

Tutela della salute dei lavoratori e COVID-19: una prima lettura critica degli obblighi datoriali**

di Lorenzo Maria Pelusi*

SOMMARIO: 1. Inquadramento della fattispecie: rischio biologico. – 2. Obbligo di valutazione del rischio biologico da COVID-19. – 2.1. Ampiezza della valutazione dei rischi e applicabilità del Titolo X del d.lgs. n. 81/2008. – 2.2. Riconduzione del rischio biologico nell'alveo naturale del rischio professionale: criterio del rischio endogeno e criterio dell'aumento del rischio a confronto. – 2.3. Le attività produttive soggette all'aggiornamento del DVR. – 2.4. Profili penalistici della posizione di garanzia datoriale e corollari interpretativi. – 3. Contenuto dell'obbligo di sicurezza e modalità della prevenzione.

1. *Inquadramento della fattispecie: rischio biologico*

La diffusione del nuovo ceppo di Coronavirus denominato COVID-19¹ – diffusione ormai riconosciuta come pandemica dall'Organizzazione Mondiale della Sanità – pone, oltre ai gravissimi problemi di gestione dell'emergenza che i nostri servizi sanitari stanno fronteggiando già da settimane, anche delle non trascurabili problematiche sul piano della prevenzione dei rischi in ambito lavorativo.

Probabilmente (e auspicabilmente) le ultime misure adottate a livello nazionale, con decreti governativi e protocolli condivisi, avranno già determinato la sospensione delle attività che non possano essere svolte da remoto, quantomeno quelle non indispensabili ai fini della continuità produttiva. Nonostante ciò, si ritiene utile fornire un contributo per dare un inquadramento giuridico a questo nuovo rischio per la salute dei lavoratori e delimitare di conseguenza gli obblighi di prevenzione ascrivibili al datore di lavoro.

In particolare, parlando del rischio di contagio da Coronavirus si fa riferimento a un rischio di natura biologica, categoria di rischi cui nel d.lgs. n. 81/2008 è dedicato un apposito Titolo, il decimo². A fronte di un rischio del

* Lorenzo Maria Pelusi è dottore di ricerca in diritto del lavoro, Università di Bergamo. lorenzomaria.pelusi@gmail.com

** Questo saggio è stato preventivamente assoggettato alla procedura di referaggio prevista dalle regole editoriali della Rivista.

¹ Per la precisione con l'acronimo COVID-19, coniato dall'Organizzazione mondiale della sanità, si indica la malattia causata dal virus, mentre quest'ultimo è stato denominato SARS-CoV-2, secondo la nomenclatura del Comitato internazionale per la tassonomia dei virus. Si tratta di un virus mai identificato nell'uomo prima della sua segnalazione a Wuhan, in Cina, il 31 dicembre 2019.

² Per una mappatura dell'esposizione professionale ad agenti biologici nel contesto produttivo nazionale, si rinvia a A. SCARSELLI, D. DI MARZIO, P. TOMAO, N. VONESCH, *Rischio*

genere, in molti si sono chiesti se e come i datori di lavoro siano tenuti ad attivarsi per prevenire il rischio di contagio in azienda.

Quanto al *se*, va ricordato che il fondamento dell'obbligo di sicurezza datoriale nei confronti dei lavoratori resta l'art. 2087 c.c.: «l'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro»³. Di conseguenza deve ritenersi pacifico che al datore di lavoro sia richiesta una condotta attiva volta a prevenire il rischio di contaminazione nei locali aziendali. Ciò che resta da appurare è quali siano gli obblighi incombenti sul datore.

2. Obbligo di valutazione del rischio biologico da COVID-19

2.1. Ampiezza della valutazione dei rischi e applicabilità del Titolo X del d.lgs. n. 81/2008

La questione che più di tutte sta affliggendo da giorni i datori di lavoro e i tecnici della prevenzione riguarda la presunta obbligatorietà di un aggiornamento del Documento di valutazione dei rischi (DVR) in relazione al rischio biologico legato al nuovo Coronavirus.

Come accennato, il rischio biologico è oggetto di specifica disciplina nel Titolo X del d.lgs. n. 81/2008⁴. Sebbene questo Titolo sia stato pensato per regolare quelle attività lavorative che abbiano direttamente ad oggetto gli agenti biologici – come ad esempio la loro manipolazione a fini di ricerca o il lavoro degli operatori sanitari, che sono esposti agli agenti biologici presenti nei pazienti affidati alle loro

biologico nei luoghi di lavoro: un'indagine conoscitiva a partire dal registro inail dei lavoratori esposti, in “Rivista degli infortuni e delle malattie professionali”, n. 2/2014, p. 421 ss.

³ Per una puntuale ricostruzione dell'obbligo di sicurezza deve rinviarsi a P. PASCUCCI (a cura di), *La tutela della salute e della sicurezza sul lavoro. Il Titolo I del d.lgs. n. 81/2008 dopo il Jobs Act*, Fano, Aras Edizioni, 2017.

⁴ Nel Titolo X si prevede che il datore di lavoro, nella valutazione dei rischi, tenga conto di tutte le informazioni disponibili relative alle caratteristiche dell'agente biologico e delle modalità lavorative. Questi ha inoltre l'obbligo di attuare le misure tecniche, organizzative e procedurali per evitare ogni esposizione dei lavoratori ad agenti biologici. L'art. 268 riporta una classificazione degli agenti biologici secondo la gravità del relativo rischio di infezione: in particolare i fattori che determinano l'appartenenza ad una specifica classe sono l'infettività, la patogenicità, la virulenza e la neutralizzabilità. L'Agenzia regionale sanitaria della Regione Marche, nella “Nota informativa per le aziende del territorio marchigiano, nel periodo di epidemia da nuovo coronavirus”, riconduce il COVID-19 alla stessa classe di rischio dei Coronaviridae che, nell'Allegato XLVI del d.lgs. n. 81/2008, è inquadrato nel gruppo 2. Detto gruppo ricomprende ogni «agente che può causare malattie in soggetti umani e costituire un rischio per i lavoratori; è poco probabile che si propaga nella comunità; sono di norma disponibili efficaci misure profilattiche o terapeutiche. Tuttavia, date le caratteristiche del nuovo virus, molto contagioso e per il quale non è ancora stato messo appunto un vaccino in grado di immunizzare i soggetti più a rischio, sembra più opportuno classificarlo nel gruppo 4, trattandosi di «un agente biologico che può provocare malattie gravi in soggetti umani e costituisce un serio rischio per i lavoratori e può presentare un elevato rischio di propagazione nella comunità; non sono disponibili, di norma, efficaci misure profilattiche o terapeutiche». In senso conforme anche P. PASCUCCI, *Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra “raccomandazioni” e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale?*, in questo stesso fascicolo di questa Rivista, p. 100, in particolare nota 4.

cure – esso sembrerebbe a prima vista applicabile anche nel caso in cui il rischio biologico sia solo generico, quindi non costituisca parte del processo produttivo ma sia comunque presente negli ambienti in cui i lavoratori si trovano a operare. Infatti, l'art. 266 del decreto, nel delimitare il campo di applicazione del Titolo X, prevede che le relative disposizioni «si applicano a tutte le attività lavorative nelle quali vi è rischio di esposizione ad agenti biologici». E in questo momento, il rischio di esposizione è presente in ogni settore produttivo, sanitario e non⁵.

Anche la formulazione dell'art. 28 del d.lgs. n. 81/2008, che nel delimitare l'oggetto della valutazione dei rischi fa riferimento a «tutti i rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori», sembra deporre a favore di una valutazione onnicomprensiva, che includa anche i rischi non strettamente connaturati all'attività produttiva⁶. Per meglio comprendere la portata di questa disposizione, tuttavia, è necessario appurare quale sia il rischio attorno al quale ruota l'intero (impropriamente detto) testo unico. L'esito di questa operazione induce a ritenere che il rischio rilevante ai fini della normativa prevenzionistica sia esclusivamente il “rischio professionale”, endogeno all'attività produttiva in quanto con essa in rapporto di causa-effetto.

