

IL RISCHIO EPIDEMICO NEI LUOGHI DI LAVORO TRA RESPONSABILITÀ PENALE DELLE PERSONE FISICHE E PROFILI DI CORPORATE LIABILITY.

Giulia Rizzo Minelli

Abstract: *Per la gestione dell'emergenza sanitaria legata alla diffusione del nuovo coronavirus SARS-CoV-2, sono stati emanati diversi decreti volti a contenere il diffondersi del contagio mediante l'impiego di misure urgenti, preventive e cautelari, dirette a coniugare la necessaria prosecuzione delle attività produttive con le garanzie di sicurezza e salubrità degli ambienti lavorativi. Ne sono conseguiti nuovi e significativi obblighi per i datori di lavoro, tenuti a salvaguardare la salute dei propri lavoratori, sia per dovere etico sia perché la posizione di garanzia che rivestono impone – per evitare responsabilità penali – di impedire il verificarsi di eventi lesivi. Il contributo intende quindi approfondire i risvolti penali dell'emergenza Covid-19, prendendo in esame i profili di responsabilità delle persone fisiche e giuridiche datrici di lavoro nel caso in cui il contagio avvenga in occasione del lavoro e sia eziologicamente riconducibile ad una loro azione od omissione.*

Abstract (EN): *For the management of the epidemiological emergency linked to the diffusion of the SARS-CoV-2, several decrees have been enacted, in order to containing the spread of the contagion by the use of urgent preventive and precautionary measures, aimed at combining the necessary continuation of productive activities with the guarantee of the safety and health of the working environment. New and significant requirements have followed for employers who are obliged to safeguard the health of their workers, for ethical duty and for the security position they hold that requires – to avoid criminal liability – the prevention of harmful events. The article intends to analyse the criminal profiles of the Covid-19 emergency, by the examination of the liability of employers (individuals and corporations) in case that the contagion takes place at work and it is etiologically due to their actions or omissions.*

SOMMARIO: **1.** Qualche considerazione introduttiva. **2.** L'esperienza dei protocolli condivisi. **3.** Il ruolo del datore di lavoro nella prevenzione del contagio. **4.** Sulla equiparazione del contagio da Covid-19 all'infortunio sul lavoro. **4.1.** (segue) Il ruolo dell'art. 29-bis legge 40/2020. **5.** L'accertamento della responsabilità penale individuale per la morte o le lesioni conseguenti al contagio da Covid-19. **5.1.** Sul nesso di causalità. **5.2.** Sulla colpa. **6.** La responsabilità degli enti ex d. lgs. 231/2001. **6.1.** Il Modello di Organizzazione e Gestione ai tempi del Covid. **6.2.** Il ruolo dell'Organismo di Vigilanza. **7.** Note conclusive.

1. Qualche considerazione introduttiva.

La esponenziale diffusione del virus SARS-CoV-2¹ – morbo nuovo, facilmente trasmissibile ed i cui rischi per la vita e la salute delle persone sono ormai purtroppo noti – ha tragicamente e globalmente segnato i primi mesi del 2020, portando all'inedita situazione in cui ai cittadini è stato richiesto di rimanere – fatti salvi i casi di improrogabili esigenze e situazioni di necessità – nelle proprie abitazioni nel tentativo di contingentare, per quanto possibile, le occasioni di contatto sociale e ridurre la capacità diffusiva del virus². Sebbene il periodo di prolungata e generalizzata quarantena sia ad oggi cessato, così come è in calo (si auspica definitivamente) la diffusione del contagio – atteso che i dati sulla propagazione del virus incoraggiano e dimostrano una progressiva diminuzione del numero di vittime – le conseguenze, sociali ed economiche, della pandemia continuano invece con veemenza ad imperare³. Se, infatti, il Covid-19 ha dispiegato i propri nefasti effetti, *in primis*, sulla salute delle persone, con le ben note drammatiche ripercussioni sul Servizio Sanitario Nazionale, non meno pericolose sono le conseguenze che l'epidemia ha portato e porterà nel mondo del lavoro e, più in generale, nell'economia⁴.

Basti infatti rammentare come, fin dai primi casi di contagio da Covid-19, siano stati emanati numerosi provvedimenti volti a contrastare la diffusione del virus nei luoghi di lavoro⁵. Ed invero, il 3 febbraio 2020 il Ministero della Salute, con propria circolare, ha fornito una serie di indicazioni per gli operatori che – nello svolgimento delle proprie attività lavorative – vengono a contatto con il pubblico⁶; di poi, il Governo – durante la c.d. *fase 1* – ha previsto la prosecuzione delle sole attività produttive poste in essere in condizioni che «assicurino alle persone che lavorano adeguati livelli di protezione», cercando comunque di favorire il massimo utilizzo da parte delle imprese di «modalità di lavoro agile

1 Acronimo dall'inglese *Severe Acute Respiratory Syndrome - Coronavirus - 2* (sindrome respiratoria acuta grave da coronavirus 2).

2 Così G.L. GATTA, *Coronavirus, limitazione di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale*, in *Sistema Penale*, 16 marzo 2020.

3 M. RIVERDITI, L. AMERIO, *Covid-19 e infortuni sul lavoro: risvolti penalistici*, in *Giurisprudenza Penale Trimestrale*, 2020, 1, 82 e ss.

4 Cfr. D. AMATO, *Contagio da Covid-19 "in occasione di lavoro" e responsabilità datoriale: è davvero necessario uno scudo penale?* In *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 6; per un approfondito esame delle ricadute sul mondo del lavoro dell'epidemia da Covid-19, si rinvia alla relazione dell'OIL (Organizzazione Internazionale del Lavoro), dal titolo "*Covid-19 e mondo del lavoro: impatto e risposte*", del 18 marzo 2020.

5 Così G. MINNITI, *Contagio da COVID-19 in ambiente lavorativo: responsabilità penale del datore di lavoro e dell'ente ex d. lgs. 231/2001*, in *Il Penalista*, 15 aprile 2020.

6 Trattasi della circolare n. 3190/2020 del Ministero della Salute, recante "*Indicazioni per gli operatori dei servizi/esercizi a contatto con il pubblico*". Essa fornisce le seguenti indicazioni operative: «Si rappresenta preliminarmente che, ai sensi della normativa vigente (d. lgs. 81/2008), la responsabilità di tutelarli dal rischio biologico è in capo al datore di lavoro, con la collaborazione del medico competente. Le misure devono tener conto della situazione di rischio che, come si evince dalle informazioni sopra riportate, nel caso in esame è attualmente caratterizzata in Italia dall'assenza di circolazione del virus. Inoltre, come si evince dalla circolare del 31/1/2020 relativa all'identificazione dei casi e dei contatti a rischio, questi ultimi sono solo coloro che hanno avuto contatti ravvicinati e protratti con gli ammalati. Pertanto, ad esclusione degli operatori sanitari, si ritiene sufficiente adottare le comuni misure preventive della diffusione delle malattie trasmesse per via respiratoria, e in particolare: lavarsi frequentemente le mani; porre attenzione all'igiene delle superfici; evitare i contatti stretti e protratti con persone con sintomi simil influenzali; adottare ogni ulteriore misura di prevenzione dettata dal datore di lavoro».

per le attività che possono essere svolte presso il proprio domicilio o in modalità a distanza», raccomandando sia «di incentivare ferie e congedi retribuiti nonché gli altri strumenti previsti dalla contrattazione collettiva» che di «sospendere le attività dei reparti aziendali non indispensabili alla produzione»⁷; infine – a fronte dell’aumento del numero di contagi – ha disposto l’interruzione di tutte le attività produttive ritenute non essenziali⁸. Da ultimo, durante le fasi 2, 2bis e 3 (questa ultima tuttora in corso), contrassegnate da una graduale ripartenza delle attività produttive, è stato imposto ai datori di lavoro, per poter riprendere le proprie attività, di adottare ogni dovuta precauzione e di attenersi a scrupolosi protocolli volti a contrastare e contenere la diffusione del virus nei luoghi di lavoro.

Proprio il difficile, ma necessario, bilanciamento tra la prosecuzione delle attività produttive da un lato, e le garanzie di sicurezza e salubrità degli ambienti lavorativi dall’altro, richiede una attenta riflessione, anche sul piano penalistico.

La ripresa delle attività produttive e commerciali impone, infatti, al datore di lavoro il rispetto di una serie di obblighi la cui mancata osservanza espone lo stesso ad una possibile responsabilità penale per morte o lesioni colpose quali conseguenza dell’inosservanza e dell’inadempimento delle misure volte a ridurre il rischio di contagio⁹. Dunque, pur muovendosi in un contesto ancora contraddistinto da notevole incertezza normativa, determinata da un coacervo di norme emanate da molteplici fonti (Parlamento, Governo, Presidente del Consiglio dei Ministri, Ministri, Regioni, Enti Locali)¹⁰ nel

7 Così il “Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro”, sottoscritto il 14 marzo 2020 tra Governo e parti sociali.

8 Nel dettaglio, il d.p.c.m. 11 marzo 2020 n. 64, all’art. 1 comma 7, ha raccomandato alle imprese ed alle altre attività produttive di incentivare il lavoro a distanza, con modalità di lavoro agile (c.d. *smart working*) (lett. a); di incentivare le ferie e i congedi retribuiti per i dipendenti nonché gli altri strumenti previsti dalla contrattazione collettiva (lett. b); di sospendere le attività dei reparti aziendali non indispensabili alla produzione (lett. c.). Laddove non fosse possibile interrompere l’attività lavorativa, si è garantita la prosecuzione della stessa previa adozione di protocolli di sicurezza anti-contagio, nel rispetto della distanza interpersonale di un metro, ritenuta la principale misura di contenimento del virus, e tramite l’impiego di strumenti di protezione individuale (lett. d). Poi, sono state promosse operazioni di sanificazione dei luoghi di lavoro, anche utilizzando a tal fine forme di ammortizzatori sociali (lett. e). Infine, nell’ambito delle attività produttive, si chiede di limitare al massimo gli spostamenti all’interno dei siti, contingentando l’accesso agli spazi comuni (art. 1 comma 8). Invece, il d.p.c.m. 22 marzo 2020 n. 76, ha - più incisivamente - sospeso tutte le attività produttive industriali e commerciali, salvo quelle funzionali ad assicurare la continuità delle filiere delle attività non interrotte, indicate all’Allegato 1 del decreto, nonché dei servizi di pubblica utilità e dei servizi essenziali, attività che - tuttora- risultano sospese e potranno gradualmente riprendere avvio solo dalla seconda metà di aprile (il periodo di sospensione è stato poi prorogato, fino al 3 maggio 2020, dal d.p.c.m 10 aprile 2020).

9 F. COMPAGNA, *La responsabilità penale da “contagio” sui luoghi di lavoro. Chiarimenti a margine della circolare Inail del 20 maggio 2020*, in *Il Penalista*, 25 maggio 2020.

10 A mero titolo esemplificativo, tra febbraio e marzo, il Governo è intervenuto con sei Decreti legge (n. 6 del 23 febbraio 2020, convertito con modificazioni nella L. 5 marzo 2020, n. 13 e successivamente abrogato dal D.L. n. 19/2020, salvo che per gli artt. 3, comma 6 bis, e 4; n. 9 del 2 marzo 2020, n. 11 del 8 marzo 2020 e n. 14 del 9 marzo 2020; n. 18 del 17 marzo 2020 contenente "misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19", denominato subito "decreto cura Italia"; n. 19 del 25 marzo che prevede altre "misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19"). Inoltre, tra febbraio e aprile, sono stati licenziati dieci decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, sette circolari e sedici

tentativo di governare un quadro in rapido ed imprevedibile sviluppo¹¹, appare comunque utile svolgere una breve indagine sugli eventuali profili di responsabilità penali delle persone fisiche e giuridiche datrici di lavoro nel caso in cui i dipendenti contraggano il Covid-19 nello svolgimento della propria attività lavorativa ed il contagio possa essere eziologicamente riconducibile ad una loro azione od omissione.

