

# LA «NUOVA» SICUREZZA SUL LAVORO *POST* COVID-19 (DVR, GESTIONE INTERFERENZE, *SMART WORKING*, COMITATI AZIENDALI): AGGIUSTAMENTI TEMPORANEI, ADEGUAMENTI DEFINITIVI

GIOVANNI SCUDIER, AVVOCATO

LUCIA CASELLA, AVVOCATO

L'emergenza sanitaria ha posto anche il sistema della sicurezza sul lavoro di fronte a sfide nuove, legate alla natura peculiare del rischio da gestire ed alla necessità di adattare e per certi versi ripensare gli strumenti a disposizione.

Alcuni interventi sono destinati ad esaurire i loro effetti con la fine dell'emergenza; altri potrebbero tramutarsi in adeguamenti definitivi dei documenti di sicurezza o dei Modelli Organizzativi.

L'articolo passa in rassegna alcuni dei temi più dibattuti, valutando quale tipo di indicazione possa derivarne per l'Organismo di Vigilanza.

## 1. Valutare il rischio pandemico

Per tutta la fase dell'emergenza si è discusso, se vi fosse o meno un obbligo di aggiornamento del DVR.

La questione oggi si può considerare chiusa: i datori di lavoro devono adeguare l'organizzazione aziendale affinché le attività lavorative si svolgano in conformità alle prescrizioni anti-contagio impartite dall'Autorità e devono adottare un documento a tal fine.

L'obbligo del datore di lavoro non è solo di attuare in concreto le misure secondo le specifiche e concrete caratteristiche della sua organizzazione: ad ogni datore di lavoro è richiesto anche di farne l'oggetto di un documento dedicato.

I Protocolli Condivisi del 24 aprile 2020 prevedono l'obbligo esplicito di adottare un vero e proprio Protocollo Aziendale; le Linee Guida della Conferenza delle Regioni chiedono a ciascuna organizzazione di dotarsi di procedure/istruzioni operative specifiche «in relazione ad ogni singolo contesto locale», che «possono costituire un *addendum* connesso al contesto emergenziale del documento di valutazione dei rischi».

Deve dunque esistere un documento aziendale di sicurezza dedicato al rischio di contagio da COVID-19.

Che il datore di lavoro debba occuparsi del rischio di contagio è pienamente coerente con il sistema di sicurezza e salute delineato dal nostro ordinamento,

secondo cui il datore di lavoro (per il solo fatto di essere tale) deve gestire il rischio nel luogo di lavoro (per il solo fatto che il rischio esiste nel luogo di lavoro); e quindi non di sola salute pubblica si tratta. Il rischio non è professionale in senso stretto, nel senso che non è legato alle specifiche lavorazioni, ma è rischio prevenibile nel luogo di lavoro e come tale va gestito<sup>1</sup>.

Però è il modo in cui il datore di lavoro deve gestirlo, che distingue il rischio di contagio da ogni altro rischio, appunto, professionale; e distingue questo documento di adeguamento delle misure di prevenzione da ogni normale aggiornamento del DVR.

È certo infatti che il datore di lavoro non «valuta» il rischio COVID-19; è altrettanto certo che il datore di lavoro non «decide» le misure di prevenzione di quel rischio.

Nessuno oggi mette in dubbio il fatto che non sta al datore di lavoro valutare l'agente patogeno denominato SARS-CoV-2 nella sua relazione con l'essere umano: né per quanto riguarda la sua diffusione, né per i meccanismi di azione sull'organismo<sup>2</sup>.

La valutazione del rischio è stata compiuta fin da subito dalle Autorità competenti, le quali nella prospettiva di tutela della salute pubblica hanno valutato la natura dell'agente di rischio dal punto di vista scientifico e sanitario, la gravità delle conseguenze per l'uomo, la probabilità di infezione; hanno delineato gli scenari di diffusione del contagio; hanno dettato le regole per «le persone» (la collettività) e poi, quando si è posto il problema della compatibilità dello scenario con lo svolgimento dell'attività lavorativa, hanno limitato, vietato, infine nuovamente consentito l'esercizio delle attività produttive: ed è stato, si noti, un processo assolutamente dinamico, via via adattato al mutamento delle condizioni, all'aumentare e poi al diminuire del rischio di esposizione, del tutto coerente alla regola che vuole che la valutazione del rischio sia costantemente al passo con le esigenze della prevenzione man mano che esse mutano.

Cosa sono stati, se non una valutazione del rischio, i provvedimenti con cui dapprima le attività lavorative sono state consentite, poi limitate in alcune zone e non in altre, poi sospese ovunque, ma con limiti ed eccezioni, infine riammesse con limiti via via meno stringenti (ma allo stato ancora esistenti)? Il rischio è stato di volta in volta valutato dall'Autorità come un rischio dapprima inesistente, o comunque accettabile – e le attività lavorative sono rimaste aperte; poi accettabile ma solo a certe condizioni – e allora sono state introdotte le prime misure di prevenzione; poi ancora il rischio è stato considerato non accettabile per molte attività – e allora è stato eliminato con la misura più estrema, la sospensione delle attività stesse; mentre è stato considerato accettabile per altre, ma a condizioni più stringenti – e allora è stata la volta dei Protocolli.

La Fase 2 non è che l'esito di una nuova valutazione del rischio; la Fase 3 sarà ancora un'altra valutazione del rischio.

Sarebbe stato a dir poco irrealistico, ma diciamo pure anche insensato, pensare che il datore di lavoro, per quanto supportato dal RSPP, dal Medico Competente, dal

---

<sup>1</sup> Sul tema, cfr. DOVERE, *Responsabilità da reato degli enti: brevi note sugli effetti delle misure anti-contagio in contesto lavorativo*, in questa *Rivista, Interventi*, maggio 2020.

<sup>2</sup> Come qualcuno ricorderà, nella primissima immediatezza dell'epidemia si era velocemente diffusa, soprattutto tramite la rete, la tesi che ogni singolo datore di lavoro dovesse valutare il rischio biologico e predeterminare gli scenari di diffusione del contagio secondo livelli di gravità crescente, conseguentemente aggiornando il DVR secondo una logica «in continuo» che seguisse l'andamento dell'epidemia. Già avevano cominciato a circolare software applicativi e proposte commerciali di DVR per «scenari standard».

RLS e da qualsivoglia consulente, potesse davvero gestire a livello di singola organizzazione un rischio come questo, decidendo se la curva del contagio fosse tale da suggerire/imporre questo o quel comportamento.

Ma se questa è stata ed è la valutazione del rischio pandemico, parlare di «aggiornamento del DVR» quando ci si riferisce al documento aziendale potrebbe essere fuorviante, se non ci si intende con chiarezza: non siamo nel contesto dell'art. 28 del Decreto 81; il documento aziendale non valuta la «probabilità di raggiungimento del livello potenziale di danno nelle condizioni di esposizione ad un determinato agente» [art. 2, lett. s) del Decreto 81].

Il fatto che il rischio sia «presente» nel luogo di lavoro, che sia noto nella sua esistenza, che sia ragionevolmente e concretamente possibile il suo manifestarsi, non fanno venire meno il fatto che questo rischio non può essere valutato dal datore di lavoro; lo scenario in cui il datore di lavoro si muove è uno scenario di salute pubblica, calato sì nel concreto dei luoghi di lavoro, ma il cui governo è nelle mani dell'Autorità.

Che il documento aziendale anti-contagio venga denominato Protocollo Aziendale, Piano di Intervento, *Addendum* al DVR, Aggiornamento del DVR, diventa a questo punto una questione solo terminologica?

Da un certo punto di vista sì: non conta come si chiama il documento, conta che l'organizzazione lo abbia adottato, che contenga gli interventi di tutela corretti, e poi (naturalmente) che questi siano efficacemente attuati, per usare una terminologia «231».

Ma se nonostante tutto vogliamo chiamarlo «Aggiornamento del DVR», allora deve essere chiaro che non si tratta del documento di cui agli artt. 28 e 29 del Decreto 81, che non ci sarà al suo interno un paragrafo intitolato «valutazione del rischio», che il riferimento non sono gli artt. 266 e seguenti del Decreto 81; se non è un DVR non occorrerà neppure, banalmente, che sia munito di una data certa.

Raggiungere un grado di sufficiente condivisione su questa conclusione è fondamentale non solo per il passato e per quanto già accaduto, ma anche per il prossimo futuro.

Per questi mesi passati, è importante evitare l'idea che in azienda dovrebbe esistere un DVR con data certa contenente la valutazione del rischio biologico; significa evitare l'applicazione ingiustificata di sanzioni per omessa valutazione del rischio, per omesso aggiornamento del DVR, e significa anche evitare che contestazioni *ex art.* 589 e 590 c.p. in casi di avvenuto contagio vengano fondate su profili di colpa specifica di questo tenore.

Ma il tema riguarda anche, anzi soprattutto, il futuro: quello prossimo innanzitutto, e cioè questi mesi di attesa di quella che molti paventano come la «seconda ondata» in autunno; ma anche quello più lontano, in relazione a qualche nuovo evento pandemico di cui, a sentire molti, dobbiamo accettare la possibilità come qualcosa di molto concreto.