Prova di ciò si può rinvenire nello stesso corpo normativo in parola. Infatti, pur essendo vero che, nell'art. 2 del d.lgs. n. 81/2008, la definizione di valutazione dei rischi è tanto ampia da consentire di ritenervi inclusi anche quei rischi non connaturati all'attività propria dell'impresa ma solo occasionalmente presenti all'interno dell'organizzazione⁷, va parimenti ricordato che la nozione di prevenzione ivi contenuta fa espresso riferimento unicamente ai rischi professionali⁸.

⁵ Questa interpretazione è stata fatta propria dalla già menzionata Agenzia regionale sanitaria della Regione Marche, la quale ha inteso precisare che l'art. 266 del d.lgs. 81/2008, nel delimitare il campo di applicazione del Titolo X, fa riferimento a tutte le attività lavorative in cui sia presente il rischio di esposizione ad agenti biologici «senza esclusione di quelle in cui tale rischio non derivi dalla “deliberata intenzione di operare con agenti biologici” (es. quelle riportate a titolo esemplificativo nell'Allegato XLIV del D.Lgs 81/08)». Nella medesima “Nota informativa per le aziende del territorio marchigiano, nel periodo di epidemia da nuovo coronavirus”, tuttavia, si precisa che nelle organizzazioni in cui il rischio biologico è di (fonte e) natura professionale, il datore deve verificare se le misure di prevenzione e protezione già in essere sono adeguate anche rispetto al contenimento dell'emergente rischio di contagio e, in caso negativo, aggiornare la valutazione dei rischi a tal fine. Ove l'esposizione al nuovo virus rappresenti invece un mero rischio generico, quindi non connaturato all'attività d'impresa, non viene indicata come necessaria alcuna revisione del DVR, essendo sufficiente rispettare le disposizioni di prevenzione e protezione impartite dalle autorità a livello nazionale e regionale.

⁶ Si deve ricordare, in proposito, che la Corte di giustizia europea (con sentenza del 15 novembre 2001, C-49/2000), aveva condannato la Repubblica italiana per la non corretta trasposizione della direttiva quadro, 89/391/CEE, nella parte in cui l'art. 4 del d.lgs. n. 626/1994 limitava la valutazione dei rischi a casi specifici.

⁷ Per un approfondimento sui rischi di natura organizzativa presenti all'interno dei moderni contesti produttivi, deve richiamarsi P. PASCUCCI, *Prevenzione e organizzazione nel diritto della sicurezza sul lavoro*, in “Sociologia del diritto”, 2011, 3, p. 175 ss.

⁸ È l'art. 2, comma 1, del d.lgs. 81/2008 a recare la definizione di valutazione dei rischi e di prevenzione. La prima è contenuta nella lett. *q*: «Ai fini ed agli effetti delle disposizioni di cui al presente decreto legislativo si intende per [...] valutazione dei rischi: valutazione globale e

Se l'attività di prevenzione è strettamente incentrata sui soli rischi di natura professionale, ne consegue che non avrebbe alcun senso ricomprendere nella valutazione anche rischi ulteriori ai primi, considerato che l'obbligo indelegabile di cui all'art. 17 del d.lgs. n. 81/2008 è strumentale alla prevenzione, essendo proprio finalizzato a selezionare le misure di prevenzione adeguate per la gestione dei rischi individuati nell'organizzazione. In tal senso sembra essersi orientata anche la Suprema Corte, benché non in tema di valutazione dei rischi, ma di obbligo di informazione dei lavoratori circa i rischi di insorgenza o di aggravamento di malattie comuni⁹.

In secondo luogo, ne discende altresì che il Titolo X debba ritenersi applicabile, malgrado l'ampia formulazione dell'art. 266, soltanto alle imprese in cui il rischio biologico abbia origine professionale¹⁰. A confermarlo è l'art. 271, comma 4, del d.lgs. n. 81/2008, in cui viene previsto un regime prevenzionistico di minor rigore per quelle attività, elencate a titolo esemplificativo, in cui manchi un "rischio da contatto deliberato" (rischio specifico), ricorrendo solo un "rischio da contatto accidentale aggravato" (rischio generico aggravato)¹¹. Se ne può desumere che – al di fuori di quelle attività in cui l'esposizione al rischio biologico, ancorché accidentale, è maggiore – devono considerarsi del tutto sottratte al campo di applicazione del Titolo X le organizzazioni produttive caratterizzate da un rischio

documentata di *tutti i rischi per la salute e sicurezza dei lavoratori presenti nell'ambito dell'organizzazione in cui essi prestano la propria attività*, finalizzata ad individuare le adeguate misure di prevenzione e di protezione e ad elaborare il programma delle misure atte a garantire il miglioramento nel tempo dei livelli di salute e sicurezza». Alla lett. *n*, invece, la prevenzione viene definita come «il complesso delle disposizioni o misure necessarie anche secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, per evitare o diminuire i *rischi professionali* nel rispetto della salute della popolazione e dell'integrità dell'ambiente esterno».

⁹ Ci si vuol riferire a Cass., sez. lav., 16 agosto 2019, n. 21428, in cui si è affermata la «impossibilità di ritenere che tra gli obblighi informativi di cui all'art. 4, lett *b*, del D.P.R. n. 303/1956 sia da ricomprendere il dovere di rendere edotti i lavoratori dei modi di prevenire anche i danni esulanti dai rischi connessi allo specifico obbligo di protezione e prevenzione previsto dalla norma (rischi derivanti dalle attività di cui all'art. 1 comma 1 che individua il campo di applicazione dello stesso decreto); negli stessi termini l'art. 18 d.lgs 9.4.2008 n. 81 prescrive obblighi informativi connessi ai rischi delle attività svolte».

¹⁰ In questo stesso senso anche P. PASCUCCI, *Sistema di prevenzione aziendale, emergenza Coronavirus ed effettività*, in "giustiziacivile.com", n. 3/2020. 17 marzo 2020, p. 3 s.

¹¹ Detta norma prevede che «Nelle attività, quali quelle riportate a titolo esemplificativo nell'Allegato XLIV, che, pur non comportando la deliberata intenzione di operare con agenti biologici, possono implicare il rischio di esposizioni dei lavoratori agli stessi, il datore di lavoro può prescindere dall'applicazione delle disposizioni di cui agli articoli 273, 274, commi 1 e 2, 275, comma 3, e 279, qualora i risultati della valutazione dimostrano che l'attuazione di tali misure non è necessaria». Si aggiunga che la stessa direttiva comunitaria dedicata alla protezione dei lavoratori contro i rischi derivanti da un'esposizione ad agenti biologici durante il lavoro (direttiva 2000/54/CE) sembra avere ad oggetto soltanto i rischi biologici aventi natura professionale in senso stretto. Il campo di applicazione della direttiva, infatti, è circoscritto dall'art. 3 il quale prevede che essa si applichi «alle attività nelle quali i lavoratori sono o possono essere esposti ad agenti biologici *a causa della loro attività professionale*». Quindi sembrano rimanere esclusi dalla sua sfera applicativa quei rischi biologici che nell'attività professionale possono trovare non una causa, ma una mera occasione di concretizzazione.

biologico di tipo generico, ovvero del tutto assimilabile a quello cui è esposta la popolazione non lavorativa¹².

