



La colpa del datore di lavoro nello scenario del Covid-19

di Sabato Rozza*

SOMMARIO: 1. Controllo della curva epidemiologica e protocolli di sicurezza. – 2. Funzione autorizzatoria dei protocolli ed esclusione della c.d. “colpa per assunzione”. – 3. Una lettura dell’art. 42 del d.l. n. 18/2020. La colpa come presupposto della responsabilità. – 4. Una lettura dell’art. 29 *bis* del d.l. n. 23/2020. Colpa specifica e colpa generica del datore di lavoro. – 5. I tre livelli della sicurezza nello scenario del Covid-19.

1. *Controllo della curva epidemiologica e protocolli di sicurezza*

La pandemia da coronavirus, che ha paralizzato le attività e le nostre vite, è destinata a riproporre tematiche in parte già note che riguardano il rapporto tra diritto e scienza ed il governo dei rischi sul lavoro in contesti di incertezza scientifica.

Come è noto, infatti, il *lockdown* ha prodotto un rallentamento del contagio e consentito, a partire dal 4 maggio 2020, una graduale ripresa delle attività produttive, nel rispetto di regole di profilassi che permetteranno alle autorità di tenere sotto controllo la curva epidemiologica.

Tali regole sono incorporate in “protocolli” regionali, interregionali e nazionali, adottati dalle parti sociali e dagli organi di governo territorialmente competenti e richiamati, con rinvio recettizio, dall’art. 1, commi 14 e 15, del d.l. n. 33/2020¹.

Il protocollo nazionale, siglato il 24 aprile 2020, impegna le imprese non sospese:

a) a garantire in azienda la “rarefazione” delle presenze, massimizzando il ricorso al lavoro agile, utilizzando le ferie e i permessi e valutando l’intervento degli ammortizzatori sociali;

b) e a dare attuazione a regole con funzione dichiaratamente “precauzionale”, che rappresentano la migliore scienza ed esperienza del momento storico.

L’art. 1, comma 15, del d.l. n. 33/2020 stabilisce che “*il mancato rispetto dei contenuti dei protocolli o delle linee guida, regionali, o, in assenza, nazionali ... che non assicurino*

* Sabato Rozza è Dottorando di ricerca in Diritto del lavoro – Università di Roma “La Sapienza”. sabato.rozza@uniroma1.it

¹ G. FORTUNATO, *Manuale di tecnica normativa*, Bergamo, Cel, 1994.

adeguati livelli di protezione determina la sospensione dell'attività fino al ripristino delle condizioni di sicurezza".

Le linee-guida nazionali incidono, anzitutto, su dinamiche aziendali pregresse², le quali, nell'odierno contesto pandemico, rappresentano occasioni di circolazione del virus dall'ambiente esterno agli stabilimenti e dagli stabilimenti all'ambiente esterno.

Esse, dunque, disciplinano nel dettaglio le fasi di entrata e uscita dei dipendenti, i movimenti intraziendali, le riunioni, l'uso degli spazi comuni, l'accesso dei fornitori esterni, le attività di pulizia, gli aspetti dell'organizzazione aziendale (ad. es. trasferte, formazione ecc.), rimodulandoli al fine di garantire la distanza interpersonale.

Con maggiore attenzione ai caratteri di ubiquitarità del virus e di irriducibile rischiosità delle attività rese in presenza, inoltre, le stesse linee guida introducono o intensificano misure igieniche e di sorveglianza³, da un lato prescrivendo attività di sanificazione straordinarie, specifiche precauzioni igieniche personali e un impiego generalizzato dei DPI e, dall'altro, disciplinando i profili della gestione dei casi sintomatici e della sorveglianza sanitaria.

Le attività dell'informazione ai dipendenti nonché dell'applicazione e verifica della regolamentazione sono poi presentate come attività permanenti, in costante aggiornamento⁴, e richiedono la costituzione di un Comitato *ad hoc* ed il coinvolgimento delle rappresentanze aziendali e delle RLS.

Si tratta dunque di comprendere quale ruolo i protocolli possono rivestire in sede di valutazione della "colpa" del datore di lavoro, la quale, tradizionalmente, consiste nella *distanza* tra il comportamento concretamente adottato e quello prescritto da una regola cautelare scritta (c.d. colpa specifica) o non scritta (cd. colpa generica)⁵ che consente di prevedere e prevenire ragioni di danno per il lavoratore (artt. 2087 c.c. e 43 c.p.).

