

FOCUS

***Emergenza sanitaria:
orientarsi nella gestione
del rischio penale
sul luogo di lavoro***



EMERGENZA SANITARIA: ORIENTARSI NELLA GESTIONE DEL RISCHIO PENALE SUL LUOGO DI LAVORO

L'emergenza sanitaria tuttora in corso ha posto nuovamente al centro del dibattito il ruolo delle imprese rispetto ai temi fondamentali della salute e della sicurezza dei lavoratori. Nel ripercorrere il quadro normativo di riferimento, questo approfondimento si pone l'obiettivo di offrire agli operatori una panoramica delle misure di prevenzione ad oggi ritenute più idonee a contenere il rischio di contagio e dei possibili profili di responsabilità per il datore di lavoro e per la società. L'auspicio è che – superata la crisi – l'attenzione dedicata dal mondo delle imprese alla tutela dei lavoratori possa continuare ad essere una priorità.

1. IL DATORE DI LAVORO E GLI ALTRI SOGGETTI RESPONSABILI IN TEMA DI SALUTE E SICUREZZA

Prima di affrontare le problematiche suscitate dalla pandemia di Sars-CoV-2 (o “nuovo Coronavirus”) in termini di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, appare utile delineare brevemente i soggetti che, a vario titolo, sono “debitori di sicurezza” all'interno dell'organizzazione aziendale.

Anzitutto, viene in rilievo la figura del **datore di lavoro**: questi è «*il soggetto titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore o, comunque, il soggetto che, secondo il tipo e l'assetto dell'organizzazione nel cui ambito il lavoratore presta la propria attività ha la responsabilità dell'organizzazione stessa o dell'unità produttiva in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa*» (art. 2 D. Lgs. n. 81/2008).

In particolare, nell'ambito delle attività d'impresa la qualità di datore di lavoro è attribuita all'**imprenditore**, cui spetta il dovere di tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei lavoratori, adottando tutte le

misure che, secondo l'esperienza, la tecnica e la particolarità dell'attività esercitata, risultino necessarie a conseguire tale finalità (cfr. art. 2087 c.c.). Nell'esercizio dell'impresa, dunque, egli è **garante** dell'incolumità fisica e psicologica dei lavoratori, sicché ha l'**obbligo giuridico** di prevenire ed evitare il verificarsi di eventi lesivi per la loro salute ed integrità psico-fisica, come un **infortunio** o una **malattia professionale** da cui possano derivare **lesioni** o persino la **morte**. Pertanto, in virtù della propria **posizione di garanzia**, il datore di lavoro potrà essere ritenuto responsabile di tali eventi qualora, per sua colpa, non li abbia impediti, secondo la clausola di **equivalenza** tra il non-impedire ed il cagionare dettata dall'art. 40 cpv. c.p. («*non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo*»).

Alla luce del principio di effettività, è possibile individuare la figura del datore di lavoro secondo **due criteri**: (i) un criterio formale, connesso alla titolarità del rapporto di lavoro; e (ii) un criterio sostanziale, che attribuisce lo

status al soggetto che effettivamente si occupa dell'organizzazione dell'impresa (o di una sua unità produttiva), dotato di poteri decisionali e di autonomia di spesa.

Nelle **imprese individuali**, l'individuazione del datore di lavoro non risulta problematica, dal momento che entrambi i sopracitati criteri convergono verso la figura del legale rappresentante. Con riferimento alle **società di persone**, si ritiene che – ove non sia prevista una diversa ripartizione delle competenze – gli obblighi in materia di salute e sicurezza gravino su **tutti i soci**.

Decisamente più articolato, invece, stabilire chi sia il datore di lavoro nell'ambito delle **società di capitali**; giurisprudenza e dottrina sono giunte a conclusioni diverse, strettamente correlate alla concreta ed effettiva organizzazione aziendale. Secondo un primo orientamento, in assenza di deleghe specifiche in materia di salute e sicurezza, il **legale rappresentante** o il **Presidente del Consiglio di Amministrazione** rivestirebbe la qualifica di datore di lavoro. Diversamente, è stato sostenuto che **ciascun membro del Board** possa ritenersi "datore di lavoro" e dunque responsabile in materia di infortuni sul lavoro. Infine, qualora il *Board* abbia attribuito ad uno dei propri membri **deleghe specifiche** (cfr. art. 2381 c.c.) in materia di salute e sicurezza sul lavoro, allora soltanto quest'ultimo sarebbe gravato degli obblighi del datore di lavoro, fermo restando un dovere di vigilanza e di intervento – non delegabile – in capo all'intero organo amministrativo.

Ciò detto, il contenuto della **posizione di garanzia** del datore di lavoro potrà essere in

parte circoscritto mediante l'istituto della **delega di funzioni** (art. 16 del D. Lgs. n. 81/2008), grazie al quale il delegante trasferisce al delegato determinate sue attribuzioni, rispetto all'esercizio delle quali conserva – tuttavia – un obbligo di vigilanza. A tal fine, la **delega** deve: (i) essere sufficientemente specifica; (ii) risultare da atto scritto avente data certa; (iii) essere accompagnata da un effettivo trasferimento in capo al delegato di adeguati poteri gestori ed organizzativi, di controllo e di spesa, necessari per tutelare l'incolumità dei lavoratori. Peraltro, il delegato – che deve accettare per iscritto il conferimento della delega – deve essere in possesso di adeguata esperienza, capacità e competenza, anche tecnico-professionale, per esercitare correttamente le facoltà delegate.

Senz'altro il datore di lavoro rappresenta il vertice dell'intero sistema di salute e sicurezza sul luogo di lavoro; nondimeno, la normativa italiana prevede anche altre **figure aziendali** sulle quali possono gravare responsabilità in materia antinfortunistica, quali: (i) il **Dirigente**; (ii) il **Preposto**; (iii) il **Responsabile del Servizio di Prevenzione e Protezione** (RSPP); (iv) il **Medico Competente** (cfr. artt. 18, 19, 25, 31 e 33 D. Lgs. n. 81/2008).

