

DIRITTO

della

SICUREZZA sul LAVORO

Rivista dell'Osservatorio Olympus



1506
UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI URBINO
CARLO BO

DIRITTO DELLA SICUREZZA SUL LAVORO

Rivista dell'Osservatorio Olympus

Registrato presso il Tribunale di Urbino al n. 1 del 28 gennaio 2016

“Diritto della Sicurezza sul lavoro” è una rivista scientifica semestrale, pubblicata *on line*, che consta di due fascicoli all'anno e che raccoglie contributi scientifici originali dedicati specificamente al Diritto della salute e sicurezza sul lavoro. La rivista si colloca fra le iniziative dell'Osservatorio “Olympus” dell'Università di Urbino Carlo Bo (<http://olympus.uniurb.it>) mirando ad approfondire l'attività di monitoraggio della legislazione e della giurisprudenza sulla sicurezza del lavoro svolta dall'Osservatorio. I saggi inseriti in “Diritto della Sicurezza sul lavoro” valgono a tutti gli effetti di legge quali pubblicazioni.

Periodicità

La rivista pubblica fascicoli semestrali ad incremento. I contributi pronti per la pubblicazione saranno inseriti via via nella sezione del sito di ateneo dedicata alla Rivista. Al termine di ogni semestre sarà disponibile il fascicolo completo.

Suddivisione

Prima parte: Saggi (sottoposti a referaggio e/o commissionati).

Seconda parte: Note e dibattiti.

Previsione di supplementi/numeri speciali.

Copyright

Licenza Common Creative 4.0 International (CC BY-NC-ND 4.0)

(<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>).

Direttore Responsabile

Paolo Pascucci.

Comitato Scientifico e dei Referee

Edoardo Ales, Joaquin Aparicio Tovar, Gian Guido Balandi, Maria Vittoria Ballestrero, Mark Bell, Antonio Bergamaschi, Franca Borgogelli, Piera Campanella, Umberto Carabelli, Franco Carinci, Bruno Caruso, Carlo Cester, Maurizio Cinelli, Beniamino Deidda, Olaf Deinert, Riccardo Del Punta, Raffaele De Luca Tamajo, Gisella De Simone, Giuseppe Ferraro, Lorenzo Gaeta, Donata Gottardi, Enrico Gragnoli, Teun Jaspers, Pietro Lambertucci, Vito Leccese, Bruno Maggi, Sandro Mainardi, Arturo Maresca, Franz Marhold, Lucio Monaco, Luca Nogler, Roberta Nunin, Alessandra Pioggia, Giampiero Proia, Maurizio Ricci, Roberto Romei, Mario Rusciano, Corinne Sachs-Durand, Rosario Santucci, Franco Scarpelli, Silvana Sciarra, Patrizia Tullini, Antonio Vallebona, Antonio Viscomi, Carlo Zoli, Lorenzo Zoppoli.

Comitato di Direzione

Olivia Bonardi, Alessandro Bondi, Laura Calafà, Stefano Giubboni, Michela Marchiori, Gabriele Marra, Gaetano Natullo, Paolo Polidori.

Comitato di Redazione

Luciano Angelini e Chiara Lazzari (coordinatori di redazione), Alberto Andreani, Stefano Costantini, Angelo Delogu, Lucia Isolani, Maria Morello, Natalia Paci, Martina Vincieri.

Pubblicazione grafica

Sebastiano Miccoli.

Sede

OLYMPUS – Osservatorio per il monitoraggio permanente della legislazione e giurisprudenza sulla sicurezza del lavoro

Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Urbino Carlo Bo

Via Matteotti, 1

I - 61029 Urbino (PU) Tel. 0722 303250 – Fax 0722 2955

<http://olympus.uniurb.it>; olympus@uniurb.it

PROCEDURA PER LA PUBBLICAZIONE

Oggetto

I saggi destinati alla pubblicazione su “Diritto della Sicurezza sul lavoro” debbono riguardare prevalentemente tematiche attinenti al Diritto della salute e della sicurezza dei lavoratori analizzate da una o più delle seguenti prospettive: Diritto del lavoro, Diritto penale, Diritto costituzionale, Diritto civile, Diritto processuale civile, Diritto processuale penale, Diritto comunitario, Diritto internazionale, Diritto comparato, Diritto amministrativo, Storia del diritto. Dato il necessario carattere interdisciplinare della materia, oltre a saggi giuridici possono essere pubblicati anche saggi che si occupino della salute e della sicurezza dei lavoratori da altri punti di vista scientifici – quali, ad esempio, quello economico, statistico, sociologico, medico, psicologico, dell'organizzazione, ingegneristico ecc. – purché tali saggi siano riferibili ad aspetti considerati nella legislazione o nella giurisprudenza.

