

Estratto dall'ebook

La sicurezza sul lavoro al tempo del coronavirus

Raffaele Guariniello



PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© 2020 Wolters Kluwer Italia S.r.l - Edificio B3, Via dei Missaglia 97 - 20142 Milano

ISBN: 9788821774638

Il presente file può essere usato esclusivamente per finalità di carattere personale. I diritti di commercializzazione, traduzione, di memorizzazione elettronica, di adattamento e di riproduzione totale o parziale con qualsiasi mezzo sono riservati per tutti i Paesi.

La presente pubblicazione è protetta da sistemi di DRM che identificano l'utente associandogli username e password e non consentono operazioni di copia del testo e di stampa. La pubblicazione può essere scaricata e consultata su un numero massimo di dispositivi (computer, tablet, e-reader o smartphone abilitati), associati allo stesso utente, specificato in occasione dell'acquisto. La manomissione dei DRM è vietata per legge e penalmente sanzionata.

L'elaborazione dei testi è curata con scrupolosa attenzione, l'editore declina tuttavia ogni responsabilità per eventuali errori o inesattezze.

1. La prevenzione contro il coronavirus dall'art. 2087 c.c. al D.Lgs. n. 81/2008

Da alcuni anni stanno emergendo nel mondo della sicurezza sul lavoro nuovi rischi. Il coronavirus è solo l'ultimo arrivato. Con il risultato di originare tra le imprese e tra gli operatori dubbi applicativi e interpretativi a non finire.

I fraintendimenti sono favoriti dal fatto che si usa prendere in considerazione i nuovi rischi senza collocarli nel contesto globale del D.Lgs. n. 81/2008. Ed è proprio questa la metodologia ermeneutica che dobbiamo abbandonare.

Prendiamo le mosse dall'art. 3, comma 1, D.Lgs. n. 81/2008: "il presente decreto legislativo si applica a tutti i settori di attività, privati e pubblici, e a tutte le tipologie di rischio"¹.

Del pari eloquente è il concetto di "**salute**" dettato dall'art. 2, comma 1, lett. o), D.Lgs. n. 81/2008: "stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, non consistente solo in un'assenza di malattia o d'infermità".

Illuminante è poi l'art. 2, comma 1, lett. n), D.Lgs. n. 81/2008, il quale definisce la "**prevenzione**" come "il complesso delle disposizioni o misure necessarie anche secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, per evitare o diminuire i rischi professionali nel rispetto della salute della popolazione e dell'integrità dell'ambiente esterno". Una norma che assorbe e valorizza quell'obbligo generale introdotto già dall'art. 2087 c.c. e diventato un filo conduttore della giurisprudenza².

Evidente è, d'altra parte, nei provvedimenti adottati dal Governo, una strategia volta a **coinvolgere anche le stesse imprese** nella delicata opera di contenimento del virus.

Basti por mente alle "**raccomandazioni**" formulate nell'art. 7, punto 7), del D.P.C.M. 11 marzo 2020 con riguardo alle "attività produttive" e alle "attività professionali": dalla sospensione delle "attività dei reparti aziendali non indispensabili alla produzione" all'assunzione di "protocolli di sicurezza anti-contagio" e alla massima limitazione degli "spostamenti all'interno dei siti".

¹ Su questo vasto campo di applicazione v. i precedenti richiamati in Guariniello, *Il T.U. Sicurezza sul lavoro commentato con la giurisprudenza*, undicesima edizione, Wolters Kluwer, Milano, 2020, *sub art. 3*, par. 1.

² Circa il peso assunto dall'art. 2087 c.c. nella giurisprudenza penale v. Guariniello, *op.cit.*, *sub art. 2*, par. 37.

2. La valutazione del rischio coronavirus

Fatta questa premessa, diventa indispensabile dipanare il discorso sulla prevenzione contro il rischio coronavirus, e percorrere l'itinerario tracciato dal D.Lgs. n. 81/2008. È un itinerario che in linea con gli insegnamenti della Suprema Corte prende avvio da quell'atto fondamentale che consiste nella valutazione dei rischi. Paradigmatica:

