

## La tutela risarcitoria del lavoratore danneggiato dal Covid 19

Gli operatori del settore sanitario o, comunque, i lavoratori (farmacisti, agenti di sicurezza pubblica, addetti alla vendita di alimentari e alle pulizie negli ospedali e supermercati) che sono stati addetti a settori lavorativi ritenuti essenziali ma che presentavano un rischio di infezione elevato, contagiati da Coronavirus a causa della mancata adozione delle misure di protezione, possono ottenere il risarcimento integrale dei danni o devono accontentarsi della tutela INAIL?

Qual è la ripartizione tra le parti degli oneri probatori nel giudizio risarcitorio? Quali sono i fatti che il lavoratore deve provare per ottenere il risarcimento dei danni subiti per la violazione degli obblighi di sicurezza?

\*

Il diritto alla salute, previsto dall'art. 32 Cost., è un diritto fondamentale dell'uomo e della collettività, di natura primaria ed incompressibile. Nell'ambito del rapporto di lavoro tale diritto trova disciplina nell'art. 2087 Cod. Civ. in base al quale *“l'imprenditore è 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”*.

L'art. 2087 Cod. Civ. (ma già l'art. 41 Cost.) impone in positivo ed in via preventiva al datore di lavoro di adottare ogni misura atta a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale del lavoratore, apprestando un ambiente di lavoro che non sia nocivo alla salute e alla personalità del lavoratore.

Si tratta di una norma, onnicomprensiva ed elastica, di “chiusura” del sistema antinfortunistico, intorno alla quale ruotano le normative specifiche finalizzate alla prevenzione degli infortuni e alla tutela della salute dei lavoratori.

Sul punto, assumono rilievo le disposizioni previste dal D.Lgs. n. 81/2008 (T.U. Salute e Sicurezza sul lavoro) e, in particolare, l'art. 15 che prevede, tra le misure generali di tutela, la valutazione di tutti i rischi per la salute e la sicurezza, l'art. 17 che stabilisce per il datore di lavoro l'obbligo di *“...valutazione di tutti i rischi con la conseguente elaborazione del documento previsto dall'articolo 28”* e l'art. 18 che pone a carico del datore di lavoro alcuni obblighi specifici tra cui ad esempio: - fornire ai lavoratori i necessari e idonei dispositivi di protezione individuale; - informare il più presto i lavoratori esposti al rischio di un pericolo grave e immediato circa il rischio stesso e le disposizioni prese o da prendere in materia di protezione; - astenersi dal richiedere ai lavoratori di riprendere la loro attività in una situazione di lavoro in cui persiste un pericolo grave e immediato.

L'art. 71 del T.U. prevede poi l'obbligo del datore di mettere *“a disposizione dei lavoratori attrezzature (...) idonee ai fini della salute e sicurezza e adeguate al lavoro da svolgere o adattate a tali scopi che devono essere utilizzate conformemente alle disposizioni legislative di recepimento delle direttive comunitarie”*, la cui definizione viene fornita dal successivo art. 72 che testualmente recita: *“Ai fini del presente decreto si intende per dispositivo di protezione individuale, di seguito denominato “DPI”, qualsiasi attrezzatura destinata ad essere indossata e tenuta dal lavoratore allo scopo di proteggerlo contro uno o più rischi suscettibili di minacciarne la sicurezza o la salute durante il lavoro, nonché ogni complemento o accessorio destinato a tale scopo”*.

\*\*\*

Nel periodo del cd. *lockdown*, la prosecuzione delle attività produttive poteva avvenire solo in presenza di condizioni che assicurassero alle persone che lavorano *“adeguati livelli di protezione”*,

Secondo le disposizioni dei DPCM 9.3.2020 e 11.3.2020, infatti, il datore di lavoro poteva pretendere la prestazione lavorativa presso la sede dell'impresa – naturalmente, nel rispetto delle disposizioni contenute nel Protocollo di Regolamentazione per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro del 14 marzo 2020 e previa adozione di adeguate misure di prevenzione del rischio da diffusione del contagio - solo se le mansioni del lavoratore, per loro natura, erano essenziali affinché l'attività produttiva potesse proseguire durante lo stato di emergenza e potevano essere svolte esclusivamente *“in loco”*.

