

IL DIRITTO PENALE DEL LAVORO AI TEMPI DEL CORONAVIRUS

Avv. Eleonora Ciliberti

IL COVID-19 COME MALATTIA PROFESSIONALE

Da tempo, alla “*causa violenta*” viene equiparata la “**causa virulenta**”, ovvero “*l'azione di fattori microbici e virali che, penetrando nell'organismo umano, ne determinino l'alterazione dell'equilibrio anatomico fisiologico, sempreché tale azione - pur se i suoi effetti si manifestino dopo un certo tempo - sia **in rapporto** (accertabile anche con ricorso a presunzioni semplici) con lo **svolgimento dell'attività lavorativa**”.*

In tal senso si è sempre pronunciata la Cassazione (Si vedano Cass. n. 5764 del 3.11.1982; Cass. n. 8058 del 19.07.1991; Cass. n. 3090 del 13.03.1992; Cass. n. 20941 del 28 ottobre 2004), e l'orientamento è stato recepito dall'Inail nella circolare n. 74 del 23.11.1995 che ha esteso la protezione assicurativa, già riconosciuta a partire dal 1993 per i casi di epatite virale a trasmissione parentale e di AIDS, a tutte le malattie infettive e parassitarie.

LA 'OCCASIONE LAVORATIVA' DEL CONTAGIO

La Corte di Cassazione (seguendo l'insegnamento dottrinale) ha precisato che “ai fini dell'indennizzabilità dell'infortunio subito dall'assicurato, per **'occasione di lavoro'** devono intendersi tutte le condizioni, comprese quelle ambientali e socio - economiche, in cui l'attività lavorativa si svolge e nelle quali è insito un rischio di danno per il lavoratore, indipendentemente dal fatto che tale danno provenga dall'apparato produttivo o dipenda da terzi o da fatti e situazioni proprie del lavoratore, **col solo limite, in quest'ultimo caso, del c.d. rischio elettivo**, ossia derivante da una scelta volontaria del lavoratore diretta a soddisfare esigenze personali (fra le tante, Cass. n. 2942/2002; di recente, Cass. n. 12779/2012)”

Cass. n. 8948 del 14.05.2020 ha recentemente confermato come la tutela indennitaria in favore del lavoratore sia stata progressivamente estesa (anche in ragione del suo fondamento nell'art. 38 della Costituzione) **anche a rischi non strettamente insiti nella lavorazione specifica, ma all'ambiente di lavoro**

L'ART. 42 D.L. 18/2020 – C.D. ‘DECRETO CURA ITALIA’

L'art. 42 Decreto Cura Italia stabilisce che “**Nei casi accertati di infezione da coronavirus (SARS- CoV-2) in occasione di lavoro**, il medico certificatore redige il consueto certificato di infortunio e lo invia telematicamente **all'INAIL che assicura, ai sensi delle vigenti disposizioni, la relativa tutela dell'infortunato**. Le prestazioni INAIL nei casi accertati di infezioni da coronavirus in occasione di lavoro sono erogate anche per il periodo di quarantena o di permanenza domiciliare fiduciaria dell'infortunato con la conseguente astensione dal lavoro. I predetti eventi infortunistici gravano sulla gestione assicurativa e **non sono computati ai fini della determinazione dell'oscillazione del tasso medio per andamento infortunistico** di cui agli articoli 19 e seguenti dell'allegato 2 al decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali del 27 febbraio 2019, recante "Modalità per l'applicazione delle tariffe 2019". La presente disposizione si applica ai datori di lavoro pubblici e privati”.

L'AMBITO DI TUTELA DELL'ART. 42 D.L. 18/2020

Con la circolare n. 13 del 3 aprile 2020 l'Inail ha chiarito che:

- a) l'ambito della tutela offerto dalla norma in esame, nell'attuale situazione pandemica, **riguarda innanzitutto gli operatori sanitari esposti ad un elevato rischio di contagio**, aggravato fino a diventare specifico, per i quali vige pertanto la presunzione semplice di origine professionale considerata l'elevatissima probabilità che essi vengano a contatto con il nuovo coronavirus;
- b) ad una condizione di elevato rischio di contagio possono essere ricondotte anche altre **attività lavorative che comportano il costante contatto con il pubblico/l'utenza** (ad es. cassieri, banconisti e personale non sanitario con mansioni tecniche o ausiliarie e di supporto operante all'interno degli ospedali), per cui vige il principio della presunzione semplice operante per i sanitari;
- c) **in tutti gli altri casi, nei quali l'episodio che ha determinato il contagio non sia noto o non possa essere provato dal lavoratore**, *“né si possa presumere che il contagio si sia verificato in considerazione delle mansioni/lavorazioni e di ogni altro elemento che in tal senso deponga”*, l'accertamento medico legale seguirà l'ordinaria procedura “privilegiando essenzialmente i seguenti elementi: epidemiologico, clinico, anamnestico e circostanziale”. Ricordiamo che la presunzione semplice ammette la prova contraria, e comunque richiede sempre la prova di fatti noti, ovvero la sussistenza di indizi gravi, precisi e concordati

TUTELA INAIL VS RESPONSABILITÀ CIVILE E PENALE DEL DATORE DI LAVORO

La circolare Inail 13/2020 offre norme ed indicazioni interpretative che fissano i presupposti per l'erogazione dell'indennizzo da parte dello stesso Istituto, per il quale è sufficiente l'“*occasione di lavoro*” anche con colpa esclusiva del lavoratore: questi requisiti sono del tutto distinti e diversi dai presupposti per la responsabilità civile e penale del datore di lavoro, da accertarsi in concreto ai fini del risarcimento del danno ulteriore, come ha anche chiarito l'Inail da ultimo nella circolare n. 22 del 20.05.2020.

