

**3° CONVEGNO AMIANTO E CANCEROGENI 4 Giugno
2011 Comitato Permanente Ex esposti amianto e Ambiente**

Relazione Avv. Gianluca Cernuto, legale Comitato

“Le procedure legali per gli esposti a cancerogeni e nesso eziologico esposizione-patologia”

Con questo breve intervento si analizzeranno alcuni aspetti sostanziali e procedurali riguardanti i mezzi giuridici posti a tutela degli esposti all'amianto, e non solo.

Come noto il lavoratore esposto alle fibre di asbesto, e in determinati casi i suoi familiari, potrà ottenere quattro diversi riconoscimenti.

Indennizzo/ Rendita da Malattia professionale

Per malattia professionale si intende una patologia contratta in ambiente lavorativo per l'azione nociva di un fattore di rischio di natura fisica, chimica e biologica presente nell'ambiente di lavoro o determinata dalla lavorazione stessa che il lavoratore svolge.

Qualora tale malattia determini un danno permanente tale da determinare una percentuale di invalidità almeno pari al 6%, l'INAIL provvederà a riconoscere l'indennizzo in capitale (dal 6% al 15%) o la rendita mensile (dal 16%).

E' dunque necessario, per malattie professionali determinate dall'esposizione all'amianto, che vi sia stata effettivamente tale esposizione, che vi sia una patologia e che tale patologia sia etiologicamente connessa con l'esposizione.

In particolare, la giurisprudenza riconosce la natura di malattia professionale a quello stato di aggressione dell'organismo del lavoratore - etiologicamente connessa all'attività lavorativa - a seguito e ad esito del quale residua una definitiva alterazione

dell'organismo stesso comportante, a sua volta, una riduzione della capacità lavorativa.

In merito alla prova del nesso causale, particolare rilievo assumono gli elenchi delle malattie professionali contenute nelle tabelle allegate al D.P.R. n. 1124/1965.

Ed invero, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno affermato il principio secondo cui per le malattie comprese in dette tabelle e manifestatesi entro i termini ivi previsti opera in favore del lavoratore una presunzione legale dell'esistenza di un rapporto di causalità tra lavoro e malattia. Peraltro, sempre secondo la Corte di Cassazione, tale presunzione, potrebbe essere invocata anche per le lavorazioni non espressamente previste nelle tabelle purché queste presentino una identità dei requisiti essenziali, con le fattispecie incluse nella lista.

Per le malattie invece diverse da quelle tabellate ovvero riconducibili a lavorazioni diverse da quelle descritte in tabella (o manifestatesi oltre i termini ivi indicati), spetta al lavoratore dimostrare la causa di lavoro.

Benefici previdenziali

In breve si ricorda che i benefici previdenziali per i lavoratori esposti all'amianto hanno la loro fonte normativa originaria nella legge n. 257 del 1992, la quale prevede alcune misure di sostegno per un delimitato numero di lavoratori, occupati in imprese impegnate in processi di ristrutturazione e riconversione a seguito del divieto di utilizzare l'amianto: -moltiplicazione per il coefficiente di 1,5 del numero di settimane coperto da contribuzione obbligatoria relativa a periodi di prestazione lavorativa per coloro i quali sia provata l'esposizione a tale sostanza (art. 13, comma 7)

- moltiplicazione per il coefficiente di 1,5 dei periodi lavorativi di esposizione all'amianto di lavoro, se superiori ai 10 anni, soggetti alla assicurazione obbligatoria gestita dall'INAIL (art. 13, comma 8) per gli altri lavoratori.

Ricordando ancora che la legge n. 271 del 1993 ha esteso i benefici a tutti i lavoratori esposti all'amianto e soggetti all'assicurazione INAIL e che la certificazione dei periodi di esposizione è stata demandata all'INAIL; l'accertamento dell'esposizione all'amianto viene svolto dalle Consulenze Tecniche Accertamento Rischi e Prevenzione Regionali (Con.T.A.R.P.) dell'INAIL e che infine con riferimento ad alcune specifiche realtà aziendali, negli anni 2000-2001 il Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale ha emesso atti di indirizzo nei quali sono contenuti gli elementi utili alla certificazione della esposizione all'amianto.