E', dunque, pacifico che il datore di lavoro (sia pubblico che privato), non sottoposto dal Governo a misure restrittive governative (come, per esempio, le strutture sanitarie o gli esercizi commerciali non alimentari), che - non potendo consentire le modalità di lavoro agile (*smart-working*) e/o favorire l'utilizzo di ferie e permessi a disposizione - ha richiesto la prestazione lavorativa

a) era tenuto ad adottare tutte le misure necessarie affinché i luoghi di lavoro non diventassero sedi di contagio ai danni dei lavoratori in forza: informando gli stessi sulle precauzioni da prendere, adottando misure igieniche adeguate (messa a disposizione dei liquidi detergenti disinfettanti), misure di protezione collettiva (distanziamento, operazioni di pulizia quotidiana e sanificazione periodica degli ambienti e degli strumenti di lavoro) ed individuale (dotandoli di mascherine e/o dispositivi di protezione: guanti, occhiali, tute, cuffie, camici conformi).

b) è responsabile per gli infortuni avvenuti ai propri dipendenti nello svolgimento della loro attività lavorativa quando il sinistro sia riconducibile ad un suo comportamento colpevole, collegato alla violazione di uno specifico obbligo di sicurezza imposto da norme di legge, ovvero, desumibile dalle conoscenze sperimentali o tecniche del momento.

\*\*\*

L'onere della prova

L'art. 2697 c.c. detta la regola generale in materia di onere della prova, stabilendo: *“Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda.”*.

Nel nostro ordinamento, dunque, spetta al titolare del diritto provare i fatti che ne costituiscono il fondamento: chi agisce in giudizio ha l'onere di allegare i fatti che pone a fondamento della domanda. A chi si oppone spetta allegare i fatti che sono in grado di paralizzare l'efficacia dei primi.

Trattandosi di norma in bianco, la stessa deve essere riempita di contenuti ricavati da altre disposizioni: per capire cosa deve provare il lavoratore danneggiato è necessario individuare i fatti che costituiscono il fondamento del diritto al risarcimento del danno ex art. 2087 Cod. Civ.

La norma in questione dispone: *“l'imprenditore è 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”*.

Il riferimento all'art. 2087 c.c. consente, innanzitutto, di qualificare il fenomeno come inadempimento contrattuale del datore di lavoro: ciò fa sì che gli oneri probatori siano regolati nei termini previsti dall'art. 1218 Cod. Civ., in forza dei quali sulla parte ricorrente (creditore) grava un onere di allegazione dei fatti, mentre a carico del debitore (datore di lavoro) resta l'onere di provare il fatto estintivo della responsabilità, *“ponendo in ogni caso l'onere della prova a carico del soggetto nella cui sfera si è prodotto l'inadempimento”*

Più specificatamente, incombe al lavoratore che lamenti di avere subito, a causa dell'attività lavorativa svolta, un danno alla salute, l'onere di provare 1) **l'esistenza di tale danno**, 2) la **nocività dell'ambiente di lavoro** ed 3) il **nesso causale tra questi due elementi**, gravando invece sul datore di lavoro, una volta che il lavoratore abbia provato le suddette circostanze, l'onere di dimostrare di avere adottato tutte le cautele necessarie ad impedire il verificarsi del danno, sì che non possa essere a lui addebitabile l'inadempimento dell'obbligo di sicurezza previsto dalla norma.

A tale riguardo occorre precisare che, nell'ipotesi in cui il lavoratore danneggiato abbia beneficiato della tutela INAIL e si tratti, quindi, **di danno differenziale**, è necessario che questo fornisca la **prova anche della “colpa” del datore di lavoro**.

Infatti, se sussistono i presupposti di responsabilità del datore di lavoro, il lavoratore può agire nei confronti di questo ultimo per vedersi risarcito il c.d. danno differenziale, dato dalla differenza tra il danno risarcibile in sede civilistica e l'importo corrisposto dall'INAIL (che si compone di una quota destinata al ristoro del danno biologico ed una quota destinata al danno patrimoniale).

Per le voci di danno già oggetto di copertura Inail occorre, diversamente che per i danni c.d. complementari, la prova della responsabilità penale accertabile anche dal giudice civile *incidenter tantum* (secondo le regole stabilite dagli artt. 10 e 11, d.p.r. n. 1124 del 1965).

\*\*\*

Come si declinano le regole processuali indicate nel caso di contagio da Covid19?