LA RESPONSABILITÀ CIVILE DEL DATORE DI LAVORO

L'eventuale responsabilità civile del datore di lavoro continuerà ad essere regolata dai principi generali in materia, ed in primo luogo dalle previsioni **dell'art. 10 del T. U. per l'Assicurazione Obbligatoria per gli Infortuni sul Lavoro e Malattie Professionali (D.P.R. 1124/1965)** che, enunciato il principio generale di esonero del datore di lavoro dalla responsabilità civile, consente al lavoratore (o ai suoi congiunti) il risarcimento dell'eventuale **ulteriore danno aggiuntivo** rispetto a quello assicurato e liquidato dall'Inail secondo le norme del T.U. , ma solo quando sia giudizialmente accertato che l'infortunio sia derivato:

- a) da un fatto imputabile al datore di lavoro (con la conseguente prova dell'elemento soggettivo);
- b) che costituisca illecito penale perseguibile d'ufficio;
- c) per la violazione delle norme in materia di prevenzione degli infortuni sul lavoro e di igiene e sicurezza del lavoro.

Si tratta del cd. “danno differenziale” (biologico e patrimoniale) da liquidarsi secondo i criteri civilistici per la parte non riconosciuta dall'Inail (ovvero il cd. “danno complementare”, come ad es. il danno biologico temporaneo, il danno biologico in franchigia fino al 5%, il danno patrimoniale in franchigia fino al 15%, il danno morale ed esistenziale, il danno tanatologico o da morte).

CRITERI GIURISPRUDENZIALI DI AFFERMAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE DEL DATORE DI LAVORO

La giurisprudenza è costante nell'affermare, sarà a carico del lavoratore provare:

- a) l'esistenza dell'obbligazione lavorativa;
- b) il danno patito;
- c) il nesso causale tra il danno e la prestazione lavorativa;
- d) l'omissione del datore di lavoro nel predisporre le misure di sicurezza necessarie ad evitare il danno

La giurisprudenza ha da tempo precisato che «*la responsabilità del datore di lavoro per violazione delle disposizioni dell'art. 2087 c.c. non configura un'ipotesi di responsabilità oggettiva, in quanto detta responsabilità va collegata alla violazione degli obblighi di comportamento imposti da norme di legge o suggeriti dalle conoscenze sperimentali o tecniche del momento*»; da tale assunto discende *anche che l'ambito di responsabilità datoriale non può fondarsi sul mero presupposto teorico secondo cui il verificarsi dell'evento costituisce circostanza che assurge in ogni caso ad inequivoca riprova dell'inidoneità dei mezzi in concreto apprestati dal datore di lavoro*” (Si vedano Cass. n. 10319 del 26.04.2017; Cass. n. 2687 del 11.02.2015; Cass. n. 13644 del 21.05.2019)

SEGUE: RESP. CIVILE DEL DATORE DI LAVORO

Il lavoratore eventualmente contagiato dovrà dunque dimostrare che l'infezione è stata contratta durante la prestazione lavorativa (o durante il percorso casa/lavoro).

Quanto alla responsabilità del datore di lavoro, questi sarà esente da colpa se provi di essersi adoperato in tutti i modi, tenuto conto della peculiarità dell'attività svolta e dello stato dell'esperienza e della tecnica, per evitare il danno, oltre che nel caso in cui l'infortunio sia conseguenza del dolo del lavoratore o di una sua condotta abnorme ed imprevedibile

Il datore di lavoro dovrà dunque dare prova dell'adozione e del puntuale rispetto nell'ambiente di lavoro delle prescrizioni dei protocolli recentemente sottoscritti da Governo e parti sociali, delle linee guida, dei protocolli specifici anche a livello regionale e delle schede tecniche per gli specifici settori di attività

RESPONSABILITÀ PENALE DEL DATORE DI LAVORO

Anche in relazione alla possibile responsabilità penale la sussistenza di una “malattia” in occasione di lavoro è condizione necessaria ma ancora non sufficiente, di per sé sola, per ipotizzare in capo al datore di lavoro una responsabilità penale.

A questo fine occorrerà, infatti, valutare ancora se in capo al medesimo siano presenti i seguenti requisiti:

- a) la **posizione di garanzia**, ovvero l’obbligo giuridico di evitare l’evento lesivo;
- b) la **colpa, sia essa colpa c.d. “specificata o qualificata”**, ovvero la violazione di prescrizioni di legge o di normativa secondaria che mirano proprio ad evitare l’evento che si è concretizzato (c.d. “norma cautelare”),
- c) **o colpa c.d. “generica”**, ovvero la violazione di ordinarie regole di prudenza.

SEGUE: RESPONSABILITÀ PENALE DEL DATORE DI LAVORO

Il **quadro normativo** cui occorre fare riferimento per l'apprezzamento dei sopra citati presupposti (in particolare, per quanto attiene la posizione di garanzia del datore di lavoro ed il requisito della 'colpa specifica') riposa principalmente sulle disposizioni normative che disciplinano la **salute e la sicurezza sul luogo di lavoro, ovvero il Decreto Legislativo 81/2008** - che, a sua volta, costituisce un'attuazione del principio generale sancito dall'**articolo 2087 c.c.**, già sopra commentato.