2. Funzione autorizzatoria dei protocolli e esclusione della c.d. "colpa per assunzione"

In sede di valutazione della "colpa" del datore di lavoro, anzitutto, rileverà la generica funzione autorizzatoria dei protocolli governativi.

² L'entrata e l'uscita dei dipendenti; i movimenti intraziendali e le riunioni; l'uso degli spazi comuni; l'accesso dei fornitori esterni; le attività di pulizia; gli aspetti dell'organizzazione aziendale (turni, trasferte, smart working, rimodulazioni).

³ Le attività di sanificazione; le precauzioni igieniche personali; l'impiego dei DPI; la gestione dei casi sintomatici; la sorveglianza sanitaria.

⁴ Cfr. "Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro" del 24 aprile 2020, p. 1 e p. 13.

⁵ G. FIANDACA- E. MUSCO, *Manuale di diritto penale*, Bologna, Zanichelli, 2019.

L'attuale emergenza epidemiologica, infatti, si caratterizza per lo scenario drammatico di incertezza scientifica che circonda la diffusione del virus, trasmesso da uomo a uomo o "per via aerea", attraverso le c.d. *droplets*, emesse dai soggetti infetti che tossiscono, starnutiscono o espirano, o "per contatto" con superfici condivise.

Al momento, però, a titolo meramente esemplificativo, non è chiaro quali distanze le *droplets* riescano a coprire (il metro raccomandato rappresenta infatti una misura di distanziamento minima, molte volte messa in discussione), né quanto sia ampio il periodo di incubazione della malattia (stimato tra i 2 e i 14 giorni dal momento in cui l'ospite entra a contatto con il patogeno), né se rappresentino un serio pericolo altre possibili modalità di contagio, come quella legata agli *aerosol* che galleggiano in sospensione negli ambienti chiusi.

In questo contesto di deficit di conoscenza, la funzione autorizzatoria dei protocolli, che consentono la ripresa delle attività nel rispetto di condizionalità particolarmente rigide ed onerose per molte aziende, rappresenta un fattore di estrema importanza.

In passato, infatti, la giurisprudenza, chiamata a pronunciarsi sulla colpa del datore di lavoro in contesti di incertezza scientifica ha fatto un governo molto ampio dell'art. 2087 c.c., che, come è noto, fonda l'obbligo di garanzia del titolare dell'impresa nei confronti dei lavoratori, ed è giunta ad affermare che *"nel giudizio di prevedibilità, richiesto per la configurazione della colpa, va considerata anche la sola possibilità per il soggetto di rappresentarsi una categoria di danni sia pure indistinta potenzialmente derivante dal suo agire, tale che avrebbe dovuto convincerlo ad astenersi"*.

Questa giurisprudenza, in sostanza, andava a ravvisare la colpa del datore di lavoro non già nella distanza tra il suo comportamento e quello prescritto da una regola "modale" di condotta, ma nella mancata applicazione di regole pre-cautelari di totale astensione dall'attività rischiosa.

I protocolli condivisi, invece, autorizzando l'attività in condizioni di incertezza scientifica, seguono le indicazioni espresse dalla migliore dottrina⁷, la quale contestava il governo dell'art. 2087 c.c. proposto dalla giurisprudenza e rimproverava ai giudici di aver introdotto nella valutazione della colpa del datore di lavoro un criterio di responsabilità non legato all'attività di prevenzione dei rischi, della quale il sistema incarica l'imprenditore ai sensi degli artt. 27, comma 1

⁶ Cfr. Cass. pen., sez. IV, 17 maggio 2006, n. 4675. La sentenza è pubblicata con nota di R. Guariniello, Tumori professionali a Porto Marghera, in "Il Foro italiano", 2007, II, c. 551. Per completezza si segnala anche la sentenza Corte App. Venezia del 15 dicembre 2004, resa nel precedente grado di giudizio e pubblicata in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", 2005, p. 1670 ss.

⁷ C. RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in E. DOLCINI - C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2006.

Cost., 2087 c.c. nonché del d.lgs. n. 81 del 2008, ma d'impronta spiccatamente precauzionale.

Il principio di precauzione⁸, infatti, espressamente richiamato dai protocolli condivisi, non attiene al rapporto tra giudice e datore di lavoro e non può essere calato nella fase di valutazione della colpa del titolare dell'azienda, ma attiene al rapporto tra Governo e amministrati.

Solo il Governo, pertanto, con volontà politica, operando un bilanciamento tra esigenze dell'impresa, del lavoro e della sostenibilità delle politiche assistenziali (artt. 41, 4, 36 e 38 Cost.) ed esigenze di salute pubblica (art. 32 Cost.), può autorizzare una determinata attività pericolosa perché, comunque, necessaria.