Trasmissione

I saggi debbono essere inviati al Direttore, esclusivamente per posta elettronica, al seguente indirizzo: paolo.pascucci@uniurb.it.

Formato

I saggi debbono essere redatti in formato elettronico e la loro lunghezza, di norma, non deve eccedere complessivamente il numero di 150.000 caratteri spazi inclusi, comprensivi di note a piè di pagina. Ogni saggio deve essere accompagnato da un breve abstract in italiano

e in inglese, dall'indicazione di 6 parole chiave in italiano e in inglese, dalla qualifica accademica o professionale dell'autore e dal suo indirizzo di posta elettronica.

Apparato bibliografico

Gli apparati di note dovranno essere redatti come segue: tradizionali note ordinate progressivamente a piè di pagina con il riferimento numerico di ogni nota in esponente nel testo. Non è previsto un elenco bibliografico finale.

Esempio di citazione di monografia:

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

Esempio di citazione di antologia:

M. BROLLO, R. DE LUCA TAMAJO (a cura di), *La riforma dell'Università tra legge e statuti. Analisi interdisciplinare della legge n. 240/2010*, Milano, Giuffrè, 2011.

Esempio di citazione di contributo in volume:

L. ZOPPOLI, *La sicurezza del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza. Per una gestione integrata dei rischi di lavoro*, Torino, Giappichelli, 1997, p. 84 ss.

Esempio di citazione di saggio pubblicato in rivista:

L. IEVA, *Sicurezza: responsabilità del datore di lavoro pubblico*, in "Diritto e pratica del lavoro", 2009, p. 1182.

Esempio di ulteriore citazione di saggio già citato:

L. IEVA, *Sicurezza*, cit., p. 1182.

Esempio di citazione di voce enciclopedica:

G. NATULLO, voce *Sicurezza del lavoro*, in "Enciclopedia del diritto", Annali, IV, Milano, Giuffrè, 2011, p. 1073 ss.

Esempi di citazione di sentenza:

Cass. pen., S.U., 18 settembre 2014, n. 38343, in <http://olympus.uniurb.it>.

Cass. pen. sez. IV, 11 luglio 2002, n. 988, in "Rivista penale", 2003, p. 203.

Vaglio preventivo

Tutti i saggi ricevuti, commissionati dalla Direzione o proposti dagli autori, saranno sottoposti ad una preventiva lettura nell'ambito del Comitato di Direzione e del Comitato di Redazione..

Referaggio per i saggi proposti dagli autori

La pubblicazione dei saggi proposti dagli autori sarà condizionata a due referaggi di componenti del Comitato scientifico e dei Referee o di autorevoli esperti che li leggeranno in forma anonima. Dei saggi sottoposti a referaggio sarà data indicazione in sede di pubblicazione. I referee dovranno esprimere il proprio giudizio compilando la scheda di referaggio allegata. La procedura di referaggio è gratuita. Il sistema permette di mantenere nei suoi archivi i referaggi effettuati tramite procedura interna alla piattaforma.

Saggi in lingua straniera

Le regole relative alla valutazione preventiva ed al referaggio valgono anche per i saggi in lingua inglese, francese, spagnola e tedesca, i quali, ove ottengano giudizio favorevole, saranno pubblicati nella lingua d'origine.

Esclusività e gratuità della pubblicazione

Tutti i saggi destinati alla pubblicazione su "Diritto della Sicurezza sul lavoro" non potranno essere né preventivamente né successivamente pubblicati altrove. La pubblicazione su "Diritto della Sicurezza sul lavoro" è gratuita.

