



Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra “raccomandazioni” e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale?*

di Paolo Pascucci*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Organizzazione del lavoro, agente biologico “coronavirus” e valutazione dei rischi. – 2.1. Un problema di organizzazione aziendale o di salute pubblica? – 3. La pandemia da coronavirus: verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale? – 4. Le “raccomandazioni” del D.P.C.M. dell’11 marzo 2020. – 4.1. I protocolli di sicurezza anti-contagio. – 4.1.1. Qualche osservazione sui contenuti del Protocollo nazionale del 14 marzo 2020. – 4.2. Le altre raccomandazioni e il *rebus* della loro effettività. – 4.2.1. Raccomandazioni senza sanzioni o... possibilità di ricorso alla “disposizione”? – 4.2.1.1. Protocolli di sicurezza anti-contagio e disposizione?

1. Premessa

Come era facile prevedere, l'emergenza del coronavirus ha generato una serie di delicate questioni interpretative che, nell'ambito del diritto del lavoro¹, riguardano anche l'applicazione della disciplina prevenzionistica per la tutela della salute e della sicurezza sul lavoro di cui al d.lgs. n. 81/2008².

Anzi, a ben guardare, la gestione dell'emergenza in atto, proprio perché intimamente connessa alla tutela della salute delle persone, rischia di creare veri e propri corti circuiti con la disciplina di tutela della salute e sicurezza sul lavoro, sottoposta, come mai prima d'ora, ad una tensione che rischia di incrinarne alcuni principi essenziali.

* Paolo Pascucci è professore ordinario di diritto del lavoro nell'Università di Urbino Carlo Bo. paolo.pascucci@uniurb.it

** Il presente saggio è stato preventivamente sottoposto al vaglio del Comitato di redazione.

L'autore ringrazia i dott. Alberto Andreani, Luciano Angelini, Chiara Lazzari e Angelo Delogu per la disponibilità al confronto su alcuni dei temi trattati, restando ovviamente lui il solo responsabile per le tesi qui prospettate.

¹ Cfr. l'Editoriale di M. MARAZZA, F. SCARPELLI, P. SORDI, *I giuslavoristi di fronte all'Emergenza COVID-19*, in “giustiziavivile.com”, n. 3/2020, 17 marzo 2020.

² Sul tema v. già P. PASCUCCI, *Sistema di prevenzione aziendale, emergenza coronavirus ed effettività*, in “giustiziavivile.com”, n. 3/2020, 17 marzo 2020; L.M. PELUSI, *Tutela della salute dei lavoratori e COVID-19: una prima lettura critica degli obblighi datoriali*, in questo stesso fascicolo di questa Rivista.

Più in particolare, notevoli incertezze gravano sulle misure di prevenzione da adottare nelle attività produttive di cui i recenti provvedimenti governativi volti a fronteggiare l'emergenza in atto (da ultimo, il D.P.C.M. dell'11 marzo 2020) non hanno disposto la sospensione *tout court* come invece avvenuto per tutta una serie di attività commerciali.

In questo intervento ci si occuperà esclusivamente della tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori sul versante interno delle imprese, senza addentrarsi sui profili prevenzionistici relativi agli strumenti che esternalizzano la prestazione dei lavoratori per prevenire il contagio, come lo *smart working*³.

2. Organizzazione del lavoro, agente biologico "coronavirus" e valutazione dei rischi

Subito all'indomani della manifestazione dell'epidemia (assurta al grado di pandemia secondo l'Organizzazione Mondiale della Sanità) è emerso il problema relativo all'obbligo o meno di aggiornamento della valutazione dei rischi, la quale, come prevede l'art. 29, comma 3, del d.lgs. n. 81/2008, «deve essere immediatamente rielaborata, nel rispetto delle modalità» di cui all'art. 28, commi 1 e 2, «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», con il conseguente aggiornamento delle misure di prevenzione. Una valutazione dei rischi che il d.lgs. n. 81/2008 definisce, coerentemente con il principio contenuto nella direttiva quadro n. 89/391/CEE, come la «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, finalizzata ad individuare le adeguate misure di prevenzione e di protezione e ad elaborare il programma delle misure atte a garantire il miglioramento nel tempo dei livelli di salute e sicurezza» (art. 2, lett. q; art. 28). Alla luce di tali previsioni, ci si è dunque chiesti se il rischio di contagio da coronavirus debba essere preso in considerazione dal datore di lavoro aggiornando la valutazione dei rischi già effettuata ed il relativo documento.

Per rispondere a tale quesito non basta far leva sul fatto che la legge impone di valutare «tutti» i rischi, dovendosi invece considerare che il legislatore ha chiaramente indicato che deve trattarsi di «tutti» i rischi presenti nell'ambito dell'organizzazione in cui operano i lavoratori, vale a dire i rischi specifici che sono connessi al *contesto strutturale, strumentale, procedurale e di regole* che il datore di lavoro ha concepito e messo in atto per il perseguimento delle proprie finalità produttive.

³ Su cui v. *amplius* A. MARESCA, *Relazione*, Webinar COVID-19, Commissione di Certificazione, Università degli Studi Roma Tre, 11 marzo 2020; S. BINI, *Lo smart working al tempo del coronavirus. Brevi osservazioni, in stato di emergenza*, in "giustiziacivile.com", n. 3/2020, 17 marzo 2020.

Tanto è vero che, in base al citato art. 29, comma 3, del d.lgs. n. 81/2008, l'aggiornamento della valutazione dei rischi e conseguentemente delle misure di prevenzione riguarda sempre l'organizzazione intesa nel senso appena evocato: in primo luogo quando il datore di lavoro abbia apportato modifiche al processo produttivo o all'organizzazione del lavoro, le quali possano riverberare effetti non irrilevanti sulla salute e sulla sicurezza dei lavoratori; oppure quando l'evoluzione della tecnica, della prevenzione o della protezione faccia emergere l'obsolescenza dell'analisi dell'organizzazione e dei processi di lavoro effettuata all'atto della valutazione dei rischi e/o dell'apparato preventivo che ne è scaturito; o, ancora, quando alcuni chiari segnali – il verificarsi di significativi infortuni o i risultati della sorveglianza sanitaria – evidenzino o un'inadeguata valutazione dei rischi presenti nell'organizzazione del lavoro o l'insufficienza del sistema di prevenzione aziendale organizzato dal datore di lavoro.

È evidente che, manifestandosi attraverso il contatto tra le persone, il rischio biologico derivante dal coronavirus⁴ ben può insinuarsi nelle organizzazioni produttive in cui sono presenti persone che lavorano. Ma è indubbio che – fatte salve alcune specifiche attività lavorative, come ad esempio quelle che si svolgono nei servizi sanitari ed ospedalieri – negli altri casi, lungi dal tramutarsi in un rischio specifico professionale, si tratta di un rischio generico che non nasce dall'organizzazione messa in campo dal datore di lavoro o che necessariamente si manifesta in tale organizzazione, ma che semmai “approfitta” dell'organizzazione e del complesso sistema di relazioni personali su cui essa si regge per manifestarsi e diffondersi, provenendo dall'esterno dell'organizzazione medesima: è il caso del lavoratore che si contagia in un ambiente esterno all'azienda e, andandovi a lavorare, vi introduce il virus.

D'altro canto, non si deve trascurare che la specifica disciplina dell'esposizione ad agenti biologici prevista dal Titolo X del d.lgs. n. 81/2008 (artt. 266-286) si riferisce «a tutte le attività lavorative nelle quali vi è rischio di esposizione ad agenti biologici» (art. 266, comma 1):

- o in quanto il datore di lavoro deliberatamente «intenda esercitare attività che comportano uso di agenti biologici», derivandone specifici obblighi di comunicazione *ex art.* 269, comma 1, o di autorizzazione *ex art.* 270, comma 1;

- o in quanto, pur non avendo «la deliberata intenzione di operare con agenti biologici» (art. 271, comma 4), il datore di lavoro organizzi attività lavorative che,

⁴ Il quale, stando alla definizione dell'art. 268, comma 1, lett. *d*, del d.lgs. n. 81/2008, parrebbe doversi annoverare tra gli agenti biologici del “gruppo 4”, trattandosi di 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 essendo disponibili, di norma, efficaci misure profilattiche o terapeutiche. Invece, nell'Allegato XLVI del d.lgs. n. 81/2008, come del resto già nell'Allegato XI del d.lgs. n. 626/1994 (da cui quello del 2008 proviene), la famiglia di tale virus (“*coronaviridae*”) è classificata nel gruppo 2, il quale si riferisce agli agenti biologici che possono causare malattie in soggetti umani e costituire un rischio per i lavoratori, essendo poco probabile che si propaghino nella comunità ed essendo di norma disponibili efficaci misure profilattiche o terapeutiche. Quand'anche gli altri coronavirus corrispondessero a queste caratteristiche, esse paiono attagliarsi assai poco al Covid-19!

per la loro modalità di esercizio, possono implicare il rischio di esposizioni dei lavoratori a tali agenti, come tutte le attività elencate a titolo esemplificativo nell'Allegato XLIV al d.lgs. n. 81/2008⁵, o attività in cui il rischio biologico sia intimamente connesso all'uso di certi strumenti o a certe modalità della lavorazione (si pensi al rischio tetanico nella attività di falegnameria ecc.).

Si tratta dunque di ipotesi ben differenti da quelle – come nel caso del coronavirus o, se si vuole, dei “normali” virus influenzali – in cui un agente biologico “esterno” – agendo su di un ambito territoriale praticamente sconfinato – si insinui improvvisamente anche in un'organizzazione produttiva in cui non sono presenti o “dedotti” agenti biologici.

2.1. *Un problema di organizzazione aziendale o di salute pubblica?*

Ampliando il discorso, pare evidente che non si possa giungere alla paradossale conseguenza per cui qualunque fatto “esterno” che si rifletta sull'azienda divenga un rischio professionale. Fra l'altro, la normativa prevenzionistica di cui al d.lgs. n. 81/2008 ha natura penale, come tale soggetta a stretta interpretazione, e pertanto, quando essa obbliga a valutare i rischi insiti nell'organizzazione, delle due l'una: o si ritiene che qualunque rischio che si interfacci con l'organizzazione sia un rischio dell'organizzazione, o invece si tengono distinti i veri rischi professionali da tutti gli altri rischi.