OBBLIGHI DI CARATTERE GENERALE IN CAPO AL DATORE DI LAVORO

Al datore di lavoro, ai fini di garantire la prevenzione del contagio e conseguente malattia da Covid-19, competono innanzitutto sempre e comunque i seguenti obblighi di carattere generale:

- **“effettuare la valutazione dei rischi** derivanti dall'esposizione agli agenti biologici presenti nell'ambiente” (art. 282, commi 1 e 2, lett. a, d.lgs. n. 81 del 2008);
- **“informare i lavoratori** circa il pericolo esistente, le misure predisposte e i comportamenti da adottare” (art. 55, comma 5, lett. a, d.lgs. n. 81 del 2008);
- **“fornire i necessari e idonei dispositivi di protezione individuale”** (art. 55, comma 5, lett. d, d.lgs. n. 81 del 2008);
- **“richiedere al medico competente l'osservanza degli obblighi previsti a suo carico”** (art. 55, comma 5, lett. e, d.lgs. n. 81 del 2008);
- **“richiedere l'osservanza da parte dei singoli lavoratori delle norme vigenti, nonché delle disposizioni aziendali in materia di sicurezza e di igiene del lavoro e di uso dei mezzi di protezione, programmare gli interventi da attuare in caso di pericolo immediato”** (art. 55, comma 5, lett. c, d.lgs. n. 81 del 2008);
- in caso, poi, di affidamento di lavori a un'impresa appaltatrice o a lavoratori autonomi all'interno della propria azienda **“cooperare nell'adozione di misure di prevenzione e protezione dai rischi”** e **“coordinare gli interventi di protezione e prevenzione dai rischi cui sono esposti i lavoratori”** (art. 55, comma 5, lett. d, d.lgs. n. 81 del 2008).

LA DISCIPLINA SPECIFICA DEL D.LGS. N. 81/2008
ART. 266-286: **ESPOSIZIONE AD AGENTI BIOLOGICI**
(APPLICABILE SOLO IN CASO DI RISCHIO SPECIFICO)

Il virus Covid-19 è stato classificato come agente biologico del gruppo 3 (art. 268 D.Lgs. 81/2008): ovvero un agente che può causare malattie gravi in soggetti umani e costituisce un serio rischio per i lavoratori; l'agente biologico può propagarsi nella comunità, ma di norma sono disponibili efficaci misure profilattiche o terapeutiche → si applica, pertanto, la disciplina di cui agli artt. 266 e ss. D.Lgs. 81/2008)

Il datore di lavoro è punito con l'arresto da 3 a 6 mesi o con l'ammenda da 3.071€ a 7.862€ per **l'omessa valutazione del rischio biologico** (art. 282 D.Lgs. 81/2008) e per la **mancata adozione di misure tecniche, organizzative e procedurali**, volte ad evitare l'esposizione dei lavoratori agli agenti biologici ex art. 272 D.Lgs. 81/2008 (oltre agli obblighi ordinari ex art. 18 e 55 D.Lgs. 81/2008)

Il lavoratore è punito con l'arresto fino ad 1 mese o l'ammenda da 368€ a 982€ **se non rispetta le misure di sicurezza o protezione** ovvero se non segnala immediatamente al datore di lavoro 'qualsiasi infortunio o incidente relativo all'uso di agenti biologici' (oltre agli obblighi ordinari ex artt. 20 e 59 D.Lgs. 81/2008)

IL RUOLO CHIAVE DEL MEDICO COMPETENTE

- Il medico competente, come collaboratore del datore di lavoro ex art. 25 D.Lgs. 81/2008, **ha precisi obblighi sia nella fase della valutazione del rischio, sia nella fase della attuazione delle misure** per la tutela della salute e dell'integrità psico-fisica dei lavoratori;
- ex art. 279 D.Lgs. 81/2008 stabilisce l'obbligo di sorveglianza sanitaria per i lavoratori sottoposti ad agenti biologici, nonché la **messa a disposizione di 'vaccini efficaci'** per quei lavoratori che non sono già immuni all'agente biologico, da somministrare a cura del medico competente, nonché l'allontanamento temporaneo del lavoratore in caso di necessità (ovvero di inidoneità alla mansione ex art. 42 D.Lgs. 81/2008);
- **Non deve sottostare ai limiti imposti dalla disciplina in tema di privacy** rispetto ai dati sulle vaccinazioni dei lavoratori e svolge quindi un ruolo chiave nel collaborare con il datore di lavoro nell'organizzazione del lavoro
- **Risponde penalmente in caso di 'comunicazione intempestiva del giudizio sull'inidoneità'**, sia per la violazione degli artt. 25 e 58 D.Lgs. 81/2008, sia per le lesioni eventualmente patite dal lavoratore e dagli altri dipendenti o terzi (v. Cass. Sez. IV n. 22389 del 27 maggio 2015).

LA NORMATIVA DI RANGO SECONDARIO

Al quadro così tratteggiato vanno oggi però aggiunti, in funzione integrativa, la **pluralità di interventi di rango secondario** (circolari, linee guida, protocolli, ecc.), emanati proprio per fronteggiare l'emergenza Covid-19 sui luoghi di lavoro **che hanno efficacia vincolante** in forza dell'espresso rinvio ripetutamente operato dai provvedimenti governativi succedutisi negli ultimi mesi (si veda in particolare il D.L. 33/2020 e, da ultimo, il DPCM 18.05.2020 nel quale sono tutte richiamate)

Queste prescrizioni, infatti – data l'assoluta novità della pandemia e l'assenza di normativa specifica a riguardo – sono da considerarsi al momento l'espressione dello stato attuale dell'esperienza e della tecnica con cui il datore di lavoro è chiamato a confrontarsi.

I 'PROTOCOLLI CONDIVISI'

Le principali norme di carattere secondario da prendere in considerazione sono i c.d. **Protocolli condivisi** di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus covid-19 negli ambienti di lavoro rispettivamente **sottoscritti il 14.03.2020 e il 24.04.2020 tra Governo, Confindustria e sindacati (nella sua versione recentemente aggiornata in data 6 aprile 2021)**, nonché:

- il Protocollo condiviso di regolamentazione per il contenimento della diffusione da Covid-19 nei cantieri sottoscritto il 24.04.2020 tra il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, il Ministero del lavoro e delle politiche sociali e le parti sociali;
- il Protocollo del 24 marzo 2020 per i settori Sanità, Servizi Socio-Sanitari e Socio-Assistenziali;
- il Protocollo condiviso di regolamentazione per il contenimento della diffusione da Covid-19 nel settore del trasporto e della logistica sottoscritto il 20.03.2020;
- i protocolli o linee guida adottati dalle regioni o dalla Conferenza delle regioni e delle province autonome, tutti richiamati nel DPCM 18.05.2020 e a questo allegati e, più recentemente, nel D.P.C.M. 2.03.2021.