Chi e come dovrà valutare gli scenari di diffusione del contagio e la loro incidenza sulle attività lavorative?

L'esperienza del SARS-CoV-2 ci lascia questa regola: non è compito del datore di lavoro monitorare «l'andamento della situazione epidemiologica nei territori» per aggiornare di propria iniziativa le proprie misure di prevenzione; il datore di lavoro deve (solo, ma certo non è poco) tenersi costantemente informato ed aggiornato sulle valutazioni dell'Autorità e sui provvedimenti che essa adotta, e adeguare prontamente la propria organizzazione, non appena essi imponessero di intervenire.

Il datore di lavoro non valuta il rischio; adotta misure di prevenzione di un rischio che viene valutato da altri. La differenza è tutta qui, ma non è differenza da poco.

*Nella prospettiva del MOG, quali sono in concreto le ricadute di quanto sopra?*

Innanzitutto, sarà lecito aspettarsi (pretendere) che l'organizzazione sia in grado di esibire, a riprova dell'assolvimento degli obblighi prevenzionali, un «documento anti-contagio» adottato per la FASE 1, se si tratta di attività che è rimasta aperta; non una valutazione del rischio, ma un documento con le misure di prevenzione adottate per la specifica struttura aziendale.

Tutte le organizzazioni, poi, dovranno disporre di un Protocollo/*Addendum* per la FASE 2.

In una prospettiva di Sistema di Gestione, invece, l'organizzazione dovrà essere (e dimostrarsi) pronta a rispondere tempestivamente alla eventuale necessità di ripristino di misure contenitive: il che significa, ad esempio, avere individuato le funzioni aziendali tenute a monitorare i provvedimenti dell'Autorità; aver definito il percorso dei flussi di comunicazione destinati a trasformare la notizia di nuove misure in adeguamento effettivo dei processi aziendali; ovvero, in una prospettiva di più ampio respiro, essersi dotati di un vero e proprio protocollo di gestione degli eventi pandemici.

## **2. Quali misure di prevenzione? La questione dell'art. 2087 c.c.**

È certo che il datore di lavoro non «valuta» il rischio COVID-19; è altrettanto certo che il datore di lavoro non «decide» le misure di prevenzione di quel rischio.

Secondo l'art. 1, comma 14, d.l. 33/2020, «le attività economiche, produttive e sociali devono svolgersi nel rispetto dei contenuti di protocolli o linee guida idonei a prevenire o ridurre il rischio di contagio nel settore di riferimento o in ambiti analoghi».

I contenuti di questi protocolli e linee guida sono, per definizione legislativa, idonei a prevenire o ridurre il rischio.

Linee guida e protocolli sono «adottati dalle regioni o dalla Conferenza delle regioni e delle province autonome nel rispetto dei principi contenuti nei protocolli o nelle linee guida nazionali. In assenza di quelli regionali trovano applicazione i protocolli o le linee guida adottati a livello nazionale».

Le regole da seguire sono contenute nelle «Linee Guida per la Riapertura delle Attività Economiche e Produttive» predisposte dalla Conferenza delle Regioni<sup>3</sup> o – si badi bene - nelle Linee Guida delle singole Regioni; dove mancano regole regionali, le regole sono quelle dei Protocolli nazionali. In concreto e per sommi capi, si può dire che per le attività produttive rimaste aperte nella FASE 1 continuano ad applicarsi i Protocolli Condivisi per Ambienti di Lavoro, Cantieri, Logistica e Trasporti (nel frattempo assunti a norme di diritto positivo come allegati agli ultimi DPCM, e di cui proprio l'art. 2 del DPCM 17 maggio 2020 dispone espressamente l'applicazione almeno fino al 14 giugno 2020<sup>4</sup>); per le attività sospese durante la FASE 1 e che hanno ripreso dal 18 maggio 2020, sono state invece appositamente scritte e valgono le

<sup>3</sup> Si sono già succedute più versioni del documento; al 4 giugno 2020 al link [www.regioni.it](http://www.regioni.it) è disponibile la versione datata 25 maggio 2020 prot. 20/94/CR01/COV19. Essa contiene 25 Schede tematiche per altrettanti settori.

<sup>4</sup> È la data in cui cessano di avere efficacia le disposizioni del DPCM 17 maggio 2020 (cfr. art. 11).

disposizioni di matrice regionale (Conferenza delle Regioni o specifiche disposizioni regionali)<sup>5</sup>.

I contenuti delle Linee Guida e dei Protocolli costituiscono, per esplicito dettato normativo, le regole da seguire.

Mentre scriviamo queste note, è in fase di conversione al Senato il d.l. 23/2020 (cd. Decreto Liquidità) il cui art. art. 29 *bis* sancisce che «mediante l'applicazione delle prescrizioni contenute nel protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del COVID-19 negli ambienti di lavoro, sottoscritto il 24 aprile 2020 tra il Governo e le parti sociali, e successive modificazioni e integrazioni, e negli altri protocolli e linee guida di cui all'articolo 1, comma 14, del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, nonché mediante l'adozione e il mantenimento delle misure ivi previste», i datori di lavoro «adempono all'obbligo di cui all'art. 2087 del codice civile». La norma aggiunge che «Qualora non trovino applicazione le predette prescrizioni, rilevano le misure contenute nei protocolli o accordi di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale».

Da un lato, questa norma integra la platea delle norme di riferimento, perché aggiunge ai Protocolli del 24 aprile anche gli ulteriori protocolli e accordi di settore stipulati dalle parti sociali<sup>6</sup>.

Dall'altro lato, la norma conferma che nelle linee guida e nei protocolli si esaurisce il pacchetto normativo delle misure di prevenzione che devono essere adottate in funzione anti-contagio.

È una norma importante, perché con lo specifico richiamo all'art. 2087 c.c. sancisce che allo stato attuale la particolarità del lavoro, l'esperienza, la tecnica<sup>7</sup> non consentono di definire un sapere scientifico e tecnologico diverso da quello assunto nei Protocolli e nelle Linee Guida, nazionali o regionali; o meglio, sancisce che quello ivi assunto è il portato del patrimonio di conoscenze oggi disponibile.

Così facendo, il legislatore previene letture inappropriate e fuorvianti dell'art. 2087 c.c., notoriamente norma «aperta», evitando ad esempio che la si richiami per pretendere dal datore di lavoro test sierologici, test rapidi, patenti di immunità, prima che l'Autorità ne abbia validato i contenuti e attribuito efficacia cogente.

Certo la applicazione delle misure di prevenzione rimane questione delicata: perfino individuare quale sia il «proprio» protocollo di riferimento è impresa non sempre agevole, e altrettanto stringente è l'obbligo di seguirne ogni evoluzione ed aggiornamento<sup>8</sup>; per non parlare poi della formulazione assai poco tassativa e spesso atecnica delle clausole dei protocolli e linee guida.

<sup>5</sup> Per le attività professionali, gestite fin da principio in forma separata, ancora il DPCM 17 maggio 2020 raccomanda lavoro agile, ferie e congedi, protocolli di sicurezza anti-contagio con distanza interpersonale o dpi, sanificazione. Va segnalato però che le Linee Guida della Conferenza delle Regioni, nella Scheda «Uffici aperti al pubblico», includono nell'ambito di applicazione «gli studi professionali».

<sup>6</sup> Come si ricorderà, nei DPCM erano stati recepiti ed allegati soltanto tre dei Protocolli adottati; erano rimasti esclusi, ad esempio, il Protocollo per i Servizi Ambientali del 19 marzo 2020, il Protocollo delle Imprese Ceramiche del 10 aprile 2020, il Protocollo del Settore Moda del 15 aprile 2020; e probabilmente molti altri.

<sup>7</sup> Particolarità del lavoro: «complesso di rischi e pericoli che caratterizzano la specifica attività lavorativa»; Esperienza: «conoscenza di rischi e pericoli acquisita nello svolgimento della specifica attività lavorativa»; Tecnica: «progresso scientifico e tecnologico attinente a misure di tutela su cui il datore di lavoro deve essere aggiornato»: cfr. Cass. civ., sez. Lavoro, 29 marzo 2019, n. 8911.

<sup>8</sup> «Resta inteso che in base all'evoluzione dello scenario epidemiologico le misure indicate potranno essere rimodulate, anche in senso più restrittivo»: *Linee Guida Conferenza delle Regioni, «Scopo e Principi Generali»*.

Ma si tratta di un punto importante per evitare la distorsione di una norma così preziosa come l'art. 2087 c.c., che è norma di tutela dei lavoratori, ma è anche norma di tutela del datore di lavoro, nella misura in cui definisce i confini ultimi ed insuperabili del suo debito di sicurezza verso il lavoratore.

*Nella prospettiva del MOG*, l'adempimento fondamentale che l'organizzazione deve assicurare riguarda la corretta individuazione del protocollo o della linea guida applicabile, sia per quanto riguarda il settore di riferimento (eventualmente da ricercare secondo il criterio degli «ambiti analoghi») sia per quanto riguarda la scelta tra Linea Guida regionale (tendenzialmente settoriale) o Protocollo nazionale.