Innanzitutto, il lavoratore, addetto ad un'attività autorizzata ad operare, contagiato da Coronavirus potrà agevolmente dimostrare la nocività dell'ambiente di lavoro provando che il datore di lavoro non ha rispettato le regole sulle informazioni da fornire ai dipendenti, sulle modalità e gestione degli ingressi e uscite dall'azienda, sull'accesso dei fornitori esterni, sulla pulizia e sanificazione, sulle precauzioni igieniche personali e dispositivi di protezione individuale, sulla gestione degli spazi comuni e organizzazione aziendale, nonché sulla gestione di una persona sintomatica e sulla sorveglianza sanitaria.

Per contro, le imprese la cui attività è stata sospesa dai decreti emergenziali e che ciò nonostante hanno continuato a lavorare in spregio alle misure di contenimento del virus, potrebbero oggettivamente considerarsi in contrasto con le norme cautelari, a prescindere dalle precauzioni adottate al loro interno.

I lavoratori (medici, infermieri, operatori sanitari ma anche addetti alle vendite nei supermercati) hanno, quindi, modo di dimostrare che hanno subito lesioni e che tali lesioni sono derivate dalla mancata fornitura dei dispositivi di protezione individuale (DPI) adeguati al concreto rischio in questione, configurando, questa, condotta omissiva colposa che, ai sensi dell'art. 2087 del Cod. Civ., sostanzia la responsabilità del datore per i danni alla salute patiti dai lavoratori.

Allo stesso modo, per quanto riguarda il danno alla salute, il lavoratore potrà provare di aver contratto la malattia Covid 19 allegando la documentazione medica attestante la diagnosi (esito tampone per la ricerca del SARS-CoV-2) e le certificazioni attestanti l'eventuale ricovero ospedaliero e le patologie sviluppate a causa del contagio.

A riguardo si ricorda come allo stato risulti che alcune persone si infettano ma non sviluppano alcun sintomo. Generalmente i sintomi sono lievi, soprattutto nei bambini e nei giovani adulti, e a inizio

lento. Circa 1 persona su 5 con COVID-19 si ammala gravemente e presenta difficoltà respiratorie, richiedendo il ricovero in ambiente ospedaliero.

In merito a tale tipologia di soggetti, la letteratura scientifica evidenzia che le persone che si sono ammalate e che hanno manifestato una polmonite o una infezione respiratoria acuta grave, potrebbero presentare una ridotta capacità polmonare a seguito della malattia (anche fino al 20-30% della funzione polmonare) con possibile necessità di sottoporsi a cicli di fisioterapia respiratoria.

Situazione ancora più complessa è quella dei soggetti che sono stati ricoverati in terapia intensiva, in quanto possono continuare ad accusare disturbi rilevanti descritti in letteratura, la cui presenza necessita di particolare attenzione ai fini dell'emissione del giudizio di idoneità.

In relazione alla durata della inabilità temporanea (assoluta e relativa) e alla natura e l'entità delle lesioni subite (*rectius* dei danni permanenti residui) il lavoratore potrà ottenere, previo espletamento di CTU medico – legale che ne accerti l'incidenza percentuale sulla integrità psico – fisica, il risarcimento del danno non patrimoniale subito effettivamente.

Si ricorda, a riguardo, come le Tabelle di Milano comunemente usate per la liquidazione del danno non patrimoniale (biologico e morale) precisino espressamente che – laddove ricorrano i presupposti per ravvisare la sussistenza di un reato doloso e/o altri elementi eccezionali – gli importi ivi indicati possono essere aumentati dal Giudice in relazione alla fattispecie concreta: di conseguenza – nell'ipotesi di condotta particolarmente riprovevole del datore di lavoro – si potrà chiedere l'aumento massimo.

Per quanto riguarda la prova della “colpa” del datore, richiesta nell'ipotesi in cui si tratti di danno differenziale, è sufficiente ricordare che ai fini della responsabilità colposa, generica e specifica, per la malattia professionale (o per la morte) di un lavoratore, non è richiesto che il datore obbligato all'adozione di misure protettive si sia rappresentato in modo specifico la prevedibilità dell'evento patologico (o letale) ma sia “*necessario e sufficiente che il soggetto agente abbia potuto prevedere che adottando le misure imposte dalla legge si sarebbe potuto evitare un grave danno alla salute o un danno alla vita*”.