Cass. 30 gennaio 2017 n. 37412

Il rappresentante legale di un'impresa agricola fu condannato per il reato di cui all'art. 28, comma 2, lett. a), D.Lgs. n. 81/2008, "perché consentiva, tollerava e comunque non provvedeva a valutare tutti rischi per la sicurezza e salute dei lavoratori impiegati nell'attività", e, "in particolare, il documento di valutazione dei rischi non era redatto con criteri di semplicità e comprensibilità tali da garantirne completezza ed idoneità". Nel confermare la condanna, la Sez. III prende atto che il DVR "non analizzava i rischi legati alla possibile presenza di agenti patogeni veicolati dagli animali, nonostante vi fossero lavoratori addetti alla mungitura e allevamento esposti a tali rischi biologici (derivanti dal contatto con gli animali)". Prende atto che il DVR fu ritenuto incompleto, "in quanto non contenente la valutazione di tutti i rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori emergenti dagli accertamenti svolti, ivi compresi quelli riguardanti gruppi di lavoratori esposti a rischi particolari (in genere le attività a contatto con gli animali, la pulizia delle stalle, le attività svolte con uso di mezzi meccanici e quelle comportanti rischi biologici come la mungitura)"³.

Certo, taluni hanno affermato che, in uno "scenario in cui prevalgono esigenze di tutela della salute pubblica, non si ritiene giustificato l'aggiornamento del Documento di Valutazione dei Rischi in relazione al rischio associato all'infezione da SARS-CoV-2 (se non in ambienti di lavoro sanitario o socio-sanitario, o comunque qualora il rischio biologico sia un rischio di natura professionale, già presente nel contesto espositivo dell'azienda)"⁴. Altri hanno denunciato "un pedante atteggiamento formalistico da azzecagarbugli, del tutto fuori luogo in questa circoscritta fase emergenziale, per trovare soluzioni di buon senso e tecnicamente compatibili con le reali esigenze di imprese e lavoratori", e messo in guardia contro "chi in questo momento sottolinea il prioritario dovere del datore di lavoro di aggiornare il documento di valutazione del rischio di cui al testo unico sulla salute e sicurezza nel lavoro".

³ Ampiamente riportata in Guariniello, op.cit., sub art. 271, par. 1.

⁴ Così, ad es., Regione del Veneto, Area Sanità e Sociale Direzione Prevenzione, Sicurezza alimentare, Veterinaria, COVID-19: indicazioni per la tutela della salute negli ambienti di lavoro non sanitari, 3 marzo 2020.

Si tratta di indicazioni certamente meritevoli di attenzione che peraltro non possono non prendere le mosse da una fedele ricostruzione del quadro legislativo allo stato vigente al fine d'introdurre i correttivi ritenuti eventualmente necessari nelle sedi appropriate. Ed è in questo quadro che occorre mettere in luce alcune peculiarità dell'obbligo di valutazione dei rischi. Anzitutto, per quanto concerne l'oggetto della valutazione.

A) Dagli artt. 17, comma 1, lett. a), e 28, comma 1, D.Lgs. n. 81/2008 desumiamo che debbono essere valutati "tutti" i rischi. Ci chiediamo, peraltro, se debbano essere valutati tutti i rischi causati dal lavoro ovvero tutti i rischi durante il lavoro?

A dare la risposta è l'art. 28, comma 2, lett. a), D.Lgs. n. 81/2008, ove si usa l'espressione "tutti i rischi per la sicurezza e la salute **durante l'attività lavorativa**".

Un'espressione altamente significativa, in quanto fa intendere che debbono essere valutati tutti i rischi che possono profilarsi, non necessariamente a causa dell'attività lavorativa, bensì durante l'attività lavorativa: come appunto il coronavirus.

Proprio quel "durante" induce a condividere la linea interpretativa accolta dalla Commissione per gli Interpelli in un Interpello di fondamentale rilievo nell'economia dell'analisi qui condotta.

Il **quesito** è "se nell'obbligo giuridico in capo al datore di lavoro della valutazione di tutti i rischi per la salute e la sicurezza con la conseguente elaborazione del documento di valutazione dei rischi (DVR), così come disciplinato dagli artt. 15, 17 e 28 del D.Lgs. n. 81/2008 sia ricompresa anche la valutazione della situazione ambientale e di sicurezza intesa anche come security, in particolare in paesi esteri ma non solo, legata a titolo esemplificativo ma non esaustivo ad eventi di natura geo politica, atti criminali di terzi, belligeranza e più in generale di tutti quei fattori potenzialmente pericolosi per l'integrità psicofisica dagli equipaggi nei luoghi (tipicamente aeroporti, alberghi, percorso da e per gli stessi e loro immediate vicinanze) dove il personale navigante si trovi ad operare/alloggiare quando comandati in servizio".

