

PROFILI INTERPRETATIVI SINTETICI RELATIVI ALLA RESPONSABILITÀ CIVILE DEL DATORE DI LAVORO QUALE COMPLESSA FIGURA DI RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE

*di Francesca Mite**

Sommario: *Premessa*. 1. La centralità dell'art. 2087 c.c. quale clausola generale nel sistema della responsabilità civile del datore di lavoro. 2. La rilevanza dell'obbligo di protezione come fondamento della responsabilità civile del datore di lavoro. Ambito di applicazione. 2.1. La ripartizione dell'onere probatorio nel difficile equilibrio tra regole normative e principi giurisprudenziali. 2.2. *L'ubi consistam* dell'onere probatorio a carico del creditore 3. L'esonero dalla responsabilità del debitore; la rilevanza del cd. rischio elettivo.

Premessa

La disposizione dell'art. 2087 c.c. rappresenta una pietra angolare nell'interpretazione del contenuto e dei limiti della responsabilità civile del datore di lavoro nei confronti dei propri dipendenti, destinata ad essere, se possibile, ancora più rilevante, nell'attuale fase di emergenza sanitaria, relativa alla diffusione del contagio da Covid- 19, nella quale le imprese, e non

solo, sono chiamate ad approntare un nuovo ed ingente impegno di mezzi e risorse a tutela del diritto alla salute dei propri dipendenti, ed i cui aspetti salienti, dal punto di vista tecnico aziendale, oltre che giuridico, sono ancora tutti da studiare¹.

Noti e mai sopiti sono i contrasti giurisprudenziali riguardanti l'art. 2087 c.c. relativi sia alla ricognizione degli obblighi esigibili sulla base di tale disposizione, sia alla portata dei doveri di aggiornamento tecnologico².

* Professore straordinario di Istituzioni di Diritto privato, Università telematica Pegaso.

¹ Per le prime riflessioni sulle questioni interpretative che la diffusione della pandemia del coronavirus Covid-19 ha fatto emergere in Italia con riferimento all'applicazione della disciplina della tutela della salute e della sicurezza sul lavoro di cui al d.lgs. n. 81/2008, cfr., P. PASCUCI, *Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro: novità e conferme nello ius superveniens del d.P.C.M. 22 marzo 2020 e soprattutto del d.l. n. 19/2020*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*,

2020; ID. *Sistema di prevenzione aziendale, emergenza coronavirus ed effettività*, in *giustiziacivile.com*, n. 3/2020, 17 marzo 2020, *Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra "raccomandazioni" e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale?*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro* 2019; F. DI BONO, *Un nuovo sistema di vigilanza sulla sicurezza dopo il COVID – 19 ?*, in *www.csddl.it*, maggio 2020.

² L'obbligo datoriale di sicurezza è stato tradizionalmente inteso in senso amplissimo, come

1. La centralità dell'art. 2087 c.c. quale clausola generale nel sistema della responsabilità civile del datore di lavoro

Indubbiamente, la dottrina e la giurisprudenza si sono a lungo interrogate e si interrogano tuttora sul significato e sulla natura della suddetta norma³, il cui tenore letterale, benché immediatamente prescrittivo, necessita di essere puntualizzato, non solo in ragione dell'evolversi della tecnica, ma soprattutto in virtù dell'adeguato apprezzamento degli arresti giurisprudenziali, che hanno irrobustito di contenuto l'obbligo di sicurezza e prevenzione sancito dalla previsione codicistica. Ed infatti, ai sensi dell'art. 2087 c.c., l'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del

lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro⁴. Sin dal suo tenore testuale, si comprende come il precetto normativo abbia una valenza generale e costituisca un ambito primario di riferimento, a cui, proprio alla luce della dizione letterale, possono, anzi debbono, affiancarsi norme particolari, finalizzate alla prevenzione degli infortuni sul lavoro, dettate in riferimento alle specifiche esigenze tecniche dei singoli settori produttivi.

L'art. 2087 c.c., «fissante normativo»⁵ per l'obbligo di adottare non solo le "misure nominate", ovvero tassativamente imposte dalla legge in relazione al tipo di attività svolta, ma anche ogni altra misura "innominata" - connessa in concreto alla specifica situazione di rischio, alla fase dinamica dell'espletamento della prestazione,

comprendente i precetti prevenzionistici nominati ed innominati, secondo la nota formula giurisprudenziale del "tutto il possibile". Ne è conseguita una notevole incertezza per il datore di lavoro che, in caso di infortunio, rischia pesanti condanne civili e penali senza che abbia sempre potuto conoscere *ex ante* le regole di condotta da rispettare, individuate solo *ex post*. Le indicazioni della giurisprudenza costituzionale circa la doverosità degli standard di sicurezza generalmente praticati nel settore e non di tutte le misure tecnologiche disponibili sul mercato (Corte cost. 25/07/1996, in *Mass. Giur. lav.*, 1996, 503; in senso analogo Corte giust. 14 giugno 2007, Commissione c. Regno Unito, in *Foro it.*, 2007, IV, 500; Cass. 25/05/2006, n. 12445, in *Mass. Giur. lav.*, 2006, 969) è stata spesso contrastata se non ignorata; di contro, è stata talvolta riconosciuta la rilevanza nel giudizio penale delle valutazioni sull'avvenuto adempimento dell'obbligo di sicurezza espresse prima dell'infortunio degli organi di vigilanza (Cass. pen., 29/07/2004, n. 32921, in *Mass. Giur. Lav.* 2005, 225), altre volte negata (Cass. Pen., Sez. IV, 24/03/200, n. 3819, in *Giur. lav.*, 2000, n. 35; Cass. Pen., Sez. IV, 24/06/2000, n. 7402, in *Mass. Giur. lav.*, 2001, 146).

³ Sulla natura di tale disposizione, tra norma e clausola generale, si vedano rispettivamente P. ALBI, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona, Comunicazioni svolte al Convegno "Esistere. Riflessioni sul danno*

esistenziale e sul mobbing", Pisa 24 ottobre 2003 e al Convegno "La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro", Foggia 14-15 novembre 2003, in *Lavoro e diritto*, 2003, fasc. 4, pp. 675-700 e G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, in *Comm. C.C. a cura di Schlesinger*, Milano, 2006, 316, che pur la mette in correlazione con la clausola generale della buona fede. Si veda anche Cass. civ. Sez. lavoro, 20/04/1998, n. 4012, in *Mass. Giur. It.*, 1998 e, sulla natura di clausola generale, Cass. civ., sez. lav., n. 18503/2016, secondo cui «la norma *ex* 2087 c.c. come tutte le clausole generali, ha una funzione di adeguamento permanente dell'ordinamento alla sottostante realtà socio-economica, e pertanto vale a supplire alle lacune di una normativa che non può prevedere ogni fattore di rischio, ed ha una funzione sussidiaria rispetto a quest'ultima e di adeguamento di essa al caso concreto».

⁴ Sull'art. 2087 c.c., si veda, per tutti, F. PASCUCCI, *La tutela della salute e della sicurezza del lavoratore "agile"*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2017, 307-330; P. ALBI, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona. Art. 2087 cod. civ.*, in *Il Codice Civile, Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2008.

⁵ F. BACCHINI, *Attività criminosa di terzi e attentati terroristici: valutazione e gestione dei cc.dd. "rischi security"*, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2016.

all'occasione, al luogo ed al contesto sociale in cui l'attività si svolge⁶ - è norma dalla forza espansiva tendenzialmente aperta ai mutamenti economico-sociali⁷ e, debito contrattuale⁸ del datore in funzione del permanente processo di «umanizzazione del posto di lavoro»⁹.

In questa prospettiva, la disposizione de qua svolge una duplice funzione: da un lato, è una sorta di chiave di volta che consente alle previsioni organizzative aziendali di essere ricondotte a sistema, nell'ambito della tutela dell'integrità psicofisica del lavoratore; dall'altro, è una cornice minima indubbiamente e immediatamente prescrittiva, che consente evolutivamente di adeguare l'ordinamento alla complessa trama della realtà tecnica e socio-economica. Può, cioè, essere applicata, in via primaria e in via sussidiaria, per imporre obblighi di comportamento a carico del datore di lavoro, laddove la specifica normativa di settore sia inidonea a contemplare ogni fattore di rischio e/o presenti delle lacune¹⁰.

Tale premessa appare indispensabile per comprendere che la responsabilità del datore di lavoro non possa essere solo riconducibile alla stretta osservanza delle prescrizioni pur rilevanti della normativa di ogni singolo settore: l'art. 2087 c.c. è, infatti, norma di chiusura del sistema antinfortunistico, e quindi anche assoggettata, in ragione di questa natura, alla possibilità di interpretazione estensiva alla stregua sia del rilievo costituzionale del diritto alla salute (art. 32 Cost.), sia dei principi di correttezza e buona fede (artt. 1175 e 1375 cod. civ.) ai quali deve ispirarsi anche lo svolgimento del rapporto di lavoro¹¹.

Il datore di lavoro è, quindi, obbligato ad osservare le indefettibili insopprimibili regole di prudenza, diligenza e perizia, onde adottare tutte le misure che – ancorché non espressamente considerate e valutate dal legislatore al momento della sua formulazione – appaiano, secondo le regole e le acquisizioni della migliore scienza ed esperienza generalmente praticate¹², nonché, sulla

⁶ Cass. 8/04/2013, n. 8486, in *Foro it.*, 2013, 6, 1, 1912, secondo cui « Il datore di lavoro risponde, per la mancata adozione delle misure di prevenzione e di controllo rispondenti alla migliore scienza ed esperienza, del danno biologico subito dal lavoratore addetto ad un ufficio che espleti anche attività creditizia per effetto di una rapina a mano armata».

⁷ Cass. 17/04/2012, n. 6002, in *Danno e resp.*, 2012, 6, 674.

⁸ Cfr. L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, Franco Angeli, 1989, 66; sulla medesima linea interpretativa, fra le altre, Cass. 13/09/1991, n. 9569, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, II, 921, con nota di M. Franco.