Sommarario

Prima parte: Saggi

- LUIGI MENGHINI *Le rappresentanze dei lavoratori per la sicurezza dall'art. 9 dello Statuto alla prevenzione del Covid-19: riaffiora una nuova "soggettività operaia"?* 1
- MARIA MORELLO *La tutela della "gente di mare" tra codici e assicurazione obbligatoria contro gli infortuni nel T.U. 31 gennaio 1904, n. 51* 56
- PAOLO PASCUCCHI E ANGELO DELOGU *L'ennesima sfida della pandemia Covid-19: esiste un obbligo vaccinale nei contesti lavorativi?* 81
- DAVID WALTERS *The role of the state in achieving compliance with occupational safety and health requirements: Some lessons from the British regulatory response in the time of Covid-19* 118
- GAETANO NATULLO *Vaccini e rapporti di lavoro tra obblighi di sicurezza e diritto all'autodeterminazione* 138
- PAOLO PASCUCCHI E CHIARA LAZZARI *Prime considerazioni di tipo sistematico sul d.l. 1 aprile 2021, n. 44* 152
- SABATO ROZZA *Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit. La posizione del lavoratore che rifiuta il vaccino e i profili di responsabilità del datore di lavoro* 166
- LUCIA D'ARCANGELO *Vaccinazione antiCovid-19 e trattamento dei dati personali. Prime osservazioni al Provvedimento del Garante privacy n. 198 del 2021* 185

Seconda parte: Note e dibattiti

- ANGELO AVARELLO, TIZIANA FANUCCHI *Questioni aperte nella rilevazione del rischio stress lavoro-correlato* 1

Prima parte: Saggi



Le rappresentanze dei lavoratori per la sicurezza dall'art. 9 dello Statuto alla prevenzione del Covid-19: riaffiora una nuova “soggettività operaia”?

di Luigi Menghini*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Statuto dei lavoratori e sicurezza: norme generali e disposizioni specifiche. – 3. Il periodo della monetizzazione dei rischi e la scarsa efficacia degli strumenti prevenzionistici esistenti. – 4. Dai comitati paritetici all'attacco all'organizzazione tayloristica del lavoro: i principi della soggettività operaia e della non delega. – 5. La contrattazione collettiva a cavallo dell'art. 9 dello Statuto tra risultati positivi e delusioni. – 6. L'iter legislativo dell'art. 9. – 7. I caratteri generali dell'art. 9 nel contesto dello Statuto. – 8. L'iniziale applicazione giudiziale e la sua successiva rarefazione. – 9. Attività di prevenzione e rappresentanza dei lavoratori nel periodo successivo: contrattazione, riforma sanitaria, emarginazione dell'art. 9. – 10. Le rappresentanze dei lavoratori nel nuovo sistema di prevenzione: la direttiva 89/391/CEE. – 11. Le rappresentanze dei lavoratori nel d.lgs. n. 626/1994 e la discussa abrogazione dell'art. 9. – 12. Le difficoltà applicative del periodo successivo, la legge delega del 2007 e il T.U. del 2008. – 13. La moltiplicazione dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza ed il problema del loro corretto rapporto con i lavoratori interessati nel d.lgs. n. 81/2008: la permanenza in vita dell'art. 9. – 14. Contrattazione collettiva, organismi paritetici, partecipazione alla gestione della prevenzione. – 15. A dieci anni dal Testo Unico: problemi irrisolti e novità sulle rappresentanze. – 16. Salute, sicurezza, rappresentanze dei lavoratori, comitati per il contenimento della diffusione del Covid-19: specializzazione, autonomia e validazione consensuale.

1. Introduzione

In vista di un convegno sullo stress da lavoro correlato programmato per la fine di gennaio 2020 gli organizzatori mi avevano invitato ad una riflessione sugli effetti dello Statuto dei lavoratori sul terreno della salute e sicurezza, dato che nel maggio 2020 ricorrevano i cinquant'anni dalla sua emanazione e in tutto il Paese si stavano preparando numerose iniziative per ricordarne l'enorme rilievo. In quella occasione ho svolto meglio che potevo l'introduzione che mi era stata chiesta, ma poco dopo la pandemia da Covid-19 ha cambiato radicalmente la nostra vita, il lavoro, le sue regole, i problemi della sicurezza. I cinquant'anni dello Statuto o non

* Luigi Menghini è stato professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Trieste. profmenghini@gmail.com

** Il saggio è stato preventivamente assoggettato alla procedura di referaggio prevista dalle regole editoriali della Rivista.

