

AVV. STEFANO COMELLINI
DOTT.SSA GIULIA ZALI¹

L'infezione da Covid-19 ha interessato il mondo dell'impresa sia per le gravi ricadute economiche, peraltro comuni a numerosi altri settori economici, sia per i nuovi obblighi di sicurezza e salute nell'ambito dei luoghi di lavoro, con la necessità di fissare al proposito precisi criteri di specifica responsabilità del datore di lavoro.

La pandemia ha provocato un radicale stravolgimento del mondo lavorativo. Molte aziende hanno dovuto ridisegnare la catena produttiva, adattandola a stringenti protocolli di sicurezza. Altre realtà sono rimaste operative fronteggiando numerose difficoltà e ingenti costi che hanno gravato sugli esigui guadagni. Molte aziende hanno scelto di utilizzare la modalità del cd. smart working per tutelare i dipendenti e limitare i contagi.

La pandemia ha comportato uno stravolgimento del concetto di lavoro così come era concepito in precedenza, obbligando i datori di lavoro ad aggiornarsi per adottare, quanto prima possibile, tutte le cautele e precauzioni sanitarie necessarie a garantire il diritto alla salute dei lavoratori, sia sul luogo di lavoro, sia in ogni altro luogo ove si svolga l'attività lavorativa.

Con la graduale ripresa, successiva al cd. lockdown imposto dall'emergenza sanitaria, la necessità per i datori di lavoro di riavviare le diverse attività di produzione e servizi si è comunque accompagnata a diffuse inquietudini circa le precauzioni da adottare a

tutela dei dipendenti e per le conseguenze, civili e penali, del loro mancato rispetto.

Le preoccupazioni datoriali si erano manifestate già al primo propagarsi dell'infezione e si sono ampliate, al rapido manifestarsi della pandemia, anche per la scelta normativa (art. 43 D.L. 17.3.2020 n. 18 cd. "Cura Italia"²) di ricondurre alla nozione di infortunio i casi accertati di infezione da coronavirus in luogo o ambito di lavoro.

In taluno era, infatti, sorta la convinzione che, in tal modo, il legislatore avesse introdotto una sorta di automatica responsabilità del datore di lavoro per la malattia da Covid-19 contratta dal dipendente, tale da ricadere nei reati di lesioni personali gravi e gravissime (art. 590 co. 3 c.p.) o di omicidio colposo (art. 589 co. 2 c.p.), con possibili implicazioni anche sotto il profilo della responsabilità amministrativa degli enti ai sensi del D.Lgs. 231/2001.

Si trattava, in realtà, di una interpretazione del tutto contrastante con i principi generali del diritto penale, tanto che è stato necessario l'intervento dell'INAIL che, con la breve nota 15.5.2020, ha rilevato la pacifica distinzione tra la responsabilità del datore di lavoro e i generali criteri di riconoscimento dell'infortunio da parte dell'Ente.

Infatti, come correttamente evidenziato dall'Ente, "il riconoscimento dell'infortunio da parte dell'Istituto non assume alcun rilievo per sostenere l'accusa in sede penale,

¹ Studio Legale Comellini

² Convertito con modificazioni nella Legge 24.4.2020 n. 27.

considerata la vigenza in tale ambito del principio di presunzione di innocenza nonché dell'onere della prova a carico del pubblico ministero. E neanche in sede civile il riconoscimento della tutela infortunistica rileva ai fini del riconoscimento della responsabilità civile del datore di lavoro, tenuto conto che è sempre necessario l'accertamento della colpa di quest'ultimo per aver causato l'evento dannoso".

D'altro canto, l'INAIL liquida le patologie occorse "in occasione" dell'attività lavorativa secondo un criterio obiettivo di ampiezza maggiore rispetto a quello appena evidenziato, così che, se non vi è accertamento di responsabilità, l'Ente lascia immune il datore di lavoro dall'obbligo di risarcimento al lavoratore.

Tuttavia, la preoccupazione datoriale non è svanita, con effetti che vediamo trasfusi, addirittura in apertura del documento programmatico della cd. Commissione Colao³, ove (Scheda 1.i) si propone di escludere "il "contagio Covid19" dalla responsabilità penale del datore di lavoro per le imprese non sanitarie".

In particolare, la Commissione ritiene 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".