2.2. Riconduzione del rischio biologico nell'alveo naturale del rischio professionale: criterio del rischio endogeno e criterio dell'aumento del rischio a confronto

Semplificando, si potrebbe distinguere il rischio biologico “endoaziendale” da quello di origine “esoaziendale”¹³. Rispetto al primo, endogeno, l'ambiente di lavoro comporta un significativo e qualificato innalzamento o dei livelli di esposizione a un certo pericolo o della probabilità (o gravità del danno in caso) di concretizzazione di un certo rischio, il quale sarà quindi un rischio specifico di quell'attività lavorativa. Al contrario, a fronte di un fattore biologico esogeno all'organizzazione produttiva in cui è inserito il lavoratore, l'attività lavorativa non è che una mera occasione non qualificata per la verifica dell'evento di danno cui quel rischio è sotteso. Quest'ultimo, in altri termini, è generico per le attività dell'impresa, che si pongono in relazione ad esso in termini di neutralità; il lavoratore viene quindi ad essere esposto a questo rischio, in misura non inferiore, anche nello svolgimento delle altre attività umane al di fuori dei locali aziendali.

In realtà, a ben vedere, sarebbe più corretto fondare questa distinzione non tanto sull'origine interna o esterna all'azienda del fattore di rischio, quanto piuttosto sul fatto che l'attività lavorativa, intesa sia come condizioni di lavoro che come mero contesto ambientale in cui viene a svolgersi la prestazione, comporti un innalzamento del livello di esposizione al rischio rispetto a quello “socialmente accettato” nella comunità cui appartiene il lavoratore¹⁴. Ci si rende ben conto dei limiti applicativi di una clausola generale così ampia come quella appena ipotizzata, ma detta precisazione risulta necessaria per includere all'interno della presente ricostruzione anche fattispecie che altrimenti dovrebbero costituire un'eccezione.

¹² Simile interpretazione è suggerita anche da G. GALLO, *Come rispondere alle richieste di aggiornamento del DVR da Coronavirus?*, in “Punto sicuro”, 3 marzo 2020.

¹³ Per una catalogazione dei rischi esogeni all'attività imprenditoriale, si veda F. BACCHINI, *Attività criminosa di terzi e attentati terroristici: valutazione e gestione dei cc.dd. “rischi security”*, in “Il lavoro nella giurisprudenza”, 2016, 6, p. 546 ss.

¹⁴ In questo modo si farebbe ricorso al criterio dell'aumento del rischio, ma solo ai fini della delimitazione dell'oggetto della valutazione dei rischi. Deve pertanto rimarcarsi la differenza tra il criterio che si vuol proporre in questa sede e quello invece utilizzato in campo penale al fine di accertare il nesso causale nei reati omissivi impropri. Per una compiuta analisi critica dell'applicazione del criterio dell'aumento del rischio proprio nel diritto penale del lavoro, si veda C. PIERGALLINI, *Attività produttive e imputazione per colpa: prove tecniche di “diritto penale del rischio”*, in “Rivista italiana di diritto e procedura penale”, fasc. 4, 1997, p. 1447 ss. Più in generale, sull'aumento del rischio come criterio per l'imputazione colposa omissiva, cfr. M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione “per l'aumento del rischio”. Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in “Rivista italiana di diritto e procedura penale”, 1999, p. 32 ss.; F. STELLA, *Giustizia e modernità. La posizione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 212; G.A. DE FRANCESCO, *L'imputazione del reato e i tormenti del penalista*, in *Scritti per Federico Stella*, I, Napoli, Jovene, 2007, p. 527.

Infatti, in caso di trasferta all'estero di un lavoratore, l'aumentato rischio biologico – ad esempio per la presenza nel luogo di destinazione di una malattia infettiva sconosciuta al Paese di provenienza – potrebbe anche rimanere una circostanza estranea all'attività produttiva in senso stretto, allorché il contagio non derivasse dalla frequentazione dei luoghi di lavoro ma di altri ambienti visitati dal lavoratore per esigenze personali di vita. In una simile ipotesi, tuttavia, nessuno revocherebbe in dubbio la responsabilità datoriale anche per la valutazione e prevenzione del rischio biologico¹⁵. Ebbene tale responsabilità non si fonderebbe su una diretta correlazione con l'attività produttiva *stricto sensu* intesa, derivando invece dal fatto che il lavoratore all'estero verrebbe ad essere così esposto, indifferentemente all'interno o all'esterno dei luoghi di lavoro, a un rischio biologico assente (o, fuor d'esempio, anche solo quantitativamente ridotto, in termini probabilistici o di magnitudo) nel contesto ambientale e sociale di provenienza. In altre parole, il lavoratore si troverebbe pertanto ad affrontare un innalzamento del livello di rischio causato, anche solo indirettamente, dalla scelta datoriale di disporre quella trasferta.

2.3. *Le attività produttive soggette all'aggiornamento del DVR*

Fatta questa precisazione, si può quindi concludere che a dover rivedere il DVR saranno le realtà aziendali in cui si fa un utilizzo deliberato di agenti biologici (ad esempio laboratori di ricerca microbiologica) o in cui si ha una possibilità di esposizione connaturata alla tipologia dell'attività svolta (strutture sanitarie)¹⁶.

¹⁵ Con riferimento al rischio biologico in caso di trasferta all'estero, si rinvia a L. ANGELINI, C. LAZZARI, *La sicurezza sul lavoro nelle attività svolte all'estero*, in questo stesso fascicolo di questa Rivista, p. 94, i quali precisano che tra i rischi specifici emergenti «nel lavoro svolto all'estero è soprattutto quello biologico (o “da contagio”, ex artt. 271 ss.) a richiamare maggiormente l'attenzione, e comprensibilmente, come ci testimonia l'epidemia da Covid 19». Ne consegue che, trattandosi di rischio specifico originato o aggravato dalle condizioni (anche solo ambientali) di lavoro decise dal datore di lavoro, quest'ultimo sarà tenuto a effettuare una puntuale valutazione dei rischi sulla base della quale procedere, se del caso, a sottoporre il lavoratore ai dovuti protocolli farmaceutici e/o vaccinali. Analoga la posizione di M. LANOTTE, *Profili evolutivi dell'obbligo di sicurezza nell'elaborazione giurisprudenziale*, in “Diritto delle relazioni industriali”, fasc. 1, 2002, pag. 125 ss., il quale sostiene che «nell'individuare ed adottare le misure di prevenzione, devono essere considerati non solo gli aspetti igienico-sanitari ed antinfortunistici correlati con lo svolgimento dell'attività produttiva, ma anche i rischi che potrebbero derivare da fattori esterni», facendo poi l'esempio sia delle trasferte lavorative in zone geografiche con presenza endemica di malattie infettive, sia delle aggressioni conseguenti all'attività criminosa di terzi, come le rapine in banca. Più di recente si è espressa sul punto anche la Commissione per gli interpellati, con l'interpello n. 11/2016 del 25 ottobre 2016, in cui si è chiarito che «il datore di lavoro debba valutare tutti i rischi compresi i potenziali e peculiari rischi ambientali legati alle caratteristiche del Paese in cui la prestazione lavorativa dovrà essere svolta, quali a titolo esemplificativo, i cosiddetti «rischi generici aggravati», legati alla situazione geopolitica del Paese (es. guerre civili, attentati, ecc.) e alle condizioni sanitarie del contesto geografico di riferimento non considerati astrattamente, ma che abbiano la ragionevole e concreta possibilità di manifestarsi in correlazione all'attività lavorativa svolta».

¹⁶ Non a caso, con l'Ordinanza del Presidente della Giunta della Regione Lazio del 6 marzo 2020, si è richiesto l'aggiornamento della valutazione dei rischi in tutte le strutture sanitarie

Dovranno ritenersi esentate tutte le altre attività nelle quali un'esposizione al COVID-19 non è connessa alla tipologia dell'attività svolta, bensì discende esclusivamente dalle peculiari condizioni di contesto epidemiologico¹⁷. Nei primi contesti produttivi, se il datore di lavoro – con la collaborazione del servizio di prevenzione e protezione e del medico competente – riscontrasse una inidoneità preventiva del proprio sistema di sicurezza rispetto al nuovo Coronavirus, sarebbe di certo tenuto ad aggiornare il DVR e adottare quelle misure di prevenzione e protezione necessarie per garantire il controllo dell'esposizione a tale rischio. Nelle aziende in cui quest'ultimo rappresenta soltanto un rischio generico, al contrario, sarà sufficiente per il datore applicare e vigilare sul rispetto delle misure di prevenzione suggerite dalle autorità sanitarie per contenere la diffusione del virus, di cui si dirà più avanti.