2. L'esperienza dei protocolli condivisi.

La normativa sulla sicurezza sul lavoro italiana si contraddistingue per una strategia regolativa di tipo procedurale, finalizzata a garantire la valutazione e la gestione del rischio lavorativo attraverso la più ampia partecipazione dei soggetti interessati¹². Pertanto, anche per far fronte all'emergenza Covid-19 e prevenire il contagio nei luoghi di lavoro, il Governo, lungi dall'intervenire direttamente, ha incentivato lo strumento della concertazione tra le parti sociali, limitandosi poi a dettare solo alcune norme "minime" ed a fare propri i risultati di tale auto-regolamentazione. Il mondo del lavoro è stato – infatti – direttamente coinvolto nella individuazione e definizione di procedure concordate e di misure precauzionali funzionali a garantire alle attività produttive non sospese (durante il periodo di lockdown) ed a quelle autorizzate alla ripresa (durante la citata fase 2), il riavvio dei processi produttivi in condizioni di sicurezza idonee ad evitare un aggravamento del rischio di contagio¹³.

Da qui, un profluvio di protocolli condivisi tra le parti pubbliche e private, tutti volti a disciplinare e ad introdurre misure per contrastare e contenere la diffusione del virus negli ambienti lavorativi.

Sinteticamente. Il d.p.c.m. dell'11 marzo 2020 ha raccomandato l'assunzione di «protocolli di sicurezza anti-contagio» ed ha fornito alcune prime indicazioni ai datori di lavoro circa l'organizzazione dell'attività aziendale, tra cui il rispetto della «distanza interpersonale di un metro», l'adozione di «strumenti di protezione individuale», la limitazione degli «spostamenti all'interno dei siti ed il contingentamento dell'accesso agli spazi comuni» e la «sanificazione dei luoghi di lavoro».

messaggi INPS, oltre a quattordici ordinanze del Ministero della Salute. Sul punto, V. FILÌ, *Diritto del lavoro della emergenza epidemiologica da Covid-19 e nuova "questione sociale"*, in *Lavoro nella Giur.*, 2020, 4, 332.

11 Critico, G. FLORA, "COVID REGIT ACTUM". *Emergenza sanitaria, norme eccezionali e deroghe ("ragionevoli"?) ai principi costituzionali*, in *Riv. Penale Diritto e Procedura*, 2020, 5. Così anche M. LUCIANI, *Il sistema del diritto delle fonti alla prova dell'emergenza*, in *Riv. Associazione Italiana Costituzionalisti*, 2020, 2, 109 ss.; V. BALDINI, *Lo stato costituzionale di diritto all'epoca del coronavirus*, in *dirittifondamentali.it*, 2020, 1, 10 marzo 2020; G. BATTARINO, *Decreto-legge "COVID-19", sistemi di risposta all'emergenza, equilibrio costituzionale*, in *Questione Giustizia*, 1° marzo 2020.

12 A. CULOTTA, M. DI LECCE, G. COSTAGNOLA, *Prevenzione e sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 1998, 152; F. DI CERBO, *Normativa antinfortunistica e sicurezza del lavoro: dai decreti del 1955 e del 1956 al decreto legislativo 626/1994*, in *LPO*, 1996, 1258 e ss.; V. TORRE, *La valutazione del rischio ed il ruolo delle fonti private*, in D. CASTRONUOVO, F. CURTI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE, V. VALENTINI, *Diritto penale della sicurezza sul lavoro*, Bologna, 2016, 38.

13 L. GESTRI, *Il rapporto fra la normativa emergenziale e dei protocolli Covid-19 ed il sistema prevenzionistico e di sicurezza sui luoghi di lavoro: nuovi obblighi ed ipotesi di responsabilità penale per il datore di lavoro?*, in *Sistema Penale*, 26 giugno 2020.

Le prospettazioni del suddetto d.p.c.m. sono state trasfuse nel protocollo del 14 marzo 2020, sottoscritto tra le parti sociali, il quale ha assunto pieno valore normativo per l'effetto del d.p.c.m. del 22 marzo 2020.

Tale protocollo, poi integrato il 24 aprile, ha regolato la fase 1 dell'emergenza offrendo indicazioni operative per contrastare l'epidemia ed assicurare le condizioni di salubrità e sicurezza degli ambienti di lavoro. Lo stesso, infatti, nella propria iniziale formulazione, prospettava «la prosecuzione delle attività produttive [...] solo in presenza di condizioni che assicurino alle persone che lavorano adeguati livelli di protezione» ed impegnava le imprese a favorire «il massimo utilizzo [...] di modalità di lavoro agile per le attività che possono essere svolte al proprio domicilio o in modalità a distanza»; nel caso in cui non potesse esservi una sostanziale interruzione dell'attività lavorativa, lo stesso prevedeva che la prosecuzione delle attività dovesse avvenire solo nel rispetto di specifici «protocolli di sicurezza anti-contagio e, laddove non fosse possibile rispettare la distanza interpersonale di un metro come principale misura di contenimento, con adozione di strumenti di protezione individuale». Alla luce delle disposizioni ivi previste, l'eventuale rischio di contagio "consentito" era quindi – esclusivamente – quello ineliminabile, pur avendo adottato "adeguati" livelli di protezione¹⁴.

Il protocollo del 14 marzo, come detto, è stato integrato il 24 aprile 2020¹⁵. Sul piano dei contenuti, il nuovo protocollo non intende sostituire il precedente, ma solo dettagliarne alcuni aspetti. Le misure di contenimento spaziano ora da quelle volte a contingentare le presenze entro i luoghi di lavoro (si pensi all'incremento del ricorso al "lavoro agile" e "a domicilio" con modalità "a distanza", all'incentivazione delle ferie e dei congedi, alla sospensione delle attività dei reparti non indispensabili alla produzione), a quelle concernenti il distanziamento interpersonale oppure i dispositivi di protezione individuale. Vengono poi indicate ulteriori misure di precauzione, fermo restando il richiamo al governo del rischio rimesso al datore di lavoro: il protocollo – infatti – afferma che cautele ivi previste devono essere integrate con altre equivalenti o più incisive secondo le peculiarità della specifica organizzazione aziendale per tutelare la salute dei lavoratori e garantire un ambiente di lavoro salubre. Tali misure riguardano: 1) l'informazione nei confronti dei lavoratori circa le disposizioni finalizzate a contenere il rischio del contagio; 2) le modalità di ingresso in azienda; 3) le modalità di accesso dei fornitori esterne dirette a ridurre le occasioni di contatto con il personale; 4) la pulizia e la sanificazione dei locali dell'azienda; 5) l'adozione di precauzioni igieniche personali; 6) la predisposizione e la adozione dei dispositivi di protezione individuale; 7) la gestione degli spazi comuni; 8) l'organizzazione aziendale; 9) l'ingresso ed uscita dei dipendenti; 10) gli spostamenti interni, riunioni, eventi interni e formazione; 11) la gestione di una persona sintomatica in azienda; 12) la sorveglianza sanitaria; 13) l'aggiornamento del protocollo di regolamentazione¹⁶.

14 Così, D. CASTRONUOVO, *I limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica: modelli causali vs modelli precauzionali*, in *Legislazione Penale*, 10 maggio 2020.

15 S. DOVERE, *La sicurezza dei lavoratori in vista della fase 2 dell'emergenza da Covid-19*, in *Giustizia insieme*, 4 maggio 2020; L. ROCCHI, M. VALLI, *Covid-19 e protocolli "Fase 2": come gestire il rapporto di lavoro e le regole sulla sicurezza*, in *Ipsos*, 12 maggio 2020.

16 Significative, sul punto, le disposizioni tecniche redatte dall'INAIL il 23 aprile 2020. Con tale documento, approvato dal Comitato Tecnico Scientifico istituito presso la Protezione Civile, l'Ente prevenzionistico ha fornito indicazioni mirate ad affrontare la graduale ripresa in sicurezza delle attività produttive e a garantire adeguati livelli di tutela della salute per i lavoratori.

L'insieme dei protocolli, allegati al successivo d.p.c.m. del 26 aprile 2020, e le misure in esso previste, hanno realizzato un vero e proprio micro-sistema in materia di salute e sicurezza sul lavoro, che si caratterizza per la presenza sia di disposizioni specifiche – come ad esempio quelle attinenti alla certificazione della avvenuta “negativizzazione” al tampone degli eventuali dipendenti contagiati, alla collaborazione fra appaltatori e committenti ed all’impiego di detergenti per le mani – sia di previsioni che, nell’ottica di una completa riorganizzazione dell’attività dell’azienda, mirano ad evitare il concentrazione di persone all’interno degli stessi locali e finanche i casi di accesso o di uscita delle medesime strutture¹⁷.

Da tale breve disamina emerge come il Governo, nel tentativo di venire in contro alle peculiarità delle singole realtà imprenditoriali, abbia previsto regole cautelari elastiche e flessibili, che rendono possibile un loro concreto adattamento alle specifiche situazioni fattuali. Non a caso tali regole – nonostante il *nomen iuris* che potrebbe indurre a ritenere integrata, in caso di inottemperanza, un’ipotesi di colpa specifica – vengono definite dai medesimi protocolli come semplici “linee guida”, le quali lasciano quindi ai datori di lavoro ampi margini di discrezionalità e spesso prospettano diverse possibili opzioni, variamente contemplabili e cumulabili tra loro. Basti, ad esempio, pensare alla già menzionata possibilità per le singole aziende di integrare le misure previste dal protocollo del 24 aprile con altre equivalenti o più incisive, secondo le peculiarità della propria organizzazione e previa consultazione delle rappresentanze sindacali.

3. Il ruolo del datore di lavoro nella prevenzione del contagio.

Ogni ambiente lavorativo può esporre coloro che vi operano ai rischi più vari. D'altronde, proprio il contesto della sicurezza del lavoro fa emergere con particolare chiarezza la centralità dell’idea di rischio, che il sistema giuslavoristico mira governare. Anche se il rischio in ambito lavorativo è – categorialmente – unico, esso – concretamente – si declina nelle più diverse forme in relazione alle differenti situazioni lavorative, determinando diverse aree di rischio e, parallelamente, distinte sfere di responsabilità chiamate a governare quel rischio¹⁸.

Così, anche la ripresa delle attività produttive dopo il periodo di *lockdown* – ovvero la loro prosecuzione durante la prima fase dell’emergenza – ha esposto e tuttora espone i lavoratori al rischio di contrarre il virus che, diffondendosi più alacramente negli spazi chiusi ed in presenza di contatti ravvicinati tra individui, rende i luoghi di lavoro – contraddistinti proprio dalla concentrazione di lavoratori in spazi circoscritti – la principale sede di contagio. Da qui, quindi, la necessità di adottare misure *ad hoc*, volte ad evitare che sui luoghi di lavoro possano verificarsi focolai epidemici.

17 Ai protocolli di carattere generale, se ne sono affiancati altri, specifici e proliferati a livello nazionale nei diversi settori lavorativi per iniziativa delle singole parti sociali. Così, *ex multis*, il “Protocollo condiviso di regolamentazione per il contenimento della diffusione del COVID-19 nei cantieri”, siglato il 24 aprile 2020; “Misure di prevenzione, contrasto e contenimento della diffusione del virus Covid-19 per garantire l'erogazione dei servizi del settore bancario ai sensi del DPCM 26 aprile 2020”, siglato il 28 aprile 2020; il “Protocollo condiviso del settore moda. Regolamentazione delle misure di contrasto e contenimento del contagio Covid-19 nelle imprese del settore moda”, siglato il 2 maggio 2020.

18 Così, Cass. pen., Sez. Unite, sent. 24 aprile 2014 (dep. 18 settembre 2014), n. 38343.

Tali obblighi gravano, *in primis*, sul datore di lavoro, il quale, da un lato, è il principale possibile offensore del bene giuridico protetto, dall'altro, riveste il ruolo di garante dell'interesse tutelato, in quanto titolare di un potere di controllo sulla fonte del pericolo. Ed invero, sebbene il d. lgs. 81/2008 (c.d. Testo Unico sulla Sicurezza sul Lavoro), abbia affiancato al datore di lavoro altri soggetti nella veste di garanti della sicurezza, alcuni doveri di carattere generale permangono solo in capo a tale primo soggetto.

