di **Avv. Costantino Di Miceli e Avv. Paola Mutti,** LAETA Consulting benefit corporation srl, team di consulenza globale integrata convenzionato con Federmanager

LA "FASE 2" DELL'EMERGENZA PANDEMICA.

La responsabilità penale e "231" del datore di lavoro: aggiornamento del modello e ruolo dell'Organismo di Vigilanza

Al manifestarsi dell'emergenza pandemica, l'**Organismo di Vigilanza** – ovvero l'organo (collegiale o monocratico) che deve vigilare sulla corretta applicazione ed osservanza del Modello Organizzativo di Gestione e Controllo ex D. Lgs. 231/01 e curarne l'aggiornamento, agendo come un osservatore indipendente, con funzioni di controllo, propositive e consultive, privo di poteri di intervento diretto - ha svolto un ruolo di supporto alle funzioni aziendali di vertice, impegnate, insieme a RSPP, RLS e Medico competente, nell'adozione dei presidi di prevenzione e di contenimento del rischio di contagio prescritti dai decreti, protocolli condivisi, circolari e linee guida che si sono susseguiti negli ultimi due mesi[1].

In questo primissimo momento, estremamente concitato, l'azione dell'ODV si è rivolta al monitoraggio della corretta, diligente e costante attuazione delle misure previste nei Protocolli – tenuto conto, come sempre, della specifica realtà aziendale e del tipo di attività economica svolta dall'ente in cui opera – ed all'attivazione e mantenimento dei flussi informativi specifici con il Comitato di crisi previsto dal Protocollo del 14 marzo, l'RSPP e gli altri attori coinvolti nella gestione della crisi.

Questa attività ha caratterizzato la Fase 1, del lockdown, in cui ogni ogni datore di lavoro si è trovato, all'improvviso, a fronteggiare un rischio biologico con caratteristiche pandemiche, assolutamente eccezionale ed imprevedibile, tanto più incombente quanto più direttamente collegato al tipo di attività svolta (si pensi agli operatori sanitari o alle attività di contatto diretto col pubblico mai sospese, come ad esempio le rivendite di generi alimentari).

Una fase in cui l'imperativo era contenere, ed è stato necessario agire velocemente.

Superata l'emergenza, si apre ora la Fase 2, di convivenza con il virus, in cui le attività economiche riprendono o proseguono in un contesto globale profondamente mutato e si assiste al progressivo ritorno ad una socialità "distanziata" e "mascherata", ma di nuovo attiva. E', questo, il momento di una riflessione un po' più ampia, di risistemazione organica delle molteplici sollecitazioni del periodo, per trarne qualche prima conclusione sul tema "caldissimo" della **responsabilità penale del datore di lavoro in caso di contagio dei dipendenti**, oltre che sulla necessità/obbligatorietà dell'aggiornamento del Modello 231 e del DVR e sul ruolo dell'Organismo di Vigilanza.

E' indubbio e sotto gli occhi di tutti l'impatto a dir poco dirompente che il COVID-19 ha avuto in modo diretto sul rischio afferente la salute e sicurezza sul luogo di lavoro e quindi sui reati presupposti connessi alla materia prevenzionistica di cui all'art. 25-septies del D. Lgs. 231/01 (lesioni personali e omicidio colposo).

Rispetto ai dipendenti o collaboratori, il datore di lavoro ha i ben noti doveri di tutela che derivano dal TU 81/08 e prima ancora e più estesamente dall'art. 2087 c.c., cui la pandemia, come sopra si accennava (con l'art. 3 del DPCM 22.03.2020), ha aggiunto l'obbligo di rispettare tutte le previsioni del Protocollo siglato tra le parti sociali il 14.3.2020, come poi ampliato dal successivo Protollo del 24.04.2020, cui si sono aggiunte le prescrizioni delle Circolari del Ministero della Salute, delle Linee Guida emanate per singole attività dalle Regioni, i documenti Tecnici dell'INAIL ecc..

Ancora di recente, con la pubblicazione in Gazzetta del D.L. 33 del 16 Maggio 2020, è stata confermata la portata precettiva e vincolante di tutti i protocolli o linee guida già vigenti a livello nazionale, che potranno essere implementati o anche sostituiti da quelli che verranno adottati (e in alcuni casi, come ad esempio in Emilia Romagna, sono già stati adottati) dalle regioni, dalla Conferenza delle regioni o dalle province (art. 1 comma 14). Ancora, è stato ribadito che il mancato rispetto dei contenuti dei protocolli o delle linee guida, regionali o nazionali, con conseguente inadeguato livello di protezione, potrà portare alla sospensione dell'attività fino al ripristino delle condizioni di sicurezza (art. 1 comma 15) e che la violazione delle dispozioni del Decreto commesse nell'esercizio di un'attività di impresa potrà comportare anche la sanzione