A corroborare tale interpretazione è anche il testo dell'art. 29, comma 3, del d.lgs. n. 81/2008, il quale disciplina le ipotesi che danno origine a un obbligo di aggiornamento del DVR. Queste ipotesi sono quattro, ovvero: modifiche del processo produttivo o della organizzazione del lavoro che impattino sulla salute e sicurezza dei lavoratori; evoluzione tecnologica che consenta una migliore prevenzione; verificazione di infortuni significativi; esiti della sorveglianza sanitaria che evidenzino la necessità di un aggiornamento del documento. Dunque, tra le causali da cui deriva l'obbligo di rielaborazione del DVR non sono indicate circostanze ambientali estranee ai rischi specifici aziendali come è l'ipotesi di una epidemia. Sembra quindi possibile ritenersi escluso, anche alla luce della disposizione suddetta, un obbligo di aggiornamento per quelle imprese il cui

pubbliche e in quelle private accreditate del Servizio Sanitario Regionale. Interessante notare, peraltro, come con l'Ordinanza del Presidente della Giunta della Regione Abruzzo del 9 marzo 2020, n. 3, sia stato fatto obbligo ai datori di lavoro delle strutture sanitarie pubbliche e private di provvedere non solo all'immediata rivalutazione dei rischi, ma di coprire con tale valutazione anche «quelli interferenziali legati ai fornitori operanti a stretto contatto con il personale sanitario e non sanitario, ai sensi del D.Lgs. 81/2008 e ss.mm.ii., assicurando al personale adeguati dispositivi di protezione individuale».

¹⁷ In particolare, oltre a quelle di cui si è già detto, sono tenute alla valutazione del rischio da agenti biologici anche le imprese esposte a un rischio generico aggravato – ovvero esercenti una delle attività elencate a titolo esemplificativo nell'Allegato XLIV al d.lgs. 81/2008 – in quanto i loro dipendenti hanno una maggiore probabilità di contrarre una qualunque infezione a causa della specifica attività svolta. In tal senso anche C.G. CATANOSO, *La valutazione dei rischi e il DVR ai tempi del Coronavirus*, in "Punto sicuro", 27 febbraio 2020. In passato, con riferimento all'influenza suina, si era mostrato contrario a «imporre l'aggiornamento del DVR per ogni agente biologico di origine esterna da cui i lavoratori, per cause del tutto indipendenti dall'attività lavorativa, possono essere affetti» anche F. BACCHINI, *Presunto obbligo di valutazione del rischio biologico da virus A*, in "Igiene & sicurezza del lavoro", n. 2/2010, p. 67. *Contra*, a propendere per il riconoscimento di un obbligo generalizzato di revisione del DVR sono M. GALLO, *Coronavirus, obblighi del datore per tutelare i lavoratori a contatto con il pubblico*, in "Guida al lavoro", n. 10, 28 febbraio 2020, p. 13; R. DUBINI, *COVID-19: sulla valutazione dei rischi da esposizione ad agenti biologici*, in "Punto sicuro", 2 marzo 2020, il quale richiama peraltro una pronuncia di legittimità in tema di valutazione dei rischi biologici – Cass. pen., sez. III, 27 luglio 2017, n. 37412 – in cui tuttavia il datore non veniva condannato per la mancata valutazione di rischi generici (come quello che ci occupa), bensì perché nel DVR dell'impresa agricola erano stati correttamente individuati e gestiti i rischi connessi alle attività di coltivazione ma non anche quelli (pur sempre specifici e di natura professionale) legati alla possibile presenza di agenti patogeni veicolati dagli animali ivi allevati.

processo produttivo non includa attività che prevedono una deliberata (o aggravata, benché fortuita) esposizione al rischio biologico, presentando soltanto un rischio di esposizione generico¹⁸.

2.4. Profili penalistici della posizione di garanzia datoriale e corollari interpretativi

A indurre alla massima cautela nel tracciare i confini dell'oggetto della valutazione dei rischi deve essere anche la natura penale della sanzione che, come spesso accade nella materia prevenzionistica, presidia tale obbligo¹⁹. Il datore che incorresse in omissione o che redigesse una valutazione dei rischi carente, infatti, andrebbe incontro a una sanzione penale di tipo contravvenzionale *ex art. 55 del d.lgs. n. 81/2008*²⁰. A guidare l'interprete, quindi, deve essere il principio di legalità sancito dall'art. 25, comma 2, Cost., di cui sono imprescindibile corollario i principi

¹⁸ In questo senso sono orientate anche alcune autorità sanitarie, istituzioni e organizzazioni. La Regione Veneto, nella nota "COVID-19: indicazioni per la tutela della salute negli ambienti di lavoro non sanitari" del 2 marzo 2020, ha sostenuto che «in tale scenario, in cui prevalgono esigenze di tutela della salute pubblica, non si ritiene giustificato l'aggiornamento del Documento di Valutazione dei Rischi in relazione al rischio associato all'infezione da SARS-CoV-2 (se non in ambienti di lavoro sanitario o socio-sanitario, esclusi dal campo di applicazione del presente documento, o comunque qualora il rischio biologico sia un rischio di natura professionale, già presente nel contesto espositivo dell'azienda)». Analogamente, nelle FAQ pubblicate dall'Agenzia Tutela della Salute Insubria, si legge che il DVR deve essere aggiornato «daddove vi sia un pericolo di contagio da COVID-19 aggiuntivo e differente da quello della popolazione in generale». Dello stesso avviso anche Assolombarda (<https://www.assolombarda.it/servizi/salute-e-sicurezza-sul-lavoro/informazioni/coronavirus-e-valutazione-dei-rischi-dvr-decreto-legislativo-81>). Posizione diametralmente opposta è stata assunta dalla CGIL Lombardia, la quale afferma la sussistenza di un obbligo per tutti i datori di lavoro di aggiornare la valutazione dei rischi alla luce della nuova epidemia in atto (<https://www.cgil.lombardia.it/tutelare-la-salute-gli-obblighi-a-carico-del-datore-di-lavoro>). Concordemente sembra essersi espressa anche la Azienda Unità Sanitaria Locale di Bologna, nelle Prime indicazioni per le aziende ai fini dell'adozione di misure per il contenimento del contagio da SARS-CoV-2 nei luoghi di lavoro, del 06/03/2020.

¹⁹ Per una critica all'attuale sistema prevenzionistico, in particolare per il ruolo che la sanzione penale ancora riveste, cfr. G. MORGANTE, *Spunti di riflessione su diritto penale e sicurezza del lavoro nelle recenti riforme legislative*, in "Cassazione penale", fasc. 9, 2010, p. 3319 ss., secondo la quale «in un ambito nel quale la stabilizzazione del sapere scientifico sull'attitudine lesiva dei fattori di rischio segue – e non infrequentemente di lunghi anni – il *tempus commissi delicti*, viene seriamente compromessa anche la possibilità della costruzione di una regola cautelare *stricto sensu* intesa, come figurativamente dimostrato dal prepotente ingresso in giurisprudenza del "principio di precauzione" nella nuova - ed inquietante - veste di criterio di imputazione di responsabilità penale per colpa al datore di lavoro». In termini critici nei confronti della sostituzione della regola cautelare con la regola precauzionale, anche D. PULITANÒ, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, in "Diritto penale e processo", n. 5/2008, p. 654; F. GIUNTA, *Precauzione e diritto penale*, in "Criminalia", 2006, p. 243. Con particolare riferimento al principio di precauzione in relazione all'incertezza scientifica, cfr. C. RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in E. DOLCINI, C. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 1743 ss.