Con riferimento al primo, il **Dirigente** è la «*persona che, in ragione delle competenze professionali e di poteri gerarchici e funzionali adeguati alla natura dell'incarico conferitogli, attua le direttive del datore di lavoro organizzando l'attività lavorativa e vigilando su di essa*» (art. 2, lett. d, D. Lgs. n. 81/2008). Emerge, dunque, come il dirigente sia dotato di poteri direttivi e decisionali, non necessariamente limitati alla materia della

salute e sicurezza; le funzioni in capo al dirigente sono di carattere organizzativo, alla stregua di quelle del datore di lavoro, e si distinguono da quelle del preposto, che sono invece di natura esecutiva. Inoltre il dirigente, proprio perché dotato di poteri direttivi, non può invocare l'esenzione dalla responsabilità per aver agito secondo un ordine del datore di lavoro quando – alla luce delle sue competenze – avrebbe potuto riconoscerne l'illegittimità e discostarsene.

Il **Preposto** è invece definito dal legislatore come la *«persona che, in ragione delle competenze professionali e nei limiti di poteri gerarchici e funzionali adeguati alla natura dell'incarico conferitogli, sovrintende alla attività lavorativa e garantisce l'attuazione delle direttive ricevute, controllandone la corretta esecuzione da parte dei lavoratori ed esercitando un funzionale potere di iniziativa»* (art. 2, lett. e, D. Lgs. n. 81/2008). Questi è gerarchicamente subordinato sia al datore di lavoro che al dirigente ed ha essenzialmente funzioni esecutive e di controllo diretto sulle lavorazioni. Si badi: i doveri di vigilanza in concreto sull'esecuzione delle lavorazioni gravanti sul preposto non esonerano necessariamente il datore di lavoro da responsabilità, permanendo comunque in capo a quest'ultimo un obbligo di "alta" vigilanza sull'operato del primo.

Si è detto che sulle figure descritte (datore di lavoro, dirigente e preposto) gravano diversi obblighi e responsabilità nell'ambito di una ben precisa **posizione di garanzia**; tuttavia, ai fini delle responsabilità – anche sul piano penale – non è necessario il dato formale dell'avvenuta nomina: invero, anche l'**effettivo** esercizio delle predette funzioni

nell'ambito della realtà aziendale può determinare il sorgere di responsabilità in virtù del già citato **principio di effettività**, cristallizzato – nella materia in questione – dall'art. 299 del D. Lgs. n. 81/2008, a mente del quale *«le posizioni di garanzia relative ai soggetti di cui all'articolo 2, comma 1, lettere b), d) ed e), gravano altresì su colui il quale, pur sprovvisto di regolare investitura, eserciti in concreto i poteri giuridici riferiti a ciascuno dei soggetti ivi definiti»*. Di conseguenza, anche alla luce della "teoria organica", potrà essere chiamato a rispondere sul piano penale di un evento lesivo dell'incolumità e della salute dei lavoratori anche il soggetto che, pur sprovvisto di regolare investitura quale dirigente o preposto, **in concreto** eserciti le facoltà e i poteri tipici del dirigente o del preposto, il cui corretto esercizio avrebbe potuto evitare il verificarsi dell'evento dannoso per i lavoratori. Stesso dicasi per chi eserciti di fatto, in maniera sistematica e continuativa, le funzioni e i poteri del datore di lavoro.

In terzo luogo, il **RSPP** è la *«persona in possesso delle capacità e dei requisiti professionali di cui all'art. 32 designata dal datore di lavoro, a cui risponde, per coordinare il servizio di prevenzione e protezione dai rischi»* (art. 2, lett. f, D. Lgs. n. 81/2008). La figura riveste compiti di carattere principalmente **consultivo** a favore del datore di lavoro; costui potrebbe essere chiamato a rispondere, **in concorso** con il datore di lavoro, dell'infortunio subito da un lavoratore qualora l'evento sia causalmente riconducibile all'esercizio erroneo delle proprie funzioni valutative e consultive in materia di salute e sicurezza sul lavoro.

Infine, il **Medico Competente** è il «*medico in possesso di uno dei titoli e dei requisiti formativi e professionali di cui all'articolo 38, che collabora, secondo quanto previsto all'articolo 29, comma 1, con il datore di lavoro ai fini della valutazione dei rischi ed è nominato dallo stesso per effettuare la sorveglianza sanitaria e per tutti gli altri compiti di cui al presente decreto*» (art. 2, lett. h, D. Lgs. n. 81/2008). Si tratta di un soggetto avente un ruolo attivo in materia di **sorveglianza sanitaria** e **formazione** dei lavoratori nelle materie di propria competenza; potrebbe essere chiamato a rispondere dei delitti di omicidio e lesioni personali (colpose), **in concorso** con il datore di lavoro, nonché dei reati contravvenzionali previsti dall'art. 58 del D. Lgs. n. 81/2008.

2. I DOVERI DEL DATORE DI LAVORO IN MATERIA DI SALUTE E SICUREZZA

Analizzando i principali **doveri** del datore di lavoro, emerge una *summa divisio* tra gli obblighi che possono essere delegati ad altri (art. 18 D. Lgs. n. 81/2008) e gli obblighi, invece, indelegabili (art. 17 D. Lgs. n. 81/2008), al cui adempimento cioè deve necessariamente provvedere il datore di lavoro, eventualmente col supporto di consulenti esterni.

Rappresentano **obblighi indelegabili** la **valutazione di tutti i rischi** inerenti all'attività lavorativa, e la redazione del relativo **documento** ai sensi dell'art. 28 D. Lgs. n. 81/2008 (c.d. **Documento di Valutazione dei Rischi** o "DVR"), nonché la **nomina** del RSPP.