La prima conseguenza dell'adozione dei protocolli in azienda, dunque, dovrebbe essere l'impossibilità di muovere, nei confronti del datore di lavoro che abbia ripreso l'attività produttiva, un rimprovero a titolo di "colpa per assunzione", ovvero per non essersi astenuto dal compimento dell'attività potenzialmente rischiosa⁹.

3. Una lettura dell'art. 42 del d.l. n. 18/2020. La colpa come presupposto della responsabilità

Introdotta dunque questa "eccezione" alla regola dell'astensione, che la giurisprudenza aveva ricavato dall'art. 2087 c.c., i protocolli sembrano svolgere anche una seconda e più importante funzione.

Le misure di profilassi in essi cristallizzate, infatti, non rappresentano *regole cautelari proprie*, dirette alla eliminazione del rischio, ma esprimono, piuttosto, come è prassi nelle attività rischiose ma autorizzate¹⁰, *regole cautelari improprie*¹¹, dirette cioè a minimizzare e a contenere quel rischio.

Esse, pertanto, sono idonee a tracciare un'area di rischio consentito, entro la quale il datore di lavoro è chiamato a dare attuazione a prescrizioni che, per il loro carattere precauzionale, non è detto che riescano a disinnescare il pericolo del contagio, residuando comunque un margine irriducibile di pericolosità.

Il contraltare dell'inevitabile accettazione del rischio negli ambienti di lavoro è rappresentato dal rafforzamento della tutela assicurativa del lavoratore.

⁸ Il principio di precauzione è frequentemente richiamato per la prevenzione dei rischi ambientali e la sua enunciazione più chiara è probabilmente contenuta nell'art. 5 della Carta francese dell'ambiente secondo il quale "All'atto del realizzarsi di un danno nei confronti dell'ambiente, che potrebbe pregiudicarlo in maniera grave e irreversibile, per quanto lo stato delle conoscenze scientifiche possa essere incerto, le autorità pubbliche garantiscono, in ragione dell'applicazione del principio di precauzione, l'applicazione del principio di precauzione, adottando misure provvisorie e proporzionate a fine di evitare il verificarsi del danno e mettendo in opera procedure di valutazione dei rischi connessi".

⁹ G. MARINUCCI, *La colpa. Studi*, Milano, Giuffrè, 2013.

¹⁰ F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, Padova, Cedam, 2011.

¹¹ La distinzione tra regole cautelari proprie e regole cautelari improprie è di P. VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie"*, Padova, Cedam, 2003.

Infatti, nonostante il dichiarato carattere generico del rischio da contagio, che incombe indistintamente su tutta la popolazione¹² e non deriva dalle particolari condizioni dell'attività svolta¹³, l'art. 42 del d.l. n. 18 del 2020 ha ricondotto l'infezione contratta in azienda al *genus* degli infortuni sul lavoro e ha stabilito che "l'INAIL ... assicura... la ... tutela dell'infortunato", a patto che quest'ultimo riesca a provare che il contagio deriva da "causa violenta" e che è avvenuto in "occasione di lavoro" (art. 2 del d.P.R. n. 1124 del 1965).

La circolare dell'Inail n. 13/2020, poi, intervenendo specificamente sul profilo della distribuzione dell'onere della prova, ha introdotto, nel procedimento amministrativo dinanzi all'Istituto ed a vantaggio di alcune categorie di lavoratori maggiormente esposti al rischio¹⁴, una presunzione semplice di origine professionale dell'infezione.

Il meccanismo assicurativo così predisposto, stante il suo carattere di eccezionalità e comunque in coerenza con la funzione sociale dell'assicurazione di cui si tratta (art. 38 Cost. e art. 1886 c.c.), sembra prescindere da valutazioni in ordine alle *chance* di recupero delle somme erogate a titolo di indennizzo e, dunque, da considerazioni sugli eventuali profili di responsabilità del titolare dell'azienda e pare, anzi, destinato ad attivarsi soprattutto nei casi in cui il contagio si verifichi *nonostante* l'attuazione delle linee-guida.

Pertanto, se il datore di lavoro ha applicato ed ha applicato correttamente i protocolli, l'infortunio che si è comunque registrato in azienda dovrebbe essere considerato "evento da rischio consentito" ed alla fase amministrativa dell'indennizzo non dovrebbe seguire la fase processuale in cui l'Inail agisce in regresso nei confronti del titolare dell'azienda, al quale non può muoversi alcun rimprovero a titolo di colpa.