Questa la convincente **risposta** data nell'Interpello n. 11 del 25 ottobre 2016:

Interpello 25 ottobre 2016, n. 37412

"Al riguardo va premesso che, al fine di assicurare la tutela della salute e della sicurezza come fondamentali diritti dell'individuo, l'art. 2087 del codice civile fa obbligo al datore di lavoro di 'adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, le esperienze e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro'".

Questo principio è ribadito nell'art. 18, comma 1, lett. z), D.Lgs. n. 81/2008.

In particolare, l'art. 28, comma 1, D.Lgs. n. 81/2008 prevede, per il datore di lavoro, l'obbligo di valutare tutti i rischi per la salute e la sicurezza dei lavoratori, ivi compresi quelli riguardanti gruppi di lavoratori esposti a rischi particolari ed adottare, conseguentemente, le misure di prevenzione e protezione che reputi idonee allo scopo.

Tutto ciò premesso la Commissione fornisce le seguenti indicazioni:

- il datore di lavoro deve valutare tutti i rischi;
- compresi i potenziali e peculiari rischi ambientali legati alle caratteristiche del Paese in cui la prestazione lavorativa dovrà essere svolta, quali a titolo esemplificativo, i cosiddetti ... rischi generici aggravati ..., legati alla situazione geopolitica del Paese (es. guerre civili, attentati, ecc.) e alle **condizioni sanitarie del contesto geografico di riferimento**;
- non considerati astrattamente, ma che abbiano la ragionevole e concreta possibilità di manifestarsi in correlazione all'attività lavorativa svolta.

B) Non solo “durante”, i rischi devono essere valutati anche “ovunque”.

La valutazione deve riguardare il rischio coronavirus ovunque l'attività lavorativa venga prestata, e, quindi, anche all'esterno dei locali aziendali.

In questo alveo si collocano categorie di soggetti quali i telelavoratori, i lavoratori distaccati, i lavoratori agili, i *crowd workers*, i *bikers*.

Nella sentenza n. 45808 del 5 ottobre 2017⁵, la Cassazione penale fornisce una chiave di lettura preziosa ai fini di una corretta applicazione delle norme di sicurezza del lavoro in rapporto ad attività svolte al di fuori dei locali aziendali.

Cass. pen. 5 ottobre 2017, n. 45808

“I doveri di valutazione del rischio e di formazione del lavoratore gravanti sugli imputati, in quanto datori di lavoro ‘mandanti’ (secondo un lessico già in uso nel mondo della produzione e dei servizi) sorgono dal generale obbligo del datore di lavoro di valutare tutti i rischi presenti nei luoghi di lavoro nei quali sono chiamati ad operare i dipendenti, ovunque essi siano situati (art. 15, D.Lgs. n. 81/2008) e dal parimenti generale obbligo di formare i lavoratori, in particolare in ordine ai rischi connessi alle mansioni (art. 37, comma 1, lett. b), D.Lgs. n. 81/2008)”. (...).

“La restrittiva nozione di ‘luogo di lavoro’ rinvenibile nell’art. 62 D.Lgs. n. 81/2008 (a mente del quale si intendono per ‘luoghi di lavoro’ ‘i luoghi destinati ad ospitare posti di lavoro, ubicati all’interno dell’azienda o dell’unità produttiva, nonché ogni altro luogo di pertinenza dell’azienda o dell’unità produttiva accessibile al lavora-

⁵ In *Dir.prat.lav.*, 43, 2017, pag. 2643.

tore nell'ambito del proprio lavoro), è posta unicamente in relazione alle disposizioni di cui al Titolo II del citato decreto”.

E ne desume che **“ogni tipologia di spazio può assumere la qualità di ‘luogo di lavoro’, a condizione che ivi sia ospitato almeno un posto di lavoro o esso sia accessibile al lavoratore nell'ambito del proprio lavoro”**⁶.

Nessun dubbio allora che, ove a seguito della effettuata valutazione dei rischi si renda conto che in uno o più determinati luoghi di esecuzione della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali non risultano adottate le necessarie misure di prevenzione e protezione, il datore di lavoro non possa consentire la prestazione lavorativa in tali luoghi, e debba, quindi, “rifiutarsi” di svolgere tali attività in condizioni di evidente carenza di sufficiente sicurezza⁷.

