

Approfondimenti

Sicurezza sul lavoro

Asintomatici “invisibili”: Protocollo 24 aprile 2020

Luca Barbieri - Consulente aziendale - Studio Arlati Ghislandi - AG Studi e Ricerche

Le attività di ricerca e d'analisi, anche statistica, condotte durante la crisi sanitaria, e che non cessano di contribuire ad un progresso delle conoscenze maturate intorno al fenomeno epidemico, hanno permesso d'individuare e sperimentare con sempre maggiore precisione misure tecniche ed organizzative volte a contrastare il rischio di contagio in occasione di lavoro.

All'avanzamento - non privo di incertezze, approssimazioni e incongruenze - registrato sul piano scientifico, non è però seguito l'atteso affinamento dell'impianto normativo in materia di tutela della salute nei luoghi di lavoro.

Il D.P.C.M. 3 dicembre 2020, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 3 dicembre 2020, n. 301 ed in vigore nel periodo compreso tra il 4 dicembre 2020 e il 15 gennaio 2021, replica, pur introducendo limitazioni e ulteriori specificazioni appositamente congegnate per scongiurare che le imminenti festività determinino un'accelerazione della diffusione del contagio, le disposizioni che, almeno con riguardo al rischio di contagio in occasione di lavoro, si succedono pressoché inalterate ormai dal 4 maggio 2020, data di entrata in vigore del D.P.C.M. 26 aprile 2020; più precisamente, il riferimento è qui volto al disposto di cui all'art. 2, comma 6, del testé citato decreto, per effetto del quale lo svolgimento delle attività d'impresa al tempo non sospese fu stabilito dovesse conformarsi alle prescrizioni e “raccomandazioni” di cui al Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus sottoscritto il 24 aprile 2020 (allegato 6 al medesimo decreto). Più recentemente, l'art. 4 del D.P.C.M. 3 dicembre 2020, recante misure di contenimento del contagio per lo svolgimento in sicurezza delle attività produttive industriali e commerciali, stabilisce che ogni attività produttiva non possa che

essere svolta in stretta osservanza di quanto previsto dal richiamato Protocollo 24 aprile 2020 o di altro protocollo condiviso vigente in specifici ambiti di competenza (trattasi del Protocollo 24 aprile 2020 per il contenimento della diffusione del contagio nei cantieri e del Protocollo sottoscritto in data 20 marzo 2020 e applicato al solo settore del trasporto e della logistica).

Alla luce dei più sopra richiamati avanzamenti scientifici, che hanno contribuito, come detto, ad una più precisa conoscenza del fenomeno epidemico, è opportuno chiedersi se le misure contenute nel Protocollo 24 aprile 2020 e da questo espressamente disciplinate possano essere considerate ancora efficaci o se invece non sia necessario introdurre nuove ed ulteriori misure per contrastare e contenere il rischio di contagio in occasione di lavoro.

In altre parole, stando alle evidenze attualmente disponibili e accolte dalla comunità scientifica, le norme individuate dal Protocollo 24 aprile 2020 necessitano di essere integrate mediante l'applicazione di “misure equivalenti” quali, ad esempio, le indagini diagnostiche, oppure possono ancora dirsi di per sé sufficienti a contrastare il rischio di contagio in occasione di lavoro?

Peraltro, ove fossero rilevati profili di non-attualità e manifesta inadeguatezza delle disposizioni contenute nel Protocollo 24 aprile 2020, come interpretare l'art. 29-bis del D.L. 8 aprile 2020, n. 23, introdotto in sede di conversione del decreto a far tempo dal 7 giugno 2020 dalla legge 5 giugno 2020, n. 40, nella parte in cui stabilisce che il datore di lavoro che osservi le prescrizioni contenute in detto Protocollo adempie al tempo stesso all'art. 2087 c.c. quando in tema di tutela delle condizioni di lavoro è proprio tale disposizione a imprimere a sua volta un essenziale carattere di dinamicità alle misure di tutela, preve-

dendo che queste debbano essere adottate secondo *i*) la particolarità del lavoro, *ii*) l'esperienza e la *iii*) tecnica?