⁹ Cass. 23/02/2000, n. 2037, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, I, 70 con nota di G. Alleva; Cass. 19/01/1999, n. 475, in *Dir. prat. lav.*, 2008, 30, 1761; Cass. 5/11/1999, n. 12339, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, 661 con nota di G. Alleva.

¹⁰ Cass. civ. Sez. VI - Lavoro, Ord., 27/02/2017, n. 4970, in *Pluris Cedam*, 2017, secondo cui « [...]l'obbligo di sicurezza, posto a carico del datore di lavoro in favore del lavoratore, è previsto in generale, con contenuto atipico e residuale, dall'art. 2087 c.c. (Cass. 21 febbraio 2004 n. 3498, Cass. 25 luglio 2003 n. 12467, Cass. 30 luglio 2003 n.

11704) ed in particolare, con contenuto tipico, dalla dettagliata disciplina di settore concernente gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e le misure di prevenzione; Cass. civ. Sez. lavoro, 23/04/2012, n. 6337, in *Pluris Cedam*, 2012, secondo cui «il disposto normativo ex art. 2087 c.c. ha una funzione sussidiaria ed integrativa delle misure protettive da adottare a garanzia del lavoratore, di talché, esso fa riferimento a qualsiasi misura necessaria a tutelare il diritto soggettivo dei lavoratori ad operare in un ambiente esente da rischi. Ciò in virtù del fatto che la sicurezza del lavoratore rappresenta un bene di rilevanza costituzionale che impone a chi si avvalga di una prestazione lavorativa eseguita in stato di subordinazione, di anteporre al proprio, seppur legittimo, profitto, la sicurezza di chi esegua la prestazione mediante l'adozione di ogni cautela che lo specifico contesto lavorativo richieda».

¹¹ Cass. civ. Sez. Lav., Ord., 09/05/2018, n. 11170, in *CED Cassazione*, 2018. Cfr. G. PROIA, *Il diritto all'integrità psicofisica*, in Giuseppe Santoro Passarelli (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico*, 2017, Torino, Utet, pp. 1139-1163.

¹² Corte cost. 18/07/1996, n. 312, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, II, 15, con nota di V. MARINO, *La*

base delle particolarità del lavoro¹³, necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro.

La particolarità del lavoro rileva, dunque, come parametro con cui «il legislatore ha voluto che si identifichi la vera natura dei rischi e si diano ad essi risposte appropriate e non generiche o polivalenti»¹⁴, ma conformi all'esperienza¹⁵ e alla tecnica¹⁶.

Tale parametro è strettamente connesso al polo soggettivo della disposizione. Al riguardo, senza pretesa di analizzare in dettaglio una definizione che appartiene, con tutta evidenza, alle discipline di carattere più propriamente

economico e aziendale, occorre precisare che il datore di lavoro è soggetto titolare di una posizione primaria di garanzia, in quanto allo stesso fa capo l'organizzazione dell'attività produttiva¹⁷. Pertanto, egli è titolare di una sfera di attribuzioni e competenze di carattere generale che investono tutta la politica aziendale. Ne deriva la sua possibile responsabilità, sia sul versante penale che su quello civilistico.

Si intende, riguardo al primo versante, che non sia questa la sede per analizzare la complessa e vastissima tematica della responsabilità penale del datore di lavoro¹⁸. Basti osservare sul punto che dalla rilevata posizione di

minimizzazione del rischio sui luoghi di lavoro nell'interpretazione della Corte costituzionale, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, II, 15; vedi anche, L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Rilievi in tema di responsabilità del datore di lavoro*, in *Oss. giur. lav.*, 1996, 849 ss.; A. VALLEBONA, *Sicurezza del lavoro e certezza del diritto: finalmente ascende in campo la Corte costituzionale*, in *Mass. Giur. lav.*, 1996, 829 ss.

¹³ Sul concetto di particolarità del lavoro che comprende tutti quegli elementi che caratterizzano una determinata attività lavorativa direttamente o indirettamente concorrendo a costituirne la specifica pericolosità, cfr. C. SMURAGLIA, *La sicurezza del lavoro e la sua tutela penale*, Milano, 1974, 85. per il quale «Un simile complesso di elementi è naturalmente estremamente ampio includendo, di tutta evidenza, non solo le tecniche usate per la lavorazione, i processi produttivi impiegati, le sostanze nocive eventualmente utilizzate nel corso del lavoro e le macchine, gli strumenti e gli attrezzi di cui i prestatori si servono, ma anche tutte le condizioni ambientali e cioè quel complesso di condizioni di pericolo, di disagio e di faticosità che sono insite nelle caratteristiche peculiari di ogni specifica attività lavorativa».

¹⁴ Così, L. CELESTINO, *Infortuni sul lavoro: responsabilità civile e penale*, Milano, 1989, 119.

¹⁵ «Quanto all'esperienza, anch'essa dovrà intendersi in senso lato; e come nessuno potrà pretendere (...) che il datore di lavoro faccia a sue spese degli esperimenti circa nuove misure protettive, nello stesso modo si potrà invece ritenerlo penalmente perseguibile per il fatto di non aver usato quelle misure e quei rimedi preventivi che in altre lavorazioni dello stesso tipo si siano già rivelati idonei a prevenire i sinistri»; così, C.

SMURAGLIA, *La sicurezza del lavoro e la sua tutela penale*, cit., 85.

¹⁶ Per quanto riguarda il criterio che si riferisce alla tecnica ed alle acquisizioni che da essa derivano, si tratta di requisiti che impongono di adottare i mezzi già entrati nel patrimonio tecnico scientifico e normalmente utilizzati (o utilizzabili) nel settore produttivo di riferimento; al riguardo si veda M. FRANCO, *La responsabilità del datore e del prestatore di lavoro in materia di sicurezza nel D.lgs. 19 settembre 1994 n. 626*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, I, 271.

¹⁷ Non è infrequente trovare nell'esegesi dell'art. 2087 c.c. proprio la parola "garanzia", sebbene talvolta utilizzata in senso atecnico: si veda ad es. Cass. pen., Sez. un. 11/03/1999, in *Resp. Civ. e Prev.*, 1999, 1296, secondo cui «a norma dell'art. 2087 c.c. [...] il datore di lavoro è garante dell'incolumità fisica dei prestatori di lavoro» [...] dall'art. 2087 c.c. si ricava per lo più la previsione di una posizione di garanzia in capo al datore di lavoro», anche in E. GRAGNOLI, *L'obbligo di sicurezza e la responsabilità del datore di lavoro*, in *Il lavoro subordinato*, a cura di Carinci, Tratt. Dir. Priv., diretto da Bessone, tomo 2, Torino, 2007, 450. Cfr. M. PERSIANI-G. PROIA, *Contratto e rapporto di lavoro*, Padova, 2005, 80.

¹⁸ Sulla tendenza alla espansione della responsabilità penale ed allo strisciante cambiamento della sua struttura, dove si dimentica l'attenzione al "fatto oggettivo" ed alla causalità e la constatazione della violazione sembra non di rado considerata sufficiente per la configurabilità dell'illecito, cfr. A. NAPPI, *La responsabilità penale in materia di sicurezza del lavoro tra diritto vigente, diritto "vivente" e prospettive di riforma*, in *Riv. dir. impr.*, 2017, 49; C. PAONESSA, *La tutela penale della sicurezza sul lavoro - Luci ed ombre*

garanzia, gravante sullo stesso, si irradia un fascio di obblighi, la cui inosservanza è fonte di responsabilità da accertare, si intende, sia sotto il profilo soggettivo di dolo o colpa, sia sotto il profilo del nesso di causalità, anche eventualmente in base all'art. 40 comma 2 c. p. ai sensi del quale «non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo»¹⁹. Quindi, il datore di lavoro può rispondere a titolo colposo, *tout court* per eventi pregiudizievoli realizzatisi a danno del lavoratore, e a titolo di cooperazione colposa nel delitto doloso commesso da terzi, nel caso in cui

una determinata condotta – inosservante degli obblighi di sicurezza, dettati da specifiche disposizioni normative oltre che dalla comune prudenza e diligenza – sia valutata dal giudice causalmente efficiente, unitamente al comportamento doloso di terzi, a cagionare il reato²⁰. Senza trascurare, altresì, che gli effetti di una sentenza penale di condanna del datore di lavoro o dei suoi dipendenti, per infortunio o malattia professionale, preclude l'operatività della garanzia assicurativa obbligatoria, in relazione al fatto dal quale è derivato l'evento dannoso (art. 10, d.p.r. n. 1124/1965)²¹.

del diritto vivente, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, 1657; F. FOCARETA, *Delega di funzioni e responsabilità penale in materia di sicurezza sul lavoro*, in *Quaderni dir. lav. relazioni ind.*, 1993, fasc. 14, 117.

¹⁹ Si veda, *ex plurimis*, Cass. pen. Sez. IV, 26/10/2011, n. 46820, secondo cui « Il datore di lavoro deve sempre attivarsi positivamente per organizzare le attività lavorative in modo sicuro, assicurando anche l'adozione da parte dei dipendenti delle doverose misure tecniche ed organizzative per ridurre al minimo i rischi connessi all'attività lavorativa: tale obbligo va ricondotto, oltre che alle disposizioni specifiche, anche, e più generalmente, al disposto dell'art. 2087 c.c., in forza del quale il datore di lavoro è comunque costituito garante dell'incolumità fisica e della salvaguardia della personalità morale dei prestatori di lavoro, con l'ovvia conseguenza che, ove egli non ottemperi all'obbligo di tutela, l'evento lesivo correttamente gli viene imputato in forza del meccanismo previsto dall'art. 40 c.p., comma 2.» Sul requisito di necessaria giuridicità del dovere di impedimento ex art. 40, comma 2, c.p. cfr., in generale, G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Milano, 1983, I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999; ID., *L'obbligo di impedire l'evento*, in F. GIUNTA-D. MICHELETTI (a cura di) *Il nuovo diritto penale della sicurezza del lavoro*, Milano, 2010, 107 ss., e nel settore della prevenzione D. PULITANÒ, *Posizioni di garanzia e criteri di imputazione personale nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1982, IV, 178 ss., N. PISANI, *Posizioni di garanzia e colpa d'organizzazione nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Eco.*, 2009, 123 ss.