sono stati celebrati o sono divenuti temi di webinar che ci sono sembrati molto lontani dai problemi, pressanti e drammatici, che la pandemia ha posto su tutti i piani, compreso il lavoro, l'occupazione, gli interventi sociali, la salute e sicurezza. Anche la trasposizione "in bella copia" della mia relazione ha dovuto superare i problemi della chiusura delle università, delle biblioteche e del distanziamento sociale e, giunti all'autunno, non ho potuto non tener conto di tutte queste novità, specie ora che si è capito che la seconda ondata sarà lunga e rafforzerà ulteriormente l'esigenza di immaginare ed impostare soluzioni valide anche per il futuro. Pertanto, una volta delineati il tipo e le funzioni della rappresentanza dei lavoratori che lo Statuto aveva previsto sul tema della salute e sicurezza nel contesto dell'"autunno caldo" del 1969, ed una volta messe a fuoco le linee essenziali dell'attuazione dell'art. 9 tanto sul piano dello scarso contenzioso giudiziario, quanto su quello di una straripante contrattazione collettiva che lo ha affiancato, prima e dopo la sua emanazione, a volte anticipandolo e implementandolo, ma altre ignorandolo o addirittura contraddicendolo e limitandolo, ho ripercorso l'evoluzione del tema delle rappresentanze dei lavoratori per la sicurezza, cercando di accompagnare le analisi delle scelte normative con le considerazioni che mi sono state possibili sulla loro concreta applicazione, sino a concentrare l'attenzione sul rilevante spazio attribuito dalla disciplina emergenziale, ai fini del contrasto e contenimento della diffusione del Coronavirus, alla partecipazione dei lavoratori, alla contrattazione collettiva ed agli organismi bilaterali¹.

Anticipando le conclusioni, nel sistema di prevenzione dal Covid-19 mi sembra di ritrovare qualche eco degli aspetti più interessanti dell'esperienza di avocazione a sé, da parte dei lavoratori, dei problemi della loro salute e sicurezza sul lavoro: autonomia, se pur relativa, delle loro rappresentanze rispetto a quelle "generaliste, valorizzazione della loro "soggettività", partecipazione a pieno titolo ai processi decisionali e di attuazione delle regole di prevenzione e cautela.

2. Statuto dei lavoratori e sicurezza: norme generali e disposizioni specifiche

Lo Statuto dei lavoratori ha inciso sulla questione salute e sicurezza in due modi: il primo, di carattere generale e dagli effetti molto rilevanti, costituito dalle notevoli maggiori tutele attribuite ai lavoratori come singoli ed alle loro rappresentanze sindacali; il secondo, di carattere più specifico, di grande interesse teorico, ma di minor importanza pratica, costituito dal diritto attribuito ai lavoratori, mediante loro rappresentanze, di controllare l'attuazione delle norme prevenzionistiche e di promuovere la ricerca, l'elaborazione e l'attuazione di misure idonee a tutelare la loro salute.

¹ Questo scritto riprende la relazione che ho svolto al convegno organizzato dall'INCA a Cormons il 24 e 25 gennaio 2020 (i cui atti saranno prossimamente pubblicati), ma ne riassume la parte iniziale e ne amplia la parte finale.

Anche se sul punto non c'è e non vi può essere alcun riscontro statistico, è ragionevole pensare che il rafforzamento delle tutele individuali e collettive abbia agevolato i lavoratori nelle richieste e pretese, oltre che nei rifiuti, in tema di sicurezza: basti pensare ai timori scongiurati dai limiti posti dalla legge ai poteri di controllo, di irrogare sanzioni disciplinari, di licenziamento, di mutamento delle mansioni, oltre che dai divieti di discriminazione e di indagine sulle opinioni. La posizione dei lavoratori nei confronti dei datori di lavoro e dell'organizzazione produttiva si è rafforzata, d'altra parte, soprattutto in virtù della presenza all'interno delle aziende delle rappresentanze sindacali, garantite nel loro agire a tutela dei lavoratori dalle norme sui diritti sindacali e soprattutto da quelle in tema di repressione delle condotte antisindacali. I diritti dei soggetti deboli del rapporto hanno cominciato, in tal modo, a divenire più effettivi, ed a ciò hanno contribuito anche la riforma del processo del lavoro del 1973, la gestione sindacale del contenzioso, la forza acquisita sul piano generale dal sindacalismo italiano fondato sulle tre confederazioni storiche e sulla loro Federazione.

Nello Statuto si rinvencono anche norme particolari che possono incidere indirettamente sul tema della salute e sicurezza, quali il divieto di accertamenti da parte del datore di lavoro sulla idoneità e infermità del dipendente per malattia o infortunio, demandati ad enti pubblici ed istituti previdenziali (art. 5), e l'attribuzione agli istituti di patronato del diritto di svolgere la loro attività all'interno delle aziende, secondo modalità da stabilirsi negli accordi aziendali (art.12). Si tratta, tuttavia, a mio avviso, di una incidenza piuttosto ridotta.