Per quanto d'interesse in questa sede, meritano di essere segnalati alcuni obblighi

delegabili (che gravano anche sui dirigenti) quali:

- 1) la nomina del **medico competente** per lo svolgimento della **sorveglianza sanitaria**;
- 2) l'individuazione dei lavoratori incaricati delle misure di prevenzione incendi e lotta antincendio, di evacuazione dei luoghi di lavoro in caso di pericolo, di salvataggio, di primo soccorso e, in generale, di gestione dell'emergenza;
- 3) la fornitura ai lavoratori degli opportuni **dispositivi di protezione individuale** (DPI);
- 4) la realizzazione di precise attività di **informazione, formazione e addestramento** dei lavoratori;
- 5) l'elaborazione – in caso di appalto o di lavori in cantiere – di **DUVRI, POS e POC**;
- 6) la comunicazione telematica – tra l'altro – all'INAIL, dei dati e delle informazioni relative agli infortuni sul lavoro che comportino l'assenza dal lavoro di almeno un giorno, entro 48 ore dalla ricezione del certificato medico;
- 7) l'aggiornamento delle **misure di prevenzione** in relazione ai mutamenti organizzativi e produttivi che hanno rilevanza ai fini della salute e sicurezza del lavoro, o in relazione al grado di evoluzione della tecnica della prevenzione e della protezione;
- 8) la convocazione – e partecipazione – della **riunione periodica** (art. 35 D. Lgs. n. 81/2008) con il RSPP, RLS e Medico competente, da indire almeno una volta all'anno nelle aziende (o nelle unità produttive) che occupano più di quindici lavoratori.

3. I DOVERI DEL DATORE DI LAVORO NELL'ATTUALE FASE DI EMERGENZA SANITARIA

L'odierna epidemia di COVID-19 può esporre le imprese a profili di rischio anche in materia di salute e sicurezza sul lavoro. A fronte degli obblighi del datore di lavoro delineati in linea generale e astratta nel paragrafo precedente, ci si è fin da subito domandati quali **azioni concrete** si impongano al datore di lavoro a causa dell'emergenza sanitaria ancora in corso. In particolare, si è discusso su quale fosse la declinazione in concreto di alcuni doveri del datore di lavoro, quali la **valutazione dei rischi**, l'adozione di apposite **misure di prevenzione e protezione**, la formulazione di **protocolli di sicurezza "straordinari" ad hoc**, la fornitura di **dispositivi di protezione individuale**, l'**informazione** e la **formazione** dei lavoratori.

Prendendo le mosse dal quesito relativo alla necessità o meno di una **valutazione del rischio di contagio da nuovo-Coronavirus** (SARS-CoV-2) sul luogo di lavoro, ci si è interrogati se quest'ultimo fosse un "rischio biologico" la cui presenza *«durante l'attività lavorativa»* ne imponesse una specifica valutazione – ai sensi dell'art. 271 D. Lgs. n. 81/2008 – e, di conseguenza, richiedesse un **aggiornamento del DVR** (cfr. art. 28 D. Lgs. n. 81/2008). Al riguardo, è opportuno ricordare che l'aggiornamento del DVR, ai sensi dell'art. 29, comma 3 del D. Lgs. n. 81/2008, è doveroso allorché intervengano *«modifiche del processo produttivo o della organizzazione del lavoro significative ai fini della salute e sicurezza dei lavoratori, o in relazione al grado di evoluzione della tecnica, della prevenzione o della protezione o a seguito di infortuni significativi o quando i risultati della*

sorveglianza sanitaria ne evidenzino la necessità».

Sul punto si è sviluppato un acceso dibattito, con l'emersione di diversi orientamenti applicativi; in particolare, l'Ispettorato Nazionale del Lavoro ha fornito importanti precisazioni con la **nota n. 89** del 13 marzo 2020: è necessario, si afferma, verificare se il rischio biologico sia riconducibile alla specifica attività lavorativa dell'impresa, oppure sia relativo ad una situazione esterna di carattere generale che – pur potendo impattare sull'ambiente aziendale – non derivi dall'esercizio dell'attività e, quindi, **non sia controllabile** dal datore di lavoro. In questo secondo scenario, il datore di lavoro non sarebbe nella condizione di poter valutare tutti i profili di rischio, in modo da attuare le migliori misure disponibili per la sua eliminazione o minimizzazione, dal momento che il rischio medesimo si presenta come immanente all'intera popolazione; detto altrimenti, il rischio biologico rappresentato dal nuovo-Coronavirus sarebbe – a rigore – soltanto **generico**, poiché il lavoratore vi risulterebbe esposto al pari di tutti gli altri cittadini indipendentemente dall'attività lavorativa svolta, sicché non risulterebbe strettamente necessario eseguire una specifica valutazione secondo le modalità previste dal D. Lgs. n. 81/2008 né, di conseguenza, procedere con l'aggiornamento del DVR.

Diverso, invece, è il caso dell'ente la cui attività preveda l'uso dell'agente patogeno (artt. 269 e 270 D. Lgs. n. 81/2001), con il quale i lavoratori siano quindi a diretto contatto in ragione della propria attività lavorativa, come accade – ad esempio – nei **laboratori di analisi**,

oppure ancora il caso degli enti i cui lavoratori siano esposti in maniera significativa e funzionale al *virus*, come accade in ambito **ospedaliero**. In tutti questi casi, infatti, il rischio biologico rientra tra i rischi *specifici* direttamente – e funzionalmente – correlati all’attività lavorativa svolta, il cui esercizio espone i lavoratori ad un pericolo di contagio ben superiore rispetto alla generalità dei cittadini; di conseguenza, il **rischio biologico specifico** deve essere oggetto di apposita e rigorosa valutazione nel DVR (il quale dovrà essere necessariamente aggiornato) da parte del datore di lavoro.