Tra questi, ad esempio, l'obbligo esclusivo del datore di lavoro di adottare le misure generali di tutela volte alla «*valutazione di tutti i rischi per la salute e sicurezza, alla programmazione della prevenzione, l'eliminazione dei rischi e, ove ciò non sia possibile, la loro riduzione al minimo in relazione alle conoscenze acquisite in base al progresso tecnico*» ed a garantire «*il controllo sanitario dei lavoratori*» (art. 15 d. lgs. 81/2008)¹⁹ oppure di valutare tutti i rischi connessi all'attività lavorativa (art. 17 comma 1 lett. a) d. lgs. 81/2008) ed – ai sensi dell'art. 28 del d. lgs. 81/2008 – adottare il Documento di Valutazione dei Rischi (DVR). A tale ultimo riguardo, il datore di lavoro, avvalendosi della consulenza del responsabile del servizio di prevenzione e protezione, ha l'obbligo giuridico di analizzare ed individuare – in base alla propria esperienza ed alla migliore evoluzione della scienza tecnica – tutti i fattori di pericolo concretamente presenti all'interno dell'azienda ed – all'esito – redigere il DVR, che deve essere periodicamente sottoposto ad aggiornamento e deve indicare le misure precauzionali ed i dispositivi di protezione individuale da adottare per proteggere la salute dei lavoratori e permettere loro di lavorare in sicurezza. Così, nel quadro dell'emergenza Covid-19, il datore di lavoro è chiamato ad aggiornare il DVR e ad effettuare una valutazione specifica del rischio epidemico. Un tale obbligo trova il proprio fondamento nella previsione dell'art. 29, comma 3, d. lgs. 81/2008, secondo il quale *«la valutazione dei rischi deve essere immediatamente rielaborata [...] in occasione di*

19 Nel dettaglio, ai sensi dell'art. 15 t.u.s.l., 1. Le misure generali di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori nei luoghi di lavoro sono: a) la valutazione di tutti i rischi per la salute e sicurezza; b) la programmazione della prevenzione, mirata ad un complesso che integri in modo coerente nella prevenzione le condizioni tecniche produttive dell'azienda nonché l'influenza dei fattori dell'ambiente e dell'organizzazione del lavoro; c) l'eliminazione dei rischi e, ove ciò non sia possibile, la loro riduzione al minimo in relazione alle conoscenze acquisite in base al progresso tecnico; d) il rispetto dei principi ergonomici nell'organizzazione del lavoro, nella concezione dei posti di lavoro, nella scelta delle attrezzature e nella definizione dei metodi di lavoro e produzione, in particolare al fine di ridurre gli effetti sulla salute del lavoro monotono e di quello ripetitivo; e) la riduzione dei rischi alla fonte; f) la sostituzione di ciò che è pericoloso con ciò che non lo è, o è meno pericoloso; g) la limitazione al minimo del numero dei lavoratori che sono, o che possono essere, esposti al rischio; h) l'utilizzo limitato degli agenti chimici, fisici e biologici sui luoghi di lavoro; i) la priorità delle misure di protezione collettiva rispetto alle misure di protezione individuale; l) il controllo sanitario dei lavoratori; m) l'allontanamento del lavoratore dall'esposizione al rischio per motivi sanitari inerenti la sua persona e l'adibizione, ove possibile, ad altra mansione; n) l'informazione e formazione adeguate per i lavoratori; o) l'informazione e formazione adeguate per dirigenti e i preposti; p) l'informazione e formazione adeguate per i rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza; q) le istruzioni adeguate ai lavoratori; r) la partecipazione e consultazione dei lavoratori; s) la partecipazione e consultazione dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza; t) la programmazione delle misure ritenute opportune per garantire il miglioramento nel tempo dei livelli di sicurezza, anche attraverso l'adozione di codici di condotta e di buone prassi; u) le misure di emergenza da attuare in caso di primo soccorso, di lotta antincendio, di evacuazione dei lavoratori e di pericolo grave e immediato; v) l'uso di segnali di avvertimento e di sicurezza; z) la regolare manutenzione di ambienti, attrezzature, impianti, con particolare riguardo ai dispositivi di sicurezza in conformità alla indicazione dei fabbricanti. 2. Le misure relative alla sicurezza, all'igiene ed alla salute durante il lavoro non devono in nessun caso comportare oneri finanziari per i lavoratori.

modifiche del processo produttivo o della organizzazione del lavoro significative ai fini della salute e sicurezza dei lavoratori». E ciò è necessario sia per quelle realtà lavorative in cui i lavoratori sono esposti ad un maggior rischio in conseguenza di contatti diretti con il virus o con altri agenti biologici (si pensi, ad esempio, al settore sanitario o alle attività svolte nei laboratori scientifici, in cui - quindi - esiste a priori un rischio biologico di tipo professionale)²⁰ sia per quelle attività in cui il rischio è solo potenziale od occasionale. Una tale conclusione, quantomeno in un primo momento, non è stata però univocamente condivisa²¹. Soprattutto nella fase iniziale dell'emergenza, è stato infatti escluso che il datore dovesse aggiornare DVR. Ed invero, se si considera il possibile contagio da Covid-19 come un rischio esogeno, al quale è cioè esposta l'intera collettività e non solo i singoli lavoratori (i quali vi sono esposti solo in quanto membri di una comunità e non in ragione della mansione svolta), esso non dovrebbe rientrare tra i rischi oggetto di specifica valutazione (e che quindi richiedono un aggiornamento del DVR) dal momento che devono essere presi in considerazione solo i rischi professionali propri della specifica organizzazione lavorativa. Così opinando, il datore di lavoro non sarebbe chiamato, dinnanzi all'emergenza Covid-19, a porre mano al documento²².

La prospettazione maggiormente condivisibile, invece, parte dall'assunto che il rischio di contagio da Covid-19 sia un rischio endogeno, e - quindi - costituisca uno specifico rischio lavorativo che può manifestarsi in un qualsiasi ambiente di lavoro. A mero titolo esemplificativo, esso può scaturire dai contatti che avvengono nei luoghi di lavoro, sia tra i dipendenti sia tra questi ultimi e persone "esterne" alla struttura aziendale (oltre che, ovviamente, ai contatti che avvengono *aliunde*); trattasi, dunque, di un rischio che coinvolge l'organizzazione dell'attività produttiva *latu sensu* intesa e - come tale - deve essere sottoposto ad una specifica valutazione. Devono, infatti, essere oggetto di analisi non solo quei rischi che derivano direttamente dall'attività lavorativa - e cioè dalle caratteristiche, condizioni e modalità della stessa, dai prodotti impiegati, dai macchinari e dagli strumenti utilizzati, dall'esposizione che essa determina ad agenti esterni - ma anche quelli che originano "nel corso" l'attività stessa, tra cui vi è anche il rischio di contagio. Orbene, qualunque rischio che afferisca all'attività lavorativa, nel senso che derivi direttamente da essa o sia comunque connesso al tempo ed al modo in cui l'attività viene espletata, deve essere valutato dal datore di lavoro.

E si badi. Nell'attuale contesto epidemiologico, tutte le attività lavorative possono presentare dei margini di rischio in passato inesistente (salvo che non si tratti di attività in cui vengono impiegati o si è a contatto con agenti biologici), quindi, tutte, richiedono che venga preso in specifica considerazione anche il rischio di contagio da Covid-19. Una simile valutazione deve riguardare sia quei lavori che comportano un frequente contatto con il pubblico (ad esempio, supermercati, banche, farmacie, trasporti, ecc.) sia quelli in cui le relazioni interpersonali sono di solito inesistenti²³.

20 A. ISOLDI- D. POLIDORI, *Prime riflessioni sulla necessità che l'OdV chieda al datore di lavoro di integrare il documento di valutazione dei rischi a fronte del Covid-19*, in *Rivista231*, marzo 2020.

21 Le due tesi vengono espone da S. DOVERE, *Covid-19: sicurezza del lavoro e valutazione dei rischi*, in *Giustizia Insieme*, 22 aprile 2020.

22 P. Pascucci, *Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro: novità e conferme nello ius superveniens del d.P.C.M. 22 marzo 2020 e soprattutto del d.l. n. 19/2020*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2020, 1, 129.

23 G. DE FALCO, *Salute e sicurezza sui luoghi di lavoro. La normativa in tema di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro a confronto con l'emergenza epidemiologica da covid-19*, in

Ma v'è di più. Il datore di lavoro che si avvalga di imprese appaltatrici per lo svolgimento della propria attività deve aggiornare ed integrare anche il documento unico di valutazione dei rischi da interferenza (DUVRI). Così, il datore di lavoro committente sarà tenuto ad aggiornare tanto il DVR quanto il DUVRI²⁴, per elidere i rischi che possono sorgere dall'interferenza tra l'impresa appaltante e l'impresa appaltatrice o – quantomeno – per cercare di ridurli al minimo. Il rischio Covid-19 rientra insomma fra i rischi da interferenza: il virus potrebbe essere messo in circolazione nel luogo di lavoro del committente dall'appaltatore, per il tramite dei propri dipendenti, oppure – viceversa – questo potrebbe già essere presente nel luogo di lavoro dell'appaltante ed infettare i dipendenti esterni. Pertanto, laddove dovranno avere accesso ai luoghi di lavoro dipendenti esterni, sarà necessario aggiornare/integrare il DUVRI, che costituisce appunto il documento volto a gestire il pericolo di contatti rischiosi tra il personale del committente e quello dell'appaltatore.

Infine, in tale peculiare situazione emergenziale, il datore di lavoro ha anche l'obbligo di informare e formare (artt. 36 e 37 d. lgs. 81/2008) i propri dipendenti sui rischi lavorativi connessi al dilagare dell'epidemia e sulle misure atte ad impedire il contagio. Il garante deve quindi porre in essere una specifica formazione – financo un vero e proprio addestramento – dei propri dipendenti, per scongiurare il rischio di infezioni nell'ambiente di lavoro (si pensi, ad esempio, ad una specifica formazione per l'uso corretto dei nuovi DPI). Peraltro, aver reso edotti i lavoratori sui rischi connessi a tale nuovo agente patogeno ed aver fornito loro i dispositivi da adottare per scongiurare simili epiloghi, potrà sollevare il datore di lavoro da eventuali responsabilità in presenza di eventi avversi²⁵.

4. Sulla equiparazione del contagio da Covid-19 all'infortunio sul lavoro.

Secondo l'art. 42 del decreto-legge 17 marzo 2020 n. 18, recante *“Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19”* (meglio noto come d. l. *“Cura Italia”*, poi convertito nella legge 27/2020), laddove si accerti che l'infezione da Covid-19 sia avvenuta *«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»*²⁶. Con tale disposizione, dunque, il Governo ha equiparato – ai soli fini

Giustizia Insieme, 22 aprile 2020.

24 La redazione DUVRI è obbligatoria ed è imposta al datore di lavoro committente dall'articolo 26 del D. Lgs 81/2008.

25 F. COMPAGNA, *La responsabilità penale da “contagio” sui luoghi di lavoro. Chiarimenti a margine della circolare Inail del 20 maggio 2020*, cit.

26 L'art. 42, continua, asserendo che *«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 del Decreto Interministeriale 27 febbraio 2019. La presente disposizione si applica ai datori di lavoro pubblici e privati»*. La ratio di tale disposizione va ravvisata nell'intento del Governo di fornire tutela (anche) assicurativa a coloro che avranno contratto l'infezione da Covid-19.

assicurativi – il contagio da Covid-19 all’infortunio sul lavoro²⁷, individuando, così, la causa violenta, necessaria per qualificare un evento lesivo occorso sul luogo di lavoro come infortunio, nell’azione di un virus, suscettiva di penetrare nell’organismo in maniera rapida e concentrata²⁸.

Se la *ratio* della norma è da ravvisarsi nell’intenzione di disciplinare, in senso – peraltro – favorevole sia al lavoratore che agli imprenditori²⁹, i profili assicurativi correlati al contagio da coronavirus, la norma, in ragione della propria formulazione, ha invece fatto sorgere in capo ai datori di lavoro il timore che l’equazione *malattia da Covid = infortunio sul lavoro*³⁰ potesse portare ad un ampliamento della loro responsabilità penale.

Da qui i non pochi solleciti volti a ripensare il dettato di cui all’art. 42 per dare ai datori di lavoro – chiamati a far ripartire (ovvero a proseguire) le proprie attività lavorative in un contesto ancora connotato dalla presenza imperante del virus – uno “scudo”³¹ in grado di tutelarli da possibili responsabilità penali. L’incertezza che perdura sulle caratteristiche del virus e sulle sue modalità di diffusione impone, infatti, in capo al datore di lavoro nella gestione della propria attività, di governare un rischio nuovo ed eterogeneo rispetto alla attività lavorativa, la cui presenza complica – e di non poco – la ripresa della produzione.