Se invece il datore non ha applicato o non ha applicato correttamente i protocolli, l'infortunio occorso in azienda dovrebbe essere considerato "evento da rischio non consentito" ed alla fase amministrativa dell'indennizzo dovrebbe seguire una fase processuale in cui l'Inail eserciterà l'azione di regresso di cui all'art. 11 del d.P.R. n. 1124/1965.

Esaurita la fase amministrativa, ovviamente, la presunzione relativa all'origine professionale dell'infortunio non dovrebbe più operare, ma tornerebbero applicabili le tradizionali regole sul riparto dell'onere della prova (2697 c.c.), che impongono all'attore in regresso (l'Inail) l'onere di allegare la violazione della regola cautelare e l'efficacia causale di tale violazione rispetto

¹² Cfr. "Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro" del 24 aprile 2020 secondo il quale "il COVID-19 rappresenta un rischio biologico generico, per il quale occorre adottare misure uguali per tutta la popolazione"

¹³ Cass. civ., sez. lavoro, 27 gennaio 2006, n. 1718, in <https://olympus.uniurb.it>.

¹⁴ Personale sanitario e personale addetto a mansioni che implicano frequenti rapporti con l'utenza.

all'infortunio, incombendo invece al datore di lavoro l'onere di provare o la causa esterna interruttiva del nesso causale¹⁵ o l'assenza di colpa.

Va segnalato, da ultimo, che, con comunicato¹⁶ del 15.05.2020, l'Inail ha avallato la correttezza di questa impostazione e, offrendo una interpretazione qualificata dell'art. 42 del decreto Cura Italia, ha espressamente affermando che “*il datore di lavoro risponde penalmente e civilmente delle infezioni di origine professionale solo se viene accertata la propria responsabilità per dolo o per colpa*”.

4. Una lettura dell'art. 29 bis del d.l. n. 23/2020. Colpa specifica e colpa generica del datore di lavoro

Chiarito dunque che la qualificazione del contagio come “infortunio sul lavoro” non comporta responsabilità del datore di lavoro nell'ipotesi in cui la trasmissione del virus costituisca evento da rischio consentito, resta da circoscrivere i confini di questo rischio.

Come è noto, infatti, la posizione di garanzia del datore di lavoro discende direttamente dall'art. 2087 c.c., il quale obbliga l'imprenditore ad adottare in azienda 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.

Nella prima metà del secolo scorso, in assenza di regole formalizzate, questa norma offriva alla giurisprudenza uno dei pochi spunti di diritto positivo per determinare la regola cautelare che si rimproverava all'imprenditore di aver trasgredito¹⁷.

Il rimprovero veniva contestato per lo più a titolo di colpa generica e, cioè, per violazione di cautele non scritte, che rispondevano a canoni di diligenza, prudenza e perizia e venivano desunti, appunto, “*dalla particolarità del lavoro svolto, dall'esperienza e dalla tecnica*”.

A partire dagli anni '50 l'avvento di una copiosa legislazione prevenzionistica e l'introduzione, con il d.lgs. n. 626 del 1994, dell'obbligo di adottare direttamente in azienda un documento di valutazione dei rischi hanno progressivamente circoscritto i margini di operatività dell'art. 2087 c.c. e determinato, nella materia della sicurezza sul lavoro, una fisiologica concorrenza tra colpa specifica e colpa generica “residuale”.

¹⁵ Cfr. Cass. civ., sez. lavoro, 21 agosto 2019, n. 21563 secondo la quale incombe sul datore di lavoro l'onere probatorio ai fini dell'esclusione della e della causa lavorativa degli infortuni “... al fine di escludere la ... la causa lavorativa degli infortuni, il datore di lavoro avrebbe dovuto dimostrare le concrete modalità di accadimento dei primi ... il che non aveva fatto”, in <https://olympus.uniurb.it>.

¹⁶ Cfr. https://olympus.uniurb.it/index.php?option=com_content&view=article&id=22599:inail1552020&catid=6&Itemid=137.

¹⁷ F. GIUNTA, D. MICHELETTI, *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, Giuffrè, 2010.

Il ruolo dell'art. 2087 c.c., dunque, è stato radicalmente ripensato dagli interpreti, i quali hanno attribuito alla norma in commento una doppia funzione di “chiusura” e di “promozione” del sistema¹⁸.

L'art. 2087 c.c., pertanto consente da un lato di colmare le lacune del diritto positivo e, dall'altro, di integrare il contenuto delle norme elastiche predisposte dalla legislazione speciale, indicando nello stato di avanzamento della tecnologia prevenzionale il criterio per distinguere tra ciò che è possibile e ciò che non è possibile esigere dall'imprenditore (*c.d. massima sicurezza tecnologicamente possibile*)¹⁹.