Profili di inadeguatezza del Protocollo 24 aprile 2020

Prime ipotesi

L'ingente produzione normativa emergenziale ha seguito una propria evoluzione - certamente non lineare e sovente disorganica - che in sede interpretativa ha di volta in volta richiesto un energico e minuzioso intervento di raccordo e coordinamento.

In tale incessante attività interpretativa è stato ovviamente ricompreso anche il Protocollo 24 aprile 2020 che, come anticipato, ha resistito ai mutamenti del quadro normativo e alle trasformazioni attraversate dal fenomeno epidemico, portando in luce sovrapposizioni e "interferenze" che hanno provocato attriti e frizioni che neppure in sede di prassi sono state rilevate e risolte.

Di seguito, e a mero titolo esemplificativo, si evidenziano talune incongruenze - al momento non ancora superate - correlate a disposizioni contenute nel Protocollo 24 aprile 2020.

Limitando l'analisi alle prescrizioni contenute nel D.P.C.M. 3 dicembre 2020, uno dei profili di maggiore criticità riconducibili al Protocollo afferisce all'obbligo di sospendere il ricorso alla **trasferta del lavoratore** stabilito al paragrafo 8 del Protocollo stesso. Sebbene a più riprese il decreto preveda che le limitazioni alla libertà di circolazione debbano intendersi superabili ove la necessità di spostamento sia riconducibile ad esigenze lavorative (e in tal senso dispongono gli art. 1, comma 3, 2, comma 4, lettere *a*) e *b*), 3, comma 4, lett. *a*), 6, comma 1, lett. *a*)), il Protocollo impone che le trasferte e i viaggi di lavoro nazionali e internazionali siano sospesi e annullati, anche se già concordati od organizzati.

Tale prescrizione del Protocollo, comprensibile solo se collocata temporalmente nella prima severissima fase dell'emergenza sanitaria, precluderebbe dunque la possibilità di programmare ed effettuare una trasferta o un distacco, mentre il citato decreto ne ammette lo svolgimento non solo nell'ambito del territorio nazionale, ma addirittura quando la prestazione in regime di trasferta debba essere effettuata in uno Stato estero o comporti l'ingresso nel territorio nazionale di un

lavoratore preveniente da altro Stato che, ferme restando talune specifiche limitazioni, può anche non essere comunitario.

Nell'ipotesi in cui un evento di contagio dovesse verificarsi in occasione della trasferta o del distacco (anche transnazionali), la violazione di una prescrizione (inattuale) dettata dal Protocollo 24 aprile 2020 comporterebbe di per sé la violazione dell'art. 29-*bis* del D.L. 8 aprile 2020, n. 23 e, quindi, la violazione dell'art. 2087 c.c. nonostante l'invio in trasferta o distacco siano ammessi dal medesimo decreto che recepisce il Protocollo?

La violazione dell'obbligo di sicurezza sarebbe rilevata anche nell'ipotesi in cui il datore di lavoro abbia sì disposto l'invio in trasferta del lavoratore, ma solo dopo avere adottato le più efficaci "misure equivalenti" al fine di garantire il massimo livello possibile di tutela della salute del lavoratore?

Sarebbe pertanto rilevata la violazione dell'art. 2087 c.c. anche quando lo svolgimento dell'attività in trasferta sia stato preceduto dall'accertata negatività sia del lavoratore da inviare in trasferta che del lavoratore operante nel luogo della trasferta mediante *test* effettuato con tampone molecolare?

Sotto diverso profilo, elementi di criticità si rilevano anche con riferimento alla prescrizione di cui al paragrafo 2 del Protocollo 24 aprile 2020, in forza della quale l'**ingresso nelle pertinenze aziendali di un lavoratore già risultato positivo all'infezione** è subordinata alla preventiva comunicazione indirizzata al datore di lavoro da cui risulti l'avvenuta negativizzazione del tampone (trattasi della certificazione medica rilasciata dall'Autorità sanitaria competente per territorio).