C) L'analisi del rischio non può essere generica.

È il caso di aggiungere che l'analisi del rischio coronavirus non può essere generica, così come non può essere generica l'individuazione delle relative misure di prevenzione e protezione⁸. Ecco l'ultimo insegnamento impartito dalla Cassazione:

Cass. 20 febbraio 2020, n. 6567

*“Il datore di lavoro è tenuto a redigere e sottoporre ad aggiornamento il documento di valutazione dei rischi previsto dall'art. 28 D.Lgs. n. 81/2008, all'interno del quale deve indicare **in modo specifico** i fattori di pericolo concretamente presenti all'interno dell'azienda, in relazione alla singola lavorazione o all'ambiente di lavoro e le misure precauzionali ed i dispositivi adottati per tutelare la salute e la sicurezza dei lavoratori; il conferimento a terzi della delega relativa alla redazione di suddetto documento non esonera il datore di lavoro dall'obbligo di verificarne l'adeguatezza e l'efficacia, di informare i lavoratori dei rischi connessi alle lavorazioni in esecuzione e di fornire loro una formazione sufficiente ed adeguata”.*

Con **un'avvertenza**:

⁶ Conformi, successivamente, per tutte, Cass. 25 giugno 2019, n. 27871; Cass. 2 aprile 2019, n. 14270; Cass. 8 febbraio 2018, n. 6121.

⁷ Significativa in proposito Cass. pen. 22 novembre 2017 n. 53157.

⁸ Non a caso, in base all'art. 29, comma 7, D.Lgs. n. 81/2008, alle aziende in cui si svolgono attività che espongono i lavoratori a rischi biologici non si applicano le disposizioni di cui al comma 6, concernenti la valutazione dei rischi sulla base delle procedure standardizzate.

- deve trattarsi di **rischi ragionevolmente prevedibili**, di rischi, quindi, che possano essere individuati “con la diligenza richiedibile al datore di lavoro”⁹.

A ragione, pertanto, l'Interpello n. 11 del 25 ottobre 2016 poc'anzi richiamato sottolinea che il datore di lavoro deve valutare tutti i rischi, compresi i potenziali e peculiari rischi ambientali legati alle caratteristiche del Paese in cui la prestazione lavorativa dovrà essere svolta, quali a titolo esemplificativo, i cosiddetti rischi generici aggravati, legati alle condizioni sanitarie del contesto geografico di riferimento non considerati astrattamente, ma che abbiano la **ragionevole e concreta** possibilità di manifestarsi in correlazione all'attività lavorativa svolta”.

Ciò non toglie che:

- “la previsione e prevenzione del rischio deve ‘coprire’ qualsiasi fattore di pericolo evidenziato nell'evoluzione della scienza tecnica non solo dall'esperienza che l'imprenditore sviluppi su una certa attività, che egli abbia potuto direttamente osservare”, e che, pertanto,
- “non basta a giustificare la mancata previsione del pericolo nel documento di valutazione dei rischi, né che la sua realizzazione non si sia mai presentata nello svolgimento dell'attività concreta all'interno dell'impresa, né che esso non rientri nell'esperienza indiretta del datore di lavoro”.

La conclusione è che “l'evento ‘raro’, in quanto non ignoto, è sempre prevedibile e come tale deve essere previsto, in quanto rischio specifico e concretamente valutabile”¹⁰.

D) Agenti biologici.

Il nostro discorso merita di essere ulteriormente approfondito.

L'art. 28, comma 3, D.Lgs. n. 81/2008 dispone che “il contenuto” del DVR “deve **altresì** rispettare le indicazioni previste dalle specifiche norme sulla valutazione dei rischi contenute nei successivi titoli del presente decreto”.

A proposito del coronavirus il pensiero corre al Titolo X, D.Lgs. n. 81/2008, intitolato “**Esposizione ad agenti biologici**”, e a quell'art. 266 ove si stabilisce che “le norme del presente Titolo si applicano a tutte le attività lavorative nelle quali vi è rischio di esposizione ad agenti biologici”, e, dunque, **anche a quelle attività in**

⁹ Sul punto v. Guariniello, *op.cit.*, pag. 549 s.

