GIUSTIZIA INSIEME

Le interviste di Giustizia Insieme

La responsabilità del datore di lavoro per Covid-19 tra tutele di sistema e normativa emergenziale. La ricostruzione critica di un giuspositivista

Intervista a Fabrizio Amendola

di Vincenzo Antonio PosoFabrizio Amendola

16 aprile 2021

La responsabilità del datore di lavoro per Covid-19 tra tutele di sistema e normativa emergenziale.

La ricostruzione critica di un giuspositivista

Intervista di Vincenzo Antonio Poso a Fabrizio Amendola

«*Covid-19 e responsabilità del datore di lavoro – ovvero delle illusioni percettive in tempo di pandemia*». Un libro, piccolo, ma intenso, pubblicato, nel mese di febbraio 2021, per i tipi di Cacucci Editore (nella prestigiosa Collana "*Biblioteca di cultura giuridica*", diretta da Pietro Curzio, serie *Breviter et dilucide*) che analizza il tema della responsabilità, civile e penale, del datore di lavoro, con riferimento al contagio da Covid-19, delineandone i confini nello stretto perimetro del diritto positivo, di sistema e speciale, senza le emozioni e i facili condizionamenti indotti dalla drammatica situazione emergenziale che da oltre un anno stiamo vivendo.

«*Si darà corso ad una cronaca degli avvenimenti, con l'occhio di un osservatore minore ed uso all'analisi del diritto positivo per obbligo professionale, cogliendo anche l'opportunità per una*

riflessione più generale sugli intricati rapporti tra danni alla persona del lavoratore e responsabilità del datore di lavoro»: è questo il percorso dell'analisi dell'Autore (che di professione fa il Magistrato giuslavorista di Cassazione), con il quale, in questo dialogo, affrontiamo i temi più rilevanti ben sintetizzati dal titolo del libro, con una lettura sistematica delle tutele del lavoratore.

1. Innanzitutto il riferimento al "*metodo giuridico*": lo ritroviamo nelle pagine finali del libro e nell'epigrafe che riporta il pensiero di Luigi Mengoni tratto dal suo importante saggio «*Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*», *Jus*, 1976, p. 3 e ss., qui pp.46-47). «*La scienza giuridica non è una scienza pratica nello stesso senso in cui lo sono la politica, l'economia o l'etica (quando non sia fondata su basi teologiche). Essa fa riferimento a comportamenti umani, ma il suo compito non è di spiegare o elaborare criteri di agire corretto, bensì di comprendere il significato di testi normativi autoritativamente predisposti per dettare regola ai rapporti sociali. La scienza giuridica è essenzialmente una scienza ermeneutica come tale dominata dal primato del testo*».

La questione dell'interpretazione è da sempre al centro di ogni riflessione sul discorso giuridico e, con essa, il tema dei rapporti tra il giudice e la legge. Sappiamo che i giudici sono spesso accusati di sconfinare dal compito che sarebbe loro riservato e di utilizzare gli strumenti dell'interpretazione per andare oltre la legge. Nel brano di Luigi Mengoni che ho citato in esergo mi sembra sia mirabilmente condensato come al giurista non si addica elaborare canoni per stabilire in che modo ci si debba comportare, quanto piuttosto comprendere il significato delle disposizioni emanate da chi ha titolo per farlo: di qui l'esigenza di rispettare il testo normativo, al quale il Maestro significativamente attribuisce un ruolo di "primato" e dal quale la scienza ermeneutica è, con incisivo termine, "dominata".

2. Quindi il giudice deve rispettare, prima di tutto, il vincolo della legge e il primato del testo, senza perdere di vista i «*problemi*»?

Che il giudice sia soggetto alla legge è ancora scritto nell'art. 101 della Costituzione. Quella legge che, nel nostro ordinamento democratico, è posta dal Parlamento in rappresentanza della sovranità popolare, anche quando quella sovranità si esprime con maggioranze non gradite. In nome di ciò che Massimo Luciani definisce "*un sottile sentimento antipolitico, una sottile tentazione aristocratica*", mi pare siano state alimentate sofisticate dottrine della creatività giudiziale che hanno teorizzato la svalutazione dell'enunciato legislativo in favore di una "comunità interpretante" ritenuta più sapiente del legislatore, visto come incolto ed incapace di intuire i bisogni della collettività. I rischi di una giurisprudenza creativa, però, sono stati esposti,

tra altri, da Luigi Ferrajoli, il quale ha evidenziato lucidamente come solo nella soggezione dei giudici alle leggi si fondi la legittimazione stessa del potere giudiziario. Senza questa "*soggezione*" non c'è legittimazione per esercitare il "terribile" potere che è dato dal giudicare i propri simili.