Il secondo profilo di organizzazione riguarda il continuo monitoraggio del provvedimento applicabile, tenendo conto che in base allo scenario epidemiologico le Linee Guida regionali «potranno essere rimodulate, anche in senso più restrittivo», così come ogni Regione «può introdurre misure derogatorie, ampliative o restrittive» rispetto a quelle adottate a livello nazionale (cfr. art. 1, comma 16 d.l. 33/2020); a maggior ragione può essere complicato seguire gli aggiornamenti dei Protocolli di settore, se si tratta di documenti delle Parti Sociali.

Ancora, considerato che sono numerosi i casi in cui Protocolli e Linee Guida prevedono misure di prevenzione tra loro alternative o addirittura facoltative, occorrerà compiere di volta in volta valutazioni finalizzate non soltanto ad assicurare la tutela del lavoratore, e neanche soltanto a dimostrare di avere comunque applicato misure contemplate tra quelle prescritte; occorre anche, ogni volta che la soluzione consente al datore di lavoro una scelta, considerare e spiegare la prospettiva economica dell'investimento: ciò al fine di prevenire future contestazioni all'organizzazione di avere perseguito risparmi di spesa o incrementi di produttività adottando l'una piuttosto che l'altra misura.

### **3. Rischio contagio o rischio contatto? La gestione delle interferenze e l'Addendum al DUVRI**

A ben vedere, il datore di lavoro non deve gestire nessun «agente biologico»; egli è piuttosto chiamato a gestire il rischio consistente nel «contatto»: contatto tra persone; contatto tra persone e luoghi/cose toccati da altre persone.

Che il contatto possa essere fonte di contagio, e a quali condizioni (distanza interpersonale inferiore ad un metro, contatto con luoghi/cose senza protezioni, contatto non preceduto da una sanificazione, ecc.) è l'esito della valutazione del rischio compiuta dall'Autorità.

La nozione di «contatto» rende particolarmente interessante considerare, anche in prospettiva COVID-19, il contenuto dei documenti aziendali di sicurezza dedicati alla gestione delle interferenze in applicazione dell'art. 26 del Decreto 81.

Di rischio interferenziale si occupano anche i protocolli COVID-19: ad esempio, fin dalla sua prima versione il Protocollo Condiviso per gli Ambienti di Lavoro del 14 marzo 2020 ha applicato le regole su Informazione (punto 1) e Modalità di Ingresso in Azienda (punto 2) non solo al personale, ma anche a «chi entra in azienda»; l'intero punto 3 era (è) dedicato alle «Modalità di Accesso dei Fornitori Esterni»; e significativamente la versione aggiornata del Protocollo 24 aprile 2020 ha rafforzato proprio le regole di gestione dei terzi, introducendo nel punto 3 l'obbligo dell'appaltatore di informare il committente in caso di dipendente positivo al tampone,

nonché l'obbligo dell'azienda committente di dare all'impresa appaltatrice completa informativa dei contenuti del Protocollo Aziendale e di vigilare sul suo rispetto.

Il Protocollo Aziendale anti-contagio, in questa parte, si configura allora come Addendum al DUVRI (nel senso sopra richiamato: la valutazione del rischio è già stata fatta nei Protocolli); nei cantieri edili, analogamente, i disposti del punto 2 del Protocollo del 19 marzo/24 aprile 2020 trovano attuazione tramite l'integrazione del PSC con un apposito *Addendum*, cui fa seguito analogo Addendum al POS dell'impresa.

Ma come individuare i «fornitori», i «terzi» da assoggettare alle regole anti-contagio?

L'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 26 si rivela di particolare interesse, in questa prospettiva anti-contagio, nella parte in cui ha sviluppato una analitica riflessione sulla nozione di «interferenza»<sup>9</sup> intesa come «la circostanza in cui si verifica un contatto rischioso tra il personale del committente e quello dell'appaltatore o tra il personale di imprese diverse che operano nella stessa sede aziendale con contratti differenti», ma anche come «la coesistenza in un medesimo contesto di più organizzazioni».

In un contesto siffatto, gli obblighi di cui all'art. 26 «presuppongono un rapporto di appalto ovvero di somministrazione, secondo le definizioni di tali tipologie contrattuali che si ricavano dalle norme civilistiche. Tuttavia, non possono esaurirsi in essi i rapporti ai quali fa riferimento la norma»; anzi, considerata la *ratio* della norma di tutelare i lavoratori di distinte organizzazioni interferenti, «ciò che rileva non è la qualificazione civilistica attribuita al rapporto di imprese che cooperano tra loro, quanto l'effetto che tale rapporto crea, cioè l'interferenza tra organizzazioni»; sicché «occorre aver riguardo alla concreta interferenza...e non alla mera qualificazione civilistica attribuita al rapporto tra le imprese che cooperano tra loro – vale a dire contratto d'appalto o d'opera o di somministrazione»; al punto che può perfino non essere necessario «il perfezionamento di un contratto di appalto scritto, essendo sufficiente che (...) intervengano accordi per una mera prestazione d'opera, atteso il carattere negoziale degli stessi».

Esiste dunque una stretta correlazione tra la logica delle misure anti-contagio e la disciplina che già sta alla base del sistema di gestione delle interferenze in azienda; anzi, la vicenda pandemica potrebbe rendere finalmente più agevole cogliere, da parte delle organizzazioni, l'importanza del tema del «contatto» come argomento principale dell'art. 26, sicuramente più importante del *nomen juris* attribuito ai contratti con i fornitori esterni.

Naturalmente non sono piani esattamente sovrapponibili: per l'art. 26 il «contatto» costituisce soltanto il presupposto su cui basare la ricerca/valutazione dei possibili rischi interferenziali, per la normativa COVID-19 il contatto è esso stesso il rischio da gestire; ancora, e soprattutto, il contatto dell'art. 26 è contatto «tra organizzazioni», mentre il contatto della normativa COVID-19 è contatto «tra persone», da gestirsi non a caso anche all'interno della singola organizzazione.

Però non appare irragionevole pensare che la rinnovata attenzione ai «contatti» possa produrre positivi effetti sulla gestione degli affidamenti intra-aziendali; che la «stretta», inevitabilmente imposta dalla pandemia, ai contatti con i fornitori esterni

---

<sup>9</sup> Tra le più recenti: Cass. pen., sez. IV, 15 maggio 2019, n. 26898; Cass. pen., sez. IV, 26 marzo 2019 n. 14921; Cass. pen., sez. IV, 19 marzo 2019 n. 15335; Cass. pen., sez. IV, 9 gennaio 2019 n. 5030; Cass. pen., sez. IV, 7 giugno 2016 n. 30557.

possa tramutarsi, quanto a misure concrete, in una maggiore consapevolezza della esistenza di questi contatti e della necessità di regolarli secondo le regole dell'art. 26. Del resto, è noto che l'ambito di questa norma è tra i più difficili da gestire per la innumerevole varietà delle forme, in cui il contatto con i terzi si manifesta, quotidianamente e spesso in maniera poco strutturata.

*Nella logica del MOG*, valutare il sistema di gestione *ex art.* 26 dei rischi interferenziali ante-COVID alla luce delle misure adottate nella fase dell'emergenza costituisce indubbiamente un interessante esercizio di messa alla prova del sistema di gestione della sicurezza aziendale e della sua capacità di intercettare prima, e regolare poi, le interferenze ed i contatti con i terzi.

Una analisi di questo tipo costituisce senza dubbio un utile strumento di verifica «in concreto» del livello di rischio cui l'organizzazione è esposta nei rapporti con i terzi, e dei margini di miglioramento che l'organizzazione medesima richiede.

Se le misure anti-contagio possono avere mostrato qualcosa in questi tre mesi di applicazione pur convulsa, è il fatto che una riduzione della circolazione di terzi all'interno dei luoghi aziendali è in qualche misura fattibile, sicuramente molto più di quanto ogni organizzazione pensasse possibile; trasformare questa «riduzione forzata» in una regola definitiva e non limitata alla fase emergenziale consentirebbe senza dubbio un miglioramento nella valutazione e prevenzione dei rischi «da contatto» o «da interferenza» che dir si voglia.

Né sarebbe una misura di poco conto anche in funzione anti-contagio: migliorare in maniera definitiva la gestione dei terzi significherebbe essere pronti ad affrontare qualsiasi «seconda ondata» (o, perché no, una diversa epidemia futura da molti paventata) senza ritrovarsi, quando fosse il momento, a mettere mano in maniera emergenziale e necessariamente approssimativa all'organizzazione ed ai processi aziendali.

#### **4. Formazione. Verifica delle attrezzature**

Sono molto più contingenti le vicende legate ad altri due punti del Decreto 81 sui quali la normativa anti-contagio ha prodotto un impatto potenzialmente importante anche nella prospettiva del sistema di gestione della sicurezza.

