

LE INFEZIONI DA COVID-19 NEI LUOGHI DI
LAVORO: CATEGORIE PENALISTICHE E NODI
PROBLEMATICI



*Bianca Ballini**

SOMMARIO 1. L'infezione da Coronavirus come rischio lavorativo. — 2. L'accertamento della causalità del contagio. — 3. La colpa virale.

1. L'infezione da Coronavirus come rischio lavorativo

Il Coronavirus ha ampliato il quadro dei rischi nei luoghi di lavoro, quale che sia l'attività lavorativa, stanti il suo carattere ubiquitario e le sue modalità di trasmissione.

Ci si è chiesti se i datori di lavoro siano chiamati a gestire il nuovo rischio nella cornice della normativa posta a tutela della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, con conseguente applicabilità, tra l'altro, delle fattispecie di omicidio e lesioni personali colposi in ipotesi di infezioni contratte dai dipendenti.

La questione ha assunto ampia risonanza quando, ai fini dell'assicurazione INAIL, il legislatore dell'emergenza ha espressamente qualificato il contagio da Covid-19 come "infortunio sul lavoro", (art. 42, co. 2 d.l. 18/2020). Da più parti, se ne è infatti dedotta l'avvenuta riconduzione del contagio da Covid-19 tra i rischi professionali, rispetto ai quali grava sul datore di lavoro una posizione di garanzia a tutela dell'integrità fisica dei suoi dipendenti. A ben vedere, però, la norma non ha innovato alcunché sul fronte penalistico, essendo già da tempo pacifico che può costituire infortunio sul lavoro anche l'azione di agenti virali¹, non occorrendo dunque una espressa qualificazione legislativa in tal senso.

Al contempo, stante l'ubiquità del nuovo virus e lo scenario emergenziale che gli fa da sfondo, si è ritenuto che la prevenzione dei contagi sui luoghi di lavoro sia appannaggio degli attori pubblici chiamati a contenerne la circolazione su tutto il territorio nazionale.

* Dottoranda in Diritto penale nell'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata".

¹ Cfr. sul tema R. RIVERSO, *Vero e falso sulla responsabilità datoriale da Covid-19. Aspetti civili, penali e previdenziali*, in www.questionegiustizia.it, 19 maggio 2020.

In effetti, il legislatore dell'emergenza è intervenuto in tale ambito, dapprima raccomandando una serie di cautele da rispettare negli ambienti lavorativi (art. 1, n. 7 d.p.c.m. 11 marzo 2020) e, successivamente, recependo con d.p.c.m. alcuni Protocolli condivisi con cui le Parti sociali hanno individuato le misure di contrasto e di contenimento della diffusione del virus negli ambienti di lavoro.

A taluni è così parso che della gestione del rischio Covid sui luoghi di lavoro, quale rischio generico, si fosse fatto direttamente carico il legislatore dell'emergenza², provvedendo a valutarlo e ad individuarne le misure più idonee a contenerlo in luogo dei datori di lavoro, quali soggetti normalmente destinatari di obblighi di pari contenuto nell'ambito antinfortunistico.

Il che, tradotto sul piano delle categorie penalistiche, sarebbe equivalso a teorizzare l'insussistenza di una posizione di garanzia in capo al datore di lavoro per le infezioni da Covid-19 contratte dal dipendente. La violazione delle misure anticontagio, da cui fosse conseguita l'infezione e, di qui, l'eventuale malattia o morte del lavoratore, sarebbe stata comunque punita con le sanzioni previste dalla normativa emergenziale posta a presidio, più in generale, del rispetto di tutte le misure anticontagio, anziché con le temute fattispecie incriminatrici di cui agli artt. 589 e 590 c.p.

In senso opposto, però, si è subito osservato che il rischio Covid può anche costituire un rischio professionale, essendo il contagio pur sempre imputabile al contatto tra persone (lavoratori e terzi, come ad esempio clienti o fornitori) all'interno dell'ambiente di lavoro, e dunque attenendo la relativa gestione all'organizzazione dell'attività lavorativa³. Ciò sembrerebbe confermato dall'art. 42 d.l. 18/2020, che, come anticipato, ha qualificato l'infezione da Covid-19 come "infortunio sul lavoro"⁴. D'altro canto, le misure previste dalla normativa emergenziale non mirano soltanto alla tutela della salute pubblica, in quanto minacciata dalla eventuale fuoriuscita dall'ambiente di lavoro di vettori di contagio che accentuino la diffusione del virus, ma, prima ancora, alla tutela dei lavoratori, chiamati ad esporsi al rischio nella prestazione della loro opera⁵.

² 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*, 1/2020, p. 128.

³ G. DE FALCO, *La normativa in tema di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro a confronto con l'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *www.giustiziainsieme.it*, 22 aprile 2020, p. 4.

⁴ V. FILÌ, *Diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 e nuova "questione sociale"*, in *Lavoro nella Giur.*, 4/2020, p. 332.

⁵ S. DOVERE, *La sicurezza dei lavoratori in vista della fase 2 dell'emergenza da Covid-19*, in *www.giustiziainsieme.it*, 4 maggio 2020.