[1] Come noto, già il DPCM 11 marzo 2020 – con cui era stata disposta la sospensione di numerose attività – prevedeva specifiche raccomandazioni e direttive per la prosecuzione delle attività produttive e professionali non sospese, che sono state poi dettagliate ed implementate dalle linee guida contenute nel Protocollo condiviso tra le rappresentanze datoriali e sindacali sottoscritto il 14.03.2020, cui ha fatto seguito il secondo Protocollo del 24 aprile 2020, oltre a numerosi altri documenti tecnici, generali e specifici, emanati dal Ministero della salute, dalle Regioni, dall'INAIL ecc.

amministrativa accessoria della chiusura dell'esercizio o dell'attività da 5 a 30 giorni (art. 2).
Tutte le prescrizioni di cui si tratta hanno certamente contenuto e funzione prevenzionistica e di minimizzazione del rischio di contagio correlato allo svolgimento del lavoro e da ciò e dalla loro obbligatorietà deriva che, in caso di contagio di uno o più dipendenti, si porrà certamente un problema di responsabilità del Datore di lavoro - a titolo di lesioni personali gravi o gravissime, o addirittura di omicidio colposo in caso di esito esiziale - se verrà accertata la mancata adozione / inosservanza delle procedure e cautele vigenti.
In questo contesto, non a caso, nei giorni scorsi ha destato preoccupazione la Circolare nr. 13 del 3 aprile con cui INAIL ha assimilato il contagio ad infortunio sul lavoro, con presunzione *iuris tantum* di inerenza alle mansioni per tutte le categorie di lavoratori esposti ad alto rischio sanitario (in primis, operatori sanitari e tutti quelli che si trovano a contatto col pubblico), ponendo a carico dell'Istituto stesso l'onere di fornire eventuale prova contraria (di contagio "altrove") .
Si temeva infatti una "traslazione" di questi principi e delle presunzioni che li assistono nel campo dell'accertamento della responsabilità penale del datore di lavoro.
Con successivo comunicato stampa del 15 maggio 2020, l'Istituto ha però smentito l'allarme e precisato che **dal riconoscimento come infortunio sul lavoro non può mai discendere automaticamente l'accertamento della responsabilità (civile o) penale in capo al datore di lavoro**, essendo totalmente diversi i presupposti ed i criteri di accertamento –basti pensare alla presunzione di innocenza, con conseguente onere di prova a carico dell'Accusa– ed ha anzi sottolineato che **la molteplicità delle modalità del contagio e la mutevolezza delle prescrizioni da adottare sui luoghi di lavoro, oggetto di continuo aggiornamento da parte delle autorità in relazione all'andamento epidemiologico, renderanno di fatto estremamente difficile la configurabilità di una responsabilità penale dei datori di lavoro.**
Configurabilità che, qui si aggiunge, presuppone anche l'accertamento di un nesso di causa/effetto fra l'omessa adozione di una o più cautele precisamente individuate e l'evento contagio / morte nello specifico verificatosi, con tutte le peculiarità del caso concreto.
Se è vero che questo intervento chiarificatore ha sollevato i datori di lavoro da alcuni timori, vi è però un altro aspetto che amplifica la loro esposizione a responsabilità: proprio perchè il contagio è assimilato all'infortunio sul lavoro, il datore di lavoro può essere chiamato a rispondere anche in ipotesi di condotte imprudenti o negligenti del lavoratore, inosservante delle regole anticontagio scrupolosamente adottate, per il noto orientamento giurisprudenziale secondo cui, in dette ipotesi, residua una responsabilità datoriale per omissione della necessaria sorveglianza, con il solo limite della condotta anomala, del tutto imprevedibile ed abnorme del lavoratore che abbia interrotto il nesso causale.
Sarà quindi oltremodo importante cercare di responsabilizzare quanto più possibile i lavoratori, perché prestino la massima attenzione e collaborazione all'attuazione delle misure di prevenzione COVID-19, rispettando le norme e le prescrizioni, utilizzando in modo appropriato i DPI (mascherine / guanti), partecipando ai programmi di formazione, sottoponendosi ai controlli sanitari previsti (Test Sierologico / Tampone), ecc..
Il tema della responsabilità penale datoriale in caso di contagio è naturalmente contiguo a quello delle **responsabilità dell'ente ex art. 25- septies del D. Lgs. 231/01**, ipotizzabile ogni qual volta si dovesse accertare che la mancata adozione o l'inosservanza delle regole vigenti è riconducibile ad un *"risparmio della spesa e dello sforzo organizzativo necessario per adeguare la struttura alle prescrizioni di legge*" che configura quell'interesse o vantaggio dell'Ente che è requisito della responsabilità penale - amministrativa.
Già all'esito di queste prime riflessioni, deve concludersi che in tutti i casi in cui lo svolgimento delle mansioni di lavoro sia di per sé correlato ad un rischio di esposizione al contagio (operatori sanitari / personale addetto al pubblico), il datore di lavoro ha certamente **l'obbligo di integrare il Documento di Valutazione Rischi per la valutazione del rischio biologico da contagio e deve integrare, se in adozione, anche il Modello 231**, quantomeno nella sezione dedicata ai delitti legati agli infortuni sul lavoro; adeguamento che rimane facoltativo ma che, in ottica difensiva e di salvaguardia dell'azienda, è di fatto fortemente consigliato nei casi residuali, in cui cioè il rischio di contagio non sia inerente alle mansioni svolte.
In tale prospettiva, nella Fase 2 di convivenza col virus è senz'altro compito prioritario dell'ODV valutare lo stato del complessivo sistema di prevenzione e controllo adottato dall'Azienda e