¹⁰ Cass. 19 giugno 2019, n. 27186. V. anche Cass. 22 marzo 2016, n. 12257 per cui il datore di lavoro è tenuto ad effettuare la valutazione dei rischi connessi alla sua azienda e alla sua attività proprio per scoprire e gestire eventuali pericoli occulti o non immediatamente percepibili, e non può aspettare di scoprire tali pericoli con l'evento in danno di un dipendente.

cui tale rischio non derivi dalla “deliberata intenzione di operare con agenti biologici”.

Ed è il caso di segnalare un’accesa **discussione in atto**.

Ad avviso di alcuni¹¹, “il nuovo Coronavirus responsabile del COVID-19, rientra nella classe dei Coronaviridae elencata tra gli agenti biologici dell’Allegato XLVI del D.Lgs. n. 81/2008, con attuale classificazione in gruppo 2” (“un agente che può causare malattie in soggetti umani e costituire un rischio per i lavoratori; è poco probabile che si propaga nella comunità; sono di norma disponibili efficaci misure profilattiche o terapeutiche”).

Là dove, ad avviso di altri, sarebbe riconducibile nell’ambito del gruppo 3 (“un agente che può causare malattie gravi in soggetti umani e costituisce un serio rischio per i lavoratori; l’agente biologico può propagarsi nella comunità, ma di norma sono disponibili efficaci misure profilattiche o terapeutiche”).

Si tratta di una discussione tutt’altro che indolore, tenuto conto del diverso livello di garanzie previste per l’uno e per l’altro gruppo (v. art. 271, comma 5, lett. e); art. 275, comma 2; art. 280, comma 1, D.Lgs. n. 81/2008).

Né si trascuri che, per la violazione dell’obbligo di effettuare la valutazione ed elaborare il DVR in collaborazione con l’RSPP e con il medico competente, così come per l’omessa nomina del RSPP, l’art. 55, comma 2, D.Lgs. n. 81/2008 contempla una pena più severa se la violazione è commessa in aziende in cui si svolgono attività che espongono i lavoratori a “rischi biologici di cui all’articolo 268, comma 1, **lettere c) e d)**”, rispettivamente dedicate al gruppo 3 e al gruppo 4. Un’ipotesi, questa, già emersa in giurisprudenza, nella fattispecie esaminata da Cass., sez. III, 6 ottobre 2014, n. 41382 che conferma la condanna di un datore di lavoro per il reato di cui agli artt. 29 e 55, comma 2, lett. b), D.Lgs. n. 81/2008, “per omessa valutazione dei rischi ed omessa elaborazione del relativo documento di cui all’articolo 17, comma 1, lettera a), D.Lgs. n. 81/2008”, in relazione all’esposizione dei lavoratori ai rischi biologici “di cui all’art. 268, comma 1, lettere c) e d), D.Lgs. n. 81/2008”.

Cass. 6 ottobre 2014 n. 41382

*“L’obbligo da parte del datore di lavoro di tutelare la sicurezza e la salute dei lavoratori sul luogo di lavoro include l’ulteriore obbligo di effettuare il piano di valutazione dei rischi che non implica, né è subordinato alla accertata sussistenza di un effettivo superamento dei parametri di sicurezza”. “L’imputato aveva negato l’elemento soggettivo adducendo un periodo di **difficoltà economiche e aziendali** che ovviamente non possono incidere sulla primaria tutela della salute dei lavoratori”.*

¹¹ Così, ad es., Regione Marche, *Nota informativa per le aziende del territorio marchigiano, nel periodo di epidemia da nuovo coronavirus*.

Resta comunque da notare il fatto che, in base all'art. 268, comma 2, D.Lgs. n. 81/2008, "nel caso in cui l'agente biologico oggetto di classificazione non può essere attribuito in modo inequivocabile ad uno fra i due gruppi sopraindicati, esso va **classificato nel gruppo di rischio più elevato tra le due possibilità**"¹².

E) Obbligo di aggiornamento della valutazione dei rischi?

A scanso di un equivoco che già si è diffuso, occorre richiamare l'attenzione su quell'art. 29, comma 3, primo periodo, D.Lgs. n. 81/2008 in forza del quale la **valutazione dei rischi deve essere immediatamente rielaborata** "in occasione di modifiche del processo produttivo o della organizzazione del lavoro significative ai fini della salute e sicurezza dei lavoratori, o in relazione al grado di evoluzione della tecnica, della prevenzione o della protezione o a seguito di infortuni significativi o quando i risultati della sorveglianza sanitaria ne evidenzino la necessità". Non è mancato chi ha ritenuto di affrontare il problema relativo alla valutazione del rischio coronavirus da parte delle imprese nella cornice dell'aggiornamento del DVR, e, quindi, a porsi questa **domanda**:

I datori sono, o non, tenuti a rivedere la valutazione inserendovi anche il rischio biologico da COVID-19 e le relative misure preventive?