In ogni caso, il sistema antinfortunistico risultante dal combinato disposto dell'art. 2087 c.c. e del d.lgs. 81/2008 sembra gravare il datore di lavoro di una posizione di garanzia (*sub specie* "di controllo") in relazione ad ogni genere di rischio connesso all'attività lavorativa, sia esso endogeno, quindi strettamente professionale, ovvero esogeno. Lo si ricava da talune disposizioni ivi contenute, che espressamente riferiscono il sistema di prevenzione a tutti i rischi presenti sul luogo di lavoro, indipendentemente dalla loro fonte. Si pensi all'art. 3, che riconduce nel campo applicativo del d.lgs. 81/2008 "tutte le tipologie di rischio"; oppure, ancora, all'art. 28, co. 2, lett. a), che assume, quale criterio per la perimetrazione dei rischi rilevanti, quello spazio-temporale della sussistenza del rischio "durante l'attività lavorativa". In questo senso deporrebbe altresì l'art. 2087 c.c., che, imprimendo alla posizione di garanzia del datore la direzione finalistica della tutela dell'integrità fisica del lavoratore, declina il contenuto dell'obbligo di sicurezza nell'adozione di ogni misura strumentale ad assicurarne la tutela contro ogni rischio, quand'anche non classificato all'interno del d.lgs. 81/2008.

Sul datore-garante grava così un obbligo di intervento diretto nella gestione del rischio Covid-19, che non si esaurisce nella passiva attuazione delle misure confezionate dalla normativa emergenziale, ma che, ai sensi del d.lgs. 81/2008, si estende all'obbligo di previa valutazione dell'effettiva consistenza del rischio in considerazione delle specificità del tipo di lavorazione e dell'ambiente di lavoro, cui a sua volta consegue l'ulteriore obbligo di aggiornare il DVR, individuando le specifiche misure in concreto idonee a fronteggiarlo. In quest'ottica, le misure previste dalla normativa emergenziale, segnatamente quelle contenute nei Protocolli, costituirebbero condizioni di cautela plasmate secondo le più aggiornate conoscenze scientifiche⁶, che si inseriscono nella cornice generale tracciata dal sistema antinfortunistico, facilitando il compito del datore nella individuazione delle misure più idonee a scongiurare la lesione dell'integrità fisica dei lavoratori.

Come detto, dall'applicabilità del sistema delineato dal d.lgs. 81/2008 derivano pregnanti conseguenze sul piano della responsabilità penale.

Per un verso, la mancata osservanza di alcune misure anticontagio ricadrebbe nel raggio operativo delle figure contravvenzionali previste dal d.lgs. 81/2008, anziché andare incontro alle sanzioni amministrative previste dalla normativa emergenziale⁷.

Per altro verso, come anzidetto, la sussistenza di una posizione di garanzia in

⁶ G. DE FALCO, *op. cit.* p. 2.

⁷ L. GESTRI, *op. cit.*, p. 282.

capo al datore apre le porte ad una responsabilità penale *ex art. 40, cpv. c.p.* per la morte o le lesioni del dipendente in conseguenza del contagio, la quale dunque non discende dalla qualificazione giuridica dell'infezione come "infortunio sul lavoro" operata dall'art. 42, co. 2 d.l. 18/2020, bensì dalle ordinarie regole che governano il reato omissivo improprio.

2. L'accertamento della causalità del contagio

Ai fini dell'assicurazione INAIL, la prova che l'infezione da Covid-19 sia stata contratta proprio durante la prestazione dell'attività lavorativa può essere fornita anche attraverso presunzioni semplici, bastando in tal senso che il fatto ignoto (ossia il momento specifico in cui il fattore patogeno è penetrato nell'organismo) possa essere desunto dal fatto noto (la prestazione dell'attività lavorativa) come conseguenza ragionevole, probabile e verosimile, secondo un criterio di normalità⁸.

Tutt'altro *standard* probatorio è richiesto in ambito penalistico, in virtù del quale la prova della contrazione del virus all'interno del luogo di lavoro avrà scarse *chance* di essere raggiunta. Infatti, il carattere ubiquitario del nuovo virus, unitamente ai suoi apprezzabili tempi di incubazione e alla presenza di soggetti asintomatici, mettono fuori gioco il modello di accertamento causale inaugurato dalla nota sentenza Franzese, essendo nel più dei casi impossibile escludere con elevata probabilità logica che il virus sia stato contratto fuori dei luoghi di lavoro.

Perfino l'aumento dell'incidenza della patologia tra i lavoratori di una stessa azienda potrebbe essere una circostanza del tutto casuale – come nel caso di più lavoratori che abbiano contratto ciascuno autonomamente il virus *aliunde* – oppure potrebbe derivare dal fatto che il virus sia circolato sì nella compagine lavorativa, ma al di fuori della sfera di controllo del datore di lavoro, come ad esempio in una cena tra colleghi oppure nel caso di utilizzo, da parte dei lavoratori, di un medesimo mezzo di trasporto per recarsi sul luogo di lavoro.