²⁰ Sulla responsabilità per cooperazione colposa, cfr. R. LATAGLIATA, *Cooperazione nel delitto colposo*, in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962, 615, C. CANTAGALLI, *Il riconoscimento della funzione*

incriminatrice dell'art. 113 c.p. ed il concetto di "interazione prudente" quale fondamento e limite della colpa di cooperazione, nota a Cass. pen., Sez. IV, 2/12/2008, n. 1786, in *Cass. Pen.*, 2010, 2219, ove si evidenzia che l'istituto della cooperazione colposa previsto dall'art. 113 c.p. ha generato una molteplicità di questioni interpretative, connesse sia all'individuazione della funzione dell'istituto, sia ai presupposti della sua operatività: sotto il primo profilo, è controverso se la norma predetta abbia natura incriminatrice o di mera disciplina; sotto il secondo profilo, si discute quale sia lo specifico contenuto del legame soggettivo che intercorre tra i vari partecipi, individuato, nella tesi maggioritaria, a cui aderisce anche la sentenza in esame, nella consapevolezza di contribuire con la propria condotta a quella altrui. Evidenzia l'A. che i contrasti sorti circa la ricostruzione della funzione dell'istituto della cooperazione colposa sono connessi alle peculiarità dell'imputazione colposa nel nostro ordinamento, ed alla possibilità che condotte prive di tipicità colposa alla stregua della fattispecie monosoggettiva acquistino tipicità nell'ambito della fattispecie plurisoggettiva eventuale colposa. La sentenza commentata riconosce la natura incriminatrice dell'art. 113 c.p., riconducendo anche l'atto di partecipazione rilevante ai fini di tale disposizione ai requisiti della responsabilità colposa: i Giudici di legittimità hanno affermato che la condotta del concorrente deve non solo aver fornito un apporto causale di tipo agevolatore alla realizzazione plurisoggettiva del fatto, ma deve anche aver disatteso la "pretesa di interazione prudente", una peculiare regola di diligenza a cui si estende il regime cautelare in alcune ipotesi di coinvolgimento di più¹ soggetti in un medesimo contesto d'azione.

²¹ Cass. civ. Sez. lavoro, 14/11/2016, n. 23146, in *Lavoro nella Giur.*, 2017, 3, 304; Cass. civ. Sez. lavoro Sent., 19/01/2015, n. 777, in *Ced Cassazione*, 2015, secondo cui « In tema di

Di contro, volgendo lo sguardo alla condotta colposa del lavoratore, il sistema della normativa speciale antinfortunistica si è evoluto passando da un modello "iperprotettivo", interamente incentrato sulla figura del datore di lavoro, quale soggetto garante investito di un obbligo di vigilanza assoluta sui lavoratori, ad un modello "collaborativo" in cui gli obblighi sono ripartiti tra più soggetti, compresi i lavoratori. A differenza del passato, il datore di lavoro non ha più un obbligo di vigilanza assoluta rispetto al lavoratore. Una volta che abbia fornito tutti i mezzi idonei alla prevenzione ed abbia adempiuto a tutte le obbligazioni proprie della sua posizione di garanzia, egli non risponderà dell'evento derivante da una condotta imprevedibilmente colposa del lavoratore. Ed invero, recentemente la giurisprudenza di legittimità, tornata ad occuparsi dei riflessi del comportamento negligente del lavoratore ai fini della esclusione della responsabilità penale del datore di lavoro, ha evidenziato che questi non risponda delle lesioni personali derivate da una/ condotta esorbitante ed imprevedibilmente colposa del lavoratore²².

assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, l'esonero del datore di lavoro dalla responsabilità civile per i danni occorsi al lavoratore infortunato, e la limitazione dell'azione risarcitoria di questi al cosiddetto danno differenziale, nel caso di esclusione di detto esonero per la presenza di responsabilità di rilievo penale a norma dell'art. 10 del d.P.R. 30 giugno 1965 n. 1124, riguarda, secondo una interpretazione costituzionalmente orientata, soltanto l'ambito della copertura assicurativa, ossia il danno patrimoniale collegato alla riduzione della capacità lavorativa generica e non anche il danno alla salute, o biologico, e il danno morale di cui all'art. 2059 cod. civ., entrambi di natura non patrimoniale, al cui integrale risarcimento il lavoratore ha diritto ove sussistano i presupposti della responsabilità del datore di lavoro».

²² Cass. Pen., Sez. IV 3/03/2016 (c.c. 10 febbraio 2016), n. 8883, secondo cui «In tema di infortuni sul lavoro, il datore di lavoro che, dopo avere

2. La rilevanza dell'obbligo di protezione come fondamento della responsabilità civile del datore di lavoro. Ambito di applicazione

Venendo al nucleo centrale e fondamentale della responsabilità civile del datore di lavoro, così come si può evincere dalla stessa dizione dell'art. 2087 c.c., esso attiene al positivo accertamento della sussistenza del sinistro, riconducibile eziologicamente alla violazione da parte del datore di lavoro, delle norme generali di prudenza, diligenza e perizia, ovvero di uno specifico obbligo di sicurezza imposto da norme di legge, ovvero, desumibile dalle conoscenze sperimentali o tecniche del momento. Sin da tale assunto si ricava che, nell'ambito della responsabilità civile del datore di lavoro, convergono profili, non facilmente e nettamente distinguibili, attinenti, storicamente, sia alla responsabilità contrattuale, sia a quella più propriamente extracontrattuale.

Infatti, a seconda che l'*eventus damni* dell'infortunio o della malattia professionale, integri contemporaneamente l'inadempimento di un'obbligazione derivante da un

effettuato una valutazione preventiva del rischio connesso allo svolgimento di una determinata attività, ha fornito al lavoratore i relativi dispositivi di sicurezza ed ha adempiuto a tutte le obbligazioni proprie della sua posizione di garanzia, non risponde delle lesioni personali derivate da una condotta esorbitante ed imprevedibilmente colposa del lavoratore». Si vedano in dottrina: GRANDI-PERA, *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Padova, 2002; TURSI-VARESI, *Lineamenti di diritto del lavoro*, Milano, 2000; PERA - PAPALEONI, *Diritto del lavoro*, Padova, 2003; ROSELLI FEDERICO, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo*, Cedam 1997; P. VENUTI, *Diritti e obblighi delle parti nel lavoro subordinato privato secondo la più recente giurisprudenza*, Cedam 1997; F. ROTONDI, *Corso di diritto del lavoro*, Cedam 2007; R. PESSI, *I problemi del diritto del lavoro: proposte per un inventario*, Cedam 2007; identica Cass. civ. Sez. lavoro, 17/03/2009, n. 6454, in *CED Cassazione*, 2009.

contratto validamente concluso tra le parti e la lesione di un diritto soggettivo primario, quale quello alla salute²³, la responsabilità datoriale presenta, al contempo, aspetti tipici della responsabilità contrattuale e di quella extracontrattuale²⁴. Tuttavia, la natura

dell'azione *ex contractu* o *ex delicto* non scalfisce, *rectius* non dovrebbe scalfire la natura del titolo soggettivo della responsabilità, posto che secondo un orientamento consolidato della giurisprudenza, essa integra, pur sempre, un'ipotesi di responsabilità colposa²⁵.

²³ Già la Consulta con sentenza n. 399 del 1996 della Corte costituzionale, ebbe a precisare che la salute è da riguardarsi come "un bene primario che assurge a diritto fondamentale della persona" ed il cui presidio attiene alla "generale e comune pretesa dell'individuo a condizioni di vita, di ambiente e di lavoro, che non pongano a rischio questo suo bene essenziale»: nello stesso senso Cass. civ. Sez. lavoro, Sent., 13/11/2015, n. 23277, in *Pluris Cedam*, 2015; Cass. civ. Sez. lavoro Sent., 13/04/2015, n. 7405, in *Giur. It.*, 2015, 11, 2427.

²⁴ Cass. civ. Sez. lavoro, Ord., 20/01/2020, n. 1109, in *CED Cassazione*, 2020 secondo cui « va ricordato il consolidato orientamento giurisprudenziale, secondo cui sul datore di lavoro gravano sia il generale obbligo di "*neminem laedere*" espresso dall'art. 2043 c.c. (la cui violazione è fonte di responsabilità extracontrattuale), sia il più specifico obbligo di protezione dell'integrità psico-fisica del lavoratore sancito dall'art. 2087 c.c. ad integrazione "ex lege" delle obbligazioni nascenti dal contratto di lavoro (la cui violazione determina l'insorgenza di una responsabilità contrattuale). Conseguentemente, il danno biologico - inteso come danno all'integrità psico-fisica della persona in sè considerata, a prescindere da ogni possibile rilevanza o conseguenza patrimoniale della lesione - può in astratto conseguire sia all'una che all'altra responsabilità. Qualora la responsabilità fatta valere sia quella contrattuale, dalla natura dell'illecito (consistente nel lamentato inadempimento dell'obbligo di adottare tutte le misure necessarie a tutelare l'integrità psico-fisica del lavoratore) non deriva affatto che si versi in fattispecie di responsabilità oggettiva (fondata sul mero riscontro del danno biologico quale evento legato con nesso di causalità all'espletamento della prestazione lavorativa), ma occorre pur sempre l'elemento della colpa, ossia la violazione di una disposizione di legge o di un contratto o di una regola di esperienza. La necessità della colpa - che accomuna la responsabilità contrattuale a quella aquiliana - va poi coordinata con il particolare regime probatorio della responsabilità contrattuale, che è quello previsto dall'art. 1218 c.c. (diverso da quello di cui all'art. 2043 c.c.), cosicchè grava sul datore di lavoro l'onere di provare di aver ottemperato all'obbligo di protezione, mentre il lavoratore deve provare sia la lesione all'integrità psico-fisica, sia il nesso di causalità tra tale evento

