

**Coronavirus, regresso e danno differenziale.
Contributo al dibattito***

Pasquale Sandulli- Angelo Pandolfo- Michele Faioli

1. Il problema.	329
2. La norma di legge e le circolari INAIL.	329
3. Soluzioni per il futuro.	332

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 420/2020

1. Il problema.

Fra le irruzioni del coronavirus nella società civile ed economica, oltre che sanitaria, una sta assumendo una fisionomia del tutto particolare, che rischia di essere deviante al di là della eccezionalità della situazione. Ci si riferisce alla qualificazione per legge del Covid19 come infortunio sul lavoro, qualificazione che apre scenari inquietanti in ordine alle ricadute finali di una apparentemente semplice copertura sociale dell'evento.

Certamente l'influsso delle tragiche vicende che hanno colpito in modo particolare il personale sanitario, medico e non, ha giocato un ruolo determinante in questa scelta legislativa, e la identificazione in sede amministrativa, quale la circolare INAIL n. 13/2020, di talune ulteriori aree di attività in cui i lavoratori sono a diretto contatto con il rischio di contagio - si tratta di tutte le attività lavorative che comportano rapporti diretti con il pubblico - ha finito per consolidare questa ipotesi. Ma occorre la massima attenzione nel trasformare, sotto l'onda emotiva, un dato pandemico nel presupposto di una dilatazione abnorme del meccanismo protettivo rappresentato dall'assicurazione infortuni sul lavoro, con conseguenti gravi effetti di alterazione funzionale: specialmente se si considera che, a ben guardare, non era neppure necessaria la precisazione normativa, che ha finito per alimentare contrastanti prese di posizione. Insomma, a ben guardare, non era neppure necessaria una tale precisazione normativa, che nel successivo dibattito ha finito per alimentare contraddittorie determinazioni. Non è quindi ingiustificato l'allarme suscitato dalla scelta del legislatore, e la fioritura di interrogativi che esprimono forte preoccupazione in ordine alle conseguenze di una tale estensione, che determina la sovrapposizione di profili di stampo assicurativo e risarcitorio.

Se questo è il contesto nel quale ci si deve muovere, va subito approfondita nel suo articolato contenuto la formula legislativa⁹³³ utilizzata, così da definirne con cura limiti e contorni.

2. La norma di legge e le circolari INAIL.

Di per sé il corona virus non è, e non può, essere infortunio sul lavoro, se non viene accertata la contrazione dell'infezione "in occasione di lavoro": lo afferma la norma citata, sebbene senza particolare enfasi, anzi quasi scivolando. Le prestazioni sono estese al periodo di quarantena o di permanenza domiciliare, in quanto comportanti l'astensione dal lavoro. Si deve dare per scontato che le prestazioni vengano erogate anche in relazione ai postumi dell'infezione – compresa, purtroppo, l'ipotesi del decesso - quali potranno essere individuati dalla scienza sulla base della empirica rilevazione (faticosamente in corso), e che dovrebbero determinare una integrazione delle tabelle per la valutazione del grado percentuale di inabilità ai fini del calcolo delle prestazioni permanenti, e per la corretta stima del danno biologico.

Fin qui il lato della tutela sociale in sé, che ovviamente si integra con la tutela prestazionale

⁹³³ Si v. il d. l. n. 18/2020, art. 42, c. 2: *"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. Le prestazioni INAIL nei casi accertati di infezioni da coronavirus in occasione di lavoro sono erogate anche per il periodo di quarantena o di permanenza domiciliare fiduciaria dell'infortunato con la conseguente astensione dal lavoro. I predetti eventi infortunistici gravano sulla gestione assicurativa e non sono computati ai fini della determinazione dell'oscillazione del tasso medio per andamento infortunistico di cui agli articoli 19 e seguenti ((dell'allegato 2 al decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali del 27 febbraio 2019, recante "Modalità" per l'applicazione delle tariffe 2019"))). La presente disposizione si applica ai datori di lavoro pubblici e privati."* La legge di conversione n. 27/20 ha leggermente modificato il testo, ma solo per meglio specificare il riferimento normativo alla tabella da applicare.

propriamente realizzata in termini sanitari dal SSN e dall'INPS per la parte economica, per l'eventualità che le conseguenze dell'infezione si consolidino secondo le norme proprie della rendita/pensione di invalidità o di inabilità.