Infine, rilevanti sono le diverse note e circolari degli organi pubblici più coinvolti (Inail, INL, Ministero della Salute).

‘NORMA SCUDO’
ART. 29-BIS DEL D.L. 8 APRILE 2020, N. 23
(C.D. “DECRETO LIQUIDITÀ”)

«Ai fini della tutela contro il rischio di contagio da Covid-19, **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 virus 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. **Qualora non trovino applicazione le predette prescrizioni rilevano le misure contenute nei protocolli o accordi di settore** stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale».

SEGUE: NORMA 'SCUDO'

Il contenuto della disposizione *de qua* si pone nel solco della Circolare INAIL n. 22 del 22 maggio 2020, che già aveva evidenziato come «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»;

l'art. 29-bis introduce dunque una presunzione di adeguatezza della condotta datoriale osservante le misure di cui ai protocolli condivisi di sicurezza

L'art. 29-bis non farebbe altro che richiamare gli ordinari criteri di giudizio che governano l'illecito colposo, secondo i quali il rispetto delle regole cautelari vigenti, applicabili al caso concreto e oggetto di accordi fra autorità statale e operatori del settore, non potrebbe fondare alcun rimprovero soggettivo

OBBLIGATORIETÀ O MENO DELL'AGGIORNAMENTO DEL DVR

Il datore di lavoro, ai sensi dell'art.17 e dell'art. 28 del D.lgs. 81/2008, è tenuto alla valutazione di “tutti i rischi” presenti negli ambienti di lavoro e la specifica valutazione per il rischio da agenti biologici è prevista dal Titolo X del TUS.

Sotto questo aspetto occorre, allora, valutare se sia doveroso o meno aggiornare la valutazione dei rischi da agenti biologici a seguito della diffusione del COVID-19. Su questo fronte si sono confrontate diverse scuole di pensiero ma la linea più diffusa, suffragata anche da alcune ordinanze quale quella della Regione Veneto e confermata dal “*Protocollo di sicurezza per gli ambienti di lavoro*” aggiornato in data 24 aprile u.s., ritiene che una valutazione del rischio specifico per il COVID-19 sia obbligatorio per tutte le fattispecie di attività economiche in cui il rischio legato all'attività lavorativa sia diverso da quello della popolazione generale.

SEGUE: OBBLIGATORietà O MENO DELL'AGGIORNAMENTO DEL DVR

Ai fini della corretta (integrazione della) Valutazione dei rischi, **il rischio che il datore di lavoro deve considerare è quello specifico della propria azienda**, nel senso che nel DVR di ogni impresa va essenzialmente considerato in che termini la circostanza che un soggetto presti la propria attività all'interno di quell'impresa aumenti, rispetto alla generalità dei cittadini e dei lavoratori di altre aziende, il rischio di contagio. Non può infatti pretendersi dal datore di lavoro di valutare in generale il rischio, generico, di contagio derivante dal Covid-19: quella valutazione, infatti, è già stata operata dalle autorità pubbliche, le quali, perseguendo un equilibrio fra la tutela della salute collettiva ed individuale e le esigenze produttive del paese, hanno consentito l'operatività di alcune attività lavorative e professionali (progressivamente sempre più numerose)

PUÒ COSTITUIRE UNA VIOLAZIONE DELLA NORMATIVA
ANTINFORTUNISTICA LA MANCATA ADOZIONE DI UNA MISURA
PRESCRITTA DAI VARI PROTOCOLLI?

Premesso che uno dei principi cardine del nostro ordinamento in materia di sicurezza sul lavoro consiste nel c.d. “**principio della massima sicurezza tecnologicamente fattibile**” (richiamato sia nel D.Lgs. n. 81/2008, sia nell’art. 2087 c.c.) e che i protocolli condivisi costituiscono ad oggi ‘l’espressione dello stato attuale dell’esperienza e della tecnica’, la risposta non può che essere positiva.

Stabilisce, infatti, la Suprema Corte di Cassazione come «*la terminologia 'violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro' richiamata dagli artt. 589 e 590 c.p. è riferibile non solamente alle norme contenute nelle leggi specificatamente antinfortunistiche, ma anche a quelle che, direttamente o indirettamente, perseguono il fine di evitare incidenti sul lavoro o malattie professionali e che, in genere, tendono a garantire la sicurezza sul lavoro in relazione all'ambiente in cui esso deve svolgersi*» (cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 17 aprile 2019, n. 33244).

SEGUE: MANCATA ADOZIONE DEI PROTOCOLLI

Si ritiene, inoltre, che ai fini della valutazione di un'eventuale responsabilità penale del datore di lavoro, **non sia possibile distinguere tra misure prescritte e misure semplicemente raccomandate**, ma occorra in ogni caso valutare se le procedure adottate siano idonee o, meglio, le più idonee a prevenire i reati citati.

I DISPOSITIVI DI PROTEZIONE INDIVIDUALI

Di particolare importanza, data la peculiarità della situazione, diviene l'obbligo per il datore di lavoro di **fornire a tutti i lavoratori tutti gli specifici dispositivi di protezione individuale volti a scongiurare la possibilità di contagio** (mascherine, camici, guanti, gel antisettico, ecc.). È proprio quest'ultimo obbligo che, per le specificità proprie del rischio di contagio da Covid-19, risulta, a quanto è dato intendere dalle prime attività di indagine condotte dalle procure rispetto alle strutture sanitarie, maggiormente trascurato nella prima fase della pandemia.