Ulteriori interventi normativi (art. 47 del decreto legge 30 settembre 2003 n. 269, convertito, con modificazioni, nella legge n. 326/2003; art. 3, comma 132, della legge n. 350/2003; Decreto interministeriale del 27 ottobre 2004) hanno esteso i benefici previdenziali anche a lavoratori con periodi di esposizione in attività non soggette alla assicurazione obbligatoria contro gli infortuni e le malattie professionali.

In questo caso il coefficiente di moltiplicazione dei periodi contributivi è pari all'1,25 ed è utile solo ai fini dell'importo della pensione e non ai fini del raggiungimento della anzianità pensionabile.

La legge 24 dicembre 2007 n. 247, art. 1, commi 20, 21 e 22, ha previsto la certificazione da parte dell'INAIL, "ai lavoratori che abbiano presentato domanda al predetto Istituto entro il 15

giugno 2005, per periodi di attività svolta con esposizione all'amianto fino all'avvio dell'azione di bonifica e, comunque, non oltre il 2 ottobre 2003, nelle aziende interessate dagli atti di indirizzo già emanati in materia dal Ministero del lavoro e della previdenza sociale" (art. 1, comma 20).

Tale diritto spetta ai lavoratori non titolari di trattamento pensionistico con decorrenza anteriore al 1° gennaio 2008 (comma 21).

Con decreto ministeriale 12 marzo 2008 (G.U. 12 maggio 2008) è stata disposta la possibilità di riesame delle domande di esposizione all'amianto per coloro che:

- a) hanno presentato all'INAIL domanda per il riconoscimento dell'esposizione all'amianto entro il 15 giugno 2005;
- b) hanno prestato nelle aziende interessate dagli atti di indirizzo adottati dal Ministero del lavoro e della previdenza sociale la propria attività lavorativa, con esposizione all'amianto per i periodi successivi all'anno 1992, fino all'avvio dell'azione di bonifica e, comunque, non oltre il 2 ottobre 2003, con le mansioni e nei reparti indicati nei predetti atti di indirizzo, limitatamente ai reparti od aree produttive per i quali i medesimi atti riconoscano l'esposizione protratta fino al 1992;
- c) non sono titolari di trattamento pensionistico con decorrenza anteriore al 1° gennaio 2008.

In questa sede mi preme mettere in rilievo che il problema del mancato ottenimento del curriculum lavorativo da parte del datore o dei datori di lavoro, a causa spesso di una loro avvenuta cessazione dall'attività e impossibilità di contattarli, potrà essere superato in sede giudiziale anche attraverso prova testimoniale

che dimostri l'effettivo svolgimento di attività lavorativa con esposizione.

Rendita ai superstiti

In caso di morte del lavoratore per cause conseguenti alla malattia professionale riconosciuta, l'INAIL corrisponde una rendita mensile ai superstiti, insieme ad un assegno per le spese funerarie ai superstiti o a chiunque dimostri di averle sostenute.

Il presupposto dunque è il decesso del lavoratore la cui causa è riconducibile, per giudizio medico legale, ad infortunio o malattia professionale.

A tal proposito in questa sede voglio solo porre un accento sul presupposto della riconducibilità del decesso alla patologia professionale.

Perché venga riconosciuto il diritto alla rendita ai superstiti non è necessario che la malattia professionale sia stata l'unica causa del decesso, ma è sufficiente che la stessa abbia solo contribuito, anche in maniera minima all'exitus, ad esempio accelerandone il decorso.