Con questa **risposta**:

Nell'art. 29, comma 3, D.Lgs. n. 81/2008, le ipotesi che danno origine a un obbligo di aggiornamento sono quattro:

- modifiche del processo produttivo o della organizzazione del lavoro che impattano sulla salute e sicurezza dei lavoratori;
- evoluzione tecnologica che consenta una migliore prevenzione;
- verifica di infortuni significativi;
- esiti della sorveglianza sanitaria che evidenzino la necessità di un aggiornamento del DVR.

Nelle causali per la rielaborazione del DVR non sono quindi indicate circostanze ambientali estranee ai rischi specifici aziendali come è l'ipotesi di una epidemia o potenziale pandemia. Sembrerebbe quindi possibile escludere un obbligo di aggiornamento per quelle imprese che non abbiano come oggetto diretto dell'attività lavorativa il rischio biologico, ma presentino soltanto un rischio di esposizione indiretta.

Si tratta di un'analisi non condivisibile. Da sempre è pacifico in giurisprudenza (e in letteratura) che il DVR costituisce un documento "dinamico", e, dunque, un

¹² Non risulta, invece, evocato il gruppo 4 ("un agente biologico che può provocare malattie gravi in soggetti umani e costituisce un serio rischio per i lavoratori e può presentare un elevato rischio di propagazione nella comunità; non sono disponibili, di norma, efficaci misure profilattiche o terapeutiche").

documento preordinato a fornire una rappresentazione della realtà aziendale non già statica, bensì costantemente fedele.

Cass. 31 luglio 2019, n. 34893

“Integra la violazione dell’obbligo del datore di lavoro di elaborare un documento di valutazione dei rischi per la sicurezza e la salute durante il lavoro non soltanto l’omessa redazione del documento iniziale, ma anche il suo mancato, insufficiente o inadeguato aggiornamento od adeguamento, mentre l’imputato non ha adempiuto tale suo obbligo né all’inizio né nel corso dell’esecuzione dei lavori”.

Cass. 30 agosto 2018, n. 39283

“Il DVR è uno strumento duttile, suscettibile di essere in ogni momento aggiornato per essere costantemente al passo con le esigenze di prevenzione che si ricavano dalla pratica giornaliera dell’attività lavorativa. È quindi contraria ad ogni logica giuridica la possibilità di concepire un documento di valutazione dei rischi immutabile”.

Cass. 31 gennaio 2017, n. 4706

“Le misure atte a prevenire il rischio vanno progressivamente adattate in ragione del mutamento delle complessive condizioni di svolgimento delle singole mansioni, secondo un concetto ‘dinamico’ del rischio, che impone l’adeguamento degli strumenti di protezione e l’aggiornamento della formazione ed informazione del lavoratore, ogni qual volta intervenga un rischio nuovo rispetto a quello originariamente previsto”.

Il fatto è che, in forza dell’art. 28, commi 1 e 2, D.Lgs. n. 81/2008, il datore di lavoro è tenuto a valutare tutti i rischi per la sicurezza e la salute, e che per “valutazione dei rischi” s’intende, in base all’art. 2, comma 1, lett. q), D.Lgs. n. 81/2008, una “valutazione globale e documentata di tutti i rischi per la salute e sicurezza dei lavoratori presenti nell’ambito dell’organizzazione in cui essi prestano la propria attività”.

E sarebbe **fuorviante esimere il datore di lavoro di un’impresa già in attività nel 2019 (ma non il datore di lavoro di una nuova impresa costituita nel 2020) dall’obbligo di valutare il rischio coronavirus.**

Illuminante è al riguardo la vicenda esaminata da:

Cass. 27 febbraio 2013, n. 9505

“Se nel regime previgente il verificarsi di un infortunio non costituiva per il diritto positivo uno dei presupposti dell’obbligo di aggiornamento della valutazione dei rischi (l’art. 4, comma 7, D.Lgs. n. 626/1994 menzionava soltanto le modifiche del processo produttivo significative ai fini della sicurezza e della sa-

lute dei lavoratori), non è mancata la valorizzazione giurisprudenziale della posizione di garanzia attribuita dall'ordinamento al datore di lavoro nei confronti della sicurezza dei lavoratori, sì da ritenere imposto l'aggiornamento delle misure di prevenzione non solo in presenza di mutamenti organizzativi e produttivi dell'impresa, ma ogni volta che fosse richiesto dagli obiettivi stabiliti dalla disciplina sulla sicurezza del lavoro".