dannoso e l'espletamento della prestazione lavorativa (Cass. lav. n. 4184 del 24/02/2006, conformi id. n. 12763 del 21/12/1998, n. 5491 del 02/05/2000 e n. 23162 del 7/11/2007. Cfr. parimenti Cass. lav. n. 8911 del 29/03/2019, secondo cui la responsabilità del datore di lavoro per inadempimento dell'obbligo di prevenzione di cui all'art. 2087 c.c. non è una responsabilità oggettiva, ma colposa, dovendosi valutare il difetto di diligenza nella predisposizione delle misure idonee a prevenire danni per i lavoratori, in relazione all'attività lavorativa svolta, non potendosi esigere la predisposizione di misure idonee a fronteggiare ogni causa di infortunio, anche quelle imprevedibili ». Cass. Pen., Sez. IV 3/03/2016, n. 8333, in *Quotidiano Giuridico*, 2016; Cass. civ. Sez. lavoro Sent., 07/11/2007, n. 23162, in *Mass. Giur. It.*, 2007, secondo cui « L'art. 2087 cod. civ., il quale fa carico al datore di lavoro di adottare le misure necessarie a tutelare l'integrità del dipendente, introduce un dovere che trova fonte immediata e diretta nel rapporto di lavoro e la cui inosservanza, ove sia stata causa di danno, può essere fatta valere con azione risarcitoria. Tuttavia, è pur sempre necessario che siano ravvisabili, nella condotta del datore di lavoro, profili di colpa cui far risalire il danno all'integrità fisica patito dal dipendente. Pertanto, quando l'espletamento delle mansioni proprie della qualifica di appartenenza sia incompatibile con lo stato di salute del lavoratore e comporti l'aggravamento di una preesistente malattia, non può ritenersi responsabile il datore di lavoro per non aver adottato le misure idonee a tutelare l'integrità fisica del dipendente, ove non risulti che egli era a conoscenza dello stato di salute di quest'ultimo e dell'incompatibilità di tale stato con le mansioni affidategli».

²⁵ Cass. civ. Sez. III Ord., 28/02/2019, n. 5813, in *CED Cassazione*, 2019, secondo cui secondo cui « In tema di responsabilità civile per la morte del lavoratore, il requisito soggettivo della colpa è integrato dalla violazione, da parte del datore di lavoro, delle regole cautelari di prevenzione evocate dall'art. 2087 c.c., strettamente correlate, in termini di ragionevole prevedibilità, alla verifica dell'evento in quanto fondate, se non sulla certezza scientifica, sulla probabilità o possibilità - concreta e non ipotetica - che la condotta considerata determini l'evento. (Nella specie, la S.C. ha confermato la decisione di merito

Tuttavia, appare maggiormente rispettosa della struttura e della funzione del comportamento vincolato del datore di lavoro, la tesi contrattuale della sua responsabilità nel senso che essa non trova tanto il proprio fondamento nel precetto del *neminem laedere*, quanto nel contratto di lavoro, e come vedremo, meglio, nell'obbligo di protezione a carico del datore di lavoro nei confronti della sicurezza del lavoratore²⁶.

La questione va esaminata in senso critico. La responsabilità datoriale, infatti, si fonda su fattori organizzativi e gestionali e rischia, pertanto, di dilatarsi e di trasformarsi in una forma di responsabilità di tipo latamente oggettivo (o in una responsabilità per “colpa attenuata”).

Indagando in senso più preciso il fondamento della responsabilità civile del datore di lavoro, stando agli arresti della giurisprudenza, pur essendo il perimetro disegnato dall'art. 2087 cc destinato a mutare in relazione alla richiamata natura elastica della disposizione²⁷, essa non integra una forma di responsabilità oggettiva, non potendosi desumere l'inadeguatezza delle misure di protezione adottate automaticamente dalla mera verifica del danno²⁸; la responsabilità datoriale va infatti collegata, secondo tale indirizzo ermeneutico, alla violazione degli obblighi di comportamento imposti da norme di legge o suggeriti dalle migliori conoscenze tecniche al fine di prevenire infortuni sul lavoro e di assicurare la salubrità e, in senso lato la sicurezza, in

che aveva condannato il Ministero della Difesa al risarcimento dei danni patiti dai familiari di un militare, morto in conseguenza della malattia contratta nel corso di una missione internazionale a causa dell'esposizione a radiazioni ionizzanti, sul presupposto che si trattava di un rischio ampiamente preventivabile in relazione all'impiego, nelle zone delle operazioni interessate, di armamenti idonei ad esporre le persone alle suddette radiazioni); Cass. civ. Sez. lavoro, 05/01/2018, n. 146, in *Pluris Cedam*, 2018; Cass. civ. Sez. lavoro, Sent., (ud. 14-01-2015) 03-04-2015, n. 6881, in Cass. civ., sez. lav., 22/01/2014, n. 1312, in *CED Cassazione*, 2014; Cass. civ., sez. lav., 7/08/2012, n. 14192; Cass. civ., sez. lav., 17/02/2009, n. 3785, in *CED Cassazione*, 2009.

²⁶ Per pacifica giurisprudenza la responsabilità del datore per l'inadempimento dell'obbligo di sicurezza previsto dall'art. 2087 c.c. ha natura contrattuale, derivando tale qualificazione dalla considerazione che, da un lato, il contenuto del contratto individuale di lavoro risulta integrato per legge (ai sensi dell'art. 1374 c.c.) dalla suddetta norma e, dall'altro lato, che la responsabilità contrattuale è configurabile tutte le volte che risulti fondata sull'inadempimento di un'obbligazione giuridica preesistente, comunque assunta dal danneggiante nei confronti del danneggiato. Cass. civ. Sez. lavoro, 12/06/2017, n. 14566, in *Quotidiano Giuridico*, 2017, secondo cui «Ai fini dell'accertamento della responsabilità del datore di lavoro per un infortunio sul luogo di lavoro, la responsabilità del datore di lavoro di cui all'art. 2087 cod. civ. è di natura contrattuale».

²⁷ Confermano la previsione elastica della regola, gli artt. 15 e 29 del d.lgs. n. 81/2008: il primo include fra le “misure generali di tutela”, in particolare la programmazione della prevenzione mirata ad un complesso che integri in modo coerente le condizioni tecniche produttive dell'azienda, l'influenza dei fattori dell'ambiente e dell'organizzazione del lavoro, nonché l'eliminazione dei rischi e, laddove non possibile, la loro riduzione al minimo in relazione alle conoscenze acquisite in base al progresso tecnico; mentre il secondo impone di rielaborare la valutazione dei rischi, fra l'altro, “in relazione al grado di evoluzione della tecnica, della prevenzione o della protezione”; così F. BACCHINI, *Attività criminosa di terzi e attentati terroristici: valutazione e gestione dei cc.dd. “rischi security”*, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2016, 549; cfr. L. MONTUSCHI, *Verso il testo unico sulla sicurezza del lavoro*, in P. PASCUCCI (a cura di), *Il testo unico sulla sicurezza del lavoro, Atti del convegno di studi giuridici sul disegno di legge delega approvato dal Consiglio dei Ministri il 13 aprile 2007* (Urbino, 4 maggio 2007), Roma, Ministero della salute-Ispesl, 2007, p. 29, nonché in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2007, p. 799 ss..

²⁸ È doveroso rilevare, tuttavia, come la responsabilità oggettiva venga spesso menzionata ad esegesi dell'art. 2087 c.c.: *ex multis*, G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, cit., 321.

correlazione all'ambiente lavorativo. Il datore di lavoro può sempre dimostrare di avere adottato tutte le cautele necessarie ad impedirlo e, tra queste, di aver vigilato circa l'effettivo uso degli strumenti di cautela forniti al dipendente²⁹.

In questo senso, in tanto può il datore di lavoro rispondere del danno, in quanto la lesione del bene-diritto salute derivi causalmente dalla violazione degli obblighi suddetti³⁰. Essi, apprezzati dal punto di vista generale della teoria dell'obbligazione, appaiono riconducibili ad un'obbligazione di mezzi³¹, in cui la diligenza nell'approntare sistemi di sicurezza, non solo è criterio di valutazione dell'esattezza dell'adempimento, ma costituisce, *rectius* esaurisce, l'oggetto stesso dell'obbligazione. Quest'ultima si traduce nel dovere di conoscere quei saperi e di adottare quelle tecniche considerate più attendibili nell'ottica di perseguire il fine indicato dall'art. 2087 c.c., e in cui il mancato conseguimento di tale fine rileva solo in quanto sussista un nesso di causalità (non solo in senso materiale, ma anche normativo) tra la condotta che detto obbligo di diligenza abbia violato e l'evento dannoso in concreto verificatosi. L'art. 2087 c.c. costruisce quale oggetto dell'obbligazione datoriale un *facere*,

consistente, ricalcando il testo quanto mai incisivamente asciutto della disposizione, nell'adozione delle "misure che secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità dei prestatori di lavoro"³².

Ne consegue, pertanto, che possa essere addebitato al datore di lavoro non qualsiasi evento lesivo della salute dei propri dipendenti, ma solo quello verificatosi in concreto, appartenente al novero di quelli che le regole specifiche o generali di cautela intendono evitare, *rectius*, quello che concretizzi le astratte qualifiche di negligenza, imprudenza, imperizia, o inosservanza di leggi regolamenti, ordini e discipline, ed eziologicamente causato dalla loro violazione. Deve per contro escludersi la responsabilità datoriale ogni qualvolta la condotta sia stata diligente, ovvero non sia stata negligente (imprudente, imperita, ecc.) in ordine allo specifico pericolo di cagionare proprio quell'evento concreto che in fatto si è cagionato, cioè quando la regola cautelare violata non aveva come scopo anche quello di prevenire quel particolare tipo di evento concreto che si è effettivamente verificato.

Questi assunti, pur inferiti dalle massime giurisprudenziali e, comunque,

²⁹ Cass. civ. Sez. lavoro, 04/02/2016, n. 2209, in *Quotidiano Giuridico*, 2016.

