



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

**Le misure anti-Covid19 nei luoghi di lavoro:
dalla (sicura) emergenza sanitaria
alla (temuta) emergenza sanzionatoria**

SALVATORE DOVERE

Corte di Cassazione, sez. IV Penale

vol. 6, no. 1, 2020

ISSN: 2421-2695





Le misure anti-Covid19 nei luoghi di lavoro: dalla (sicura) emergenza sanitaria alla (temuta) emergenza sanzionatoria

SALVATORE DOVERE

Corte di Cassazione, sez. IV Penale
salvatore.dovere@giustizia.it

ABSTRACT

The essay deals with the problems triggered by art. 42, para. 2 of the Decree “Cura Italia” that assimilates the cases of confirmed Coronavirus infection at work to cases of injury. Among the issues addressed, there is the dreaded “sanctioning emergency” that would result from the initiation of criminal proceedings to ascertain the employer's responsibility in the event of a contraction of the Covid-19 illness by a worker

The A., first of all, makes some proposals on how to manage the overburdening of the prosecution offices by speeding up preliminary investigations.

He then provides some answers to the problem of possible exemption from liability for the employer if all the measures provided in the Decrees have been complied with. After pointing out the potential decisive nature of the lack of scientific knowledge about the pathogenesis related to the virus, in parallel with the judicial experience in the field of asbestos diseases, it is argued that even if the legislator ensures the absolute determination of the precautionary rules, there would be no certainty for the employer complying with them to be exempt from liability.

The effort to be made is rather a rethinking of the criterion of guilt which, drawing on the experience of medical liability, offers more appropriate criteria for the attribution of liability.

Keywords: health and safety at work; Covid-19 infection; occupational injury; criminal liability of the employer; legal causal nexus; criminal negligence.

<http://dx.doi.org/10.6092/issn.2421-2695/11253>

Le misure anti-Covid19 nei luoghi di lavoro: dalla (sicura) emergenza sanitaria alla (temuta) emergenza sanzionatoria

SOMMARIO: 1. Gli eventi precipitano? – 2. Numeri e parole. – 3. Rendere più rapide le indagini preliminari. – 4. Orientarsi nei meandri dei delitti colposi di evento (in specie, malattie professionali). – 4.1. Progresso metodologico e *deficit* strutturali. – 4.2. La colpa: il gigante di sabbia. – 5. Senza vie di uscita? – 6. Piccoli, grandi rimedi.

1. Gli eventi precipitano?

Mettiamo qualche dato in fila, spigolato in un vasto campo. Nel corpulento articolato del decreto legge n. 18 del 17.3.2020 emerge una disposizione (art. 42, comma 2) che, ai fini assicurativi, assimila i casi accertati di infezione da coronavirus (SARS-CoV-2)⁽¹⁾ in occasione di lavoro ai casi di infortunio, stabilendo, tra l'altro, che essi gravano sulla gestione assicurativa e non sono computati ai fini della determinazione dell'oscillazione del tasso medio per andamento infortunistico.

Il 3 aprile l'Inail licenzia una prima circolare esplicativa⁽²⁾ con la quale, per quel che qui interessa, rimarca che la nuova previsione si colloca nell'alveo del tradizionale indirizzo secondo il quale le malattie infettive e parassitarie sono inquadrare, per l'aspetto assicurativo, nella categoria degli infortuni sul lavoro; conseguentemente anche i casi di infezione da nuovo coronavirus contratta in occasione di lavoro godono della tutela assicurativa apprestata dall'Inail. Precisa, poi, che mentre per gli operatori sanitari esposti a un elevato rischio di contagio, aggravato fino a diventare specifico, vige la presunzione semplice di origine professionale e che altrettanto vale per le altre attività lavorative che pure comportano il costante contatto con il pubblico o l'utenza, per tutti gli altri lavoratori, la copertura assicurativa è riconosciuta a condizione che la malattia sia stata contratta durante l'attività lavorativa, gravando l'onere della prova sull'assicurato.

Le acque si agitano.

Il 5.5.2020 viene presentata alla Commissione Lavoro della Camera dei Deputati una interrogazione parlamentare con la quale si chiede al Ministro del

⁽¹⁾ D'ora innanzi lo citerò come Covid-19.

⁽²⁾ La Circolare n. 13 si può consultare all'indirizzo <https://www.inail.it/cs/internet/atti-e-documenti/note-e-provvedimenti/circolari/circolare-inail-13-del-3-aprile-2020.html>.

lavoro «se non ritenga necessario adottare idonee iniziative, anche a carattere normativo, al fine di limitare ai soli fini della tutela l'equiparazione del contagio da coronavirus all'infortunio sul lavoro di cui all'articolo 42, comma 2 del decreto-legge 'Cura Italia'», sulla premessa che «non risulta chiaro in base al secondo comma dell'articolo 42 del decreto 'Cura Italia' come sia possibile accertare che l'infezione da coronavirus sia avvenuta sul luogo di lavoro; tale equiparazione della malattia a infortunio sul lavoro può produrre conseguenze anche gravissime sul datore di lavoro, per il quale in caso di morte da infortunio sul lavoro è prevista la responsabilità penale». Nella risposta scritta del Sottosegretario di Stato per il lavoro e le politiche sociali si prova a rassicurare, chiarendo che la disposizione ha «una portata chiarificatrice finalizzata ad indirizzare, in un momento delicato, caratterizzato dall'emergenza nazionale, l'azione dei medici certificatori e dei datori di lavoro, con lo scopo di erogare velocemente le prestazioni agli infortunati vittime del contagio, evitando disguidi e sovrapposizioni di competenze». Si aggiunge che «l'articolo 42 citato, non modifica, anzi conferma, anche per i contagi da nuovo coronavirus, i principi generali applicati per il riconoscimento delle prestazioni a favore di tutti i lavoratori in caso di infortunio, ciò al fine di evitare ogni possibile discriminazione». Infine, si esprime l'avviso che «per quanto riguarda le conseguenze per i datori di lavoro cui fanno riferimento gli odierni interroganti, si può ritenere che la diffusione ubiquitaria del virus Sars-CoV-2, la molteplicità delle modalità e delle occasioni di contagio e la circostanza che la normativa di sicurezza per contrastare la diffusione del contagio è oggetto di continuo aggiornamento da parte degli organismi tecnico-scientifici che supportano il Governo, rendono particolarmente problematica la configurabilità di una responsabilità civile o penale del datore di lavoro che operi nel rispetto delle regole»⁽³⁾.

