad hoc* non deve tuttavia essere per questo sottostimata. Ove infatti prescrive al medico certificatore, che accerti l’infezione da coronavirus in occasione di lavoro, di redigere il consueto certificato di infortunio, la disposizione in esame dà una precisa direttiva di tutela sociale, la cui rilevanza emerge forse non del tutto compiutamente dalla citata circolare n. 13/2020 dell’INAIL. La circolare chiarisce infatti le conseguenze applicative della qualificazione come infortunio sul lavoro della infezione da Covid-19 in termini che, a nostro avviso, probabilmente non esprimono per intero e fino in fondo il raggio di tale direttiva legislativa.

Nell’attuale situazione pandemica, l’INAIL precisa in primo luogo – e correttamente – che “l’ambito della tutela riguarda anzitutto gli operatori sanitari esposti a un elevato rischio di contagio, aggravato fino a diventare specifico. Per tali operatori vige, quindi, la presunzione semplice di origine professionale, considerata appunto l’elevatissima probabilità che gli operatori sanitari vengano a contatto con il nuovo coronavirus”⁵⁹. Per gli operatori sanitari – e in genere per chi opera a diretto e costante contatto con la fonte dell’infezione, essendo esposto al rischio biologico specifico da Covid-19 – possiamo peraltro ben dire che quella “presunzione semplice di origine professionale” sia, in realtà, assoluta, perché non vincibile dalla prova contraria. Il medico, l’infermiere, l’operatore di laboratorio o il farmacista che contraggano il virus vanno, in altre parole, sempre ammessi alle prestazioni dell’INAIL come infortunati sul lavoro, senza che possa attribuirsi rilevanza a circostanze esterne all’occasione lavorativa⁶⁰.

La circolare dell’Istituto estende il medesimo criterio presuntivo – per l’elevato rischio di contagio – anche alle “altre attività lavorative che comportano il costante contatto con il pubblico/l’utenza. In via esemplificativa, ma non esaustiva, si indicano: 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, etc. Anche per tali figure vige il principio della presunzione semplice valido per gli operatori sanitari”⁶¹. Anche per costoro – e come ha giustamente voluto precisare l’INAIL l’elenco è soltanto esemplificativo (si pensi solo agli operatori delle residenze sanitarie assistenziali o le case di cura e riposo per anziani) –, stante l’elevato rischio (professionale) di contagio, per la frequenza qualificata con la quale vengono a contatto potenzialmente con il virus, vale la medesima presunzione rafforzata di cui si è testé detto.

Ad ogni modo, le indicate situazioni non esauriscono l’ambito della tutela previdenziale antinfortunistica dischiuso dall’art. 42, co. 2, D.L. n. 18/2020. Come precisa la stessa circolare

⁵⁵ Cfr. le *Linee guida per la trattazione dei casi di malattie infettive e parassitarie* di cui alla circolare INAIL 23 novembre 1995, n. 74. Ma v. anche la lettera circolare diramata dall’Istituto il 1° luglio 1993 sulle *Modalità di trattazione dei casi di epatite virale a trasmissione parentale e di AIDS*.

⁵⁶ Sui cui v., per tutti, e principalmente, A. DE MATTEIS, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Milano, 2020 (quarta ed.), 111 e ss., nonché, volendo, S. GIUBBONI, G. LUDOVICO, A. ROSSI, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Milano, 2020 (seconda ed.), al cap. 3.

⁵⁷ V. Cass., Sez. Lav., n. 5764/1982, n. 8058/1991 e n. 3090/1992.

⁵⁸ Come ben spiega L. LA PECCERELLA, *Infezione, op. cit.*, 1, la disposizione del decreto “Cura Italia” non ha pertanto “carattere costitutivo o innovativo del diritto all’indennizzo, essendo lo stesso già previsto dal D.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124”.

⁵⁹ Così la circolare n. 13/2020, 7.

⁶⁰ E “ciò in adesione al principio secondo il quale, sebbene alcune infezioni si possano contrarre anche in condizioni estranee al lavoro, per quei lavoratori che operano in un determinato ambiente e sono adibiti a specifiche mansioni, con una ripetuta e consistente esposizione ad un particolare rischio, la presunzione dell’origine lavorativa è così grave da raggiungere quasi la certezza”: G. CORSALINI, *Coronavirus, op. cit.*, 3.

⁶¹ Circolare n. 13/2020, 7.

dell'INAIL, residuano infatti “quei casi, anch'essi meritevoli di tutela, nei quali manca l'indicazione o la prova di specifici episodi contagianti o comunque indizi ‘gravi precisi e concordanti’ tali da far scattare ai fini dell'accertamento medico-legale la presunzione semplice”. La tutela si estende, infatti, anche “alle ipotesi in cui l'identificazione delle precise cause e modalità lavorative del contagio si presenti problematica”, dovendo per esse essere seguita “l'ordinaria procedura privilegiando essenzialmente i seguenti elementi: epidemiologico, clinico, anamnestico e circostanziale”⁶².