Questo non vuol dire che il giudice non debba costantemente misurarsi con le nuove questioni che si presentano in una realtà in repentina evoluzione. Anzi. Ma a mio parere deve farlo – raccogliendo il suggerimento di Nicolai Hartmann – mantenendosi "*sistematicamente in contatto con i problemi*". Come ho cercato di dire nel libro, in tempi di trasformazioni imposte da complessi mutamenti sociali ed economici, così come dagli accidenti della pandemia, è lecito pretendere dai protagonisti della scienza giuridica "*un diritto orientato sistematicamente*". Per sottrarsi alla frammentarietà del contingente, il giurista è chiamato a ricercare pazientemente la trama connettiva delle singole parti ed offrire soluzioni che tengano insieme il sistema, restituendo unitarietà all'ordinamento e garantendo una dose ragionevole di stabilità anche nelle trasformazioni.

Ma il sistema – ci ricorda ancora Mengoni – è quello che si ricava, con rigoroso metodo giuridico, per astrazione dall'analisi del contenuto delle norme positive.

3. Un sistema aperto, ma pur sempre un sistema e, quindi, un inquadramento logico-razionale d'insieme delle regole che governano la realtà. Ma non ritiene auspicabile, e giusta, l'apertura del giudizio ai valori e alle conseguenze pratiche delle regole giuridiche?

So che la risposta precedente può avere il sentore di una "*legolatria*" ottocentesca, contraria a ciò che Natalino Irti chiama il "*brivido dei valori*", i quali – aggiunge – consentirebbero però all'interprete di "aggirare" le leggi e "*di invocare più alta e nobile fondazione, sostituendo all'oggettività del testo normativo l'intuizionismo dei singoli*". Non credo si tratti di insensibilità al bisogno di giustizia che scaturisce da ogni caso concreto, perché ritengo che, per un giudice, i valori che contano non possano essere il frutto di personali opzioni o di precomprensioni militanti, ma piuttosto siano quelli inverati nei principi costituzionali o, nei limiti in cui la Costituzione lo consente, nelle fonti sovranazionali. Ma poiché i principi non son regole ed il loro contenuto ampio ed indeterminato si presta ad operazioni in cui l'interprete invoca gli stessi solo per trovare conferma ai propri soggettivi convincimenti, magari opposti agli intenti del legislatore, occorre chiedersi – come ha fatto con onestà intellettuale Antonio Ruggeri in una celebre intervista raccolta proprio da Giustizia Insieme – "*quante volte questo o quel giudice abbia ammantato delle candide vesti dell'interpretazione conforme una sostanziale manipolazione dei dati normativi, invece di investire – come si sarebbe dovuto – la Consulta di una questione di legittimità costituzionale*" [Giudice o giudici nell'Italia postmoderna? Intervista in tre domande, a

cura di Roberto Giovanni Conti, a Antonio Ruggeri e Roberto Bin, in *Giustizia Insieme*, 10 aprile 2019, https://www.giustiziainsieme.it/it/news/112-main/le-interviste-di-giustizia-insieme/623-giudice-o-giudici-nell-italia-postmoderna-le-conclusioni]. Quindi, se la domanda sottende che l'applicazione delle "regole giuridiche" può talvolta dare luogo a "conseguenze pratiche" che appaiono contrarie a sentimenti morali di giustizia sostanziale, concordo con Massimo Luciani nel dire che, nello Stato costituzionale di diritto, un giudice ha un'unica strada: "verificare se quei principi morali siano stati positivizzati (cioè, in senso proprio, se si siano fatti *diritto positivo*) in Costituzione e procedere, in caso affermativo, a promuovere un incidente di costituzionalità".

4. Fatta questa doverosa premessa, una domanda è d'obbligo, tratta dal sottotitolo e dalle pagine introduttive del libro: quali sono le illusioni percettive (e cognitive) in tempo di pandemia che possono condizionare il discorso giuridico?

La psicologia sperimentale ha indagato quel particolare fenomeno per cui la mente umana talvolta raccoglie informazioni dall'esterno e le elabora in modo anomalo, causando un'illusione per la quale si resta convinti di ciò che non è corrispondente alla realtà. Comunemente si tratta di illusioni visive, ma più di recente si è scoperto, nell'ambito dei modelli teorici che analizzano i processi decisionali, che il fenomeno interessa anche i comportamenti, sia individuali che collettivi: i giudizi della mente, soprattutto quando influenzati da scelte intuitive rese in condizioni di urgenza e di incertezza, possono condurre ad errori di percezione e, quindi, di decisione. Mi è sembrato di cogliere tale fenomeno anche nella vicenda che, in occasione della pandemia, ha visto interventi del legislatore volti a disciplinare gli effetti sul rapporto di lavoro della malattia da coronavirus eventualmente contratta sul lavoro. Nel libro mi sono dunque chiesto in successione: se l'art. 42, co. 2, d.l. n. 18/2020, con cui l'INAIL è chiamato a garantire tutela ai casi accertati di infezione contratta in occasione di lavoro, fosse davvero indispensabile oppure se l'indennizzo potesse essere riconosciuto già in ragione delle norme preesistenti; in qual modo, poi, gli operatori del mondo del lavoro abbiano reagito a tale innovazione legislativa e se tale reazione potesse dirsi giustificata o piuttosto il frutto della errata percezione della realtà giuridica; infine, se il successivo art. 29 bis del d.l. n. 23/2020, evidentemente volto a contenere l'eventuale responsabilità dei datori di lavoro, abbia probabilità concrete di centrare l'obiettivo ovvero se anche ciò possa finire per tradursi in un'illusione.