Il 12.5.2020 la Fondazione Studi Consulenti del Lavoro licenzia un documento dal titolo «Ipotesi di "scudo penale" per il datore di lavoro "virtuoso"»⁽⁴⁾, nel quale si sostiene che in caso di contrazione della malattia da Covid-19 da parte di un lavoratore la relativa notizia determina l'attivazione dell'organo titolare dell'azione penale; che nelle indagini che seguono è ipotizzabile che venga disposto il sequestro preventivo dei locali dove si svolge l'attività lavorativa e si proceda ad accertamenti, anche tecnici, che per la loro

⁽³⁾V.<https://aic.camera.it/aic/scheda.html?core=aic&numero=5/03904&ramo=CAMERA&leg=18>.

⁽⁴⁾V.http://www.consulentidellavoro.it/files/PDF/2020/FS/Approfondimento_FS_120520.pdf.

ordinaria durata determinano notevolissimi danni al datore di lavoro, anche quando egli sia stato ‘virtuoso’, ovvero abbia “scrupolosamente attuato le prescrizioni imposte”. Per scongiurare questa evenienza si prospetta la necessità che le indagini abbiano termini brevissimi. Precisato che il sequestro non dovrebbe avere una durata superiore a 96 ore, durante le quali dovranno essere necessariamente compiuti (quindi conclusi) gli accertamenti del caso, si sostiene che dovrebbe prevedersi che «il pubblico ministero, accertata entro novantasei ore dall’adozione del sequestro l’insussistenza delle condizioni di applicabilità e acquisita altresì la prova che il datore di lavoro ha adottato tutte le misure in maniera adeguata, riscontrata la salubrità dei luoghi di lavoro, presenta entro le quarantotto ore successive richiesta di archiviazione al giudice, il quale si pronuncia nelle quarantotto ore successive».

Tutto ciò sarebbe reso possibile dal fatto che, in premessa, «in ogni caso, ... l’imprenditore ha documentato di avere attuato le misure previste dai Protocolli, come consacrati nel D.L. n. 18/2020». Si conclude che, coerentemente con quanto implicherebbero i principi del diritto vivente, «si tratterebbe di escludere la punibilità dell’imprenditore “virtuoso” nel caso in cui abbia rispettato le “linee guida” fissate dai Protocolli condivisi».

Il 15 maggio l’Inail dirama un comunicato nel quale precisa che «l’ammissione del lavoratore contagiato alle prestazioni assicurative Inail non assume, quindi, alcun rilievo né per sostenere l’accusa in sede penale, dove vale il principio della presunzione di innocenza e dell’onere della prova a carico del pubblico ministero, né in sede civile, perché ai fini del riconoscimento della responsabilità del datore di lavoro è sempre necessario l’accertamento della colpa nella determinazione dell’infortunio, come il mancato rispetto della normativa a tutela della salute e della sicurezza»⁵.

Il 20 maggio l’Istituto licenzia una seconda circolare (n. 22) con la quale ribadisce che quanto previsto dall’art. 42 ed in precedenza esplicito non ha portata innovativa, se non per la previsione favorevole al datore di lavoro, per il quale l’infortunio non determina aumento del premio assicurativo; e puntualizza che nella riconduzione dell’infortunio all’occasione di lavoro non opera alcun automatismo, che la presunzione semplice ammette sempre la prova contraria, e prima ancora «presuppone comunque l’accertamento rigoroso dei fatti e delle circostanze che facciano fondatamente desumere che il contagio sia avvenuto in occasione di lavoro (le modalità di svolgimento

⁽⁵⁾ Consultabile all’indirizzo <https://www.inail.it/cs/internet/comunicazione/news-ed-eventi/news/news-responsabilita-datore-lavoro-infortunio-covid-19.html&tipo=news>.

dell'attività lavorativa, le indagini circa i tempi di comparsa delle infezioni, ecc.)».

Il 21 maggio il Ministro del Lavoro annuncia in Parlamento che «è attualmente in fase di valutazione e studio un eventuale provvedimento normativo volto a chiarire che il rispetto integrale delle prescrizioni contenute nei protocolli di cui al decreto-legge n. 33 del 2020 o nei protocolli o accordi di settore stipulati dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative, nonché l'adozione e il mantenimento delle misure ivi previste costituiscono presunzione semplice dell'assolvimento dell'obbligo di cui all'articolo 2087 del codice civile»⁽⁶⁾.