La questione dei c.d. rischi “esogeni” è seria⁶. Ad esempio, ove l'impresa invii un proprio lavoratore in un paese con un alto rischio di terrorismo – aspetto normalmente ben noto e prevedibile, anche alla luce dei continui aggiornamenti forniti dal Ministero degli esteri – ben può dirsi che nell'organizzazione di tale impresa – intesa in senso non reificato come il progetto produttivo e come il complesso delle regole che lo governano⁷, compreso l'invio di lavoratori all'estero – è insito quel rischio⁸. E altrettanto dicasi per un rischio da contagio ove si inviino lavoratori in paesi nei quali sia nota e prevedibile la presenza di epidemie. Ovviamente il datore di lavoro dovrà valutare quei rischi e, ove non possa evitarli, dovrà mettere in atto tutte le misure atte a contrastarli e ridurli.

⁵ 1. Attività in industrie alimentari. 2. Attività nell'agricoltura. 3. Attività nelle quali vi è contatto con gli animali e/o con prodotti di origine animale. 4. Attività nei servizi sanitari, comprese le unità di isolamento e *post mortem*. 5. Attività nei laboratori clinici, veterinari e diagnostici, esclusi i laboratori di diagnosi microbiologica. 6. Attività in impianti di smaltimento rifiuti e di raccolta di rifiuti speciali potenzialmente infetti. 7. Attività negli impianti per la depurazione delle acque di scarico.

⁶ Su cui v. *amplius* L. ANGELINI, C. LAZZARI, *La sicurezza sul lavoro nelle attività svolte all'estero*, in “Diritto della Sicurezza sul Lavoro”, 2019, n. 2, I, p. 73 ss.

⁷ Cfr. P. PASCUCCI, *La tutela della salute e della sicurezza sul lavoro: il Titolo I del d.lgs. n. 81/2008 dopo il Jobs Act (nuova edizione aggiornata al 1° novembre 2017)*, Quaderni di Olympus n. 5, Fano, Aras, 2017, p. 41 ss.

⁸ Cfr. *amplius* R. NUNIN, *Rischio geopolitico ed attività di ricerca: alcune osservazioni in materia di valutazione, prevenzione e responsabilità*, in “Diritto della Sicurezza sul Lavoro”, 2016, n. 2, I, p. 56 ss.

Nel caso del coronavirus le cose stanno diversamente. Intanto non si tratta di un rischio che grava su di una o più organizzazioni, ma sul mondo intero, a qualunque latitudine e a prescindere da ciò che si fa e da dove si è. Mentre nel caso del terrorismo si potrebbe evitare il rischio non inviando il lavoratore all'estero o magari facendolo lavorare con gli interlocutori di quel paese in *smart working*, nel caso del coronavirus neppure facendo lavorare i lavoratori a casa o altrove in *smart working* si può essere certi di evitare il contagio: paradossalmente il lavoratore potrebbe essere più al sicuro in un'azienda in cui si adottino misure precauzionali che altrove. Qualunque modalità organizzativa si adotti, il rischio di contagio da coronavirus, più o meno intenso, esiste sempre perché è immanente sul mondo, finché non si troverà il vaccino. D'altronde, se si giungesse al paradosso per cui chiunque (privato o pubblico che sia) organizzi un'attività lavorativa altrui dovrebbe valutare il rischio da coronavirus come proprio rischio professionale, si rischierebbe di perdere di vista che cosa sia effettivamente un rischio professionale.

Di fronte alla comparsa di un rischio biologico generico che minaccia la salute pubblica spetta alle *pubbliche autorità* – disponendo esse istituzionalmente dei necessari strumenti (competenze scientifiche e poteri) – rilevarlo, darne comunicazione, indicare le misure di prevenzione e farle osservare. Ad esse il datore di lavoro si dovrà adeguare, dovendo ovviamente rispettare il precetto generale di cui all'art. 2087 cc., senza che per questo debba stravolgere il proprio normale progetto prevenzionistico in azienda. Tali misure *si affiancheranno provvisoriamente* – per la durata della fase di emergenza – a quelle ordinarie, conservando la propria distinta natura e funzione (v. *infra* § 5). *La valutazione di quel rischio è quindi operata a monte dalla pubblica autorità*, ai cui comandi il datore di lavoro dovrà adeguarsi adattando a tal fine la propria organizzazione alle *misure di prevenzione dettate dalla stessa pubblica autorità*. Tale *riorganizzazione* non è altro che un adeguamento alle direttive pubbliche e, come tale, non pare costituire un vero e proprio aggiornamento della valutazione dei rischi *ex art. 29 del d.lgs. n. 81/2008*, con la conseguenza che l'inosservanza delle direttive pubbliche rilevarebbe non ai sensi dell'art. 55 dello stesso decreto, quanto in relazione alle speciali sanzioni pubblicistiche sancite dalla pubblica autorità.

Infatti, le modifiche che il datore di lavoro apporta alla propria organizzazione in esito alle indicazioni della pubblica autorità non sono frutto di una sua libera determinazione, ma sono condizionate da queste ultime. A tale proposito vale la pena ricordare che l'obbligo di valutazione dei rischi (e quanto ne consegue) è intimamente collegato al fatto che il datore di lavoro è il responsabile dell'organizzazione in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa (art. 2, lett. *b*, del d.lgs. n. 81/2008)⁹. A lui e solo a lui, quale soggetto legittimato ad esercitare la libertà costituzionale di iniziativa economica privata in virtù ed entro i limiti dell'art. 41 Cost., spetta definire l'organizzazione della propria impresa valutandone i rischi

⁹ V. per tutti C. LAZZARI, *Figure e poteri datoriali nel diritto della sicurezza sul lavoro*, Milano, Franco Angeli, 2015.

per i propri lavoratori, avvalendosi a tal fine della collaborazione del RSPP e del medico competente e consultando il RLS, ma, non a caso, senza poter delegare a chicchessia tale obbligo (art. 17 del d.lgs. n. 81/2008). E a lui e solo a lui spetta conseguentemente individuare nel documento di valutazione dei rischi le misure di prevenzione che dovranno essere adottate nella propria organizzazione.

Diversamente, di fronte all'emergenza in atto, la pubblica autorità, per evidenti esigenze di salute pubblica, ha avvocato a sé quei poteri che normalmente spetterebbero al datore di lavoro, sospendendo in certi casi lo stesso esercizio dell'iniziativa economica privata (v. i nn. 1-3 del D.P.C.M. dell'11 marzo 2020), mentre, nei casi in cui non ha ritenuto di dover sospendere tale libertà costituzionale per non paralizzare il paese, ha provveduto essa stessa, in esito alla valutazione del rischio connesso al contagio che aveva effettuato a monte, ad individuare le misure di contenimento e di prevenzione da adottare nelle organizzazioni produttive. Pertanto, anche ove non sia stato privato della libertà di intrapresa, il datore di lavoro è stato nei fatti, e non solo, esautorato dalla pubblica autorità dalla possibilità di valutazione di quel rischio giacché, trattandosi di un rischio pandemico immanente ovunque, l'eventuale sua valutazione da parte di ogni singolo datore di lavoro (che, pur potendosi avvalere del medico competente – là dove nominato – non avrebbe comunque avuto a disposizione le elevate competenze scientifiche necessarie per valutare adeguatamente un rischio di tal genere e tutte le sue conseguenze), avrebbe rischiato di far emergere misure di prevenzione o non adeguate o, addirittura, diverse da azienda ad azienda: il che, di fronte ad un rischio senza confini, che non si limita a produrre i propri effetti nei soli contesti aziendali, avrebbe potuto generare preoccupanti ripercussioni sul contesto generale.

In via di astrazione, è come se la posizione di garanzia datoriale fosse stata in qualche modo funzionalizzata a tutelare un interesse pubblico generale da altri valutato, potendo le sue azioni riverberare effetti anche sulla popolazione esterna (v. *infra* § 3).

Se il problema riguarda la salute pubblica e solo “di rimando” l'organizzazione imprenditoriale, pare di poter escludere che, negli “ambienti di lavoro non sanitari”¹⁰, in seguito alla comparsa del coronavirus il datore di lavoro

¹⁰ Così si esprime il recentissimo documento della Regione Veneto “Nuovo coronavirus (SARS-CoV-2). Indicazioni operative per la tutela della salute negli ambienti di lavoro non sanitari. Versione 05 del 12.03.2020”, in www.regione.veneto.it/web/sanita/sicurezza-ambienti-di-lavoro, nel quale si propende condivisibilmente per la non necessità dell'aggiornamento della valutazione dei rischi. In senso conforme v. A. MARESCA, *Relazione*, cit., nonché L.M. PELUSI, *Tutela della salute*, cit., e anche CONFINDUSTRIA, *Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro del 14 marzo 2020. Nota illustrativa*, 16 marzo 2020, p. 2. La necessità di un'aggiornamento della valutazione dei rischi peraltro nelle aziende del settore «sanitario o socio-sanitario [...] o comunque qualora il rischio biologico sia un rischio di natura professionale, già presente nel contesto espositivo dell'azienda sanitarie» è sottolineato in alcuni documenti istituzionali citati in L.M. PELUSI, *Ultime novità in materia di gestione del rischio da Coronavirus nei luoghi di lavoro: Decreto Cura Italia e Protocollo condiviso*, in “Bollettino speciale ADAPT”, 18 marzo 2020, n. 3, p. 2.

sia obbligato ad aggiornare la valutazione dei rischi ed il relativo documento come se si trattasse dell'emersione di un rischio insito nella propria organizzazione (in quanto tipico della stessa).

3. La pandemia da coronavirus: verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale?

Pur non essendo configurabile – al di fuori di specifiche ipotesi, come ad esempio i servizi sanitari o ospedalieri, o i laboratori – come un rischio certamente insito o potenzialmente emergente nelle “normali” organizzazioni produttive private e pubbliche, è tuttavia evidente che l'agente biologico coronavirus, per come agisce, non... si esime certo dall'aleggiare in tali organizzazioni, nel cui ambito – non lo si può dimenticare – i lavoratori prestano la propria attività (cfr. l'art. 2, lett. *a* e *b*, del d.lgs. n. 81/2008). Dunque, lungi dall'essere una vera e propria “fonte” di tale rischio, l'organizzazione diviene comunque, seppur involontariamente ed incolpevolmente, uno straordinario veicolo per la diffusione del virus stante la concentrazione e la contiguità delle persone che vi operano.

Pertanto, quello che costituisce un gravissimo problema di “salute pubblica” per tutta la popolazione nei fatti diviene anche un problema di salute sul lavoro, giacché la stessa presenza nel luogo di lavoro – come d'altronde accade in qualunque altro ambito in cui si trovino insieme più individui (scuole, mezzi di trasporto, teatri ecc.) – rappresenta una delle possibili cause di contagio.

