

# Cassazione penale

direttore scientifico  
condirettore

LXIII - Ottobre 2023, n. 10

**Domenico Carcano**  
**Mario D'Andria**

IO

20  
23

| **estratto**

LA COLPA DATORIALE PER L'INFEZIONE  
DA COVID-19: L'ART. 29-BIS QUALE "GUIDA  
RAGIONEVOLE" DELL'INTERPRETAZIONE  
GIURISPRUDENZIALE

*di* **Cristiano Cupelli**

## 431 LA COLPA DATORIALE PER L'INFEZIONE DA COVID-19: L'ART. 29-BIS QUALE "GUIDA RAGIONEVOLE" DELL'INTERPRETAZIONE GIURISPRUDENZIALE (\*)

*The employer's negligent liability for SARS-Cov-2 infection: the art. 29-bis as a "reasonable guide" for judicial interpretation*

Il contributo analizza gli effetti che la diffusione del virus SARS-Cov-2 ha prodotto, anche sul piano normativo, sul settore problematico della responsabilità penale per colpa legato alla sicurezza sul lavoro, mettendo altresì in evidenza, ora che è cessata l'emergenza pandemica, possibili spunti per interpretazioni ragionevoli in sede giurisprudenziale.

*The paper analyzes the effects of SARS-Cov-2 in criminal law, with particular reference to temporary and exceptional laws that have affected safety at work, one of the most important sectors of negligent liability. Now that the pandemic emergency appears to have ended, this law represents a possible starting point for reasonable judicial interpretations.*

di **Cristiano Cupelli**

*Professore ordinario di diritto penale - Università di Roma Tor Vergata*

**Sommario** 1. Gli effetti indiretti della pandemia e gli obblighi datoriali di tutela contro il rischio di contagio da Covid-19. — 2. Le peculiarità del sottosistema della sicurezza sul lavoro. Cenni. — 3. Un nuovo fattore di rischio. — 4. Un ridimensionamento della colpa penale o solo della *drammaticità* della colpa antinfortunistica da Covid-19? — 5. Per concludere.

### 1. GLI EFFETTI INDIRETTI DELLA PANDEMIA E GLI OBBLIGHI DATORIALI DI TUTELA CONTRO IL RISCHIO DA CONTAGIO DA COVID-19.

Nel contesto di una più ampia riflessione sul *nuovo* diritto penale della sicurezza sul lavoro, non si possono non considerare taluni effetti che la diffusione del virus SARS-Cov-2 ha lasciato in eredità anche sul piano giuridico, in particolare con riferimento a soluzioni normative temporanee che hanno inciso su settori assai problematici della responsabilità colposa, tra cui – per quanto qui d'interesse – proprio quello antinfortunistico, contribuendo ad alimentare il dibattito su più generali prospettive di analisi e approfondimento in chiave di riforma.

Ebbene, si ricorderà come, sul versante della sicurezza sul lavoro, la ripresa post pandemica delle attività lavorative e produttive conseguente all'ingresso nella c.d. "fase 2", caratterizzata dall'allentamento e, dunque, dalla parziale modifica delle prescrizioni contenitive in vista di un graduale ritorno alla normalità, abbia posto, sul piano politico e nel contesto della fase più critica dell'emergenza pandemica, l'esigenza di attenuare la preoccupazione del fron-

(\*) È il testo della relazione esposta al Convegno dell'associazione DPEI dal titolo "Economia, intervento penale e itinerari giurisprudenziali", tenutosi a Bologna, il 10 febbraio 2023.

te imprenditoriale per le eventuali responsabilità dei datori di lavoro connesse a possibili casi di infezione da coronavirus contratta da propri dipendenti <sup>(1)</sup>.

Si è trattato di preoccupazioni che, in termini più generali, come ben sappiamo, si sono innestate su un terreno già di per sé estremamente complesso, reso ancor più scivoloso dall'equiparazione, disposta dal secondo comma dell'art. 42 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. decreto *Cura Italia*, convertito nella l. 24 aprile 2020, n. 27) a fini assicurativi, dei casi di infezione da coronavirus in occasione di attività lavorative a veri e propri infortuni sul lavoro <sup>(2)</sup>.