Il 22 maggio la stampa dà notizia di un emendamento al d.l. n. 23/2020, formulato nel corso dei lavori delle Commissioni Finanze e Attività produttive riunite, con il quale si introdurrebbe nel provvedimento un art. 29-*bis* dal seguente tenore: «ai fini della tutela contro il rischio di contagio da COVID-19, i datori di lavoro pubblici e privati adempiono all'obbligo di cui all'articolo 2087 del codice civile mediante l'applicazione delle prescrizioni contenute nel protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus COVID-19 negli ambienti di lavoro, sottoscritto il 24 aprile 2020 tra il Governo e le parti sociali, e successive modificazioni e integrazioni, e negli altri protocolli e linee guida di cui all'articolo 1, comma 14, del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, nonché mediante l'adozione e il mantenimento delle misure ivi previste. Qualora non trovino applicazione le predette prescrizioni rilevano le misure contenute nei protocolli o accordi di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale».

Il 27 maggio la Camera approva il disegno di legge di conversione del d.l. n. 23/2020, confermando l'introduzione del descritto art. 29-*bis*. Il 4 giugno il Senato licenzia definitivamente il provvedimento: l'art. 29-*bis* è legge.

Ci attende una rivisitazione anche della disciplina penale della responsabilità datoriale per eventi determinati dall'inosservanza di prescrizioni a tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori?

⁽⁶⁾ Cfr. <https://www.camera.it/leg18/410?idSeduta=0343&tipo=stenografico#sed0343.stenografico.tit00060.sub00020.int00040>.

2. Numeri e parole

In questi giorni una cifra tra le altre sembra attrarre l'attenzione degli organi di informazione e degli addetti ai lavori ed è quella del numero dei contagi di origine professionale denunciati all'Inail dalla fine di febbraio. La new rilasciata al momento in cui si scrive menziona 43.399 infortuni da Covid-19 denunciati al 15 maggio 2020⁽⁷⁾. Il controcanto paventa che altrettanto siano i procedimenti penali che si apriranno a carico dei datori di lavoro. Si enumerano le mostruosità che ne seguirebbero. Come spesso accade i numeri non necessariamente sostengono quel che le parole illustrano.

Lo stesso Inail precisa che il 72,8% delle denunce attiene al settore della Sanità e dell'assistenza sociale. Quindi solo il 27,2% degli infortuni denunciati può interessare la più vasta platea dei datori di lavoro titolari di attività nelle quali il rischio da Covid-19 non rappresenta un rischio biologico specifico, riconducibile alla generale disciplina di cui al Titolo X del d.lgs. n. 81/2008. Stiamo parlando, quindi, di poco meno di dodicimila infortuni. Metà dei quali riguardano una ristretta, pur importante, area geografica del Paese. Come a dire, un numero ridotto di uffici giudiziari, in ipotesi supportabili con risorse aggiuntive.

Tuttavia, ciò non sminuisce la serietà del problema. Che però va meglio definito, se si vogliono soluzioni con qualche *chances* di successo.

Cominciamo allora a tenere distinti due ordini di questioni⁽⁸⁾. Come chiaramente emerge dal documento vergato dai consulenti del lavoro, da un verso c'è il timore dei danni insiti nel fatto stesso dello svolgimento di indagini per l'accertamento di *eventuali* responsabilità (non necessariamente del datore di lavoro) per lesioni o morti da Covid-19. Dall'altro c'è la preoccupazione di subire una condanna anche quando si siano attuate le misure definite dai provvedimenti di regolazione (davvero una congerie, in questa fase emergenziale).

⁽⁷⁾<https://www.inail.it/cs/internet/comunicazione/news-ed-eventi/news/news-denunce-contagi-covid-15-maggio-2020.html&tipo=news>.

⁽⁸⁾ Su dove si sia arrestato, alla luce dell'art. 42, co. 2, d.l. n. 18/2020, nella materia assicurativa, la corsa del pendolo tra favore e disfavore verso i datori di lavoro, illuminanti le parole di R. Rivero, *Vero e falso sulla responsabilità datoriale da Covid-19. Aspetti civili, penali e previdenziali*, www.questionegiustizia.it, 19-05-2020.

3. Rendere più rapide le indagini preliminari

L'ipotesi rimediata avanzata dai consulenti del lavoro a riguardo della prima questione è così manifestamente impraticabile da far pensare a un ballon d'essai, a una iperbole elaborata per far radicare nel dibattito pubblico il tema che sottende.

Davvero non occorrono molte parole per evidenziare l'incongruenza di quanto si ipotizza per le indagini. Nonostante la esibita preoccupazione di non minare in radice «una funzione fondamentale come quella dell'esercizio dell'azione penale», si formula una proposta che quella funzione annichisce. Si coglie, se pur non enunciato *apertis verbis*, il presupposto convincente che la durata delle indagini sia frutto di inerzia colpevole degli uffici di Procura.

Non entra in considerazione che il sequestro preventivo può essere fronteggiato privando il suo oggetto di quelle caratteristiche che ne rendono pericolosa la disponibilità. In concreto, se i locali di un'impresa vengono sottoposti a sequestro preventivo perché insalubri, la loro sanificazione, che può essere prospettata con la richiesta di dissequestro quale condizione dello stesso (art. 85 disp. att. cod. proc. pen.), risolve il problema⁽⁹⁾. La tempistica, a questo punto, dipenderà essenzialmente dalle attività di sanificazione. Se il sequestro è di natura probatoria, i rilievi e gli accertamenti hanno la durata richiesta dalla loro complessità e dalla necessità di garantire i diritti di difesa (art. 360 cod. proc. pen.). Una innaturale semplificazione delle verifiche e degli studi e una riduzione dei diritti è impossibile e non è auspicabile.