Pertanto, nel momento in cui il rischio del contagio da coronavirus emerge in un'azienda non sanitaria, il datore di lavoro non solo non potrà ignorarlo, ma dovrà comunque assumere le cautele precauzionali imposte dalla sua preposizione gerarchica *ex art.* 2086 c.c., nonché dal suo generale obbligo di sicurezza *ex art.* 2087 c.c. Per intendersi, pur non dovendosi fare carico dell'applicazione del citato Titolo X del d.lgs. n. 81/2008 sull'esposizione ad agenti biologici (poiché, non essendo il coronavirus un agente biologico ontologicamente insito in quell'organizzazione, esso dà luogo ad un rischio biologico generico e non specifico), il datore di lavoro dovrà tuttavia farsi garante dell'applicazione in azienda delle misure di prevenzione dettate dalla pubblica autorità, spettandogli comunque di valutare e decidere come adottarle nella propria azienda ove esse presentino margini di discrezionalità.

Tuttavia, una cosa è l'obbligo del datore di lavoro di rispettare gli obblighi prevenzionistici che gli incombono in relazione alla sua specifica organizzazione, e altra cosa è l'obbligo di attuare le misure prevenzionistiche anti-contagio dettate dalla pubblica autorità, le quali, contrariamente a quanto si potrebbe ipotizzare, non si integrano nel documento di valutazione dei rischi. Una distinzione che si riflette anche sul versante delle sanzioni, non potendosi sostenere che la violazione di una misura di prevenzione anti-contagio dettata dalla pubblica autorità (ad esempio la mancata utilizzazione delle ferie, o dello *smart working*) integri gli estremi

di quelle contravvenzioni in materia prevenzionistica assoggettate, *ex art.* 301 del d.lgs. n. 81/2008, al regime della prescrizione obbligatoria di cui all'art. 20 del d.lgs. n. 758/1994. Fatta salva l'ipotesi della violazione dell'obbligo di utilizzo dei dispositivi di protezione individuale (mascherine) – che, a quanto consta, è l'unica ipotesi in cui ad una trasgressione delle regole anti-contagio si applichi la citata prescrizione *ex d.lgs.* n. 758/1994 (v. *infra* § 4.1.1) –, quelle violazioni potranno subire altre sanzioni *ad hoc*, la cui individuazione tuttavia non è semplice, come si avrà modo di vedere ampiamente nel prosieguo.

Il fatto che i due nuclei prevenzionistici siano concettualmente distinti non significa tuttavia che non possano sussistere momenti di comunicazione/interazione tra gli stessi. Si pensi all'art. 15, comma 1, del d.lgs. n. 81/2008 il quale configura come misure generali di tutela «la limitazione al minimo del numero dei lavoratori che sono, o che possono essere, esposti al rischio» (lett. *g*) e «l'allontanamento del lavoratore dall'esposizione al rischio per motivi sanitari inerenti la sua persona...» (lett. *m*). Per altro verso, si potrebbe pensare anche all'art. 18, comma 1, il quale impone al datore di lavoro e al dirigente di «adottare le misure per il controllo delle situazioni di rischio in caso di emergenza e dare istruzioni affinché i lavoratori, in caso di pericolo grave, immediato ed inevitabile, abbandonino il posto di lavoro o la zona pericolosa» (lett. *h*), nonché di «informare il più presto possibile i lavoratori esposti al rischio di un pericolo grave e immediato circa il rischio stesso e le disposizioni prese o da prendere in materia di protezione» (lett. *i*). Senonché, a ben guardare, tali previsioni riguardano situazioni estreme riconducibili a disfunzioni dell'organizzazione aziendale (l'improvviso incendio in azienda) nelle quali si verifica *un'emergenza che impone la sospensione immediata del lavoro*, mentre, nel caso del coronavirus, si è di fronte ad *un'emergenza che coesiste con il lavoro*.

Ciò che si intende sottolineare è che, a fronte di queste situazioni di emergenza, il sistema di prevenzione aziendale può assumere anche una dimensione strumentale o servente rispetto alla soddisfazione di esigenze che trascendono non solo la tutela di un singolo lavoratore¹¹, ma addirittura il mero ambito aziendale. Infatti, preservare i lavoratori dal contagio nel luogo di lavoro significa non solo tutelare la loro salute, ma anche far sì che essi non costituiscano un fattore di rischio per i propri familiari o in genere per i terzi. Il che, a ben guardare, è un aspetto che emerge in una lungimirante previsione del d.lgs. n. 81/2008: l'art. 2, lett. *n*, il quale definisce la “prevenzione” come «il complesso delle disposizioni o misure necessarie anche secondo la particolarità del lavoro,

¹¹ Si pensi all'art. 20, comma 1, del d.lgs. n. 81/2008 il quale obbliga ogni «lavoratore a prendersi cura della propria salute e sicurezza e di quella delle altre persone presenti sul luogo di lavoro, su cui ricadono gli effetti delle sue azioni o omissioni, conformemente alla sua formazione, alle istruzioni e ai mezzi forniti dal datore di lavoro».

l'esperienza e la tecnica, per evitare o diminuire i rischi professionali nel rispetto della salute della *popolazione*¹² e dell'integrità dell'ambiente esterno!¹³

Peraltro, l'esplicito richiamo in questa previsione ai «rischi professionali» vale ad escludere che l'intero sistema di prevenzione delineato dal d.lgs. n. 81/2008 sia direttamente funzionalizzato alla tutela contro il rischio generico da contagio, nel senso che, senza chiamare in causa la valutazione dei rischi che attiene solo ai rischi specifici, ben potranno alcuni elementi di tale sistema di prevenzione aziendale contribuire, in una logica di cooperazione con il sistema di prevenzione apprestato dalla pubblica autorità, a scongiurare il contagio, come può accadere ad esempio per il ruolo del medico competente.

4. Le “raccomandazioni” del D.P.C.M. dell'11 marzo 2020

L'importanza del ruolo del sistema di prevenzione aziendale nel contrastare emergenze come quella del coronavirus pare cogliersi anche nelle recentissime misure varate dal Governo. Il riferimento è in particolare alle “raccomandazioni” contenute nell'art. 1, nn. 7 e 8, del D.P.C.M. dell'11 marzo 2020, relativamente alle attività produttive che, a differenza di quelle di cui ai nn. 1-3, non sono soggette a sospensione.

Le raccomandazioni di cui al n. 7 riguardano sia le attività produttive sia quelle professionali e hanno ad oggetto:

- a)* l'attuazione del massimo utilizzo da parte delle imprese di modalità di lavoro agile per le attività che possono essere svolte al proprio domicilio o in modalità a distanza;
- b)* l'incentivazione delle ferie e dei congedi retribuiti per i dipendenti nonché degli altri strumenti previsti dalla contrattazione collettiva;
- c)* la sospensione delle attività dei reparti aziendali non indispensabili alla produzione;
- d)* l'assunzione di protocolli di sicurezza anti-contagio e l'adozione di strumenti di protezione individuale là dove non fosse possibile rispettare la distanza interpersonale di un metro come principale misura di contenimento;
- e)* l'incentivazione delle operazioni di sanificazione dei luoghi di lavoro, anche utilizzando a tal fine forme di ammortizzatori sociali.

La raccomandazione di cui al n. 8 riguarda le sole attività produttive ed ha ad oggetto la limitazione al massimo degli spostamenti all'interno dei siti e il contingentato dell'accesso agli spazi comuni.

¹² Corsivo mio.

¹³ Si pensi anche all'art. 18, comma 1, lett. *g*, il quale obbliga il datore di lavoro e il dirigente a prendere appropriati provvedimenti per evitare che le misure tecniche adottate possano causare rischi per la salute della popolazione o deteriorare l'ambiente esterno verificando periodicamente la perdurante assenza di rischio.

Anche il n. 9 riguarda le sole attività produttive, prevedendo che in relazione a quanto disposto nell'ambito dei nn. 7 e 8, si favoriscano intese tra organizzazioni datoriali e sindacali.

Infine, il n. 10 ribadisce l'invito, in tutte le attività non sospese, al massimo utilizzo delle modalità di lavoro agile, che, nel precedente n. 6, è configurato come modalità ordinaria della prestazione lavorativa anche nelle pubbliche amministrazioni¹⁴.

4.1 I protocolli di sicurezza anti-contagio

A prima vista, la raccomandazione più pertinente alla tutela della sicurezza dei lavoratori parrebbe quella relativa all'assunzione di «protocolli di sicurezza anti-contagio», in merito alla quale può essere svolto un ruolo anche dalle parti sociali¹⁵.

A tale proposito, va segnalato come, appena emanato il D.P.C.M., fra queste ultime si sia subito attivato un febbrile confronto, nel quale, secondo notizie di stampa, i sindacati confederali dei lavoratori sostenevano la necessità di «un protocollo condiviso sulle regole da seguire per garantire la sicurezza di quanti non possono essere messi in *smart working*», mentre la parte datoriale propendeva per un «codice di autoregolamentazione», meno stringente e privo di sanzioni», vale a dire una «sorta di decalogo di buone prassi volontarie a cui le aziende possono o meno attenersi, in totale autonomia senza discuterne con le rappresentanze dei lavoratori» e «senza essere costrette a chiudere, anche solo pochi giorni, per consentire la sanificazione degli ambienti e mettersi in regola»¹⁶.

Non è certo questa la sede per addentrarsi nella *querelle* sulla natura contrattuale o unilaterale che dovrebbero avere tali protocolli. D'altro canto, se per un verso può apparire discutibile che il loro oggetto – una materia tipicamente indisponibile come la tutela della sicurezza sul lavoro – possa costituire oggetto di contrattazione, per altro verso non può escludersi che l'Esecutivo, caldeggiando intese tra le parti sociali su tali aspetti, abbia voluto sottolineare, data l'eccezionalità del momento, l'esigenza che la definizione delle misure straordinarie per fronteggiare l'emergenza del coronavirus sia il più possibile condivisa e partecipata da tutti gli attori, forse anche per indicare il «bene comune» qui in gioco, vale a dire la salute dei lavoratori ma anche, per suo tramite, di tutta la popolazione.

La strada della condivisione infine ha prevalso, come emerge dal «Protocollo condiviso di regolazione delle misure per il contrasto e il contenimento della

¹⁴ Cfr. M. RUSSO, *Emergenza lavoro agile nella P.A.*, in «giustiziacivile.com», n. 3/2020, 17 marzo 2020.