Così, al fine di tamponare questa "emergenza nell'emergenza", nel corso dell'esame del disegno di legge di conversione del d.l. 8 aprile 2020, n. 23 (c.d. decreto liquidità), è stato introdotto (ed è ancora vigente) l'art. 29-bis (dedicato agli «obblighi dei datori di lavoro per la tutela contro il rischio di contagio da Covid-19» <sup>(3)</sup> e poi definitivamente confluito nella l. 5 giugno 2020, n. 40), a tenore del quale, «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», e «qualora non trovino applicazione le predette prescrizioni rilevano le misure contenute nei protocolli o accordi di settore stipulati dalle organizzazioni

---

<sup>(1)</sup> Nella medesima direzione di ridimensionamento dell'area di responsabilità, si muoveva anche il rapporto *'Iniziativa per il rilancio Italia 2020-22'* del Comitato di esperti in materia economica e sociale, nel quale – al punto 1.1 della sezione dedicata a "imprese e lavoro motore dell'economia" – si suggeriva di «escludere il 'contagio Covid-19' dalla responsabilità penale del datore di lavoro per le imprese non sanitarie». Più nel dettaglio, si spiegava che «il possibile riconoscimento quale infortunio sul lavoro del contagio da Covid-19, anche nei settori non sanitari, pone un problema di eventuale responsabilità penale del datore di lavoro che, in molti casi, si può trasformare in un freno per la ripresa delle attività», suggerendo, per ridurre il rischio di responsabilità penale, che «l'adozione, e di poi l'osservanza, dei protocolli di sicurezza, predisposti dalle parti sociali (da quello nazionale del 24 aprile 2020, a quelli specificativi settoriali, ed eventualmente integrativi territoriali), costituisca adempimento integrale dell'obbligo di sicurezza di cui all'art. 2087 del codice civile», evidenziandosi che «essendo la materia della sicurezza sul lavoro, intesa come contenute dell'obbligo di sicurezza, e quella relativa ai contratti, di competenza statale esclusiva, è la legislazione nazionale che deve prevedere questo meccanismo, a garanzia dell'uniformità su tutto il territorio nazionale di una disciplina prevenzionale». In questi termini, il datore che adempie all'obbligo di sicurezza, «non andrebbe incontro né a responsabilità civile né a responsabilità penale, pur in presenza di un eventuale riconoscimento da parte dell'Inail dell'infortunio su lavoro da contagio Covid-19».

<sup>(2)</sup> Ampio il dibattito suscitato dall'analisi del reticolo dei molteplici provvedimenti normativi succedutisi a seguito dell'esplosione dell'emergenza pandemica; senza pretesa di esaustività, si rinvia, nella sola prospettiva penalistica, al recente lavoro monografico di A. DELLA BELLA, *Il legislatore penale di fronte all'emergenza sanitaria. Principi penalistici alla prova del Covid-19*, Torino, 2023.

<sup>(3)</sup> Sull'intervento normativo in esame e sulla responsabilità del datore di lavoro in caso di contagio, si vedano, a prima lettura e per tutti, S. DOVERE, *Le misure anti Covid-19 nei luoghi di lavoro: dalla (sicura) emergenza sanitaria alla (temuta) emergenza sanzionatoria*, in corso di pubblicazione in *Labour and Law issues (LLI)*; ID., *Covid-19: sicurezza del lavoro e valutazione dei rischi*, in *Giustizia insieme*, 22 aprile 2020; ID., *La sicurezza dei lavoratori in vista della fase 2 dell'emergenza da Covid-19*, *ivi*, 5 maggio 2020; C. CUPELLI, *Obblighi datoriali di tutela contro il rischio di contagio da Covid-19: un reale ridimensionamento della colpa penale?*, in *Sist. pen.*, 15 giugno 2020; O. DI GIOVINE, *Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali*, *ivi*, 22 giugno 2020; S. BRUNO, *Attività d'impresa e rischi penali ai tempi dell'emergenza scaturita dalla diffusione del Coronavirus*, in *www.dpei.it*, 2020; ID., *Ancora sull'infezione da Sars-Cov-2: omicidio e lesioni personali tra incertezze scientifiche, sovradeterminazioni causali e trap-pole cognitive*, in *Legisl. pen.*, 27 gennaio 2021.

sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale»<sup>(4)</sup>. Nella sostanza, l'art. 29-*bis* ha affermato che il rispetto delle prescrizioni contenute nei citati protocolli corrisponde all'assolvimento dell'obbligo di cui all'art. 2087 c.c. ai fini della tutela contro il rischio di contagio; va aggiunto che l'applicabilità di tale articolo è stata successivamente estesa, dal comma 5 dell'art. 1 del d.l. 6 agosto 2021, n. 111, al personale scolastico e universitario, allorché siano rispettate le prescrizioni previste nel medesimo decreto (mascherine, distanza di sicurezza e divieto di accesso per soggetti sintomatici) e dalle linee guida e dai protocolli in materia<sup>(5)</sup>.

