



Ancora a proposito di lavoratori fragili: brevi note sulla Circolare interministeriale 4 settembre 2020, n. 13

di Chiara Lazzari*

SOMMARIO: 1. Il superamento della sorveglianza sanitaria eccezionale. – 2. Dalla sorveglianza sanitaria eccezionale alla sorveglianza sanitaria ordinaria: ritorno al...passato. – 3. Il ruolo dell'art. 5 dello Statuto dei lavoratori. – 4. La questione del rilievo dell'età.

1. *Il superamento della sorveglianza sanitaria eccezionale*

Che le questioni concernenti la problematica gestione dei lavoratori fragili non potessero essere liquidate col famoso tratto di penna del legislatore in grado di cancellare intere biblioteche era facilmente intuibile. In effetti, come rilevato in altra sede¹, la necessità di tutelare il diritto alla salute di soggetti suscettibili di sviluppare conseguenze particolarmente severe, financo nefaste, in caso di contagio da SARS-CoV-2 non poteva dirsi certo superata dopo la discutibile scelta dell'Esecutivo di non includere fra le disposizioni la cui durata, ai sensi dell'art. 1, comma 3, del d.l. n. 83/2020, è stata prorogata sino alla nuova data di cessazione dello stato di emergenza (nel momento in cui si scrive fissata al 15 ottobre 2020²) l'art. 83 del d.l. n. 34/2020 (cd. "Decreto rilancio"), convertito, con modificazioni, dalla l. n. 77/2020. Quest'ultimo – merita ricordarlo – aveva introdotto l'obbligo, per i datori di lavoro privati e pubblici, di sottoporre a sorveglianza sanitaria eccezionale i «lavoratori maggiormente esposti a rischio di contagio in ragione dell'età o della condizione di rischio derivante da immunodepressione, anche da patologia Covid-19, o da esiti di patologie oncologiche o dallo svolgimento di terapie salvavita o comunque da comorbilità che possono caratterizzare una maggiore rischiosità».

* Chiara Lazzari è ricercatrice ex art. 24, comma 3, lett. b, della l. n. 240/2010 di Diritto del lavoro e Docente di Laboratorio di diritto sindacale e del lavoro, Università di Urbino Carlo Bo. chiara.lazzari@uniurb.it

¹ C. LAZZARI, *La sorveglianza sanitaria eccezionale nel sistema aziendale di prevenzione*, in questo numero di questa "Rivista", I, p. 25.

² La delibera dell'Esecutivo che ha prorogato la durata dello stato di emergenza, il cui termine era inizialmente fissato al 31 luglio, è stata pubblicata in GU Serie Generale n. 190 del 30 luglio 2020, ove è reperibile anche il d.l. n. 83/2020.

Verosimilmente perché nessuno se l'aspettava, dando per scontato il mantenimento dell'istituto in questione in ragione della sua evidente strategicità nella ripresa delle attività lavorative³, e forse tratti in inganno dalla (tardiva) pubblicazione, successivamente all'entrata in vigore del citato d.l. n. 83/2020, del decreto interministeriale 23 luglio 2020 deputato a determinare la tariffa per le prestazioni assicurate dall'Inail per l'appunto nell'ambito del sistema di sorveglianza sanitaria eccezionale (art. 83, comma 2, secondo periodo, del d.l. n. 34/2020)⁴, pochi, anche fra gli addetti ai lavori, si erano accorti della novità. Rispetto ad essa, tuttavia, si era già avuto modo di evidenziare i problemi che sarebbero stati generati dall'incauto provvedimento normativo di mancata proroga, anche in considerazione del fatto che alcune previsioni generali del d.lgs. n. 81/2008, oltre a quelle, proprio in tema di fragilità, contenute nel Protocollo condiviso del 24 aprile 2020, non avrebbero comunque consentito al datore di lavoro di disinteressarsi della questione. Per tali ragioni – pur a fronte di un istituto non esente da palesi criticità – si era auspicata una modifica del ricordato d.l. n. 83/2020 in sede di conversione⁵. Modifica che, però, parrebbe esclusa (ma il condizionale è d'obbligo, vista la caotica produzione legislativa di questi mesi) stando al § 4 della Circolare n. 13 del 4 settembre 2020, adottata congiuntamente dal Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali e da quello della Salute, oggetto di queste note. Quest'ultima, infatti, dopo aver ricordato che, in virtù dell'art. 1, comma 4, del d.l. n. 83/2020, gli effetti dell'art. 83 cessano al 31 luglio 2020, occupandosi del trattamento delle istanze presentate entro tale data, precisa che le visite richieste saranno svolte secondo le indicazioni definite nella suddetta Circolare (oltre che, si specifica non senza qualche ambiguità, «secondo la disciplina speciale di cui al citato disposto normativo»), sembrando così prendere atto dell'irreversibilità della scelta compiuta.