Il primo è quello della formazione (dei lavoratori, RSPP, ecc.); il secondo è quello delle verifiche periodiche delle attrezzature di lavoro.

Quanto alla formazione, si è posto il problema dell'aggiornamento periodico scaduto in periodo di chiusura delle attività; nel silenzio della normativa nazionale il Protocollo Condiviso per gli Ambienti di Lavoro fin dal 14 marzo 2020 ha previsto, ferma restando la praticabilità della formazione a distanza (non compatibile tuttavia con alcune fattispecie, come ad esempio quelle che implicano addestramento pratico), che «il mancato completamento della formazione professionale e/o abilitante entro i termini previsti per tutti i ruoli/funzioni aziendali in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, dovuto all'emergenza in corso e quindi per cause di forza maggiore, non comporta l'impossibilità a continuare lo svolgimento dello specifico ruolo/funzione».

Il principio è di per sé condivisibile, a prescindere dalla anomalia di una deroga alla norma di legge introdotta ad opera delle cd. Parti Sociali; va peraltro evidenziato



che l'indicazione riguarda l'aggiornamento e non la prima formazione abilitante<sup>10</sup>, e semmai proprio questa distinzione suggerisce qualche riflessione sul tema generale dell'aggiornamento professionale, e sulla ragionevolezza di un sistema che spesso nella pratica collega ad una scadenza formale un disvalore sostanziale senza preoccuparsi di verificare l'effettiva preparazione del soggetto non formalmente aggiornato.

Un altro adempimento sul quale la sospensione delle attività ha inciso è quello delle verifiche periodiche delle attrezzature di cui all'art. 71 del Decreto 81.

Nel silenzio della normativa, la tesi che anche alcune Regioni hanno condiviso<sup>11</sup> è di ritenere applicabile il disposto dell'art. 103, comma 2, d.l. 18/2020 poi convertito in l. 27/2020, che ha disposto la proroga della validità di «tutti i certificati, attestati, permessi, concessioni, autorizzazioni e atti abilitativi comunque denominati, in scadenza tra il 31 gennaio e il 31 luglio 2020 (...) per i novanta giorni successivi alla dichiarazione di cessazione dello stato di emergenza<sup>12</sup>».

Anche questa interpretazione può apparire condivisibile, specie considerando disposizioni simili nello specifico ambito delle verifiche periodiche come l'art. 92, comma 4, della medesima l. 27/2020 che ha autorizzato fino al 31 ottobre 2020 la revisione dei veicoli con verifica in scadenza entro il 31 luglio 2020.

Naturalmente questa interpretazione comporta la impossibilità di irrogare le sanzioni di cui all'art. 87 del Decreto 81 per il mero fatto della scadenza temporale, ovvero di ravvisare una colpa del datore di lavoro in caso di evento infortunistico per il solo fatto che la revisione periodica è scaduta; ma la «proroga» nulla toglie alla rilevanza di una eventuale specifica inadeguatezza sostanziale della attrezzatura, rispetto alla quale la questione della validità temporale del certificato di revisione sarebbe del tutto inconfidente.

*Nella prospettiva del MOG*, ciò che entrambe queste «proroghe» suggeriscono è un aggiustamento contingente, consistente nel fare il punto, ad emergenza (almeno parzialmente) rientrata, sullo stato delle scadenze aziendali della formazione periodica e della verifica periodica delle attrezzature; si tratta cioè di aggiornare la mappa temporale, verificare se ci sono scadenze sopravvenute e, laddove ve ne siano, programmare con la massima tempestività gli aggiornamenti o le verifiche che sono rimasti «in sospeso».

Anche una verifica di questo tipo può rivelarsi peraltro una occasione utile per testare l'effettività del Modello in termini di attuazione concreta, nonché per darne adeguata registrazione: una risposta puntuale (e tempestiva) all'Organismo di Vigilanza presuppone infatti che la funzione aziendale cui è stata formulata la richiesta possieda una adeguata padronanza del sistema di gestione delle scadenze e

<sup>10</sup> Ciò rende probabilmente meno significativo il fatto che, tra gli esempi di funzioni che possono continuare ad essere esercitate, il Protocollo cita l'addetto all'emergenza antincendio o primo soccorso, ma anche il carrellista che non è, propriamente, una funzione aziendale in materia di sicurezza. Sul tema v. anche REGIONE VENETO, *Manuale per la Riapertura delle Attività Produttive approvato con Delibera Regionale n. 601/2020*: «Si precisa che tale indicazione non si applica al caso del mancato completamento della formazione iniziale o di base; in tal caso, l'operatore privo della dovuta formazione non può e non deve per nessun motivo essere adibito al ruolo/funzione a cui la formazione obbligatoria e/o abilitante si riferisce».

<sup>11</sup> Cfr. ancora il *Manuale Regione Veneto*: «Si ritiene che tale disposizione sia applicabile anche agli adempimenti e alle manutenzioni ordinarie degli impianti e dei presidi di sicurezza negli ambienti di lavoro previste dal decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, tra le quali rientrano, a titolo esemplificativo e non esaustivo, le verifiche periodiche delle attrezzature di lavoro di cui all'articolo 71, degli impianti di messa a terra, dei mezzi di sollevamento, la manutenzione di estintori e altri presidi antincendio quali luci di emergenza, porte antincendio, etc.».

<sup>12</sup> Il d.l. 18/2020 prima della conversione riguardava gli atti fino al 15 aprile 2020 che prorogava fino al 15 giugno 2020.

delle relative procedure aziendali (e presuppone naturalmente che, a monte, un sistema di gestione delle scadenze esista).

### **5. *Smart Working*: strumento anti-contagio?**

La normativa anti-COVID-19 ha fin da subito configurato il ricorso al lavoro agile come uno strumento di contenimento della diffusione del contagio; a tale scopo ha disegnato un modello di lavoro agile «semplificato», ben diverso da quello introdotto con la l. 81/2017, e ne ha dichiarato l'applicabilità secondo criteri spaziali e temporali che hanno seguito l'andamento dell'epidemia.

Già con il d.l. 9/2020 (art. 18) il legislatore qualificava il lavoro agile «quale ulteriore misura per contrastare e contenere l'imprevedibile emergenza epidemiologica»; dal punto di vista territoriale, seguendo la logica di estensione delle misure di tutela propria dei successivi DPCM, l'accesso al lavoro agile «semplificato» è stato via via esteso passando da «aree considerate a rischio» fino ad applicarsi «sull'intero territorio nazionale»; sul piano temporale il lavoro agile, dapprima previsto in via provvisoria fino al 15 marzo 2020, è stato quasi subito dichiarato applicabile per l'intera durata dello stato di emergenza.

Nel momento in cui scriviamo, il lavoro agile è previsto dall'art. 90, d.l. 34/2020 (cd. Decreto Rilancio) come strumento applicabile dai datori di lavoro privati anche oltre lo stato di emergenza e fino al 31 dicembre 2020; per la Pubblica Amministrazione, fin dall'art. 87, d.l. 18/2020 il lavoro agile è la modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa, salvo l'adeguamento alle esigenze di «progressiva riapertura» di cui all'art. 263 del d.l. Rilancio.

Come detto, è un lavoro agile diverso, rispetto alla modalità tipica introdotta dalla l. 81/2017.

Le semplificazioni previste sono due, e certo di non poco momento: la prima consiste nella applicabilità dello strumento «anche in assenza degli accordi individuali ivi previsti»; la seconda consiste nella possibilità di assolvere gli «obblighi di informativa» sui rischi generali e specifici connessi a questa particolare modalità lavorativa «in via telematica anche ricorrendo alla documentazione resa disponibile sul sito dell'INAIL». (Per la P.A., si prescinde anche dagli obblighi informativi).

Il datore di lavoro può dunque decidere di assegnare il lavoratore alla modalità agile senza necessità del suo consenso.

Ma in che senso questo lavoro agile può essere «ulteriore misura» per contrastare l'epidemia?

Per rispondere alla domanda, occorre considerare il luogo di prestazione di questa specifica figura di lavoratore agile.

Quando erano in vigore le misure di limitazione degli spostamenti personali, il lavoro agile era necessariamente lavoro a casa, né uno *Smart Worker* avrebbe potuto giustificare uno spostamento personale con le «comprovate esigenze lavorative». Si trattava di una conseguenza delle limitazioni imposte alla circolazione di tutti gli individui.

Però le norme anti-contagio sul lavoro agile non hanno mai posto una diretta limitazione al luogo di svolgimento della prestazione; se il legislatore ha sottinteso

che il lavoratore agile opera in casa, non lo ha mai scritto e mai preteso; il lavoro agile in funzione anti-contagio rimane lavoro che si svolge in un «non-luogo»<sup>13</sup>.

In questa prospettiva, se una finalità prevenzionale è individuabile nel lavoro agile, essa sembra essere unicamente quella di ottenere una «rarefazione» delle presenze dei lavoratori sul luogo di lavoro<sup>14</sup>.

Nondimeno, la rarefazione delle presenze è un obiettivo, che il datore di lavoro è chiamato a perseguire compatibilmente con le esigenze dell'impresa, ma non è certo un obbligo; per questo stesso motivo ricorrere al lavoro agile per il datore di lavoro è una facoltà, e non un obbligo.