In definitiva, per le organizzazioni la cui attività non esponga i lavoratori in maniera significativa e funzionale al nuovo-Coronavirus, deve ritenersi che l’aggiornamento del DVR **non sia strettamente necessario**, in quanto il rischio di contagio costituirebbe un **rischio biologico generico**, cioè non connaturato né funzionalmente connesso all’esercizio dell’attività lavorativa. Ed è il caso di ricordare che, secondo la Commissione per gli interpelli (art. 12 D. Lgs. n. 81/2008), devono essere oggetto di specifica valutazione da parte del datore di lavoro i rischi *«legati (...) alle condizioni sanitarie del contesto geografico di riferimento non considerati astrattamente, ma che abbiano la ragionevole e concreta possibilità di manifestarsi in correlazione all’attività lavorativa svolta»*. Piuttosto, è opportuno che il datore di lavoro valuti la necessità di aggiornare il DVR alla luce delle modifiche operative, strutturali ed organizzative eventualmente adottate per contrastare e contenere il rischio di contagio sui luoghi di lavoro.

Ciò precisato, il dovere dell’imprenditore/datore di lavoro di adottare *«tutte 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 lavoro»* (art. 2087 c.c. e art. 18 D. Lgs. n. 81/2008), impone comunque – a fronte di un nuovo rischio, ancorché generico, dalle significative potenzialità diffuse – la predisposizione di **adeguate precauzioni**. Invero, il c.d. *“principio della massima sicurezza tecnologicamente fattibile”* desumibile dal citato art. 2087 c.c. impone al datore di lavoro di ispirare la propria condotta, al di là delle specifiche previsioni normative, alle acquisizioni della migliore scienza ed esperienza, al fine di garantire che i lavoratori operino in un contesto caratterizzato dal più elevato livello di sicurezza possibile.

Proprio in considerazione della dimensione pandemica del nuovo-Coronavirus e della sua notevolissima capacità di contagio, l’Ispettorato del Lavoro, nella citata nota n. 89, ha raccomandato a tutte le imprese di tenere conto del rischio sanitario presente. A tal fine, si suggeriva la predisposizione di un’**apposita appendice al DVR** (o, quantomeno, di **protocolli straordinari di sicurezza** redatti *ad hoc*), con il supporto tecnico del RSPP, del Medico competente e delle altre funzioni aziendali (quali il RLS), nella quale indicare tutte le azioni adottate al fine di contenere il rischio di contagio. Al riguardo, è intervenuto anche l’INAIL attraverso il *“Documento tecnico sulla possibile rimodulazione delle misure di contenimento del contagio da SARS-CoV-2 nei luoghi di lavoro e strategie di prevenzione”* del 23 aprile 2020, approvato dal Comitato Tecnico Scientifico istituito presso la

Protezione Civile. Il documento in parola contiene interessanti indicazioni sulle **misure** da adottare per la prevenzione del rischio di contagio, classificate in:

- (i) **organizzative**, ossia azioni connesse alla gestione degli spazi aziendali e all'organizzazione degli orari e dei turni di lavoro (compatibilmente con i processi produttivi);
- (ii) di **prevenzione** e **protezione**, relative alla **informazione** e **formazione** dei dipendenti, all'utilizzo di **DPI**, alla sanificazione degli ambienti e alla **sorveglianza sanitaria**;
- (iii) di **prevenzione** dello sviluppo di **focolai epidemici**, relative alle regole di igiene personale e alla gestione dei lavoratori sintomatici.

Ancora: importanti indicazioni organizzative ed operative sono state fornite anche dal *"Protocollo condiviso di regolazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro"*, siglato il **14 marzo 2020** dal Governo e le parti sociali, e da ultimo riformulato il **24 aprile 2020**. Tale documento ha delineato un nutrito novero di misure, organizzative e di prevenzione, alcune definite come obbligatorie ed altre semplicemente "raccomandate", mediante le quali le imprese possono contrastare efficacemente il rischio di contagio. In particolare, il Protocollo s'incentra sui seguenti temi:

- (i) dell'informazione e della formazione ai lavoratori;
- (ii) della pulizia degli ambienti di lavoro;
- (iii) della gestione degli spazi comuni;
- (iv) dei dispositivi di protezione individuale da fornire ai lavoratori (DPI);

- (v) della gestione di un lavoratore sintomatico;
- (vi) del coordinamento con la sorveglianza sanitaria.

Successivamente, con l'aggiornamento del **24 aprile** il Protocollo è stato integrato mediante l'inserimento di misure di maggior dettaglio, quali, tra le più significative:

- (i) l'obbligo di esibizione di certificazione medica di avvenuta guarigione per il rientro di lavoratori che erano risultati positivi al Covid-19;
- (ii) l'utilizzo di DPI conformemente a quanto indicato dall'OMS o – quantomeno – dall'autorità sanitaria nazionale;
- (iii) la sanificazione straordinaria degli ambienti di lavoro nelle situazioni più a rischio (ad es., spogliatoi, bagni, ecc.);
- (iv) la riorganizzazione degli spazi di lavoro per consentire il distanziamento sociale;
- (v) la previsione di turni di lavoro differenziati, la definizione di percorsi separati di accesso ed uscita dai luoghi di lavoro e la chiusura di mense o punti di ristoro, sempre al fine di ridurre il più possibile le forme di "contatto sociale".

È importante osservare che i Protocolli condivisi siano stati da ultimo richiamati nel D.P.C.M. del 11 giugno 2020, che ne ha imposto l'osservanza. Tali indicazioni, ovviamente, si aggiungono alle raccomandazioni relative all'igiene personale fornite dal Ministero della Salute, nonché dall'OMS e dalla comunità scientifica internazionale.