¹⁵ V. il n. 9 del D.P.C.M. dell'11 marzo 2020, là dove si riferisce ad intese tra organizzazioni datoriali e sindacali.

¹⁶ Così V. CONTE, *Coronavirus, scontro tra sindacati e Confindustria sulla tutela dei lavoratori*, in «La Repubblica, Economia&Finanza», 14 marzo 2020, https://www.repubblica.it/economia/2020/03/14/news/coronavirus_sindacati_e_confindustria_scontro_sulla_tutela_dei_lavoratori-251236120/?ref=RHPPTP-BH-I251236114-C12-P2-S2.4-T1.

diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro”, sottoscritto il 14 marzo 2020 dalle organizzazioni confederali dei datori di lavoro e dei lavoratori su invito del Governo, il quale ne favorisce, per quanto di sua competenza, la piena attuazione. Il Protocollo contiene linee guida condivise per agevolare le imprese nell’adozione di specifici protocolli di sicurezza anti-contagio, i quali consentano la prosecuzione delle attività produttive in condizioni di salubrità e sicurezza applicando le misure di precauzione del Protocollo nazionale, che potranno anche essere integrate con altre equivalenti o più incisive secondo le peculiarità della propria organizzazione¹⁷, previa consultazione delle rappresentanze sindacali aziendali.

Rinviando al prossimo paragrafo alcune osservazioni sui contenuti del Protocollo¹⁸, può qui osservarsi come esso si configuri come un utile strumento per la gestione dell’emergenza che, opportunamente recepito in relazione alle singole specificità aziendali, dovrebbe poter aiutare datori di lavoro e lavoratori ad affrontare una situazione drammatica, altrimenti difficilmente affrancabile dalla prospettiva della sospensione delle attività produttive. Al di là di ciò ed a prescindere dalle singole previsioni, resta però sullo sfondo un’altra questione: qual è la natura giuridica e la valenza del Protocollo? Solamente quella negoziale, come è indubbio, o forse anche qualcosa in più?

Infatti, inquadrandolo solamente come un accordo interconfederale (quale peraltro è), dal punto di vista squisitamente giuridico ne conseguirebbe, stante l’inattuazione della seconda parte dell’art. 39 Cost., un’efficacia soggettiva solamente di diritto comune, vale a dire solo per i datori di lavoro iscritti alle organizzazioni sindacali datoriali che l’hanno sottoscritto, con l’ulteriore paradossale effetto che un datore non iscritto non sarebbe obbligato ad adottarlo, con possibili nefaste conseguenze.

Peraltro, considerando che l’assunzione di protocolli di sicurezza anti-contagio è oggetto di una specifica raccomandazione del D.P.C.M. dell’11 marzo 2020, appare evidente che, al di là della loro libertà di non adottare lo specifico Protocollo del 14 marzo 2020, i datori di lavoro non iscritti alle organizzazioni che l’hanno sottoscritto non possono comunque ignorare la raccomandazione e l’esigenza di adottare misure di prevenzione finalizzate ad evitare il contagio. Pertanto, ove decidessero malauguratamente di non adottare neppure “proprie” misure volte a tale scopo, contravverrebbero all’obbligo di sicurezza di cui all’art. 2087 c.c., con quanto potrebbe conseguirne in termini di responsabilità civile e di risarcimento dei danni ove, in mancanza di misure di prevenzione, il contagio causasse conseguenze patologiche per il lavoratore o la sua morte, oltre ovviamente ad essere imputabili ai sensi degli artt. 589 e 590 c.p. a titolo di omicidio colposo e

¹⁷ Ad esempio, al di là della loro non obbligatorietà al di fuori delle aziende sanitarie *et similia*, si potrebbero eventualmente anche prendere in considerazione, ove reputate compatibili, alcune delle misure tecniche, organizzative, procedurali, igieniche e di emergenza previste nell’art. 272 e ss. del d.lgs. n. 81/2008 in merito agli agenti biologici.

¹⁸ Su cui v. anche L.M. PELUSI, *Tutela della salute*, cit.

di lesioni colpose gravi o gravissime. Il che, per altro verso, dischiuderebbe le porte anche all'applicazione della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche di cui al d.lgs. n. 231/2001 in base alla previsione di cui al suo art. 25-*septies* come modificato dall'art. 300 del d.lgs. n. 81/2008.

Per scongiurare il rischio di un'applicazione del Protocollo a macchie di leopardo, sarebbe forse necessario un recepimento del suo contenuto in atti pubblicistici, traducendo in norme vincolanti ciò che oggi è frutto di determinazioni volontarie. Quand'anche si ritenga che una simile soluzione non sia distonica con il n. 9 del D.P.C.M. dell'11 marzo 2020, il quale allude ad «intese tra organizzazioni datoriali e sindacali», non può non cogliersi come tale previsione sottolinei comunque l'esigenza di una *responsabilizzazione volontaria* in merito all'assunzione delle misure di prevenzione anti-contagio e ciò sia mediante la loro condivisione (ove possibile, come nelle attività produttive) a livello nazionale ed aziendale, sia in via unilaterale là dove un confronto negoziale sia più difficile da realizzare (nelle attività professionali, nel cui ambito i protocolli di sicurezza dovrebbero essere assunti dal responsabile dello studio).

È evidente che la strada di misure di prevenzione di cui si induce l'adozione volontaria presenta maggiori incognite in ordine alla loro effettività sul piano giuridico, non potendoci certamente accontentare solo di una tutela civilistica risarcitoria *ex post* in caso di violazione delle regole. Si tratta di un aspetto assai delicato sul quale si tornerà nel prosieguo (v. *infra* § 4.2.1.1).

4.1.1. *Qualche osservazione sui contenuti del Protocollo nazionale del 14 marzo 2020*

Al fine di attuare le prescrizioni del legislatore e le indicazioni dell'autorità sanitaria¹⁹, il Protocollo del 14 marzo 2020 si occupa di: informazione; modalità di ingresso in azienda; modalità di accesso dei fornitori esterni; pulizia e sanificazione in azienda; precauzioni igieniche personali; dispositivi di protezione individuale; gestione di spazi comuni aziendali; organizzazione aziendale (turnazione, trasferte e *smart work*, rimodulazione dei livelli produttivi); gestione entrata e uscita dei dipendenti; spostamenti interni, riunioni, eventi interni e formazione; gestione di una persona sintomatica in azienda; sorveglianza sanitaria, medico competente, Rls; aggiornamento dello stesso Protocollo.

Senza procedere ad un'illustrazione in dettaglio di tutti i contenuti del Protocollo²⁰, in questa sede vale ci si soffermerà brevemente su alcuni aspetti che meritano maggiore attenzione.

Una prima osservazione riguarda le informazioni, indicate «in via particolare», e quindi esemplificativa, a conferma della possibilità di integrarne i contenuti nei singoli protocolli aziendali. La peculiare caratteristica di queste

¹⁹ V. le circolari del Ministero della salute del 3 febbraio 2020 e del 22 febbraio 2020, quest'ultima aggiornata il 9 marzo 2020.

²⁰ Su cui v. *amplius* CONFINDUSTRIA, *Protocollo condiviso*, cit.

informazioni consiste nel fatto che, oltre a comunicare a tutti i lavoratori ed a chiunque entri in azienda le disposizioni delle autorità, esse, più che ad evidenziare i rischi presenti nell'organizzazione aziendale (che sono normalmente oggetto dell'informazione di cui all'art. 36 del d.lgs. n. 81/2008), tendono soprattutto a rendere consapevoli i destinatari, responsabilizzandoli, circa i comportamenti che saranno obbligati a tenere²¹.

Questo aspetto appare tutt'altro che irrilevante anche per quanto attiene alla gestione dei rapporti di lavoro specie là dove essa si interfaccia con il sistema di prevenzione aziendale. Più esplicitamente, se è vero, come si è anticipato, che di fronte all'emergenza del coronavirus il sistema di prevenzione delineato dal d.lgs. n. 81/2008, lungi dall'essere sterilizzato, entra comunque in gioco, ancorché non *in toto* ma limitatamente ad alcuni aspetti, non è chi non veda come uno di questi riguardi anche gli obblighi di prevenzione gravanti sul lavoratore. Ebbene, quella responsabilizzazione, enfatizzata dall'informazione prevista dal Protocollo, non è forse coerente con quanto stabilisce l'art. 20, comma 1, del d.lgs. n. 81/2008 secondo cui «ogni lavoratore deve prendersi cura della propria salute e sicurezza e di quella delle altre persone presenti sul luogo di lavoro, su cui ricadono gli effetti delle sue azioni o omissioni, conformemente alla sua formazione, alle istruzioni e ai mezzi forniti dal datore di lavoro»? E se è vero che la violazione di tale previsione non è punita penalmente dall'art. 59 del d.lgs. n. 81/2008 (che peraltro sanziona le trasgressioni dei precetti dell'art. 20, comma 2, alcune delle quali pertinenti a quanto si sta qui evidenziando: in particolare quella della lett *e*, relativa alla immediata segnalazione di qualunque condizione di pericolo di cui il lavoratore venga a conoscenza), non potrebbe forse emergere una responsabilità sul piano disciplinare considerando altresì che, ove siano state adeguatamente fornite le informazioni previste dal Protocollo, attuative e specifiche di misure di prevenzione poste dalla pubblica autorità, nessuno potrebbe eccepirne la non conoscenza?