Risarcimento danno biologico e una idea di nesso causale

Il lavoratore che a causa della esposizione "colposa" all'amianto abbia contratto una patologia, con conseguente danno biologico permanente, ha diritto al risarcimento di tale danno nei confronti del Datore di Lavoro.

Rispetto ai presupposti necessari per il riconoscimento della malattia professionale, qui occorre un ulteriore elemento: la Colpa del Datore di Lavoro.

L'art. 2087 c.c. impone al datore di lavoro l'obbligo di tutelare l'integrità fisica e psichica del lavoratore. In altre parole, datore di lavoro non solo deve rispettare le norme anti - infortunistiche che disciplinano il lavoro in luoghi pericolosi o insalubri, prescrivendo specifici mezzi di prevenzione e protezione. Oltre a ciò, il datore di lavoro deve prevenire i danni, tra l'altro, alla salute, adottando tutti gli strumenti resi disponibili dall'attuale stato della scienza e della tecnica, benchè non espressamente contemplati dalle norme anti - infortunistiche.

E' sufficiente che il lavoratore provi la sussistenza della patologia e il nesso di causalità con l'esposizione lavorativa. Se il lavoratore ha fornito le prove di cui si è parlato, il datore di lavoro potrà esimersi dal risarcimento dimostrando di aver rispettato non solo le norme anti - infortunistiche, ma anche l'art. 2087 c.c., quindi di aver utilizzato tutti i rimedi preventivi consentiti dall'attuale stato della scienza e della tecnica. Oltre a queste prescrizioni, resta il generale obbligo sancito dal già citato art. 2087, che impone al datore di lavoro, indipendentemente dalle specifiche disposizioni anti - infortunistiche, di adottare tutte le cautele necessarie, secondo l'esperienza e la tecnica, a tutelare l'integrità fisica del dipendente. Pertanto, al di fuori degli eventi coperti dalla assicurazione obbligatoria, il datore di lavoro è responsabile dei danni derivanti da infortuni o malattie professionali, subiti da un suo dipendente a causa della nocività dell'ambiente di lavoro e in violazione dell'obbligo imposto dall'art. 2087 c.c..

Preme mettere l'attenzione su un aspetto fondamentale: il nesso di causalità. Come detto affinché possa essere riconosciuto il risarcimento danni è necessario dimostrare che la patologia e il

derivante danno permanente, sia etiologicamente connesso con l'esposizione lavorativa e il comportamento colposo, o addirittura doloso, del Datore di Lavoro.

A tal proposito si vuole evidenziare la posizione assunta dal Tribunale di Torino nel processo che coinvolge i vertici di numerosi stabilimenti Pirelli del Torinese appunto.

I Giudici penali hanno ribadito che il legislatore con l'art. 40 c.p ha aderito alla teoria “ condizionalistica della causalità”: una azione può considerarsi causa di un evento se non può essere mentalmente eliminata senza che l'evento venga meno ovvero si realizzi con diverse modalità.

Con riferimento alla causalità omissiva, quando cioè non ci sia una azione ma una omissione, ad esempio del rispetto delle norme di tutela dei lavoratori, occorre operare una ricostruzione che tenga conto della sequenzialità tra l'omissione e l'accadimento e che, nello stesso tempo, individui quella condotta positiva che, se attuata, avrebbe evitato il concretizzarsi di detto evento. A ciò contribuiscono le c.d. Leggi di copertura, leggi scientifiche dotate di valore universale o semplicemente statistico, adeguate onde spiegare l'evento.

Con la sentenza n. 30328/02 la Suprema Corte di Cassazione ha aderito all'orientamento che ritiene valido il paradigma unitario di imputazione dell'evento con riferimento al condizionale contro fattuale, dovendosi rispondere al quesito “ se mentalmente eliminato il mancato compimento dell'azione doverosa e sostituito alla componente statica un ipotetico processo dinamico corrispondente al comportamento doveroso supposto come realizzato il singolo evento lesivo *Hic et nunc* verificatosi sarebbe o non venuto meno in base a un enunciato

esplicativo coperto dal sapere scientifico del tempo”. La certezza processuale può discendere anche dall’esistenza di coefficienti medio-bassi di probabilità quando confortata da un positivo riscontro probatorio in merito alla sicura non incidenza, nel caso di specie, di fattori esterni dotati di quonoma efficienza causale.