4. I RISCHI PENALE DEL DATORE DI LAVORO

Si è detto che l'emergenza sanitaria ancora in corso ha imposto inevitabilmente, quantomeno in virtù dell'art. 2087 c.c., l'adozione di misure organizzative, di prevenzione e di protezione in modo da gestire adeguatamente il pericolo di contagio.

In difetto, i **rischi amministrativi e penali** cui potrebbe incorrere – *in primis* – il datore di lavoro sono molteplici. Anzitutto, il “Protocollo condiviso” prevede – nella versione emendata del 24 aprile 2020 – che *«la mancata attuazione del Protocollo che non assicuri adeguati livelli di protezione determina la sospensione dell'attività fino al ripristino delle condizioni di sicurezza»*; inoltre, la violazione della normativa emergenziale sinora emanata espone il responsabile a **sanzioni amministrative, pecuniarie ed accessorie**, previste dall'art. 4 del D. L. n. 19 del 25 marzo 2020 (conv. con mod. L. n. 35 del 22 maggio 2020). In particolare, è prevista la sanzione pecuniaria da € 400,00 ad € 3.000,00, nonché la sanzione accessoria della **chiusura dell'attività** da un minimo di 5 ad un massimo di 30 giorni.

Focalizzando invece l'attenzione sul **piano penale**, rilevano anzitutto le fattispecie di reato di natura contravvenzionale previste dal D. Lgs. n. 81/2008, quali: **(a)** l'omessa informazione dei lavoratori *«circa il pericolo esistente, le misure predisposte e i comportamenti da adottare»* in relazione al rischio di contagio da nuovo-Coronavirus (art. 55, co. 5, lett. a, D. Lgs. n. 81/2008, fattispecie punita con la pena dell'arresto da 2 a 4 mesi o ammenda da 837,61 a 4.467,29 euro); **(b)** l'omessa fornitura ai lavoratori dei *«necessari*

e idonei dispositivi di protezione individuale» (art. 55, comma 5, lett. d, D. Lgs. n. 81/2008, fattispecie punita con la pena dell'arresto da 2 a 4 mesi o ammenda da 1.675,23 a 6.700,94 euro). Peraltro, per gli enti la cui attività comporti l'esposizione diretta, funzionale e significativa dei lavoratori al nuovo-Coronavirus, il datore di lavoro potrebbe esporsi anche al reato contravvenzionale di omessa *«valutazione dei rischi derivanti dall'esposizione agli agenti biologici presenti nell'ambiente»* (art. 282, co. 1 e 2, lett. a, D. Lgs. n. 81/2008, fattispecie punita con la pena dell'arresto da 3 a 6 mesi o con ammenda da 2.792,06 a 7.147,67 euro).

Ancora: considerando che il COVID-19 potrebbe costituire, quantomeno ai fini assicurativi, una **malattia professionale** (cfr. art. 42 D. L. n. 18 del 17 marzo 2020, decreto “Cura Italia”, conv. con mod. L. n. 27 del 24 aprile 2020), e considerando il costante orientamento giurisprudenziale per cui la nozione di “infortunio” ricomprenderebbe anche la “malattia-infortunio” (tra le tante, Cassazione penale, sez. IV, 13/06/2019, n.45935), vi è il rischio che l'**omessa adozione delle misure di prevenzione e protezione** per contrastare il rischio biologico rappresentato dall'infezione da SARS-CoV-2 (si pensi, a mero titolo esemplificativo, alla installazione di barriere divisorie in plexiglass per proteggere adeguatamente i lavoratori dal contatto reciproco o con l'utenza) integri gli estremi del reato di *«rimozione od omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro»* previsto dall'art. 437 c.p., che punisce chi *«ometta di collocare impianti, apparecchi o segnali destinati a prevenire disastri o infortuni sul lavoro, ovvero li rimuove o li danneggia»*, peraltro aggravato qualora il disastro o

l'infortunio (cioè il contagio da SARS-CoV-2 e lo sviluppo della patologia COVID-19) effettivamente si verifichi.

Ma non basta: il contagio avvenuto nei locali aziendali potrebbe determinare la responsabilità penale del datore di lavoro per il reato di **lesioni personali colpose** di cui all'art. 590 c.p. o, qualora l'infezione COVID-19 dovesse avere esiti nefasti, persino per il reato di **omicidio colposo** ex art. 589 c.p., secondo la già citata regola dell'equivalenza tra il non-impedire e il cagionare un evento, posta dall'art. 40 cpv. c.p. In altri termini, al datore di lavoro potrebbe essere imputata la responsabilità penale della morte o delle lesioni del lavoratore per *non aver impedito*, adottando tutte le misure a tal fine più opportune, il contagio da SARS-CoV-2.

Peraltro, le disposizioni tecniche succedutesi nel corso delle "fasi" dell'emergenza (quali il più volte citato Protocollo condiviso) potrebbero essere qualificate come «*norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro*»: di conseguenza, la trasgressione delle relative previsioni e il successivo verificarsi di un episodio di contagio potrebbe integrare la **fattispecie aggravata** di omicidio colposo o di lesioni personali colpose **con violazione della normativa antinfortunistica**, determinando così la potenziale **responsabilità dell'ente** ai sensi del **D. Lgs. n. 231/2001** per l'illecito amministrativo dipendente da reato di cui all'**art. 25-septies**. Al riguardo, si è detto che i profili di **colpa** del datore di lavoro potrebbero essere rinvenuti anche nel mancato rispetto delle prescrizioni previste dai Protocolli condivisi.