## 2. LE PECULIARITÀ DEL SOTTOSISTEMA DELLA SICUREZZA SUL LAVORO. CENNI

Per inquadrare la tematica e cogliere portata e senso dell'innovazione, è necessario ricordare come, tra le molte peculiarità del microsistema della sicurezza sul lavoro, vi sia quella per cui, a fronte della spinta alla positivizzazione delle regole cautelari, accompagnata a una progressiva proceduralizzazione dell'obbligo di sicurezza (con il ricorso integrato a modelli di autodisciplina e a regole autonorme; regole cioè create e gestite dagli stessi operatori economici, in qualità di soggetti responsabili dello svolgimento delle attività rischiose), e dell'apparente guadagno in termini di determinatezza e conoscibilità del precetto, è ancora prevalente, in sede giurisprudenziale, il ricorso, quale parametro della colpa, a regole cautelari dai contenuti elastici, massicciamente presenti (pur se travestite da cautele rigide) nel *corpus* normativo, a partire dal d.lgs. n. 81 del 2008; l'effetto che ne deriva è l'ingenerare regole di accertamento ambigue e ibride, nelle quali i tratti semplificatori tipici della colpa specifica vengono riferiti a cautele elastiche che, pur formalizzate, presentano tutti i requisiti contenutistici della colpa generica.

Agli stessi fini, va richiamata la tendenza a fare ricorso a vere e proprie clausole generali, il cui più significativo esempio è rappresentato dall'art. 2087 c.c., che attribuisce all'imprenditore (con il quale in questo caso il datore di lavoro va a coincidere) l'obbligo di adottare, nell'eser-

---

<sup>(4)</sup> Il comma 14 dell'articolo 1 del d.l. 16 maggio 2020, n. 33 (recante "Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19") stabilisce che «le attività economiche, produttive e sociali devono svolgersi nel rispetto dei contenuti di protocolli o linee guida idonei a prevenire o ridurre il rischio di contagio nel settore di riferimento o in ambiti analoghi, adottati dalle regioni o dalla Conferenza delle regioni e delle province autonome nel rispetto dei principi contenuti nei protocolli o nelle linee guida nazionali. In assenza di quelli regionali trovano applicazione i protocolli o le linee guida adottati a livello nazionale», aggiungendo che «le misure limitative delle attività economiche, produttive e sociali possono essere adottate, nel rispetto dei principi di adeguatezza e proporzionalità, con provvedimenti emanati ai sensi dell'articolo 2 del decreto-legge n. 19 del 2020 o del comma 16». Va altresì segnalato quanto previsto, sul punto, dall'art. 2 del d.P.C.m. 17 maggio 2020, attuativo del d.l. n. 33 del 2020 (recante "Misure di contenimento del contagio per lo svolgimento in sicurezza delle attività produttive industriali e commerciali"), che rinvia espressamente al protocollo di cui sopra e ad altri protocolli, allegandoli all'atto normativo stesso. L'art. 2, infatti, prevede che «sull'intero territorio nazionale tutte le attività produttive industriali e commerciali, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 1, rispettano i contenuti del 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 fra il Governo e le parti sociali di cui all'allegato 12, nonché, per i rispettivi ambiti di competenza, il protocollo condiviso di regolamentazione per il contenimento della diffusione del Covid-19 nei cantieri, sottoscritto il 24 aprile 2020 fra il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, il Ministro del lavoro e delle politiche sociali e le parti sociali, di cui all'allegato 13, e il protocollo condiviso di regolamentazione per il contenimento della diffusione del Covid-19 nel settore del trasporto e della logistica sottoscritto il 20 marzo 2020, di cui all'allegato 14».

<sup>(5)</sup> Un primo commento in A. NATALINI, *Green pass obbligatorio per personale scolastico e universitario: il precetto, le sanzioni e la "norma scudo"*, in *NT+Diritto*, 11 agosto 2021.

cizio dell'impresa, le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro: un obbligo tanto ampio quanto indeterminato, limitandosi il precetto a individuare il soggetto su cui grava e i destinatari della tutela, senza fornire ulteriori informazioni sulla condotta da tenere o sull'esistenza di poteri impeditivi. Ora, sebbene parte della giurisprudenza abbia in talune occasioni provato a riempire la clausola aperta rappresentata dall'art. 2087 c.c., precisando che tale obbligo non vada esteso a ogni cautela possibile e innominata, ma riferito solo a comportamenti che trovino fondamento in fonti del diritto di rango primario o secondario o suggeriti dalla tecnica e che siano concretamente individuati e individuabili <sup>(6)</sup>, l'elasticità *strutturale* della fattispecie civilistica ha stimolato, sul fronte penale, interpretazioni altrettanto 'elastiche', dirette a estendere la portata della posizione di garanzia/protezione del datore di lavoro nei confronti dei suoi dipendenti.

