

LA RESPONSABILITÀ DELL'ENTE IN CASO DI VIOLAZIONI CORRELATE AL COVID-19 E IL RUOLO DELL'ODV

Presidi in tema antinfortunistici nella gestione dell'emergenza epidemiologica

Dott. Alessandro Foti - ESHQ Consulting srl
Avv. Paolo Gallarati, Avv. Roberta Guaineri, Avv. Giulio Uras - NCTM Studio Legale

1. Introduzione

L'emergenza sanitaria conseguente alla diffusione in Italia del Covid-19 espone e, presumibilmente, continuerà a esporre nei prossimi mesi le imprese e coloro che a vario titolo operano all'interno dell'organizzazione aziendale a rischi inediti.

Tra questi, assumono una rilevanza tutt'altro che trascurabile i rischi connessi alla potenziale commissione di reati rilevanti ai sensi del d.lgs. n. 231/2001 (di seguito il "**Decreto**") e, in particolare, dei delitti in materia di tutela della salute e sicurezza sul lavoro richiamati dall'art. 25-*septies* del Decreto.

Le misure precauzionali adottate prima dell'inizio dell'epidemia si sono infatti da subito rivelate insufficienti a garantire la tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori rendendo più che concreta la possibilità per l'ente di essere sanzionato ai sensi del Decreto.

Il presente articolo si propone, senza pretesa di esaustività, di affrontare alcuni profili critici in relazione alla responsabilità amministrativa dell'ente, alle misure che l'ente datoriale deve adottare e ai compiti che l'organismo di vigilanza è chiamato a svolgere nell'ambito dei controlli sulle iniziative intraprese per contenere i rischi di contagio.

2. La responsabilità amministrativa degli enti ai sensi del d.lgs. n. 231/2001 nella gestione dell'emergenza sanitaria: profili critici

Per comprendere se e quando l'ente può essere chiamato a rispondere ai sensi dell'art. 25-*septies* del Decreto nel caso in cui un lavoratore contragga il Covid-19 e all'infezione consegua una lesione ovvero la morte dello stesso, è opportuno preliminarmente richiamare la disciplina generale contenuta nella sezione I del capo I del Decreto.

Come noto, applicando i criteri generali di attribuzione della responsabilità amministrativa degli enti di cui agli artt. 5 e 6 del Decreto, in questa ipotesi l'ente è responsabile se, in assenza di cause di esclusione della responsabilità:

- a) è stato commesso un reato, tra quelli contemplati dall'art. 25-*septies* del Decreto (i.e. omicidio colposo o lesioni personali colpose con violazione della normativa antinfortunistica);
- b) il reato è stato commesso da un soggetto apicale o sottoposto;

c) il reato è stato commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente.

Mentre la seconda e la terza condizione non destano particolari perplessità per il caso che ci occupa (ben potendosi ravvisare un vantaggio, ad esempio, nel risparmio di spesa conseguente alla mancata fornitura di dispositivi di protezione individuale quali guanti, mascherine, etc.), maggiori problemi sorgono in relazione alla prima.

Ciò anche in ragione della proliferazione normativa delle ultime settimane.

Tanto il DPCM dell'11 marzo 2020 quanto il *"Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro"* sottoscritto dalle parti sociali il 14 marzo 2020 hanno previsto infatti una serie di misure precauzionali dirette a prevenire il rischio di contagio tra i lavoratori, talvolta prescrivendone l'adozione e talaltra semplicemente raccomandandola (è il caso, ad esempio, delle misure relative, tra l'altro, al controllo della temperatura corporea dei lavoratori prima dell'accesso ai luoghi di lavoro o al ricorso allo smart working). Ulteriori disposizioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro sono state, poi, introdotte dal d.l. n. 18 del 17 marzo 2020 (c.d. Decreto Cura Italia).

È evidente come le disposizioni in questione, innestandosi nel più generale impianto normativo in materia di salute e sicurezza sul lavoro di cui al d.lgs. n. 81/2008 la cui violazione costituisce circostanza aggravante dei reati di omicidio colposo e lesioni personali colpose, abbia riflessi sull'elemento oggettivo e, in particolare, in relazione all'accertamento del nesso di causa tra condotta ed evento.

Ci si chiede, anzitutto, se possa costituire una violazione della normativa antinfortunistica la mancata adozione di una misura prescritta dai vari provvedimenti che si sono succeduti in queste ultime settimane, o di una misura semplicemente raccomandata (ad esempio, il mancato ricorso allo smart working) o, infine, di misure ulteriori non contemplate nella normativa emergenziale.