È evidente che, nell'attuale contesto di incertezza scientifica, i criteri suggeriti dal legislatore per la selezione degli obblighi non scritti di diligenza, prudenza e perizia, non sarebbero in grado di svolgere alcuna funzione evocativa delle regole extragiuridiche idonee a fronteggiare il rischio del contagio.

Pertanto, la posizione di garanzia del datore di lavoro, che nel diritto penale fonda l'equivalenza tra “cagionare” e “non impedire” il contagio (art. 40 c.p.), avrebbe contenuto “indeterminato”, con la conseguenza, costituzionalmente non ammissibile²⁰, che il rimprovero risulterebbe non prevedibile e non evitabile (art. 25, comma 2 Cost.).

Venendo incontro alle istanze della parte datoriale, dunque, il legislatore, superando l'incertezza, ha circoscritto il contenuto di quella posizione in senso costituzionalmente orientato, precisando che “*ai fini della tutela contro il rischio di contagio... i datori di lavoro ... adempiono all'obbligo di cui all'articolo 2087 del codice civile mediante l'applicazione delle prescrizioni contenute nel protocollo*” nazionale “*e negli altri protocolli ... nonché mediante l'adozione e il mantenimento delle misure ivi previste*” (art. 29 *bis* del d.l. n. 23/2020).

La disposizione in commento ha certamente l'obiettivo di circoscrivere gli obblighi del datore di lavoro all'applicazione delle prescrizioni contenute nelle linee guida e all'adozione e al mantenimento delle *misure ivi previste*, le quali rappresentano *tendenzialmente* la migliore tecnologia prevenzionale del momento storico (art. 12 disp. prel.).

Tuttavia, la stessa disposizione non sta a significare che il legislatore abbia esonerato l'imprenditore dall'obbligo di applicare in azienda, oltre alle misure cd. nominate, anche le misure c.d. innominate.

Se così fosse, infatti, i protocolli, a cui l'art. 29 *bis* impone dunque di volgere lo sguardo, dovrebbero contenere solo prescrizioni nette, in grado di fondare il rimprovero a titolo di colpa specifica e delimitare la misura del rischio consentito²¹.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Cfr. Cass. pen., sez. IV, 16 marzo 2020, n. 10135, in <https://olympus.uniurb.it>.

²⁰ L'art. 25, comma 2 Cost., quando prevede che nessuno può essere punito se non in forza di un fatto previsto dalla legge, implicitamente prescrive anche che le leggi incriminatrici siano tassative, in quanto, se non fosse possibile stabilire a priori ciò che è vietato, si lascerebbe al giudice il potere di determinarlo di volta in volta.

²¹ Il punto è espressamente trattato in F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, cit., p. 351.

Secondo l'autore: “il problema della misura del rischio consentito volta a fissare il punto di equilibrio tra le opposte esigenze della tutela dei beni minacciati e lo svolgimento dell'attività utile,

Essi, invece, incorporano regole eterogenee, che non hanno alcuna pretesa di immobilismo e ricomprendono²²:

- a) regole cautelari “rigide”, che prescrivono la condotta in termini netti;
- b) regole cautelari “elastiche” e non esaustive, che prescrivono una condotta generica, che il datore di lavoro dovrà determinare in rapporto alle circostanze concrete²³;
- c) e soprattutto regole cautelari solo “apparentemente scritte” e fondamentalmente aperte, che si limitano a fissare obiettivi di sicurezza e lasciano indeterminata la condotta doverosa²⁴.

A fronte di queste norme non esaustive ed aperte, l'imprenditore non ha la possibilità di fermarsi a ciò che è scritto, ma è tenuto a decodificare la dimensione concreta delle cautele suggerite.

Egli, pertanto, deve anzitutto *individuare* la misura che garantisce la massima sicurezza tecnologicamente possibile, eventualmente diversa e più incisiva rispetto a quella suggerita dal protocollo²⁵, e, secondo l'indicazione legislativa, deve poi “*attuarla*” e “*mantenerla*”, in azienda, verificandone costantemente l'efficacia, l'adeguatezza e l'idoneità.

L'esatto svolgimento di queste operazioni implica in ogni caso il rispetto delle regole non scritte di diligenza, prudenza e perizia, sicché, nonostante l'intervento legislativo e contro gli auspici della parte datoriale, il garante si trova comunque esposto alla possibilità di un rimprovero a titolo di colpa generica²⁶.