È sufficiente ricordare, in proposito, la lettura secondo cui l'art. 2087 c.c., come tutte le clausole generali, finirebbe per assumere una funzione di adeguamento permanente dell'ordinamento al caso concreto e alla sottostante realtà socio-economica, che consentirebbe di supplire a ogni lacuna della normativa, inevitabilmente non in grado di contemplare tutti i fattori di rischio. In buona sostanza, alla norma è riconosciuta la funzione di *ulteriore fonte* di regole cautelari, la cui inosservanza viene a fondare la colpa del datore di lavoro: una vera e propria *norma di chiusura* del sistema prevenzionistico, che finisce per ampliare a dismisura la diligenza richiesta al datore, che non si esaurisce quasi mai nel rispetto delle regole cautelari scritte <sup>(7)</sup>.

### 3. UN NUOVO FATTORE DI RISCHIO

In questo contesto problematico di base, è evidente come l'incertezza scientifica (non solo della prima fase) sulle precise caratteristiche del virus e sulle sue potenzialità di trasmissione abbia posto (e continui in parte ancora a porre) il datore di lavoro, nella gestione della sicurezza, di fronte a un fattore di rischio nuovo e in gran parte eterogeneo rispetto all'attività lavorativa, con tutte le difficoltà legate all'esatta perimetrazione di un livello di rischio accettabile nella ripartenza delle attività lavorative, finendo per amplificare i segnalati timori di una iperpenalizzazione in ambito antinfortunistico.

Ad accentuare tali preoccupazioni ha contribuito, come detto, l'evoluzione della normativa emergenziale. Il riferimento è, in particolare, a quanto disposto dal ricordato art. 42 del d.l. n. 18 del 2020, che ha confermato, anche per le infezioni da virus SARS-CoV-2, l'applicazione del principio generale in base al quale le malattie infettive contratte in occasione di lavoro (ad esclusione di quelle inquadrate come malattie professionali) sono considerate *infortuni sul lavoro* ai fini della relativa assicurazione obbligatoria <sup>(8)</sup>.

---

<sup>(6)</sup> Fra le varie, si vedano Cass., 14 gennaio 2005, n. 644; Cass., 1 febbraio 2008, n. 2491; Cass., 23 settembre 2010, n. 20142; Cass., 3 agosto 2012, n. 13956; Cass., 8 ottobre 2018, n. 24742; più di recente, Cass., 11 febbraio 2020, n. 3282.

<sup>(7)</sup> Sulle tendenze oggettivizzanti della prassi con riferimento all'art. 2087 c.c., si vedano, tra gli altri, D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, 568 ss.; A. GARGANI, *La flessibilizzazione giurisprudenziale delle categorie classiche del reato di fronte alle esigenze di controllo penale delle nuove fenomenologie di rischio*, in *Leg. pen.*, 2011, 424 ss.; D. PULITANO, voce *Igiene e sicurezza sul lavoro (tutela penale)*, in *Dig. d. pen., vol. I. Agg.*, Torino, 2000, p. 397 ss.

<sup>(8)</sup> Tale articolo, infatti, recita: «nei casi accertati di infezione da coronavirus (SARS-CoV-2) in occasione di lavoro, il medico certificatore redige il consueto certificato di infortunio e lo invia telematicamente all'Inail che assicura, ai sensi delle vigenti disposizioni, la relativa tutela dell'infortunato. Le prestazioni Inail nei casi accertati di infezioni da

Per sgombrare il campo da possibili fraintendimenti, vi è stata su tale articolo una presa di posizione da parte dell'Inail.