Sul piano generale, pertanto, se è vero che lo *Smart Working* è compreso tra gli strumenti utili a prevenire la diffusione del contagio, nondimeno rimane oggetto di una scelta imprenditoriale, come tale insindacabile, e il suo mancato utilizzo non potrà mai configurarsi come mancata attuazione di una regola prevenzionale.

A questa conclusione poteva pervenirsi già nel periodo di massima emergenza; a maggior ragione questa conclusione si impone in questa FASE 2 in cui la circolazione delle persone, e quindi i contatti tra di esse, sono tornati circostanza normale e non più eccezionale.

Non a caso, se si guarda non ai Protocolli Condivisi che risentono della data in cui furono scritti, ma alle Linee Guida Regionali elaborate appositamente per la FASE 2, non ci sono più i richiami al lavoro agile, né alle ferie/congedi; lo stesso Allegato 10 al DPCM 17 maggio 2020, che contiene i «Criteri per Protocolli di settore» elaborati dal CTS, non richiede di intervenire sul numero di lavoratori presenti in azienda.

Il ricorso al lavoro agile semplificato si configura dunque, vieppiù man mano che la situazione epidemiologica si assesta, come una mera facoltà, priva di qualsiasi valenza cogente; anzi, il fatto che l'art. 90 del d.l. Rilancio ne disponga la protrazione fino a dicembre 2020 e non soltanto fino alla fine dello stato di emergenza, lascia intendere che il legislatore ha voluto mantenere lo strumento per un'altra e diversa finalità, quella cioè di proseguire nell'opera di diffusione del lavoro agile come nuova modalità di esecuzione del lavoro e non più come misura di contenimento del contagio.

Se invece il datore di lavoro assegna il lavoratore alla modalità agile, quali sono i suoi obblighi prevenzionali?

Tra i principi della l. 81/2017, vi è quello secondo cui (art. 18, comma 2) «il datore di lavoro è responsabile della sicurezza e del buon funzionamento degli strumenti tecnologici assegnati al lavoratore per lo svolgimento dell'attività lavorativa» e (art. 22, comma 1) «il datore di lavoro garantisce la salute e la sicurezza del lavoratore che svolge la prestazione in modalità agile».

<sup>13</sup> Quanto al luogo della prestazione lavorativa, secondo la l. 81/2017 «la prestazione lavorativa viene eseguita, in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno» e l'accordo individuale disciplina proprio «l'esecuzione della prestazione lavorativa svolta all'esterno dei locali aziendali», la quale si contraddistingue per essere svolta «senza precisi vincoli di luogo di lavoro» e «senza una postazione fissa»: non si tratta dunque né di lavoro a domicilio, né di telelavoro o lavoro a distanza, ma di prestazione in un luogo che viene «scelto» dal lavoratore a seconda delle sue esigenze personali.

<sup>14</sup> Mentre la l. 81/17 prevede che almeno una parte del rapporto di lavoro agile si svolga «all'interno dei locali aziendali», lo strumento designato in funzione anti-contagio sembra tale da consentire invece una prestazione integralmente eseguita fuori azienda, secondo quanto il datore di lavoro può disporre nella sua unilaterale valutazione. Inoltre, mentre la Legge n. 81/17 regola la durata del lavoro agile demandandone la disciplina all'accordo individuale – che può scegliere tra applicazione a termine o a tempo indeterminato con diritto di recesso per entrambe le parti – la normativa COVID-19 ne fissa il termine ultimo, fino alla cessazione dello stato di emergenza e comunque fino al 31 dicembre 2020. Questo a prescindere, deve ritenersi, da una esplicita indicazione nel provvedimento datoriale di assegnazione; che invece potrà fissare una data anteriore di cessazione della modalità agile.

Come noto, la stessa Legge introduce uno strumento finalizzato a tali obiettivi, prevedendo (art. 22, comma 1) che il datore di lavoro «consegna al lavoratore e al RLS, con cadenza almeno annuale, un'informativa scritta nella quale sono individuati i rischi generali e i rischi specifici connessi alla particolare modalità di esecuzione del rapporto di lavoro».

Secondo i principi generali del Decreto 81/2008, si deve ritenere che (in condizioni normali) questo adempimento presupponga le attività che gli sono prodromiche: valutazione nel DVR della scelta di ricorrere al lavoro agile (l'art. 29 del Decreto 81 richiede la rielaborazione del DVR «in occasione di modifiche della organizzazione del lavoro significative ai fini della salute e sicurezza dei lavoratori»; l'art. 28 prescrive di valutare i rischi «connessi alla specifica tipologia contrattuale attraverso cui viene resa la prestazione di lavoro»); informazione e formazione; adeguamento dei protocolli di sorveglianza sanitaria; e così via.

Ebbene, il DPCM mostra di ritenere impossibili tali incumbenti in situazione di emergenza, e compie di conseguenza una scelta ben precisa: viene menzionato solo l'obbligo di informativa, che resta confermato, ma ne viene semplificato l'adempimento, non solo ammettendone l'esecuzione «in via telematica», ma anche e soprattutto rimandando alla documentazione disponibile sul sito INAIL.

Questo significa che vengono valutati i rischi generali, cioè i rischi tipici generalmente connessi alla esecuzione della prestazione lavorativa in modalità agile (rischi propri e caratteristici, in generale, di tutti i lavoratori agili), ma non i rischi specifici, cioè i rischi cui ogni specifico lavoratore agile è esposto in relazione all'attività svolta ed alle specifiche modalità concordate di volta in volta.

La circostanza emergenziale diventa l'occasione per interrogarsi sulla reale consistenza sostanziale dell'obbligo di informativa sui «rischi specifici» anche nel contesto del lavoro agile «normale», quello che prescinde dall'emergenza sanitaria: sembra suggerire, ad esempio, che la categoria dei «rischi specifici» riguarda sì lo svolgimento di lavoro agile in sé (strumenti *in primis*), ma molto rilevano gli aspetti legati alle dinamiche intra-aziendali, ai rapporti con i colleghi di lavoro, al coinvolgimento o all'isolamento; in ultima analisi, essenzialmente i profili di natura psico-sociale.

Da ultimo, è interessante osservare che la informativa INAIL richiama nelle «Avvertenze generali» sia l'art. 22, l. 81/2017, sia l'art. 20 del Decreto 81/2008.

L'art. 22 sancisce l'obbligo del lavoratore di «cooperare all'attuazione delle misure di prevenzione predisposte dal datore di lavoro per fronteggiare i rischi connessi all'esecuzione della prestazione all'esterno dei locali aziendali».

Se tale obbligo si riducesse all'obbligo del lavoratore di rispettare le misure di sicurezza, esso non sarebbe che un inutile doppione di quanto già previsto dall'art. 20 del Decreto 81/2008. Il significato dell'obbligo di cooperazione è ben più profondo, e si ricollega intimamente alla circostanza dell'esecuzione della prestazione «all'esterno», cioè in un luogo sottratto per definizione da qualsiasi ambito di intervento del datore di lavoro.

Esso richiama la centralità del ruolo del lavoratore agile, ai fini della propria sicurezza, quando si trova al di fuori dell'azienda: spetta al lavoratore agile applicare le misure di sicurezza, ma non nella tradizionale prospettiva rigorosamente gerarchica tra obbligato-controllato e controllore, bensì in una logica di cooperazione.

Che poi queste misure di prevenzione siano quelle predisposte dal datore di lavoro «per fronteggiare i rischi connessi all'esecuzione della prestazione all'esterno»,

cioè le misure intimamente connesse alla prestazione e non al luogo di essa, consente di escludere qualsivoglia obbligo del datore di lavoro di garantire la sicurezza, appunto, del luogo: sia esso un luogo esterno, sia esso l'abitazione del lavoratore.

Si tratta, per definizione, di un «non luogo»: come tale, non solo non rientra nella disponibilità giuridica del datore di lavoro, ma non è neppure un elemento del contratto.

Questo vale per il lavoro agile in tempi di emergenza sanitaria, così come per l'istituto ordinario previsto dalla l. 81/2017.

## 6. Segue. *Smart Working* e lavoratori «fragili»

Ci sono alcune categorie di lavoratori alle quali la normativa anti-contagio riconosce un diritto di svolgere la prestazione in modalità agile.

Sono i lavoratori dipendenti disabili «legge 104» o che abbiano nel proprio nucleo familiare una persona con disabilità (art. 39, comma 1, l. 27/2020); i lavoratori immunodepressi e i familiari conviventi di persone immunodepresse (art. 39, comma 2 *bis*); i genitori lavoratori dipendenti del settore privato che hanno almeno un figlio minore di anni 14, se l'altro genitore non è in cassa integrazione o inoccupato (art. 90, d.l. 34/2020).

Il diritto non è assoluto, ma sussiste soltanto «a condizione che tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della lavorazione»: il che, in una prospettiva ex art. 25 septies, richiede di verificare se questo giudizio di compatibilità vada svolto pensando anche alle esigenze di tutela del lavoratore.