5. L'esposizione del discorso giuridico, nello specifico, inizia con una completa, seppur sintetica, ricognizione degli assetti del diritto vivente in tema di obblighi datoriali correlati alla tutela della persona nei luoghi di lavoro e delle conseguenti responsabilità per inadempimento, nel perimetro dell'art. 32 Cost. Come opera, e con quali limiti, il

bilanciamento del diritto alla salute con gli altri diritti costituzionalmente tutelati?

Per comprendere cosa sia mutato con i recenti interventi legislativi, ho pensato fosse utile una preliminare ricognizione dello *status quo ante.* A partire, ovviamente, dalla Costituzione e da quell'art. 32 che costruisce la salute come diritto fondamentale ed inviolabile dell'individuo, immediatamente operante nei rapporti tra privati e, sicuramente, anche quale schermo protettivo nei luoghi di lavoro, dove assume espressione significativa la personalità individuale. Tuttavia la Corte costituzionale (sentenza n. 85 del 2013) ci ha detto che neppure il diritto alla salute assurge a diritto "tiranno", gerarchicamente sovraordinato, considerato che pur esso è partecipe di un inevitabile bilanciamento con principi fondamentali di carattere sistemico (sentenza n. 264 del 2012). Spetta al legislatore il compito di trovare il necessario contemperamento ed alla Corte costituzionale poi verificare la compatibilità di tali scelte legislative con il dettato della Carta fondamentale.

6. Il sistema legislativo si basa, tuttora, sull'art. 2087 c.c., che ha un contenuto flessibile e opera in stretta connessione con la normativa speciale. Tuttavia la configurazione della responsabilità del datore di lavoro, anche in campo civilistico, non è mai oggettiva. Nel rapporto tra datore di lavoro e lavoratore come si realizza e prova e con quali rispettivi oneri delle parti?

La struttura aperta dell'art. 2087 c.c. ha consentito alla norma per decenni di adattarsi alle evoluzioni del progresso tecnico e scientifico, assolvendo la funzione di chiusura dell'intero sistema antinfortunistico. Tuttavia molti evidenziano il rischio che una norma "in bianco" così concepita presti il fianco ad addebiti di responsabilità secondo il senno del poi, per il solo fatto che l'evento lesivo si sia comunque verificato. La giurisprudenza di legittimità ha cercato di scongiurare tale pericolo affermando costantemente che la disposizione codicistica non configura un'ipotesi di responsabilità oggettiva. Dal dovere di prevenzione non può desumersi la prescrizione di un obbligo assoluto di rispettare ogni cautela possibile, occorrendo invece che l'evento sia pur sempre riferibile a colpa dell'imprenditore, per violazioni di obblighi di condotta imposti da norme tipizzate o suggeriti dalla tecnica, tenuto conto della concreta realtà aziendale e della possibile conoscenza di fattori di rischio in un determinato momento storico. Inoltre incombe sul lavoratore che lamenti di aver subito un danno, l'onere di provare l'esistenza di esso, come pure la nocività dell'ambiente di lavoro, nonché il nesso di causalità tra l'una e l'altro, mentre spetta al datore di lavoro, per liberarsi dalla responsabilità avente natura contrattuale, dimostrare di aver adottato tutte le cautele necessarie ad impedire il verificarsi del danno stesso.

7. Il perimetro costituzionale della tutela dei lavoratori è segnato anche dall'art. 38, co. 2, Cost., che realizza, ora, in termini solidaristici la sicurezza sociale.

Con l'art. 38, co. 2, Cost., si abbandona la logica chiusa della mutualità corporativa, e la conseguente forma privatistica della copertura assicurativa, in favore di un sistema di sicurezza sociale improntato alla solidarietà, con l'obiettivo di realizzare un interesse pubblico generale, ancorato non più a contribuzioni o premi versati quanto piuttosto ad istanze di maggiore giustizia sociale. Un tempo la tutela contro gli infortuni e le malattie professionali era ispirata all'idea che il datore di lavoro, pagando il premio all'istituto previdenziale, fosse esonerato dalla responsabilità per l'evento dannoso cagionato come si trattasse di un'assicurazione privata. Con l'avvento della Costituzione l'assicurazione obbligatoria si distacca dal concetto statistico assicurativo di rischio, al quale era originariamente legata, per approdare ad una interpretazione dell'art. 38, co. 2, Cost., coordinata con l'art. 32 Cost., che ha lo scopo di garantire con la massima efficacia la tutela fisica dei lavoratori e di liberare costoro rapidamente dallo stato di bisogno determinato dall'infortunio o dalla malattia.