La proposta sembra niente più di una negazione della possibilità stessa di svolgere indagini, dimenticando che i pur rilevanti interessi e diritti facenti capo all'indagato devono essere compressi – nella misura più limitata possibile – per la superiore valenza dei valori che attraverso la giurisdizione penale cercano soddisfazione. A cominciare dalla tutela delle ragioni di quanti dal reato risultano pregiudicati in beni almeno altrettanto rilevanti.

Ma una volta di più, la irricevibilità delle soluzioni ipotizzate non può fare ombra alla concretezza della questione.

Durata delle indagini e persistenza dei vincoli cautelari reali sono di certo effetto della pressione dei carichi di lavoro delle Procure più che delle negligenze individuali, sempre rintuzzabili da solerti iniziative difensive e dalla sorveglianza disciplinare. Ove mai tali carichi dovessero ulteriormente

⁽⁹⁾ Ancorché si debba attendere la positiva verifica della puntuale esecuzione delle prescrizioni che condizionano la restituzione del bene: Sez. 3, n. 40399 del 27/06/2019, PMT C/Cappellini, Rv. 27693601.

aggravarsi, una soluzione potrebbe essere quella di introdurre criteri di priorità nella trattazione degli affari penali, in grado di imporre funzionali riassetto organizzativi degli uffici di Procura. Si tratterebbe di una previsione che peraltro porrebbe rimedio ad una evidente incongruenza. Mentre il legislatore si è fatto carico di indicare agli uffici giudicanti criteri di priorità⁽¹⁰⁾, non altrettanto ha fatto per gli uffici inquirenti. La presenza di una vasta regolamentazione consiliare non può far luogo in tutto e per tutto a una disciplina di rango primario⁽¹¹⁾.

Insomma, un primo passo potrebbe essere quello di prevedere la trattazione prioritaria delle indagini per lesioni o morti (che si prospettano come) da Covid-19. In questa cornice potrebbe avere un senso sollecitare, ad esempio attraverso la normativa tabellare, un maggiore ricorso alla previsione dell'art. 392, comma 2 cod. proc. pen., che già oggi permette di anticipare alla fase delle indagini preliminari l'espletamento della perizia (prova decisiva in materie come quella che qui occupa), solo che possa determinare (come non può non accadere nei casi di ipotizzata infezione da Covid-19) una sospensione del dibattimento per più di sessanta giorni. O addirittura suggerire una modifica della disposizione, volta a consentire all'indagato di veder disposto l'incidente probatorio per l'espletamento di perizia, solo che ne faccia richiesta. In tal modo l'indagato potrebbe incidere su uno dei principali fattori di protrazione delle indagini preliminari e del procedimento nel suo complesso.

4. Orientarsi nei meandri dei delitti colposi di evento (in specie, malattie professionali)

Ma la sensazione è che il bersaglio grosso sia un altro. In sostanza, sul tavolo si è posto il tema della certezza che l'attuazione delle misure anti-contagio declinate nei Protocolli implichi l'impossibilità di essere ritenuti responsabili delle lesioni o della morte del lavoratore ammalatosi sul posto di lavoro.

La soluzione è stata rinvenuta nell'innovazione normativa della quale si è dato conto. Come è ovvio, non si pretende qui di formulare giudizi definitivi;

⁽¹⁰⁾ Art. 132 *bis* disp. att. cpp.

⁽¹¹⁾ Una dedicata riflessione può leggersi in L. Forteleoni, *Criteri di priorità per gli uffici di Procura*, www.magistraturaindipendente.it.

ma un quesito preme: la previsione è davvero in grado di raggiungere lo scopo di offrire le certezze agognate?

Prima di evidenziare le difficoltà che si propongono a tal riguardo, è opportuno percorrere a rapide falcate l'orizzonte dello stato dell'arte in materia di responsabilità penale per le cd. malattie professionali asbesto-correlate.

4.1. Progresso metodologico e *deficit* strutturali

A partire dall'inizio di questo secolo nelle aule di giustizia ha risuonato sempre più frequentemente la parola 'amianto'. Le malattie asbesto-correlate, che nella versione penalistica danno corpo alle lesioni personali o all'omicidio colposo, hanno impegnato la giurisprudenza in uno sforzo di affinamento degli usuali strumenti concettuali. In particolare, i temi della causalità giuridica e della prova scientifica hanno trovato grande spazio e un sempre maggiore approfondimento nelle decisioni assunte nei processi per tumori polmonari e mesoteliomi ricondotti in ipotesi all'esposizione alle polveri di asbesto. A partire dall'insegnamento impartito da una storica sentenza delle Sezioni unite penali risalente all'anno 2002⁽¹²⁾, l'accertamento della causalità - e quindi della relazione che permette di ricondurre un determinato evento a uno specifico antecedente in guisa di effetto del medesimo - risulta scandito da una griglia di principi: a) l'affermazione di un rapporto causale richiede l'identificazione di una legge di spiegazione generale, ovvero di una informazione che attribuisce alla classe di antecedenti X la capacità di determinare la classe dei susseguenti Y; b) tale legge può essere scientifica ma, ove non ne esistano, la legge 'di copertura' può essere anche di matrice esperienziale (le cd. massime di esperienza); c) poiché non esistono sufficienti leggi universali, ovvero enuncianti una relazione causale indefettibile, è necessario fare ricorso anche a leggi statistiche, ovvero a leggi che affermano la idoneità eziologica di X rispetto a Y, anche se essa si concretizza non nella totalità dei casi ma in una percentuale di essi; d) l'accertamento del nesso causale ha carattere bifasico, giacché dopo aver rinvenuto la legge di spiegazione della causalità generale è ancora necessario accertare che essa si è inverata nel caso concreto all'esame (causalità singolare o individuale); e) siffatto accertamento richiede l'analisi

⁽¹²⁾ Cass., SS. UU, n. 30328 del 10/07/2002, Franzese, *RIDPPen.*, 2002, 1133 ss. Nella mole di scritti che ad essa fanno da contrappunto mi limiterò a citare F. Stella, *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni unite della suprema Corte di Cassazione*, *RIDPPen.*, 2002, 767 ss.

degli elementi acquisiti al giudizio e risulta positivo quando sia possibile escludere oltre ogni ragionevole dubbio l'operatività di causali alternative.