Inoltre, il caso di contagio del lavoratore integra, in astratto, le fattispecie di lesioni/omicidio per violazione della normativa sulla sicurezza sul lavoro, e ciò non solo individualmente in capo al datore di lavoro ma anche a titolo di responsabilità amministrativa da reato *ex* D.lgs. 231/2001 addebitata alla società qualora l'illecito venga commesso *a vantaggio o nell'interesse* della stessa.

**Il punto nodale della questione gira intorno al nesso causale tra l'infezione e l'attività di lavoro.**

Come precisato dal Dipartimento di medicina, epidemiologia, igiene del lavoro e ambientale dell'Inail *“il coronavirus responsabile dell'attuale epidemia, denominato SARS-CoV-2 dall'International Committee on Taxonomy of Viruses (ICTV), causa una malattia caratterizzata da febbre, tosse e disturbi respiratori che l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) ha definito “COVID-19” (dove "CO" sta per corona, "VI" per virus, "D" per disease e “19” indica l'anno in cui si è manifestata).*

*Come gli altri coronavirus, il SARS-CoV-2 può essere trasmesso da persona a persona, di solito dopo un contatto ravvicinato con un paziente infetto, ad esempio tra familiari o in ambiente sanitario. La via primaria sono le goccioline del respiro delle persone infette proiettate nelle congiuntive o nelle membrane mucose dell'occhio, del naso o della bocca attraverso lo starnutare, il tossire, il parlare (proiezione di solito limitata a circa 1 metro). La trasmissione può anche avvenire per contatti diretti personali e attraverso le mani, ad esempio toccando con le mani contaminate (non ancora lavate) bocca, naso o occhi. Secondo i dati attualmente disponibili, le persone sintomatiche sono la causa più frequente di diffusione del virus” (cfr. fact sheet informativa “COVID-19 e protezione degli operatori sanitari”).*

Quella derivante dall'infezione da coronavirus è, dunque, malattia ad eziologia monofattoriale che può – però - conseguire da molteplici circostanze di esposizione al fattore di rischio: l'elevato grado di contagiosità, la velocità e facilità di trasmissione del Coronavirus fanno sì che il rischio del contagio si rifletta sia all'esterno che all'interno dei luoghi di lavoro.

Occorre inoltre considerare che il sito del Ministero della Salute riporta che *“il periodo di tempo che intercorre fra il contagio e lo sviluppo dei sintomi clinici varia fra 2 e 11 giorni, fino ad un massimo di 14 giorni”*, senza contare che in alcuni soggetti i sintomi potrebbero addirittura non presentarsi del tutto ([www.salute.gov.it](http://www.salute.gov.it) – FAQ Covid-19).

In un arco di tempo così variabile è probabile che possano interferire anche fattori estranei alla dimensione del lavoro, come ad esempio le fonti di contagio presenti negli ambienti domestici o in altri luoghi, quali i supermercati e le farmacie frequentate dal lavoratore.

Il profilo più problematico è dunque quello relativo al nesso causale: ciò in quanto il lavoratore che voglia dimostrare di aver contratto il coronavirus per essersi recato a lavoro (per non aver avuto la possibilità di lavorare da remoto), ha comunque l'onere di provare di aver contratto la malattia a lavoro.

Circostanza che – in questo momento storico, in cui un sapere scientifico e tecnologico e un patrimonio comune di esperienza, in tema di COVID-19, non esistono – appare davvero arduo provare in considerazione dei rischi di contagio a cui tutti sembrano essere esposti quotidianamente.

E, quindi, prudente, prima di intraprendere azioni giudiziarie, attendere che la comunità scientifica sciolga i dubbi sulle modalità di contagio e ricostruisca con certezza le linee di diffusione del virus.

A tale riguardo, si evidenzia sin da ora che se dovessero trovare conferma le conclusioni cui è giunto, in un recentissimo studio, l'IIS secondo cui *“l'esito dell'infezione si decide nelle prime 2 settimane dal contagio e dipende dal bilancio **tra la dose cumulativa di esposizione virale e l'efficacia della risposta immunitaria innata locale [...]”***, per quei lavoratori che, come i medici e gli operatori sanitari, hanno curato molti pazienti gravi senza le opportune protezioni, subendo un'**esposizione cumulativa al virus enorme, si aprirebbero concrete possibilità di ottenere il risarcimento integrale dei danni subiti.**

Bologna, 2.5.2020

Avv. Francesca Stangherlin

Avv. Mara Congeduti