Nella prospettiva che qui interessa, concernente la paventata individuazione di ulteriori obbligazioni gravanti sul datore di lavoro correlate al danno differenziale in favore del lavoratore ed al regresso dell'INAIL per le prestazioni erogate, l'attenzione si concentra su due fondamentali passaggi della norma in esame, che – al di là della evidente intenzione del legislatore materiale, volta a non gravare di costi eccessivi le attività economiche - meritano di essere analizzati distintamente, per essere poi riassemblati in una visione generale e secondo una prospettiva sistematica, capace di indurre ulteriori suggestioni, coerenti con la particolare *ratio legis*.

Innanzitutto, il legislatore dispone che “i predetti eventi infortunistici gravano sulla gestione assicurativa”. Non è arbitrario ricavare che - a fronte della connotazione pandemica dell'infezione, e nel formalistico presupposto di un profilo eziologico che ne determini una connessione con l'attività lavorativa, anche con riferimento alla contrazione del contagio per accidentale contatto sul posto di lavoro o semplicemente in ragione del necessario spostamento dall'abitazione al luogo di lavoro, secondo una esposizione al rischio assolutamente inevitabile – la scelta del legislatore volta a potenziare il livello di protezione sociale mediante le ben più qualificate e consistenti prestazioni dell'INAIL rispetto a quelle dell'INPS, sia stata nel senso dell'addossamento del costo delle stesse alla collettività generale, rientrando nella gestione assicurativa come tale, ma senza ulteriori espansioni.

Il secondo passaggio esclude che detti eventi siano “computati ai fini della determinazione dell'oscillazione del tasso medio per andamento infortunistico”. Qui si registra una vera e propria frattura della copertura disposta con l'art. 42, c. 2 rispetto alla impostazione sistematica e di principio dell'assicurazione infortuni sul lavoro, quale ormai consolidata per effetto dell'art. 3, c. 3 del d.lgs n. 38/2000/934. Non occorre qui ricordare la genesi dell'assicurazione sociale in questione e lo strettissimo collegamento con la norma dell'art. 2087 cod. civ. – notoriamente illuminato dall'art. 41, c. 2 Cost. - quale risultante dalla stessa collocazione nelle disposizioni che fissano il nocciolo dello statuto dell'imprenditore, prima ancora del complesso delle disposizioni regolatrici del rapporto di lavoro; né la complessa evoluzione della problematica dell'esonero dalla responsabilità civile del datore di lavoro⁹³⁵, via via attenuatasi - ma non certo esclusa - grazie alla progressiva espansione della colpa penalmente rilevante del datore di lavoro. È certo che il meccanismo della oscillazione del premio aziendale costituisce l'espressione più evidente della connessione fra responsabilità ex art. 2087 c.c. e liberazione dalla responsabilità per colpa non penalmente rilevante: ben nota è la componente prevenzionale dell'oscillazione del premio aziendale⁹³⁶, come

⁹³⁴ Si v. l'art. 3, c. 3 d.lgs n. 38/2000: “ Fermo restando l'equilibrio finanziario complessivo della gestione industria, per ciascuna delle gestioni di cui all'articolo 1 sono approvate, con decreto del Ministro del lavoro e della previdenza sociale, di concerto con il Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, su delibera del consiglio di amministrazione dell'INAIL, distinte tariffe dei premi per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, le relative modalità di applicazione, *tenendo conto dell'andamento infortunistico aziendale e dell'attuazione delle norme di cui al decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626, e successive modificazioni e integrazioni, nonch È degli oneri che concorrono alla determinazione dei tassi di premio.*”

⁹³⁵ Messa a dura prova, appena un anno prima, dalle improvvise e, almeno in parte, rapidamente rientrate, iniziative legislative: il riferimento è alla legge n. 145/2018, art. 1, cc. da 1121 a 1126, corretta dal dl. n. 34/2019. È troppo dire che l'assicurazione è diventata una specie di salvadanaio?