Così, il rapporto “*Iniziative per il rilancio dell’Italia 2020-2022*”, redatto dal Comitato di esperti in materia economica e sociale, al punto 1.i – preso atto che il possibile riconoscimento del contagio da Covid-19 quale infortunio sul lavoro potrebbe porre «*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*» – suggerisce che l’adozione e «*l’osservanza dei protocolli di sicurezza, predisposti dalle parti sociali (da quello nazionale del 24 aprile 2020 a quelli specificativi settoriali, ed eventualmente integrativi territoriali)*», possa costituire adempimento integrale dell’obbligo di sicurezza di cui all’art. 2087 del codice civile³². Al

27 La nozione di infortunio- contraddistinta da un evidente approccio finalistico - si rinviene nel D.P.R. 1124/1965. All’art. 2, viene definito infortunio un evento «*occorso per causa violenta in occasione del lavoro dal quale sia derivata la morte del lavoratore, un’inabilità permanente al lavoro, assoluta o parziale o un’inabilità temporanea assoluta che comporti l’astensione dal lavoro per più di tre giorni*». La causa violenta consiste «*in un evento che con forza concentrata e straordinaria agisca, in occasione di lavoro, dall’esterno verso l’interno dell’organismo del lavoratore, dando luogo ad alterazioni lesive*» (Cass., 30 agosto 2010, n. 18852; Cass., 26 maggio 2006, n. 12559). Trattasi, cioè, di un fattore che opera esternamente con una azione intensa e concentrata nel tempo, la cui rapidità distingue l’infortunio sul lavoro dalla malattia professionale, che è, invece, provocata da una “causa lenta”.

28 Così, Cass. civ., Sez. lavoro, 7 febbraio 2020, (dep. 26 maggio 2006), n. 12559, secondo cui rientra nella nozione di causa violenta anche un agente lesivo, presente nell’ambiente di lavoro in modo esclusivo o in misura significativamente superiore rispetto all’ambiente esterno, il quale produca un abbassamento delle difese immunitarie del lavoratore..

29 Per quanto riguarda i lavoratori, è maggiormente agevole accertare un infortunio piuttosto che la malattia professionale, quanto agli imprenditori, l’infortunio non viene computato ai fini della determinazione del costo assicurativo in capo al datore di lavoro. Così R. RIVERSO, *Vero e falso sulla responsabilità datoriale da Covid-19. Aspetti civili, penali, previdenziali*, in *Questione Giustizia*, 19 maggio 2020; D. AMATO, *Contagio da Covid-19 “in occasione di lavoro” e responsabilità datoriale: è davvero necessario uno scudo penale?*, cit.

30 C. CUPELLI, *Obblighi datoriali di tutela contro il rischio da contagio COVID-19: un reale ridimensionamento della colpa penale?*, in *Sistema Penale*, 15 giugno 2020.

31 L’espressione, volutamente enfatica, richiama la locuzione “scudo penale” a cui si fa spesso – impropriamente – ricorso per descrivere quegli interventi normativi volti ad assicurare una esplicita esenzione da responsabilità penale.

32 Il rapporto è stato presentato al Presidente del Consiglio, Giuseppe Conte, il 9 giugno 2020 dal Comitato di esperti in materia economica e sociale, presieduto da Vittorio Colao.

fine di tranquillizzare i datori di lavoro dal rischio di una “iperpenalizzazione”³³ in ambito infortunistico, anche l’INAIL, con la circolare 20 maggio 2020, n. 22, ha specificato che la responsabilità del datore di lavoro è ipotizzabile solo «in caso di violazione della legge o di obblighi derivanti dalle conseguenze 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'art. 1, comma 14, del decreto legge 16 maggio 2020, n. 22» e che «il riconoscimento del diritto alle prestazioni da parte dell'istituto non può assumere rilievo per sostenere l'accusa in sede penale, considerata la vigenza del principio di presunzione di innocenza nonché dell'onere della prova a carico del pubblico ministero».

Per tali ragioni, nel corso dell'esame in sede referente del disegno di legge di conversione del decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23 (c.d. decreto liquidità), poi convertito nella legge 5 giugno 2020, n. 40, è stato introdotto nel corpo normativo l'art. 29-bis, recante “Obblighi dei datori di lavoro per la tutela contro il rischio di contagio da Covid-19”, il quale – testualmente – stabilisce che «ai fini della tutela contro il rischio da contagio da Covid-19, i datori di lavoro pubblici e privati adempiono all'obbligo di cui all'art. 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'art.1 comma 14 del decreto-legge 16 maggio 2020 n. 33 nonché mediante l'adozione ed il mantenimento delle misure ivi previste³⁴».

In altri termini, ai sensi dell'art. 29-bis legge 40/2020, l'applicazione ed il rispetto di protocolli condivisi, generali o settoriali, vale come adempimento dell'obbligo generale di sicurezza ex art. 2087 c.c. gravante sul datore di lavoro. Resta poi ferma la possibilità che il datore si discosti dalla regola positivizzata laddove dimostri che la misura alternativa adottata sia di eguale o persino di maggiore efficacia per scongiurare l'evento-contagio³⁵ rispetto a quella indicata nei suddetti protocolli.

4.1. (segue) Il ruolo dell'art. 29-bis legge 40/2020.

L'obiettivo che il legislatore intende perseguire con l'art. 29-bis l. 40/2020 è chiaro: circoscrivere l'operatività della colpa generica, che trova nell'ambito della salute e sicurezza sul lavoro il proprio riferimento nell'art. 2087 del codice civile.

L'art. 2087 c.c., infatti, attribuisce all'imprenditore l'obbligo di adottare nell'esercizio dell'impresa tutte quelle «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». La norma ha però connotati ampi ed indeterminati: essa si limita ad individuare il soggetto su cui grava la tutela (l'imprenditore) ed i destinatari di tale protezione (i prestatori di lavoro), senza tratteggiare la condotta che deve essere tenuta ed i poteri impeditivi del garante per proteggere i propri dipendenti.

³³ L'espressione è di C. CUPELLI, *Obblighi datoriali di tutela contro il rischio da contagio COVID-19: un reale ridimensionamento della colpa penale?*, cit.

³⁴ Trattasi delle Linee guida per la riapertura delle Attività Economiche, Produttive e Ricreative, adottate dalla Conferenza Stato Regioni ed aggiornate in data 9 giugno 2020.

³⁵ Sul punto, V. MONGILLO, *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in tempi di pandemia. Profili di responsabilità individuale e dell'ente per contagio da coronavirus*, in. *Sistema Penale*, 2020, 6, 352 e ss.

L'elasticità della disposizione ha portato ad interpretazioni parimenti elastiche da parte della giurisprudenza, la quale se ne è servita per estendere la portata della posizione di garanzia gravante sui datori di lavoro. Così, da elemento strutturale della responsabilità omissiva, fonte dell'obbligo giuridico di impedire l'evento *ex art. 40, comma 2, c.p.*, questa norma è stata interpretata, nella prassi giurisprudenziale, come la più profonda radice degli obblighi prevenzionali, fonte di un dovere di diligenza tanto ampio quanto indeterminato, su cui basare la contestazione residuale di colpa generica anche in assenza di violazioni di doveri preventivo-cautelari espressamente positivizzati dall'ordinamento giuridico³⁶. Lo dimostra l'orientamento giurisprudenziale in tema di infortuni sul lavoro, ad avviso del quale per muovere addebiti al datore di lavoro non occorre che vengano violate specifiche norme dettate per la prevenzione degli infortuni stessi, «*essendo sufficiente che l'evento dannoso si sia verificato a causa dell'omessa adozione di quelle misure ed accorgimenti imposti all'imprenditore dall'art. 2087 c.c. ai fini della più efficace tutela del dell'integrità fisica del lavoratore*»³⁷.

In questo senso, il richiamo che l'art. 29-bis fa all'art. 2078 c.c. palesa l'intento legislativo di fissare la misura della diligenza richiesta al datore di lavoro entro i limiti segnati da misure preventive condivise ed elaborate alla luce della miglior scienza ed esperienza al momento vigente, al fine poi di evitare che, nel corso di un futuro accertamento giudiziale per contagio da Covid-19 avvenuto nonostante l'adozione delle misure protocollari stabilite, possa residuare una sua responsabilità per colpa, fondata sulla cautela generale di cui all'art. 2087 del codice civile. Se chiare e condivisibili sono le intenzioni del legislatore, meno nitida però è la capacità di una simile norma di raggiungere – in concreto – gli auspicati obiettivi. La disposizione di cui all'art. 29-bis, indubbiamente simbolica, non introduce né una causa di giustificazione, né una causa di non punibilità, ma la sola pedissequa conferma ed esplicitazione della doverosa applicazione dei principi già insiti nel diritto penale positivo. Essa, in altri termini, si limita a garantire agli imprenditori, per eventuali addebiti a titolo di responsabilità penale colposa, di essere «*giudicati al parametro ed al perimetro di regole cautelari [...] definite e riconoscibili*»³⁸. La stessa va quindi considerata quale norma di indirizzo, diretta a ricordare all'interprete che – in relazione ai fatti verificatesi in tale peculiare contesto emergenziale – dovranno trovare applicazione le regole cautelari vigenti in questo dato momento e non quelle che, *ex post*, dovessero apparire più efficaci. La norma, poi, suscita diverse perplessità, legate alla sua effettiva capacità di conseguire i fini perseguiti. Valgano allora sul punto le seguenti schematiche considerazioni.

36 D. MICHELETTI, *I reati propri del datore di lavoro*, in F. GIUNTA, D. MICHELETTI, *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 2010, 209 ss.; V. TORRE, *La valutazione del rischio e il ruolo delle fonti private*, in D. CASTRONUOVO, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE, V. VALENTINI, *Diritto penale della sicurezza sul lavoro*, Bologna, 2016, 58 ss.; C. CUPELLI, *Obblighi datoriali di tutela contro il rischio da contagio COVID-19: un reale ridimensionamento della colpa penale?*, cit.

37 Cass. pen., sez. IV, 10 novembre 2015 (dep. 26 novembre 2015), n. 46979, rv. 265052, in CED Cassazione, 2015.

38 Così, critica, O DI GIOVINE, *Coronavirus, diritto penale e responsabilità degli enti datoriali*, in *Sistema Penale*, 22 giugno 2020. Secondo l'Autrice, la norma «*non ritocca la teoria della colpa. Non incide sulla tipicità dei reati (neppure menziona la materia penale) Non modifica assetti di tutela preesistenti: tantomeno quello del T.U. 81/2008 i cui contenuti - al limite - specifica per relationem. [...] non assurge nemmeno a regola di giudizio*». Di tale avviso, con toni meno forti, anche C. CUPELLI, *Obblighi datoriali di tutela contro il rischio da contagio COVID-19: un reale ridimensionamento della colpa penale?*, cit.

Se, in forza dell'art. 29-*bis*, si volesse ritenere che l'obbligo prevenzionistico richiesto al datore di lavoro venga assolto dall'adozione dei citati protocolli, a rigore è proprio a tali protocolli ed a ciò che è ivi previsto che si deve guardare per individuare il comportamento da tenere per andare esente da colpa³⁹. Senonché, tali protocolli affiancano a cautele rigide altre disposizioni dai contenuti elastici e meramente orientativi. Pertanto, la garanzia di cui all'art. 29-*bis* potrebbe vacillare dinnanzi al carattere "labile" di alcune prescrizioni cautelari contenute nella normativa emergenziale ed alla necessità di concretizzare ed individualizzare il giudizio sulla colpa datoriale⁴⁰. Dinnanzi a regole vaghe, resta fermo il libero e discrezionale apprezzamento del giudice sia circa la scelta del protocollo maggiormente confacente allo specifico ambito lavorativo sia sulla corretta attuazione, nello specifico contesto produttivo, dei protocolli indicati.

Ne consegue che, anche se venissero rispettate tutte le previsioni contenute nella legge e nei protocolli, il datore di lavoro potrebbe comunque essere penalmente rimproverato per non aver fatto di più, nel caso in cui, in concreto, un maggior rischio fosse per lui (soggettivamente) prevedibile ed evitabile (evenienza che pur inverosimile, non può essere negata in linea teorica).