Sotto questo profilo si apre, però, un'ulteriore fronte di valutazione, poiché l'articolo 18, lett. d) del D.Lgs. n. 81/2008 richiede che **i dispositivi di protezione individuale debbano essere 'idonei', ovvero adeguati a prevenire il rischio di malattia o infortunio secondo la migliore scienza ed esperienza del settore di riferimento.**

SEGUE: I DISPOSITIVI DI PROTEZIONE INDIVIDUALI

Non basterà, ad esempio, fornire ai lavoratori le mascherine, ma queste dovranno essere mascherine adeguate a prevenire il contagio da Covid-19, ovvero quantomeno certificate secondo i parametri previsti dal S.S.N.

È evidente che **la violazione del predetto obbligo potrà risultare già di per sé stessa sufficiente a costituire l'inosservanza di una norma cautelare** idonea a suffragare una contestazione di responsabilità penale per lesioni o per omicidio per colpa specifica consistente in (evidente) violazione di legge.

OBBLIGO DI VERIFICA DELL'ADOZIONE DEI DISPOSITIVI DI PROTEZIONE INDIVIDUALI

Agli oneri suddetti seguirà poi **l'ulteriore non trascurabile onere di verificarne costantemente la corretta attuazione da parte di tutti i lavoratori e non solo**: deve, infatti, tenersi sempre presente che l'obbligo di tutela vale anche nei riguardi degli infortuni (incluso, ovviamente, il contagio) patiti da terzi (ad esempio, visitatori, fornitori, ecc.) nell'area di pertinenza dell'azienda.

Infatti, secondo la giurisprudenza consolidata **il soggetto beneficiario della tutela è anche il terzo estraneo all'organizzazione del lavoro, sicché dell'infortunio che sia occorso all'*extraneus* risponde il garante della sicurezza**, sempre che l'infortunio rientri nell'area di rischio definita dalla regola cautelare violata e che il terzo non abbia posto in essere un comportamento di volontaria esposizione a pericolo (così, Cass. pen., Sez. IV, 17 giugno 2014, n. 43168, Rv. 260947)

SEGUE: OBBLIGO DI VERIFICA DELL'ADOZIONE DEI DISPOSITIVI DI PROTEZIONE INDIVIDUALI

In questa prospettiva, **il limite della responsabilità datoriale viene individuato nell'ambito della causalità**, sostenendosi che il legame causale tra violazione delle norme dirette a prevenire gli infortuni sul lavoro e l'evento dannoso può ritenersi escluso solo se la presenza del soggetto estraneo «nel luogo e nel momento dell'infortunio non abbia tali caratteri di anormalità, atipicità ed eccezionalità da far ritenere interrotto il nesso eziologico tra l'evento e la condotta inosservante e purché, ovviamente, la norma violata miri a prevenire incidenti come quello in effetti verificatosi» (Cass. pen., Sez. IV, 10 novembre 2005, n. 11360, Rv. 233662).

LA PROVA DELLA RESPONSABILITÀ PENALE DEL DATORE DI LAVORO

In conclusione, per evitare il “rischio penale”, **l'imprenditore non potrà limitarsi ad adottare gli adempimenti formali richiesti dalle norme, ma dovrà assicurarne il pieno rispetto mediante ripetuti controlli** da parte di soggetti specificatamente preposti allo scopo, documentando con la massima precisione ogni attività (ad esempio mediante la tenuta di registri specifici), fermo restando che **l'onere della prova** della violazione delle succitate norme cautelari di rango primario e secondario **spetta comunque al soggetto danneggiato, ovvero alla pubblica accusa** a cui il soggetto danneggiato si sia rivolto con una denuncia.

L'adempimento di tale onere probatorio non sarà affatto semplice considerato che non sono ancora chiare le modalità di contagio da Covid-19 e che il virus ha un'incubazione di circa quattordici giorni nell'ambito dei quali si potrebbero inserire diverse occasioni di contagio. Soltanto per alcune categorie professionali considerate ad elevato rischio (si pensi ai sanitari e ai dipendenti dei supermercati), l'Inail ha introdotto – come abbiamo visto – una **presunzione di contagio in occasione del lavoro a fini assicurativi**, ma la presunzione non può valere in sede penale per l'apprezzamento della responsabilità del datore di lavoro, né ai fini dell'individuazione della responsabilità amministrativa dell'ente ex D.Lgs. 231/2001 (cfr. anche la circolare Inail n.22/2020).

SEGUE: LA PROVA DELLA RESPONSABILITÀ

Restano, pertanto, in vigore i normali criteri di imputazione del reato in base ai quali la responsabilità del datore di lavoro non può prescindere dalla necessità dell'accertamento dell'ulteriore requisito del **nesso di causalità tra la condotta omissiva e l'evento malattia.**

Il tema del nesso causale tra attività lavorativa e malattia professionale è stato già approfonditamente affrontato dalla Suprema Corte con numerose sentenze in materia di amianto, operando un distinguo tra **causalità generale** (l'ambiente ricco di amianto è idoneo a generare malattie professionali quali asbestosi ed altre) e **causalità individuale** (quel certo lavoratore ha contratto il tumore o la malattia a causa dell'esposizione all'amianto in quello specifico ambiente di lavoro), ponendo quindi l'accento sulla necessità di accertare nel singolo caso concreto la presenza del nesso di causalità individuale.

Appare, allora, evidente come potrebbe essere difficile dimostrare, in concreto ed al di là di ogni ragionevole dubbio, un nesso di derivazione diretta tra la condotta del datore di lavoro e l'infezione contratta dal lavoratore, non potendosi escludere che quest'ultimo possa essere entrato in contatto con il virus in occasioni estranee all'ambiente lavorativo.