8. Quali sono i principi che regolano il rapporto trilatero, con la presenza anche dell'Inail, sul piano contributivo-assicurativo e indennitario-risarcitorio?

I tre protagonisti così ripartiscono i rispettivi ruoli: da un lato, il datore di lavoro, su cui grava la parte più consistente di contributi, il quale, per contropartita, viene di regola esonerato dalla responsabilità civile conseguente all'infortunio; dall'altra, l'INAIL, che paga le rendite secondo un ammontare predeterminabile, con eventuale diritto di regresso verso il datore penalmente responsabile o di surroga verso i terzi; infine il lavoratore, il quale, con una ridotta partecipazione agli oneri contributivi, viene a fruire delle prestazioni fornite dall'Istituto in modo quasi automatico. Ne risulta un articolato meccanismo in cui la tutela indennitaria riconosciuta dall'istituto assicuratore pubblico concorre con la tutela risarcitoria dovuta dal datore per i danni patrimoniali e non.

9. C'è da considerare, poi, l'art. 10 del d.P.R. n. 1124 del 1965, sull'esonero del datore di lavoro dalla responsabilità civile in materia infortunistica, che è sempre punto di ricaduta di tensioni interpretative giurisprudenziali.

Mi pare che, negli ultimi anni, la giurisprudenza di legittimità abbia cercato di fornire una ricostruzione sistematica dei complessi rapporti di reciproca interferenza delle regole che presiedono il sistema di assicurazione obbligatoria con le azioni di risarcimento del danno promosse dal lavoratore, a partire da Cass. lav. n. 9166 del 2017, passando per Cass. n. 8580 e

9112 del 2019, per giungere alla recente Cass. lav. n. 12041 del 2020, con l'affermazione di principi utili per gli operatori di cui ho cercato di dare sinteticamente conto nel libro.

10. Con la finalità di prevenzione, anche per garantire la possibilità di continuare a mantenere aperte le attività economiche, produttive e sociali hanno assunto, sin dall'inizio, un'importanza fondamentale i «*protocolli*». Come giudica questa scelta del governo e, poi, del legislatore?

Sin dai primi giorni di marzo del 2020 i "*protocolli di sicurezza anti-contagio*" hanno contrassegnato la decretazione d'emergenza, sino a trovare menzione in fonti di rango legislativo che ne sanciscono, senza più equivoci, l'efficacia normativa generalizzata. Innanzitutto essi sono stati lo strumento utilizzato dall'autorità pubblica per consentire attività che risultavano pericolose per il solo fatto che, nell'esercizio di esse, venivano a contatto più persone; si subordinava quindi la loro prosecuzione all'adozione delle misure di contenimento previste dai protocolli condivisi, tanto che la violazione delle cautele ivi indicate determinava, come sanzione, la sospensione amministrativa dell'attività fino al ripristino delle condizioni di sicurezza. In tal modo si è agevolata la graduale ripresa delle attività produttive, garantendo livelli sufficienti di tutela. Non può negarsi, poi, la capacità dei protocolli di orientare le condotte dei datori di lavoro nell'assolvimento dell'obbligo di sicurezza, in un momento in cui anche la scienza ufficiale era in difficoltà nel fronteggiare un fenomeno del tutto inedito; da subito la dottrina ha rilevato che – in tempo di Covid-19 – il perimetro della responsabilità del datore di lavoro *ex* art. 2087 c.c. doveva ragionevolmente dirsi contenuto nell'obbligo di diligente adempimento delle specifiche misure di sicurezza tempo per tempo definite dai protocolli, quali *best practices* secondo la migliore scienza ed esperienza del momento storico per la prevenzione del contagio negli ambienti di lavoro. Valuto positivamente anche l'immagine di sinergia offerta al Paese in un frangente drammatico, derivata dal fatto che le parti sociali si sono sedute allo stesso tavolo, su invito del Governo, per trovare il modo di condividere, in brevissimo tempo, ciò che c'era da fare.

10. Si arriva, quindi, alla previsione dell'art. 42, co. 2, del decreto-legge "Cura Italia" (d.l. n. 18/ 2020, conv. in l. n. 27/2020), che sin da subito ha sollevato, da più parti, contestazioni, anche a livello parlamentare, e allarmate proteste per l'assimilazione del contagio da Covid-19 all'infortunio sul lavoro. Tutto giustificato? Qual è l'esatta portata di questa disposizione ritenuta superflua in base al contesto normativo e amministrativo vigente?