suggerire le implementazioni del caso, appunto perché in mancanza di aggiornamento del Modello e del DVR o dell'adozione di appositi protocolli anticontagio, l'azienda potrebbe incorrere in una imputazione «231» e rischierebbe anche una sospensione dell'attività.
Valutare l'efficienza del Modello non significa, necessariamente, suggerire la sua modifica, perché potrà essere sufficiente l'elaborazione di procedure e protocolli temporanei anticontagio che vadano ad integrare il DVR e quindi anche il Modello *per relationem* e che regolino quantomento alcuni aspetti principali quali:
a. Pulizia e sanificazione ambienti di lavoro e degli strumenti di lavoro;
b. Detergenti per la pulizia delle mani a disposizione di tutti i lavoratori;
c. Uso delle mascherine obbligatorio se non vi è la distanza minima di sicurezza indicata dall'OMS;
d. Obbligo di utilizzo delle mascherine negli spazi comuni;
e. Garanzia della sanificazione degli spazi comuni con regolarità giornaliera;
f. Divieto di riunioni in presenza, evitando così assembramento non necessario, preferire la videoconferenza;
g. Previsione di una turnazione di lavoro, che riduca notevolmente la presenza delle persone in azienda;
h. Orari di ingresso ed uscita flessibili per evitare gli assembramenti delle ore di punta sui mezzi pubblici;
i. Favorire la formazione in materia di sicurezza sul lavoro in modalità videoconferenza.
Oltre che sul rischio relativo ai reati in materia antinfortunistica, l'emergenza Covid-19 ha inciso ed inciderà, in modo indiretto ma comunque significativo, sul rischio di esposizione dell'ente ad altre tipologie di reati presupposto della responsabilità previsti dal D. Lgs 231/01.
Il blocco di molte attività industriali e commerciali sta indebolendo le imprese dal punto di vista economico e finanziario e le espone quindi al rischio di realizzazione di reati tributari, di riciclaggio, di corruzione, indebita percezione di erogazioni pubbliche, malversazione (si pensi a tutto l'ambito degli interventi pubblici finalizzato ad agevolare la continuità delle imprese); l'esigenza di liquidità potrebbe favorire la diffusione di rendiconti finanziari non veritieri e/o situazioni contabili non corrispondenti alle norme sulla contabilità, l'effettuazione di operazioni non registrate o non adeguatamente identificate, l'iscrizione di passività il cui oggetto sia indicato in modo scorretto e l'uso di documenti falsi, allo scopo di ottenere dagli istituti bancari finanziamenti garantiti dalle istituzioni. Altri settori di rischio vanno individuati nei delitti contro l'industria e il commercio, soprattutto per i beni caratterizzati da elevata domanda nella attuale fase storica (es. DPI), che potrebbero essere contraffatti, oppure avere origine, provenienza, qualità, marchio o segni distintivi diversi da quelli pattuiti, nonché nei reati informatici.
In tale prospettiva, compito dell'ODV sarà quindi anche valutare se la «nuova» organizzazione dell'impresa, il suo nuovo modo di operare in un contesto di riferimento profondamente mutato, possa offrire nuove occasioni di reato in precedenza non mappate o, comunque, giudicate non di rilievo, al fine di suggerire e stimolare, se del caso, il tempestivo aggiornamento del Modello, in modo da mantenerne l'efficacia.
Una iniziativa che potrà certamente contribuire a mantenere o anche incrementare il fattore reputazionale dell'azienda.

***Avv. Costantino Di Miceli**, avvocato civilista del foro di Bologna, partner di **LAETA Consulting benefit corporation** srl, il team di consulenza globale integrata convenzionato con Federmanager.

***Avv. Paola Mutti**, avvocato penalista del foro di Bologna, of counsel di **LAETA Consulting benefit corporation srl**, il team di consulenza globale integrata convenzionato con Federmanager.

LAETA CONSULTING BENEFIT CORPORATION Società di consulenza convenzionata con Federmanager. Contatti: **avv Andrea Montanari**
Managing Coordinator
avv.amontanari@laetabenefitsrlcom
www.laetabenefitsrl.com
tel. 0516448802 – via Dante 34 (BO)