Sul punto, ha destato particolare preoccupazione nel mondo imprenditoriale l'art. 42, co. 2, D. L. n. 18 del 17 marzo 2020 (c.d. decreto "*Cura Italia*", conv. con mod. L. n. 27 del 24 aprile 2020), il cui testo ha previsto che l'infezione da coronavirus (SARS-CoV-2), contratta «*in occasione di lavoro*», sia trattata ai fini della tutela assicurativa INAIL come un "consueto" infortunio sul lavoro. Ad esempio, nel rapporto "*Iniziative per il rilancio Italia 2020-22*" del Comitato di esperti in materia economica e sociale, istituito con D.P.C.M. del 10 aprile 2020 e guidato da Vittorio Colao, si affermava che «*il possibile riconoscimento quale infortunio sul lavoro del contagio da Covid-19, anche nei settori non sanitari, pone un problema di eventuale responsabilità penale del datore di lavoro che, in molti casi, si può trasformare in un freno per la ripresa delle attività*», chiedendosi quindi «*la rimozione del contagio Covid-19 dalle responsabilità penali del datore di lavoro*».

In realtà, lungi dal dettare una paventata presunzione "a tappeto" di responsabilità (men che meno penale) del datore di lavoro in caso di malattia COVID-19 contratta sul luogo di lavoro, tale norma si limitava a disporre l'equiparazione dell'infezione virale da nuovo-Coronavirus agli altri tipi di infortunio sul lavoro soltanto – ed esclusivamente – ai fini della protezione assicurativa ed indennitaria INAIL del lavoratore.

Nondimeno, a fugare la paura di indiscriminate azioni giudiziarie non sono state sufficienti neppure alcune "prese di posizione" istituzionali volte ad evidenziare come la disposizione da ultimo citata non avesse in alcun modo aggravato la posizione del datore di lavoro non determinando alcun

automatico riconoscimento di responsabilità penale (o civile) in capo a quest'ultimo. In questo senso si è espresso anzitutto l'INAIL stesso, precisando con la circolare n. 13 del 3 aprile 2020 che l'equiparazione è esclusivamente ai fini assicurativi e successivamente sottolineando, con la circolare n. 22 del 20 maggio 2020, che *«la responsabilità del datore di lavoro è ipotizzabile solo in caso di violazione della legge o di obblighi derivanti dalle conoscenze sperimentali o tecniche, che nel caso dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 si possono rinvenire nei protocolli e nelle linee guida governativi e regionali di cui all'articolo 1, comma 14 del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33»*. Del resto, anche il Ministero del Lavoro e delle politiche sociali, in risposta all'interrogazione parlamentare del 5 maggio 2020 n. 5-03904 in Commissione XI della Camera dei Deputati, ha precisato che *«la diffusione ubiquitaria del virus Sars-CoV-2, la molteplicità delle modalità e delle occasioni di contagio e la circostanza che la normativa di sicurezza per contrastare la diffusione del contagio è oggetto di continuo aggiornamento da parte degli organismi tecnico-scientifici che supportano il Governo, rendono particolarmente problematica la configurabilità di una responsabilità civile o penale del datore di lavoro che operi nel rispetto delle regole. Una responsabilità sarebbe, infatti, ipotizzabile solo in via residuale, nei casi di inosservanza delle disposizioni a tutela della salute dei lavoratori e, in particolare, di quelle emanate dalle autorità governative per contrastare la già menzionata emergenza epidemiologica»*.

È dovuto persino intervenire il legislatore, introducendo – con la legge di conversione n.

40 del 5 giugno 2020 – l'art. 29-*bis* del D. L. n. 23 dell'8 aprile 2020 (c.d. decreto *“Liquidità”*), rubricato *“Obblighi dei datori di lavoro per la tutela contro il rischio di contagio da COVID-19”*, il quale prevede che *«i datori di lavoro pubblici e privati adempiono all'obbligo di cui all'articolo 2087 del codice civile mediante l'applicazione delle prescrizioni contenute nel protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del COVID-19 negli ambienti di lavoro, sottoscritto il 24 aprile 2020 tra il Governo e le parti sociali, e successive modificazioni e integrazioni, e negli altri protocolli e linee guida di cui all'articolo 1, comma 14, del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, nonché mediante l'adozione e il mantenimento delle misure ivi previste»*. Ebbene, tale disposizione non fa altro che ribadire la centralità del rispetto dei Protocolli condivisi, i quali contemplano una serie di misure ritenute, anche in virtù dell'interlocuzione con il mondo scientifico, più adatte al contenimento del rischio di contagio. Sul piano penale, tale disposizione risulta sostanzialmente superflua: i medesimi risultati – in termini di tutela del datore di lavoro **diligente** – ben potrebbero ottenersi mediante l'applicazione attenta e rigorosa dei **principi generali** del diritto penale in materia di causalità e colpa, senza che fosse necessario un intervento del legislatore di *“interpretazione autentica”*. In altri termini, il puntuale assolvimento degli obblighi prevenzionistici sarebbe già in grado di escludere un rimprovero a titolo di **colpa** e, quindi, la responsabilità penale del datore di lavoro.

Ciò detto, è tuttavia opportuno evidenziare come il citato art. 29-*bis* non abbia di certo

determinato l'istituzione di "zone franche" con la radicale esclusione di possibili procedimenti penali: resta pur sempre **impregiudicata** la possibilità per la magistratura, a fronte di un'infezione COVID-19 verificatasi sul luogo di lavoro, di accertare l'effettivo rispetto dei Protocolli da parte del datore di lavoro, e dunque l'efficace e perdurante attuazione delle misure ivi previste, le quali, evidentemente, non dovranno risultare adottate soltanto "sulla carta".

In ogni caso, è bene precisare che – ai fini della responsabilità penale – prima ancora dei profili colposi in sede processuale dovrà comunque essere accertato il **nesso causale** tra la condotta (anche **omissiva**) tenuta dal datore di lavoro e il verificarsi del contagio nell'ambiente lavorativo. Accertamento che, allo stato, appare di notevole complessità, in ragione dell'elevata capacità diffusiva del SARS-CoV-2 e dell'incertezza del sapere scientifico al riguardo: l'estrema diffusività del virus e la "latenza" fra il momento del contagio e lo sviluppo dei sintomi rendono estremamente arduo escludere la **possibilità che il contagio sia avvenuto altrove**.