Secondo la norma citata l'INAIL "assicura, ai sensi delle vigenti disposizioni, la relativa tutela dell'infortunato [...] nei casi accertati di infezioni da coronavirus in occasione di lavoro" ed ho

spiegato le ragioni per le quali non sarebbe stato possibile negare la tutela antinfortunistica, anche secondo le regole già vigenti in virtù del d.P.R. n. 1124 del 1965, al lavoratore che fosse stato contagiato "*in occasione di lavoro*", sulla scorta di una giurisprudenza che accetta una nozione ampia di essa, rilevando solo che l'attività lavorativa sia svolta secondo il contratto di lavoro e rientrando nella protezione assicurativa qualsiasi attività riconducibile funzionalmente a questa. Sul fatto che la nuova disposizione non fosse indispensabile per garantire la copertura INAIL ha convenuto pressoché unanime dottrina, taluno evidenziando solo che la norma potesse essere utile per sgombrare il campo da eventuali dubbi interpretativi. Anche l'Istituto assicuratore, con due circolari in successione di aprile e maggio 2020, 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", perché l'INAIL, da sempre, tutela tali "affezioni morbose, inquadrandole, per l'aspetto assicurativo, nella categoria degli infortuni sul lavoro", per cui occorreva ricondurre ad essi anche i casi di infezione da nuovo coronavirus occorsi a qualsiasi soggetto assicurato dall'Istituto. In definitiva l'art. 42 del "Cura Italia", analizzato alla stregua del diritto positivo, è in larga parte riproduttivo di effetti che si sarebbero realizzati anche se non fosse stato emanato ed ha contenuti realmente innovativi davvero circoscritti e residuali, quali il mancato computo dell'infortunio eventualmente accertato ai fini del calcolo del premio aziendale (con aggravio della gestione assicurativa in favore delle imprese) e l'erogazione delle prestazioni anche per il periodo di quarantena o di permanenza domiciliare. In ogni caso l'art. 42 cit. interviene in un ambito che vale nel rapporto tra lavoratore ed INAIL, a fini indennitari, ed è estraneo ad ogni valutazione circa condotte eventualmente omissive del datore di lavoro che possano essere stata causa del contagio; la protezione assicurativa pubblica non è subordinata ad alcun accertamento di responsabilità datoriale, essendo sufficiente che l'evento si sia verificato in occasione di lavoro, a prescindere che l'imprenditore abbia o meno rispettato le misure prescritte, di modo che non possono essere confusi i presupposti per la responsabilità civile o penale del datore di lavoro con quelli previsti per l'erogazione di un indennizzo INAIL.

11. Nella Sua ricostruzione di questo aspetto della normativa emergenziale rilevo due punti critici. Innanzitutto la tendenza di alcuni interpreti ad accreditare una sorta di « *socializzazione del rischio da contagio*», per rendere più effettiva la tutela prevenzionistica.

Non mi ha convinto la tesi, pur autorevolmente sostenuta, che costruisce un sistema di presunzioni, anche assolute, le quali non ammetterebbero prova contraria circa l'origine professionale della patologia, in favore di chi si sia ammalato ed abbia comunque lavorato nei giorni precedenti la manifestazione del virus. Salvo ritenere che ogni incertezza circa il luogo

ove si sia consumato l'evento contagiante debba sempre e in ogni caso porsi a carico della collettività; ma ciò avrebbe dovuto passare attraverso una chiara assunzione di responsabilità politica del legislatore che non mi pare emerga dalla lettura dell'art. 42 in commento.

12. In secondo luogo l'ipotizzata possibilità di stravolgere il compendio probatorio tipico delle cause previdenziali infortunistiche, con riferimento agli oneri di allegazione e di prova che fanno carico al lavoratore, per farne derivare una presunzione assoluta di indennizzabilità. È così?

Stante l'esigenza di armonizzare la nuova disciplina con i consolidati principi in materia, a mio avviso innanzi ai giudici opereranno le regole probatorie lungamente sperimentate dalla giurisprudenza che si è occupata dell'accertamento della sussistenza di un infortunio sul lavoro indennizzabile, senza teorizzare nuove regole in difetto di esplicite disposizioni che sovvertano quelle già vigenti. In generale, l'occasione di lavoro rappresenta un elemento costitutivo della domanda giudiziale volta ad ottenere le provvidenze da infortunio, con allegazione e prova incombente sul lavoratore che le richiede. Nella consapevolezza che per le malattie a trasmissione silente chi agisce può trovarsi nella difficoltà, se non nell'impossibilità, di stabilire ed allegare il momento contagiante, si è da sempre consentito un largo uso della dimostrazione fornita in giudizio mediante presunzioni semplici.

13. Eppure l'allarme sociale è stato enorme e da più parti è stata invocata la necessità anche di uno «*scudo penale*» per rendere effettivo l'esonero da ogni responsabilità del datore di lavoro, quanto meno in conseguenza del rispetto dei protocolli sottoscritti.