Sul punto occorre osservare come uno dei principi cardine del nostro ordinamento in materia di sicurezza sul lavoro consista nel c.d. "principio della massima sicurezza tecnologicamente fattibile", secondo il quale il datore di lavoro, al di là delle specifiche previsioni normative, debba ispirare la propria condotta alle acquisizioni della migliore scienza ed esperienza, per fare in modo che il lavoratore sia posto nelle condizioni di operare con assoluta sicurezza.

Il principio in parola trova richiamo – oltre che nel d. lgs. n. 81/2008, ove all' art. 15, lett. b) si richiede la riduzione dei rischi al minimo in relazione alle conoscenze acquisite in base al progresso tecnico – anche nel codice civile.

L'art. 2087 cod. civ., infatti, nel prevedere un generale obbligo di protezione a carico del datore di lavoro, viene considerato dalla giurisprudenza non solo come una norma di chiusura in materia di prevenzione e sicurezza sul lavoro, ma anche come una disposizione con *"una funzione dinamica, in quanto norma diretta a spingere l'imprenditore ad attuare, nell'organizzazione del lavoro, un'efficace attività di prevenzione attraverso la continua e permanente ricerca delle misure suggerite dall'esperienza e dalla tecnica più aggiornata"*

al fine di garantire, nel migliore dei modi possibili, la sicurezza dei luoghi di lavoro” (cfr. Cass. Civ., Sez. lav., 29 marzo 2019, n. 8911).

In conclusione, ai fini della valutazione di un’eventuale responsabilità dell’ente ai sensi del Decreto, non è rilevante distinguere tra misure prescritte e misure semplicemente raccomandate, tantomeno se si parla di violazioni della normativa antinfortunistica idonee a integrare le circostanze aggravanti di cui agli art. 589 e 590 c.p., ma occorre valutare se le procedure adottate siano idonee o, meglio, le più idonee a prevenire i reati citati.

Stabilisce infatti la Suprema Corte di Cassazione come *“la terminologia ‘violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro’ richiamata dagli artt. 589 e 590 c.p. è riferibile non solamente alle norme contenute nelle leggi specificatamente antinfortunistiche, ma anche a quelle che, direttamente o indirettamente, perseguono il fine di evitare incidenti sul lavoro o malattie professionali e che, in genere, tendono a garantire la sicurezza sul lavoro in relazione all’ambiente in cui esso deve svolgersi” (cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 17 aprile 2019, n. 33244).*

Il tema della responsabilità del datore di lavoro – e, quindi, dell’impresa – in *subiecta materia* non può prescindere, però, dalla necessità dell’accertamento del nesso di causa tra la condotta omissiva e l’evento malattia.

Senza dilungarci troppo, il tema è sin troppo attuale, è evidente che la mancanza di conoscenza del virus Covid-19, delle dinamiche di nascita o delle modalità di trasmissione dello stesso rendano la questione molto complessa sotto il profilo giuridico, quando si tratta di dovere giudicare eventuali responsabilità personali.

Ai fini della identificazione di una responsabilità dell’impresa ai sensi del Decreto, occorre, infatti, sottolineare come sia necessario procedere ad un rigoroso accertamento del nesso di causalità tra condotta ed evento; ai fini di un giudizio penale è imprescindibile verificare le modalità attraverso le quali il lavoratore abbia contagiato la malattia ed appurare che lo stesso si sia sviluppato in ambiente lavorativo.

Sulla base delle informazioni oggi in nostro possesso, tale accertamento appare alquanto arduo, ma preme sottolineare come l’accertamento del nesso eziologico tra condotta e evento sia essenziale, soprattutto alla luce del fatto che ai sensi dell’art. 42 del Decreto Cura Italia la tutela assicurativa predisposta dall’Inail si estende anche ai casi in cui l’identificazione delle precise cause e modalità lavorative del contagio si presenti problematica.

Tale orientamento, ben comprensibile e condivisibile in sede civile, certamente non può essere preso in considerazione come punto di partenza sotto il profilo penale e, quindi, ai fini dell’individuazione della responsabilità amministrativa dell’Ente ai sensi del Decreto.