2. Dalla sorveglianza sanitaria eccezionale alla sorveglianza sanitaria ordinaria: ritorno al...passato

La Circolare in questione – alla cui adozione ha, con tutta evidenza, fortemente contribuito l'allarme suscitato, in vista della riapertura delle scuole, dalle notizie diffuse a proposito della possibile defezione di numerosi docenti in condizioni di fragilità per motivi anagrafici, per i quali, fino a questo momento, non si era posto alcun problema, avendo gli stessi svolto attività didattica *on line* – da un lato, si fa carico di colmare il vuoto normativo determinato dal “pasticcio”

³ Cfr. il Protocollo quadro «Rientro in sicurezza» siglato da Ministro per la Pubblica Amministrazione e Organizzazioni sindacali il 24 luglio 2020, ossia pochi giorni prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 83/2020, che richiama, senza dubbi sulla sua persistente vigenza anche in futuro, l'art. 83 del d.l. n. 34/2020.

⁴ In <https://www.lavoro.gov.it/documenti-e-norme/normative/Documents/2020/DM-23072020-Tariffe-INAIL.pdf>.

⁵ C. LAZZARI, *La sorveglianza sanitaria eccezionale*, cit., pp. 14-15, p. 25.

prodotto dal d.l. n. 83/2020, alla luce delle esigenze di tutela poc'anzi ricordate. Dall'altro, è lampante l'intento governativo – peraltro suffragato da nuove evidenze scientifiche – di perseguire una stretta nell'interpretazione del concetto di fragilità.

Sotto il primo profilo, venuto meno l'istituto di carattere speciale introdotto dal “Decreto rilancio”, è chiaro il tentativo di ricondurre la questione dei lavoratori fragili nell'alveo dell'ordinario sistema normativo, *in primis* il d.lgs. n. 81/2008. Il che appare certamente apprezzabile, essendosi già sottolineato come, superata la fase emergenziale maggiormente critica (cd. “fase 1”), quella di gestione più ordinaria del problema, rappresentata dalla forzata convivenza con il Coronavirus (cd. “fasi 2 e 3”), avrebbe restituito centralità alla normativa fondamentale in materia di sicurezza sul lavoro e al sistema aziendale di prevenzione ivi previsto⁶, nel cui ambito il medico competente e la sorveglianza sanitaria continuano a rivestire, per intuitive ragioni ribadite dalla Circolare in commento (§ 1), un ruolo di primo piano.

Sicché, e ferme restando le peculiarità di un controllo collegato alla condizione di fragilità del singolo più che al rischio connesso alla mansione in sé e per sé considerata, lo sforzo ministeriale è quello di riportare entro il perimetro segnato dall'art. 41 del d.lgs. n. 81/2008 la gestione dei soggetti fragili, riproponendo soluzioni operative già prefigurate a proposito dell'istituto della sorveglianza sanitaria eccezionale⁷, in particolare sotto il profilo dell'accento posto sulla richiesta del lavoratore – corredata dalla necessaria documentazione medica a supporto e «in presenza di patologie con scarso compenso clinico» (§ 3.2) – di essere sottoposto a visita (con implicito rinvio all'art. 41, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 81/2008)⁸, nell'evidente impossibilità del medico competente di conoscere potenziali situazioni di fragilità non segnalate.