⁹³⁶ Sui meccanismi tecnici dell'oscillazione cfr. TORIELLO S., *Il sistema di bonus/malus nella tariffa dei premi Inail ed i suoi riflessi sulle politiche in tema di prevenzione*, in Working Paper Adapt, n. 82/2009.

ben risulta dal D. Min. Lav. 12 dicembre 2000 e dalle successive disposizioni ed atti applicativi, l'ultimo dei quali addirittura del gennaio 2020. Se questo è, come dalla consolidata e sostanzialmente unanime accezione teorica e pratica dell'assicurazione infortuni sul lavoro, ben si comprende che – ripetersi, al di là della intenzione materiale del legislatore in concreto – la neutralizzazione del meccanismo di oscillazione del premio aziendale è il segnale evidente che l'estensione dell'assicurazione infortuni sul lavoro all'infezione da coronavirus non ha a che vedere con l'idea della riferibilità del costo della protezione sociale di questo evento all'attività produttiva, in termini di responsabilità più o meno oggettiva. Una tale valenza del passaggio in questione è perfettamente coerente anche con le indicazioni della citata circolare, laddove *si legge che "in analogia alle altre tipologie di infortuni, come per esempio gli infortuni in itinere, gli effetti degli eventi in esame non entrano a far parte del bilancio infortunistico dell'azienda in termini di oscillazione in malus del tasso applicato, ma sono attribuiti secondo principi di mutualità, mediante forme di <caricamento> indiretto in sede di determinazione dei tassi medi di lavorazione."* Vale cioè l'idea che laddove la copertura dell'infortunio, pur in occasione di lavoro secondo l'impianto del D.P.R. 1124/65, si estenda ad eventi il cui determinismo è slegato dall'organizzazione del lavoro e dagli adempimenti sulla sicurezza, la responsabilità datoriale ed il relativo costo si esaurisce comunque e ad ogni effetto nel pagamento del premio: in che sta la mutualità propria dell'assicurazione infortuni, così spiegandosi il richiamo dell'art. 42, c. 2 al "gravame sulla gestione assicurativa".

Sia ben chiaro che con ciò non si intende minimamente negare la portata ed il frutto della decennale elaborazione dottrinale e giurisprudenziale in tema di assicurazione infortuni sul lavoro di fronte ai c.d. agenti esterni⁹³⁷, e soprattutto non si intende mettere in discussione l'ampiezza della obbligazione di sicurezza nella sua radice codicistica e nella dettagliata legislazione speciale di cui al d. lgs n. 81/2008 e ss. mm., il cui dibattito sempre attentamente e proficuamente alimentato⁹³⁸ si è acceso proprio per effetto del pericolo coronavirus, con il determinante concorso dei protocolli condivisi del 14 marzo e 24 aprile, e delle direttive tecniche dell'INAIL di aprile. Un dibattito⁹³⁹ in cui spicca, fra gli altri, l'attenzione agli adempimenti formali che gravano sul datore di lavoro, quale può essere l'aggiornamento del Documento di valutazione dei rischi: forse il dibattito si stempera se si assume consapevolezza che il documento è essenzialmente strumentale alla identificazione del contenuto dell'obbligo di sicurezza – la cui prima e fondamentale sanzione - per il mancato rispetto delle disposizioni di contrasto al coronavirus (art. 2, c. 6, ult. periodo) D.P.C.M. 26 aprile 2020) - è l'inibizione della prosecuzione dell'attività, sia e specialmente nei confronti dei lavoratori, sia in termini generali per le attività implicanti contatti con terzi e con il pubblico, pur senza negarne la valenza cognitiva e l'effetto di pubblicità/dichiarativo/formativo verso la comunità dei lavoratori. Viene dunque in rilievo l'adempimento di una obbligazione di sicurezza generale, la cui dimensione è assolutamente nuova, quella pandemica, e normalmente estranea (tranne limitatissimi settori) alla produzione/attività nella sua accezione anche antiinfortunistica, ampiamente forzata dal legislatore a fini di tutela sociale attraverso il criterio eziologico.

⁹³⁷ Per tutti, cfr. la puntuale e sistematica ricostruzione della tipologia delle cause violente, cfr DE MATTEIS A., *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Milano, 2011, pp. 243 ss.

⁹³⁸ Grazie specialmente all'Osservatorio Olympus dell'Università di Urbino ed alla collegata Rivista di Diritto sulla Sicurezza sul Lavoro

⁹³⁹ Si v. la ricostruzione del dibattito in GIUBBONI S., *Covid-19: obblighi di sicurezza, tutele previdenziali, profili riparatori*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 417/2020