³⁰ A sottolineare il contributo importante della giurisprudenza che, «attraverso la valorizzazione dell'art. 32 Cost. ha dato nuova linfa all'art. 2087 c.c. perché ha finito per considerare questa norma fondativa dell'obbligo di protezione su cui poi il legislatore ordinario ha edificato la normativa in materia di sicurezza del lavoro» è, G. SANTORO PASSARELLI, *Il diritto e il giudice del lavoro*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2017, 6, 1422.

³¹ Per un accostamento tra obbligazioni di mezzi e obblighi di protezione "conservativi" si trova anche in Venosta, *Profili della disciplina dei doveri di protezione*, cit., 878. In dottrina vi è peraltro chi propende per l'ipotesi dell'obbligazione di risultato: L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Cedam, 2007, 211; E. GRAGNOLI, *L'obbligo di*

sicurezza e la responsabilità del datore di lavoro, cit., 454 che però precisa «non nel senso che il mancato realizzarsi del risultato stesso possa determinare in via automatica ed oggettiva la sua responsabilità».

³² Per il consolidato orientamento della giurisprudenza lavoristica di legittimità che esclude che la responsabilità civile del datore di lavoro sia una responsabilità oggettiva, si veda, fra le più recenti, Cass. civ. Sez. lavoro, 15/01/2018, n. 749, in *Giur. It.*, 2018, 6, 1350 nota di T. PELLEGRINO, *L'onere della prova nella responsabilità ex art. 2087 c.c. e gli obblighi di protezione*, in *Giurisprudenza italiana*, 2018, 1352-1357; Cass. civ. Sez. lavoro, 10/06/2016, n. 11981, in *Pluris Cedam*, 2016, Cass. 11 aprile 2013, n. 8855, in *Foro it.*, 2013, I, 1912.

dal contenuto dell'art. 2087 c.c., rischierebbero di essere attinti da una patente di astrattezza; necessitano, pertanto, di maggiore approfondimento, alla luce delle fattispecie concrete venute più di recente all'esame della giurisprudenza.

Particolarmente esplicitiva, non solo per il contenuto strettamente testuale, ma, altresì, per le questioni che forse anche *incidenter tantum* involge e solleva è una pronuncia del 2018, resa dalla Suprema Corte³³.

È opportuno riassumere seppure brevemente il fatto venuto all'esame dei supremi giudici.

In una classe di un liceo si festeggiano i cento giorni della maturità. Uno studente apre una bottiglia di spumante il

cui tappo finisce nell'occhio dell'insegnante. Ella agisce contro il Ministero dell'istruzione ex art. 2087 c.c. perchè la presenza delle bevande alcoliche, che l'Ente avrebbe dovuto impedire, ha determinato, secondo la prospettazione della ricorrente, l'evento lesivo. Nei tre gradi di giudizio, l'insegnante è sempre soccombente.

La Suprema Corte, in particolare, nel confermare la sentenza impugnata adotta *un iter argomentativo* che, sebbene in linea di principio, si collochi nel solco della responsabilità contrattuale del datore di lavoro, tuttavia ne evidenzia aspetti non perfettamente coincidenti con l'art. 1218 c.c. dal punto di vista dell'onere probatorio e che richiedono una riflessione di più ampio respiro³⁴.

³³ Cass. civ. Sez. lavoro, 15/01/2018, n. 749, in *Giur. It.*, 2018, 6, 1350.

³⁴ Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, il contenuto dell'onere probatorio a carico del lavoratore e del datore cambia a seconda che si tratti di misure nominate o innominate, cfr. *ex multis*, Cass. civ. Sez. lavoro, Ord., 26-07-2019, n. 20364, in *Pluris Cedam*, 2019; Cass. civ. Sez. lavoro, Ord., 26-07-2019, n. 20366, in *Pluris Cedam*; Cass. 5/11/2015, n. 22615, in *Pluris Cedam*, 2015; Cass. 2/07/2014, n. 15082, in *Foro it.*, 2015, 2, 1, 574; Cass. 27/06/2014, n. 14614, in *Ced Cassazione* 2014; Cass. 28/02/2012, n. 3033, *Ced Cassazione*, 2012; Cass. civ. Sez. lavoro, 25/05/2006, n. 12445, in *Pluris Cedam*, 2006, secondo cui «Posta la natura contrattuale della responsabilità incombente sul datore di lavoro in relazione al disposto dell'art. 2087 cod. civ., sul piano della ripartizione dell'onere probatorio al lavoratore spetta lo specifico onere di riscontrare il fatto costituente inadempimento dell'obbligo di sicurezza nonché il nesso di causalità materiale tra l'inadempimento stesso ed il danno da lui subito, mentre - in parziale deroga al principio generale stabilito dall'art. 2697 cod. civ. - non è gravato dall'onere della prova relativa alla colpa del datore di lavoro danneggiante, sebbene concorra ad integrare la fattispecie costitutiva del diritto al risarcimento, onere che, invece, incombe sul datore di lavoro e che si concreta nel provare la non imputabilità dell'inadempimento. Diversamente, invece, si atteggia il contenuto dei rispettivi oneri probatori a seconda che le misure di sicurezza - asseritamente omesse - siano espressamente e specificamente

definite dalla legge (o da altra fonte ugualmente vincolante), in relazione ad una valutazione preventiva di rischi specifici (quali le misure previste dal d. lgs. n. 626 del 1994 e successive integrazioni e modificazioni, come dal precedente d.P.R. n. 547 del 1955), oppure debbano essere ricavate dallo stesso art. 2087 cod. civ., che impone l'osservanza del generico obbligo di sicurezza. Nel primo caso - riferibile alle misure di sicurezza cosiddette "nominate" - il lavoratore ha l'onere di provare soltanto la fattispecie costitutiva prevista dalla fonte impositiva della misura stessa - ovvero il rischio specifico che si intende prevenire o contenere - nonché, ovviamente, il nesso di causalità materiale tra l'inosservanza della misura ed il danno subito. La prova liberatoria incombente sul datore di lavoro si esaurisce nella negazione degli stessi fatti provati dal lavoratore, ossia nel riscontro dell'insussistenza dell'inadempimento e del nesso eziologico tra quest'ultimo e il danno. Nel secondo caso - in cui si discorre di misure di sicurezza cosiddette "innominate" - la prova liberatoria a carico del datore di lavoro (fermo restando il suddetto onere probatorio spettante al lavoratore) risulta invece generalmente correlata alla quantificazione della misura della diligenza ritenuta esigibile, nella predisposizione delle indicate misure di sicurezza, imponendosi, di norma, al datore di lavoro l'onere di provare l'adozione di comportamenti specifici che, ancorché non risultino dettati dalla legge (o altra fonte equiparata), siano suggeriti da conoscenze sperimentali e tecniche, dagli "standard" di sicurezza normalmente osservati o trovino riferimento in altre fonti analoghe».

2.1. La ripartizione dell'onere probatorio nel difficile equilibrio tra regole normative e principi giurisprudenziali

La vicenda all'attenzione dei giudici di legittimità attiene all'imputazione della responsabilità per infortunio sul lavoro e alla connessa questione dell'onere della prova nell'accertamento di tale responsabilità³⁵.

Ed infatti, il Supremo Collegio, dopo aver affermato che la responsabilità datoriale non è una responsabilità oggettiva- non potendo essere il datore di lavoro responsabile anche per l'imprevedibile, pena lo scivolamento verso una forma di garanzia oggettiva- richiama l'art. 1218 c.c. ritenendo, quasi *en passant* che il lavoratore debba provare il fatto costitutivo dell'inadempimento. Ma la *quaestio iuris* più rilevante è proprio rappresentata dalla doverosa delimitazione di tale nozione che può essere spiegata solo attraverso l'enucleazione, sulla base della stessa dizione dell'art. 2087 c.c., dell'oggetto dell'obbligazione a carico del datore di lavoro che, come accennato, si risolve in un obbligo di protezione costituzionalmente orientato dell'integrità fisica del lavoratore³⁶.

Proprio nella tutela dell'integrità fisica del lavoratore, infatti, gli obblighi di

protezione, sul modello dell'obbligazioni de securite', trovano il primo prototipo sperimentato³⁷, ma che poi permeano l'intera disciplina generale dell'obbligazione tramite la valorizzazione dell'obbligo di correttezza e buona fede³⁸.

L'integrità fisica, infatti, integra l'interesse del creditore cui il comportamento del debitore tende, e che può essere qualificato come l'oggetto dell'obbligazione. In questo senso, ed in chiave correttamente e precisamente contrattuale, la riconduzione della tutela del lavoratore nello schema dell'obbligazione e del comportamento vincolato, consente di concludere che nel caso, come quello sopra sintetizzato, in cui il lavoratore subisce un danno in tutto scollegato dal comportamento vincolato, ancor prima dell'inadempimento e del nesso di causalità tra lo stesso e il danno, è carente l'esistenza stessa dell'obbligazione di sicurezza.

Quindi, per tornare al caso di specie, l'insegnante – le cui pretese risarcitorie erano state rigettate nei precedenti gradi di giudizio – aveva sostenuto che l'introduzione nella scuola di bevande alcoliche configurasse un aggravamento del fattore di rischio professionale, in ragione dell'alterazione che le stesse potevano indurre negli alunni, con conseguente responsabilità dell'istituto

³⁵ Sulla *vexata quaestio* dell'onere della prova nella rilevazione della responsabilità datoriale per infortunio sul lavoro, cfr. V. Barassi, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, rist. ed. del 1901, a cura di Napoli, Milano, 2003, 564.

³⁶ Sulla tutela specifica dell'obbligo di protezione, cfr., *ex plurimis* A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma 1988, p. 126 s., per il quale una volta «accettata l'idea che il dovere di protezione fa parte del contenuto del rapporto obbligatorio, sarebbe illogico negare ad esso quella forma di tutela (specifica) che assiste l'obbligo di prestazione». C. CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani, XXI*, Roma 1991, p. 1 ss., ID., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Eur. e dir. priv.*, 2010, 679 ss.