Dunque anche laddove non vi siano sufficienti evidenze disponibili di carattere epidemiologico ma sia dimostrato un effetto cancerogeno di certe sostanze utilizzate in ambito professionale ben può ritenersi una origine professionale delle relative patologie allorquando, sulla base delle concrete emergenze processuali, possano escludersi origini diverse.

Pertanto in ambito penale a dimostrare il nesso causale tra l’esposizione all’agente patogeno e la malattia professionale basta un rilevante o ragionevole grado di probabilità da accertare giudizialmente non solo consentendo all’assicurato di esperire tutti i mezzi di prova ammissibili e ritualmente dedotti, ma anche valutando le conclusioni probabilistiche del consulente tecnico in tema di nesso causale, facendo ricorso ad ogni utile iniziativa ex officio diretta ad acquisire ulteriori elementi (assunzione di deposizioni testimoniali, richiesta di chiarimenti al consulente tecnico e quant’altro si appalesi opportuno) in relazione all’entità ed alla esposizione del lavoratore ai fattori di rischio.

In assenza di norme specifiche che si occupino del tema della causalità, si suole affermare che il diritto civile si nutre della disciplina ricavabile dagli artt. 40 e 41 del c.p..

Tale conclusione richiede qualche specificazione che tenga conto delle diverse *rationes* sottese al diritto civile ed al diritto penale.

Il primo, invero, è teso alla ricerca della responsabilità in un'ottica riparatoria e compensativa che tenga conto degli interessi confliggenti di danneggiante e danneggiato, bilanciati attraverso il c.d. giudizio comparativo-sintetico che conduce a ritenere responsabili non sempre coloro i quali certamente lo siano, ma anche coloro i quali, in situazioni in cui permangano coni di incertezza, è più giusto che sopportino il rischio di danno, in ragione dei vantaggi conseguiti nell'esercizio di una loro attività.

Si suole ritenere, infatti, che nel diritto civile la sussistenza del nesso di causalità vada verificata attraverso un giudizio che valuti l'adeguatezza di una determinata condotta a generare l'evento, anche in ragione della accertata idoneità della prima ad aumentare il rischio di verifica del secondo.

Il principio – pacifico in giurisprudenza – per cui l'inadempimento degli obblighi sanciti dall'art. 2087 c.c. è senz'altro idoneo a configurare la nozione giuridica di colpa di cui all'art. 43 c.p. ha un'ovvia valenza espansiva dei termini di tale possibile accertamento da parte del giudice civile. Ai fini del suddetto accertamento, il giudice del lavoro può così giovare del principio alla cui stregua “anche la violazione dell'art. 2087 c. c., qualora valga ad integrare un'ipotesi di reato colposo, lesivo dell'incolumità del lavoratore, costituisce inscindibilmente illecito penale e civile e fa, conseguentemente, venire meno l'esonero da responsabilità civile del datore di lavoro”¹³, integrando gli estremi della violazione di norme prevenzionistiche di cui all'ultimo comma dell'art. 590 c.p.