Un altro profilo degno di nota è quello concernente le indicazioni sulle modalità di ingresso in azienda, specialmente per quanto attiene al controllo della temperatura corporea, sia per quanto attiene alle concrete modalità operative, rispetto alle quali si è giustamente suggerito di far leva anche in questo caso sul

²¹ Infatti, le informazioni riguardano in particolare: l'obbligo di rimanere al proprio domicilio in presenza di febbre (oltre 37.5°) o altri sintomi influenzali e di chiamare il proprio medico di famiglia e l'autorità sanitaria; la consapevolezza e l'accettazione del fatto di non poter fare ingresso o di poter permanere in azienda e di doverlo dichiarare tempestivamente laddove, anche successivamente all'ingresso, sussistano le condizioni di pericolo (sintomi di influenza, temperatura, provenienza da zone a rischio o contatto con persone positive al virus nei 14 giorni precedenti, etc) in cui i provvedimenti dell'Autorità impongono di informare il medico di famiglia e l'Autorità sanitaria e di rimanere al proprio domicilio; l'impegno a rispettare tutte le disposizioni delle Autorità e del datore di lavoro nel fare accesso in azienda (in particolare, mantenere la distanza di sicurezza, osservare le regole di igiene delle mani e tenere comportamenti corretti sul piano dell'igiene); l'impegno a informare tempestivamente e responsabilmente il datore di lavoro della presenza di qualsiasi sintomo influenzale durante l'espletamento della prestazione lavorativa, avendo cura di rimanere ad adeguata distanza dalle persone presenti.

sistema di prevenzione aziendale²², sia soprattutto per ciò che attiene alla tutela della riservatezza. A quest'ultimo proposito, senza potersi qui diffondere su di un tema che meriterebbe un autonomo approfondimento²³, occorrerà tuttavia ricordare come l'Autorità garante della *privacy*, nella comunicazione del 2 marzo 2020²⁴, avesse sottolineato la necessità che l'acquisizione di informazioni rilevanti ai fini della prevenzione della diffusione del coronavirus spettasse ai soggetti istituzionali, dovendosi i datori di lavoro «astenersi dal raccogliere, a priori e in modo sistematico e generalizzato, anche attraverso specifiche richieste al singolo lavoratore o indagini non consentite, informazioni sulla presenza di eventuali sintomi influenzali del lavoratore e dei suoi contatti più stretti o comunque rientranti nella sfera extra lavorativa», ricordando altresì l'obbligo dei lavoratori poc'anzi richiamato di cui all'art. 20, comma 2, lett. e, del d.lgs. n. 81/2008. L'esigenza di contemperare il diritto alla salute pubblica con quello alla riservatezza dei dati, rafforzata dalla derivazione eurounitaria delle regole in tema di *privacy*, ha indotto gli autori del Protocollo ad inserirvi due lunghe volte ad indicare le garanzie per poter operare nel rispetto della *privacy*²⁵, il che peraltro non escluderebbe,

²² Vale a dire incaricando «un lavoratore già formato a questa attività (possibilmente un incaricato al primo soccorso)» il quale, nel corso della rilevazione, «dovrà indossare mascherina chirurgica, guanti ed occhiali di sicurezza cercando di mantenere la massima distanza possibile con il braccio in estensione (solitamente 50 cm)»: così CONFINDUSTRIA, *Protocollo condiviso*, cit., p. 4.

²³ Cfr. E. DAGNINO, *La tutela della privacy ai tempi del coronavirus: profili giuslavoristici*, in “giustiziacivile.com”, n. 3/2020, 17 marzo 2020; *Coronavirus. Intervista ad Antonello Soro - Radio radicale - Capire per conoscere 16 marzo 2020*, di Andrea De Angelis, in <https://www.gpdp.it/web/guest>.

²⁴ In <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9282117>.

²⁵ Nella prima si legge: «La rilevazione in tempo reale della temperatura corporea costituisce un trattamento di dati personali e, pertanto, deve avvenire ai sensi della disciplina privacy vigente. A tal fine si suggerisce di: 1) rilevare a temperatura e non registrare il dato acquisto. È possibile identificare l'interessato e registrare il superamento della soglia di temperatura solo qualora sia necessario a documentare le ragioni che hanno impedito l'accesso ai locali aziendali; 2) fornire l'informativa sul trattamento dei dati personali. Si ricorda che l'informativa può omettere le informazioni di cui l'interessato è già in possesso e può essere fornita anche oralmente. Quanto ai contenuti dell'informativa, con riferimento alla finalità del trattamento potrà essere indicata la prevenzione dal contagio da COVID-19 e con riferimento alla base giuridica può essere indicata l'implementazione dei protocolli di sicurezza anti-contagio ai sensi dell'art. 1, n. 7, lett. d) del DPCM 11 marzo 2020 e con riferimento alla durata dell'eventuale conservazione dei dati si può far riferimento al termine dello stato d'emergenza; 3) definire le misure di sicurezza e organizzative adeguate a proteggere i dati. In particolare, sotto il profilo organizzativo, occorre individuare i soggetti preposti al trattamento e fornire loro le istruzioni necessarie. A tal fine, si ricorda che i dati possono essere trattati esclusivamente per finalità di prevenzione dal contagio da COVID-19 e non devono essere diffusi o comunicati a terzi al di fuori delle specifiche previsioni normative (es. in caso di richiesta da parte dell'Autorità sanitaria per la ricostruzione della filiera degli eventuali “contatti stretti di un lavoratore risultato positivo al COVID-19”); 4) in caso di isolamento momentaneo dovuto al superamento della soglia di temperatura, assicurare modalità tali da garantire la riservatezza e la dignità del lavoratore. Tali garanzie devono essere assicurate anche nel caso in cui il lavoratore comunichi all'ufficio responsabile del personale di aver avuto, al di fuori del contesto aziendale, contatti con soggetti risultati positivi al COVID-19 e nel caso di allontanamento del lavoratore che durante l'attività lavorativa sviluppi febbre e sintomi di infezione respiratoria e dei suoi colleghi».

Nella seconda nota si prevede: «Qualora si richieda il rilascio di una dichiarazione attestante la non provenienza dalle zone a rischio epidemiologico e l'assenza di contatti, negli ultimi 14 giorni, con soggetti risultati positivi al COVID-19, si ricorda di prestare attenzione alla disciplina sul trattamento dei dati personali, poiché l'acquisizione della dichiarazione costituisce un trattamento

secondo alcune interpretazioni, l'esigenza di un intervento legislativo per dipanare il groviglio interpretativo in materia²⁶.

Anche per quanto riguarda l'accesso in azienda di fornitori esterni, le indicazioni del Protocollo evocano principi del diritto della sicurezza sul lavoro, applicando le misure di prevenzione anche nei confronti dei lavoratori appartenenti ad una impresa che sta eseguendo lavori o prestando forniture all'interno dell'impresa. Peraltro, il sistema di prevenzione aziendale può offrire supporto alle determinazioni del datore di lavoro, tramite l'ausilio del medico competente e del responsabile del servizio di prevenzione e protezione, anche per quanto attiene alla sanificazione dei locali, per la quale si fa riferimento alle indicazioni contenute nella circolare n. 5443 del 22 febbraio 2020 del Ministero della salute, sia in presenza di un caso confermato di COVID-19, sia per la sanificazione periodica²⁷.

Trovando un'esplicita conferma sul piano legislativo nell'art. 16 del recentissimo d.l. n. 18/2020 (c.d. “Cura Italia”), il Protocollo sottolinea come la prima misura di precauzione sia costituita dal rispetto della distanza interpersonale di un metro, così evidenziandosi che l'utilizzazione delle mascherine quali dispositivi di protezione individuale sia necessaria solo là dove non sia possibile rispettare tale distanza. Anche questo sembrerebbe un aspetto non trascurabile per quanto attiene alla relazione tra il sistema di prevenzione speciale contro il coronavirus e quello generale di cui al d.lgs. n. 81/2008, potendosi adombrare che una delle misure di prevenzione più importanti nel secondo assuma una funzione sussidiaria nel primo. Senonché, a ben guardare, su questo terreno i due sistemi di prevenzione parrebbero tendere a sovrapporsi, giacché l'art. 75 del l.gs. n. 81/2008 stabilisce che i dispositivi di protezione individuale (DPI) «devono essere impiegati quando i rischi non possono essere evitati o sufficientemente ridotti da misure tecniche di prevenzione, da mezzi di protezione collettiva, da misure, metodi o procedimenti di riorganizzazione del lavoro». Una sovrapposizione che emerge anche per quanto attiene al sistema sanzionatorio giacché, in virtù dell'esplicito richiamo, da parte dell'art. 16 del d.l. n. 18/2020, dell'art. 74 del d.lgs. n. 81/2008 in merito alle mascherine²⁸, qualora non sia possibile rispettare la distanza interpersonale la mancata consegna al lavoratore della mascherina integra per il datore di lavoro o il dirigente la violazione dell'art. 18, comma 1, lett. *d*, del d.lgs.

dati. A tal fine, si applicano le indicazioni di cui alla precedente nota n. 1 e, nello specifico, si suggerisce di raccogliere solo i dati necessari, adeguati e pertinenti rispetto alla prevenzione del contagio da COVID-19. Ad esempio, se si richiede una dichiarazione sui contatti con persone risultate positive al COVID-19, occorre astenersi dal richiedere informazioni aggiuntive in merito alla persona risultata positiva. Oppure, se si richiede una dichiarazione sulla provenienza da zone a rischio epidemiologico, è necessario astenersi dal richiedere informazioni aggiuntive in merito alle specificità dei luoghi».

²⁶ E. DAGNINO, *La tutela della privacy*, cit., p. 6.

²⁷ V. in tal senso CONFINDUSTRIA, *Protocollo condiviso*, cit., p. 7.

²⁸ Il quale fornisce la definizione di “dispositivo di protezione individuale” ai fini dello stesso d.lgs. n. 81/2008, riferendosi a «qualsiasi attrezzatura destinata ad essere indossata e tenuta dal lavoratore allo scopo di proteggerlo contro uno o più rischi suscettibili di minacciarne la sicurezza o la salute durante il lavoro, nonché ogni complemento o accessorio destinato a tale scopo...».

n. 81/2008, punita penalmente ai sensi dell'art. 55, comma 5, lett. *d*, del medesimo decreto, mentre la mancata utilizzazione della mascherina da parte del lavoratore integra la trasgressione dell'art. 20, comma 2, lett. *d*, del d.lgs. n. 81/2008, sanzionata penalmente ai sensi dell'art. 59, comma 1, lett. *a*, dello stesso decreto, emergendo in entrambi i casi l'applicazione della prescrizione obbligatoria di cui all'art. 20 del d.lgs. n. 758/1994.

A parte ciò, non v'è dubbio che il Protocollo di sicurezza anti-contagio non possa che perseguire una finalità "ulteriore" rispetto alle prescrizioni del d.lgs. n. 81/2008 sulla salute e sicurezza sul lavoro: individuare misure straordinarie di prevenzione volte esclusivamente a fronteggiare il rischio da coronavirus, le quali, come già rilevato, si affiancano parallelamente alle misure ordinarie di prevenzione senza poterle modificare e mantenendo una distinta natura ed una specifica finalità. L'aspetto che accomuna le une e le altre è che ambedue costituiscono applicazione, rispettivamente per la propria parte, dell'obbligo di sicurezza di cui all'art. 2087 c.c. gravante sul datore di lavoro.