Vero è che per alcuni casi la *ratio* del diritto sembra da ricercare in esigenze di tutela che non riguardano direttamente la persona del lavoratore (è il caso del lavoratore con familiare disabile o con figlio *under* 14), mentre per gli altri casi la norma appare scritta a tutela della persona del lavoratore stesso, nel caso del disabile o (ancor più) dell'immunodepresso.

In questi casi, sembra doversi ritenere che nel giudizio sulla «compatibilità» entrino in gioco anche valutazioni di natura sanitaria, legate cioè non soltanto alla lavorazione/mansione in senso oggettivo, ma anche alla persona del lavoratore interessato; valutazioni sanitarie che invece non entrano in gioco per le altre categorie di aventi diritto: né per un lavoratore «normale» che chieda l'assegnazione a lavoro agile, né per un lavoratore avente diritto alla modalità agile per ragioni familiari.

Nella specifica vicenda COVID-19, questi ultimi lavoratori sono tutelati dal rischio di contagio mediante le regole dei Protocolli e delle Linee Guida (il distanziamento, i dpi, ecc.); può dirsi lo stesso per i lavoratori «fragili», o il solo fatto di dover essere presenti sul luogo di lavoro costituisce per essi un rischio non accettabile<sup>15</sup>?

Di per sé, l'art. 39, l. 27/2020 non risponde alla domanda: pone la questione della compatibilità, ma non dà soluzioni.

Soccorre forse sul punto un'altra norma, successiva, e cioè l'art. 83, d.l. 34/2020.

---

<sup>15</sup> Il quadro normativo è ulteriormente complicato dal fatto che, ai sensi dell'art. 3, lett. b) del DPCM 17 maggio 2020, «è fatta espressa raccomandazione a tutte le persone anziane o affette da patologie croniche o con multimorbilità ovvero con stati di immunodepressione congenita o acquisita, di evitare di uscire dalla propria abitazione o dimora fuori dei casi di stretta necessità».

Esso introduce un obbligo di sorveglianza sanitaria «eccezionale» «dei 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 comorbidità che possono caratterizzare una maggiore rischiosità».

È una sorveglianza necessaria, secondo il legislatore: a tal punto che nelle organizzazioni in cui il medico competente non c'è perché il Decreto 81 non ne impone la presenza, l'art. 83 impone al datore di lavoro di nominarne uno «per il periodo emergenziale», o in alternativa di richiedere la sorveglianza ai servizi territoriali dell'INAIL<sup>16</sup>.

Non è, si badi, una sorveglianza sanitaria *tout court* di questi lavoratori rispetto a tutti i rischi della mansione: è una sorveglianza limitata a verificare l'esposizione al rischio di contagio COVID-19, esposizione che si presume maggiore in ragione della loro vicenda sanitaria personale.

Dato lo strumento, tuttavia, l'art. 83 non dà la soluzione; o meglio, la dà solo «in negativo», dicendo ciò che «non» si può fare: la accertata inidoneità alla mansione (da intendersi, lo si ribadisce, esclusivamente come inidoneità rispetto al rischio COVID-19) «non può in ogni caso giustificare il recesso del datore di lavoro dal contratto di lavoro».

La previsione contenuta nella bozza provvisoria dell'art. 83, che riconosceva l'erogazione a carico dell'INPS di una indennità pari all'80 per cento della retribuzione, è venuta meno; l'art. 26, l. 27/2020 (modificato dall'art. 74 del d.l. Rilancio) prevede la possibilità di messa in astensione dal lavoro per i disabili gravi, gli immunodepressi, i pazienti oncologici o soggetti a terapie salvavita (ma non per gli affetti da comorbidità), ma solo fino al 31 luglio 2020.

La combinazione di queste disposizioni sembra condurre a concludere che, per questi lavoratori più «fragili», il lavoro agile sia un diritto avente una forza particolare perché consente di combinare assieme diritto alla salute e diritto al lavoro; il che induce a interrogarsi sul rilievo che assume, nel giudizio sulla compatibilità tra lavoro e modalità agile, la valutazione medica: con la conseguente domanda se, alla fine, la scelta di concedere o negare la modalità agile a questi lavoratori sia rimessa (come è per gli altri) in via esclusiva al datore di lavoro, o se invece un ruolo più incisivo sia da attribuire al giudizio del medico competente<sup>17</sup>.

*Nella prospettiva del MOG*, il fatto che il lavoro agile possa assumere una funzione anti-contagio comporta che la modalità di approccio dell'organizzazione a questo istituto nella sua versione «semplificata» non è irrilevante rispetto al sistema di gestione della sicurezza; può essere opportuno verificare se l'organizzazione abbia fatto ricorso al lavoro agile o se lo abbia totalmente ignorato, e se i criteri di assegnazione dei

---

<sup>16</sup> Il legislatore interviene in un ambito, quella della tutela dei lavoratori «fragili», che già il medico competente gestiva e gestisce nell'esercizio delle proprie funzioni, anche per il rischio COVID-19 (peraltro tra le mille incertezze derivanti da disposizioni, circolari, documenti tecnici provenienti da più parti, e tra le molte criticità concrete, prima tra tutte quella di «conoscere» quali sono i lavoratori fragili, circostanza non necessariamente nota al medico competente). La scelta di andare oltre il sistema esistente di sorveglianza sanitaria, sia pure limitatamente al rischio COVID-19, evidenzia la rilevanza e la diffusione del problema di tutela di questi lavoratori. Ma forse significa anche che la pandemia ha portato al pettine i nodi critici della sorveglianza sanitaria come istituto non universale e della gestione dei rischi di natura sanitaria nei luoghi di lavoro privi di medico competente.

<sup>17</sup> Da questo punto di vista, solleva qualche perplessità la scelta di affidare una valutazione tanto delicata, e che presuppone una conoscenza vera del contesto aziendale, a servizi territoriali dell'INAIL che una tale conoscenza non hanno e non possono avere.

lavoratori alla modalità agile siano stati ispirati (anche) ad esigenze di generale prevenzione (la rarefazione delle presenze) o abbiano seguito finalità di altra natura, più strettamente produttiva.

Il tema ha una sua rilevanza in concreto non soltanto per verificare cosa è accaduto durante l'emergenza ma, ancora una volta, anche e soprattutto nella prospettiva delle azioni future e in una logica di preparazione ad eventuali focolai di ritorno e rinnovate restrizioni.

In questa ottica di breve/medio periodo è importante comprendere, in particolare, come l'organizzazione gestisce i lavoratori fragili aventi diritto al lavoro agile: non soltanto perché è la legge che impone di avere per essi una attenzione particolare, ma anche perché essi sono per definizione coloro per i quali maggiori sono le probabilità di contagio e quindi, nella logica dell'organizzazione, maggiori sono in concreto i rischi che si configuri infortunio sul lavoro «da contagio».

Inoltre, lo stretto collegamento che il legislatore ha creato tra lo strumento del lavoro agile e le esigenze di tutela dei lavoratori fragili consente un momento di verifica dell'effettività di funzionamento del Modello quanto al sistema di sorveglianza sanitaria: tipicamente uno dei momenti di maggiore criticità di ogni organizzazione, perché riguarda il reale grado di coinvolgimento del medico competente nella valutazione dei rischi e nelle scelte aziendali.

## 7. Il Comitato COVID-19 dei Protocolli Condivisi

Una delle caratteristiche distintive dei Protocolli Condivisi del 24 aprile 2020 è avere previsto la costituzione di un «Comitato per l'applicazione e la verifica delle regole del protocollo di regolamentazione»; lo prevedono il Protocollo per gli Ambienti di Lavoro allegato 12 al DPCM 17 maggio 2020 (punto 13), il Protocollo per i Cantieri allegato 13 (punto 10); il Protocollo per il Trasporto e la Logistica allegato 14.

Come si pone questo Comitato, rispetto all'organizzazione ed al suo Modello<sup>18</sup>?

Quanto alla composizione, l'unica previsione dei Protocolli è che vi partecipano le rappresentanze sindacali aziendali e il RLS (non altri lavoratori che non abbiano quelle qualifiche, peraltro); ma sono componenti «necessari» soltanto nel caso in cui tali figure esistano all'interno del luogo di lavoro, tanto che i Protocolli contemplano la possibilità che il Comitato Aziendale non venga costituito.

L'altra presenza che si deve ritenere necessaria è quella della parte datoriale, per quanto non sia menzionata, posto che si tratta di Comitato costituito «in azienda», con lo scopo di applicare e verificare il Protocollo Aziendale che è atto (e documento) del datore di lavoro.