La soluzione suggerita, per quanto attiene al rischio di responsabilità penale, verte sulla possibile previsione – con normativa nazionale – che adottare e osservare i protocolli di sicurezza, predisposti dalle parti sociali (da quello nazionale del 24 aprile 2020, a quelli specificativi settoriali, ed eventualmente integrativi territoriali),

³ Iniziative per il rilancio "Italia 2020-2022", Schede di Lavoro, a cura del Comitato di esperti in materia economica e sociale

costituisca adempimento integrale dell'obbligo di sicurezza di cui all'art. 2087 c.c.

In altre parole, grazie a una sorta di "scudo penale", l'imprenditore che osservasse l'obbligo di sicurezza, nei predetti termini, non sarebbe soggetto a responsabilità civile e a responsabilità penale, pur in presenza di un eventuale riconoscimento da parte dell'INAIL dell'infortunio da contagio Covid-19.

Al momento in cui scriviamo le schede della Commissione Colao sono ancora al livello di proposte dal futuro incerto. È bene quindi, per verificare l'incidenza del possibile contagio infettivo sugli obblighi datoriali, soffermarsi sul diritto vigente e sui provvedimenti regolamentari che si sono succeduti numerosi nel periodo emergenziale.

Come appena rilevato, la norma fondamentale in materia di sicurezza sul lavoro è l'art. 2087 c.c., per cui *"L'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro"*.

L'art. 2087 c.c. impone sia un "non facere", sia un dovere di intervento positivo del datore di lavoro per adottare ed applicare tutte le misure necessarie suggerite dalla particolarità del lavoro, dell'esperienza e della tecnica, così che l'attività produttiva si eserciti senza pregiudizio per la vita e le condizioni di salute del dipendente.

La responsabilità dell'imprenditore per l'omessa adozione delle misure idonee a tutelare l'integrità fisica del lavoratore discende così o da norme specifiche (di legge, in primis, il D.Lgs. n. 81/2008, e regolamentari) o, nell'ipotesi in cui esse non siano rinvenibili, dal citato art. 2087 c.c., norma di ordine generale, disposizione "di chiusura" del sistema antinfortunistico,

estensibile a situazioni ed ipotesi non espressamente considerate e valutate dal legislatore al momento della sua formulazione⁴.

Ne deriva che il datore di lavoro riveste una posizione di garanzia che, ai sensi dell'art. 40 co. 2 c.p.⁵, gli ascrive la responsabilità per l'omesso o impreciso rispetto delle misure prevenzionali. Misure prevenzionali che devono essere applicate non solo nei confronti dell'attività lavorativa intesa come azienda luogo-fisico, ma anche durante l'intero compimento della stessa e indipendentemente dal luogo in cui essa venga posta in essere, sia entro i confini dell'azienda sia in ogni spazio idoneo ad ospitare almeno un posto di lavoro o accessibile al lavoratore nell'ambito della propria mansione⁶, potendo ogni tipologia di spazio assumere la qualità di "luogo di lavoro", a condizione che ivi sia ospitato almeno un posto di lavoro o esso sia accessibile al lavoratore nell'ambito della propria attività⁷.

Le normative e i protocolli di riferimento per la valutazione del rischio Covid-19

A far tempo dal primo manifestarsi dell'infezione si sono succeduti numerosi provvedimenti normativi, statali e regionali, di natura legislativa e regolamentare, in un contesto complessivo spesso di non facile interpretazione.

Da ultimo, rilevano il D.L. 16 maggio 2020 n. 33 e i conseguenti DPCM attuativi del 17 maggio e 11 giugno 2020.

Inoltre, con l'intervento delle parti sociali, sono stati approvati e implementati distinti

⁴ Cass. civ., 5.7.2018 n. 17668.

⁵ "Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo".

⁶ Cass. pen., 5.10.2017 n. 45808

⁷ Cass. pen., 20.1.2014 n. 2343.

Protocolli, elaborati in attuazione del DPCM 11 marzo 2020, art. 1, co. 1 n. 9, che appunto raccomandava specifiche intese tra le organizzazioni datoriali e quelle sindacali.

Di portata generale è il "Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro generale governo e parti sociali", adottato il 24 aprile 2020 da Governo e parti sociali, integrativo del primo protocollo firmato il 14 marzo 2020 da CGIL, Cisl, Uil, Confindustria e Confapi.

In pari data – 24 aprile 2020 – è poi stato adottato uno specifico Protocollo per i cantieri, mentre quello per il settore dei trasporti e della logistica era stato rilasciato il precedente 20 marzo.