La Suprema Corte ha già avuto modo di affrontare il tema del nesso causale tra attività lavorativa e malattia professionale con numerose sentenze in materia di amianto, operando un distinguo tra causalità generale (l’ambiente ricco di amianto è idoneo a generare malattie professionali quali asbestosi ed altre) e causalità individuale (quel

lavoratore ha contratto il tumore o la malattia a causa dell'esposizione all'amianto in quello specifico ambiente di lavoro), ponendo quindi l'accento sulla necessità di accertare nel singolo caso concreto la presenza del nesso di causalità.

Alla luce di tutto ciò appare evidente come potrebbe essere difficile dimostrare, al di là di ogni ragionevole dubbio, un nesso di derivazione tra la condotta del datore di lavoro e l'infezione contratta dal lavoratore, non potendosi escludere, infatti, che quest'ultimo possa essere entrato in contatto con il virus in occasioni estranee all'ambiente lavorativo, come per esempio nel tragitto verso il posto di lavoro o nell'ambito della propria vita sociale.

Altra questione rilevante ai nostri fini, è quella della durata delle misure in questione; fino a quando il datore di lavoro deve adottare le misure volte a prevenire il contagio da Covid-19 per non incorrere in una responsabilità per violazione della normativa antinfortunistica?

A questo quesito non è agevole dare una risposta.

Se ci si dovesse attenere alle attuali previsioni governative, vediamo che, da un lato il protocollo anti-contagio lega a doppio filo la sua validità temporale a quella del DPCM dell'11 marzo 2020 (la cui efficacia, inizialmente prevista fino al 3 aprile, è stata estesa successivamente estesa al 13 aprile), dall'altro appare più prudente considerare, come termine temporale, la dichiarazione di cessazione dello stato di emergenza che dovrebbe intervenire, salvo modifiche, il 31 luglio prossimo.

Se si adotta, invece, un approccio più aderente al dettato del d.lgs. n. 81/2008 e ai principi sopra enunciati, appare chiaro che occorrerà valutare la permanenza o meno del rischio, prima di decidere se allentare o mantenere tali misure.

Ma, ancora, qualora si decida di tenere il comportamento da ultimo sottolineato, maggiormente tutelante nei confronti dei lavoratori, quando si potrà indicare la cessazione del rischio? E, infine, qual è il livello di rischio che dovrebbe essere dichiarato cessato? Quello da contagio da Covid-19 o quello che debella completamente il virus?

Se è vero, come sembra e come pare plausibile oggi, che prima arriveranno le cure e, successivamente il vaccino, e se è vero, come parrebbe, che il vaccino sarà destinato solo a coloro che ne necessitano, come si deve comportare l'imprenditore nel futuro ai fini della tutela dei suoi lavoratori, una volta cessata la situazione di emergenza?

È chiaro che se un giorno il legislatore dovesse dare indicazioni della cessazione di tutte le misure di sicurezza, ciò aiuterebbe, anche se, alla luce dei principi sopra enunciati, ciò non esonerebbe il datore di lavoro da una possibile responsabilità in caso di contagio, mortale o meno, del suo dipendente.

Se così, fosse, però, il datore di lavoro potrebbe essere considerato già oggi responsabile anche di eventuali malanni stagionali ecc. che dovessero colpire il lavoratore e che possono provocare una malattia, anche senza esito infausto.

Così non è, oggi, perché non è possibile – come detto prima – accertare il nesso di causa tra condotta ed evento.

Questo è l'argomento giuridico dirimente, a nostro avviso, ai fini di evitare un'estensione di responsabilità probabilmente eccessiva.

Lo stesso ragionamento si potrebbe e dovrebbe adottare in relazione a questa epidemia (*rectius*: pandemia): probabilmente non ci sarà mai un momento in cui il rischio di contagio da virus Covid-19 potrà dirsi cessato e, quindi, non ci sarà mai un momento in cui verrà chiesto di non adottare specifiche misure di sicurezza.

È verosimile ritenere che ci sarà un momento in cui verranno allentate le prescrizioni ma alcuni comportamenti "virtuosi" che questo momento ci impone diverranno parte delle procedure interne delle realtà produttive, indipendentemente dai risvolti giuridici di tali procedure.