Non è peraltro obbligatorio che il Comitato veda la presenza personalmente del datore di lavoro, intendendo per tale il soggetto individuato ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. b), Decreto 81/2008; sarà componente del Comitato il soggetto che il datore di lavoro riterrà di designare in funzione della organizzazione aziendale e delle proprie scelte, appunto, datoriali. Potrà trattarsi del delegato art. 16, ove esistente; ma

---

<sup>18</sup> Sull'argomento cfr. R. e M. CARLONI, *Comitato di Crisi: riflessione su compiti, responsabilità e composizione di un nuovo organo aziendale dai confini incerti*, in questa Rivista, *Interventi*, aprile 2020.

anche di un delegato «generico», per dire così, appositamente indicato per lo scopo; potrà essere un soggetto appartenente alle funzioni della produzione, delle risorse umane, dell'HSE, e così via. Potrà anche trattarsi di più soggetti tra questi, qualora il datore di lavoro ritenga che sia opportuno.

La sola condizione, che sembra doversi individuare, è che si tratti di una figura che occupa un ruolo aziendale significativo e adeguato alla funzione del Comitato e quindi al confronto con la parte sindacale.

Non appare invece obbligatoria la presenza di RSPP e Medico competente; i Protocolli non la prevedono, e non la impongono né la natura di questo organo collegiale, sostanzialmente concepito come un soggetto di partecipazione delle (contro)parti sindacali, né la sua funzione, che appare disegnata come momento di confronto e di (appunto) partecipazione<sup>19</sup>.

La libertà di composizione si traduce anche, in termini concreti, nella mancanza di un obbligo di un RSPP (esterno, per l'interno ovviamente la dinamica è tutt'altra trattandosi di un rappresentante della parte datoriale in senso lato) o di un MC, di divenire componente di un Comitato Aziendale contro la sua volontà, o comunque in forza di un qualche inesistente automatismo con la funzione.

Quanto alle funzioni, posto che i punti dei Protocolli che introducono i Comitati si intitolano entrambi «Aggiornamento del Protocollo di Regolamentazione», la funzione del Comitato Aziendale è così già chiaramente indicata: si tratta di un organismo il cui scopo è di fare in modo che il Protocollo Aziendale sia aggiornato alle esigenze di un fenomeno in continua evoluzione.

I Protocolli enunciano in maniera identica anche la funzione del Comitato nel corpo dei due articoli: Comitato «per l'applicazione e la verifica delle regole del protocollo di regolamentazione».

Applicazione, verifica, aggiornamento: il Comitato Aziendale è strumentale a questi obiettivi.

La logica è quella della partecipazione (nel Protocollo Servizi Ambientali del 19 marzo 2020, il paragrafo che costituisce il Comitato si intitola «Partecipazione-Livello Aziendale»).

Come si ricorderà, i Protocolli nascono da un esplicito invito del DPCM 11 marzo 2020 ad intese «tra organizzazioni datoriali e sindacali». I Comitati sono il risultato di quelle intese, e lo strumento attraverso cui le parti che le hanno firmate hanno voluto poi dare a questa partecipazione una continuità di azione.

Tale natura spiccatamente sindacale e partecipativa del Comitato consente di dare un significato ben definito alla nozione di «verifica», l'unica che potrebbe far insorgere qualche incertezza sull'ambito di azione del Comitato, sul contenuto delle sue attività, e in ultima analisi anche sulla rilevanza giuridica di esse (anche in termini di responsabilità).

La parola «verifica», infatti, ha un peso particolare, quando si parla di sicurezza sul lavoro, in quanto teoricamente affine a concetti come «vigilanza», «controllo», e simili.

In realtà, già sul piano letterale (pur nella consapevolezza che la tecnica di scrittura dei Protocolli Condivisi non è cristallina) si può innanzitutto osservare che non si parla, appunto, di «vigilanza», intesa come azione puntuale di controllo

---

<sup>19</sup> Ovviamente, la conclusione è diversa se le aziende applicano specifici Protocolli che prevedono espressamente la loro presenza (ad esempio il Protocollo Moda del 15 aprile 2020).



momento per momento specificamente finalizzata ad accertare l'osservanza delle regole ed a prevenirne la violazione.

Già letteralmente, dunque, il Comitato non compie attività di vigilanza operativa.

Ma è soprattutto sul piano sistematico, che la «verifica» non può essere letta come «vigilanza».

Innanzitutto perché il sistema aziendale di vigilanza sulle regole già esiste, e certamente opera per le regole anti-contagio come per ogni altra regola di prevenzione. I soggetti aziendali della sicurezza continuano a svolgere il loro ruolo nella fase di attuazione delle regole di prevenzione anti-contagio: lo fanno i dirigenti ed i preposti per la operatività concreta e per la vigilanza, lo fanno il RSPP e il MC per l'esercizio del loro ruolo.

In secondo luogo perché la funzione di vigilanza è del tutto estranea alla logica della partecipazione, mentre non lo è la «verifica», che assoggetta il Protocollo Aziendale a momenti di analisi partecipata, nei quali datore e sindacato verificano, appunto, se le regole previste hanno dato buona prova di sé, se sono compatibili con l'organizzazione e con il suo funzionamento, se sono adeguate rispetto all'andamento del fenomeno pandemico, e così via.

Ogni diversa interpretazione, che attribuisse al Comitato funzioni di vera e propria vigilanza, dovrebbe fare i conti con una serie di questioni di difficile (impossibile?) soluzione: la rispondenza costituzionale e legislativa di un organismo avente funzioni di vigilanza ma creato da parti private; le modalità di esercizio della vigilanza; l'esistenza o meno di poteri in capo al Comitato, e se sì di quale natura; la disciplina delle conseguenze in caso di accertamento delle violazioni; la responsabilità dei componenti del Comitato per omessa o inadeguata vigilanza.

In sostanza, il Comitato è la sede istituzionalizzata in cui parte datoriale e parte sindacale sono chiamate a svolgere il proprio confronto partecipativo: in quella sede, il Comitato ragiona sui dati e sulle informazioni che le funzioni aziendali (ivi comprese quelle di parte lavoratori, RLS in primis) avranno raccolto nell'esercizio della loro attività; quei dati e quelle informazioni costituiranno il presupposto di conoscenza necessario al Comitato per determinare se il Protocollo è davvero applicato, per verificare se le misure sono attuate in maniera soddisfacente, se necessitano di correttivi, e così via.

*Nella prospettiva del MOG*, sicuramente il Comitato non si interessa né al Modello né alla presenza e/o all'operato dell'OdV (il Comitato non discute né il generale approccio dell'ente alla materia della sicurezza sul lavoro, né le modalità con cui l'organizzazione gestisce la materia); viceversa la presenza del Comitato costituisce per l'OdV un elemento di novità che non può essere ignorato.

Conoscere gli esiti delle attività del Comitato e le valutazioni espresse da questo potrà rappresentare una importante fonte di informazioni, aggiungendosi (sia pure solo per la specifica materia del COVID-19) alle fonti informative utili a compiere la generale azione di vigilanza sulla attuazione del Modello 231; è tuttavia da escludere che il Comitato diventi un organismo da sottoporre a vigilanza dell'OdV, men che meno per verificarne l'assolvimento di funzioni di controllo che il Comitato non ha.

Se poi accade, come testualmente prevedono i Protocolli del 24 aprile 2020, che «non si dia luogo alla costituzione di comitati aziendali» vuoi per la «particolare tipologia di impresa» (dimensioni, organizzazione, struttura incompatibili con la configurazione di un organo partecipativo) vuoi per il «sistema delle relazioni sindacali» (mancanza di RLS, di RSA, o altro), ebbene questo non avrà particolare

rilevanza ai fini del funzionamento del Modello; non si dovrà fare altro che prenderne atto, concentrandosi sull'applicazione del Protocollo Aziendale pur in assenza di Comitato.

Così come, quando il fenomeno pandemico si esaurirà, l'esperienza dei Comitati si concluderà e con essa i relativi riferimenti nel Modello.

Alla base della introduzione del Comitato è infatti la dichiarata esigenza di applicazione e verifica delle regole scritte per gestire la fase emergenziale anti-contagio; il Comitato opera solo ed esclusivamente in funzione delle regole del Protocollo, e non come organismo che si occupa della sicurezza nei luoghi di lavoro nel loro insieme.

### **8. Breve nota finale. Il COVID-19 come infortunio sul lavoro, il problema della «origine professionale», la responsabilità del datore di lavoro (e dell'organizzazione)**

Secondo l'art. 42, l. 27/2020 «Nei casi accertati di infezione da coronavirus (SARS-CoV-2) in occasione di lavoro, il medico certificatore redige il consueto certificato di infortunio e lo invia telematicamente all'INAIL che assicura, ai sensi delle vigenti disposizioni, la relativa tutela dell'infortunato».

Ciò garantisce al contagiato le prestazioni INAIL «anche per il periodo di quarantena o di permanenza domiciliare fiduciaria dell'infortunato con la conseguente astensione dal lavoro».

Trattasi di «malattia-infortunio», in cui la causa virulenta è equiparata a quella violenta, come ha spiegato la circolare INAIL n. 13 del 3 aprile 2020 richiamando la Circolare INAIL n. 74 del 23 novembre 1995 sulle malattie infettive e parassitarie; dopodiché, poiché per aversi infortunio «sul lavoro» e quindi indennizzabile INAIL deve essere provata la causa di lavoro, la Circolare INAIL richiama il principio della «Presunzione Semplice d'Origine»: la prova di un contagio di supposta origine professionale, sebbene non dimostrata, può ritenersi presunta in presenza di gravi, precisi e concordanti elementi<sup>20</sup>.