In tali ipotesi “residuali”, pertanto, secondo l'Istituto, non opererà alcuna presunzione semplice di origine professionale della infezione da Covid-19. È qui che la circolare manca di cogliere, a nostro avviso, la piena portata operativa della previsione normativa in commento. Se – come abbiamo argomentato sopra⁶³ – il lavoro prestato durante la fase emergenziale è di per sé fattore di aggravamento del rischio di contagio, occorre coerentemente assumere che anche per tali categorie “residuali” – ovvero per tutti quanti hanno continuato a prestare la loro opera (s'intende *in presentia* e non “virtualmente” da remoto) – valga una presunzione semplice di origine professionale. Una presunzione che, in tal caso, a differenza di quanto vale per le categorie esposte al rischio specifico di infezione (sanitari, etc.), potrà tuttavia essere superata dalla prova contraria fornita dall'Istituto, anche in base al ricorso ad elementi indiziari che conducano ad escludere l'occasione professionale del contagio. L'impostazione accolta sul punto dall'INAIL va, dunque, a nostro sommo avviso, ribaltata, onde attribuire alla norma “emergenziale” quell'ampia portata di socializzazione del rischio da contagio da Covid-19, che essa deve possedere in coerenza con la sua *ratio* protettiva.

Del resto, essendo l'infezione da Covid-19 qualificata come infortunio sul lavoro, valgono pienamente, anche per tale fattispecie, le previsioni di cui all'art. 12, D.Lgs. n. 38/2000⁶⁴. È cioè protetto anche l'infortunio da Covid-19 occorso *in itinere*, secondo le regole generali. E visto che il rischio di contagio è anche in tal caso aggravato dalla necessità degli spostamenti tra l'abitazione e il luogo di lavoro, deve valere anche sotto questo profilo l'estensione di quella presunzione semplice che si vuole operante anche per le categorie “residuali” delle quali abbiamo appena detto⁶⁵.

I limiti principali dell'operazione di socializzazione del rischio pandemico realizzata con il decreto “Cura Italia” non risiedono dunque nella copertura oggettiva – che è come detto ampia, ove ben intesa e applicata –, ma nelle lacune di protezione soggettiva *ratione personae* dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali. Che producono in questo caso conseguenze paradossali e intollerabili, visto che i soggetti più esposti al rischio di contagio – come ad esempio i medici che non siano titolari di un rapporto di lavoro subordinato – sono esclusi dall'ambito di applicazione soggettiva della tutela, alla quale non dà accesso, in tali casi, neppure la previsione dell'art. 5, D.Lgs. n. 38/2000. Questa, infatti, nell'individuare i lavoratori parasubordinati destinatari della tutela, opera come noto un rinvio all'art. 49, co. 1, lett. a) – oggi all'art. 50, co. 1, lett. c-bis) – del T.U. delle imposte sui redditi, che tuttavia esclude l'assimilazione ai fini fiscali a quello di lavoro subordinato del reddito prodotto dalle attività di collaborazione coordinata e

⁶² *Ibid.*

⁶³ Al § 2, spec. nota 37 e testo corrispondente.

⁶⁴ V. la circolare INAIL n. 13/2020, 11.

⁶⁵ In senso conforme anche L. LA PECCERELLA, *Infezione, op. cit.*, 3, secondo il quale la stessa presunzione di origine professionale che opera, tra gli altri, per i sanitari deve valere anche per i “lavoratori che abbiano contratto l'infezione da coronavirus per avere utilizzato mezzi di trasporto pubblico. Anche in questo caso, considerata la maggiore intensità e frequenza del contatto sociale riscontrabile nei mezzi di trasporto pubblico, una volta comprovata la necessità di utilizzazione degli stessi per finalità lavorative, non sembra potersi escludere l'applicabilità della presunzione semplice di origine professionale, considerato il carattere pandemico e ubiquitario dell'infezione *de qua*, ufficialmente dichiarato dall'O.M.S., e l'elevata probabilità di una rilevante numerosità di soggetti infetti asintomatici o paucosintomatici che fa passare in secondo piano le differenze di contaminazione epidemiologica nei diversi territori delle persone con accertata infezione da coronavirus”. Ne dà indiretta conferma la più volte citata circolare n. 13/2020, 12, laddove prevede che, “poiché il rischio di contagio è molto più probabile in aree o a bordo di mezzi pubblici affollati, al fine di ridurlo la portata, per tutti i lavoratori addetti allo svolgimento di prestazioni da rendere in presenza sul luogo di lavoro è considerato necessitato l'uso del mezzo privato per raggiungere dalla propria abitazione il luogo di lavoro e viceversa”.

continuativa, quando queste abbiano ad oggetto l'esercizio dell'arte o della professione: come, appunto, nel caso dei medici⁶⁶.

5. Postilla

Nelle more della pubblicazione di questo scritto, salvi sviluppi minori di cui non è essenziale dar qui conto, è entrato in vigore l'art. 29-*bis* della Legge 5 giugno 2020, n. 40, di conversione con modificazioni del D.L. n. 23, che così dispone: "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 e accordi di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale".

Ci sembra che la disposizione espliciti quanto già era desumibile da una corretta interpretazione dell'art. 2087 c.c., secondo quanto abbiamo avuto modo di rilevare sopra, al par. 3.

⁶⁶ Sottolinea giustamente l'urgenza di superare questo limite, che determina una patente situazione di illegittimità costituzionale, L. LA PECCERELLA, *op. cit.*, 4.