Al riguardo, elementi di criticità affatto trascurabili sono emersi quando il Ministero della Salute ha diramato la circolare 12 ottobre 2020, n. 32850, mediante la quale ha provveduto a categorizzare per distinte tipologie i soggetti che, direttamente o indirettamente, siano stati interessati dal contagio. In tale occasione, il Dicastero ha definito il soggetto «*positivo a lungo termine*» come colui il quale, pur non presentando alcun sintomo, risulti essere positivo al tampone molecolare per SARS-CoV-2. Nonostante non siano state portate a conforto evidenze scientifiche, è orientamento ministeriale che tale categoria di soggetti contagiati possa interrompere l'isola-

Approfondimenti

mento una volta che siano trascorsi 21 giorni dalla comparsa dei sintomi (pare arduo in tale ipotesi individuare una data incontrovertibile a decorrere dalla quale computare il suindicato termine di 21 giorni). In ragione di tale precisazione ministeriale, il lavoratore asintomatico che fosse «positivo a lungo termine» e che intendesse riprendere la propria attività di lavoro si vedrebbe opporre dal proprio datore di lavoro il citato paragrafo 2 del Protocollo 24 aprile 2020, così che la ripresa dell'attività lavorativa sarebbe in ogni caso subordinata alla produzione della certificazione medica attestante l'avvenuta negativizzazione, a nulla valendo la menzionata circolare 12 ottobre 2020, n. 32850.

È opportuno considerare altresì che in tali ipotesi potrebbe accadere che laddove non sia possibile neppure temporaneamente svolgere l'attività in modalità di lavoro agile (art. 1, comma 10, lett. *nn*), punto 1) del D.P.C.M. 3 dicembre 2020), l'ordinamento non contempla alcun regime di protezione o indennitario per il lavoratore a copertura del tempo di attesa che ha preceduto il rilascio dell'esito del tampone rino-faringeo da parte dell'Autorità sanitaria.

Il caso di lavoratori asintomatici o in fase pre-sintomatica

Con riferimento alla diffusione del contagio, le attuali evidenze statistiche attribuiscono unanimemente rilievo non trascurabile ai soggetti asintomatici, cioè a coloro che pur avendo contratto il *virus* non manifestano alcun sintomo.

È peraltro appurato come un soggetto infetto sia inizialmente asintomatico; dunque, anche la trasmissione del *virus* in una fase pre-sintomatica del contagio può influire in misura determinante ad aggravare l'andamento della curva di contagio. In un'ottica di prevenzione e tutela della salute nei luoghi di lavoro, è pertanto essenziale contrastare il rischio di contagio riconducibile a **i)** soggetti asintomatici e **ii)** soggetti che ancora attraversano una fase pre-sintomatica e che solo a breve manifesteranno i sintomi.

L'analisi di tali fonti di rischio può peraltro consentire al datore di lavoro di adottare politiche e strategie prevenzionistiche adatte alla struttura organizzativa e produttiva dell'impresa nonché al contesto territoriale in cui questa è stabilita, ponendo in essere le più opportune misure di natura tecnica e organizzativa.

Alle evidenze afferenti al rischio di contagio innescato da soggetti asintomatici o in fase pre-sintomatica non pare però riferirsi in alcun modo il più volte richiamato D.P.C.M. 3 dicembre 2020, che ha ritenuto di garantire un efficace disciplinamento del rischio di contagio in occasione di lavoro mediante il mero (e acritico) recepimento del Protocollo 24 aprile 2020.

Ebbene, laddove ai sensi del richiamato art. 4 del D.P.C.M. 3 novembre 2020 il datore di lavoro si limitasse a inserire in un protocollo sanitario aziendale le sole disposizioni dettate dal citato Protocollo, non porrebbe in atto alcuna misura utile per contrastare il rischio di contagio in relazione ai lavoratori pre-sintomatici o asintomatici. Poiché le norme contenute nel Protocollo e finalizzate a disciplinare le modalità d'ingresso nelle pertinenze aziendali sono essenzialmente basate sul rilevamento della temperatura corporea al momento dell'ingresso e sul distanziamento sociale, le misure di prevenzione e tutela della salute sono palesemente inadeguate a contrastare le fonti di rischio di contagio in esame (probabilmente la limitatezza delle misure di prevenzione espressamente indicate dal Protocollo 24 aprile 2020 è da ricondurre alle conoscenze disponibili con riguardo alle modalità di diffusione del contagio al tempo della sottoscrizione del Protocollo e attualmente, come già evidenziato, superate).