A questo flusso informativo non può dirsi ovviamente estraneo il datore di lavoro, chiamato a fornire al sanitario «una dettagliata descrizione della mansione svolta dal lavoratore o dalla lavoratrice e della postazione/ambiente di lavoro dove presta l'attività, nonché le informazioni relative all'integrazione del documento di valutazione del rischio, in particolare con riferimento alle misure di prevenzione e protezione adottate per mitigare il rischio da SARS-CoV-2, in attuazione del *Protocollo condiviso* del 24 aprile 2020» (§ 3.3), dovendo il medico stabilire se il particolare profilo di rischio del lavoratore, legato alle sue caratteristiche individuali, sia, o meno, compatibile con quello dell'attività da lui svolta e del contesto ambientale, alla luce delle modalità di trasmissione del virus. Ciò che appare una declinazione, riferita alla specifica fattispecie, del generale obbligo, che grava sul datore di lavoro ai sensi dell'art. 18, comma 2, del d.lgs. n.

⁶ Cfr. C. LAZZARI, *Sicurezza sul lavoro e Covid-19. Appunti per una prospettiva di genere*, in questa “Rivista”, 2020, n. 1, II, p. 7 ss.

⁷ Volendo, C. LAZZARI, *La sorveglianza sanitaria eccezionale*, cit., p. 19 ss., ed ivi per ulteriori riferimenti.

⁸ La visita dovrà svolgersi nel rispetto delle regole di sicurezza che il § 5 della Circolare richiama.

81/2008, di comunicare al medico competente (oltre che al Responsabile del servizio di prevenzione e protezione dai rischi) una serie di informazioni in merito, tra l'altro, alla natura dei rischi, l'organizzazione del lavoro, la programmazione e l'attuazione delle misure preventive e protettive, la descrizione degli impianti e dei processi produttivi.

3. Il ruolo dell'art. 5 dello Statuto dei lavoratori

Se, alla luce di quanto testé osservato, la Circolare ha, tutto sommato, buon gioco a colmare in via interpretativa il segnalato vuoto normativo nelle realtà in cui è presente il medico competente, sfruttando le potenzialità del sistema aziendale di prevenzione delineato dal d.lgs. n. 81/2008, diverso il discorso per i lavoratori fragili che prestano la propria attività in quelle prive di un sanitario, lasciate evidentemente "scoperte" dalla mancata proroga dell'art. 83: è il caso di alcune scuole, come osserva la Circolare in un passaggio (§ 3.2) che ne tradisce l'origine e l'ispirazione. In questa ipotesi – e ferma restando la possibilità, per il datore di lavoro pur non soggetto all'obbligo di designare il medico *ex art.* 18, comma 1, lett. a), del d.lgs. n. 81/2008, di nominarne uno – il ricorso agli strumenti della legislazione ordinaria si concretizza nel richiamo all'art. 5, comma 3, della l. n. 300/1970. Quest'ultimo, com'è noto, riconosce al datore di lavoro la facoltà di far controllare l'idoneità fisica del lavoratore da parte di enti pubblici ed istituti specializzati di diritto pubblico, identificati dal § 3.2 della Circolare nelle Aziende sanitarie locali, nei Dipartimenti di medicina legale e medicina del lavoro delle Università e nell'Inail, già individuato dall'art. 83 quale ente deputato a fornire prestazioni, nell'ambito del sistema di sorveglianza sanitaria eccezionale, in favore dei datori di lavoro privi del medico competente.