3. La colpa virale?

Il dibattito penalistico sul rischio da Covid non ha risparmiato la responsabilità colposa. Un contributo l'ha dato il legislatore, che si è occupato *ex professo* della

⁸ Così la Circolare INAIL del 22 maggio 2020, consultabile su www.inail.it.

questione. Questi ha così introdotto l'art. 29-*bis* d.l. 23/2020, a mente del quale il rispetto dei Protocolli d'intesa recepiti con d.p.c.m. vale quale adempimento dell'obbligo di cui all'art. 2087 c.c.

Orbene, si tratta di una norma che ha quale principale interlocutore la giurisprudenza, segnatamente le sue applicazioni distorsive. Essa infatti mira ad arginare quell'orientamento che, ravvisando nell'art. 2087 c.c. la fonte di regole cautelari non scritte⁹, aggiuntive rispetto a quelle codificate nella normativa antinfortunistica, rinviene la cautela in concreto violata tra quelle che si rivelino efficaci *ex post*, tramite il ricorso alla figura dell'agente modello, sul presupposto che quelle osservate abbiano fallito nell'impedire l'evento dannoso.

Di recente, i rapporti tra colpa generica e colpa specifica sono stati ripercorsi e puntualizzati in una significativa pronuncia della Corte di cassazione¹⁰. La Corte non ha disconosciuto l'operatività della colpa generica pur in presenza di discipline cautelari positivizzate. Nondimeno, ha precisato che, in ossequio all'istanza di determinatezza, la presunzione di esaustività di queste ultime rende legittimo l'affidamento del loro destinatario in ordine alla sufficienza della loro osservanza, a meno che non fosse conoscibile il contrario, per essere stata smentita, dal consenso sociale di riferimento, l'efficacia preventiva della cautela codificata. Solo in quest'ultimo caso è possibile pretendere dal destinatario del precetto penale un comportamento cautelare che vada oltre l'osservanza delle regole codificate.

Rispetto a ciò, l'art. 29-*bis* cit. ribadisce l'ovvio, poiché positivizza quella presunzione di esaustività già implicita nella stessa codificazione delle misure cautelari all'interno dei protocolli condivisi. Anzi. La statuizione è così perentoria da apparire quasi come un'assolutizzazione di quella presunzione, altrimenti relativa, precludendo cioè alla colpa generica ogni residuo ed eventuale margine di operatività. Anche in questo senso, però, la norma risulterebbe ugualmente non necessaria, poiché è verosimile che l'eventuale necessità di superare in futuro le attuali misure protocollari sfocerà nella stipulazione di nuovi protocolli condivisi, ossia nella positivizzazione di nuove cautele.

Ciò detto, pare superfluo diffondersi oltre sul punto, poiché le problematiche connesse all'elemento soggettivo restano allo stato assorbite in quelle poste dall'accertamento dell'effettivo decorso causale.

L'acquisita consapevolezza in ordine all'impossibilità di accertare in tale ambito

⁹ Cfr., ad esempio, Cass. civ., sez. lav., 24 gennaio 2014, n. 1477.

¹⁰ Cass. pen., sez. IV, 6 settembre 2021, n. 32899, in www.giurisprudenzapenale.it, p. 428 ss.

la causalità materiale non significa auspicare una rinuncia *tout court* alla tutela penale, bensì, quantomeno, un abbandono del paradigma del reato colposo di evento.

La prevenzione nei luoghi di lavoro attraverso la repressione penale non poggia esclusivamente sulle fattispecie di omicidio e di lesioni, le quali costituiscono invero solo la punta dell'iceberg della tutela penale della salute e sicurezza dei lavoratori. Se non è possibile conoscere lo specifico decorso causale che ha condotto alla contrazione del virus, e dunque contestare i delitti con evento di danno, allora non resta che ripiegare sull'anticipazione della tutela offerta dal modello dell'illecito di pericolo. In tal modo, l'effettività delle misure anticontagio sarebbe garantita dalla punibilità della loro mera violazione, senza doversi addentrare sul terreno scivoloso dei concreti sviluppi di quest'ultima.

Certo è che, considerate le lacune scientifiche in ordine al nuovo virus e all'efficacia impeditiva delle misure di contenimento imposte (es. obbligo di indossare mascherine, obbligo di distanziamento interpersonale), la punizione della loro mera inosservanza finisce per poggiare su basi precauzionali: ciò, in ossequio al principio di offensività e di *extrema ratio* del diritto penale, dovrebbe suggerire di optare per la comminazione di sanzioni amministrative piuttosto che penali, quand'anche di natura contravvenzionale.

E in effetti, nella normativa emergenziale, le misure anticontagio, incluse quelle da adottare nei luoghi di lavoro, sono presidiate da sanzioni amministrative (art. 4 d.l. 19/2020). Senonché, in virtù della clausola di sussidiarietà ivi prevista, esse possono trovare applicazione a meno che il fatto non costituisca reato, e dunque, nello specifico ambito in questione, allorché non si configurino le fattispecie contravvenzionali che costellano il d.lgs. 81/2008 o la figura delittuosa di cui all'art. 437 c.p.