Ciascuno dei menzionati passaggi rappresenta un impegnativo banco di prova per il giudice (e ancor prima per il pubblico ministero), esponendolo al rischio di divenire succube dei soggetti che sono in grado di individuare ed applicare al caso specifico la legge scientifica pertinente, gli esperti; o, all'inverso, al pericolo di arroccarsi in una autoreferenzialità che, in quanto nutrita di (legittima) ignoranza ma anche di autoritarismo, esita nella negazione dell'irrinunciabile carattere razionale della decisione giudiziaria.

Proprio per far fronte a tali insidie, adottando acquisizioni sufficientemente condivise della filosofia della scienza, proprio affrontando i temi proposti dall'accertamento dei reati contro la persona derivanti dall'esposizione professionale all'amianto, la Corte di cassazione ha elaborato un vero e proprio vademecum, che il giudice di merito è tenuto ad utilizzare nella relazione con l'esperto e nella gestione del sapere da questi condotto nel giudizio⁽¹³⁾. Un ulteriore compito tutt'altro che agevole; ma seguendo quelle indicazioni metodologiche è possibile evitare di adottare tesi che risultano scientifiche solo in apparenza e che, in realtà, non sono state ancora sottoposte al vaglio della comunità degli esperti, non possono vantare riscontri sul campo, il superamento di prove e di tentativi di falsificazione. E' possibile evitare di porre a base del giudizio teorie che, a ben vedere, divengono prevalenti nell'agone giudiziario solo in ragione del maggior affidamento che il decidente fa nell'esperto che egli stesso ha nominato⁽¹⁴⁾.

Il percorso appena tratteggiato, scandito da fondamentali prese di posizione, da un dibattito a tutt'oggi inesausto, ha condotto ad alcune consapevolezza che, per quanto non sempre di facile gestione operativa, sembrano ormai radicate. In primo luogo, il giudice non formula teorie scientifiche ma, attraverso gli esperti (in tema di prova scientifica il contraddittorio è sovente un contraddittorio tra gli esperti dei diversi attori processuali) ricerca quelle che, assurte al rango nella comunità scientifica, per lo più internazionale, risultano pertinenti alla spiegazione del caso all'esame. In secondo luogo, quando la comunità scientifica non sia ancora in grado di offrire architetture concettuali confortate da prove e da un adeguato consenso,

⁽¹³⁾ Cass., Sez. IV, n. 43786 del 17/09/2010, Cozzini e altri, *Dir. pen. proc.*, 2011, 1341. Anche questa pronuncia ha nutrito uno stuolo di commenti. Per tutti si vedano le osservazioni di R. Blaiotta - G. Carlizzi, *Libero convincimento, ragionevole dubbio e prova scientifica*, in AA.VV., *Prova scientifica e processo penale*, a cura di G. Canzio - L. Lupària, Milano, 2018, 367 ss.

⁽¹⁴⁾ Sul cd. 'paradosso della perizia', parole chiare sono spese da G. Carlizzi, *Index peritus peritorum. Un contributo alla teoria della prova specialistica*, *Dir. pen. contemp.*, 2017, 2, 27.

il giudice non può colmare la lacuna con un personale convincimento, non altrimenti fondato che sull'autorità, malamente interpretata, che gli viene dal ruolo. L'assenza di spiegazioni scientifiche non può che comportare il fallimento della tesi processuale (dell'accusa come della difesa) che su quelle metteva il fondamento.

Il tema, intricato quanto affascinante, merita una rapida esemplificazione. Nella materia delle malattie asbesto-correlate la scienza fornisce allo stato leggi causali che permettono di affermare in una decisione giudiziaria che la consistente esposizione all'agente nocivo (tralasciamo di gettare luce sul viluppo che si cela dietro il termine 'consistente') è in grado di determinare l'insorgenza di malattie quali il carcinoma polmonare e il mesotelioma pleurico. Non è in grado, invece, di permettere l'identificazione del quadrante temporale al quale ricondurre ciascuna delle diverse fasi che compongono il processo patogenetico. Quando l'esposizione di un lavoratore all'asbesto abbia visto avvicinarsi nel ruolo datoriale soggetti diversi, la mancanza di conoscenza rende molto difficile l'attribuzione della malattia o del suo esito letale ad uno o a più datori di lavoro. Allo stato si controverte in ordine alla esistenza di una legge scientifica secondo la quale alla maggior durata dell'esposizione consegue non solo un maggior numero di casi di malattia (mesotelioma) ma anche un'abbreviazione del tempo di vita (il cd. effetto acceleratore). Ne è discussa la riconoscibilità quale legge scientifica di spiegazione 'generale'; ma è anche materia di discussione, data la stessa per acquisita, come se ne possa predicare l'operatività nel caso singolare.