²⁰ Sul punto, cfr. R. NUNIN, *Stress lavoro-correlato: il nodo critico resta l'onere della prova*, nota a Cass., sez. lav., 23 maggio 2018, n. 12808, in "Il lavoro nella giurisprudenza", 2018, 11, p. 1013 ss.: «deve evidenziarsi il rilievo, in sede penale, dell'omessa o carente effettuazione della stessa valutazione del rischio in questione, che, lo si rammenti, determina l'insorgere di una responsabilità penale in capo al datore di lavoro che prescinde da qualsiasi eventuale conseguenza negativa che possa interessare i lavoratori ed è modellata come fattispecie di carattere omissivo».

di tassatività del precetto penale e di sufficiente determinatezza della fattispecie incriminatrice²¹. Determinatezza che verrebbe sacrificata se si volesse attribuire alla valutazione incombente sul datore anche la funzione di vagliare rischi ulteriori a quelli professionali, intendendo per tali quelli insiti nelle attività di lavoro organizzate dal titolare dell'impresa.

Al di là del raggio di operatività della valutazione dei rischi, volendo più in generale risalire alle radici dell'obbligo di sicurezza incombente sul datore, sia consentito valicare il labile confine tra il diritto della salute e sicurezza sul lavoro e il contiguo diritto penale del lavoro²². È in quest'ultima sede, infatti, che si rinviene la ragione fondante la posizione di garanzia datoriale. In particolare, per meglio definire la corretta estensione della sfera di responsabilità del titolare primario del debito di sicurezza, va qui richiamata quella distinzione, di matrice penalistica, tra posizioni di protezione e posizioni di controllo. Le prime impongono di preservare uno specifico bene da tutti i rischi che possano lederne l'integrità, mentre le seconde consistono nell'obbligo di controllare solo determinate fonti di pericolo che possano minacciare il bene protetto e poggiano sul potere di signoria sulla fonte di pericolo da governare. Ebbene, la posizione di garanzia ascrivibile al datore di lavoro, in forza dell'art. 2087 c.c.²³, appartiene alle posizioni di controllo, essendo il titolare dell'impresa tenuto a proteggere i lavoratori (e chiunque sia esposto agli effetti della produzione) da tutti i rischi scaturenti dall'attività di impresa e soltanto da questi²⁴.

²¹ Tema sul quale non si può fare a meno di richiamare F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale: la fattispecie*, Padova, Cedam, 1979. Preme notare, peraltro, la difficoltà di garantire il rispetto di tale principio con riferimento alle attività intrinsecamente rischiose come quelle produttive, essendo arduo «individuare un modello di illecito idoneo ad adattarsi alla complessità ed al dinamismo dei settori ove il progresso tecnologico impedisce di orientare *ante delictum* il comportamento dei consociati in termini di sufficiente determinatezza e tassatività»; così G. MORGANTE, *Spunti di riflessione su diritto penale e sicurezza del lavoro nelle recenti riforme legislative*, in "Cassazione penale", fasc. 9, 2010, p. 3319 ss.

²² A interrogarsi circa la possibilità di riconoscere dignità dogmatica al diritto della salute e della sicurezza sul lavoro, ancora considerato alla stregua di una branca del diritto del lavoro, è C. LAZZARI, *Datore di lavoro e obbligo di sicurezza*, in "I Working Papers di Olympus", n. 7, 2012, p. 1.

²³ L'art. 2087 c.c. viene tradizionalmente considerato come la norma di chiusura del sistema, essendo una clausola «capace di assicurare al sistema prevenzionale, insidiato dal progresso tecnologico, un adeguamento automatico»; in questi termini, L. MUNTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, Milano, F. Angeli, 1985, p. 56. Nello stesso solco ermeneutico anche G. BALANDI, *Il contenuto dell'obbligo di sicurezza*, in "Quaderni di diritto del lavoro e di relazioni industriali", 1993, 14, p. 79 ss.; G. NATULLO, *La tutela dell'ambiente di lavoro*, Torino, Utet, 1995, p. 5; C. SMURAGLIA, *Sicurezza e igiene del lavoro. Quadro normativo, esperienze attuative e prospettive*, in "Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale", 2001, 4, I, p. 465 ss.; P. ALBI, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona - Art. 2087 cod. civ.*, in F.D. BUSNELLI (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario. Fondato da P. Schlesinger*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 78 ss.; E. BALUCANI, *Danni da fumo passivo e tutela dei lavoratori non fumatori*, in "Responsabilità civile e previdenza", fasc. 3, 2014, p. 784 ss., la quale riconosce significativamente che l'art. 2087 c.c. «enuncia un dovere di sicurezza sia nell'interesse del singolo lavoratore sia nell'interesse generale ed è azionabile non solo *ex post* per il ristoro dei danni prodotti dalla violazione dell'obbligo suddetto, bensì anche *ex ante* per ottenere che il datore di lavoro appresti le tutele necessarie».

²⁴ In tema di posizioni di garanzia nel diritto penale del lavoro si rinvia a M. RANDON, *Le posizioni di garanzia in materia di prevenzione degli infortuni sul lavoro tra criterio formalistico e principio di effettività*, nota a Cass. pen., sez. IV, 9 novembre 2017, n. 52536, in "Cassazione Penale", fasc. 7-8,

Così delineata la posizione di garanzia configurabile in capo al datore di lavoro, incentrata sulla natura strettamente professionale dei rischi da neutralizzare, ci si deve a questo punto chiedere cosa sia esigibile e cosa no, nell'ambito dell'opera di contrasto del virus. Sembra infatti emergere una discrepanza fra quanto il vertice dell'impresa viene *de facto* chiamato a fare per contenere il rischio di contaminazione biologica, soprattutto in termini di profilassi igienica e riorganizzazione delle procedure di lavoro, e quanto sarebbe *ex lege* tenuto a fare sul piano della prevenzione. Ma tale incongruenza risulta superabile facendo applicazione del criterio dell'aumento del rischio di cui si è detto.

Il datore, infatti, è tenuto ad adottare una serie di soluzioni organizzative e di dispositivi di prevenzione non già in qualità di *dominus* della fonte di pericolo da cui scaturisce il rischio di contagio (pacificamente estranea all'impresa), ma perché l'adozione di simili misure è in grado di uniformare il livello di rischio interno ai luoghi di lavoro al livello presente all'esterno, considerato che si tratta delle stesse misure messe in atto dalla collettività intera al fine di arginare l'infezione. Solo in questo modo il grado probabilistico di contagio presente nello svolgimento dell'attività produttiva viene ricondotto nell'area del rischio consentito. E solo in questo modo il datore di lavoro può considerarsi adempiente dell'obbligo di sicurezza declinato dall'art. 2087 c.c.

Da siffatta impostazione interpretativa emerge un'apparente aporia: quello stesso rischio biologico derivante da fattori alieni all'organizzazione imprenditoriale – e, in quanto tale, sottratto alla valutazione dei rischi – finirebbe per dare origine a un obbligo di intervento datoriale in chiave di prevenzione. Un simile assetto obbligatorio, pertanto, genera (o si limita a mettere in luce) una asimmetria tra la sfera di attivazione tratteggiata dall'art. 2087 c.c. e la più ridotta dimensione valutativa dei rischi richiesta al datore nella pianificazione della sicurezza. Lungi dall'essere una contraddizione, questo disallineamento non fa altro che testimoniare un dato immanente al nostro sistema prevenzionistico: l'obbligo di sicurezza e la valutazione dei rischi rappresentano cerchi concentrici, il secondo più piccolo e interamente racchiuso nel primo.