5. LE CONSEGUENZE PER LE PERSONE GIURIDICHE: LA RESPONSABILITÀ DA REATO *EX* D. LGS. N. 231/2001

Si è detto che, qualora il contagio da nuovo-Coronavirus dovesse effettivamente verificarsi sul luogo di lavoro, al di là dei profili di responsabilità penale delle persone fisiche, **l'ente** stesso potrebbe essere chiamato a rispondere anche ai sensi del D. Lgs. n. 231/2001 dei reati (c.d. "presupposto") di **omicidio colposo** (art. 589 c.p.) e di **lesioni personali colpose** (art. 590 c.p.), aggravati dalla **violazione di norme antinfortunistiche**,

richiamati dall'**art. 25-septies** del Decreto, sempreché tali reati siano:

- (i) addebitabili a soggetti appartenenti all'organizzazione dell'ente, in qualità di **"apicali"** (art. 6 D. Lgs. n. 231/2001) o di **"sottoposti"** (art. 7 D. Lgs. n. 231/2001);
- (ii) stati commessi nell'**interesse** o a **vantaggio** dell'ente stesso.

Sotto quest'ultimo profilo, la giurisprudenza ha chiarito che il **"vantaggio"** dell'ente potrebbe anche consistere nel mero **risparmio di costi**: circostanza che sarebbe ravvisabile – nel caso di specie – laddove l'ente non abbia adottato tutte le misure di prevenzione e di protezione idonee a contenere adeguatamente il rischio di contagio da nuovo-Coronavirus, in tal modo risparmiando i costi correlati, ad esempio, all'approvvigionamento e alla messa a disposizione dei lavoratori degli opportuni DPI (quali mascherine FFP, gel igienizzante, guanti mono-uso), oppure ad una diversa organizzazione dell'attività lavorativa (turnazione, lavoro agile, ecc.).

Le conseguenze per l'ente, sul **piano sanzionatorio**, potrebbero essere particolarmente gravose. Infatti, rispetto ai citati reati-presupposto previsti dal D. Lgs. n. 231/2001, potranno trovare applicazione **sanzioni pecuniarie ed interdittive**, nonché la **confisca** del profitto del reato. Con riferimento alle prime, per il reato di lesioni personali colpose la sanzione pecuniaria irrogabile – secondo un articolato sistema di "quote" – è compresa tra euro 25.800,00 ed euro 387.250,00, mentre quella prevista per l'omicidio colposo da euro 64.500,00 sino ad

euro 774.500,00. Sul piano delle sanzioni **interdittive**, potrebbero essere applicate l'interdizione dall'esercizio dell'attività, la sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito, il divieto di contrarre con la Pubblica Amministrazione, l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e il divieto di pubblicizzare beni o servizi.

Infine, è prevista la **confisca** del profitto del reato, per tale intendendosi anche il **risparmio di costi** che l'ente ha ottenuto non adottando adeguate misure di prevenzione e protezione, rendendo così possibile il verificarsi del reato.

Al riguardo, si è già evidenziato che in sede processuale dovrebbe comunque essere accertato il **nesso causale** tra la condotta (anche omissiva) tenuta dal datore di lavoro nell'interesse o a vantaggio dell'ente e il verificarsi del contagio nell'ambiente lavorativo.

Nondimeno, onde evitare il rischio di coinvolgimento processuale, con la relativa possibilità di incorrere nelle sanzioni poc'anzi citate, è consigliabile la **tempestiva attuazione** e il **mantenimento** delle misure previste dalla **normativa** – statale o regionale – di riferimento nonché dalle **note, circolari e Protocolli** diffusi dei vari enti ed autorità coinvolte nella gestione dell'emergenza ancora in corso, ovviamente **adeguandole** al **concreto** contesto lavorativo, al fine di dimostrare la proattività dell'ente nel porre massima attenzione alla tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori.

Del resto, pur a fronte del verificarsi di un episodio di reato-presupposto, l'ente potrebbe andare **esente** da responsabilità qualora riuscisse a dimostrare, tra l'altro, di aver adottato ed efficacemente attuato – prima della commissione del fatto – un **Modello di organizzazione e gestione** (c.d. "MOG" o "Modello Organizzativo") idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi.

Ebbene, per quanto riguarda gli aspetti di salute e sicurezza sul lavoro il MOG deve contemplare, ai sensi dell'art. 30 D. Lgs. n. 81/2008, un sistema aziendale in grado di assicurare la corretta valutazione dei rischi e la tempestiva predisposizione delle misure di prevenzione e protezione conseguenti. Nel contesto sinora descritto, gli enti che siano già dotati di un **Modello Organizzativo** ai sensi del D. Lgs. n. 231/2001 non sono necessariamente chiamati ad un suo **aggiornamento**, laddove il rischio di commissione dei reati-presupposto sopra richiamati sia già adeguatamente presidiato nella relativa parte speciale.

In tal senso, da ultimo, è intervenuta Confindustria con "Prime indicazioni operative" del giugno 2020: «il COVID-19 non sembra imporre, anche con riferimento al rischio da contagio, un'automatica revisione del Modello 231 che già contempli il complesso dei presidi generali, i quali, nei termini appena indicati, individuino le basi per l'adozione di un sistema gestionale idoneo a prevenire la commissione dei reati in materia prevenzionistica». Al contrario, in modo condivisibile si afferma che, laddove «le imprese abbiano deciso di declinare, già all'interno del Modello, i presidi e i protocolli specifici in materia di salute sicurezza sui

luoghi di lavoro», andrà allora valutata «caso per caso, l'opportunità di aggiornare tali procedure alla luce delle misure anti-contagio individuate dalle Autorità pubbliche nei provvedimenti normativi che si sono susseguiti e nel Protocollo sottoscritto dal Governo e dalle parti sociali».