Insomma, la disposizione dello Statuto, da molti ritenuta ormai desueta, se non addirittura implicitamente abrogata, in virtù della sopraggiunta disciplina rappresentata, da ultimo, dal d.lgs. n. 81/2008⁹, riscopre con la Circolare interministeriale in oggetto un'inedita attualità. Il che pare altamente simbolico, nel cinquantesimo dell'emanazione della normativa statutaria. Certo, non si può non rilevare, nella scelta interpretativa ministeriale, la presenza comunque di qualche tratto di specialità, nella misura in cui i controlli di cui parla l'art. 5, comma 3, hanno natura facoltativa, in quanto discrezionalmente richiesti dal datore di lavoro nel proprio interesse¹⁰, mentre, nella fattispecie, si tratta di accertamenti evidentemente

⁹ Cfr., da ultimo, R. DEL PUNTA, *Commento all'art. 2110 codice civile*, in R. DEL PUNTA, F. SCARPELLI (a cura di), *Codice commentato del lavoro*, Milano, WKI, 2020, p. 519; ID., *Commento all'art. 5 Statuto lavoratori*, *ivi*, p. 975.

¹⁰ Sul differente campo applicativo dell'art. 5 della l. n. 300/1970 rispetto all'art. 41 del d.lgs. n. 81/2008, 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*, Fano, Aras Edizioni, 2017, p. 237 e, volendo, C. LAZZARI, *L'organizzazione del sistema aziendale di prevenzione: soggetti ed obblighi tecnici*, in G. NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, Torino, Utet giuridica, 2015, pp. 787-788.

obbligatori, una volta che il datore di lavoro sia chiamato in causa dal lavoratore, e disposti a tutela della salute di quest'ultimo¹¹. Non a caso, la Circolare evoca anche in questa ipotesi l'istituto della sorveglianza sanitaria, laddove si riferisce espressamente alla necessità che venga assicurata al lavoratore la possibilità di richiederne al datore di lavoro l'attivazione benché in assenza di un medico competente (§ 3.2). Sì che, pure sotto il profilo del soggetto che mette in moto la procedura, sembra potersi riscontrare un rovesciamento per così dire di prospettiva rispetto all'usuale meccanismo operativo della norma in questione. Ma tant'è: la lacuna creata dall'opinabile operazione realizzata dal d.l. n. 83/2020 non consentiva di fare altrimenti.

4. *La questione del rilievo dell'età*

Certamente, però, il profilo che più di altri ha richiamato l'attenzione anche dei non addetti ai lavori è quello relativo al rilievo dell'età, rispetto al quale, come si accennava, pare evidente la volontà di orientarsi verso un'interpretazione più rigida, funzionale ad evitare la paralisi di servizi essenziali, scongiurando fenomeni di massiccia astensione dall'attività lavorativa in presenza non sempre connessi a effettive situazioni di fragilità.

Invero, mentre la formulazione dell'art. 83 considerava detto parametro come fattore di rischio a sé stante – in linea con le indicazioni contenute nella Circolare del Ministero della Salute del 29 aprile 2020¹², recante «Indicazioni operative relative alle attività del medico competente nel contesto delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus SARS-CoV-2 negli ambienti di lavoro e nella collettività», e nel «Documento tecnico sulla possibile rimodulazione delle misure di contenimento del contagio da SARS-CoV-2 nei luoghi di lavoro e strategie di prevenzione», elaborato dall'Inail nell'aprile 2020 e approvato dal Comitato Tecnico Scientifico (CTS) istituito presso la Protezione Civile¹³ – lo stesso Ministero cambia, ora, rotta. Del resto, stando al suo oggetto, la Circolare n. 13/2020 fornisce «aggiornamenti e chiarimenti, con particolare riguardo ai lavoratori e alle lavoratrici “fragili”», relativamente a quanto previsto in proposito proprio dalla citata Circolare del 29 aprile.