Nel paragrafo dedicato a "*La cronaca degli eventi*" racconto come l'art. 42 del "Cura Italia" – norma nuova solo in apparenza – abbia effettivamente suscitato reazioni allarmate. Sulle pagine dei giornali dell'epoca rappresentanti delle associazioni imprenditoriali invocavano garanzie e si prefiguravano indagini penali a tappeto che potessero investire la struttura produttiva del Paese; nella aule parlamentari si interpellava il Governo per sollecitarlo ad adottare "iniziative necessarie" al fine di scongiurare che la "equiparazione della malattia all'infortunio sul lavoro", asseritamente realizzata dall'art. 42 del decreto legge n. 18/20, producesse conseguenze "gravissime" sui datori di lavoro, anche sul piano penale; i consulenti del lavoro formulavano ipotesi di "scudo penale" e le opposizioni proponevano che l'imprenditore che rispettasse i protocolli venisse esonerato "da ogni responsabilità connessa ad eventuali contagi"; la *task-force* di Colao poneva al primo punto del suo programma l'esclusione della contaminazione da coronavirus da ogni ipotesi di responsabilità civile e penale dei datori di lavoro.

Pur essendo chiaro a chiunque avesse voluto vedere che l'art. 42 non prefigurava alcuna nuova responsabilità civile, né, tanto meno, penale del datore di lavoro, il dato reale è stato così travisato – come sostengo nel libro – "*per difetto di comprensione ovvero per le pressioni di interessi particolari, procurando all'opinione collettiva un'illusione cognitiva*". Questa ha generato una reazione che non corrisponde alla realtà del fenomeno giuridico ed ha innescato un successivo intervento legislativo che trae origine in quella svista percettiva.

14. Così è stata partorita la norma di cui all'art. 29 *bis* introdotto dalla l. n. 40/2020, in sede di conversione in legge del d. l. n. 23/2020, che definisce il perimetro della responsabilità datoriale nella situazione di contagio epidemiologico. Pensa che questa norma renda effettivo l'esonero da ogni responsabilità del datore di lavoro che rispetti i protocolli condivisi?

Secondo l'art. 29*bis* del c.d. "Decreto Liquidità", che ha visto la luce su emendamento di matrice governativa ed in coincidenza con la ripresa dell'attività produttiva nella Fase 2, i datori di lavoro "adempiono all'obbligo" previsto dall'art. 2087 c.c. "mediante l'applicazione delle prescrizioni contenute" nei protocolli indicati dalla stessa norma. È stato subito chiaro a tutti che l'obiettivo di fondo fosse quello di limitare la responsabilità datoriale per il rischio da Covid-19 negli ambienti di lavoro; si è cercato di conseguirlo elevando le misure contenute nei protocolli alla stregua di regole tipizzate da rispettare in tempo di pandemia. Ho riportato i primi commenti, soprattutto della dottrina penalistica, improntati a scetticismo – con toni anche aspri – circa la reale possibilità di centrare l'obiettivo. Ho provato, quindi, nel libro a rispondere all'interrogativo sul se l'adempimento delle prescrizioni contenute nei protocolli esaurisca gli obblighi gravanti sul datore di lavoro ovvero se residui ancora un margine per l'operatività dell'art. 2087 c.c.; in altre parole, se l'art. 29*bis* riesca a surrogarsi totalmente alla disposizione codicistica, così trasformandola da clausola aperta a contenitore che raccolga solo ed esclusivamente le misure prevenzionali indicate nei protocolli.

15. In questo contesto si colloca, con riferimento al contagio da Covid-19, la disputa tra rischio generico e rischio specifico che, sin dall'inizio, ha appassionato, e appassiona tuttora, gli interpreti e gli operatori di settore.

Vero. Da una parte coloro che hanno sostenuto la tesi secondo cui non si tratterebbe di rischio professionale cui il lavoratore è ordinariamente esposto in ragione della mansione espletata, bensì di rischio sanitario generico già valutato a monte dalle autorità pubbliche e da fronteggiare mediante le generali misure di igiene imposte all'intera popolazione. Dall'altra parte la dottrina che ha sottolineato come, sebbene il pericolo del contagio incomba sulla collettività intera, chi è

chiamato a lavorare in presenza subisca un aggravamento del rischio rispetto a quello generale della comunità, già solo per l'aumento delle occasioni di contagio nei luoghi di lavoro e per recarsi presso di essi, e che, comunque, le modalità di organizzazione della prestazione possono costituire *ex se* un potenziale fattore di rischio. Tuttavia a me è parso che con l'art. 29*bis* il legislatore si sia reso conto che, al fine di accertare eventuali responsabilità datoriali, non importa tanto chiedersi se il rischio da Covid-19 sia generico o specifico oppure aggravato, quanto piuttosto identificare le condotte da adottare per prevenire il contagio, sulla banale considerazione che ogni luogo dove lavorano più persone diventa – per ciò stesso – occasione di propagazione del virus, il che rende doverosa l'applicazione di misure di cautela.

16. Resta, comunque, la necessità di aggiornare il documento di valutazione dei rischi, tenuto conto anche degli arresti giurisprudenziali.