Occorre dunque chiedersi se la "invisibilità" dei soggetti asintomatici, da ricondurre alla "staticità" del Protocollo 24 aprile 2020, possa essere giustificata o se invece possa rappresentare una violazione dell'obbligo di sicurezza.

Il fatto di adempiere alle sole prescrizioni del Protocollo pur avendo chiara contezza del fatto che il soggetto asintomatico o in fase pre-sintomatica costituisce una fonte importante di rischio di contagio può comunque consentire al datore di lavoro di non incorrere nella responsabilità civile in applicazione dell'art. 29-*bis* del D.L. 8 aprile 2020, n. 23?

Tralasciando, per ovvie ragioni, argomenti e considerazioni in tema di responsabilità penale, che pure meriterebbero un approfondimento, l'ulteriore quesito che affiora alla luce degli elementi più sopra esposti è il seguente: l'adozione di "misure equivalenti" quali, ad esempio, le indagini diagnostiche (che consentono di contrastare più efficacemente la diffusione del *virus* negli spazi di lavoro da parte di soggetti asintomatici o

in fase pre-sintomatica), costituiscono misure di prevenzione “atipiche” la cui implementazione deve in ogni caso essere attentamente ponderata dal datore di lavoro in sede di valutazione dei rischi?

Come noto, il citato art. 2087 c.c., che costituisce una norma-cardine del sistema antinfortunistico, obbliga l'imprenditore ad adottare nell'esercizio 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.

Con riguardo a tale disposizione, è orientamento costante della Suprema Corte che il datore di lavoro è tenuto a ispirare la propria condotta considerando le acquisizioni della migliore scienza ed esperienza, affinché il lavoratore sia posto nelle condizioni di operare con assoluta sicurezza (Cass. civ. 16 dicembre 2015, n. 4501); il datore di lavoro è dunque obbligato a valutare le nuove acquisizioni tecnologiche.

Ed ancora, è opportuno evidenziare come l'ambito dell'art. 2087 c.c. riguardi una responsabilità contrattuale ancorata sia a criteri probabilistici che possibilistici (Cass. civ. 8 ottobre 2018, n. 2474); la responsabilità del datore di lavoro è di natura contrattuale e, quindi, connessa alla violazione di un obbligo imposto da una norma di legge o suggerito dalle conoscenze sperimentali o tecniche disponibili al momento di adottare nell'esercizio dell'impresa ogni misura che, avuto riguardo alla particolarità del lavoro in concreto svolto dai lavoratori, si renda necessaria a tutelare l'integrità psico-fisica degli stessi (Cass. civ. 26 ottobre 2020, n. 23441 e 20 novembre 2020, n. 26512).

La responsabilità del datore di lavoro insorge dunque non solo quando sia accertata la violazione di un obbligo espressamente previsto da una disposizione di legge o dedotto nei documenti di sicurezza aziendale, discendendo altresì dall'inosservanza di criteri di tutela non predeterminati né espressamente disciplinati.

Alla luce di quanto sopra, l'omessa valutazione del rischio di contagio rappresentato da un lavoratore asintomatico o ancora in fase pre-sintomatica e la mancata adozione di qualsivoglia specifica misura di contrasto e dominio del rischio comporterebbe una violazione dell'art. 2087 c.c. anche quando il datore di lavoro abbia scrupolo-

samente adottato le misure dettate dal Protocollo 24 aprile 2020?

A tale conclusione dovrebbe pervenirsi anche quando sia acclarato che detto Protocollo è palesemente inadeguato a contenere i profili di rischio in esame?