Il risultato, noto a chiunque si interessi di questi processi, moltiplicatisi negli ultimi anni, è che non è agevole pervenire ad una sentenza definitiva di condanna quando il caso prospetti un mesotelioma patito da un lavoratore che nel corso della propria attività è stato alle dipendenze di una pluralità di datori di lavoro, sempre in costanza di esposizione all'asbesto⁽¹⁵⁾.

Questa esperienza dimostra la decisività, ai fini del giudizio di responsabilità penale, della disponibilità di leggi di spiegazione causale pertinenti. A quanto pare, ad oggi si tratta di evenienza da escludere per il Covid-19. Peraltro, ove esse dovessero essere rinvenute tra qualche tempo, la condotta tenuta in un quadro di incertezza non potrà essere ragione di rimprovero, né sul piano oggettivo né su quello soggettivo.

⁽¹⁵⁾ Occorre anche rammentare che, su questo terreno, secondo alcuni osservatori continuano a registrarsi oscillazioni della stessa giurisprudenza di legittimità ed esse meriterebbero l'intervento delle Sezioni unite. Una sollecitazione in tal senso è formulata da M. Romano- F. D'Alessandro, *Nesso causale ed esposizione ad amianto. Dall'incertezza scientifica a quella giudiziaria: per un auspicabile chiarimento delle Sezioni Unite*, RIDPPen., 2016, 1129.

4.2. La colpa: il gigante di sabbia

Tornando al quesito posto in partenza, ritengo che la platea imprenditoriale dovrebbe essere consapevole del fallimento al quale è destinato ogni tentativo di delimitare il novero dei comportamenti doverosi, perché necessari a gestire un determinato rischio, se questo non contempla in primo luogo una impegnativa assunzione di responsabilità da parte del legislatore. Ove intenzionato a perseguire come prioritario obiettivo la certezza della identificazione dei comportamenti suscettibili di sanzione penale, il legislatore dovrebbe descriverli in termini molto determinati e prevedere una clausola di chiusura che escluda rilievo penale ad ogni altro comportamento pur produttivo dell'evento infausto. Tradotto in termini più appropriati, si tratterebbe di optare per un catalogo chiuso di misure precisamente individuate nel contenuto; lo ribadisco: con espressa previsione di irrilevanza di ogni altra violazione cautelare, positivizzata (colpa specifica) o meno (colpa generica) che sia.

Il destinatario di simili precetti si troverebbe ad avere una chiara indicazione di ciò che è doveroso e quindi di quel che può valere a tenerlo esente da responsabilità.

Ma una soluzione siffatta è semplicemente impraticabile.

Tralasciando gli evidenti dubbi di illegittimità costituzionale di un congegno che riguarderebbe solo alcuni tra i soggetti sottoposti a prescrizioni cautelari e comprometterebbe i diritti dei lavoratori oltre ogni ragionevolezza, va considerato che la assoluta determinatezza delle regole cautelari, per quanto declinata in un esteso catalogo di precetti, non potrebbe mai garantire la loro concreta efficacia preventiva, poiché la particolarità dei diversi contesti nei quali esse devono trovare applicazione le renderebbe in non pochi casi inidonee allo scopo, se non dannose. Sul versante datoriale ciò significherebbe costi inutili e compressione della libertà di impresa non giustificata dalla necessità di tutela dei beni facenti capo al lavoratore (e, nel nostro caso, anche alla collettività indeterminata). Sul versante dei prestatori d'opera, è palese che tanto determinerebbe uno scadimento significativo dei livelli di sicurezza.

Pertanto, l'aspirazione alla determinatezza delle regole cautelari positivizzate può trovare soddisfazione solo in termini tendenziali; ancora non si sa rinunciare allo spazio richiesto dalla declinazione concreta di misure pure in astratto efficaci. Ed è soprattutto - ma non solo - in questo spazio, per forza di cose non angusto, che mette radici il seme dell'incertezza. Quella declinazione, infatti, chiama in causa altre regole cautelari, scritte e non scritte,

la cui individuazione potrà essere oggetto di discorde avviso tra gestore del rischio e autorità giudiziaria (ma, prima ancora, tra gestore e organo di vigilanza). I più ritengono che questa discrepanza derivi dal ricorso, quale termine di riferimento per l'individuazione della regola cautelare non scritta e che avrebbe dovuto essere osservata, alla figura dell'*agente modello*, in concreto utilizzata dal giudice penale per definire uno standard cautelare pressoché inarrivabile perché desunto solo a posteriori (ovvero dopo la verifica dell'evento dannoso), sulla base della completa conoscenza dei fatti. Infatti, le neuroscienze ammoniscono circa la necessità di tener conto di alcune tipiche (ed osservate) distorsioni cognitive nelle quali incappa tanto l'agente fisico che il decisore che devono valutare la prevedibilità e la evitabilità di un evento, quando sia loro nota la sua verifica. Il che mette in guardia sui pericoli insiti nella cd. colpa generica; ma per ora lascia anche senza sufficienti difese.

Per cercare di trovare soluzione ad un problema che appare intricatissimo, nella riflessione teorica si è elaborata la proposta di dare rilievo alle sole esperienze consolidate; quando non sia possibile precludere la via a regole non scritte, occorrerebbe pretendere l'osservanza delle sole «prassi più diffuse e migliori tra quelle consolidate»⁽¹⁶⁾; e chi tenesse il comportamento conforme agli «usi» sarebbe ritenuto diligente anche quando esso risultasse aver prodotto l'evento dannoso.