Anche questo dibattito ha appassionato molto l'Accademia, ma, dal punto di vista pratico, ritengo sarà ben difficile che qualsiasi consulente d'impresa, al cospetto di una pandemia ad effetti duraturi che incide così profondamente sui modelli organizzativi, non suggerisca prudentemente di adeguare "*lo strumento operativo di pianificazione degli interventi aziendali e di prevenzione*", piuttosto che esporre il cliente al rischio d'incorrere nella contravvenzione dell'art. 55, co. 1, lett. a) e co. 3 del Testo Unico. Tenuto altresì conto che per le Sezioni unite penali (cfr. sentenza n. 38343 del 2014) il datore di lavoro ha l'obbligo giuridico di analizzare e individuare "tutti i fattori di pericolo concretamente presenti all'interno dell'azienda e all'esito deve redigere e sottoporre periodicamente ad aggiornamento il documento di valutazione dei rischi".

17. Come giudica la tesi prospettata da una parte della dottrina (ad es. Arturo Maresca) sulla esaustività dei protocolli condivisi rispetto anche alla disposizione normativa generale di cui all'art. 2087 c.c., che risulterebbe superata?

Il Professor Maresca ha espresso l'opinione che, in base all'art. 29*bis*, il rispetto delle prescrizioni dei protocolli sarebbe idoneo ad escludere la responsabilità del datore di lavoro, senza alcuno spazio per l'art. 2087 c.c., elidendo così vari effetti negativi, quali la carenza di uniformità delle misure di prevenzione del contagio, l'incertezza in ordine al loro contenuto, l'amplissima discrezionalità del giudice nell'accertamento della responsabilità datoriale che, al di là delle affermazioni di principio, sarebbe acclarata spesso con valutazioni *ex post*. Mi sono permesso di insinuare qualche dubbio sul fatto che questa netta ricostruzione, rassicurante per l'aspirazione datoriale ad una codificazione delle regole cautelari che renda giuridicamente "calcolabili" le conseguenze dell'attività d'impresa, possa trovare un sicuro successo nelle aule giudiziarie. È sufficiente scorrere i contenuti dei protocolli anti contagio per rendersi conto che ben pochi sono

i comandi dal carattere univoco che si traducano in puntuali regole comportamentali, mentre la gran parte delle "prescrizioni" ha connotati elastici, per non dire orientativi. In molti casi sarà forse inevitabile un'opera di adattamento delle misure – in astratto delineate dai protocolli – al concreto assetto organizzativo della singola azienda, opera affidata all'imprenditore che conserva innegabili spazi di discrezionalità applicativa. E nel caso di evento dannoso sottoposto al controllo giudiziale, quale potrà essere mai il parametro normativo che la lente del giudice esaminerà per valutare se l'imprenditore, in detti margini operativi, abbia adottato le misure necessarie a tutelare l'integrità fisica del lavoratore, se non l'art. 2087 c.c.? Tanto più che da tempo il diritto vivente afferma che neppure il rispetto di ogni regola contenuta in una norma positiva che individui misure di prevenzione nell'ambiente di lavoro comporta l'automatica esclusione di profili di colpa valutabili *ex* art. 2087 c.c. In tal senso, un qualche presagio mi è sembrato di poter trarre – "*per similitudine*" – da quell'introduzione nel nostro ordinamento di norme dirette a delimitare la responsabilità medica, prima con la cd. Legge Balduzzi e poi con la cd. Legge Gelli-Bianco, le quali hanno fatto perno sulle linee guida accreditate nonché sulle buone pratiche clinico-assistenziali, che, se rispettate, possono escludere la responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria. Le Sezioni Unite penali (sentenza n. 8770 del 21 dicembre 2017) hanno contenuto l'esonero da responsabilità, ove siano in gioco la vita e la salute delle persone, entro limiti assai ridimensionati, probabilmente tali da tradire le attese della cerchia dei professionisti interessati, che magari confidavano in ben più estese protezioni.

18. Quindi, l'art. 29*bis* non solo realizza la più volte denunciata illusione percettiva dell'esonero da responsabilità, ma addirittura alimenta la tanto deprecabile incertezza del diritto, come pure qualcuno ha paventato?

Potrebbe accadere. Basti pensare che la disposizione richiama plurimi protocolli di vario livello e ambito territoriale, dai quali scaturisce un vasto insieme di obblighi e/o raccomandazioni, per cui è agevole prevedere l'affanno degli interpreti nello sceverare dalla selva regolativa le misure applicabili – o che avrebbero dovuto essere applicate – in ciascuna azienda. Inoltre, ulteriore fattore di incertezza è il rinvio a previsioni protocollari dai contenuti, come si è detto, per lo più elastici o indeterminati, che necessitano di adattamento alla specificità del caso concreto, inevitabilmente demandato al datore di lavoro e, successivamente, al giudice che dovrà controllarne l'operato, probabilmente utilizzando ancora l'art. 2087 c.c. in via residuale. Vi è pure il rischio di alimentare l'impropria convinzione che basti rispettare i protocolli per andare esenti da responsabilità, suscitando incauti affidamenti. Tornando al tema di fondo, circa le illusioni cognitive che tendono a propagarsi velocemente in situazioni emergenziali, generando catene di inganni: *"L'illusione del legislatore genera l'illusione di chi ha confidato nell'aver*

conquistato uno 'scudo' *e si troverà, invece, la stessa protezione d'un tempo*".