³⁷ In dottrina gli obblighi di protezione sono trattati da diversi autori, cfr., *ex multis*, V. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè, 2006., 394, nota 82; F. BENATTI, *Osservazioni in tema di "doveri di protezione"*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1960, 1346 ss. dove invece sembra essere il contratto di trasporto la prima sede di tali obblighi; V. L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, 157 ss.

³⁸ *Ex multis*, VENOSTA, *Profili della disciplina dei doveri di protezione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2011, 839 ss. Fermo nel considerare il 2087 c.c. come una protezione data "in considerazione della particolare natura del rapporto", e dunque non generalizzabile U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1974, 23.

scolastico che ne aveva autorizzato l'ingresso. Nel confermare le statuizioni dei giudici di merito -che avevano respinto la richiesta risarcitoria del lavoratore, sulla scorta della mancata allegazione, ex art. 2087 c.c., della prova del fatto costituente l'inadempimento della società datrice di lavoro e della correlazione causale di tale inadempimento con il danno subito- il giudice di legittimità, muovendo dalla natura contrattuale della responsabilità di cui all'art. 2087 c.c., ha precisato potersene affermare la sussistenza solo a fronte di specifici comportamenti datoriali idonei a determinare un aggravamento del tasso di rischio e di pericolosità ricollegato alla natura dell'attività che il lavoratore è chiamato ad eseguire, e non anche, come quella realizzatasi nel caso di specie, a fronte di condotte anomale, imprevedibili e non evitabili con l'impiego dell'ordinaria diligenza.

Secondo il principio affermato dai Supremi giudici, quindi, alcun addebito può muoversi al datore di lavoro ogni qualvolta la sua condotta sia stata diligente, ovvero non sia stata negligente (imprudente, imperita, ecc.), in ordine allo specifico pericolo di cagionare proprio quell'evento concreto che, in fatto, si è cagionato. Nella prospettazione assunta dai giudici di legittimità si è, pertanto, reputato congruamente motivato il giudizio di fatto compiuto dal giudice di merito, secondo cui il non proibire l'iniziativa del festeggiamento, attesa la partecipazione di ragazzi maggiorenni o comunque prossimi alla maturità e, dunque, in età adolescenziale avanzata, e il carattere usuale della stessa, non consentivano di ravvisare un aggravamento del rischio professionale; non vi erano elementi che consentivano di affermare che l'uso di alcolici fosse stato assentito e non vi era evidenza che la manovra inopinata dell'alunno fosse

stata in qualche modo determinata da sue condizioni di alterazione per intossicazione alcolica. La condotta abnorme e imprevedibile dell'alunno, avvicinandosi a breve distanza dall'insegnante recando in mano ed agitando la bottiglia di spumante, non consentiva di ravvisare una serie causale prevedibile e adeguata rispetto alla permessa organizzazione del festeggiamento durante l'ordinario orario di lezione. La Suprema Corte ha, pertanto, confermato che, in tema di infortuni sul lavoro, non può esigersi dal datore di lavoro la predisposizione di accorgimenti idonei a fronteggiare cause di infortunio del tutto imprevedibili. Sul piano soggettivo, infatti, la diligenza esigibile dalla parte datoriale deve essere misurata in relazione alle circostanze specifiche del caso concreto; deve, pertanto, escludersi il diritto del lavoratore al risarcimento nelle ipotesi in cui il danno, di cui si chiede ristoro, non risulti diretta e provata conseguenza di una condotta del datore assunta in violazione dei propri doveri.

In conclusione, sulla scorta di siffatto approdo giurisprudenziale, la parte danneggiata, che agisca per il riconoscimento dei danni da infortunio sul lavoro, ha l'onere di allegare l'esistenza del fatto materiale e delle regole di condotta che assume essere state violate, nonché, di dimostrare in quale modo la parte datoriale abbia posto in essere un comportamento contrario alle clausole contrattuali, alle norme inderogabili di legge, ovvero, alle regole generali di correttezza e buona fede che, nell'esercizio dell'impresa, impongono l'adozione di tutte le misure idonee a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro. In difetto di tali allegazioni, alcuna pretesa risarcitoria può trovare accoglimento, dovendosi escludere la configurabilità di una responsabilità oggettiva datoriale connessa all'obbligo di prevenzione.

2.2. L'ubi consistam dell'onere probatorio a carico del creditore

Il panorama giurisprudenziale sopra delineato disvela questioni ben più ampie di quelle finalizzate alla risoluzione delle fattispecie concrete all'esame dei giudici.

Procediamo con ordine, cercando di riannodare i fili della responsabilità civile datoriale soprattutto sul terreno applicativo, e cercando di precisare, anche a dispetto degli assunti della Suprema Corte, quale sia l'effettiva *ratio decidendi* di casi particolari decisi alla stregua dall'art. 2087 c.c.. Come si evince dal contenuto semantico della disposizione, così come interpretata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, è espressione dell'emersione dell'obbligo di protezione, quale elemento indefettibile della relazione contrattuale lavorativa.

Si tratta, tuttavia, di un obbligo di protezione che deve essere necessariamente calibrato. sulla natura dell'attività- prestazione lavorativa, per

non rivestire un inammissibile carattere onnicomprensivo- e come tale neanche in concreto controllabile- In questo senso, è fatto obbligo al datore di lavoro di adoperarsi per diminuire il rischio specifico del lavoro, rispondendo dei danni che risultano quindi concretizzazione dello stesso.

Così individuato il contenuto dell'obbligo di protezione, in disparte il suo carattere necessariamente aperto all'evoluzione dei sistemi di sicurezza, si tratta di indagare, sul versante più propriamente giurisdizionale-applicativo, quale sia la relazione dello stesso con la disciplina generale dell'inadempimento e il contenuto dell'onere probatorio.

Al riguardo, posto che l'obbligazione datoriale in merito alla sicurezza si risolve nell'obbligo di protezione, la violazione dello stesso non può che configurare inadempimento e, conseguentemente, essere fonte di responsabilità contrattuale. Applicando, quindi, le coordinate ermeneutiche cristallizzate dalle Sez. Un. Nella pronuncia n. 13533 del 2001³⁹, ne consegue, *rectius*,

³⁹ Cass., Sez. un., 30/10/2001, n. 13533 in *Corriere Giur.*, 2001 1565 secondo cui «In tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento, ed eguale criterio di riparto dell'onere della prova deve ritenersi applicabile al caso in cui il debitore convenuto per l'adempimento, la risoluzione o il risarcimento del danno si avvalga dell'eccezione di inadempimento ex art. 1460 (risultando, in tal caso, invertiti i ruoli delle parti in lite, poichè il debitore eccipiente si limiterà ad allegare l'altrui inadempimento, ed il creditore agente dovrà dimostrare il proprio adempimento, ovvero la non ancora intervenuta scadenza dell'obbligazione). Anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante

sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento. (Nell'affermare il principio di diritto che precede, le SS.UU. della Corte hanno ulteriormente precisato che esso trova un limite nell'ipotesi di inadempimento delle obbligazioni negative, nel qual caso la prova dell'inadempimento stesso è sempre a carico del creditore, anche nel caso in cui agisca per l'adempimento e non per la risoluzione o il risarcimento)», con nota di V. MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*; V. anche G. VILLA, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002, 707 ss.; M. MAGGIOLO, *Inadempimento e oneri probatori*, in *Riv. Dir. Civ.*, Atti del convegno per il cinquantenario, Padova, 2006, 166 ss. che critica la soluzione delle sezioni unite della Corte di Cassazione che hanno affermato il principio per cui sul debitore

conseguirebbe, che al lavoratore spetti provare il titolo, vale a dire il contratto di lavoro, e allegare l'inadempimento; il datore di lavoro, invece, per essere esonerato dalla responsabilità, deve dimostrare di aver adempiuto all'obbligo di sicurezza o di non aver potuto adempiere per causa a lui non imputabile. Sulla scorta di siffatta prospettazione giurisprudenziale, il creditore-lavoratore che intenda far valere la responsabilità contrattuale per inadempimento del debitore, ha un onere probatorio non molto gravoso, dal momento che, ai sensi dell'art. 1218 c.c., deve solo provare il titolo da cui deriva il proprio diritto, potendosi limitare ad una mera allegazione dell'inadempimento della controparte; spetta, *ex converso*, infatti, al debitore-datore di lavoro provare che l'inadempimento sia stato determinato da causa a lui non imputabile. Di tale avviso è l'orientamento giurisprudenziale

graverebbe la prova del proprio adempimento, essendo il creditore onerato della sola prova del credito e dell'allegazione dell'inadempimento debitorio; evidenzia l'A. come la prova del danno e la prova della causalità, senz'altro addossate al creditore, implicano anche una prova dell'inadempimento debitorio. Di qui una soluzione in prospettiva omogenea a quella comunemente accettata in materia di responsabilità extracontrattuale, nel segno di una auspicabile unificazione dei due regimi di responsabilità. Per una critica orientata a demistificare la distinta imputazione contrattuale extracontrattuale che pure queste sezioni unite sembrano ribadire, si rinvia a G. VISINTINI, *La Suprema Corte interviene a dirimere un contrasto tra massime (in materia di onere probatorio a carico del creditore vittima dell'inadempimento)*, in *Contratto e Impresa*, 2002, 910 ss.