Ciò viene giustificato alla luce delle maggiori conoscenze scientifiche di cui si dispone oggi in relazione al virus SARS-CoV-2, che inducono a porre l'accento

¹¹ Vero è che, secondo il § 3.2, «il datore di lavoro potrà inviare il lavoratore o la lavoratrice a visita...», ma, anche alla luce di altri passaggi dello stesso paragrafo ricordati nel testo, sembra formula permissiva.

¹² «I dati epidemiologici rilevano una maggiore fragilità nelle fasce di età più elevate della popolazione (>55 anni di età)...nonché in presenza di co-morbilità che possono caratterizzare una maggiore rischiosità».

¹³ Il documento ipotizzava, infatti, l'introduzione di una «sorveglianza sanitaria eccezionale» che verrebbe effettuata sui lavoratori con età >55 anni o su lavoratori al di sotto di tale età ma che ritengano di rientrare, per condizioni patologiche, in questa condizione anche attraverso una visita a richiesta».

più sulla presenza di malattie pregresse, specie se associate, che non sull'elemento anagrafico in sé e per sé considerato (§ 3.1). I dati epidemiologici più recenti, prodotti dal sistema di sorveglianza gestito dall'Istituto Superiore di Sanità, nonché quelli derivanti dall'analisi delle cartelle sanitarie dei pazienti deceduti, mostrano, infatti, una «maggiore fragilità nelle fasce d'età più elevate della popolazione in presenza di alcune tipologie di malattie cronico degenerative (ad es. patologie cardiovascolari, respiratorie e dismetaboliche)». Pertanto, «l'andamento crescente dell'incidenza della mortalità all'aumentare dell'età è correlabile alla prevalenza maggiore di tali patologie nelle fasce più elevate dell'età lavorativa», con la conseguenza che tale parametro, da solo, non costituisce elemento sufficiente per definire una condizione di fragilità. Lo stato delle conoscenze in materia appare, d'altra parte, talmente fluido da richiedere continui adattamenti, sicché il giurista non può che prendere atto del cambiamento che, a quanto pare, si è prodotto nelle evidenze scientifiche, le quali si riflettono in termini dinamici sul concetto di fragilità, potendo questo evolversi in relazione alle eventuali nuove acquisizioni, di carattere epidemiologico e clinico, che dovessero emergere nel tempo.

Semmai, v'è da chiedersi se tali acquisizioni possano retroagire sugli accertamenti già avvenuti, tanto più che, sebbene la Circolare non ne faccia menzione, l'art. 90, comma 1, secondo periodo, del d.l. n. 34/2020, inserito in sede di conversione, prevede che «fino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-19, il medesimo diritto allo svolgimento delle prestazioni di lavoro in modalità agile è riconosciuto, sulla base delle valutazioni dei medici competenti, anche ai lavoratori maggiormente esposti a rischio di contagio da virus SARS-CoV-2, in ragione dell'età o della condizione di rischio derivante da immunodepressione, da esiti di patologie oncologiche o dallo svolgimento di terapie salvavita o, comunque, da comorbilità che possono caratterizzare una situazione di maggiore rischiosità accertata dal medico competente, nell'ambito della sorveglianza sanitaria di cui all'articolo 83 del presente decreto, a condizione che tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione lavorativa»¹⁴. Norma, questa, prorogata sino al 15 ottobre 2020, ai sensi dell'art. 1, comma 3, del d.l. n. 83/2020, che ha continuato a configurare l'età quale autonomo fattore di rischio, quantunque – sterilizzato, dal 1° agosto, il presupposto, almeno formale, per la sua operatività, ossia l'art. 83 ivi richiamato – essa, da un punto di vista strettamente giuridico, avrebbe dovuto consentire di accedere al (o mantenere il) regime di lavoro agile solo a chi si fosse visto riconoscere la propria condizione di fragilità entro il 31 luglio. In ogni caso, appare intuitivo il rischio di disparità di trattamento a seconda del momento temporale in cui detta condizione risulta accertata. In proposito, peraltro, paiono valere due considerazioni.