19. Ma se, come Lei sostiene, opererà sempre e comunque in via sussidiaria, in una virtuosa integrazione reciproca delle fonti cautelari, il ricorso all'art. 2087 c.c. «*onde preservare la sua funzione dinamica di norma di chiusura dell'intero sistema antinfortunistico, civile e penale*», a cosa servono i protocolli condivisi?

Una volta disillusi che l'art. 29*bis* possa costituire la lama che scioglie ogni nodo, va ribadito che i protocolli, con la norma che li evoca, comunque servono. Servono ad indurre una maggiore responsabilizzazione dei datori di lavori sulla necessità di adottare tutte le misure di contenimento del contagio previste dai protocolli, anche in cambio di potenziali esoneri da responsabilità, orientandoli nell'apprestare le cautele ritenute convenzionalmente basilari, tanto più in un contesto scientifico dominato dall'incertezza. Ma ritengo sia positiva pure la spinta verso una delimitazione del novero delle condotte colpose addebitabili, quanto meno attenuando -come pure è stato scritto- "la tentazione di un pericoloso scivolamento verso la logica semplificatoria del giudizio *ex post*, per la quale – a posteriori – si può e si potrà sempre pretendere qualcosa in più da parte dei datori di lavoro". In tale prospettiva le disposizioni del protocollo potrebbero rappresentare un imprescindibile punto di partenza per la verifica della misura oggettiva della colpa dell'agente modello, con conseguenze in punto di esclusione della responsabilità datoriale.

20. Il legislatore è intervenuto, quindi, offrendo una soluzione di mediazione, che non risolve il problema, ma lo sposta, inevitabilmente, nelle aule giudiziarie. È questa l'«*astuzia compromissoria*» di cui parla?

Sono persuaso che il testo dell'art. 29*bis* in discorso costituisca comunque l'elaborazione di una mente politicamente avveduta. In un momento delicato in cui si fronteggiavano, da una parte, i clamori della piazza che reclamava "scudi" penali e, d'altra parte, il timore di pregiudicare la tutela della salute dei lavoratori, il Governo ha optato per una formula di mediazione, in larga parte ricognitiva ma comunque rassicurante, perché anche le illusioni cognitive procurate sanno esserlo. Politicamente, in quella formula, ciascuno ha potuto vedere la parte di bicchiere pieno e, per l'intanto, sfumate le contrapposizioni, si è agevolata la graduale ripresa delle attività produttive, lasciando alla futura opera della giurisprudenza dire quali effetti avrà prodotto la scelta normativa.

21. Sgombrato il campo da «*pretese aprioristiche di eccezionali garanzie d'immunità*», come Lei scrive nell'ultimo capitolo del libro, quali sono le «*salvaguardie di sistema*», per

evitare di accreditare la tesi che da ogni infortunio sul lavoro da Covid-19 possa derivare la responsabilità sia civile che penale del datore di lavoro?

Per evitare una piena *discovery*, lascerei alla curiosità del lettore che ha avuto la pazienza di seguirci fin qui di scoprire nel libro quali siano quelle che ho definito "*le salvaguardie di sistema* ", intese come "*mura di cinta* [...] *idonee a preservare un equilibrato contemperamento degli interessi in gioco*". Direi solo che ho cercato di argomentare perché, a mio avviso, "*l'esatta visione del problema all'interno di principi consolidati dal sistema* – e non al di fuori di esso – *costituisce il vaccino idoneo a creare gli anticorpi sufficienti a proporre soluzioni adeguate pure in condizioni di emergenza pandemica*".

21. Grazie per il quadro d'insieme che ha saputo dare, non solo ai lettori di *Giustizia Insieme*, su temi così importanti e di stringente attualità.

Molte grazie alla Rivista *Giustizia Insieme*, e grazie a Lei, per avermi offerto l'opportunità di parlarne.

Possiamo concludere richiamando l'idea, dichiarata sin dall'esordio del libro: «*che il racconto sviluppi una commedia degli inganni, dove la distorta percezione dei fenomeni giuridici, determinata da difetti di comprensione ma anche dagli umori dell'opinione pubblica tanto più variabili in situazioni emergenziali, procura illusioni alla mente collettiva, condizionandone pesantemente le valutazioni e le scelte; così come il pensiero intuitivo, influenzato dalle emozioni e dalle precomprensioni in condizioni di allarme e di incertezza, genera illusioni cognitive che condizionano i comportamenti individuali, indirizzandoli secondo ciò che loro falsamente appare*».