3. La valutazione del rischio biologico e l'individuazione delle misure di prevenzione e protezione

L'emergenza COVID-19 ha innescato un grosso dibattito nell'ambito della salute negli ambienti di lavoro. Il tema è legato a quale fosse la corretta interpretazione degli obblighi dei datori di lavoro e delle imprese relativamente all'attuazione delle misure di prevenzione e protezione per la salvaguardia del personale nell'applicazione del D.lgs. 81/2008 relativamente alla valutazione del rischio e, nel caso specifico, quello biologico. I principali adempimenti su cui si concentra l'attenzione riguardano la valutazione dei rischi nelle aziende e le misure di prevenzione e protezione specifiche da adottare, oltre a porsi il quesito se quello dell'emergenza da COVID-19 sia o meno uno dei rischi su cui il datore di lavoro debba adeguare gli strumenti di tutela e prevenzione contemplati nel Testo Unico della Sicurezza (cd. "TUS").

Il datore di lavoro, ai sensi dell'art.17 e dell'art.28 del D.lgs. 81/2008, è tenuto alla valutazione di "tutti i rischi" presenti negli ambienti di lavoro e la specifica valutazione per il rischio da agenti biologici è prevista dal Titolo X del TUS. L'aspetto rilevante da tenere conto e se è necessario o meno aggiornare la valutazione dei rischi da agenti biologici a seguito della diffusione del COVID-19. Su questo fronte si sono confrontate diverse scuole di pensiero ma la linea più diffusa, suffragata anche da alcune ordinanze quale quella della Regione Venetoⁱ e confermata dal "Protocollo di sicurezza per gli ambienti di lavoro"ⁱⁱ aggiornato in data 24 aprile u.s., ritiene che una valutazione del rischio specifico per il COVID-19 sia obbligatorio per tutte le fattispecie di attività economiche in cui il rischio legato all'attività lavorativa sia diverso da quello della popolazione generale.

A questo punto è importante porsi il quesito di quali siano queste attività economiche "a rischio COVID-19" dal punto di vista professionale? Queste tipologie di aziende sono sostanzialmente di due tipi: il primo blocco riguarda quelle aziende che utilizzano deliberatamente per le proprie attività organismi biologici, per esempio i laboratori di ricerca biotecnologica, laboratori di analisi cliniche, etc. Il secondo blocco riguarda invece quelle aziende che non fanno uso deliberato di agenti biologici ma che potenzialmente potrebbero comunque entrare in contatto con qualcuno di essi (es. ospedali e tutte quelle

attività in generale in cui vi sia contatto interpersonale con un significativo numero di individui quali, ad esempio, i pubblici esercizi).

Fatta questa assunzione ne deriva che le aziende che non sono soggette ad un rischio professionale specifico da COVID-19 non sono tenute a rifare il documento di valutazione dei rischi e adottare conseguenti misure di prevenzione secondo quanto previsto dal TUS (es. formazione specifica dei lavoratori sul rischio da COVID-19).

Questa considerazione deve però tenere conto di altri aspetti rilevanti, che sono:

- Il documento di valutazione dei rischi deve essere comunque fatto secondo i dettami degli artt. 17 e 28 del D.lgs. 81/2008 e, precisamente, prevedere tra tutti i rischi anche quello da agenti biologici per il rischio di contaminazione professionale (indipendentemente dal COVID-19). Una eventuale carenza in tal senso comporterebbe delle sanzioni per l'organizzazione e il datore di lavoro ma a prescindere dal contesto emergenziale pandemico in corso nel Paese.
- Il datore di lavoro deve mettere in atto le misure di prevenzione e protezione disposte dagli organi nazionali e regionali secondo quanto disposto nei vari DPCM, D.lgs. e dalle ordinanze. Una eventuale carenza in tal senso non sarebbe riconducibile ad una violazione del D.lgs. 81/2008 ma ad una carenza sanzionabile secondo i disposti emessi dall'autorità pubblica.

Con le suddette premesse è immediatamente chiaro che nel caso in cui fossero rilevate delle carenze riconducibili al rischio di contaminazione da agenti biologici (COVID-19) di tipo professionale come sopra dettagliato, in caso di contagio riconducibile all'attività lavorativa questa potrebbe portare ad un più facile nesso causa-effetto e quindi anche ad una ipotetica violazione del D. Lgs. 231/2001, fatti salvi tutti gli altri presupposti per fare ricadere il fatto tra i reati amministrativi. Rimane da chiarire come si pronuncerà l'Organo inquirente nei casi in cui il rischio biologico da COVID-19 non fosse un rischio specifico della mansione e l'azienda non adottasse i protocolli di sicurezza previsti dai DPCM e dalle ordinanze territoriali, attuando di fatto anche i presupposti di interesse e vantaggio (es. fare ripartire la produzione aziendale; non comprare e dotare il personale delle mascherine e i guanti per la protezione dal contagio; non adottare le misure igieniche e sociali per lavorare in ambienti di lavoro "sicuri", etc.). Sarà interessante capire se anche questa fattispecie possa fare ricadere potenzialmente l'azienda in una violazione dell'art. 30 del D.lgs. 81/2008.