L'art. 29 *bis*, pertanto, pensato per incentivare la ripresa e consegnare uno scudo penale al datore di lavoro che si limiti all'applicazione formale dei protocolli, ha il più ridotto effetto di procurare al garante uno strumento che lo orienti nella selezione delle cautele innominate, le quali dovranno essere *tendenzialmente* ricercate nel perimetro tracciato dalle indicazioni protocollari, senza rincorrere sperimentazioni e suggestioni ancora acerbe.

Nondimeno, anche così, il corretto governo delle regole che presidiano l'attività di valutazione della colpa penale, le quali impongono di ritenere esigibili le sole condotte che, al tempo dell'azione o dell'omissione, erano prescritte da

è risolto nei casi di predeterminazione legislativa dalle regole cautelari o, ancora meglio, di autorizzazioni amministrative subordinate al rispetto di *precise* norme precauzionali. Esso resta invece in tutta la sua rilevanza ove tali previsioni manchino o siano inadeguate”.

²² La distinzione è di F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, cit.

²³ Si pensi al punto (p. 8) in cui il protocollo fa obbligo al datore di lavoro di far rispettare il distanziamento sociale, limitandosi a suggerire soluzioni che non escludono la percorribilità di alternative in concreto più adeguate, secondo le peculiarità dell'organizzazione.

²⁴ Il riferimento necessario è al passaggio, contenuto nella premessa, in cui i protocolli attribuiscono al datore di lavoro il *potere-dovere* di sostituire tutte le misure in essi elencate con altre *equivalenti o ritenute più incisive* secondo le peculiarità dell'organizzazione, suggerendo l'idea della sindacabilità, nel giudizio sulla colpa, non solo dell'esercizio, ma anche del mancato esercizio di questo potere.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, cit.

norme scientificamente mature²⁷, dovrebbe essere sufficiente a prevenire le derive punitive.

Tuttavia, considerando le tendenze giurisprudenziali, è lecito dubitare che l'operazione posta in essere dal legislatore riesca ad operare un bilanciamento soddisfacente tra gli interessi in gioco (artt. 41, 36, 38 e 32 Cost.).

L'intervento legislativo, pertanto, rischia di mascherare una ipotesi di responsabilità oggettiva, la quale, come è noto, ricorre tutte le volte che la colpa sia non solo concepita, *ma anche applicata*²⁸ in termini di inautentica responsabilità colpevole (art. 27 Cost.).

L'adempimento guidato degli obblighi ricompresi nella posizione di garanzia, infatti, per il carattere indefinito di questa stessa posizione, implica uno sforzo di competenza (*perizia*) il cui contenuto, in assenza di approdi scientifici certi, non è facilmente intellegibile neppure dall'imprenditore più scrupoloso, con la conseguenza che il giudizio sui confini del rischio consentito e sulla esigibilità o meno di condotte la cui efficacia preventiva non è dimostrata, è sostanzialmente affidato ai delicati bilanciamenti del giudice²⁹.

Onde evitare questo margine di incertezza, il legislatore, dopo aver correttamente operato sulla posizione di garanzia, conformandola in senso costituzionalmente orientato (artt. 2087 c.c. e 25 Cost.), dovrebbe ancora intervenire sulla morfologia della colpa, come auspicato dal rapporto "Iniziativa per il rilancio dell'Italia 2020-22" del Comitato di esperti in materia economica e sociale guidato da Vittorio Colao.

Tuttavia, a differenza di quanto suggerito in quel documento, per le ormai chiare ed ineludibili ragioni di concorrenza tra colpa specifica e colpa generica, non sarebbe sufficiente precisare che "*l'adozione e l'osservanza dei protocolli costituisce integrale adempimento dell'obbligo di sicurezza di cui all'art. 2087 del codice civile*³⁰".

Piuttosto, sulla scorta di quanto già sperimentato nel diverso settore della responsabilità medica, il legislatore dovrebbe distinguere tra colpa grave e colpa lieve (art. 2236 c.c.), a seconda che l'imprenditore abbia dimostrato un difetto di competenza macroscopico ed ingiustificabile o un difetto solo veniale e, perciò, scusabile, e specificare che lo stesso imprenditore non è responsabile per colpa lieve³¹, quando, ai fini della prevenzione del contagio, è chiamato a declinare in azienda regole di *perizia*, scritte o non scritte, ad oggi esigue ed incerte.

²⁷ G. FIANDACA- E. MUSCO, *Manuale di diritto penale*, cit.

²⁸ *Ibidem*, p. 394.