D'altro canto, per quanto sollecitato da una norma avente "nei fatti" forza di legge, qual è il D.P.C.M. dell'11 marzo 2011, il Protocollo non può certo assurgere al rango di fonte del diritto in senso obiettivo, né modificare le disposizioni del d.lgs. n. 81/2008. Il Protocollo potrebbe contenere previsioni derogatorie alla disciplina legislativa di prevenzione solo ove nei fatti riproponesse il contenuto di altre disposizioni legislative di emergenza, dotate quindi di potere derogatorio rispetto al d.lgs. n. 81/2008. Pertanto, là dove prevede la sospensione dei corsi di formazione in presenza, ciò appare legittimato dalle disposizioni aventi forza di legge che hanno vietato lo svolgimento di tutte le attività didattiche e formative se non a distanza (art. 1, comma 1, lett. *b*, del D.P.C.M. dell'8 marzo 2020), fermo restando che, pur dovendosi tener conto delle possibili difficoltà organizzative, la formazione a distanza dovrebbe aver corso quanto prima.

Infine, per quanto attiene alla sorveglianza sanitaria, il Protocollo, dopo aver stabilito che essa «deve proseguire rispettando le misure igieniche contenute nelle indicazioni del Ministero della Salute (cd. decalogo)» e che «vanno privilegiate, in questo periodo, le visite preventive, le visite a richiesta e le visite da rientro da malattia», precisa che «la sorveglianza sanitaria periodica non va interrotta, perché rappresenta una ulteriore misura di prevenzione di carattere generale: sia perché può intercettare possibili casi e sintomi sospetti del contagio, sia per l'informazione e la formazione che il medico competente può fornire ai lavoratori per evitare la diffusione del contagio».

Se in quest'ultimo caso non v'è alcuna deroga apparente al d.lgs. n. 81/2008, emerge tuttavia un'indicazione in controtendenza con gli indirizzi accolti da alcune Regioni, secondo cui, al fine di garantire il massimo rispetto delle misure di contenimento del contagio, parrebbe ammissibile quanto meno un lieve differimento delle visite periodiche, tenuto conto sia dell'esigenza di concentrarsi sulle emergenze, sia delle notevoli difficoltà di effettuare tali visite nei luoghi di lavoro, nei quali emergono precarie condizioni di sicurezza anche per quanto

riguarda i medici, i quali spesso non dispongono neppure dei dispositivi di protezione²⁹. D’altro canto, l’eccessiva insistenza del Protocollo sulle visite periodiche non sembra tenere nel debito conto che l’art. 41, comma 2, lett. *b*, secondo periodo, del d.lgs. n., 81/2008, stabilisce che, fatte salve le ipotesi in cui non sia prevista dalla relativa specifica normativa, la periodicità delle visite mediche per controllare lo stato di salute dei lavoratori ed esprimere il giudizio di idoneità alla mansione «viene stabilita, di norma, in una volta l’anno». “Di norma”, appunto, vale a dire in una situazione di normalità che certamente non corrisponde a quella che si sta attualmente vivendo.

4.2. Le altre raccomandazioni e il rebus della loro effettività

A ben guardare, la stretta pertinenza con la tutela della sicurezza dei lavoratori non si coglie solo nel caso dei protocolli di sicurezza anti-contagio, bensì anche in tutte le altre raccomandazioni del D.P.C.M. dell’11 marzo 2020, le quali, anzi, assumono tutte la natura di misure “straordinarie” di prevenzione dei lavoratori dal rischio di contagio del coronavirus. Si assiste così alla funzionalizzazione per la tutela della sicurezza dei lavoratori di strumenti originariamente concepiti per rendere più flessibile l’organizzazione del lavoro (lo *smart working* di cui alla l. n. 81/2017), oppure di diritti fondamentali dei lavoratori di rilevanza costituzionale (le ferie e i congedi), oppure di altre libertà costituzionalmente riconosciute, come quella di iniziativa economica privata o quella di circolazione (anche tra loro interconnesse), soggette a penetranti limitazioni (sospensione delle attività dei reparti aziendali non indispensabili alla produzione; limitazione al massimo degli spostamenti all’interno dei siti e contingentamento dell’accesso agli spazi comuni aziendali).

Dal punto di vista più squisitamente giuridico, emerge tuttavia una notevole incertezza sul valore delle raccomandazioni e sulle possibili conseguenze ove non vi si dia seguito.

Stando al tenore puramente letterale delle previsioni – «si raccomanda» – parrebbe arduo ritenere che l’attuazione della raccomandazione equivalga alla condizione che legittima la prosecuzione delle attività produttive e professionali. Per altro verso, si può seriamente dubitare che, data la situazione di emergenza in atto, l’Esecutivo abbia voluto seguire più una logica di *moral suasion* che di vera e propria prescrizione. Infatti, sebbene nel D.P.C.M. dell’11 marzo 2020 non si rinvenivano esplicite previsioni sanzionatorie, le violazioni delle sue disposizioni (come, ad esempio, quelle che sospendono le attività commerciali: i nn. 1-3) risultano comunque sanzionabili in base all’art. 650 c.p. sia in base ai principi generali, sia in forza dell’esplicita previsione di cui all’art. 3, comma 4, del d.l. n. 6/2020, in base al quale, salvo che il fatto non costituisca più grave reato, il mancato

²⁹ In tal senso v. anche CONFINDUSTRIA, *Protocollo condiviso*, cit., pp. 12-13.

rispetto delle misure di contenimento di cui all'art. 1, comma 2, dello stesso d.l. n. 6/2020³⁰ è punito appunto ai sensi di tale norma penale³¹ Tra tali misure di contenimento³² sono esplicitamente annoverate sia la «sospensione delle attività lavorative per le imprese, a esclusione di quelle che erogano servizi essenziali e di pubblica utilità e di quelle che possono essere svolte in modalità domiciliare»³³, sia la «sospensione o limitazione dello svolgimento delle attività lavorative nel comune o nell'area interessata nonché delle attività lavorative degli abitanti di detti comuni o aree svolte al di fuori del comune o dall'area indicata, salvo specifiche deroghe, anche in ordine ai presupposti, ai limiti e alle modalità di svolgimento del lavoro agile, previste dai provvedimenti di cui all'articolo 3»³⁴.

Ebbene, se alla luce del necessario raccordo sistematico tra le previsioni contenute nel D.P.C.M. dell'11 marzo 2020 e quelle (anche sanzionatorie) di cui al citato d.l. n. 6/2020 è incontrovertibile che le violazioni di quanto previsto nei nn. 1-3 di tale D.P.C.M. siano penalmente sanzionabili *ex art.* 3, comma 4, del d.l. n. 6/2020, ciò vale anche nel caso in cui si disattendano le raccomandazioni di cui ai punti 7 e 8 del medesimo decreto?

Per verificare la sostenibilità di una simile conseguenza occorre soppesare attentamente queste ultime previsioni, sia per quanto attiene al tenore del predicato verbale cui sono collegate – «si raccomanda» – sia per quanto riguarda il contenuto delle stesse previsioni. Le quali, a ben guardare, se talora paiono evidenziare precetti più definiti (ad esempio, nel n. 7, lett. *d*, il riferimento all'utilizzazione di strumenti di protezione individuale), talaltra non paiono dissimili da “previsioni in bianco”, come pareva cogliersi con riferimento ai protocolli di sicurezza anti-contagio almeno prima della sottoscrizione del Protocollo nazionale condiviso.

D'altra parte, è difficile negare che l'adozione di tutte le misure di prevenzione raccomandate nei citati nn. 7 e 8 presupponga una valutazione del datore di lavoro in ordine alla loro praticabilità organizzativa, non trattandosi di prescrizioni “secche” come quelle di cui ai nn. 1-3 del decreto né, a ben guardare, come quelle che compaiono nel d.lgs. n. 81/2008. Per intendersi, e solo per citare senza alcuna completezza alcune misure di cui ai citati nn. 7 e 8, per attuare il

³⁰ Tra le quali rientra anche la chiusura degli esercizi commerciali (art. 1, comma 2, lett. *j*, del d.l. n. 6/2020).

³¹ Occorre inoltre considerare che l'art. 15 del d.l. n. 14/2020 ha aggiunto all'art. 3, comma 4, del d.l. n. 6/2020 un ulteriore periodo in base al quale, fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali ove il fatto costituisca reato, la violazione degli obblighi imposti dalle misure di contenimento a carico dei gestori di pubblici esercizi o di attività commerciali, accertata ai sensi della l. n. 689/1981, è assoggettata altresì alla sanzione amministrativa irrogata dal Prefetto consistente nella chiusura dell'esercizio o dell'attività da 5 a 30 giorni.

³² Le quali, in base all'art. 2, del d.l. n. 6/2020, sono adottate, con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro della salute, sentiti i Ministri dell'interno, della difesa, dell'economia e delle finanze e gli altri Ministri competenti per materia, nonché i Presidenti delle Regioni competenti ove le misure di contenimento riguardino una sola Regione o alcune specifiche Regioni, ovvero il Presidente della Conferenza dei Presidenti delle Regioni qualora riguardino tutto il territorio nazionale.

³³ Art. 1, comma 2, lett. *n*, del d.l. n. 6/2020.

³⁴ Art. 1, comma 2, lett. *o*, del d.l. n. 6/2020.

massimo utilizzo di modalità di lavoro agile per le attività che possono essere svolte a domicilio o in modalità a distanza, il datore di lavoro dovrà valutare innanzitutto se esistano attività che rispondano ai criteri di “telelavorabilità”³⁵ necessari per lo *smart working* e se l’uso di tale strumento sia compatibile con l’organizzazione dell’azienda; in secondo luogo, se i lavoratori adibiti alle attività esternalizzabili siano in grado di fare *smart working* sia per quanto riguarda le competenze personali, sia per quanto attiene alla disponibilità della strumentazione, sia per ciò che concerne l’agibilità degli spazi domestici. Anche per quanto attiene al ricorso alle ferie ed ai congedi retribuiti (non essendo chiaro cosa si intenda con il verbo «incentivare»), si dovranno operare valutazioni che potrebbero non limitarsi alla mera verifica, ad esempio, dei casi di ferie maturate e non godute³⁶, potendosi valutare se chi ne ha diritto, per come è collocato nell’organizzazione aziendale, sia più o meno esposto al rischio. Quanto poi alla sospensione delle attività dei reparti aziendali non indispensabili alla produzione, spetterà sempre al datore di lavoro valutare se ne esistano e quali siano. E altrettanto può dirsi in ordine alle misure di sanificazione e alle limitazioni della mobilità endoaziendale. Financo la misura di prevenzione che più di ogni altra evoca le misure prescrittive del d.lgs. n. 81/2008, vale a dire l’adozione di strumenti di protezione individuale³⁷, è comunque soggetta ad una valutazione datoriale, dovendo aver corso ove non sia possibile rispettare la distanza interpersonale di un metro³⁸.