È stato già evidenziato che la valutazione dei rischi si configura come una sorta di standardizzazione e specificazione del debito di sicurezza, la cui ampiezza è appunto garantita dall'art. 2087 c.c.²⁵. Quest'ultima norma fonda una posizione di garanzia che, come noto, rende obbligatoria la predisposizione di misure

2018, p. 2637 ss.; A. GARGANI, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse: problemi e prospettive*, in "Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia", vol. 30, fasc. 3-4, 2017, p. 508 ss. Più in generale sulla necessaria specificità dell'obbligo di garanzia, cfr. F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", 2001, p. 337 ss.

²⁵ Sul punto, cfr. A. STOLFA, *Il documento di valutazione dei rischi: dimensione organizzativa e profili civilistici*, in "Diritto della Sicurezza sul Lavoro", 2016, 2, p. 3 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 (a cura di), *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 41 ss.; L. ANGELINI, *La valutazione di tutti i rischi*, in P. PASCUCCI (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro. Tutele universali e nuovi strumenti regolativi a dieci anni dal d.lgs. n. 81/2008*, Milano, F. Angeli, 2019, p. 81 ss.

prevenzione nominate e innominate. Allo stesso modo sono ricompresi in questa clausola generale anche ulteriori obblighi dettati da altre disposizioni prevenzionistiche specifiche, quali quelle dettate dal d.lgs. n. 81/2008, ivi incluso l'obbligo di cui all'art. 17. Pare dunque ragionevole che residuino, come nel caso di specie, misure di prevenzione dovute in ragione dell'art. 2087 c.c., ma esulanti dal filtro della valutazione dei rischi, attraverso il quale il garante della sicurezza dei lavoratori è chiamato a riconoscere le probabilità di danno *prodotte* dalla propria organizzazione e non anche quelle ubiquitarie che in essa trovino una mera *occasione* di avveramento.

Resta infine da osservare che, se il datore venisse meno all'obbligo di apprestare queste misure prevenzionistiche, potrebbe essere chiamato a risponderne dal lavoratore al pari di quanto avverrebbe nel caso in cui si trattasse di misure correttamente previste nel DVR ma poi inattuate in concreto²⁶.

3. Contenuto dell'obbligo di sicurezza e modalità della prevenzione

Tra le misure di prevenzione che i datori di lavoro sono chiamati ad adottare in virtù della loro posizione di garanzia rientrano di sicuro quelle indicate dal Ministero della salute nella circolare del 3 febbraio 2020, avente ad oggetto "Indicazioni per gli operatori dei servizi/esercizi a contatto con il pubblico", ove si afferma che per prevenire il contagio nei luoghi di lavoro è sufficiente adottare le comuni misure preventive della diffusione delle malattie trasmesse per via respiratoria.

A queste misure devono ora aggiungersi quelle successivamente introdotte dal "Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus COVID-19 negli ambienti di lavoro" sottoscritto da Governo, organizzazioni datoriali e sindacali in data 14 marzo 2020. Il Protocollo esordisce richiamando le disposizioni restrittive per le attività produttive già introdotte con il D.P.C.M. dell'11 marzo 2020, al fine di contenere la diffusione del virus²⁷. Trattasi in particolare delle "raccomandazioni" rivolte alle

²⁶ In tale ipotesi il datore potrebbe esser chiamato non solo a porre rimedio all'omissione a lui imputabile, quindi anche a prescindere da una richiesta di risarcimento per il verificarsi del relativo evento di danno (come il contagio del lavoratore avvenuto all'interno dei locali aziendali), ma altresì a rispondere del c.d. "danno da paura di ammalarsi" (sul quale si rinvia a M. DE PAMPHILIS, *La prova del danno da paura di ammalarsi*, nota a Cass., sez. lav., 13 ottobre 2017, n. 24217, in "Corriere giuridico", 2018, 8-9, p. 1075 ss.). Ciò perché, tornando al caso in esame, la mancanza di un'organizzazione aziendale rispettosa della profilassi igienica prescritta dalle autorità sanitarie costituirebbe una evidente violazione dell'art. 2087 la quale, unitamente alla prova del danno non patrimoniale consistente nel fondato timore patito dal lavoratore di contrarre il COVID-19, è presupposto per il riconoscimento di detto danno.

²⁷ Per un'interessante disamina del D.P.C.M. e in particolare per un approfondimento circa la natura e l'efficacia delle "raccomandazioni" in esso contenute, si rinvia a P. PASCUCCI, *Coronavirus e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 114 ss. e in particolare p. 117, il quale suggerisce di conferire effettività a questo strumento leggendolo in combinato con il "potere di disposizione" riconosciuto agli organi di vigilanza anche in materia di sicurezza sul lavoro ai sensi degli artt. 10 e 11 del D.P.R. n.

imprese di fare il massimo utilizzo della modalità di lavoro agile per le attività che possono essere svolte dal proprio domicilio o da remoto, di incentivare le ferie e i congedi retribuiti per i dipendenti e di sospendere le attività dei reparti aziendali non indispensabili alla produzione.

Contenuti innovativi del Protocollo, invece, riguardano l'informazione da erogare a vantaggio dei dipendenti, le modalità di controllo degli accessi, la pulizia dei locali aziendali, la gestione degli spazi comuni, l'organizzazione aziendale, la sorveglianza sanitaria, la cancellazione di trasferte e di eventi in presenza e la gestione di persone sintomatiche in azienda. Un primo problema che si pone è la efficacia da attribuire all'atto sottoscritto dalle parti sociali e il Presidente del Consiglio, che parrebbe avere natura non vincolante se non nei confronti delle imprese aderenti alle organizzazioni firmatarie. Per superare la mera efficacia negoziale del Protocollo e assicurargli, proprio in ragione degli obiettivi di tutela che persegue, una più ampia cogenza, è stata proposta un'interpretazione non formalistica volta a qualificarlo, benché sprovvisto di validazione, come una buona prassi ai sensi dell'art. 2, lett. *v*, del d.lgs. n. 81/2008²⁸.

Nel Protocollo condiviso viene correttamente affermata la primaria importanza di ricorrere a modalità di lavoro da remoto, poiché questa è senza dubbio la misura preventiva che più d'ogni altra è in grado di abbattere il rischio di contagio da COVID-19 negli ambienti di lavoro. Ma affinché il rischio di esposizione sia effettivamente ridotto al minimo, deve trattarsi di una modalità organizzativa divergente dal lavoro agile *ex art.* 18 della l. n. 81/2017, cui fanno riferimento sia il Protocollo che i precedenti decreti emanati per fronteggiare l'emergenza sanitaria²⁹. Questo istituto, infatti, è configurato come una prestazione «eseguita in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno» e senza precisi vincoli di luogo di lavoro, quindi non risponde appieno alle esigenze di massimo contenimento delle occasioni di contagio, essendo a tal fine necessaria una prestazione esclusivamente domiciliare e priva di alternanza con l'azienda. Ove possibile, infatti, le aziende dovrebbero disporre che i dipendenti lavorassero stabilmente da remoto e in particolare dalla propria abitazione, poiché sia recarsi presso uno spazio di *coworking* che rientrare saltuariamente nei locali aziendali comporterebbe un più elevato rischio di contagio.

520/1955. Molti dei problemi legati all'efficacia da attribuire alle previsioni del D.P.C.M., infatti, non riguardano la natura giuridica della fonte e la possibilità di ritenerla vincolante, anche in ragione della delega contenuta in una fonte primaria come il d.l. n. 6/2020, nel quale viene fatto rinvio, per l'adozione delle misure urgenti di contenimento e gestione dell'emergenza, a decreti adottati dal Presidente del Consiglio dei ministri. Le incertezze interpretative, al contrario, sorgono dal blando tenore letterale delle disposizioni contenute nel decreto dell'11 marzo 2020. Quello stesso decreto con il quale si sono introdotte pesanti – ancorché giustificate da ragioni di salute pubblica – limitazioni alle libertà fondamentali dell'individuo garantite dalla Carta costituzionale (libertà di circolazione e soggiorno, di iniziativa economica, di riunione e di culto).