La circolare 20 maggio 2020, n. 22, in qualche modo anticipando i contenuti dell'art. 29-bis, aveva infatti riconosciuto che «la responsabilità del datore di lavoro è ipotizzabile solo in caso di violazione della legge o di obblighi derivanti dalle conoscenze sperimentali o tecniche, che nel caso dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 si possono rinvenire nei protocolli e nelle linee guida governativi e regionali di cui all'articolo 1, comma 14 del decreto legge 16 maggio 2020, n. 33». Ancora, si è aggiunto come «il rispetto delle misure di contenimento, se sufficiente a escludere la responsabilità civile del datore di lavoro, non è certo bastevole per invocare la mancata tutela infortunistica nei casi di contagio da Sars-Cov-2, non essendo possibile pretendere negli ambienti di lavoro il rischio zero. Circostanza questa che ancora una volta porta a sottolineare l'indipendenza logico-giuridica del piano assicurativo da quello giudiziario». Si è conclusivamente esplicitato inoltre che «il riconoscimento del diritto alle prestazioni da parte dell'Istituto non può assumere rilievo per sostenere l'accusa in sede penale, considerata la vigenza del principio di presunzione di innocenza nonché dell'onere della prova a carico del pubblico ministero. Così come neanche in sede civile l'ammissione a tutela assicurativa di un evento di contagio potrebbe rilevare ai fini del riconoscimento della responsabilità civile del datore di lavoro, tenuto conto che è sempre necessario l'accertamento della colpa di quest'ultimo nella determinazione dell'evento»<sup>(9)</sup>.

Ciò nonostante, è stata pressante l'invocazione, da parte del mondo imprenditoriale, di un intervento chiarificatore di rango legislativo. Si è così giunti alla proposta emendativa citata in apertura, la quale, finalizzata a introdurre elementi di certezza, sembra muovere dalla piena consapevolezza della tendenza espansiva della prassi e puntare a ridefinire, con specifico riferimento al segnalato rischio di contagio, il contenuto dell'obbligo di tutela dell'integrità psico-fisica del lavoratore gravante, ai sensi dell'art. 2087 c.c., sui datori di lavoro pubblici e privati.

Inserendo una disposizione che preveda che l'adozione di pre-date misure di contenimento costituisca assolvimento dell'obbligo di sicurezza, l'effetto pratico perseguito (ma non necessariamente raggiunto) è che – considerata la peculiarità della situazione – ciò che si può esigere dai datori di lavoro è soltanto l'adozione, l'applicazione e il mantenimento delle prescrizioni contenute nei protocolli espressamente richiamati (e successive modificazioni e integrazioni<sup>(10)</sup>) e negli altri protocolli e linee guida di cui all'articolo 1, comma 14, del d.l. 16 maggio 2020, n. 33.

---

coronavirus in occasione di lavoro sono erogate anche per il periodo di quarantena o di permanenza domiciliare fiduciaria dell'infortunato con la conseguente astensione dal lavoro. I predetti eventi infortunistici gravano sulla gestione assicurativa e non sono computati ai fini della determinazione dell'oscillazione del tasso medio per andamento infortunistico di cui agli articoli 19 e seguenti dell'allegato 2 al decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali del 27 febbraio 2019, recante 'Modalità per l'applicazione delle tariffe 2019'. La presente disposizione si applica ai datori di lavoro pubblici e privati».

<sup>(9)</sup> La prima circolare Inail (la n. 13 del 3 aprile 2020) ha, invece, individuato le fattispecie professionali per le quali viene riconosciuta una presunzione semplice di contrazione in occasione di lavoro (della malattia in oggetto), demandando, per le altre fattispecie, la definizione dell'eventuale sussistenza dell'occasione di lavoro all'accertamento medico-legale (quest'ultimo – afferma la circolare – «seguirà l'ordinaria procedura, privilegiando essenzialmente i seguenti elementi: epidemiologico, clinico, anamnestico e circostanziale»).

<sup>(10)</sup> Il Protocollo condiviso tra Governo e parti sociali del 24 aprile 2020 integra il protocollo precedentemente stipulato il 14 marzo dalle stesse parti; come recita in premessa il testo del Protocollo, «l'obiettivo del presente protocollo condiviso di regolamentazione è fornire indicazioni operative finalizzate a incrementare, negli ambienti di

#### 4. UN RIDIMENSIONAMENTO DELLA COLPA PENALE O SOLO DELLA DRAMMATICITÀ DELLA COLPA ANTINFORTUNISTICA DA COVID-19?

Delineato in estrema sintesi il quadro, s'impongono alcune brevi riflessioni su effetti e implicazioni delle norme esaminate.

Il principio stabilito all'art. 29-*bis*, come evidenziato, afferma che il rispetto delle prescrizioni contenute nei protocolli evocati corrisponde, nella sostanza, all'assolvimento dell'obbligo di cui all'art. 2087 c.c. ai fini della tutela contro il rischio di contagio.