Quanto fin qui detto non significa tuttavia che le raccomandazioni poc’anzi richiamate siano configurabili solo come “vivi consigli”. Quelle raccomandazioni paiono invece costituire indicazioni comunque precettive nel senso che il datore di lavoro non può non tenerne conto, dovendo comunque valutare *se, quali e in che modo* attuarle nella propria azienda, non potendosi escludere che alla loro considerazione possa essere condizionata la stessa possibilità per l’impresa (o lo studio professionale) di proseguire l’attività lavorativa³⁹. D’altronde, le possibili incertezze in tal senso dovrebbero dissiparsi considerando l’assoluto valore dei

³⁵ Cfr. L. GAETA, P. PASCUCCI, *Telelavoro e diritto*, Torino, Giappichelli, 1998.

³⁶ Sul punto v. *amplius* A. MARESCA, *Relazione*, cit.

³⁷ V. l’art. 18, comma 1, lett. *d*, del d.lgs. n. 81/2008.

³⁸ Ciò è confermato *ex lege* in base all’art. 16 del recentissimo d.l. 17 marzo 2020, n. 18, in base al quale, per contenere il diffondersi del virus COVID-19, fino al termine dello stato di emergenza di cui alla delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, sull’intero territorio nazionale, per i lavoratori che nello svolgimento della loro attività sono oggettivamente impossibilitati a mantenere la distanza interpersonale di un metro, sono considerati dispositivi di protezione individuale (DPI), di cui all’art. 74, comma 1, del d.lgs. n. 81/2008, le mascherine chirurgiche reperibili in commercio, il cui uso è disciplinato dall’art. 34, comma 3, del d.l. 2 marzo 2020, n. 9, prevedendosi altresì che, fino al termine del predetto stato di emergenza, gli individui presenti sull’intero territorio nazionale sono autorizzati all’utilizzo di mascherine filtranti prive del marchio CE e prodotte in deroga alle vigenti norme sull’immissione in commercio.

³⁹ Qui ovviamente non viene in gioco la sospensione dell’attività imprenditoriale di cui all’art. 14 del d.lgs. n. 81/2008 i cui presupposti, per quanto attiene alla sicurezza sul lavoro, sono del tutto distinti ed autonomi: cfr. P. PASCUCCI, *L’interpello, la vigilanza e la sospensione dell’attività imprenditoriale. Artt. 12, 13 e 14*, in L. ZOPPOLI, P. PASCUCCI, G. NATULLO (a cura di), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori. Commentario al D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81 aggiornato al D.Lgs. 3 agosto 2009, n. 106*, Milano, Ipsoa, 2010, p. 200 ss.

beni in gioco – la tutela della salute dei lavoratori e della popolazione – che, in una simile situazione di emergenza, non possono ammettere sconti di sorta.

4.2.1. *Raccomandazioni senza sanzioni o... possibilità di ricorso alla “disposizione”?*

Dunque il vero problema consiste nel comprendere il livello di effettività di tali raccomandazioni, vale a dire quali siano le conseguenze della loro inadempienza.

A tal fine, sia il particolare tenore del predicato verbale «si raccomanda», sia il carattere tendenzialmente “aperto” dei comportamenti oggetto di tali raccomandazioni, sia infine la necessità di una valutazione del datore di lavoro in ordine alla praticabilità organizzativa di detti comportamenti inducono a dubitare – in considerazione dei principi penalistici di legalità e di tassatività – che il datore di lavoro che non vi dia corso possa essere penalmente sanzionato *ex art.* 3, comma 4, del d.l. n. 6/2020 (con l’art. 650 c.p.) al pari di chi trasgredisca i veri e propri ordini di sospensione delle attività di cui ai nn. 1-3 del D.P.C.M. dell’11 marzo 2020.

Per altro verso, nel caso di inadempienza a tali raccomandazioni non paiono neppure applicabili (salvo nel caso dei DPI) le disposizioni in materia di prescrizione ed estinzione del reato di cui agli artt. 20 e seguenti del d.lgs. n. 758/1994, le quali, ai sensi dell’art. 301 del d.lgs. n. 81/2008, si applicano alle contravvenzioni in materia di igiene, salute e sicurezza sul lavoro previste da tale decreto nonché da altre disposizioni aventi forza di legge, per le quali sia prevista la pena alternativa dell’arresto o dell’ammenda, ovvero la pena della sola ammenda: in ogni caso, tutte disposizioni legislative che impongono obblighi di condotta specificamente legati ai precetti prevenzionistici connessi agli specifici rischi dell’organizzazione aziendale.

Pur con tutte le incertezze del caso, a fronte della particolare struttura delle suddette raccomandazioni si potrebbe forse ipotizzare una strada diversa, vale a dire quella del “potere di disposizione” riconosciuto agli organi di vigilanza anche in materia di sicurezza sul lavoro ai sensi degli artt. 10⁴⁰ e 11⁴¹ del d.P.R. n.

⁴⁰ Secondo il quale «Le disposizioni impartite dagli ispettori del lavoro in materia di prevenzione infortuni sono esecutive. Sono parimenti esecutive, quando siano approvate dal capo dell’ispettorato provinciale competente, le disposizioni impartite dagli ispettori per l’applicazione di norme obbligatorie per cui sia attribuito all’Ispettorato dalle singole leggi un apprezzamento discrezionale. Contro tali disposizioni è ammesso ricorso al Ministro per il lavoro e la previdenza sociale entro quindici giorni, salvo quanto disposto dal successivo art. 31. Il ricorso non ha effetto sospensivo, salvo i casi nei quali la sospensione sia espressamente stabilita da disposizioni legislative o regolamentari, o il Ministro ritenga di disporne». In base all’art. 21, comma 5, della l. n. 833/1978, in materia di sicurezza sul lavoro il potere di disposizione è stato riconosciuto agli organismi di vigilanza delle ASL, mentre il ricorso contro le disposizioni impartite da tali organismi è ammesso al Presidente della Giunta regionale.

⁴¹ Il cui comma 2 prevede l’applicazione della pena dell’arresto fino ad un mese o dell’ammenda fino a euro 413,20 ove l’inosservanza riguarda disposizioni impartite dal personale ispettivo competente in materia di sicurezza o igiene del lavoro.

520/1955: norme ancora in vigore nonostante l'avvento del d.lgs. n. 81/2008⁴², il quale non solo non ne ha previsto esplicitamente l'abrogazione⁴³, ma anzi ha valorizzato il potere di disposizione nella norma speciale di cui all'art. 302-*bis*⁴⁴.

Tuttavia, in merito all'utilizzabilità della “disposizione” nei casi in esame sorge un dubbio considerato che il D.P.C.M. dell'11 marzo 2020 non menziona tale istituto, non essendo chiaro se il personale ispettivo possa avvalersi di tale potere solo nei casi in cui la legge lo preveda esplicitamente⁴⁵, oppure se possa ricorrervi “liberamente”, ovviamente nelle ipotesi in cui la legge non preveda l'esercizio di altri poteri (come, dinnanzi alle contravvenzioni di cui all'art. 301 del d.lgs. n. 81/2008, quello di prescrizione di cui all'art. 20 del d.lgs. n. 758/1994)⁴⁶. Nel silenzio della legge, il dubbio sorge, oltre che da alcune interpretazioni ministeriali⁴⁷, anche scorrendo alcuni dei non molti commenti dottrinali, come quando, ancorché con riferimento all'analogo istituto della disposizione in materia lavoristica di cui all'art. 14 del d.lgs. n. 124/2004, si rileva come la disposizione trovi applicazione «solo in presenza di norme a “struttura elastica”, che non determinano esattamente l'adempimento cui il datore di lavoro è tenuto, *ma che demandano all'organo di controllo il compito di specificarne il contenuto*»⁴⁸. La disposizione, quindi, ha in generale, la funzione di integrare la prescrizione contenuta nella norma, adattandola alle circostanze del caso concreto»⁴⁹.

Si tratta ovviamente di un dubbio tutt'altro che trascurabile, il cui eventuale fondamento precluderebbe il ricorso ad uno strumento che, a ben guardare,

⁴² Cfr. P. RAUSEI, *Disposizioni del personale ispettivo. Articolo 14*, in P. RAUSEI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *L'ispezione del lavoro dieci anni dopo la riforma*, ADAPT professional series, n. 3/2014, p. 316; Circolare del Ministero del lavoro del 24 giugno 2004, n. 24.

⁴³ Né pare che tali articoli siano da ritenere caducati in base al meccanismo dell'abrogazione espressa innominata di cui all'art. 304, comma 1, lett. *d*, del d.lgs. n. 81/2008, in base al quale è abrogata «ogni altra disposizione legislativa e regolamentare nella materia disciplinata» da tale decreto che sia incompatibile con lo stesso.

⁴⁴ Su cui v. P. PASCUCCI, A. ANDREANI, *L'estinzione agevolata degli illeciti amministrativi e il potere di disposizione. Artt. 301-bis e 302-bis*, in L. ZOPPOLI, P. PASCUCCI, G. NATULLO (a cura di), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori. Commentario al D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81 aggiornato al D.Lgs. 3 agosto 2009, n. 106*, Milano, Ipsoa, 2010, p. 642 ss.

⁴⁵ Come parrebbe ricavarsi da una ormai risalente circolare del Ministero del lavoro del 27 febbraio 1996, n. 25, secondo la quale la disposizione in materia di igiene e sicurezza sul lavoro è un «provvedimento con il quale l'organo di vigilanza, sempre nell'esercizio di un potere discrezionale riconosciutogli» impone, «nei casi espressamente previsti dalla legge e nei limiti da questa stabiliti, nuovi obblighi o divieti, che si aggiungono a quelli sanciti dal legislatore con le norme di prevenzione dallo stesso emanate»; «la disposizione viene quindi essenzialmente in rilievo in presenza di quella particolare categoria di norme che rimettono alla valutazione discrezionale dell'organo di vigilanza la determinazione di obblighi e comportamenti dovuti in aggiunta o in sostituzione di quelli stabiliti dal legislatore».

⁴⁶ In questo secondo senso, ancorché in riferimento al potere di disposizione in materia di lavoro di cui all'art. 14 del d.lgs. n. 124/2004, parrebbe porsi P. RAUSEI, *Disposizioni*, cit., p. 317, secondo cui si tratta di un «provvedimento amministrativo proprio dell'ispettore del lavoro, che, nell'esercizio delle funzioni di vigilanza, nell'ambito del servizio specificamente affidatogli, può impartire, secondo un apprezzamento discrezionale disposizioni dirette all'applicazione di norme comunque obbligatorie».