²⁸ Così P. PASCUCCI, *Coronavirus e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 120.

²⁹ Sulle criticità della scelta di incentivare i datori a ricorrere al lavoro agile, piuttosto che al telelavoro, si veda E. DAGNINO, *Il lavoro da remoto per il contrasto al Coronavirus: la disciplina provvisoria*, in "Bollettino speciale ADAPT", 28 febbraio 2020, n. 2, <http://www.bollettinoadapt.it/il-lavoro-da-remoto-per-il-contrasto-al-coronavirus-la-disciplina-provvisoria>.

Secondo la stessa logica di massima cautela, nel Protocollo vengono vietate le riunioni in presenza e dichiarate “sospese e annullate” tutte le trasferte e viaggi di lavoro nazionali e internazionali, anche se già concordate od organizzate. A maggior ragione vanno evitate quelle trasferte, trasferimenti o distacchi in aree a rischio, ovvero ormai un qualunque luogo nel territorio nazionale, stante la diffusione purtroppo capillare del virus, che si è propagato ben oltre i comuni inizialmente rientranti nella zona rossa o gialla. In caso di organizzazione di attività in luoghi ad elevato rischio di esposizione al COVID-19 o in condizioni di lavoro inadatte a garantire la protezione dei dipendenti, infatti, deve ritenersi legittimo e non sanzionabile disciplinarmente l'eventuale rifiuto opposto da questi, in forza del principio di autotutela nel contratto a prestazioni corrispettive, per cui la violazione dell'art. 2087 c.c. legittima i lavoratori a non eseguire la prestazione, conservando il diritto alla retribuzione³⁰.

Quanto alle concrete misure da adottare all'interno dei locali aziendali, nella summenzionata circolare del Ministero della salute del 3 febbraio 2020, fra le misure raccomandate emerge in primo luogo la norma igienica consistente nel lavarsi frequentemente le mani. Il datore dovrà quindi mettere a disposizione dei lavoratori erogatori di detergenti antibatterici a base di alcol – nella circolare del Ministero della salute del 22 febbraio 2020 si raccomanda l'impiego di gel con una concentrazione di alcol del 60-85% – che siano facilmente accessibili per tutti e raccomandare lavaggi frequenti, diffondendo tra i lavoratori opuscoli informativi o affiggendo nel luogo di lavoro cartelli che illustrino i comportamenti da tenere per garantire una corretta igiene³¹. Nel Protocollo condiviso viene riportato un

³⁰ La giurisprudenza di legittimità ha puntualizzato che di regola eventuali condotte datoriali illegittime non autorizzano il lavoratore a rifiutarsi di eseguire la prestazione lavorativa richiesta, in quanto egli è tenuto ad osservare le disposizioni impartite dall'imprenditore, ex artt. 2086 e 2104 c.c. Il lavoratore, tuttavia, può legittimamente invocare l'*exceptio non adimpleti contractus*, ex art. 1460 c.c., a fronte di un totale inadempimento dell'altra parte o in presenza di un inadempimento che sia tanto grave da incidere in maniera irrimediabile sulle esigenze vitali del lavoratore medesimo, come avviene in caso di violazione da parte del datore di lavoro dell'obbligo di sicurezza di cui all'art. 2087 c.c. In tale ipotesi il lavoratore può rifiutarsi di eseguire la propria prestazione, conservando, al contempo, il diritto alla retribuzione in quanto non possono derivargli conseguenze sfavorevoli in ragione della condotta inadempiente del datore (sul punto: Cass., sez. lav., 25/09/2018 (ud. 09/05/2018, dep. 25/09/2018), n. 22684; Cass., sez. lav., 05/12/2016, (ud. 21/09/2016, dep. 05/12/2016), n. 24798; Cass., sez. lav., 01/04/2015, n. 6631, con nota di A. GIULIANI, *Mancato adempimento dell'obbligo di sicurezza ex art. 2087 c.c. e legittimo rifiuto di eseguire la prestazione lavorativa*, in “Ilgiuslavorista.it”, 12 giugno 2015). Ciò perché «la protezione, anche di rilievo costituzionale, dei beni presidiati dall'art. 2087 c.c. postula meccanismi di tutela delle situazioni soggettive potenzialmente lese in tutte le forme che l'ordinamento conosce» (così Cass., sez. lav., 19/01/2016, n. 836, con nota di R. DULIO, *Violato l'obbligo di sicurezza dei lavoratori: legittimo il rifiuto di questi alla prestazione lavorativa*, in “Diritto & giustizia”, fasc. 5, 2016, p. 6). In argomento, da ultimo, si vedano anche C. PULVIRENTI, *L'eccezione di inadempimento del dipendente e gli obblighi di salute e sicurezza del datore di lavoro*, nota a Cass. civ., 29 marzo 2019, n. 8911, in “Ilgiuslavorista.it”, 10 giugno 2019; M. VICECONTE, *Adempimento e inadempimento delle prestazioni nel contratto di lavoro subordinato*, in “Giurisprudenza italiana”, 2018, fasc. 4, p. 910, nonché, più risalente, P. FABRIS, *Il rifiuto di adempiere del lavoratore per omissione di misure di sicurezza*, in “Il lavoro nella giurisprudenza”, 2009, fasc. 9, p. 881.

³¹ Le norme igieniche in esame devono considerarsi vere e proprie misure di prevenzione alla cui osservanza i lavoratori sono obbligati, in forza dell'art. 20 del d.lgs. n. 81/2008. Specularmente, si ritiene applicabile al caso di specie anche l'art. 18, comma 1, lett. f, del d.lgs. n.

ricco elenco di informazioni da inserire negli opuscoli per i lavoratori: dall'obbligo di rimanere al proprio domicilio in caso di febbre o altri sintomi influenzali, avvertendo anche il proprio medico di famiglia, sino all'obbligo di lasciare l'azienda in presenza di condizioni di pericolo (sintomi influenzali, provenienza da zone a rischio o contatto con persone positive al virus nei 14 giorni precedenti).

Secondariamente, il datore è invitato a organizzare a scaglioni sia l'entrata che l'uscita del personale, per prevenire la formazione di assembramenti. Inoltre, prima dell'accesso al luogo di lavoro, il personale può essere sottoposto al controllo della temperatura corporea al fine di precludere l'accesso e isolare chi abbia più di 37,5°, munendolo di mascherina. Tale punto del Protocollo si pone apertamente in contrasto con quanto precisato dal Garante per la protezione dei dati personali, nella Nota pubblicata in data 2 marzo 2020, in cui si affermava che il datore di lavoro deve astenersi dal raccogliere in maniera sistematica e generalizzata, attraverso specifiche richieste o indagini sul singolo lavoratore, informazioni sulla presenza di eventuali sintomi influenzali in capo al lavoratore e ai suoi contatti più stretti o comunque rientranti nella sfera extra-lavorativa, spettando tali accertamenti ad operatori sanitari qualificati. Le preminenti ragioni di tutela della salute dei lavoratori nonché, di riflesso, anche della stessa salute pubblica, sembrano tuttavia giustificare la scelta di consentire al datore il trattamento di questi dati personali, tantopiù che nel Protocollo condiviso si suggerisce, nel rilevare la temperatura, di non registrare il dato acquisto e di fornire ai lavoratori, anche oralmente, un'informativa sul trattamento dei dati personali.