In tale contesto, cioè quando possa essere dimostrato che la diffusione del contagio sia riconducibile ad un lavoratore asintomatico o in fase pre-sintomatica, potrebbe essere invocato l'art. 29-bis del D.L. 8 aprile 2020, n. 23 perché il datore di lavoro adempiente alle sole prescrizioni espressamente dettate dal Protocollo possa sottrarsi alla responsabilità civile?

Conclusioni

Il progresso di conoscenze acquisite nel corso dell'emergenza sanitaria ha consentito di comprendere e decifrare con maggiore precisione i tratti originali dell'epidemia da SARS-CoV-2 non solo sul piano medico-scientifico, ma anche con riguardo alle misure di contrasto e contenimento. Del carattere di spiccato dinamismo di tali sviluppi non pare siano avvertiti il Legislatore né le Parti sociali, dal momento che le norme aventi natura prevenzionistica - riunite da ultimo nel D.P.C.M. 3 dicembre 2020 - sembrano pressoché cristallizzate e ormai incapaci di contrastare efficacemente il fenomeno epidemico.

Il recepimento delle prescrizioni contenute nel Protocollo 24 aprile 2020 in un protocollo sanitario aziendale comporta un “esercizio” continuo di verifica e (eventuale) adeguamento delle misure di protezione poste in essere nell'ambito del servizio di prevenzione e protezione e non può prescindere dalle conoscenze scientifiche acquisite e dalle tecnologie che il datore di lavoro può impiegare.

In particolare, alle maglie che il Protocollo 24 aprile 2020 ha stretto per contrastare il rischio di contagio in occasione di lavoro sfuggono attualmente fonti non trascurabili di rischio di contagio quali il soggetto asintomatico o in fase pre-sintomatica.

L'attuale tecnologia consente di contrastare tali fonti di rischio mediante indagini diagnostiche - *test* sierologici, qualitativi e quantitativi, tamponi antigenici, tamponi molecolari e *test* salivari - che, adottate alla luce di un'attenta valutazione dei rischi condotta in collaborazione col medico

Approfondimenti

competente e opportunamente tradotte in procedure, consentono, col supporto di analisi anamnestiche, di delineare una strategia in materia prevenzionistica che non può non riflettersi anche sugli schemi organizzativi dell'impresa.

L'eventuale introduzione di tali misure di tutela della salute comporterà certamente il tema del disciplinamento del trattamento dei dati personali, avendo in considerazione anche le precisazioni rese dal Garante per la protezione dei dati personali in data 14 maggio 2020 sia in relazione a **i)** il rilevamento della temperatura ai fini dell'accesso alle pertinenze aziendali (ispirato al rispetto del principio di «*minimizzazione*» di cui all'art. 5, paragrafo 1, lett. *c*) del Regolamento (UE) 2016/679) che **ii)** all'effettuazione di indagini sierologiche (con riferimento alle quali è in ogni caso esclusa la possibilità che il datore di lavoro acceda direttamente ai referti o agli esiti degli esami).

Il vigente quadro normativo presenta una serie di ulteriori "dissonanze" rispetto a quelle più sopra portate in luce.

A conclusione del presente intervento, è possibile prospettare un ultimo tema: si consideri come la violazione di una disposizione contenuta nel Protocollo 24 aprile 2020 possa far decadere il datore di lavoro dal diritto a fruire di benefici normativi e contributivi ai sensi dell'art. 1, comma 1175, della legge 27 dicembre 2006, n. 296. L'omessa valutazione da parte del datore di lavoro circa l'opportunità di effettuare indagini diagnostiche potrebbe infatti realizzare una violazione degli obblighi di sicurezza di cui all'art. 2087 c.c. e comportare la decadenza dai benefici contributivi vigenti.

Restando nell'ambito della disciplina emergenziale, il riferimento potrebbe qui essere volto, a mero titolo esemplificativo, agli esoneri contributivi di cui agli artt. 3, 6 e 27 del D.L. 14 agosto 2020, n. 104, convertito, con modificazioni, in legge 13 ottobre 2020, n. 126, e dall'art. 12, commi 14 e 15, D.L. 28 ottobre 2020, n. 137.