Sul piano della responsabilità penale, sembrerebbe dunque che l'intento legislativo sia quello di fissare la misura della diligenza richiesta al datore all'interno di misure preventive, frutto della migliore scienza ed esperienza del momento e che dovrebbero rappresentare il portato di un sistema partecipato, e dunque condiviso, di valutazione e gestione del rischio, articolato nei momenti della concertazione fra le parti sociali, del coinvolgimento proattivo del Governo e del recepimento da parte del Parlamento; ciò, al fine di "evitare di fare gravare esclusivamente sul datore di lavoro il costo dell'incertezza scientifica"<sup>(11)</sup> e di impedire in futuro che, in fase di accertamento giudiziale, si attui un recupero di responsabilità per colpa fondato sulla clausola generale di cui all'art. 2087 c.c., laddove il contagio si sia verificato pur in presenza dell'adozione e dell'efficace attuazione delle misure protocollari stabilite.

Pur chiara nelle intenzioni, la norma lascia tuttavia residuare non pochi dubbi in merito all'effettiva capacità di raggiungere gli obiettivi.

**4.1.** Andando con ordine, se è vero che l'art. 42 del d.l. n. 18 del 2020, rettamente inteso, si limita a qualificare l'infezione virale da Covid-19 quale infortunio sul lavoro *soltanto* ai fini della sua protezione indennitaria nell'ambito del sistema dell'assicurazione obbligatoria gestita dall'Inail, senza entrare nel campo della responsabilità datoriale né stabilendo alcun rilievo di tale qualificazione a fini penali o civili, è altrettanto vero che l'ordinamento penale non contempla alcuna differenza normativa tra infortunio e malattia professionale. Tuttavia, combinandosi l'equivocità della disposizione con l'indeterminatezza degli obblighi datoriali, per di più in un contesto complicato come quello pandemico, appare comprensibile e forse giustificabile l'avvenuto acuirsi del timore di una facile, per quanto erronea, equazione: *malattia da Covid-19 = infortunio sul lavoro = responsabilità penale del datore di lavoro*.

È altresì innegabile che già gli ordinari criteri di imputazione della responsabilità, se rettamente applicati, possano essere idonei a scongiurare interpretazioni eccessivamente penalizzanti per i datori, a partire dalla verifica del nesso causale (alla stregua dei parametri elaborati dalle Sezioni unite della Cassazione nella sentenza Franzese), connotata in questo caso da un evidente ed elevato tasso di complessità – che difficilmente potrebbe condurre ad escludere decorsi causali alternativi e a corroborare l'ipotesi accusatoria con un alto grado di

---

lavoro non sanitari, l'efficacia delle misure precauzionali di contenimento adottate per contrastare l'epidemia di Covid-19. Il Covid-19 rappresenta un rischio biologico generico, per il quale occorre adottare misure uguali per tutta la popolazione. Il presente protocollo contiene, quindi, misure che seguono la logica della precauzione e seguono e attuano le prescrizioni del legislatore e le indicazioni dell'Autorità sanitaria».

<sup>(11)</sup> A. ORSINA, *La pandemia e la tutela penale della salute e sicurezza del lavoro: il ruolo dei "protocolli condivisi"*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, 1456, la quale ricostruisce percorso formativo e cogenza normativa di tali protocolli; più diffusamente, anche in ID., *La tutela penale della salute e sicurezza sul lavoro al tempo del Covid-19*, Torino, 2022, p. 44 ss.

probabilità logica <sup>(12)</sup> –, sino a quella della colpa, fondata sui parametri della concretizzazione del rischio, dello scopo della norma violata, del comportamento alternativo lecito e soprattutto della misura soggettiva.

Senonché, una volta superato lo scoglio causale, sul versante soggettivo un *approccio realistico*, che tenga conto della concreta declinazione delle dinamiche processuali e delle tendenze giurisprudenziali, non può che indurre a un certo scetticismo in merito all'effettiva 'tenuta' dei ricordati criteri.

Si pensi, ad esempio, a come, nella prassi, non si possa fare ragionevole affidamento sulla sola potenzialità 'salvifica' della c.d. misura soggettiva della colpa <sup>(13)</sup>. Si tratta di una categoria certamente capace – in linea teorica – di fornire un adeguato strumento di valutazione delle emergenze 'contestuali' e personali, legate alle difficoltà contingenti in cui si è chiamati a svolgere la propria attività (anche) nel settore della sicurezza sul lavoro. Questo tipo di accertamento fa leva sull'applicazione in sede penale della clausola generale contenuta all'art. 2236 c.c., che, in presenza di «problemi tecnici di speciale difficoltà» della prestazione professionale, limita la responsabilità del prestatore d'opera ai soli casi di dolo e colpa grave. Tuttavia, soprattutto sul terreno della responsabilità sanitaria, la giurisprudenza penale in ben poche occasioni vi ha effettivamente fatto ricorso, finendo per degradare la disposizione civilistica da canone valutativo a mera clausola di stile, sotto la rassicurante – ma poco appagante sul piano della declinazione pratica – formulazione di «regola di esperienza cui il giudice può attenersi nel valutare l'addebito di imperizia quando il caso specifico sottoposto all'esame del sanitario imponga la soluzione di problemi di speciale difficoltà» <sup>(14)</sup>.