L'applicazione delle prescrizioni, quindi, non esaurisce il novero delle cautele ipotizzabili e delle imputazioni colpose addebitabili al datore di lavoro. A prescindere dal dato normativo, nell'esperienza pratica non ci si potrà infatti esimere dall'accertare un "residuo" di colpa generica, che potrebbe derivare tanto dalla fisiologica elasticità di alcune prescrizioni quanto dalla necessità di un loro adeguamento allo specifico caso concreto⁴¹. Del resto, come anticipato, la disposizione di cui all'art. 29-*bis* non esclude *tout court* la responsabilità del datore di lavoro per il contagio: resterà sempre la possibilità che, dopo aver accertato la effettiva idoneità tecnica e strutturale delle procedure normativamente previste, si ritenga che le stesse non siano state però efficacemente attuate alla luce della concreta situazione aziendale. Se il rispetto da parte dell'imprenditore delle prescrizioni imposte può portare all'assolvimento dell'obbligo *ex art. 2087 c.c.*, ciò non può escludere – quantomeno astrattamente – che si ravvisi la violazione di ulteriori disposizioni, la cui inosservanza potrebbe parimenti determinare profili di penale responsabilità in capo ai datori di lavoro.

Last but non least, l'art. 29-*bis* richiama espressamente i soli obblighi gravanti sul datore di lavoro: restano – in astratto – assoggettate a responsabilità penale le altre figure di garanti tipizzati dal t.u.s.l., come – ad esempio – i medici, per i profili di sorveglianza sanitaria, i dirigenti, per gli aspetti di esecuzione delle direttive datoriali sul versante dell'organizzazione dell'attività lavorativa e della vigilanza sulla medesima, ed i preposti, per quanto concerne la sorveglianza sul rispetto da parte dei lavoratori delle misure e degli accorgimenti dettati nel protocollo aziendale anti-contagio⁴².

39 Come detto, l'art. 29-*bis*, richiama infatti il protocollo generale del 24 aprile 2020, quelli previsti dall'art. 1, comma 14, del d.l. n. 33/2020, il quale contempla un novero di protocolli nazionali e regionali "aperto", ed altresì i «*protocolli o accordi di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale*».

40 Le espressioni sono di M. SCOLETTA, *Il position paper di Confindustria sulla responsabilità ex crimine degli enti ai tempi del Covid-19: ragionevoli conferme e scivolose rassicurazioni*, in *Sistema Penale*, 22 giugno 2020.

41 C. CUPELLI, *Obblighi datoriali di tutela contro il rischio da contagio COVID-19: un reale ridimensionamento della colpa penale?*, cit.

42 Per un più approfondito esame, V. MONGILLO, *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in tempi di pandemia. Profili di responsabilità individuale e dell'ente per contagio da coronavirus*, cit.

5. L'accertamento della responsabilità penale individuale per la morte o le lesioni conseguenti al contagio da Covid-19.

Nel caso in cui un lavoratore si ammali di Covid nello svolgimento della propria attività lavorativa, in conseguenza della mancata adozione da parte del datore di lavoro delle cautele imposte, si potrebbe dover accertare la responsabilità penale (colposa) di questo ultimo per la malattia-infortunio (art. 590 c.p.) o – financo – per la morte (art. 589 c.p.) del proprio dipendente.

Una simile contestazione è però alquanto problematica. Difatti, affinché al datore di lavoro possano essere ascritte simili imputazioni occorre dimostrare, sul piano della tipicità: a) che vi sia stata una condotta colposa (commissiva o omissiva); b) che – in caso di reato omissivo – il soggetto rivestisse al momento del contagio una posizione di garanzia fonte dell'obbligo giuridico di attivarsi per impedire infausti eventi; c) che vi sia stato nesso di causa tra l'azione o l'omissione dell'agente e l'infezione da Covid-19; sul piano soggettivo: 1) che si sia concretizzato il rischio che la regola cautelare mirava ad evitare; 2) che il comportamento lecito prescritto, se posto in essere, avrebbe impedito l'evento (c.d. causalità della colpa). Non v'è dubbio che il datore di lavoro sia gravato da una posizione di garanzia. Essa discende tanto dalla clausola generale di cui all'art. 2087 c.c., quanto dalle disposizioni previste dal d.lgs. n. 81/2008, fra cui, a mero titolo esemplificativo, l'art. 18, che pone a carico del datore di lavoro specifici obblighi (fornire ai lavoratori i necessari e idonei dispositivi di protezione individuale, informare i lavoratori esposti al rischio di un pericolo grave e immediato circa il rischio stesso e le disposizioni prese o da prendere in materia di protezione per prevenirlo, eliminarlo o ridurlo, di astenersi dal richiedere ai lavoratori di riprendere la loro attività in una situazione di lavoro in cui persiste un pericolo grave e immediato e, dall'altro), e l'art. 271, che impone allo stesso di valutare il rischio biologico⁴³. Tuttavia, al fianco di regole cautelari rigide, ve ne sono altre che lasciano ampi margini decisori ai datori di lavoro ed ammettono il ricorso ad altre misure equivalenti in ragione delle singole organizzazioni imprenditoriali. La mancata adozione della cautela positivizzata non comporta peraltro un automatico rimprovero del garante, il quale è chiamato a dimostrare che la cautela omessa sia in realtà meno efficace rispetto alla disposizione concretamente adottata ovvero sia priva di idoneità cautelare. La dimostrazione dell'avvenuta violazione (o della mancata adozione) di una regola cautelare diretta a contenere la diffusione del virus non è però sufficiente a fondare addebiti di responsabilità penale in capo al datore di lavoro. Occorre anche accertare il nesso di causalità tra l'azione (o l'omissione) e l'evento e, successivamente, la possibile imputazione dell'evento all'agente (quantomeno) a titolo di colpa. Tali dimostrazioni, nella peculiare situazione emergenziale, rappresentano un ostacolo quasi del tutto insormontabile.

5.1. Sul nesso di causalità.

Come detto, per imputare al titolare della posizione di garanzia l'evento infettante occorre accertare il nesso di causalità tra la condotta e l'evento-contagio. Nel caso di

⁴³ L. GESTRI, *Il rapporto tra la normativa emergenziale e dei protocolli Covid-19 ed il sistema prevenzionistico e di sicurezza sui luoghi di lavoro: nuovi obblighi ed ipotesi di responsabilità penale per il datore di lavoro?* In Riv. Sistema Penale, 6/2020, 294 e ss.

specie, si tratterà principalmente di condotte omissive: si dovrà dunque accertare che la mancata adozione delle dovute cautele abbia determinato l'insorgenza della patologia. Correndo il rischio di apparire didascalici, è opportuno rammentare che in caso di reato omissivo, l'accertamento deve avvenire secondo una indagine che segua un preciso ordine logico-temporale e che individui dapprima le cause materiali dell'evento (c.d. causalità reale), poi l'efficacia inibente dell'azione doverosa omessa (c.d. causalità ipotetica)⁴⁴.

L'accertamento della causalità reale rappresenta quindi il presupposto necessario per espletare ogni successivo accertamento: solo nel caso in cui si riesca ad individuare un rapporto di causalità naturalistica, si potrà ricostruire la causalità ipotetica dell'azione doverosa omessa dal garante, per il cui accertamento occorre valutare se, aggiungendo mentalmente l'azione omessa, sulla base di leggi scientifiche o massime di esperienza, si sarebbe impedito l'evento concreto e quindi il decorso naturalistico che lo ha causato⁴⁵. In altri termini, in caso di contagio da Covid-19 sul luogo di lavoro, sussisterà il predetto nesso eziologico se si riuscirà ad asserire, *in primis*, che il virus sia stato contratto nello svolgimento della specifica attività lavorativa su cui il garante esercita il proprio dominio giuridico-fattuale e, poi, che se fossero state adottate le specifiche cautele richieste secondo la miglior scienza ed esperienza del momento, si sarebbe impedita l'infezione.

Dimostrare però che l'esposizione al virus sia avvenuta, *beyond any reasonable doubt*, in quello specifico ambiente lavorativo non è agevole dinnanzi ad una malattia dal carattere ubiquitario. Il dipendente potrebbe infatti aver contratto il virus fuori dall'ambiente di lavoro, entrando in contatto con soggetti diversi dai propri colleghi. Se un ausilio ai fini della prova della correlazione tra contagio e lavoro potrebbe trovarsi in specifici dati fattuali – quali, ad esempio: la sequenza temporale dei sintomi del contagio; il numero dei lavoratori risultati positivi al virus, l'assenza di altri contatti interpersonali nel periodo di insorgenza della patologia (circostanza il cui accertamento può aversi, ad esempio, nel caso in cui il lavoratore abbia scaricato le note app volte a tracciare i contatti degli individui⁴⁶); la presenza di oggetti o spazi contaminati nei luoghi di lavoro; le specifiche lavorazioni e mansioni espletate – non v'è chi non veda come essi potranno portare ad accertare la causalità reale solo in un numero assai limitato di ipotesi (si pensi al personale

44 Sulla distinzione tra causalità reale e causalità ipotetica, cfr. M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione "per l'aumento del rischio"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 75 ss.; G. MARINUCCI, *Causalità reale e causalità ipotetica nell'omissione impropria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 523 ss., secondo cui «*Ci si può infatti interrogare sulla causalità ipotetica dell'omissione solo dopo aver prima accertato il decorso causale sfociato nell'evento concreto: un 'prima' e un 'poi' imposto da un ovvio ordine logico-temporale: se non si sa 'come sono andate le cose' - quale sia stato il meccanismo di produzione dell'evento concreto verificatosi hic et nunc -, non ci si può interrogare, in via ipotetica, su 'come sarebbero andate le cose' se l'azione omessa fosse stata compiuta*»; C.E. PALIERO., *Causalità e probabilità tra diritto penale e medicina legale*, in *Riv. it. med. leg.*, n. 4/2015, p. 1511-1513, S: ZIRULIA, *Contrasti reali ed apparenti nella giurisprudenza post Cozzini su causalità ed amianto. Riflessioni per un rinnovato dibattito sul c.d. effetto acceleratore nei casi di morte per mesotelioma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2019, 1289 e ss.

45 Così G. MARINUCCI, *Causalità reale e causalità ipotetica nell'omissione impropria*, cit; P. VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico: struttura sostanziale ed accertamento processuale*, in Studi in onore di Giorgio Marinucci, II, Giuffrè, 2006, 1994 ss.; F. VIGANÓ, *Riflessioni sulla c.d. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, 4, 1679 ss.

46 Trattasi dell'app immuni, scelta dal Governo italiano per il tracciamento dei contagi da coronavirus. Essa utilizza la tecnologia per avvertire gli utenti che hanno avuto un'esposizione a rischio, anche se questi sono asintomatici.

di alcune RSA, messi in autoisolamento, oppure al lavoro dei detenuti negli ambienti penitenziari: casi, questi, in cui il lavoratore è stato in un ambiente chiuso ed ha avuto ridottissimi contatti con l'esterno). Ed invero, nella maggior parte dei casi non si potrà affermare con sufficiente certezza che il contagio sia avvenuto nei luoghi di lavoro nello svolgimento delle mansioni imposte, pertanto il datore di lavoro dovrà andare esente da qualsiasi responsabilità penale per non aver commesso il fatto⁴⁷.

L'accertamento della c.d. causalità reale, provando che il contagio sia avvenuto con una probabilità prossima alla certezza sul luogo di lavoro, rappresenta il primo *step* nell'accertamento del nesso eziologico nei reati omissivi. Laddove questo abbia buon fine, deve essere compiuto un passo successivo per provare la causalità c.d. ipotetica dell'azione impeditiva non compiuta dal garante. In altri termini, sarà necessario constatare se l'adozione delle cautele dirette a contrastare l'insorgere della malattia – invece omesse – avrebbe consentito di evitare la manifestazione della patologia infettiva. Si avrà causalità ipotetica quando, ipotizzando come compiuta l'azione doverosa omessa, ed esclusa l'interferenza di decorsi causali alternativi, si possa concludere, con un elevato grado di credibilità razionale, che l'evento non avrebbe avuto luogo⁴⁸. Perché, però, tale operazione possa essere correttamente svolta, è necessario individuare una legge di copertura scientifica, universale ovvero statistica, in grado di spiegare il verificarsi dell'evento ed escludere l'elevata probabilità logica che detto evento possa essere la conseguenza di altre e diverse cause.

Un simile accertamento, da svolgersi secondo i criteri stabiliti dalla nota sentenza *Franzese*⁴⁹, risulta – nello specifico settore oggetto di attenzione – estremamente complesso.