Ma è una tesi che non trova conforto nella giurisprudenza nazionale e che anche in dottrina è avversata perché, pur prescindendo dall'esistenza di settori che non sono ordinati da regole standard, condurrebbe a conclusioni inaccettabili nel caso di regole consuetudinarie riconoscibili dall'agente fisico come superate dal progresso tecnologico o inadeguate alla specificità del contesto⁽¹⁷⁾. Soprattutto, nel nostro caso, appare impossibile, di fronte alla novità del fenomeno, reperire prassi consolidate.

5. Senza vie di uscita?

A questo punto dovrebbe essere sufficientemente motivato il giudizio che mi appresto ad esporre: una disposizione che, in caso di malattia e/o decesso da Covid-19 del lavoratore, causalmente connessi alla prestazione

⁽¹⁶⁾ F. Giunta, «La normatività della colpa. Lineamenti di una teoria», RIDPPen., 1999, 86-115; Id., «La legalità della colpa», *Criminalia*, 2008, 149-170; C. Valbonesi, *Evoluzione della scienza e giudizio di rimproverabilità per colpa. Verso una nuova tipicità del crimen culposum*, Firenze, 2014, 174 ss.

⁽¹⁷⁾ Per queste ed altre obiezioni A. Perin, *La condotta lesiva colposa. Una prospettiva ricostruttiva*, *Polit. crim.*, 2017, vol. 12, n. 23, 213.

d'opera, prevedesse la non punibilità del datore di lavoro (o altro garante della sicurezza del lavoro) se e in quanto abbia osservato le regole positivizzate in questo o quel testo, non avrebbe grandi chances di conseguire lo scopo⁽¹⁸⁾. Quelle regole positivizzate non potrebbero mai essere determinate ed esaustive quanto richiesto dal contesto di rischio e lascerebbero sempre spazio a profili di colpa generica, che fonderebbero comunque la responsabilità.

Qualche esempio può confermare quanto appena scritto. Il Protocollo stipulato il 24 aprile 2020 prescrive all'azienda di mettere a disposizione idonei mezzi detergenti per le mani. Sembra una regola di facile applicazione. Senonchè il parametro della idoneità può rimandare tanto ad altre regole scritte (che stabiliscono i requisiti di idoneità) quanto a regole esperenziali; almeno (ma chi può dirlo a priori?) in questo secondo caso sarà il giudice a dire l'ultima parola in merito alla regola da osservare e non v'è assicurazione alcuna che sia proprio quella che, con la migliore diligenza, fu individuata dall'agente fisico. Quando non dovessero agire quei fenomeni distorsivi dei quali ho fatto cenno, resterebbe che l'autorità pubblica può svolgere quell'accertamento 'in vitro', senza l'assillo dell'urgenza, della fattibilità economica, senza le limitazioni con le quali deve fare conto chi opera in campo.

Ma in realtà nel Protocollo si leggono disposizioni ben più indeterminate. Vi è scritto, ad esempio, che «Ove presente un servizio di trasporto organizzato dall'azienda va garantita e rispettata la sicurezza dei lavoratori lungo ogni spostamento». Come? In che modo? La disposizione non lo dice e dovrà farsi riferimento, per definire il comportamento concretamente prescritto, a regole rinvenibili *aliunde*, la cui pertinenza alle specificità della singola situazione dovrà essere valutata dall'obbligato medesimo, senza una bussola che possa essere certamente condivisa da chi – eventualmente - lo giudicherà in futuro.

Si tratta di difficoltà note a chiunque e che sono al centro del dibattito accesi all'indomani dell'introduzione nel nostro ordinamento di fattispecie tendenti a limitare il giudizio di responsabilità degli esercenti una professione sanitaria. Tanto nell'art. 3, comma 1 del d.l. n. 158/2012, convertito dalla legge n. 189/2012 (cd. legge Balduzzi), che nell'art. 590-sexies cod. pen. introdotto dalla legge n. 24/2017 (altrimenti nota come legge Gelli-Bianco), si fa discendere una preclusione al giudizio di responsabilità dal fatto che il sanitario abbia operato attuando le indicazioni contenute in pertinenti linee guida. In

⁽¹⁸⁾ Men che meno se, come nella formulazione dell'art. 29-*bis*, la stessa individuazione del protocollo di riferimento è oltremodo problematica.

questo modo si è tentato di andare incontro alle richieste della classe medica, che chiedeva (e chiede) un quadro legale maggiormente determinato, in grado di assicurare al sanitario che ad esso si conformi la sottrazione alla sanzione penale.

Ma tali previsioni non hanno sinora conseguito lo scopo che era stato loro assegnato dai professionisti. Il giudizio sulla adeguatezza alla specificità del caso concreto delle raccomandazioni contenute nelle linee guida mantiene in campo il problema della individuazione della regola cautelare doverosa, vero e proprio dilemma, per ora senza soddisfacente soluzione. Ulteriori incertezze derivano dalla genericità che sovente caratterizza quelle raccomandazioni.

Insomma, l'ipotetico datore di lavoro che abbia ritenuto di conformarsi alle linee guida contenute nella regolamentazione emergenziale probabilmente scoprirà che in esse c'era solo una parte delle prescrizioni che avrebbe dovuto osservare; e che la cambiale della de-responsabilizzazione era in bianco.

La situazione non è diversa quando l'osservanza dei Protocolli venga fatta valere come adempimento degli obblighi discendenti dall'art. 2087 c.c. Questa norma è stata per lungo tempo utilizzata dalla giurisprudenza penale come una sorta di contenitore dal quale, una volta verificato che l'imputato non aveva violato regole cautelari meglio precisate da altre disposizioni, tirare fuori l'obbligo del datore di lavoro di adottare comunque una qualche misura (innominata, come scrivono i lavoristi) salvifica, ovviamente tanto doverosa quanto inattuata nel caso concreto.