SEGUE: LA PROVA DELLA RESPONSABILITÀ

Dovrà, altresì, sempre essere dimostrato che il contatto con l'agente patogeno sia avvenuto per la mancata adozione di idonee misure anti Covid e **non, invece, per condotte abnormi o esorbitanti dei dipendenti o di terzi, capaci di recidere il nesso di causalità e escludere quindi la responsabilità della direzione aziendale.**

A tal proposito, è opportuno ricordare, che nella giurisprudenza di legittimità è considerata *interruttiva del nesso di causalità* «**la condotta abnorme del lavoratore** non solo quando essa si collochi in qualche modo al di fuori dell'area di rischio definita dalla lavorazione in corso ma anche quando, pur collocandosi nell'area di rischio, **sia esorbitante dalle precise direttive ricevute ed, in sostanza, consapevolmente idonea a neutralizzare i presidi antinfortunistici posti in essere dal datore di lavoro**» (Cass. pen., Sez. IV, 16 febbraio 2015, n. 6741; v. anche Cass. Civ. Ord. n. 3282/2020).

SEGUE: LA PROVA DELLA RESPONSABILITÀ

In tema di reati omissivi l'accertamento del nesso di causalità dovrà, altresì, essere sottoposto alla rigida prova del c.d. **giudizio controfattuale**, il quale richiede che, ipotizzandosi l'effettuazione dell'azione doverosa omessa ed esclusa l'interferenza di decorsi causali alternativi, si possa concludere, con elevato grado di credibilità razionale, che l'evento non avrebbe avuto luogo.

In particolare, in tema di lesioni colpose o omicidio colposo, la giurisprudenza di legittimità ha riconosciuto sussistente il nesso causale tra ambiente di lavoro insalubre ed affezioni morbose contratte dal lavoratore non solo quando emerge con certezza che l'adozione delle norme precauzionali avrebbe scongiurato il prodursi dell'evento dannoso, ma anche nei casi in cui, pur non potendosi escludere in assoluto la possibilità di un diverso meccanismo causale, non risultino dotate di ragionevole concretezza ipotesi alternative dell'insorgere dei processi morbosi per cause, ovvero concause, del tutto indipendenti dall'accertata insalubrità dell'ambiente (Cass. pen., Sez. IV, 14 luglio 2006, n. 41939, Rv. 235162).

SEGUE: LA PROVA DELLA RESPONSABILITÀ

Andrà, altresì, dimostrato da parte della pubblica accusa **che i sintomi o il decesso sono causa dell'esposizione al virus e non conseguenza di altre patologie cliniche.**

Anche tale prova non sarà facile da fornire, atteso che dalle cronache risulta che in moltissimi casi (sia di ricoveri per malattia, ma anche in casi di decesso) non siano nemmeno stati eseguiti esami scientificamente idonei a dimostrare l'avvenuto contagio.

LA PROVA DEL NESSO CAUSALE

Differenti sono i profili di responsabilità penale o civile in ordine alla infezione da Covid-19 con riferimento, in particolare al diverso **nesso causale nel settore civile** ("più probabile che non") e **nel settore penale** ("alta credibilità logica e razionale - oltre ogni ragionevole dubbio").

Difficoltà di prova in sede penale:

-**Agevole solo in casi di isolazionismo estremo:** si può pensare ad esempio a pazienti ospitati in strutture di riposo od ospedaliere oppure a soggetti detenuti o costretti nei centri di permanenza per rimpatri che non ricevessero visite da oltre quattordici giorni (fatta eccezione che per il personale che li assiste o li sorveglia), oppure a individui che per prudenza si fossero reclusi nella loro abitazione per lo stesso periodo di tempo.

-Altro elemento di prova potrebbe essere **l'anomalo incremento dei casi di contagio rispetto a quelli attesi** (saranno indispensabili **studi epidemiologici** su cui parametrare il nesso causale)

-Salvi i casi di macroscopica violazione dei protocolli di sicurezza, sarà difficile anche provare (considerata la pletora di misure precauzionali riversate nei protocolli) che la violazione di quel dato protocollo ha causato il contagio

L'IMPOSSIBILE 'RISCHIO ZERO'

La Corte di Cassazione ha di recente chiarito che «(...) l'articolo 2087 cod. civ. non configura un'ipotesi di responsabilità oggettiva, essendone elemento costitutivo la colpa, intesa quale difetto di diligenza nelle predisposizioni delle misure idonee a prevenire ragioni di danno per il lavoratore. Né può desumersi dall'indicata disposizione un obbligo assoluto in capo al datore di lavoro di rispettare ogni cautela possibile e diretta ad evitare qualsiasi danno al fine di garantire così un ambiente di lavoro a "rischio zero", quando di per sé il pericolo di una lavorazione o di un'attrezzatura non sia eliminabile, neanche potendosi ragionevolmente pretendere l'adozione di strumenti atti a fronteggiare qualsiasi evenienza che sia fonte di pericolo per l'integrità psico-fisica del lavoratore, ciò in quanto, ove applicabile, avrebbe come conseguenza l'ascrivibilità al datore di lavoro di qualunque evento lesivo, pur se imprevedibile ed inevitabile (...) non si può automaticamente presupporre, dal semplice verificarsi del danno, l'inadeguatezza delle misure di protezione adottate, ma è necessario, piuttosto, che la lesione del bene tutelato derivi causalmente dalla violazione di determinati obblighi di comportamento imposti dalla legge o suggeriti dalle conoscenze sperimentali o tecniche in relazione al lavoro svolto» (Cass. Civ. Sez. Lav. n. 3282/2020).