47 Si segnala che D. CASTRONUOVO, in *I limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica: modelli causali vs modelli precauzionali*, in *Legislazione Penale*, 10 maggio 2020, ha ravvisato uno spiraglio per l'accertamento del nesso di causa – ad oggi ai limiti della fantascienza – nel caso in cui dovessero essere confermati e si dovesse aderire agli studi di alcuni scienziati tedeschi (O. BEHRMANN e M SPIEGEL, *COVID-19: from rapid genome sequencing to fast decisions*, *The Lancet*, 14 luglio 2020; L. W. MEREDITH, W.L. HAMILTON ed altri, *Rapid implementation of SARS-CoV-2 sequencing to investigate cases of health-care associated COVID-19: a prospective genomic surveillance study*, *The Lancet*, 14 luglio 2020) i quali, per ricostruire la catena di contagi del primo focolaio individuato in Germania (Stockford, Baviera) hanno svolto la propria indagine epidemiologica sia raccogliendo informazioni circa gli spostamenti dei contagiati ed i loro contatti, sia ricorrendo al sequenziamento dei genomi del virus dei vari malati. Se questa possibilità di accertamento dovesse divenire acclarata e se quindi potesse – effettivamente – consentire di capire, considerando le mutazioni virali che si accumulano da un contagio all'altro, chi è stato infettato prima e chi dopo, viene da chiedersi se «le nostre convinzioni più sedimentate in tema di causalità in casi come questi quando si celebreranno i processi per contagio da coronavirus» potrebbero essere riviste.

48 L. GESTRI, *Il rapporto tra la normativa emergenziale e dei protocolli Covid-19 ed il sistema prevenzionistico e di sicurezza sui luoghi di lavoro*, cit.; G. BRIOLA, C. CAPUZZO, *La responsabilità penale del datore di lavoro per contagio da Covid-19*, in *Il Quotidiano Giuridico*.

49 Cass. pen., SS.UU., 10 luglio 2002, n. 30328, secondo cui Il nesso causale può essere ravvisato quando «alla stregua del giudizio controfattuale condotto sulla base di una generalizzata regola di esperienza o di una legge scientifica - universale o statistica - , si accerti che, ipotizzandosi come realizzata [...] la condotta doverosa impeditiva dell'evento *hic et nunc*, questo non si sarebbe verificato, ovvero si sarebbe verificato ma in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva. Non è consentito dedurre automaticamente dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica la conferma, o meno, dell'ipotesi accusatoria sull'esistenza del nesso causale, poiché il giudice deve verificarne la validità nel caso concreto, sulla base delle circostanze del fatto e dell'evidenza disponibile, così che, all'esito del ragionamento probatorio che abbia altresì escluso l'interferenza di fattori alternativi, risulti giustificata e processualmente certa la conclusione

Lo schema *Franzese*, infatti, se rigorosamente applicato, porterà a negare l'elevata probabilità logica che – in una tale situazione – esista un nesso tra condotta ed evento.

Risulta peraltro difficile provare che il decesso o la malattia siano la conseguenza dell'esposizione al virus e non derivino invece da altre patologie cliniche che affliggono il lavoratore. Una simile prova non è agevole da fornire, tenuto conto che – soprattutto in relazione ad eventi accaduti nel primo periodo della pandemia – non sono stati nemmeno eseguiti esami scientificamente idonei a dimostrare i casi di avvenuto contagio.

Ma non basta. L'accertamento dell'evitabilità dell'evento per mezzo dell'osservanza delle regole cautelari richiede generalmente di trovarsi dinanzi a regole impeditive, volte quindi a neutralizzare ogni possibile evento lesivo. Le norme anti-contagio, invece, cristallizzate in testi di fonte legale o aventi matrice protocollare, non azzerano il rischio di contagio sia perché è quasi impossibile elidere un rischio ubiquitario e di difficile percezione sia perché regole particolarmente incisive sulla sfera lavorativa risulterebbero eccessive e potrebbero paralizzare il regolare svolgimento delle attività produttive. In contesti di incertezza scientifica si suole infatti fare ricorso a disposizioni comportamentali – le c.d. regole improprie⁵⁰ – che non annullano il rischio, ma lo riducono ad una soglia ritenuta accettabile⁵¹.

Senonché, di fronte a cautele sostanzialmente inidonee ad eliminare i rischi, dato che richiedono al garante solo di contenerli, viene da chiedersi quale sia il grado di probabilità che occorre raggiungere circa l'efficacia salvifica del comportamento alternativo lecito.

In simili casi, l'unica possibilità per muovere imputazioni al datore di lavoro potrebbe allora aversi qualora il giudice – in prospettiva individualizzante calibrata sull'evento concreto verificatosi *hic et nunc* – si trovi in possesso di leggi scientifiche in grado di avvalorare la capacità impeditiva di una cautela solo in una certa percentuale di casi e quindi di pervenire alla prova particolaristica della sicura incidenza della condotta inosservante sull'evento concreto non impedito. Ad esempio, in ragione del sapere scientifico oggi esistente circa l'utilizzo delle mascherine per ridurre le probabilità di contagio, pare consolidarsi l'ipotesi secondo cui, anche laddove un soggetto si ammali di Covid, l'adozione della mascherina sia comunque in grado di ridurre la carica virale, intervenendo sul decorso e sulla gravità della patologia. In una simile situazione, potrebbe

che la condotta omissiva del medico è stata condizione necessaria dell'evento lesivo con "alto o elevato grado di credibilità razionale" o "probabilità logica". L'insufficienza, la contraddittorietà e l'incertezza del riscontro probatorio sulla ricostruzione del nesso causale, quindi il ragionevole dubbio, in base all'evidenza disponibile, sulla reale efficacia condizionante della condotta omissiva del medico rispetto ad altri fattori interagenti nella produzione dell'evento lesivo, comportano la neutralizzazione dell'ipotesi prospettata dall'accusa e l'esito assolutorio del giudizio».

50 P. VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie" nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, 2003, 13 ss. Secondo l'Autore sono proprie le regole cautelari basate su un giudizio di prevedibilità dell'evento e di sicura (con probabilità vicino alla certezza) evitabilità del medesimo mediante il comportamento alternativo lecito; sono improprie quelle regole cautelari che, posta la prevedibilità dell'evento, non garantiscono però un azzeramento (o quasi) del rischio, ma solo una diminuzione del medesimo. Ancora, A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale, parte generale*, Milano, 2012. V. MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità. Teoria e prassi nella responsabilità dell'individuo e dell'ente*, in *Edizioni Scientifiche Italiane*, 2012, 17 ss., M. GROTTI, *Per una valutazione costituzionalmente orientata della indelegabilità della valutazione dei rischi per la salute e sicurezza dei lavoratori*, in *Cass. Pen.*, 2016, 5, 2184 e ss.

51 Lo stesso d. l. 33/2020, parla espressamente di protocolli ovvero di linee guida idonei a prevenire o ridurre il rischio di contagio nel settore di riferimento o in ambiti analoghi.

essere dimostrato che la mancata adozione di tale doverosa cautela abbia concorso a determinare quell'evento concreto, nel senso che esso si sarebbe sì realizzato, ma in forma più lieve o comunque con un conseguenze più favorevoli⁵². In questo caso, il problema probatorio della evitabilità dell'evento infausto verrebbe ridimensionato potendo bastare, ai fini dell'accertamento, che la condotta inosservante abbia semplicemente diminuito le possibilità di non contrarre l'infezione.

Per vero, una simile soluzione non risolverebbe, comunque, il problema iniziale da prendere in esame e cioè la difficile dimostrazione che il contagio è avvenuto in occasione di lavoro, la quale costituirà il principale freno per eventuali imputazioni penali.

Facendo invece ricorso ai criteri sanciti dalla SS. UU. nella citata sentenza *Franzese*, ritenendo quindi che per qualsiasi tipologia di reato colposo di evento (commissivo od omissivo) l'efficienza causale dell'azione penalmente rilevante debba essere accertata con una probabilità confinante con la certezza, il parametro a cui attenersi sarebbe quello dell'alta probabilità logica, il quale però, porterebbe nella maggior parte dei casi- in forza del principio dell'*in dubio pro reo* - ad escludere la sussistenza del nesso di causa e quindi ad esiti assolutori quasi automatici.

Uno spiraglio nell'accertamento del nesso di causa potrebbe essere offerto dall'adesione a paradigmi ricostruttivi di stampo epidemiologico, a cui la giurisprudenza ricorre per dimostrare il nesso causale in relazione a eventi lesivi subiti da lavoratori esposti a sostanze patogene⁵³. Allorché, in base ad accertamenti attendibili, si riuscisse a dimostrare un eccesso di incidenza della patologia Covid-19 in un determinato contesto lavorativo, identificato come focolaio⁵⁴, si potrebbe tentare di ravvisare la correlazione causale tra la dimostrata inosservanza di protocolli di prevenzione e l'eccesso di morbilità lavorativa. Un tale accertamento richiede però un'estensione significativa del contagio in quel determinato luogo di lavoro, tale da rendere significativa la corte oggetto di studio e da garantire l'integrità dei dati epidemiologici di controllo, che potrebbero tuttavia essere stati raccolti, quantomeno nelle prime settimane dell'epidemia, in modo fortemente frammentario (si pensi, ad esempio, alle modalità con le quali, soprattutto nella prima fase dell'emergenza, sono stati svolti i tamponi, eseguiti in modo non sistematico ed esclusivamente sui soggetti sintomatici).

5.2. Sulla colpa.

Se si riuscisse ad accertare che l'azione (o l'omissione) sono causali rispetto alla verifica del contagio ed alla conseguente malattia o morte del lavoratore, per poter muovere l'addebito al garante, sarebbe comunque necessario individuare un *quid pluris*,

52 Così, V. MONGILLO, *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in tempo di pandemia*, cit.; C. LONGOBARDO, *Causalità ed imputazione oggettiva*, Napoli, 2011, 405 e ss; M. DONINI, voce *Imputazione oggettiva dell'evento (diritto penale)*, in *Enc. Dir., Annali*, vol. III, Milano, 635 e ss.

53 L. MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale*, Milano, 2007; Id. *Evidenza epidemiologica di un aumento di mortalità e responsabilità penale*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Cont.*, 2014, 3-4-, 343 e ss; S. ZIRULIA, *Esposizione a sostanza tossiche e responsabilità penale*, Milano, 2018.,

54 Si pensi ai focolai epidemici sorti presso i magazzini di note aziende di logistica italiane oppure al caso del mattatoio tedesco situato di Tonnies, in cui si sono registrati più di 1500 contagi ed ancora alle infezioni da Covid avvenute presso il magazzino di una società di e-commerce situato in Corea del Sud.

consistente nell'elemento soggettivo del reato, che – con precipuo riguardo al caso di specie – richiede quantomeno la possibilità di muovere un addebito a titolo di colpa.

Anche un simile accertamento risulta, nel contesto emergenziale che ci occupa, difficilmente praticabile, essenzialmente a causa della difficoltà per l'agente reale di conoscere *ex ante* il contenuto della condotta diligente, che porta al rischio, per il giudicante, di incorrere in una valutazione *ex post* alla luce del "senno del poi".

Nei reati colposi la struttura stessa della colpa impone che l'evento derivi dalla violazione di una regola cautelare, fissata al fine di regolamentare il comportamento del garante del rischio (c.d. comportamento alternativo lecito) per prevenire ed evitare il verificarsi dell'evento lesivo, ed altresì che tale inosservanza possa essere rimproverata al soggetto agente, in base un giudizio personalizzato⁵⁵. Dunque, nelle fattispecie colpose di evento (quali le lesioni o l'omicidio) la ricostruzione del dovere di diligenza impone di individuare le regole di comportamento che, se non fossero state violate, avrebbero evitato il verificarsi dell'evento *ex ante* prevedibile ed evitabile.

Il settore della sicurezza del lavoro si caratterizza per la prevalente presenza di regole cautelari formalizzate (c.d. colpa specifica), che trovano il proprio riferimento in diversi testi normativi (tra cui il d. lgs. 81/2008) e che lasciano un ruolo essenzialmente residuale alla colpa generica⁵⁶.