In terzo luogo si dovrà porre attenzione all'igiene delle superfici, intensificando la pulizia degli spazi lavorativi con appositi prodotti igienizzanti. Anche nel Protocollo condiviso viene rimarcata l'importanza di questa misura: l'azienda deve assicurare la pulizia giornaliera e la sanificazione periodica dei locali, degli ambienti, delle postazioni di lavoro e delle aree comuni (mense e spogliatoi) e di svago. In questi ultimi spazi, peraltro, gli accessi devono essere contingentati, con la previsione di una ventilazione continua dei locali, di un tempo ridotto di sosta al loro interno e con il mantenimento della distanza di sicurezza di un metro tra le persone che li occupano. Va in particolare garantita la pulizia a fine turno e la sanificazione periodica con adeguati detergenti di tastiere, schermi *touch*, mouse, oltre agli spogliatoi, la mensa ed eventuali distributori di bevande e *snack*.

In caso di accertata presenza di una persona con COVID-19 all'interno dei locali aziendali, si deve procedere alla pulizia, sanificazione e ventilazione di questi, secondo le disposizioni della circolare n. 5443 del 22 febbraio 2020 del Ministero della salute³². Deve aggiungersi che in questa ipotesi, ove i servizi di pulizia siano

81/2008, il quale obbliga datori di lavoro e dirigenti a «richiedere l'osservanza da parte dei singoli lavoratori delle norme vigenti, nonché delle disposizioni aziendali in materia di sicurezza e di igiene del lavoro e di uso dei mezzi di protezione collettivi e dei dispositivi di protezione individuali messi a loro disposizione».

³² Peraltro, nel caso in cui un soggetto manifesti in azienda sintomi compatibili con quelli del nuovo Coronavirus, dovrà esser disposto l'isolamento dell'interessato e degli altri presenti nei

oggetto di appalto, sarà obbligo datoriale, ai sensi dell'art. 26, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 81/2008, informarne le imprese esecutrici, affinché il datore di lavoro di queste ultime adotti tutte le cautele necessarie, sia in termini di istruzioni operative che di DPI.

Nella stessa circolare del Ministero della salute del 3 febbraio 2020 viene anche ricordata l'importanza che i lavoratori rispettino ogni ulteriore misura di prevenzione dettata dal datore di lavoro, il quale potrebbe ad esempio decidere discrezionalmente di munire i dipendenti di camici, guanti e respiratori facciali filtranti (FFP2 o FFP3 – necessarie, queste ultime, per le procedure di lavoro che generano aerosol). Con specifico riferimento ai facciali filtranti, sarà essenziale un'adeguata informazione dei dipendenti circa le modalità di impiego di questi dispositivi, poiché un utilizzo errato, anche solo disattento, rende del tutto inutile l'adozione dello strumento.

Si deve precisare che – al di fuori delle mascherine di tipo “chirurgico”, utili a contenere le eiezioni dei soggetti sintomatici e da applicare unicamente ad essi con l'obiettivo di proteggere i terzi – la dotazione dei filtranti respiratori FFP2 o FFP3 è da ritenersi obbligatoria esclusivamente per il personale sanitario in contatto con un caso sospetto o confermato di COVID-19, nonché per il personale addetto alle operazioni di pulizia di ambienti frequentati da detti soggetti³³. Ad ogni modo, questi strumenti sono dei veri e propri DPI delle vie respiratorie e tali devono essere considerati anche laddove siano forniti dal datore di lavoro senza che sia il DVR a prevederlo³⁴. Peraltro, ove simili DPI non siano adottati per contrastare un rischio di natura professionale, proprio dell'attività lavorativa, ma per arginare un rischio rinvenibile in qualsiasi attività umana – quale attualmente è il Coronavirus – non si ritiene nemmeno obbligatorio aggiornare il DVR in ragione della volontaria adozione di filtranti facciali. Ciò, si deve precisare, salvo il caso in cui la stessa scelta di dotare i lavoratori di questi dispositivi comporti un nuovo

locali, in base alle disposizioni dell'autorità sanitaria. Va inoltre ricordato che qualora nell'ambiente di lavoro si abbiano casi sospetti, casi probabili, casi accertati o contatti stretti – così come definiti nella circolare del Ministero della salute n. 1997 del 22 gennaio 2020, da ultimo aggiornata, alla data odierna, con circolare n. 7922 del 9 marzo 2020 – vanno applicate le misure di prevenzione e protezione previste per ciascuno dei quattro scenari.

³³ Cfr. in proposito anche le FAQ pubblicate dall'Agenzia Tutela della Salute Insubria.

³⁴ Conferma di ciò si può ravvisare in una recente pronuncia di legittimità in cui, nel qualificare come DPI le tute fornite agli operatori ecologici per effettuare la raccolta dei rifiuti, si è stabilito che «l'obbligo posto dall'art. 4, comma 5, del D.Lgs. n. 626 del 1994 di fornire ai lavoratori i necessari e idonei dispositivi di protezione individuale, costituisce un precetto al quale il datore di lavoro è tenuto a conformarsi a prescindere dal fatto che il loro utilizzo sia specificamente contemplato nel documento di valutazione dei rischi, confezionato dal medesimo datore di lavoro (in tal senso, con riferimento alla omologa previsione di cui all'art. 18, lett. d), D.Lgs. n. 81 del 2008, cfr. Cass. pen., n. 13096/2017). La categoria dei D.P.I. deve essere quindi definita in ragione della concreta finalizzazione delle attrezzature, degli indumenti e dei complementi o accessori alla protezione del lavoratore dai rischi per la salute e la sicurezza esistenti nelle lavorazioni svolte, a prescindere dalla espressa qualificazione in tal senso da parte del documento di valutazione dei rischi e dagli obblighi di fornitura e manutenzione contemplati nel contratto collettivo» (Cass., sez. lav., 15 ottobre 2019, n. 26026; Cass., sez. lav., 16 ottobre 2019, n. 26217 con nota di A. LA MENDOLA, *Obbligo di manutenzione degli indumenti da lavoro: responsabilità del datore*, in “Diritto & pratica del lavoro”, n. 7/2020, p. 433 ss.).

rischio per la loro sicurezza, alla luce della specifica attività lavorativa svolta in azienda.

In conclusione, tutte le misure finora indicate devono considerarsi doverose in forza dell'obbligo di tutelare la salute e la sicurezza dei lavoratori che l'art. 2087 c.c., con la sua ampia formulazione, pone in capo al datore. Tale obbligatorietà, quindi, prescinde dalla efficacia vincolante o meno che sia da attribuirsi alle fonti attraverso le quali dette misure vengono portate a conoscenza del datore di lavoro. Ciò perché gli accorgimenti organizzativi e i mezzi di prevenzione di recente raccomandati attraverso accordi interconfederali, decreti governativi e circolari ministeriali devono essere ricondotti a quelle misure che, alla luce della migliore *tecnica* a disposizione, sono *necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro*.

Abstract

Il contributo si propone di esaminare, anche attraverso categorie proprie del diritto penale, tutti gli obblighi ascrivibili al datore di lavoro ai fini della prevenzione del rischio di contrarre il nuovo Coronavirus nei luoghi di lavoro. Applicando il concetto di rischio professionale, l'autore individua le attività produttive rispetto alle quali si rende necessario procedere a nuova valutazione dei rischi. Vengono poi analizzate le misure che tutti i datori sono tenuti ad adottare per scongiurare il contagio, in ragione della posizione di garanzia che incombe su di loro.

The essay aims to examine all of the employers' obligations due to prevent the risk of workers being infected with the new Coronavirus in the workplace. To do so, the author uses legal categories from the criminal law as well. He identifies the productive activities which imply a new risk assessment, by applying the concept of occupational risk. Finally, the author points out and analyses the preventive measures the employers need to adopt in order to make sure workers are not exposed to the risk of infection, in compliance with the Italian regulation.

Parole chiave

Coronavirus, rischio biologico, valutazione dei rischi, rischio professionale

Keywords

Coronavirus, biological risk factor, risk assessment, occupational risk