Da ultimo, il DPCM 11.6.2020 ha fatto propri i detti Protocolli disponendo (art. 2) che "sull'intero territorio nazionale tutte le attività produttive industriali e commerciali ..., rispettano i contenuti" degli stessi come riportati quali allegati ai nn. 12, 13, 14.

Il Protocollo generale è stato predisposto con il dichiarato obiettivo di fornire le indicazioni operative finalizzate a incrementare, negli ambienti di lavoro non sanitari, l'efficacia delle misure precauzionali di contenimento adottate per contrastare l'epidemia di COVID-19.

Riguardo agli obblighi informativi, nel testo si prescrive l'obbligo per i datori di lavoro di portare a conoscenza di chiunque acceda in azienda i principali metodi comportamentali, quali, in primis, il divieto di ingresso in caso di febbre o presenza di sintomi influenzali e l'obbligo di comunicazione qualora i sintomi compaiano durante l'attività lavorativa. Il personale, al momento dell'ingresso, potrà essere sottoposto al controllo della temperatura corporea. I contatti tra i fornitori

esterni e i dipendenti dell'azienda dovranno essere limitati al minimo indispensabile.

Circa gli obblighi di sanificazione, l'azienda dovrà assicurare la pulizia giornaliera dei locali (con particolare riguardo a mouse, schermi touch e tastiere). Il datore di lavoro dovrà mettere a disposizione idonei mezzi detergenti per le mani, raccomandando la frequente igienizzazione delle stesse. L'azienda dovrà fornire mascherine conformi alle disposizioni dell'OMS quali dispositivi di protezione individuali (DPI).

Qualora il lavoro imponga di lavorare a distanza interpersonale minore di un metro e non siano possibili altre soluzioni organizzative, sarà comunque necessario, oltre all'uso delle mascherine, l'utilizzo di altri dispositivi di protezione (guanti, occhiali, tute, cuffie, camici). Sono imposti accessi contingentati nelle aree comuni e la riorganizzazione dell'orario di lavoro con turnazioni e promozione dello smart working. Nel contempo (aprile 2020), l'INAIL rilasciava un elaborato redatto con il Comitato Tecnico Scientifico istituito presso la Protezione Civile, denominato "Documento tecnico sulla possibile rimodulazione delle misure di contenimento del contagio da SARS-CoV-2 nei luoghi di lavoro", destinato a garantire una tutela globale della salute e della sicurezza dei lavoratori nell'emergenza.

Il documento è composto da due parti. La prima riguarda la predisposizione di una nuova procedura di valutazione integrata del rischio basata su tre indici. In particolare: l'esposizione, definita "la probabilità di venire in contatto con fonti di contagio nello svolgimento delle specifiche attività lavorative"; la prossimità, data dalle caratteristiche intrinseche di svolgimento del lavoro che non permettono un sufficiente distanziamento sociale; l'aggregazione, intesa quale tipologia di lavoro che prevede il contatto con altri soggetti oltre ai lavoratori dell'azienda. La seconda si incentra

sull'adozione di misure organizzative, di prevenzione e protezione, nonché di lotta all'insorgenza di focolai epidemici.

Le misure organizzative riguardano la gestione degli spazi e l'organizzazione dell'orario di lavoro. Le misure di prevenzione e protezione nel documento concernono, invece, gli obblighi formativi e informativi, le misure igieniche e di sanificazione degli ambienti, l'utilizzo dei dispositivi di protezione individuale (quali le mascherine) oltre, infine, ad una particolare e specifica sorveglianza sanitaria.

La riorganizzazione della gestione del rischio deve ovviamente avvenire mediante l'integrazione del Documento di valutazione dei rischi, con l'imprescindibile coinvolgimento di tutti i protagonisti della sicurezza in azienda: RSPP, RLS, medico competente.

Rilevante anche la Circolare 13.5.2020 n. 156, con la quale la Direzione centrale tutela, sicurezza e vigilanza sul lavoro dell'Ispettorato nazionale del lavoro ha fornito ulteriori e più dettagliate indicazioni al personale ispettivo in merito ai controlli connessi alla riapertura dei cantieri edili.