In definitiva, anche nell'attuale contesto di emergenza sanitaria è determinante per le realtà aziendali investire nella **compliance**, al fine di tutelare compiutamente la salute dei lavoratori, così evitando – peraltro – significative conseguenze pregiudizievoli, tanto per le persone fisiche quanto per l'ente.

6. IL RUOLO DELL'ORGANISMO DI VIGILANZA

Se l'emergenza in corso potrebbe non impattare direttamente sulla struttura e sul contenuto del Modello, è invece indubbio come la stessa vada a richiedere all'**Organismo di Vigilanza** ("OdV") *«un engagement rafforzato sulla vigilanza in ordine all'attuazione delle prescrizioni, vigilanza che passa attraverso un adeguato e rafforzato sistema di flussi informativi»* (così le "Prime indicazioni operative" di Confindustria). In questo contesto storico, infatti, come evidenziato anche da Confindustria, il principale compito dell'OdV si esplica in *«una rafforzata vigilanza sulla corretta ed efficace attuazione del Modello esistente, nonché delle misure attuate dal datore di lavoro in ottemperanza alle prescrizioni delle Autorità pubbliche»*.

Anzitutto, laddove l'OdV – nell'ambito della sua attività di monitoraggio sull'adeguatezza ed efficacia del Modello – ritenesse che i presidi in essere non siano sufficienti a fronteggiare i rischi sanitari derivanti

dall'epidemia in atto, sarà suo compito suggerire all'organo amministrativo, anche a seguito di apposita interlocuzione con le funzioni aziendali competenti in materia di salute e sicurezza, di provvedere all'aggiornamento del Modello.

In questa fase, per consentire all'Organismo di esercitare adeguatamente le proprie funzioni di vigilanza, si raccomanda un rafforzamento dei **flussi informativi** in essere da e verso il medesimo, soprattutto con riferimento alle attività implementate dall'ente al fine di prevenire la diffusione del virus nell'ambiente di lavoro. Sotto questo profilo, potrebbe essere utile – come suggerito anche da Confindustria – organizzare riunioni periodiche con il Comitato interno istituito dall'ente, per un aggiornamento circa le iniziative adottate, al fine di valutarne l'adeguatezza rispetto ai provvedimenti esistenti.

Oltre ad una maggiore attenzione in tema di flussi informativi nei confronti dell'Organismo, è altresì utile che l'OdV **informi** prontamente l'ente vigilato delle **novità normative** ed **extra-normative** (circolari, protocolli condivisi, note, ecc.) ed **intensifichi** le occasioni di **riunione** ed **aggiornamento** reciproco (con modalità da remoto), eventualmente aggiornando anche il proprio **Regolamento** sul punto.

Inoltre, in materia di **segnalazioni**, l'Organismo è chiamato a ricevere le comunicazioni in ordine alle violazioni del Modello, con particolare riferimento alle segnalazioni relative alle misure anti-contagio, e a condividere le eventuali criticità emerse con le funzioni aziendali competenti.

Sempre sul piano operativo, anche alla luce delle citate note dell'INL e dell'INAIL, si consiglia poi all'OdV di **monitorare** l'adempimento degli obblighi relativi alla valutazione dei rischi e all'aggiornamento del DVR, passaggi imprescindibili in tutte quelle realtà in cui i lavoratori siano esposti direttamente ed in modo significativo e funzionale all'agente patogeno del nuovo-Coronavirus. In tutti gli altri casi, l'OdV dovrà monitorare la predisposizione di un'apposita **appendice** al DVR o – quantomeno – di **protocolli di sicurezza straordinari** relativi al rischio COVID-19, che consenta «*la dimostrazione di aver agito al meglio, anche al di là dei precetti specifici del D. Lgs n. 81/2008*» (nota INL).

Infine, sotto il profilo della **responsabilità**, giova ricordare come l'OdV, non avendo attribuzioni consultive specifiche in materia di

salute e sicurezza sul lavoro, non può certamente essere equiparato al RSPP o al Medico competente. Inoltre, non essendo i componenti dell'Organismo di Vigilanza titolari di una **posizione di garanzia**, in quanto privi di qualsiasi ruolo gestorio, la giurisprudenza ha costantemente escluso un'eventuale responsabilità penale per **omesso impedimento** di un reato, ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p., segnatamente delle ipotesi di omicidio o lesioni personali con violazione della normativa antinfortunistica.

In conclusione, spetta senz'altro all'OdV il compito di sollecitare l'ente, in caso di inerzia, ad attivarsi adottando tutte le misure più opportune al contenimento del rischio di contagio. Tuttavia, spetta esclusivamente all'ente il potere di prendere ogni decisione e, pertanto, permane in capo allo stesso (e ai suoi organi) la relativa responsabilità.

CONTATTI



Giuseppe Fornari
Founding Partner

g.fornari@fornarieassociati.com



Enrico Di Fiorino
Partner

e.difiorino@fornarieassociati.com



Salvatore Rocco
Associate

s.rocco@fornarieassociati.com



Caterina Peroni
Trainee

c.peroni@fornarieassociati.com

Milano

Via Chiossetto 18

T: +39 0254122206

@: milano@fornarieassociati.com

Roma

Piazza di San Lorenzo in Lucina 26

T: +39 0622201000

@: roma@fornarieassociati.com

Questa pubblicazione ha lo scopo di fornire informazioni di carattere generale rispetto all'argomento trattato e non deve quindi essere considerata come un parere legale né come una disamina esaustiva di ogni aspetto relativo alla materia oggetto del documento.

Fornari e Associati
www.fornarieassociati.com