⁴⁷ Circ. n. 25/1996, cit.

⁴⁸ Corsivo mio.

⁴⁹ L. IERO, *La nuova vigilanza in materia di lavoro e legislazione sociale*, in “Il lavoro nella giurisprudenza”, 2004, n. 7, p. 645.

parrebbe ideale per situazioni come quelle in esame, come emerge indirettamente in un'altra circolare ministeriale secondo la quale la disposizione «impone al datore di lavoro un obbligo nuovo, che viene a specificare quello genericamente previsto dalla legge, specie laddove essa non regola fin nei dettagli la singola fattispecie considerata»⁵⁰. Parole che, ancorché riferite all'analogo istituto di cui all'art. 14 del d.lgs. n. 124/2004, sembrerebbero cogliere l'esatto nocciolo della vicenda in esame, nel quale l'inevitabile *discrezionalità* riconosciuta al datore di lavoro nel seguire i contenuti generici delle raccomandazioni sarebbe sottoposta all'apprezzamento – anch'esso *discrezionale* – del personale ispettivo⁵¹.

Certo è che se il dubbio *de quo* si dissipasse e si ritenesse plausibile che, in esito ai propri controlli, il personale ispettivo delle ASL (o dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro nei casi previsti dall'art. 13 del d.lgs. n. 81/2008) potesse utilizzare il potere di disposizione di cui all'art. 10 del d.P.R. n. 520/1955, specificando così in via esecutiva al datore di lavoro, con adeguata motivazione, l'esatto obbligo da rispettare in ordine alle raccomandazioni, queste ultime risulterebbero adeguatamente presidiate anche sotto il profilo sanzionatorio. Infatti, ferma restando la possibilità del ricorso contro la disposizione *ex art.* 21, comma 5, della l. n. 833/1978 (ove adottata dagli ispettori della ASL) o *ex art.* 10, comma 2, del d.P.R. n. 520/1955 (se adottata dal personale dell'INL), che tuttavia non sospende l'efficacia della disposizione⁵², l'eventuale inadempienza della disposizione risulterebbe assoggettata alla sanzione penale di cui all'art. 11, comma 2, del d.P.R. n. 520/1955.

4.2.1.1. *Protocolli di sicurezza anti-contagio e disposizione?*

In una situazione così densa di incertezze, non solo giuridiche, potrebbe non essere azzardato scandagliare a fondo l'armamentario che l'ordinamento mette a disposizione per individuare soluzioni ai tanti problemi che emergono ormai quotidianamente.

Forse, quella dubbiosa prospettazione del potere di disposizione per conferire effettività alle raccomandazioni di cui al D.P.C.M. dell'11 marzo 2020

⁵⁰ Circolare del Ministero del lavoro del 24 giugno 2004, n. 24.

⁵¹ Secondo S. MARGIOTTA, *Ispezioni in materia di lavoro. Poteri degli ispettori, ricorsi e sistema sanzionatorio relativi a rapporto di lavoro, contribuzione previdenziale*, in "Igiene & sicurezza del lavoro", 2001, p. 76 ss. esistono tre tipi di esercizio del potere di disposizione in materia prevenzionistica: *a) disposizioni pure*, adottate in assenza di qualsiasi previsione sanzionatoria per la norma che il provvedimento dispositivo si volge ad integrare; *b) disposizioni derivate*, adottate in forza di un rinvio normativo, esplicito ma anche implicito, alla successiva determinazione integrativa da parte dell'organo di controllo, con previsione sanzionatoria; *c) disposizioni attuative*, adottate a fronte di norme a struttura elastica, sanzionate direttamente, ma il cui precetto a contenuto generico richiede una declinazione contenutistica di carattere tecnico discrezionale.

⁵² V. Art. 10, comma 3, del d.P.R. n. 520/1955 in base al quale il ricorso non ha effetto sospensivo, salvo i casi nei quali la sospensione sia espressamente stabilita da disposizioni legislative o regolamentari, o il Ministro ritenga di disporla, dovendosi ritenere che altrettanto valga per il Presidente della Giunta regionale.

potrebbe trovare maggiore consistenza agganciandola al nuovo strumento da poco concepito per garantire salute e sicurezza ai lavoratori che continuano ad operare nonostante l'emergenza. Il riferimento è al Protocollo (e ai conseguenti protocolli aziendali) di sicurezza anti-contagio citato in precedenza, il quale, oltre alla sua inequivoca natura negoziale, dal punto di vista sostanziale potrebbe anche configurarsi come una “buona prassi”: infatti, conformemente alla definizione di “buone prassi” accolta nell'art. 2, lett. *v*, del d.lgs. n. 81/2008, nella sostanza il Protocollo indubbiamente prospetta «soluzioni organizzative o procedurali coerenti con la normativa vigente e con le norme di buona tecnica, adottate volontariamente e finalizzate a promuovere la salute e sicurezza sui luoghi di lavoro attraverso la riduzione dei rischi e il miglioramento delle condizioni di lavoro»⁵³.

A ciò si obietterà che la predetta norma prevede che le buone prassi siano «elaborate e raccolte» da vari soggetti istituzionali e non⁵⁴ e «validate dalla Commissione consultiva permanente... previa istruttoria tecnica» ora dell'Inail «che provvede a assicurarne la più ampia diffusione». Se è vero che solo le buone prassi così validate acquisiscono quella pubblicità che le rende conoscibili e pubbliche⁵⁵, è vero pure che non mancano (e anzi sono ben più numerose) buone prassi non validate che perseguono le stesse finalità prevenzionistiche. E se, per un verso, le buone prassi sono elaborate e raccolte dai soggetti indicati dal legislatore, non è chi non veda come nella sostanza potrebbero essere anche “create” da altri soggetti: ad esempio, da quelle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale nel cui ambito sono costituiti quegli organismi paritetici di cui all'art. 51 del d.lgs. n. 81/2008, ricompresi tra i soggetti legittimati ad elaborarle ed a raccoglierle.

In buona sostanza, con un'interpretazione certamente non formalistica, che peraltro non sembrerebbe stravolgere i principi fondamentali dell'ordinamento, e volta a garantire i migliori livelli di salubrità e di sicurezza nell'attuale drammatica emergenza, si potrebbe tentare di ipotizzare che il Protocollo di sicurezza anti-contagio – la cui assunzione è prevista dal D.P.C.M. dell'11 marzo 2020 anche previe intese tra le parti sociali; che è stato condiviso proprio da quelle organizzazioni sindacali di cui si parlava; che è stato sollecitato e, a quanto consta, sottoscritto dallo stesso Governo che se ne fa garante – possa configurarsi almeno sostanzialmente come una buona prassi per contrastare il contagio nei luoghi di lavoro. E, in questi termini, a fronte della sua adozione volontaria da parte del datore di lavoro, potrebbe allora emergere l'applicabilità dell'art. 302-*bis* del d.lgs. n. 81/2008 secondo cui «gli organi di vigilanza impartiscono disposizioni esecutive ai fini dell'applicazione delle norme tecniche e delle buone prassi, laddove volontariamente adottate dal datore di lavoro e da questi espressamente richiamate in sede ispettiva, qualora ne riscontrino la non corretta adozione, e salvo che il fatto

⁵³ M. VINCIERI, *L' integrazione dell'obbligo di sicurezza*, Bologna, BUP, 2017, *passim*.

⁵⁴ Le Regioni, l'Istituto superiore per la prevenzione e la sicurezza del lavoro (Ispesl) (ora confluito nell'Inail), l'Inail stesso e gli organismi paritetici di cui all'art. 51.

⁵⁵ M. VINCIERI, *L' integrazione*, cit.

non costituisca reato». Un potere di disposizione che in questa norma è espressamente previsto e che, consistendo in un ordine e non in una sanzione (che sorgerebbe solo in caso di inosservanza della disposizione), lungi dal configurarsi in termini repressivi, evidenzia a tutto tondo la funzione di prevenzione.

D'altro, canto, poiché nel Protocollo condiviso sono previste tutte le misure oggetto delle raccomandazioni del D.P.C.M. dell'11 marzo 2020, l'effettività di queste ultime emergerebbe proprio mediante l'applicazione del citato art. 302-*bis*.

Dal punto di vista operativo, se in situazioni di normalità la dichiarazione di adozione di una buona prassi dovrebbe risultare dal documento di valutazione dei rischi, cui dovrebbe riferirsi l'organo di vigilanza per contestarne la mancata o non corretta applicazione, nel caso specifico, considerando che l'art. 302-*bis* esige che la buona prassi sia espressamente richiamata dal datore di lavoro in sede ispettiva, l'accertamento dell'adozione volontaria del Protocollo-buona prassi potrebbe essere effettuato mediante un'esplicita richiesta in tal senso dell'organo di vigilanza al datore di lavoro in sede ispettiva.

Fanta-diritto si dirà. Senonché, di fronte ad un'emergenza come quella attuale, l'esigenza di garantire beni di assoluto valore potrebbe forse legittimare qualche veniale licenza interpretativa. Anche perché in "licenze" di ben altra gravità ci si potrebbe imbattere qualora, con evidenti forzature, si tentasse di ricondurre le inattuazioni delle raccomandazioni nelle strette maglie del diritto penale, oppure nelle prescrizioni obbligatorie *ex d.lgs. n. 758/1994*, o addirittura ove mai si approdasse alla conclusione che esse non producano conseguenza alcuna.

Abstract

Il saggio analizza i recenti provvedimenti emanati dal Governo italiano per contrastare l'emergenza causata dalla diffusione del coronavirus e le ricadute che tale emergenza può produrre sul sistema di prevenzione aziendale delineato dal d.lgs. n. 81/2008 per la tutela della salute e sicurezza dei lavoratori. Il saggio affronta inoltre la questione relativa alla natura ed all'efficacia del Protocollo di sicurezza anti-contagio recentemente sottoscritto dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori proponendo alcune soluzioni per garantirne l'effettività.

The essay analyzes the recent measures issued by the Italian government to counter the emergency caused by the spread of coronavirus and the consequences that this emergency can have on the prevention system outlined by Legislative Decree no. 81/2008 for the protection of workers' health and safety. The essay also addresses the issue related to the nature and effectiveness of the anti-infection safety protocol recently signed by the trade unions of employers and workers by proposing some solutions to ensure its effectiveness.

Parole chiave

coronavirus contagio sicurezza lavoro raccomandazioni protocolli

Keywords

coronavirus infection safety work recommendations protocols