Quella regola vuole, come ben noto, che entro la sfera d'operatività della copertura assicurativo -sociale, di cui al testo unico del 1965 quale integrato dal d. lgs. n. 38/2000, il datore

resti civilmente responsabile del danno subito dal prestatore in conseguenza dell'infortunio sul lavoro, solo qualora il fatto da cui esso dipende integri gli estremi di un reato perseguibile d'ufficio, imputabile allo stesso datore o ad altro soggetto del cui operato egli debba rispondere a norma del codice civile . I concreti termini in cui l'accertamento del fatto di reato può esser compiuto dal giudice civile condizionano, dunque, direttamente l'ambito della responsabilità civile del datore per l'infortunio o la malattia professionale del dipendente e, conseguentemente, le effettive *chances* che quest'ultimo possa conseguire il risarcimento del danno – *in primis* biologico (ma, eventualmente, anche patrimoniale) – che eccede le indennità liquidate a norma della disciplina previdenziale .

Va tuttavia ricordato che l'assunto dell'unitarietà della nozione di colpa, civile e penale, è sempre stato temperato dall'affermazione secondo la quale, ai fini del riconoscimento della speciale e autonoma responsabilità regolata dall'art. 10 del testo unico, la colpa del datore di lavoro debba essere effettivamente dimostrata e accertata al di fuori di qualunque meccanismo presuntivo, implicante, come tale, un'inversione del relativo onere probatorio.

L'ingresso di un siffatto meccanismo ai fini dell'accertamento richiesto dalla disposizione è, infatti, tradizionalmente ritenuto incompatibile con la qualificazione come fatto di reato dello speciale presupposto della responsabilità civile del datore di lavoro per l'infortunio o la malattia professionale.

Costituisce in tal senso rilievo corrente quello secondo cui, poiché la responsabilità del datore *ex art. 10 del d. P.R. n. 1124/1965* è subordinata al presupposto sostanziale dell'esistenza di un reato perseguibile d'ufficio, l'accertamento

della colpa del datore – pur se compiuto alla stregua dei parametri di diligenza desumibili in via generale dall'art. 2087 c.c. – deve sempre essere effettuato in concreto, al di fuori, quindi, di qualsiasi presunzione. In tal senso, come puntualizzato dalla Corte di cassazione, la libertà di cui il giudice civile gode nell'indagine sulla sussistenza di una responsabilità penale del datore di lavoro non esclude che detta indagine, ancorché svolta in sede civile, debba soggiacere al rigore proprio dell'accertamento penale per quanto concerne la prova positiva in ordine sia alle modalità dei fatti sia alla sussistenza della colpa, la quale non può essere desunta da presunzioni legali o di fatto.

Secondo tale tradizionale orientamento, il meccanismo presuntivo derivante dal combinato disposto degli artt. 2087 e 1218 c.c. – a mente del quale incombe al datore di lavoro l'onere di provare d'aver adottato tutte le misure necessarie, secondo l'esperienza e la tecnica, per evitare l'evento dannoso, il lavoratore dovendo invece provare esclusivamente l'esistenza del danno, la nocività o pericolosità dell'ambiente ed il nesso causale tra questi due elementi, senza necessità di indicazione delle norme antinfortunistiche violate o delle misure non adottate – può pienamente operare solo al di fuori dell'ambito di applicazione della garanzia assicurativo-sociale e, quindi, della regola di cui all'art. 10, d. P. R. n. 1124/1965, la quale subordina il riconoscimento della responsabilità civile del datore all'accertamento – in sede penale o civile – di un fatto criminoso e, pertanto, di una colpa in ogni caso “concreta” ed “effettiva”.

Ed ora, dopo che la Corte di cassazione, sia pure ai fini dell'azione di regresso dell'Istituto assicuratore, ha in buona sostanza escluso, per i dipendenti dell'imprenditore, la qualifica

di “terzo” rispetto al rapporto assicurativo sociale, così accomunandoli al primo in quanto “interni” al rischio aziendale, ai ricordati criteri interpretativi sembra dover coerentemente soggiacere pure l’accertamento del presupposto per l’attivazione della responsabilità “indiretta” per tal via incombente sul datore.