Ciò non esclude, ovviamente, che la colpa generica possa subentrare in luogo di quella specifica tutte le volte in cui gli obblighi prevenzionistici legali vengano superati dal progresso delle conoscenze scientifiche, tecnologiche e nomologiche a causa dell'inerzia del legislatore. Nell'ambito della colpa generica, la regola cautelare nasce dall'esperienza pratica, la quale, da un lato, permette di conoscere le possibili conseguenze dannose che derivano dall'esercizio di una data attività (conseguenze, pertanto, prevedibili), dall'altro, consente di individuare le cautele idonee (se ve ne sono) ad evitare i predetti esiti o – quantomeno – ridurre la probabilità di lesione del bene giuridico protetto. Per valutare la riconoscibilità, *ex ante* del contenuto della condotta diligente si suole fare ricorso al parametro dell'*homo eiusdem condicionis ac professionis*.

Diverse considerazioni valgono per la colpa specifica: essa garantisce maggiore tipicità del fatto e maggiore conoscibilità delle regole cautelari, assicurando inoltre un migliore ordinamento sociale della disciplina dell'attività pericolosa mediante chiare prese di posizione e bilanciamenti da parte del legislatore.

Orbene, nel contesto dell'emergenza pandemica, la sostanziale ignoranza scientifica sulle effettive caratteristiche del virus e sulla malattia che da questo ingenera pone – di fatto – tutti i soggetti dinnanzi a situazioni di mutevole incertezza, tale da richiedere l'intervento della Autorità pubblica per fornire delle "regole di comportamento" volte ad affrontare il rischio in parola⁵⁷.

Così, nell'attuale contesto, caratterizzato da estrema incertezza scientifica e da contrapposte tesi mediche, il tentativo di dimostrare che l'adozione delle invocate misure anti-contagio fosse in grado di evitare l'evento, rischia di incagliarsi senza portare ad alcun risultato.

55 D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009; M. GALLO, voce *Colpa penale*, in *Enc. Dir.*, Vol. VII, 1960, 624 ss.

56 F. PALAZZO, *Obblighi prevenzionistici, imputazione colposa e discrezionalità giudiziale*, in *Dir. pen. e proc.*, 12/2016, 1545 ss.

57 Così, D. AMATO, *Contagio da Covid-19 "in occasione di lavoro" e responsabilità datoriale: è davvero necessario uno scudo penale?*, cit.

Se i protocolli, stipulati direttamente fra le parti sociali con la partecipazione dello stesso Governo, possono costituire un valido ausilio per il datore di lavoro tenuto ad osservarli, la loro scarsa esaustività ed il necessario loro adattamento al contesto concreto di ciascuna realtà lavorativa, pone gli imprenditori ad agire in un contesto nebuloso e verosimilmente precario. La situazione si complica alla luce della scarsa solerzia con cui viene svolta la parallela attività di prevenzione pubblica fondata sulla diffusione, sull'efficacia e sulla tempestività dei *test* oltre che sulle oggettive incertezze circa la evoluzione dell'epidemia, le sue effettive modalità di propagazione ed un suo possibile ritorno in maniera più vigorosa⁵⁸.

Si auspica quindi che le eventuali indagini sulla sussistenza dell'elemento soggettivo del reato, prendano rigorosamente ad esame le specifiche circostanze del fatto concreto, in modo tale da collocare – dal punto di vista temporale – il preciso momento storico in cui è stata posta in essere la condotta del datore di lavoro e da definire con certezza il grado di conoscenze scientifiche disponibili al momento in cui detta condotta è stata realizzata.

6. La responsabilità degli enti ex d. lgs. 231/2001.

La responsabilità (formalmente) amministrativa (ma sostanzialmente penale)⁵⁹ degli enti da reato ha fatto la propria comparsa nel nostro ordinamento ad opera del d. lgs. 231/2001, il quale ha superato il noto e tradizionale brocardo *societas delinquere non potest*.

Il decreto in oggetto, infatti, si rivolge agli enti dotati di personalità giuridica, alle associazioni ed alle società che ne sono prive, sanzionandoli nel caso in cui un soggetto che al loro interno riveste una determinata e formale posizione (trattasi dei soggetti c.d. apicali ovvero di coloro che sono sottoposti alla altrui vigilanza e controllo) abbia agito e posto in essere un reato (rientrante nel novero di quelli espressamente previsti dal d. lgs. 231/2001 come ascrivibili all'ente) nel loro interesse ovvero a loro vantaggio.

Al fine di imputare all'ente un reato occorre poi accertarne la colpevolezza, desunta dalla c.d. "colpa di organizzazione", quale difetto di controllo imputabile all'apparato nel prevenire il rischio reato.

58 F. COMPAGNA, *La responsabilità penale da "contagio" sui luoghi di lavoro. Chiarimenti a margine della circolare Inail del 20 maggio 2020*, in *Il Penalista*, 25 maggio 2020.

59 Sul tema della natura giuridica della responsabilità disciplinata dal D. Lgs. 231/2001 sono emerse diverse tesi. Tra le due tesi prevalenti, rispettivamente volte a qualificare la responsabilità come amministrativa (così G. MARINUCCI, *Societas puniri potest: uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1201 e ss; M. ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società ed associazioni: profili generali*, in *Riv. soc.*, 2002, 398) o come penale (per tutti E. MUSCO, *A proposito della responsabilità amministrativa degli enti*, in jus17@unibo.it, 2008, 1, 335 e ss; Id., *I nuovi reati societari*, Milano, 2007) si staglia quella secondo cui il D. Lgs. 231/2001 ha dato vita ad un *tertium genus* di responsabilità (così FIORELLA, *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. V, 2006, 5104; E. BELFIORE, *Colpevolezza e rimproverabilità dell'ente ai sensi del d. lgs. 231/2001*, in AA. VV., *Scritti in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, vol. III, 1755 e ss). Per una ricostruzione analitica della bibliografia sul tema si vedano G. AMARELLI, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 159 e ss; G. DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) di imputazione*, in *Dir. Pen. Cont.*, 28 ottobre 2012, 5 e ss.

Il legislatore ha peraltro diversificato i criteri di attribuzione della responsabilità a seconda della categoria di appartenenza degli autori individuali. Così, nel caso in cui il reato sia commesso dagli apicali, l'art. 6 prevede un'inversione dell'onere della prova che grava sull'ente, chiamato a dimostrare che non v'è stata omessa vigilanza da parte degli organismi a ciò preposti, che era stato adottato un modello di organizzazione e gestione idoneo a prevenire i reati del tipo di quello verificatosi, fraudolentemente eluso dalle persone fisiche agenti, e che l'autore del reato ha agito esclusivamente per un proprio interesse o vantaggio; se il reato è stato invece commesso da un sottoposto, l'art. 7 impone di dimostrare all'accusa che la commissione del reato è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione e di vigilanza, ossia da una morfologia aziendale colposa sotto il profilo organizzativo.

A seguito dell'entrata in vigore della legge delega 3 agosto 2007, n. 123, l'ente collettivo può essere chiamato a rispondere anche per gli illeciti riguardanti la salute e la sicurezza sui luoghi di lavoro. L'art. 25-septies d. lgs. 231/2001, infatti, prevede che l'ente risponda qualora, nel suo interesse ovvero nel suo vantaggio, siano poste in essere le fattispecie colpose di omicidio e lesioni commesse in violazione di norme antinfortunistiche. Innegabile la portata innovativa della norma, che affianca – tra i soggetti responsabili – al datore di lavoro persona fisica, anche il datore di lavoro persona giuridica. Tuttavia, il mancato adattamento dei criteri di imputazione congegnati su reati presupposto di natura dolosa alle fattispecie colpose di cui all'art. 25-septies, impone – per stabilire la connessione tra l'evento morte o la lesione da un lato e l'interesse od il vantaggio dell'ente dall'altro – di agganciare il criterio oggettivo di imputazione alla condotta anziché all'evento antiggiuridico⁶⁰. Così, diviene possibile muovere un rimprovero all'ente nel caso in cui la mancata adozione delle cautele previste in materia di sicurezza abbia consentito allo stesso di conseguire risparmi di spesa o di tempo ovvero di aumentare la propria produttività aziendale⁶¹.

Orbene, l'art. 25-septies d. lgs. 231/2001, nel precipuo contesto dell'emergenza sanitaria legata alla diffusione del virus, crea occasioni di responsabilità – in caso di contagio nei luoghi di lavoro – non solo a carico dei debitori di sicurezza “persone fisiche”, ma anche a carico degli enti di appartenenza.

Anche in tale caso, per poter muovere un addebito in capo all'ente si dovrà – prioritariamente – accertare l'effettiva commissione dei delitti di omicidio o lesioni personali colpose. Una tale dimostrazione – per le ragioni già sinteticamente esposte – in molti casi risulterà estremamente difficile, così da inibire anche il coinvolgimento dell'ente in sede penale⁶². E ciò sia in ragione del problematico accertamento del nesso di causa sia alla luce del dettato dell'art. 29-bis legge 40/2020 il quale, pur con i limiti segnalati, ha eretto degli argini alla colpa penale del datore di lavoro che, di riflesso, potranno giovare

60 A. ASTROLOGO, “Interesse” e “vantaggio” quali criteri di attribuzione della responsabilità degli enti nel d. lgs. 231/2001, in *Indice Penale*, 2003, 649 e ss; T. VITARELLI, *Infortunati sul lavoro e responsabilità degli enti: un difficile equilibrio normativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 695 e ss.

61 Degli esempi sono offerti dalla riduzione dei costi dovuta alla mancata consegna dei dispositivi di protezione individuale oppure all'omessa sanificazione degli ambienti di lavoro ovvero ancora, alla mancata contingentazione dei lavoratori ed alla mancata adozione di turni di lavoro atti a consentire il distanziamento, da cui però consegue una accelerazione dei ritmi produttivi.

62 V. MONGILLO, *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in tempi di pandemia. Profili di responsabilità individuale e dell'ente per contagio da coronavirus*, cit.

all'ente nel caso in cui venga esclusa la commissione del reato presupposto della responsabilità *ex d. lgs. 231/2001*⁶³. Laddove, invece, si riuscissero a superare tali ostacoli, dovrà comunque essere provato l'interesse ovvero il vantaggio dell'ente. Si pensi, ai casi in cui la mancata adozione delle cautele imposte per la prevenzione del contagio abbia permesso all'ente di ridurre i costi, derivanti – ad esempio – dalla mancata consegna dei DPI, dalla mancata sanificazione degli ambienti di lavoro, oppure alla accelerazione dei ritmi produttivi ottenibili mediante il mancato rispetto delle distanze di sicurezza ovvero tramite l'accesso non contingentato alle mense aziendali.

6.1. Il Modello di Organizzazione e Gestione ai tempi del Covid.

La colpa di organizzazione consiste in un difetto di controllo imputabile all'ente nel prevenire il rischio reato, che abbia agevolato le condizioni per la sua commissione. Così l'ente, per evitare di incorrere in responsabilità da illecito, è tenuto ad adottare le cautele necessarie a prevenire la commissione di specifici reati, attraverso l'attivazione di iniziative aventi carattere organizzativo e gestionale. Siffatti accorgimenti vanno consacrati in un documento (Modello di Organizzazione e Gestione, c.d. MOG) che individua i rischi e tratteggia le misure atte a contrastarli⁶⁴ e la cui adozione ed efficace attuazione può escludere la punibilità per la commissione di un reato o – quantomeno – attenuare le conseguenze sanzionatorie derivanti dalla commissione dello stesso.

Sebbene l'adozione del MOG sia facoltativa, non essendo sanzionato l'ente che non se ne dota⁶⁵, l'inclusione nel novero dei reati presupposto dei delitti di omicidio e lesioni colpose, di cui all'art. 25-*septies*, ha reso questa facoltà un adempimento, di fatto, dovuto. Basti, infatti, pensare alla centralità che tale documento riveste nella prevenzione degli infortuni sul lavoro, sia per la propria completezza di elaborazione sia per quanto

⁶³ Occorre qui accennare al fatto che l'art. 8 del D. Lgs. 231/2001, il quale sancisce il principio di autonomia di responsabilità dell'ente, che dunque potrà essere chiamato a rispondere del reato commesso anche se l'autore materiale del reato non sia identificato, non sia imputabile ovvero non sia punibile.