(Dove la Sez. IV conferma l'insegnamento già impartito da Cass. 28 dicembre 2005, n. 47234: "l'obbligo di aggiornamento previsto dall'art. 4, comma 5, lettera b), D.Lgs. n. 626/1994 non può ritenersi limitato solo a 'mutamenti organizzativi e produttivi' riguardanti la struttura dell'impresa, ma va valutato sempre in relazione al fondamentale disposto dell'*incipit* del comma 5 ['il datore di lavoro adotta le misure necessarie per la sicurezza e la salute dei lavoratori']: in tale prospettiva, si tratta, quindi, di un obbligo assoluto, non essendo neppure ipotizzabile che il legislatore del 1994, nel rendere più rigoroso tutto il sistema normativo concernente la prevenzione infortuni, abbia consentito la permanenza di macchinari pericolosi per la sicurezza e la salute dei lavoratori").

3. Gli obblighi dei garanti della sicurezza anti-coronavirus: misure atipiche e misure tipizzate

In forza dell'art. 28, comma 2, D.Lgs. n. 81/2008, il DVR, oltre all'analisi del rischio coronavirus, deve contenere l'individuazione delle misure di prevenzione e protezione adottate contro tale rischio.

A) Quali sono le misure di prevenzione e protezione da adottare?

Le fonti normative di tali misure possono essere di due ordini:

- le misure "tipizzate" o "nominate";
- le misure "atipiche" o "innominate".

Le seconde, a differenza delle prime, non previste da specifiche disposizioni, ma desumibili dall'obbligo generale di cui all'art. 2087 c.c.¹³.

Illuminante anche sul fronte di un rischio come il coronavirus è l'analisi generale svolta dalla Cass., SS.UU., 18 settembre 2014, n. 38343 a proposito del sapere scientifico e tecnologico come fonte delle misure di prevenzione:

Cass., SS.UU., 18 settembre 2014, n. 38343

"Il presente dell'esperienza giuridica mostra contesti di rischio oggetto di una articolata disciplina di settore: la sicurezza del lavoro e la circolazione stradale ne costituiscono gli esempi più noti. Si tratta di corpi normativi che dettano regole plurime, spesso dettagliate. Tali normative, tuttavia, non possono certamente esaurire ed aggiornare tutte le possibili prescrizioni atte a governare compiutamente rischi indicibilmente vari e complessi. L'inadeguatezza deriva da un lato dalla varietà delle situazioni di dettaglio, che non consente di pensare ad una normazione direttamente esaustiva; e dall'altro dal continuo sviluppo delle conoscenze e delle tecnologie, che rende sovente inattuali le prescrizioni codificate. Per questo la normativa cautelare ha bisogno di essere integrata dal sapere scientifico e tecnologico che reca il vero nucleo aggiornato della disciplina prevenzionistica. Per tale ragione il sistema, prevede che ciascun garante analizzi i rischi specifici connessi alla propria attività; ed adotti le conseguenti, appropriate misure cautelari, avvalendosi proprio di figure istituzionali, come il responsabile del servizio di prevenzione e protezione, che del sapere necessario sono istituzionalmente portatori. L'obbligo giuridico nascente dalla aggiornata

¹³ Cass. civ., sez. lav. 29 marzo 2019, n. 8911.

considerazione dell'accreditato sapere scientifico e tecnologico è talmente preminente che è sicuramente destinato a prevalere su quello eventualmente derivante da disciplina legale incompleta o non aggiornata. La fattispecie colposa ha necessità di essere etero-integrata non solo dalla legge, ma anche da atti di rango inferiore”.

Tra questi atti di rango inferiore fanno spicco naturalmente i diversi provvedimenti recanti **“misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19”**, e, segnatamente, i D.P.C.M. che a ritmi serrati si stanno susseguendo al riguardo (emblematiche le “misure igienico-sanitarie” elencate nell'Allegato 1, D.P.C.M. 8 marzo 2020, così come le misure indicate dal D.P.C.M. 11 marzo 2020 nei punti 7 e 8 dell'art. 1).