²⁹ Si pensi all' introduzione dell' obbligo di indossare in azienda un *bracelet wearable device*, che memorizza per tutta la durata del presunto periodo di incubazione i contatti durevoli del suo possessore e che ingiustamente postula come assodate regole che sono tutt'altro che accreditate (che il periodo di incubazione della malattia sia al massimo di 14 giorni, che il contagio sia in qualche modo "dose dipendente", potendo avvenire solo se il contatto si protrae per una certa manciata di minuti ecc.).

³⁰ http://www.governo.it/sites/new.governo.it/files/comitato_rapporto.pdf

³¹ Per una analisi della c.d. colpa protocollare nel settore della responsabilità medica si rinvia a Cass. pen., SS.UU. 22 febbraio 2018, n. 8770, in www.penalecontemporaneo.it.

5. I tre livelli della sicurezza nello scenario del Covid-19

Resta dunque da inquadrare i protocolli regionali, interregionali e nazionali nel sistema tradizionale della sicurezza e del governo dei rischi sui luoghi di lavoro.

Questo sistema, nella fase di convivenza con il virus in cui le imprese si trovano ad operare, sembra articolarsi su tre diversi livelli.

Il primo livello è rappresentato dall'art. 2087 c.c., di cui sia le misure indicate dai protocolli, sia le regole di cui al d.lgs. n. 81 del 2008 sono esplicitazione.

Questa norma, come abbiamo anticipato, svolge una duplice funzione di chiusura e di promozione del sistema, garantendone la completezza e l'aggiornamento tecnologico.

Rispetto al rischio da contagio la funzione dell'art. 2087 c.c. si dispiega entro il perimetro delle cautele elasticamente suggerite dai protocolli, che offrono all'imprenditore una fotografia *tendenzialmente* completa della migliore scienza ed esperienza del momento storico.

Tuttavia, l'obbligo di protezione gravante sulla parte datoriale non viene ad assumere i caratteri della rigidità e della staticità: gli stessi protocolli, infatti, da un lato attribuiscono all'imprenditore il potere/dovere di sostituire le misure indicate nelle linee guida con altre *equivalenti o ritenute più incisive*³², secondo le peculiarità dell'organizzazione, e dall'altro dispongono che sia ingaggiata, in seno ad un apposito "Comitato" aziendale³³, una attività permanente di verifica della idoneità, adeguatezza ed efficacia delle soluzioni concretamente adottate e di aggiornamento delle stesse.

I protocolli, allora, che rappresentano il secondo livello della sicurezza sui luoghi di lavoro, hanno la sostanziale funzione di riempire di contenuto l'obbligo indeterminato di cui all'art. 2087 c.c., con riferimento ad un pericolo inedito, dinanzi al quale, viceversa, l'imprenditore si sarebbe trovato completamente disorientato.

Essi, pertanto, proprio perché destinati a soddisfare questa specifica esigenza di aggiornamento del sistema, concentrano in sé tutti gli strumenti di valutazione del rischio del contagio, che non avrebbe senso prendere in considerazione anche negli altri documenti indicati dalla normativa sulla sicurezza.

Tuttavia, la circostanza che il legislatore abbia dedicato al rischio del contagio uno specifico canale di valutazione non impedisce che, nello scenario pandemico in atto, il virus riesca ad attivare, seppur indirettamente, anche un terzo livello della sicurezza, rappresentato dalla normativa antinfortunistica di cui al d.lgs. n. 81 del 2008.

³² Cfr. Protocollo nazionale del 24 aprile, nella premessa.

³³ Cfr. *Ibidem*, punto 13.

Tale normativa impone al datore di lavoro di valutare i rischi specifici dell'attività produttiva³⁴ e di registrare l'esito di questa valutazione in un documento (c.d. DVR, artt. 28 e 29, comma 1) che va costantemente aggiornato (art. 29, comma 3): se la valutazione dei rischi è sbagliata, incompleta o non aggiornata il datore è in colpa per violazione di legge e va incontro a responsabilità penale (art. 55) oltre che ad importanti conseguenze sul piano strettamente lavoristico³⁵.

La disciplina antinfortunistica di cui al d.lgs. n. 81 del 2008 non sembra direttamente risvegliata dal rischio del contagio³⁶.

Tale rischio, infatti, è espressamente qualificato dai protocolli condivisi come “rischio generico”, con la precisazione che esso incombe indistintamente su “tutta la popolazione”: la sua valutazione, pertanto, senza necessità di duplicazioni, è affidata, come si è anticipato, ad un canale autonomo ed indipendente, rappresentato dalle operazioni di applicazione concreta delle linee-guida governative e dai relativi verbali, i quali, ai soli fini della tracciabilità delle attività, potranno anche essere raccolti in un'appendice del DVR³⁷.