⁶⁴ Il Testo Unico del 2008, all'art. 2, comma 1, lett. dd), definisce il modello di organizzazione e gestione come quel documento necessario «*per la definizione e l'attuazione di una politica aziendale per la salute e sicurezza, ai sensi dell'articolo 6, comma 1, lettera a), del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, idoneo a prevenire i reati di cui agli articoli 589 e 590, terzo comma, del codice penale, commessi con violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela della salute sul lavoro*». Di poi, l'art. 30, descrive i requisiti contenutistici minimi che tale documento deve possedere. Il primo comma richiede che il MOG, sia «*adottato ed efficacemente attuato, assicurando un sistema aziendale per l'adempimento di tutti gli obblighi giuridici relativi: a) al rispetto degli standard tecnico-strutturali di legge relativi a attrezzature, impianti, luoghi di lavoro, agenti chimici, fisici e biologici; b) alle attività di valutazione dei rischi e di predisposizione delle misure di prevenzione e protezione conseguenti; c) alle attività di natura organizzativa, quali emergenze, primo soccorso, gestione degli appalti, riunioni periodiche di sicurezza, consultazioni dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza; d) alle attività di sorveglianza sanitaria; e) alle attività di informazione e formazione dei lavoratori; f) alle attività di vigilanza con riferimento al rispetto delle procedure e delle istruzioni di lavoro in sicurezza da parte dei lavoratori; g) alla acquisizione di documentazioni e certificazioni obbligatorie di legge; h) alle periodiche verifiche dell'applicazione e dell'efficacia delle procedure adottate*».

⁶⁵ Peraltro, proprio con riferimento all'art. 25-*septies*, la giurisprudenza ha affermato che è irrilevante la mancata adozione del MOG se manca l'interesse o il vantaggio per l'ente datore di lavoro o se l'infortunio non rientra nella casistica dei reati presupposto.

concerne la sua circolazione in ambito aziendale, avuto riguardo al ruolo di controllo cui sono chiamati i rappresentanti aziendali per la sicurezza e le organizzazioni sindacali⁶⁶.

Ciò posto, alla luce dell'emergenza Covid-19, occorre chiedersi se l'inedita situazione emergenziale imponga un adeguamento o comunque un aggiornamento del MOG, al pari di quanto è tenuto a fare il datore di lavoro con riferimento al DVR (la cui adozione, come detto, è obbligatoria!). A riguardo, ferma restando l'opportunità di adottare un simile modello per l'ente che ne sia privo, si ritiene che la pandemia in corso non faccia conseguire – automaticamente – la necessità per l'ente di aggiornare il proprio MOG. E ciò vale sia per quei rischi c.d. indiretti – cioè per quei rischi non immediatamente legati alla gestione sanitaria della epidemia, ma derivanti dalle numerose modifiche alla normale operatività aziendale dettate dalla necessità di adeguarsi, nello svolgimento dell'attività dell'impresa, alle svariate esigenze imposte dalla gestione dell'emergenza⁶⁷ – sia per i rischi c.d. diretti, derivanti dalla immediata esposizione dei lavoratori al rischio di contagio.

In tale specifico contesto emergenziale gli enti sono, infatti, chiamati a gestire rischi riconducibili a fattispecie di reato già incluse nella disciplina 231 prima dell'emergenza e connotate dalla loro tendenziale trasversalità rispetto alle varie categorie di imprese, sotto il profilo sia dimensionale, sia merceologico. Si tratta, quindi, di rischi-reato che le imprese dotate di un MOG avrebbero già dovuto valutare come rilevanti nell'ambito dell'attività di *risk assessment*. Nella generale prospettiva di prevenzione del rischio antinfortunistico, il Modello 231 deve infatti prevedere il complesso dei presidi generali idonei ad assicurare, a valle e in loro attuazione, un valido ed efficace sistema gestionale, che contempra tutte le specifiche misure necessarie per l'adempimento degli obblighi giuridici a tutela della salute e sicurezza dei lavoratori. Ne consegue che l'adozione delle misure funzionali alla

66 C. FRASCHERI, *Consultazione e partecipazione dei rappresentanti dei lavoratori*, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *La nuova sicurezza in azienda. Commentario al titolo primo del decreto legislativo n. 81/2008*, Milano, 2008, 237; P. PASCUCCI, *Salute e sicurezza: dalle rappresentanze dell'art. 9 ai rappresentanti del d.lgs. 81/08*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2010, 670 ss; L. ZOPPOLI, *Il controllo collettivo sull'efficace attuazione del modello organizzativo per la sicurezza nei luoghi di lavoro*, in D. FONDAROLI, C. ZOLI (a cura di), *Modelli organizzativi ai sensi del d.lgs. n. 231/2001 e tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Torino, 2014, 20 ss; V. VALENTINI, *La sostanziale continuità tra il "vecchio" e il "nuovo" diritto penale della salute e sicurezza sul lavoro*, in L. GALANTINO (a cura di), *Il Testo Unico in materia di salute e sicurezza sul lavoro*, Torino, 372.

67 L'emergenza Covid ha imposto alle imprese di impostare modalità di lavoro e organizzative spesso diverse da quelle ordinarie e di far fronte ad adempimenti inediti. Ciò può incrementare il rischio di commissione di alcuni reati rilevanti ex D. Lgs. 231/2001, quali – ad esempio: a) corruzione tra privati, corruzione e altri reati contro la PA: la situazione di crisi generalizzata, nonché la necessità da parte delle imprese di recuperare i profitti non conseguiti nel periodo dell'emergenza, potrebbe comportare una maggior esposizione al rischio teorico di condotte corruttive, sia verso Pubblici Ufficiali o Incaricati di Pubblico Servizio, sia verso soggetti privati; b) capolarato e impiego di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare: le difficoltà legate alla prosecuzione dell'attività produttiva durante l'emergenza può aver determinato un maggior rischio di utilizzo e impiego irregolare dei lavoratori; c) ricettazione, riciclaggio e autoriciclaggio: le difficoltà in termini di disponibilità di risorse finanziarie, che può essere stata acuita dall'emergenza sanitaria, può aver determinato una maggior esposizione al rischio di condotte illecite riconducibili ai reati di ricettazione e riciclaggio; d) reati informatici e violazioni in materia di diritto d'autore: l'ampio e generalizzato ricorso allo *smart working*, attivabile in alcuni casi anche mediante l'uso di dispositivi e connessioni di rete personali dei lavoratori, può astrattamente aver determinato un maggior rischio di commissione degli illeciti informatici derivante, ad esempio, da un uso non conforme dei dispositivi e dei *software* da parte dei singoli utenti.

gestione del rischio biologico da Covid-19 oggi previste, costituisce la corretta attuazione di quanto (dovrebbe essere) già contemplato nel MOG⁶⁸. In altri termini, un modello adeguato e redatto in conformità a norme tecniche accreditate a livello nazionale ed internazionale, è congegnato per strutturare correttamente l'organizzazione aziendale in vista della gestione accurata di tutti i processi produttivi che possono incidere sulla salute e sulla sicurezza dei lavoratori⁶⁹, compreso – quindi – il rischio epidemico.

6.2. Il ruolo dell'Organismo di Vigilanza.

Merita infine di essere aperta una breve parentesi sul ruolo che è e che sarà chiamato a svolgere l'Organismo di Vigilanza (OdV), nel contesto pandemico in cui si trovano ad operare le imprese. Trattasi di un organismo dell'ente, disciplinato all'art. 6, comma 2, lett. b) d. lgs. 231/2001, deputato a valutare l'adeguatezza del MOG, a vigilare sulla sua funzionalità e sulla sua concreta attuazione ed a suggerirne eventuali aggiornamenti al mutare di determinate circostanze, salvo poi essere precipuo compito dell'impresa assumere le decisioni gestionali ed aggiornare tale modello.

Nell'attuale contesto emergenziale si richiede all'OdV di svolgere una vigilanza "rafforzata" sulla corretta ed efficace implementazione del modello esistente, nonché sulle misure attuate dal datore di lavoro in ottemperanza alle prescrizioni delle Autorità Pubbliche.

L'OdV sarà quindi chiamato: a) ad interloquire con il datore di lavoro, il responsabile del servizio di prevenzione e protezione (RSPP), il medico competente, il Comitato per l'applicazione e la verifica delle regole del protocollo e con tutti i soggetti in grado di riferire sulle misure adottate, al fine di verificare le azioni già poste in essere per far fronte all'emergenza e valutare l'eventuale adozione di ulteriori cautele; b) ad accertare che il quadro normativo di riferimento, collegato all'evoluzione dell'emergenza, sia costantemente monitorato dall'impresa e ad ottenere in modo tempestivo dal datore di lavoro, dai reparti aziendali coinvolti e dagli organi preposti alla gestione del rischio, adeguati flussi informativi sulle misure concretamente implementate all'interno dell'impresa in chiave anti-contagio, al fine di valutarne l'adeguatezza rispetto ai provvedimenti emananti; c) a segnalare ai vertici aziendali le criticità riscontrate nella propria attività di vigilanza ed a supportare gli stessi nella adozione di misure correttive; d) a verificare l'adeguatezza del MOG ed a suggerire sue eventuali modifiche.

In sintesi, l'OdV deve continuare a svolgere le proprie mansioni di controllo sulla corretta attuazione del MOG e sul suo tempestivo aggiornamento, ma nella consapevolezza della peculiare fase emergenziale in cui è chiamato ad operare. Difatti, anche l'emergenza epidemiologica – dalla quale possono conseguire rischi penali in capo all'ente – impone una "presenza attiva" dell'organismo di controllo, funzionale ad

68 Tali considerazioni sono peraltro state messe in evidenza da Confindustria in un proprio *position paper* di giugno 2020.

69 Tale conclusione poggia sulla sopradetta distinzione tra il modello organizzativo strumentale al contenimento del rischio reato ed all'esenzione da responsabilità dell'ente ed il sistema prevenzionistico previsto dal d. lgs. 81/2008, che poggia sull'analisi dei rischi di infortunio e di malattie professionali.

assicurare il rigoroso rispetto delle prescrizioni normative rivolte all'ente, nonché di quelle auto-normate volte a prevenire possibili violazioni e la commissione di illeciti⁷⁰.

7. Note conclusive.

Il quadro che si è cercato fin qui di illustrare porta a concludere che la inedita situazione di emergenza epidemiologica – tuttora in corso – imponga di operare con la dovuta cautela sia ai datori di lavoro, chiamati a proteggere beni fondamentali quali la vita e l'integrità fisica dei propri dipendenti, sia in sede di accertamento processuale delle possibili responsabilità datoriali.

Ai datori di lavoro, a fronte del dilagare dell'agente infettivo, è infatti demandata una necessaria armonizzazione tra sistema prevenzionistico e nuove misure di cautela, al fine di tutelare la salute dei propri lavoratori e garantire loro un ambiente lavorativo salubre, per prevenire sia il nuovo rischio biologico che i suoi temuti risvolti penali. Simili cautele si rendono necessarie anche al fine di scongiurare il verificarsi di altri rischi – non specificatamente penali – che un'impresa dovrebbe voler evitare, tra cui la riduzione di produttività ed il danno all'immagine aziendale che potrebbero conseguire dalla circolazione incontrollata del virus in un contesto di lavoro.

Occorre poi *prudentia* e cautela anche in sede processuale. Dinnanzi ad un fattore biologico ubiquitario, come il nuovo coronavirus, il modello del reato colposo di evento vacilla, mostrando concrete difficoltà operative nell'accertamento del nesso eziologico secondo i criteri di francesiana memoria. L'attuale sapere scientifico è estremamente incerto e fragile e quindi non sufficientemente accreditato per affermare, con l'elevata probabilità logica richiesta, che esista il nesso condizionalistico tra condotta ed evento.

Peraltro, nel caso in cui si dovesse giungere ad un concreto accertamento del nesso di causa, si porrà comunque il problema della possibilità di muovere un rimprovero colposo. Così, muovendosi in un contesto tutt'altro che nitido, si può solo asserire con certezza – affermando forse l'ovvio – che il datore di lavoro, gravato da nuovi e significativi obblighi, sia tenuto ad adottare ogni misura idonea a valutare e contrastare il rischio di contagio.

Tali incombenti, nonostante impongano maggiori ed incisivi oneri per l'imprenditore, rappresentano un dovere etico per il datore di lavoro e costituiscono il modo più efficace per fronteggiare – in un eventuale futuro – gli addebiti per gli infortuni-contagi che potrebbero giungere al giudice penale.

70 M. SCOLETTA, *Il position paper di Confindustria sulla responsabilità ex crimine degli enti ai tempi del Covid-19: ragionevoli conferme e scivolose rassicurazioni*, in *Sistema Penale*, 22 giugno 2020.