⁴⁰ Cass. civ., sez. lav., 15/6/2017, n. 14865, in *Ced Cassazione* 2017; Cass. civ., sez. lav., 29/01/2013, n. 2038, in *Ced Cassazione*, 2013; Cass. civ., sez. lav., 17/2/2009, n. 3788, in *Ced Cassazione*, 2009; Cass. 17/02/ 2009, n. 3788, in *Pluris Cedam*, Milano; sul punto, si è già detto di una tesi adottata anche dalla giurisprudenza (cfr. Cass. 5/11/2015, n. 22615, Cass. 2/07/2014, n. 15082, in *Foro it.*, 2015, 2, 1, 574; Cass. 27/06/2014, n. 14614, in *Pluris Cedam*, 2014; Cass. 28/02/2012, n. 3033, in *Ced Cassazione*; Cass. civ. Sez. lavoro, 25/05/2006, n. 12445), secondo cui il contenuto

formatosi in materia e secondo il quale laddove l'azione sia volta a far valere la responsabilità contrattuale del datore di lavoro, nella domanda di danno da infortunio sul lavoro, il riparto degli oneri probatori si pone negli stessi termini fissati dall'art. 1218 c.c. con riferimento all'inadempimento delle obbligazioni⁴⁰. Pertanto, in materia di responsabilità ex art. art. 2087 c.c., la parte che subisce l'inadempimento, *rectius* il lavoratore, il quale agisca per il riconoscimento del danno da infortunio sul lavoro, non deve provare la colpa dell'altra parte - posto che, ai sensi dell'art. 1218 c.c., è il debitore/datore di lavoro a dover provare la circostanza che l'impossibilità della prestazione o la non esatta esecuzione della stessa o il pregiudizio che colpisce la controparte derivano da causa a lui non imputabile - ma è comunque soggetto all'onere di allegare e dimostrare l'esistenza del fatto materiale, nonché le

dell'onere probatorio a carico del lavoratore e del datore cambia a seconda che si tratti di misure nominate o innominate: nel primo caso il lavoratore ha l'onere di provare soltanto la fattispecie costitutiva prevista dalla fonte impositiva della misura stessa, ovvero il rischio specifico che s'intende prevenire o contenere, nonché ovviamente il nesso di causalità materiale tra l'inosservanza della misura e il danno subito e la prova liberatoria incombente sul datore consta invece nella negazione degli stessi fatti provati dal lavoratore, ossia nel riscontro dell'insussistenza dell'inadempimento e del nesso eziologico tra quest'ultimo e il danno; nel secondo caso, invece, la prova liberatoria a carico del datore (fermo restando l'onere probatorio a carico del lavoratore) risulta generalmente correlata alla quantificazione della misura della diligenza ritenuta esigibile, nella predisposizione dei provvedimenti di sicurezza, imponendosi al datore l'onere di provare l'adozione di comportamenti specifici che, anche se non risultano dettati dalla legge, siano suggeriti da conoscenze sperimentali e tecniche, dagli standard di sicurezza normalmente osservati, vedi, Cass. 25 maggio 2006, n. 12445, cit. Sulla differenza fra rischio professionale e responsabilità per colpa, fra protezione indennitaria e tutela risarcitoria in relazione al debito di sicurezza, si veda, Cass. 17 aprile 2012, n. 6002, in *Danno e resp.*, 2012, 6, 674.

regole di condotta che assume essere state violate, provando che l'asserito debitore ha posto in essere un comportamento contrario: alle clausole contrattuali che disciplinano il rapporto; a norme inderogabili di legge; alle regole generali di correttezza e buona fede; alle misure che, nell'esercizio dell'impresa, debbono essere adottate per tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro⁴¹.

Di contro, una volta che il lavoratore abbia provato le predette circostanze, graverà sul datore l'onere di provare di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno, ovvero di aver adottato tutte le

cautele necessarie per impedire il verificarsi del danno medesimo.

Si possono quindi disegnare i confini della responsabilità datoriale ex art. 2087 c.c., per l'infortunio occorso al lavoratore nel luogo ed in costanza di lavoro. Essa sussisterà, non solo quando il datore ometta di adottare le idonee misure protettive ma, anche quando ometta esclusivamente di controllare e vigilare che di tali misure sia fatto effettivamente uso da parte del dipendente⁴². Ne consegue che, la circostanza che il lavoratore non si sia attenuto all'osservanza delle direttive e delle norme antinfortunistiche impartitegli, non esclude l'indennizzabilità dell'evento

⁴¹ Cass. civ. Sez. VI - Lavoro, Ord., 27/02/2017, n. 4970, in *Pluris Cedam*, 2017, secondo cui «il lavoratore che agisca nei confronti del datore di lavoro per il risarcimento del danno patito a seguito di infortunio sul lavoro, seppure non debba provare la colpa del datore di lavoro, nei cui confronti opera la presunzione posta dall'art. 1218 c.c., è pur sempre onerato, in base al principio generale affermato da Cass. S.U. 30 ottobre 2001, n. 13533, della prova del fatto costituente l'inadempimento e del nesso di causalità materiale tra l'inadempimento e il danno (cfr. Cass. 19 luglio 2007, n. 16003). Infatti, soltanto "una volta provato l'inadempimento consistente nell'inesatta esecuzione della prestazione di sicurezza nonchè la correlazione fra tale inadempimento ed il danno, la prova che tutto era stato approntato ai fini dell'osservanza del precetto dell'art. 2087 c.c., e che gli esiti dannosi erano stati determinati da un evento imprevisto e imprevedibile deve essere fornita dal datore di lavoro" (v. Cass. 8 maggio 2007, n. 10441). La prova liberatoria a carico del datore di lavoro va, poi, generalmente correlata alla quantificazione della diligenza ritenuta esigibile, nella predisposizione delle misure di sicurezza, imponendosi, di norma, allo stesso l'onere di provare l'adozione di comportamenti specifici i quali, ancorchè non risultino dettati dalla legge (o altra fonte equiparata), siano suggeriti da conoscenze sperimentali e tecniche, dagli "standard" di sicurezza normalmente osservati o trovino riferimento in altre fonti analoghe (Cass. 24 febbraio 2006, n. 4148; id. 25 maggio 2006, n. 12445; 24 luglio 2006, n. 16881; 27 luglio 2010, n. 17547)»; Cass. civ. Sez. lavoro Sent., 05/01/2016, n. 34, in *CED Cassazione*, 2016, secondo cui «Nel caso di lavoratori addetti all'esazione del pedaggio stradale esposti al rischio di rapina, l'osservanza

del generico obbligo di sicurezza di cui all'art. 2087 c.c., impone al datore di lavoro l'adozione delle correlative misure di sicurezza cd. "innominate", sicché incombe sullo stesso, ai fini della prova liberatoria correlata alla quantificazione della diligenza ritenuta esigibile nella predisposizione delle suindicate misure, l'onere di far risultare l'adozione di comportamenti specifici che, pur non dettati dalla legge o altra fonte equiparata, siano suggeriti da conoscenze sperimentali e tecniche, dagli "standards" di sicurezza normalmente osservati o trovino riferimento in altre fonti analoghe»; Cass. civ. Sez. lavoro Sent., 11/04/2013, n. 8855, in *CED Cassazione*, 2013.

⁴² Cass. civ., sez. lav., 5/12/2017, n. 29115, in *Ced Cassazione*, 2017; Cass. civ. Sez. lavoro, 04/02/2016, n. 2209, in *Quotidiano Giuridico*, 2016, secondo cui « Il datore di lavoro è responsabile dell'infortunio occorso al lavoratore, sia quando ometta di adottare le idonee misure protettive, sia quando non accerti e vigili che di queste misure venga fatto effettivamente uso da parte dei dipendenti. Di conseguenza, ai fini dell'accertamento della responsabilità datoriale per infortunio occorso al lavoratore sul luogo di lavoro, mentre incombe sul lavoratore che lamenti aver subito, a causa dell'attività lavorativa svolta, un danno alla salute, l'onere di provare l'esistenza di tale danno, come pure la nocività dell'ambiente di lavoro, nonché il nesso tra l'uno e l'altro elemento, grava sul datore di lavoro - una volta che il lavoratore abbia provato le predette circostanze - l'onere di provare di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno, ovvero aver adottato tutte le cautele necessarie per impedire il verificarsi del danno medesimo».

dannoso, né la responsabilità del datore di lavoro, potendo rilevare ai soli fini della quantificazione del danno risarcibile. Tanto in ragione della *ratio* delle norme in tema di infortuni sul lavoro, dirette a tutelare il prestatore di lavoro non solo dagli eventi dannosi derivanti dalla sua disattenzione, ma anche da quelli riconducibili a sua negligenza, imperizia e imprudenza⁴³. In altri termini, la particolare rilevanza, anche pubblicistica degli interessi coinvolti nell'esecuzione della prestazione lavorativa (si pensi al bene salute tutelato costituzionalmente all'art. 32 Cost come diritto del singolo ed interesse della collettività),⁴⁴ comporta il riconoscimento in capo al datore di lavoro di un obbligo di controllo costante, volto ad impedire comportamenti dei lavoratori tali da rendere inutili o insufficienti le apprestate cautele tecniche. Il datore di lavoro, pertanto, non solo deve approntare le misure antinfortunistiche, ma ha, altresì, l'obbligo di vigilare affinché tali misure siano attuate ed i lavoratori si avvalgano, correttamente, dei dispositivi di protezione messi loro a disposizione.

In questa prospettiva, rileviamo sul piano più strettamente probatorio, che il titolo della responsabilità che il lavoratore deve provare non è tanto costituito dal contratto di lavoro *tout court*. Infatti, a voler adeguatamente apprezzare la centrale rilevanza dell'obbligo di protezione, il cui contenuto è delimitato dal rischio

specifico del lavoro, il fondamento- titolo della responsabilità datoriale-, è costituito dalla sussistenza delle misure tecniche (e dalle regole generali) imposte a tutela dell'integrità psicofisica del lavoratore - che costituiscono il contenuto dell'obbligo di protezione- e che si assumono violate in costanza di rapporto⁴⁵. Il datore di lavoro, dal canto suo, potrà andare esente da responsabilità, dimostrando l'inesistenza dell'obbligo e, in tal caso, l'evento dannoso si eleverà a fatalità.

3. L'esonero dalla responsabilità del debitore; la rilevanza del cd. rischio elettivo

Non v'è chi non veda come, a prescindere dalle formule tratlative, calandoci nella materia viva delle fattispecie, quindi, la responsabilità civile del datore di lavoro possa essere affermata a partire dalla sussistenza del fatto, *rectius* dei connotati del danno che in concreto si è verificato. In questo senso, non possiamo imputare al datore di lavoro l'*eventus damni* abnorme che, cioè, fuoriesce dal rischio specifico e, dunque, dall'ambito di tutela dell'obbligo di protezione; obbligo che, però, in esclusivo riferimento all'evento concreto, non potrà dirsi esistente.