E così, l'opportunità dell'intervento può essere misurata e apprezzata al metro dei potenziali effetti attuali e futuri che, da questo punto di vista, potrà sprigionare: *oggi*, innescando una responsabilizzazione ulteriore dei datori di lavoro in ordine alla necessità di *attuare* e *mantenere* effettive misure preventive corrispondenti a quelle previste da protocolli e linee guida condivisi, che riproducono le *best practices* del settore; *domani*, in chiave di possibile esonero (quantomeno, come si vedrà, in termini di ausilio interpretativo) della responsabilità datoriale per violazione dell'art. 2087 c.c. Un duplice effetto di tutela, dunque: per i datori, delimitando il novero delle matrici colpose addebitabili ed escludendo che si possa pretendere, sempre e

---

<sup>(12)</sup> Sulla difficoltà, nel caso di specie, di escludere i fattori causali alternativi, in ragione, fra l'altro, del carattere ubiquitario e silente del virus e dell'incertezza sulla data in cui è cominciata l'infezione, cfr. O. DI GIOVINE, *Ancora sull'infezione da Sars-Cov-2: omicidio e lesioni personali tra incertezze scientifiche, sovradeterminazioni causali e trappole cognitive*, cit., 4 ss., nonché, in precedenza, D. CASTRONUOVO, *I limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica: modelli causali vs. modelli precauzionali*, in *Leg. pen.*, 10 maggio 2020, 6 ss.; da ultimo, S. ZIRULIA, *Nesso di causalità e contagio da Covid-19*, in *Sist. pen.*, 20 aprile 2022.

<sup>(13)</sup> Nell'ambito della copiosa bibliografia sulla misura soggettiva, ci si può in questa sede limitare a segnalare i contributi di A. CANEPA, *L'imputazione soggettiva della colpa. Il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, Torino, 2011, 19 ss.; D. CASTRONUOVO, *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave*, in *Reato colposo e modelli di responsabilità*, a cura di M. Donini e R. Orlandi, Bologna, 2013, 183 ss., M. DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, *ivi*, p. 231 ss.; di recente, anche C. PIERGALLINI, voce *Colpa (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Annali. X, Milano, 2017, 243 ss., e M. CAPUTO, *Misura e grado della colpa*, in *Discrimen*, 16 dicembre 2021.

<sup>(14)</sup> Per tutti, Sez. un., 21 dicembre 2017 (dep. 22 febbraio 2018), n. 8770, Mariotti, cit., § 10.2; un recente (ma ancora isolato) esito innovativo, in tema di individualizzazione del giudizio di colpa nel settore della sicurezza del lavoro, in Sez. I, 8 ottobre 2020 (dep. 13 gennaio 2021), n. 1096, V.F., in *Giur. it.*, 2021, con nota di D. CASTRONUOVO, *Misura soggettiva, esigibilità e colpevolezza colposa: passi avanti della giurisprudenza di legittimità in tema di individualizzazione del giudizio di colpa*.

comunque e *a posteriori*, che *qualcosa di meglio e di più* si sarebbe potuto (e dovuto) fare; ma anche (e forse soprattutto) per i lavoratori e per le loro *aspettative* di sicurezza. Senza tralasciare i riverberi benefici connessi alla ripresa e al rilancio delle attività economiche e dei livelli occupazionali.

4.2. Venendo alle perplessità, legate soprattutto all'effettivo conseguimento dei fini perseguiti, è evidente come la previsione di adeguatezza non esaurisca (e non possa esaurire) tutto il ventaglio delle cautele ipotizzabili e delle imputazioni colpose addebitabili.

Anzitutto perché, come sappiamo, oggi il fuoco della colpa specifica *ibrida* è principalmente incentrato sulle prescrizioni contenute nel d.lgs. n. 81 del 2008, di talché il peso dell'art. 2087 c.c., in fondo, tende a diminuire e ad assumere i contorni di norma di chiusura (pur dai potenziali effetti espansivi, come si è visto). Ma soprattutto poiché, oltre che per quanto in precedenza detto anche per ciò che si ricava dalla semplice lettura del contenuto di molte cautele descritte nei protocolli richiamati dall'art. 29-*bis*, rispetto alle quali emerge un significativo margine di discrezionalità in sede di applicazione e di integrazione del Protocollo attribuito al datore di lavoro, residuerà sempre un margine di accertamento della effettiva idoneità tecnica e strutturale delle procedure normativamente previste; si pensi, a titolo esemplificativo, al funzionamento della strumentazione per la misurazione della temperatura al momento dell'ingresso sui luoghi lavorativi <sup>(15)</sup>.