Tuttavia, non si sottovaluti la possibilità che le riorganizzazioni, le trasformazioni logistiche e le rimodulazioni degli orari di lavoro messe in atto nella fase di attuazione dei protocolli determinino, in azienda, la nascita di rischi fino a quel momento non considerati.

Questi rischi, a parere di chi scrive, essendo nettamente distinti dal rischio del contagio, dovrebbero essere oggetto di specifica valutazione da parte dell'azienda e determinare un aggiornamento del DVR.

Il datore di lavoro che non procedesse in tal senso, infatti, si ritroverebbe esposto, tra l'altro, alle conseguenze penali di cui all'art. 55 del d.lgs. n. 81/2008, il quale contempla contravvenzioni punibili indifferentemente a titolo di dolo o colpa (artt. 3 della l. n. 689/1981 e 43 c.p.)³⁸.

³⁴ La valutazione dei rischi è infatti prescritta in funzione di “prevenzione”, ovvero, ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. *n* per evitare o diminuire i rischi *professionali* nel rispetto della salute della popolazione e dell'integrità dell'ambiente esterno.

³⁵ Ad esempio, va sottolineato che ai sensi dell'art. 20 comma 1, lett. *d*, del d.lgs. n. 81 del 2015, il contratto a termine non può essere validamente stipulato “da parte di datori di lavoro che non hanno effettuato la valutazione dei rischi in applicazione della normativa di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori” (Cfr. Cass. civ., sez. lavoro, 23 agosto 2019, n. 21683, in www.rassegnadirittolavoro.it).

³⁶ P. PASCUCI, *Sistema di prevenzione aziendale, emergenza coronavirus ed effettività*, in “Giustizia civile.com”.

³⁷ Cfr. Nota n. 89 del 13 marzo 2020 dell'INL.

³⁸ Una indicazione in questo senso è suggerita dalla decisione del Tribunale di Nanterre del 14 aprile 2020, resa in sede cautelare e confermata dalla Corte d'appello di Versailles del 24 aprile 2020, in www.cortecostituzionale.it.

Il Tribunale ha infatti ordinato la sospensione delle attività non essenziali di Amazon France per non aver il colosso della distruzione, tra le altre cose, “valutato i rischi delle riorganizzazioni indotte dalle misure messe in atto per prevenire il rischio epidemiologico”.

In particolare, secondo il giudice francese, tra gli “effetti collaterali del coronavirus” dovrebbero essere valutati i rischi c.d. emergenti (art. 28, comma 1*bis*, del d.lgs. n. 81 del 2008), tra cui, ad esempio, il rischio da *tecnostress*, legato alla promiscuità tra ambiente di lavoro e domicilio, e i rischi *psicosociali*, legati alla paura avvertita dal lavoratore per la salute propria e dei propri familiari.

Abstract

Il contagio in azienda è espressamente qualificato dal legislatore come infortunio sul lavoro (art. 42 d.l. n. 18/2020).

Nondimeno, l'imprenditore è responsabile solo se è in colpa.

La colpa va tendenzialmente ravvisata nella distanza tra il comportamento concretamente adottato e quello prescritto dalle regole cautelari suggerite nei protocolli regionali, interregionali e nazionali di cui all'art. 29 bis del d.l. n. 23/2020.

Tuttavia, il carattere elastico ed aperto delle cautele suggerite dai protocolli non esclude la responsabilità del datore di lavoro anche per violazione di regole non scritte di diligenza, prudenza e perizia.

Contagion in the company is expressly qualified by the legislator as an accident at work (art. 42 d.l. n. 18/2020).

Nonetheless, the employer is responsible only if he is at fault.

The fault must tend to be recognized in the distance between the behavior actually adopted and that prescribed by the precautionary rules suggested in the regional, interregional and national protocols referred by the art. 29 bis of d.l. n. 23/2020.

However, the elastic and open nature of the cautions suggested by the protocols does not exclude the employer's liability also for violation of unwritten rules of diligence, prudence and expertise.

Parole chiave

Responsabilità del datore di lavoro, colpa del datore di lavoro, contagio, COVID-19, art. 42 d.l. n. 18/2020, art. 29 bis d.l. n. 23/2020

Keywords

Employer responsibility, fault of the employer, contagion, COVID-19, art. 42 d.l. n. 18/2020, art. 29 bis d.l. n. 23/2020