In particolare, l'INL, dopo aver richiamato i punti fondamentali da rispettare per la ripresa dei lavori, sia per i titolari del cantiere che per i subappaltatori e subfornitori, ha evidenziato la necessità di rispettare la distanza sociale, anche attraverso una rimodulazione degli spazi di lavoro, compatibilmente con la natura dell'attività e con le dimensioni dei cantieri e di integrare, ove presente, il Piano di sicurezza e coordinamento (PSC). Sul committente grava l'obbligo di vigilare, attraverso i soggetti preposti, sull'adozione delle misure anticontagio.

L'INL richiama inoltre il disposto dell'art. 16 D.L. n. 18/2020, secondo il quale, per contenere il diffondersi del virus COVID-19

fino al termine dello stato di emergenza, fissato come è noto al 31 luglio 2020⁸, per i lavoratori che nello svolgimento della loro attività sono oggettivamente impossibilitati a mantenere la distanza interpersonale di un metro, le mascherine chirurgiche reperibili in commercio sono considerate dispositivi di protezione individuale (DPI) di cui all'art. 74 co. 1 D.Lgs. 81/2008. La violazione di tale prescrizione implica per il datore di lavoro la contravvenzione di cui agli artt. 18 co. 1 lett. d) e 55 D.Lgs. n. 81/2008 sanzionata penalmente con la pena dell'arresto da due a quattro mesi o con l'ammenda da 1.824,76 euro a 7.371,03 euro. D'altro canto, se il datore di lavoro fornisce le mascherine ma il lavoratore non le indossa, anche quest'ultimo sarà sanzionato ai sensi degli artt. 20 co. 2 lett. d) e 59 co. 1 lett. a) dello stesso D.Lgs. 81/2008.

Tuttavia, quanto fin qui riferito in tema di normativa, protocolli e indicazioni tecniche degli Enti di riferimento non modifica il sistema della responsabilità penale del datore di lavoro. Qualora infatti, si accerti l'elemento soggettivo della colpa e il nesso causale tra l'infezione e la violazione da parte del datore di lavoro delle norme, legislative e regolamentari, poste a tutela della salute e della sicurezza sul lavoro, al responsabile potranno essere contestati i reati di lesioni colpose e financo l'omicidio colposo.

Si tratta di null'altro che dell'applicazione dei principi generali del diritto penale a cui si è uniformato – né potrebbe essere altrimenti – anche l'INAIL.

Dopo la nota 15 maggio 2020 di cui già si è detto, nella circolare n. 22 del 20 maggio 2020 si legge infatti (p. 4) che “il riconoscimento dell'origine professionale del contagio, si fonda in conclusione, su un giudizio di ragionevole probabilità ed è totalmente avulso da ogni valutazione in ordine alla imputabilità di eventuali comportamenti omissivi in capo al datore di lavoro che

possano essere stati causa del contagio. Non possono, perciò, confondersi i presupposti per l'erogazione di un indennizzo Inail (basti pensare a un infortunio in 'occasione di lavoro' che è indennizzato anche se avvenuto per caso fortuito o per colpa esclusiva del lavoratore), con i presupposti per la responsabilità penale e civile che devono essere rigorosamente accertati con criteri diversi da quelli previsti per il riconoscimento del diritto alle prestazioni assicurative”.

Per la responsabilità penale è, infatti, pur sempre necessario individuare, ex art. 43 c.p., un collegamento causale tra la condotta colposa di violazione delle norme dirette a prevenire gli infortuni e l'evento dannoso e che la norma violata miri a prevenire proprio quanto verificatosi.

D'altro canto, anche per la diversa ipotesi della condotta omissiva, regolata dall'art. 40 co. 2 c.p. e relativa alla posizione di garanzia del datore di lavoro, il principio di tassatività delle fattispecie penali impone di considerare come presupposto di applicabilità della norma non tanto un obbligo generico di attivarsi, quanto piuttosto un obbligo giuridico specifico di compiere proprio quell'azione che avrebbe impedito l'evento di reato. Ancora più precisamente, il presupposto di operatività del principio di causalità omissiva è l'esistenza di un obbligo stabilito proprio per impedire eventi del genere di quello che si verifica nel reato in considerazione.

Ne deriva che – come peraltro espressamente e doverosamente riconosciuto dallo stesso INAIL – la molteplicità delle modalità di contagio rende arduo stabilire un collegamento certo tra la violazione del datore di lavoro e l'evento infezione/infortunio.

■

⁸ Delib. CdM 31.1.2020.