Di conseguenza, non si potrà prescindere – in qualsivoglia contestazione in materia – da una perdurante quota di residua colpa generica, legata a doppio filo alla fisiologica genericità di alcune prescrizioni (configuranti regole cautelari elastiche) e alla necessità (che pone una stringente similitudine con quanto previsto per la colpa medica) di adeguarle alle *specificità del caso concreto*, per il tramite (quantomeno) di un'appropriata manutenzione degli strumenti, di una corretta attuazione dei protocolli estesa alla vigilanza sul rispetto da parte dei lavoratori delle cautele adottate e di una verifica – *ex ante* e in concreto – della loro idoneità allo scopo. È un discorso, questo, che vale rispetto al contagio ma che – in termini ancora una volta più generali – può essere esteso anche all'intero ambito della sicurezza sul lavoro e alle (pur intermittenti) tendenze alla formalizzazione delle regole cautelari.

Non è casuale, allora, che dallo stesso art. 29-*bis* continui a essere richiesto al datore, oltre all'adozione delle misure previste nei protocolli e nelle linee guida, proprio il loro mantenimento, con ciò esigendo un'opportuna attività organizzativa per la loro efficace attuazione. Ricavare dal rispetto dei protocolli e delle linee guida indicate nella norma – frutto di concertazione tra le parti sociali – una sicura esclusione di responsabilità dovrebbe necessariamente passare, semmai, per una diversa e più esplicita scelta politica, vale a dire per un'opzione legislativa che escluda espressamente ogni responsabilità penale (per colpa specifica e generica) del datore di lavoro in caso di rispetto delle cautele inserite nelle fonti richiamate, impedendo per tale via di attribuire rilievo penale a ogni altro comportamento, pur produttivo dell'evento infausto, riconducibile a diverse, pur possibili, violazioni cautelari <sup>(16)</sup>.

## 5. PER CONCLUDERE

In definitiva, si può concludere per un ridimensionamento tanto della "drammaticità della

---

<sup>(15)</sup> Sul punto, M. PELISSERO, *Covid-19 e diritto penale pandemico. Delitti contro la fede pubblica, epidemia e delitti contro la persona alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2020, 541.

<sup>(16)</sup> In questo senso, S. DOVERE, *Le misure anti Covid-19 nei luoghi di lavoro*, cit., § 4.2.

questione”, per vero enfatizzata dai fraintendimenti ingenerati dalle possibili ricadute dell’art. 42 sulla responsabilità penale dei datori di lavoro, la cui innegabile problematicità non pare oggi accresciuta dai postumi dell’emergenza pandemica, quanto della portata innovativa dell’intervento normativo così come congegnato e delle relative aspirazioni in termini di non punibilità.

V’è allora da chiedersi quale spazio residui per l’art. 29-*bis* e che contributo possa davvero offrire in termini più ampi e sistematici. L’auspicio più realistico è che, introducendosi nel tessuto normativo *indizi* di certezza del diritto – in termini di riconoscibilità del precetto e prevedibilità della risposta sanzionatoria – e prospettandosi, in questo ambito, segnali se non di un passaggio quantomeno di un avvicinamento a un modello di eteronormazione cautelare<sup>(17)</sup>, con la valorizzazione di un inedito e apprezzabile dialogo tra autorità pubblica e soggetto privato trasfuso nei c.d. “protocolli condivisi”, si possano in ogni caso attenuare le più macroscopiche problematiche legate all’accertamento della colpa generica, soprattutto allontanando la tentazione di un pericoloso scivolamento verso la logica semplificatoria del giudizio *ex post*, per la quale – a posteriori – si può e si potrà sempre pretendere qualcosa in più da parte dei datori di lavoro: in questa chiave di lettura, allora, l’art. 29-*bis* finisce per assumere la fisionomia di una *norma di indirizzo*, dal valore ‘pedagogico’, quale guida *ragionevole* dell’interpretazione giurisprudenziale nei casi complessi di contagio in ambito lavorativo.

---

<sup>(17)</sup> Sui rapporti tra auto ed eteronormazione, nella prospettiva penalistica, cfr. per tutti C. PIERGALLINI, *Autonormazione e controllo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 261 ss.