LA RESPONSABILITÀ EX D.LGS. 231/2001

Alla responsabilità penale del datore di lavoro, potrebbe affiancarsi (**per i datori di lavoro organizzati in enti dotati di autonoma personalità giuridica**) anche la **responsabilità della società**, per violazione del D.Lgs. n. 231/2001 che, nel novero dei reati presupposto, all'art. 25-septies, ricomprende anche le fattispecie di cui agli artt. 589 (omicidio colposo) e 590 (lesioni personali colpose) c.p., commesse in violazione della normativa a tutela dell'igiene e della sicurezza sul lavoro di cui al D. Lgs. n. 81/2008.

occorreranno, tuttavia, cumulativamente le seguenti condizioni:

1. il reato presupposto deve essere stato commesso da un soggetto che rivesta **funzione di rappresentanza, amministrazione o direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria o funzionale**, nonché da persone che esercitino **anche di fatto la gestione o il controllo dello stesso**, o da persone *sottoposte alla direzione o vigilanza di uno di questi soggetti*;
2. il reato deve essere stato commesso nell'**interesse o a vantaggio dell'ente**;
3. l'ente deve essere **sprovvisto di un adeguato Modello Organizzativo** idoneo alla prevenzione del reato presupposto

L'INTERESSE E IL VANTAGGIO PER L'ENTE

Assunto che nessun ente/datore di lavoro può avere 'interesse' né 'vantaggio' a che i propri dipendenti contraggano il virus in questione (così come qualunque altra malattia o infortunio all'interno dell'ambiente lavorativo), **il requisito del vantaggio dell'ente** potrebbero essere ravvisato, come più in generale avviene per tutte le ipotesi di infortuni sul lavoro, nel risparmio conseguente al mancato acquisto dei dispositivi di protezione individuali (DPI) specifici (guanti, mascherine, gel igienizzante, ecc.), oppure nella mancata riduzione dell'attività produttiva, che si sarebbe, invece, verificata in caso di adozione delle misure prescritte per legge (distanziamento, divieto di assembramenti, scaglionamenti, ecc.)

Il requisito dell'interesse dell'ente viene individuato dalla Suprema Corte quando «*l'evento dannoso è il risultato della mancata adozione di specifiche misure di prevenzione a fronte di un interesse rilevante dell'ente a porre in essere l'attività pericolosa nonostante la condotta colposa*» (Cass. Sez. IV, 27 settembre 2019, n. 39741).

L'ADEGUAMENTO DEL MODELLO ORGANIZZATIVO ALLA DISCIPLINA ANTI COVID-19

Altro profilo problematico riguarda la **necessità o meno di procedere ad un adeguamento del modello rispetto ai nuovi profili di rischio connessi al contagio da Covid-19**, con tutto ciò che questo comporta considerando che ogni modifica del modello deve essere approvata dall'Organo dirigente dell'ente e non può essere in alcun modo delegata.

Si ritiene che, più che un adeguamento della struttura del modello (il quale normalmente già dovrebbe prevedere una sezione relativa alla prevenzione degli infortuni e malattie sul lavoro), sarebbe più agevole ed efficace intervenire sui protocolli aziendali a cui quest'ultimo generalmente rimanda per i dettagli più strettamente operativi.

l'art. 30 del D. Lgs. n. 81/2008 prescrive, infatti, che il modello di organizzazione ex D. Lgs. n. 231/2001 debba essere *“adottato ed efficacemente attuato, assicurando un sistema aziendale per l'adempimento di tutti gli obblighi giuridici relativi”*.

IL RUOLO DELL'ODV

Assume particolare rilievo l'attività svolta dagli **Organismi di Vigilanza** (Odv). Agli OdV, infatti, compete la verifica delle attività di prevenzione a presidio delle aree di rischio reato, di cui al catalogo 231, poste in essere dall'azienda. In tale specifico contesto l'attività di vigilanza si potrebbe concretizzare nell'acquisizione della valutazione del rischio da Covid-19 effettuata dall'azienda (secondo quanto riportato nel DVR o in un suo allegato), verificando la reale attuazione delle prescrizioni (constatando e documentando la concreta attuazione delle prescrizioni indicate).

A questo scopo, pur tenendo conto delle problematiche date dalla situazione contingente ove gli accessi in azienda saranno necessariamente limitati dalle misure emergenziali, dovranno essere istituiti **idonei flussi informativi** dalle funzioni aziendali preposte alla gestione del rischio Covid-19, sia rispetto alle azioni preventive attuate sia, nel caso di avvenuto contagio, sulle ulteriori procedure adottate per contenere il contagio.

IMPIEGO DI LAVORATORE NON VACCINATO: POSSIBILI CONSEGUENZE IN CASO DI CONTAGIO

- 1) SI AMMALA IL LAVORATORE (in occasione dell'attività lavorativa) → Art. 589-590 c.p. a carico del datore di lavoro (eventualmente anche a carico di RSPP e Medico Competente)
- 2) SI AMMALANO MOLTI LAVORATORI O SOGGETTI TERZI VENUTI IN CONTATTO CON L'IMPRESA → Art. 589-590 c.p. + art. 452 c.p. (sia a carico del datore di lavoro + RSPP e Medico Competente, sia del lavoratore che ha propalato il contagio)

ART. 452 C.P.

L'art. **452 del codice penale**, in relazione al 438 c.p., stabilisce che **“CHIUNQUE PER COLPA** (*l'evento si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline*) **CAGIONA UNA EPIDEMIA** mediante la **diffusione di germi patogeni, è punito con la reclusione da 3 a 12 anni** (*morte di più persone*).

In caso di **diffusione dolosa** di agenti patogeni (art. 438 c.p.) la pena è dell'ergastolo

CASS. PEN., SEZ. I, 30 OTTOBRE 2019, N. 48014

In base alla più recente giurisprudenza di legittimità, benché in tema di epidemia dolosa ex art. 438 c.p., il fatto tipico non richiede che taluno possieda i germi come un oggetto materiale da lui fisicamente separato, nel senso che gli stessi potrebbero essere propagati da un soggetto agente contagiato o portatore asintomatico durante la fase di incubazione.

Secondo l'interpretazione più accreditata, l'espressione «mediante la diffusione di germi patogeni» contenuta nell'art. 438 c.p. è quanto mai ampia e può includere ogni essere o elemento atto a cagionare o trasmettere una malattia e, quindi, ovviamente, anche un virus, oltre ai bacilli e ai protozoi.