Se ne può inferire che se è vero che non si può discorrere comunque di responsabilità oggettiva, *rectius* di

⁴³ Cass. civ., sez. lav., 14/04/2008, n. 9817, in *Pluris Cedam*, 2008; Cass. civ., sez. lav., 25/02/2008, n. 4718, in *Ced Cassazione*, 2008; Cass. civ., sez. lav., 17/04/2004, n. 7328, in *Pluris Cedam*, 2004.

⁴⁴ Sulla salute del prestatore quale diritto soggettivo assoluto (perfetto) e, quindi, ovviamente indisponibile (strutturalmente intrasmissibile giacché inseparabile dal soggetto ed irrinunciabile per ragioni di ordine etico e di rilevanza sociale), si rinvia a M. LEPORE - A. MEDINA, *Il diritto alla sicurezza del lavoro*, Roma, 1984, 21; R. DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*, IV ed.,

Milano, 2011, 502; C. SMURAGLIA, *Indisponibilità e inderogabilità dei diritti del lavoratore*, in G. Mazzoni - L. Riva Sanseverino (diretto da), *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, II, Padova, 1971; G. NICOLINI, *Tutela delle condizioni di lavoro*, Padova, 1991, 65 ss.

⁴⁵ «Provare il titolo, qui, non significa dunque provare il contratto, bensì l'esistenza delle regole della tecnica o dell'esperienza che si dichiarano violate in costanza di rapporto contrattuale», così T. PELLEGRINO, *L'onere della prova nella responsabilità ex art. 2087 c.c. e gli obblighi di protezione*, cit., 1356.

garanzia oggettiva, intendendo con tale espressione la responsabilità per ogni evento comunque verificatosi durante la prestazione lavorativa, è altrettanto vero che il datore di lavoro risponde oggettivamente per ogni danno che appartenga al novero di quegli che l'obbligo di protezione e sicurezza intende evitare.

Si comprende, quindi, che tanto più l'obbligo di protezione non sia stato specificato in norme tecniche e precauzionali, tanto più sarà difficile per il datore di lavoro liberarsi dalla responsabilità, provando che il danno non sia causato dalla violazione delle regole di sicurezza e/o che sia scollegato dal proprio comportamento vincolato.

Posta, quindi, l'ampiezza dell'obbligo di protezione imposto al datore di lavoro, esso non può spingersi, come detto, sino ad avere un carattere onnicomprensivo, tale da riguardare ogni ipotesi di infortunio sul lavoro. A tal riguardo, costituisce di certo *ius receptum* il principio secondo cui, alla stregua delle norme in tema di sicurezza sul lavoro, la parte datoriale è tenuta a predisporre oltre alle migliori misure tecnicamente possibili, di tipo igienico, sanitario e antinfortunistico, anche quelle volte ad evitare eventi, come l'aggressione ad opera di terzi, che, benché non direttamente legati al processo produttivo, si presentino in alcuni settori con frequenza periodica⁴⁶.

Tuttavia, secondo un principio costantemente affermato dalla giurisprudenza alcun risarcimento è dovuto al lavoratore in presenza di una

condotta del medesimo del tutto avulsa dall'esercizio della prestazione lavorativa cui è preposto, nonché, a fronte di comportamenti abnormi ed imprevedibili⁴⁷.

Quindi, al fine di evitare la riduzione della responsabilità del datore di lavoro a garanzia oggettiva, si ritiene che egli non risponda di eventi non prevedibili, né evitabili con la diligenza media e, quindi, di eventi non colposi, in senso strettamente soggettivo. Ma, invero, adottando la prospettiva giurisprudenziale sopra descritta -che stabilisce un nesso indefettibile tra obbligo di protezione e danno- la responsabilità del datore di lavoro viene esclusa, ancor prima che sul versante soggettivo della carenza di colpa per carenza del nesso di causalità tra danno e prestazione lavorativa. Ed infatti, sussisterà responsabilità esclusiva del lavoratore, a fronte di una condotta anomala ed imprevedibile del medesimo, del tutto estranea all'attività lavorativa e conseguenza di una sua scelta puramente arbitraria. Tale condotta, qualora assuma rilievo di antecedente autonomo e sufficiente dell'evento, con i caratteri della imprevedibilità ed eccezionalità, consente di escludere qualsivoglia ipotesi di responsabilità datoriale⁴⁸. Al riguardo, la giurisprudenza è concorde nell'affermare che il datore di lavoro è totalmente esonerato da responsabilità solo quando il comportamento del lavoratore assuma caratteri di abnormità, inopinabilità ed esorbitanza, in modo da porsi quale causa esclusiva dell'evento, così integrando il cd. rischio elettivo quale

⁴⁶ Cass. civ., sez. lav., 19/2/2016, n. 3291, in *Pluris Cedam*, 2016; Cass. civ., sez. lav., 22/3/2002, n. 4129, in *Ced Cassazione*. Per la giurisprudenza che riconduce l'obbligo di prevenzione dell'attività criminale di terzi all'eliminazione o al contenimento del rischio lavorativo, nei casi in cui la prevedibilità del verificarsi di episodi di aggressione sia insita nella tipologia di attività esercitata, ovvero nelle plurime reiterazioni degli

stessi in un determinato luogo e periodo di tempo, cfr. da ultimo, Cass. 13 aprile 2015, n. 7405 in *Giur. it.*, 2015, 11, 2427.

⁴⁷ Cass. civ. Sez. lavoro, 15/01/2018, n. 749, in *Giur. It.*, 2018, 6, 1350; Cass. civ. Sez. lavoro, 05/01/2018, n. 146, in *Pluris Cedam*, 2018.

⁴⁸ Cass. pen. Sez. IV, 30/09/2016, n. 44327, in *Quotidiano Giuridico*, 2016.

condotta personalissima del lavoratore, avulsa dall'esercizio della prestazione lavorativa o anche ad essa riconducibile ma, esercitata e intrapresa volontariamente in base a ragioni e motivazioni del tutto personali, al di fuori dell'attività lavorativa e prescindendo da essa, come tale idonea ad interrompere il nesso eziologico tra prestazione ed attività assicurata. Si delinea, così, la categoria concettuale del rischio elettivo riferito al comportamento del lavoratore e connotato dal simultaneo concorso dei seguenti elementi: a) presenza di un atto volontario ed arbitrario, ossia illogico ed estraneo alle finalità produttive; b) direzione di tale atto alla soddisfazione di impulsi meramente personali; c) mancanza di nesso di derivazione con lo svolgimento dell'attività lavorativa.⁴⁹

Il rischio elettivo, quale rischio generato da un'attività che non abbia rapporti con lo svolgimento dell'attività lavorativa o che esoriti in modo irrazionale dai limiti di essa, rappresenta,

infatti, una deviazione arbitraria dalle normali modalità lavorative, per finalità personali, che comporta rischi diversi da quelli inerenti alle normali modalità di esecuzione della prestazione, così esonerando da responsabilità il datore di lavoro, nonché escludendo l'indennizzabilità del lavoratore coinvolto. Analogamente, nell'ipotesi di dolo del lavoratore, qualora il comportamento del danneggiato risulti essere stato deliberatamente preordinato a subire l'infortunio, deve escludersi la riconducibilità del danno sopravvenuto al rischio specifico determinato dall'inadempimento dell'obbligo di protezione. La condotta del prestatore, volontariamente violatrice delle disposizioni di sicurezza impartite dal datore di lavoro, elide il nesso causale tra l'eventuale inosservanza delle regole di sicurezza e l'evento stesso, con ciò rendendo superfluo il giudizio di colpevolezza sulla condotta datoriale⁵⁰.

⁴⁹ Cass. civ., sez. lav., 5/9/2014, n. 18786, in *CED Cassazione*, 2014; Cass. civ., sez. lav., 8/6/2005, n. 11950, in *CED Cassazione*, 2005; Cass. civ. Sez. lavoro Ord., 19/03/2019, n. 7649, in *Foro It.*, 2019, 7-8, 2386. Si veda anche, da ultimo, Cass. civ. Sez. lavoro, 25/11/2019, n. 30679, in *Pluris Cedam*, 2019 secondo cui «In materia di infortuni sul lavoro, al di fuori dei casi di rischio elettivo, nei quali la responsabilità datoriale è esclusa, qualora ricorrano comportamenti colposi del lavoratore, trova applicazione l'art. 1227, comma 1, c.c.; tuttavia la condotta incauta del lavoratore non comporta concorso idoneo a ridurre la misura del risarcimento ogni qual volta la violazione di un obbligo di prevenzione da parte del datore di lavoro sia giuridicamente da considerare come munita di incidenza esclusiva rispetto alla

determinazione dell'evento dannoso, il che in particolare avviene quando l'infortunio si sia realizzato per l'osservanza di specifici ordini o disposizioni datoriali che impongano colpevolmente al lavoratore di affrontare il rischio o quando l'infortunio scaturisca dall'aver il datore di lavoro integralmente impostato la lavorazione sulla base di disposizioni illegali e gravemente contrarie ad ogni regola di prudenza o infine quando vi sia inadempimento datoriale rispetto all'adozione di cautele, tipiche o atipiche, concretamente individuabili, nonché esigibili ex ante ed idonee ad impedire, nonostante l'imprudenza del lavoratore, il verificarsi dell'evento dannoso».

⁵⁰ Cass. civ., sez. lav., 19/04/2003, n. 6377, in *Guida al Diritto*, 2003, 23, 54.

Abstract

Partendo dalla centralità dell'art. 2087 c.c, quale clausola generale nel sistema della responsabilità civile del datore di lavoro, l'Autrice indaga l'ambito di applicazione dell'obbligo di protezione come fondamento della responsabilità civile del datore di lavoro, soffermandosi sulla ripartizione dell'Onere probatorio nel difficile equilibrio tra regole normative e principi giurisprudenziali.

Starting to the centrality of the article 2087 c.c. as a general rule in the civil liability system of the employer, the author investigates the argument of protection obligation as a base for the employer civil liability, focusing on the allocation of the civil liability of the burden of proof in the difficult balance between normative rules and jurisprudential principles.