Al maggior rigore della prova della colpa effettiva del datore si sottrae, pertanto, unicamente l’area nella quale, non operando lo speciale regime di cui all’art. 10 del testo unico, ritrovano piena applicazione i meccanismi presuntivi a tal riguardo discendenti dalla previsione di cui all’art. 2087 e all’art. 1218 c.c. È infatti sempre stato pacifico che, laddove, per l’insussistenza dei presupposti soggettivi ed oggettivi previsti dal testo unico, la tutela previdenziale per gli infortuni e le tecnopatie non possa operare (non potendo coerentemente avere applicazione la speciale regola dell’esonero), non trovi neppure applicazione la speciale azione risarcitoria che di quella regola costituisce eccezione. In tali casi riprendono infatti pieno vigore, nei confronti del datore di lavoro, le regole codicistiche, e quindi anche i meccanismi presuntivi della colpa da esse, in ipotesi, contemplati. È, questa, tutta l’area del danno che è stato definito “complementare”, vale a dire del danno alla persona del lavoratore che, a differenza di quello “differenziale”, è *in apicibus* estraneo al sistema dell’assicurazione sociale facente capo all’INAIL (e dunque anche all’art. 10 del testo unico).

In tali ipotesi (si pensi al danno morale, al danno esistenziale o al danno biologico “in franchigia”) opera senza condizionamenti e limitazioni la regola posta dall’art. 2087 c.c. Ed è indubitabile che, nei termini rigorosi in cui viene applicata dalla giurisprudenza, la norma – nell’imporre un obbligo di protezione a largo spettro sostanzialmente concepito come clausola generale

di chiusura del sistema – finisce per agire essenzialmente sul versante della imputazione al datore responsabile dell'obbligazione risarcitoria. Benché non rappresenti propriamente una fattispecie responsabilità, l'art. 2087 c.c. finisce, in effetti, per agire – nella consolidata prassi giurisprudenziale – soprattutto quale clausola generale, appunto di chiusura del sistema dei doveri di prevenzione e protezione, sulla quale radicare l'obbligo risarcitorio del datore di lavoro inadempiente: ovvero quale norma che fonda il risarcimento del danno del bene che protegge.

Da un lato, dunque, per riepilogare quanto sin qui osservato alla luce del consolidato orientamento della giurisprudenza, nella sfera di operatività della regola enunciata dall'art. 10 del testo unico, e pertanto per tutta l'area del danno (biologico e patrimoniale) “differenziale”, la riattivazione della responsabilità civile del datore di lavoro esige che sia fornita la prova della sua colpa, senza possibilità di servirsi delle presunzioni implicate dall'applicazione del combinato disposto degli artt. 1218 e 2087 c.c. Dall'altro lato, invece, sia per le zone (residuali ma significative) che rimangono ancora non coperte dall'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni (per via dei limiti posti in tema di lavorazioni o di soggetti tutelati), sia, e soprattutto, per l'area, piuttosto vasta, dei danni che si sono chiamati “complementari”, la responsabilità del datore, liberata dal condizionamento posto dalla disposizione in esame, può essere fatta valere su base presuntiva, con l'obbligo del convenuto di fornire la prova della mancanza di colpa ai sensi degli artt. 1218 e 2087 c.c.

Il lavoratore dovrà dimostrare di aver svolto attività lavorativa con esposizione a fattori lesivi della salute, a causa di un comportamento illegittimo del Datore di Lavoro che non ha adottato 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 del prestatore di lavoro.

Non è sufficiente che il Datore di lavoro abbia fornito i mezzi di protezione, è necessario che abbia imposto ai lavoratori il loro utilizzo dopo averli adeguatamente informati sulle modalità di detto utilizzo e dei pericoli derivanti dal loro mancato impiego.

Il lavoratore dovrà poi provare l'esistenza di una patologia, la quale abbia determinato un danno biologico permanente.

Infine sarà sufficiente che dimostri che qualora il Datore di lavoro avesse adottato le opportune tutele, tale patologia avrebbe potuto non manifestarsi.

Milazzo 04.06.2011