Ma è un orientamento che si sta consegnando alla storia. Tra considerare la norma come fondativa di una competenza gestoria⁽¹⁹⁾, i cui contenuti concreti vanno rinvenuti altrove, in peculiari prescrizioni comportamentali; e inquadrarla tra le regole cautelari elastiche, come tale bisognosa di puntuale specificazione alla luce delle acquisizioni tecnologiche o scientifiche, la capacità fondativa (di responsabilità) dell'art. 2087 c.c. si è sempre più ridotta, giacché la giurisprudenza penale si è fatta ben consapevole che il giudizio imputativo deve ancorarsi alla accertata violazione di regole cautelari che, sia pure attraverso un complesso gioco di rimandi, descrivono il comportamento concreto da tenere.

Puntare il faro sull'art. 2087 c.c. credendo di illuminare il centro del proscenio penalistico corre il rischio di confondere il figurante con l'attore protagonista.

⁽¹⁹⁾ È l'assunto esposto in Cass., Sez. IV, n. 12478 del 19/11/2015 - dep. 2016, P.G. in proc. e altri in proc. Barberi e altri, *FI*, 2017, II, 224. Un commento può leggersi in C. Valbonesi, *Terremoti colposi e terremoto della colpa. Riflessioni a margine della sentenza "Grandi Rischi"*, *RIDPPen.*, 2017, 1497.

Certo, una parola del legislatore può travolgere intere biblioteche di annali giurisprudenziali. Ma resterebbe comunque in campo la gravosa ipoteca che la struttura della colpa iscrive a vantaggio di una persistente decisività dell'accertamento di quanto al tempo dell'azione era, anche oltre le regole positivizzate, possibile ed efficace in rapporto al rischio gestito.

6. Piccoli, grandi rimedi

L'esperienza insegna che non esistono facili vie di fuga; non si conosce *commodus discessus*. Di certo non è sufficiente muovere soltanto il tasto delle regole. L'insegnamento che viene dalla normativa in materia di responsabilità sanitaria ci indica la necessità di valorizzare anche il profilo più strettamente soggettivo, dando rilievo in chiave sanzionatoria, alla sola colpa grave.

Dato per raggiunto un orizzonte regolamentare quanto più determinato nei contenuti (ma è impresa di una complessità senza eguali), l'ordinamento può ragionevolmente farsi carico della difficile prova che si chiede a colui che, in fin dei conti, da destinatario di quelle regole viene chiamato a farsi carico della loro identificazione; e convenire che quando tale compito, per ragioni non riconducibili all'agente fisico ma derivanti dal contesto di incertezza, di emergenza operativa, risulti eseguito ma non condotto a buon fine per un deficit lieve di adeguamento (si deciderà se solo per imperizia, o anche per negligenza o imprudenza), quegli non merita lo stigma penale.

La legislazione in materia di responsabilità sanitaria offre una pertinente base di partenza, anche per evitare di riproporre profili che ostacolano il perseguimento dell'obiettivo politico-criminale e una equilibrata composizione dei interessi in gioco.

Ad esempio, occorrerà procedere con sempre maggior determinazione lungo un tragitto che permetta di definire una più nitida criteriologia per il giudizio di gravità/lievetà della colpa. Anche questa un'impresa di non poco momento⁽²⁰⁾, che chiama in causa per primo il legislatore.

Tuttavia, lungo le direttrici sin qui abbozzate, la condizione di emergenza che stiamo vivendo non fomenterà soluzioni da Stato di eccezione ma l'approfondimento, invero da tempo auspicato, di una linea disciplinare che riconcilia il giudizio in ordine alla responsabilità colposa con l'ontologica limitatezza dell'azione umana.

⁽²⁰⁾ Per uno sforzo in tal senso, Cass., Sez. IV, n. 15258 dell'11/02/2020, Agnello ed altro, inedita.

Bibliografia

- Blaiotta R. - Carlizzi G., *Libero convincimento, ragionevole dubbio e prova scientifica*, in AA.VV., *Prova scientifica e processo penale*, a cura di G. Canzio - L. Lupária, Milano, 2018, 367 ss.
- Carlizzi G., *Iudex peritus peritorum. Un contributo alla teoria della prova specialistica*, in *Dir. pen. contem.*, 2017, 2, 27 ss.
- Forteleoni L., *Criteri di priorità per gli uffici di Procura*, in *www.magistraturaindipendente.it*.
- Giunta F., "La normatività della colpa. Lineamenti di una teorica", in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 86-115.
- Giunta F., "La legalità della colpa", in *Criminalia*, 2008, 149-170.
- Perin A., *La condotta lesiva colposa. Una prospettiva ricostruttiva*, in *Polit. crim.*, 2017, 12, 23, 213.
- Riverso R., *Vero e falso sulla responsabilità datoriale da Covid-19. Aspetti civili, penali e previdenziali*, in *www.questionegiustizia.it*, 19-05-2020.
- Romano M. - D'Alessandro F., *Nesso causale ed esposizione ad amianto. Dall'incertezza scientifica a quella giudiziaria: per un auspicabile chiarimento delle Sezioni Unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1129 ss.
- Stella F., *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni unite della suprema Corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 767 ss.
- Valbonesi C., *Evoluzione della scienza e giudizio di rimproverabilità per colpa. Verso una nuova tipicità del crimen culposum*, Firenze, 2014, 174 ss.
- Valbonesi C., *Terremoti colposi e terremoto della colpa. Riflessioni a margine della sentenza "Grandi Rischi"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1497 ss.