3. Soluzioni per il futuro.

Ma se questo è il senso della disposizione, non dovrebbero esserci motivi di preoccupazione. Purtroppo, in qualche misura, essi sono stati indotti proprio dalla circolare INAIL n. 13/2020, laddove essa richiama una decisione della Cassazione, che categorizza – con effetti di discutibile dilatazione della responsabilità, esclusa solo per il rischio elettivo - il concetto di occasione di lavoro con riferimento ad una ipotesi che tutto sommato non richiedeva una grande elaborazione per l'inquadramento del caso nella fattispecie infortunio sul lavoro⁹⁴⁰; ma, soprattutto, la circolare enfatizza la coincidenza se non addirittura sovrapposibilità fra infezione coronavirus ed infortunio in itinere, dando così il via a discutibili forme di sollecitazione nell'avvalersi della tutela INAIL⁹⁴¹, cui rischiano di correlarsi successive iniziative volte ad utilizzare gli strumenti risarcitori, con conseguente spasmodica ricerca di difetti imputabili nell'azione previdenziale del datore di lavoro. Non è un rischio di poco conto, che si aggiunge alle difficoltà intrinseche della ripresa.

Di questa preoccupazione si è data carico l'INAIL con la circolare n. 20/2020; ma se una circolare permissiva, come è la circ. n. 13/2020, può incrementare agevolmente, verrebbe da dire viralmente, gli effetti distorsivi della impostazione, non è detto che essi possano altrettanto agevolmente essere contenuti da un atto che comunque non ha forza di legge: di questa preoccupazione sono espressione le ipotesi di emendamento integrativo del testo originario. Non si tratta certo dalla introduzione di uno scudo penale⁹⁴², ma semplicemente della esplicitazione di una corretta delimitazione delle ipotesi di responsabilità civile ai soli casi di grave violazione dell'imponente apparato previdenziale che è stato messo a punto in sede tecnica, con effetti regolativi diretti.

Il punto è che qui (si ripete, tranne specifici settori) la pandemia non è logicamente e concettualmente riconducibile all'occasione di lavoro. Se si condivide questa idea, si comprende il senso della norma dell'art. 42, c. 2 come mera tecnica di estensione di una tutela sociale speciale rafforzata rispetto a quella universalistica dell'INPS, assumendo come misure di tutela sociale quelle dell'INAIL, senza però poter affondare le sue radici nell'art. 2087 c.c.

Risulta allora chiaro che – al di fuori dei settori in cui l'infezione entra, per così dire, nel processo produttivo – assicurazione infortuni sul lavoro e pandemia sono corpi fra loro estranei, che solo la scelta legislativa di maggior contenuto protettivo – quello appunto dell'INAIL - ha confuso, verrebbe da dire: ha "occasionalmente correlato".

L'art. 42, c. 2 ha dunque un contenuto esplicito, che nasconde, ma necessariamente comprende, anche l'esclusione della responsabilità datoriale – e più in generale d'impresa, rispetto ai terzi che accedano (fisiologicamente/legalmente) ai locali dove si svolge l'attività – nell'ipotesi del pieno rispetto delle disposizioni tempo per tempo vigenti adottate per prevenire la contrazione dell'infezione da Covid19.

Bene farebbe allora il legislatore – è sempre lui, il legislatore, chiunque scriva e proponga i testi - a completare il disegno inespresso nelle prime ore di diffusione del virus, data la peculiarità ed

⁹⁴⁰ Si trattava di un'attività accessoria o strumentale, per spostamento spaziale all'interno dei luoghi aziendali. Si v. Cass. n. 9913/2016.

⁹⁴¹ Si sostituisce, ambiguamente, occasione di lavoro con luogo di lavoro; sulla scia della circolare INAIL si dà per scontato che l'infezione sia contratta in itinere.

⁹⁴² Questa è l'ipotesi prospettata da RIVERSO R., *Vero e falso sulla responsabilità datoriale da Covid-19. Aspetti civili, penali e previdenziali*, in *Questione giustizia*, 19 maggio 2020.

eccezionalità della situazione e della norma, sottolineando l'esclusione (si badi, non l'esonero) di ogni responsabilità del datore di lavoro, salvi i casi di grave violazione dei protocolli di sicurezza contro la diffusione del contagio Covid19. Qui, ovviamente, si apre il gioco delle verifiche, delle certificazioni, degli accertamenti: ma è altra cosa. Sarebbe altresì opportuno completare quel disegno introducendo ulteriori due norme di legge: una prima norma dovrebbe confermare la non agibilità in regresso da parte dell'INAIL nei confronti di quel datore di lavoro che abbia correttamente adottato e applicato i protocolli di sicurezza a livello aziendale; una seconda norma dovrebbe essere finalizzata all'assorbimento, pro quota, nelle tabelle del danno biologico, di quel possibile danno differenziale derivante dall'infortunio da Covid19.