¹⁴ V., da ultimo, M.D. FERRARA, *Oltre l'emergenza: lavoro, conciliazione e agilità in condizioni di fragilità*, in "WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 426/2020", p. 19.

Da un lato, anche antecedentemente alla Circolare n. 13/2020, l'art. 90, comma 1, secondo periodo, sembrando riconoscere il diritto di cui si è detto non in termini assoluti, ma «sulla base delle valutazioni dei medici competenti», pareva escludere ogni automatismo fra superamento di una determinata soglia anagrafica e accesso al lavoro agile, potendo, ad esempio, il medico prescrivere misure protettive ulteriori rispetto a quelle usualmente impiegate (come filtranti facciali FFP2, barriere fisiche, distanziamento maggiore del metro convenzionalmente indicato) o suggerire l'adozione, da parte del datore di lavoro, di soluzioni organizzative (quali mutamenti di mansioni o di orario), tali da consentire al lavoratore di prestare la propria attività in presenza nelle medesime condizioni di sicurezza garantite dal lavoro a distanza (e al netto di ogni considerazione sulla valutazione, rimessa al medesimo datore, circa la compatibilità della modalità agile con le mansioni svolte: ciò che sembrerebbe confermare ulteriormente l'assenza di automatismi).

Dall'altro lato, la Circolare (§ 3.3) rimarca «la necessità di ripetere periodicamente la visita anche alla luce dell'andamento epidemiologico e dell'evoluzione delle conoscenze scientifiche in termini di prevenzione, diagnosi e cura»: una sorta di visita medica periodica *ex art.* 41, comma 2, lett. b), del d.lgs. n. 81/2008, la cui cadenza, come consente la norma, è «stabilita dal medico competente in funzione della valutazione del rischio», a sua volta, però, dipendente dalla situazione emergenziale di contesto.

In ogni modo, anche le osservazioni da ultimo sviluppate inducono a ritenere che la delicata questione rappresentata dalla gestione dei lavoratori fragili avrebbe richiesto un intervento – in via legislativa, non già interpretativa – ben più meditato e organico: si pensi, a titolo meramente esemplificativo, al nodo, ancora irrisolto¹⁵, del trattamento giuridico da riconoscere ai soggetti che non possono svolgere la propria attività né in presenza, né a distanza; o alla necessità di coordinare il citato art. 90, comma 1, secondo periodo, con il mutato quadro normativo, dal quale è stata espunta la sorveglianza sanitaria eccezionale, ma che appresta comunque, pur se con alcuni adattamenti, meccanismi alternativi di accertamento della condizione di fragilità. Invero, nel confuso coacervo di fonti (intese in senso lato) che hanno contribuito a edificare il diritto della salute e sicurezza sul lavoro dell'emergenza, il primo bene a rischiare di essere sacrificato è l'effettività della tutela per chi ne sia davvero bisognoso.

Abstract

Il contributo riflette sulle tutele apprestate dall'ordinamento in favore dei lavoratori fragili, dopo il superamento dell'istituto della sorveglianza sanitaria eccezionale e alla luce delle indicazioni contenute nella Circolare interministeriale n. 13/2020.

¹⁵ V., *amplius*, C. LAZZARI, *La sorveglianza sanitaria eccezionale*, cit., p. 22.

The essay reflects on the protections established by the legal system in favor of fragile workers, after passing the legal arrangement institute of the exceptional health surveillance and in light of the indications contained in the Interministerial Circular No. 13/2020.

Parole chiave

Coronavirus, Salute e sicurezza, Lavoratori fragili, Sorveglianza sanitaria, Medico competente

Keywords

Coronavirus, Health and safety, Fragile workers, Health surveillance, Occupational Health Physician (OHP)