CASS. PEN. N.
9133 DEL 12/12/2017 UD. RV. 272261

Si registra una recente pronuncia della Suprema Corte in tema di delitto di epidemia colposa secondo cui **non è configurabile la responsabilità a titolo di omissione** in quanto l'art. 438 cod. pen., con la locuzione "*mediante la diffusione di germi patogeni*", richiede una condotta commissiva a forma vincolata, incompatibile con il disposto dell'art. 40, comma secondo, cod. pen., riferibile esclusivamente alle fattispecie a forma libera.

SEGUE: CASS. PEN., N. 48014 DEL 30.10.2019

Secondo la più recente pronuncia di legittimità in materia, l'**epidemia** cui si riferisce l'articolo 438 del codice penale consiste in

- a) una malattia contagiosa connotata da una spiccata tendenza a diffondersi, così da interessare, nel medesimo tempo e nello stesso luogo, un numero rilevante di persone;
- b) una capacità di ulteriore espansione e agevole propagazione, tale da comportare un pericolo di infezione per una porzione ancora più vasta e indeterminata di popolazione;
- c) una durata cronologicamente limitata, poiché altrimenti si verserebbe in un'ipotesi di endemia.

La sentenza conclude, però, affermando che **le forme di contagio per contatto fisico tra agente e vittima (la sentenza era in tema di contagio da HIV), sebbene di per sé non estranee alla nozione di «diffusione di agenti patogeni» di cui all'art. 438 cod. pen., non costituiscono, di regola, antecedenti causali di detto fenomeno.**

SEGUE: CASS. PEN., N. 48014 DEL 30.10.2019

In applicazione del principio sopra richiamato, la Corte ha escluso che integrasse gli estremi del delitto di epidemia dolosa la condotta dell'imputato che aveva consapevolmente trasmesso il virus dell'HIV, da cui era affetto, ad **una trentina** di donne con le quali avuto rapporti sessuali non protetti nel corso di un periodo di nove anni, rilevando come il **numero cospicuo, ma non ingente**, delle stesse e l'ampiezza dell'arco temporale in cui si era verificato il contagio, unitamente al numero altrettanto cospicuo di donne che, pur congiuntesi senza protezione con l'imputato, non era rimasto infettato, deponesse per il difetto della connotazione fondamentale del fenomeno epidemico della facile trasmissibilità della malattia ad un numero potenzialmente sempre più elevato di persone.

SEGUE: CASS. PEN., N. 48014 DEL 30.10.2019

L'imputato è stato **assolto dal delitto di epidemia** colposa, ma condannato a **22 anni di reclusione a titolo di lesioni volontarie gravissime** ai danni delle persone contagiate sul presupposto che:

- Conosceva il proprio stato di sieropositività
- Non ha adottato precauzioni nei rapporti sessuali con le vittime

N.B. è stato ritenuto responsabile anche dei **danni causati indirettamente** ai partner maschili delle donne contagiate ed, in un caso, al figlio di una di queste nato sieropositivo

SEGUE: SPECIFICITÀ DEL CONTAGIO DA HIV RISPETTO AL CORONAVIRUS

Nella sentenza soprarichiamata si è giunti ad una condanna in quanto all'esito del dibattimento si era ragionevolmente potuto escludere che l'imputato avesse incontrato persone che, a loro volta, erano state «infettate da altri e proprio del medesimo virus», mentre nel caso del Coronavirus tale prova sarebbe pressoché impossibile, se non nei casi di isolamento forzato o volontario del soggetto contagiato;

Anche le specificità del contagio da HIV (contatto fisico diretto e scambio di fluidi corporei) hanno agevolato la prova del contagio, mentre la diffusività del contagio da Coronavirus sarebbe di grande ostacolo al raggiungimento di una prova 'al di là di ogni ragionevole dubbio'

LA CONDOTTA DELL'AGENTE NELL'EPIDEMIA COLPOSA

L'agente deve conoscere la qualità patogenetica dei germi oppure ignorarla colposamente; allo stesso modo, deve sapere di esserne latore oppure credere il contrario per errore dovuto a sua colpa rimproverabile (es. ha la febbre oltre 37,5°C da giorni, ma non effettua un tampone; oppure sa di essere stato a contatto con un soggetto malato, pur essendo lui asintomatico)

V

Questa condotta è applicabile tanto al lavoratore che si reca comunque al lavoro ignorando o, peggio, tacendo il proprio stato, quanto al datore di lavoro che impiega comunque lavoratori che sa, o potrebbe sapere, che sono contagiati (es. mancanza di misuratori di temperatura in ingresso)

ESEMPIO DI PROCESSO PER EPIDEMIA COLPOSA: CASO POGGIOLINI

Il Ministro Duilio Poggiolini venne processato per epidemia colposa ed omicidio plurimo aggravato per **il caso degli emoderivati infetti**, proprio in ragione di una evidente colpa da parte del Ministero per l'assenza di controlli sulla presenza di virus letali o trattamenti con inattivatori virali sul sangue da trasfusione.

Assolto perché il fatto non sussiste con sentenza del Tribunale di Napoli del 25 marzo 2019 (*assieme ad altri 9 tra ex tecnici e manager del gruppo Marcucci*): secondo la Pubblica Accusa in quel processo “*non può pagare il solo Duilio Poggiolini per falle dell'intero sistema sanitario*”. E poi dal dibattimento non è emersa la prova del nesso causale tra l'infusione di plasmaderivati prodotti dal gruppo Marcucci e la morte delle 9 persone emofiliache i cui familiari si erano costituiti parte civile

CONCLUSIONI

Allo stato, non si conoscono procedimenti penali a carico di datori di lavoro anche in casi di focolai da Covid-19 in azienda, se non per alcune R.S.A. ove sono state riscontrate macroscopiche violazioni dei protocolli di sicurezza (no isolamento dei contagiati, no mascherine, no distanziamento)

I reati contestati in questi casi sono stati: art. 589 e 590 c.p., ma anche il reato di epidemia colposa ex art. 452 c.p.