E' importante ricordare che le considerazioni suddette tengono conto dell'orientamento espresso alla data della stesura del presente articolo.

4. Il ruolo dell'organismo di vigilanza nella gestione dell'emergenza sanitaria

I compiti che l'organismo di vigilanza è chiamato a svolgere, nell'ambito della gestione dell'emergenza sanitaria in atto, non sono diversi da quelli che ordinariamente svolge in ottemperanza all'art. 6, lett. b) del Decreto.

Esso è cioè tenuto a vigilare sul funzionamento e l'efficacia del modello organizzativo e a curarne l'aggiornamento.

La vigilanza sul funzionamento e l'efficacia del modello si traduce, in concreto, nella verifica delle misure adottate dall'ente per contenere i rischi di contagio e nell'immediato *reporting* all'organo amministrativo degli esiti della verifica e della necessità di eventuali interventi.

Fintanto che vigono le restrizioni alla circolazione delle persone, tale verifica dovrà essere condotta mediante la mera richiesta di informazioni alle funzioni aziendali coinvolte.

Ciò può avvenire principalmente attraverso l'istituzione di appositi flussi informativi dalle funzioni aziendali preposte alla gestione del rischio (datore di lavoro, eventuali delegati funzionali, RSPP, RLS, comitato di crisi ove istituito, etc.) verso l'organismo di vigilanza. L'invio delle informazioni, considerata il repentino evolversi della situazione emergenziale, dovrà avvenire con una frequenza adeguata, ad es. settimanale, fermo naturalmente l'obbligo di segnalare immediatamente qualsiasi evento rilevante, senza attendere la successiva scadenza per l'invio. Un esempio di segnalazione immediata potrebbe essere la positività al COVID-19 di un dipendente, da fornire all'OdV unitamente alle misure e ai protocolli adottati per il contenimento del potenziale contagio ad altro personale con cui è venuto potenzialmente a contatto e la bonifica e sanificazione degli ambienti di lavoro.

Quanto all'oggetto della vigilanza, esso potrà e dovrà riguardare tanto le misure già adottate e in essere (con riferimento alle imprese le cui attività non siano sospese) quanto le misure di cui si prevede l'adozione, non appena si entrerà nella cosiddetta "fase 2" (con riferimento alle imprese le cui attività sono al momento sospese).

La verifica dovrà essere completata e approfondita, non appena sarà possibile accedere nuovamente ai locali aziendali, anche mediante specifici strumenti già in dotazione all'OdV quale, ad esempio, gli audit *on site* o, laddove non possibile, con audit "in remoto".

Da ultimo, si noti che anche l'ordinaria attività di ricezione, gestione ed evasione delle segnalazioni, nell'ambito dei sistemi di whistleblowing assume una rilevanza del tutto speciale in questo contesto, specie nelle ipotesi in cui la segnalazione dovesse avere ad oggetto la mancata adozione o il mancato rispetto di misure anti-contagio o riguardare la presenza di soggetti infetti all'interno della società. Sarà dunque compito dell'organismo di vigilanza far carico l'organo amministrativo della società di eventuali problematiche emerse a conclusione delle istruttorie avviate a seguito della ricezione di segnalazioni da parte dei lavoratori.

Quanto all'aggiornamento del modello, qualora questo già contenga protocolli di controllo idonei alla prevenzione dei reati in materia di salute e sicurezza sul lavoro, un aggiornamento sarebbe necessario unicamente nel caso in cui le misure adottate a valle del modello dovessero rivelarsi insufficienti e fosse richiesta l'adozione di protocolli di controllo più stringenti su un processo sensibile specifico quale, ad esempio, quello relativo alla gestione del rischio biologico.

ⁱ “Nuovo coronavirus (SARS-CoV-2). Indicazioni operative per la tutela della salute negli ambienti di lavoro non sanitari” - Versione 10 del 11.04.2020. Regione del Veneto

ⁱⁱ “Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro” aggiornato in data 24 aprile 2020