Domanda: il datore di lavoro - chiamato a individuare le misure di prevenzione e di protezione in collaborazione con l'RSPP e con il medico competente - ha mano libera nella scelta delle misure da attuare?

Risposta: La risposta ce la dà il D.Lgs. n. 81/2008, e sta non già in un ambiguo “principio generale di proporzionalità tra entità del rischio e livello delle azioni da porre in essere” pur evocato da taluno, ma nel **principio della massima sicurezza tecnologicamente fattibile** (v., in particolare, artt. 15, comma 1, lett. b), c), e), g), h), i), e 18, comma 1, lett. z, D.Lgs. n. 81/2008). Un principio cardine del nostro sistema di sicurezza sul lavoro:

Cass. 2 marzo 2020, n. 8160

“Qualora sussista la possibilità di ricorrere a plurime misure di prevenzione di eventi dannosi, il datore di lavoro è tenuto ad adottare il sistema sul cui utilizzo incida meno la scelta discrezionale del lavoratore, al fine di garantire il maggior livello di sicurezza possibile”.

Cass. 3 febbraio 2016, n. 4501

“Il datore di lavoro deve ispirare la sua condotta alle acquisizioni della migliore scienza ed esperienza per fare in modo che il lavoratore sia posto nelle condizioni di operare con assoluta sicurezza. L'art. 2087 c.c., infatti, nell'affermare che l'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa misure che, secondo le particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale del lavoratore, stimola obbligatoriamente il datore di lavoro ad aprirsi alle nuove acquisizioni tecnologiche”.

Cass. 2 febbraio 2016, n. 4325

Allorquando l'imprenditore disponga di più sistemi di prevenzione di eventi dannosi, è tenuto ad adottare (salvo il caso di impossibilità) quello più idoneo a garantire un maggior livello di sicurezza: trattasi, invero, di principio cui non è possibile derogare soprattutto nei casi in cui i beni da tutelare siano costituiti dalla vita e dalla integrità fisica delle persone.

Anche se è il caso di precisare che **il datore di lavoro non è tenuto a creare un ambiente lavorativo a “rischio zero”**¹⁴. Invero, “se il rischio è esistente, ne discende l’obbligo di adottare le misure necessarie a fronteggiarlo, eliminandolo o, se non possibile tecnicamente, riducendolo”¹⁵.

Va da sé, alla luce del Titolo X, D.Lgs. n. 81/2008, che, per quanto concerne le strutture sanitarie e veterinarie, i laboratori e gli stabulari, i processi industriali comportanti l’uso di agenti biologici dei gruppi 2, 3 e 4, debbano essere adottate le misure specificamente contemplate negli artt. 274-276¹⁶.

B) Soggetti responsabili.

Molteplici sono i soggetti chiamati a garantire la tutela dei lavoratori contro un rischio come il coronavirus, e, segnatamente, quelle figure, primi fra tutti **l’RSPP e il medico competente**, che del sapere scientifico e tecnologico sono istituzionalmente portatori. E tuttavia il ruolo primario compete al **datore di lavoro**. Abbiamo visto, e vedremo, che entrano in gioco interventi tali da comportare scelte strategiche di fondo, riconducibili alla sfera di responsabilità del datore di lavoro:

Cass. 4 aprile 2019, n. 14915

“Ai fini dell’individuazione del garante nelle strutture aziendali complesse occorre fare riferimento al soggetto espressamente deputato alla gestione del rischio essendo, comunque, generalmente riconducibile alla sfera di responsabilità del datore di lavoro l’incidente derivante da scelte gestionali di fondo”.

Cass. 28 aprile 2017, n. 20309

“Anche nelle strutture più complesse, non sono delegabili le attività di valutazione dei rischi per la salute dei lavoratori ove essi si riconnettano a scelte di carattere generale di politica aziendale ovvero a carenze strutturali, rispetto alle quali nessuna capacità di intervento possa attribuirsi al delegato della sicurezza”.

¹⁴ Cass. pen. 6 novembre 2018, n. 50000: v. pure Cass. civ., sez. lav., 29 marzo 2019, n. 8911.

¹⁵ Cass. pen. 12 luglio 2019, n. 30633.

¹⁶ Per un’analisi tecnica di queste realtà aziendali v., ad es., Regione Marche, *Nota informativa*, cit.