Nel caso della pandemia, secondo la Circolare 13 la presunzione semplice vale per gli operatori sanitari, in quanto «esposti a un elevato rischio di contagio, aggravato fino a diventare specifico»; ma vale anche per «altre attività lavorative che comportano il costante contatto con il pubblico/l'utenza. In via esemplificativa, ma non esaustiva, si indicano: lavoratori che operano in front-office, alla cassa, addetti alle vendite/banconisti, personale non sanitario operante all'interno degli ospedali con mansioni tecniche, di supporto, di pulizie, operatori del trasporto infermi, etc. Anche per tali figure vige il principio della presunzione semplice valido per gli operatori sanitari».

Contatto con i malati o i casi sospetti; contatto con il pubblico/l'utenza; contatti con il luogo/le cose frequentati da persone a rischio: nella Presunzione Semplice d'Origine sta il primo punto dolente del COVID-19 come infortunio sul lavoro.

---

<sup>20</sup> In passato, ad esempio, per rischi professionali di infezione da Epatiti o AIDS il principio ha trovato applicazione da parte di INAIL ritenendo l'origine professionale per soggetti esposti per motivi professionali al contatto con sangue e sperma: chirurghi, infermieri addetti a prelievi di sangue, personale addetto a manipolazione di sangue o sperma per accertamenti di laboratorio.

La presunzione semplice d'origine azzerava l'esigenza di accertare il momento contagiante; ma se il principio può apparire ragionevole per gli operatori sanitari (almeno in linea di principio), davvero può valere per le altre categorie di lavoratori? Non è secondario osservare che la Circolare risale ad un periodo di divieto quasi assoluto di contatto diretto tra le persone, cui pochi lavoratori venivano sottratti per esigenze della collettività: ma oggi certamente lo scenario è diverso, e anche la presunzione semplice andrebbe rivista.

Quanto alle rimanenti categorie di lavoratori, potrebbe apparire ineccepibile l'affermazione della Circolare secondo cui «ove l'episodio che ha determinato il contagio non sia noto o non possa essere provato dal lavoratore, né si può comunque presumere che il contagio si sia verificato in considerazione delle mansioni/lavorazioni e di ogni altro elemento che in tal senso deponga, l'accertamento medico-legale seguirà l'ordinaria procedura privilegiando essenzialmente i seguenti elementi: epidemiologico, clinico, anamnestico e circostanziale».

Correttamente, INAIL afferma che l'infezione è infortunio sul lavoro solo se è dimostrato il contagio sul lavoro; ma se ad esempio tra i dati circostanziali rilevanti ai fini causali venissero considerate eventuali carenze nelle misure anti-contagio rilevate nel luogo di lavoro, ciò significherebbe che la violazione della regola cautelare di prevenzione rileva non ai fini della colpa, per imputare al datore di lavoro la responsabilità di un contagio, bensì diventa indice della natura professionale del contagio: laddove invece una affermazione di responsabilità richiede prima, appunto, la prova che quel contagio è avvenuto in azienda.

Questo è il secondo punto dolente del COVID-19 come infortunio sul lavoro.

Prima di discutere il tema della responsabilità civile e penale del datore di lavoro, andrebbe discusso con cura il tema della prova dell'origine professionale del contagio.

Senonché, la Circolare INAIL n. 22 del 20 maggio 2020, da molti salutata come chiarificatrice, riconferma in toto l'applicazione della presunzione semplice d'origine; anzi, quando afferma che «il rispetto delle misure di contenimento, se sufficiente a escludere la responsabilità civile del datore di lavoro, non è certo bastevole per invocare la mancata tutela infortunistica nei casi di contagio da Sars-Cov-2, non essendo possibile pretendere negli ambienti di lavoro il rischio zero», sembra voler intendere che la presunzione sia applicabile indistintamente a qualsiasi contesto lavorativo.

Consola assai poco leggere che «la responsabilità del datore di lavoro è ipotizzabile solo in caso di violazione della legge», cosa a dir poco ovvia; sarebbe stato più interessante trovare qualche riflessione in più sul tema della origine professionale, che invece sembra essere presentata quasi come un automatismo.

La stessa Circolare n. 22, del resto, fornisce una interpretazione assolutamente restrittiva di quella parte dell'art. 42 secondo cui gli eventi infortunistici «gravano sulla gestione assicurativa e non sono computati ai fini della determinazione dell'oscillazione del tasso medio per andamento infortunistico» dell'azienda.

La norma indica la volontà del legislatore di assicurare tutela ai contagiati ma al tempo stesso di non addebitare le relative conseguenze economiche al datore di lavoro, evidentemente per l'impossibilità di imputare a lui la responsabilità del contagio. La stessa Circolare spiega che «la scelta operata con il citato articolo 42 è stata quella dell'esclusione totale di qualsiasi incidenza degli infortuni da COVID-19 in occasione di lavoro sulla misura del premio pagato dal singolo datore di lavoro, ciò in quanto tali eventi sono stati a priori ritenuti frutto di fattori di rischio non

direttamente e pienamente controllabili dal datore di lavoro al pari degli infortuni *in itinere*.

Ma se così è, davvero non si spiega perché la Circolare non escluda affatto l'azione di regresso, anzi le dedichi un apposito paragrafo. Sembrerebbe che lo faccia per tranquillizzare i datori di lavoro, quando afferma (altra ovvietà) che «l'attivazione dell'azione di regresso presuppone, inoltre, anche l'imputabilità a titolo, quantomeno, di colpa, della condotta causativa del danno» e poi aggiunge che «In assenza di una comprovata violazione, da parte del datore di lavoro, pertanto, delle misure di contenimento del rischio di contagio di cui ai protocolli o alle linee guida di cui all'articolo 1, comma 14, del decreto-legge 16 maggio 2020, n.33, sarebbe molto arduo ipotizzare e dimostrare la colpa del datore di lavoro».

Ora, a parte il fatto che senza «comprovata violazione» la colpa non esiste (e in questo senso aiuta il sopra ricordato art. 29 *bis* in fase di approvazione al Senato), un dato è certo: dopo avere affermato che il tasso medio non oscilla perché si tratta di eventi «non direttamente e pienamente controllabili dal datore di lavoro», INAIL ipotizza comunque azioni di regresso in caso di colpa del datore di lavoro: una colpa per ciò che non si può controllare.

Ben venga allora la specificazione dell'art. 29 *bis* che le misure anti- contagio sono solo quelle all'interno del perimetro dei Protocolli e delle Linee Guida; certo è una norma che fa chiarezza, se il tema è la ricerca della colpa dell'imprenditore.

Ma il punto è che l'art. 42 è già intervenuto sul tema della colpa, anzi sul tema della governabilità stessa del rischio, dando al problema del lavoratore contagiato una soluzione di tipo mutualistico, del tutto in linea con l'impossibilità di provare la origine professionale del contagio; e in questa prospettiva la presunzione semplice d'origine svolge la sua funzione di tutela del lavoratore ai fini assicurativi.

Se invece si devono applicare i principi regolatori della responsabilità civile e penale, non si potrà non partire dalla necessità di una prova rigorosa della origine professionale dell'infezione da COVID-19.

*Nella prospettiva del MOG*, è nell'interesse dell'organizzazione valutare quali e quante categorie di lavoratori possono rientrare in una presunzione di origine semplice, e in quale misura siano configurabili per essi «indizi gravi, precisi e concordanti» ricavabili dal contesto dell'attività lavorativa; si tratta, sicuramente, di aree aziendali nelle quali è maggiore il rischio-reato.

Altrettanto fondamentale è che per queste categorie di lavoratori l'attenzione alla puntuale applicazione delle misure di prevenzione sia massima, tanto più quanto la tipologia di misure messe in atto non consiste in soluzioni tecniche definitive ma comporta comunque una azione della persona (ad esempio, barriere mobili anziché visiere).

Non è casuale che proprio per le postazioni di lavoro maggiormente esposte a rischio contagio siano in aumento le soluzioni organizzative che, semplicemente, sostituiscono la persona con la macchina, o comunque eliminano il contatto con l'utenza, con il pubblico, con il cliente<sup>21</sup>: il rimedio più efficace per prevenire l'infortunio rimane sempre la eliminazione del rischio.

---

<sup>21</sup> Tra i lavori maggiormente destinati alla automazione, quelli ad alto rischio di contagio si vanno aggiungendo a quelli ripetitivi, considerati fino a pochi mesi fa come quelli tipicamente sostituibili dalla Intelligenza Artificiale: cfr. LONGO, *Augmentation e automation per l'evoluzione del lavoro*, in *Il Sole 24 ore*, 28 maggio 2020 che cita cassieri, addetti alla preparazione e al servizio di cibo, ma anche gli autisti.

Se questo significa che anche la sicurezza sul lavoro ci porta verso un mondo senza contatti tra umani, lo scopriremo.