La legge del 20 maggio 1970, n. 300 contiene, invece, una serie di disposizioni specifiche in tema di salute e sicurezza, rinvenibili nel suo articolo 9, per il quale "i lavoratori, mediante loro rappresentanze, hanno diritto di controllare l'applicazione delle norme per la prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali e di promuovere la ricerca, l'elaborazione e l'attuazione di tutte le misure idonee a tutelare la loro salute e la loro integrità fisica". La norma, anche se non ha toccato direttamente il *quantum* dell'obbligo di sicurezza dovuto dal creditore della prestazione lavorativa, ha attribuito ai lavoratori due diritti di notevole rilievo, quello di controllo e quello di promozione, strumentali, il primo, all'effettività del *quantum* già previsto, il secondo, all'ampliamento ed al miglioramento del *quantum* stesso. La disposizione esprime una concezione della sicurezza del tutto nuova rispetto a quella del periodo precedente, frutto dell'improvvisa ed irripetibile stagione del 1968-69: sulla sua storia e sul suo significato mi concentrerò nelle pagine successive.

3. Il periodo della monetizzazione dei rischi e la scarsa efficacia degli strumenti prevenzionistici esistenti

Come è successo in via generale per varie norme dello Statuto dei lavoratori, anche le previsioni del suo art. 9 costituiscono la traduzione normativa di istanze

manifestate dal movimento operaio già nel corso degli anni '60 del secolo scorso e tradotte nella contrattazione collettiva del biennio 1968-69.

Anche dopo l'entrata in vigore della Costituzione, nel periodo della ricostruzione industriale e sino alla fine degli anni '60, il tema della salute e sicurezza sul lavoro era molto trascurato, dato che i problemi principali erano quelli dei bassi salari e della diffusa disoccupazione. All'interno delle fabbriche i diritti fondamentali di libertà e dignità erano del tutto calpestati; i lavoratori subivano pratiche umilianti, gli attivisti sindacali venivano discriminati, confinati, liberamente licenziati; a tutela dei lavoratori potevano operare solo le commissioni interne, organismi eletti da tutti i dipendenti, dotate di qualche potere, ma con scarse possibilità di esercitarlo per la situazione complessiva di estrema debolezza del movimento sindacale, diviso e legato strettamente ai partiti ed alle loro ideologie².

Sul piano della salute e sicurezza l'attenzione era posta soprattutto sui rimedi da apprestare dopo che infortuni e malattie professionali erano accaduti. Anche la contrattazione collettiva accettava la diffusa concezione della loro fatalità ed ineluttabilità, prevedendo diffusamente indennità economiche speciali per chi svolgesse lavorazioni nocive, pericolose o gravose per le condizioni ambientali in cui venivano effettuate³. Sul piano della prevenzione dei rischi gli strumenti disponibili sul piano assicurativo, penale e civile, pur potendo basarsi su disposizioni (in parte) potenzialmente idonee allo scopo, per vari decenni nei fatti si sono rivelati assolutamente inadeguati⁴. Le tecniche sanzionatorie di tipo civilistico (legittimità delle dimissioni per giusta causa, rifiuto di eseguire la prestazione con diritto alla retribuzione⁵, utilizzo dell'art. 700 c.p.c. per ottenere l'esecuzione di misure fungibili in forma specifica) erano molto deboli, mentre le norme del codice penale rimanevano di difficile applicazione, quelle dei decreti prevenzionistici sanzionate troppo blandamente, con contravvenzioni facilmente oblabili, e con scarsissima applicazione delle pene detentive per i casi più gravi⁶.

² Per una sintesi di questa situazione rimane fondamentale la relazione svolta da G.F. MANCINI al convegno Aidlass di Perugia del maggio 1970, pubblicata con il titolo *Lo statuto dei lavoratori dopo le lotte operaie del 1969*, in "Politica del diritto", 1970, p. 57 ss. ed ora in *Costituzione e movimento operaio*, Il Mulino, Bologna, 1976, p. 187 ss.

³ Su tale contrattazione v. S. RENGA, *Modello sindacale di tutela della salute nei luoghi di lavoro dal dopoguerra agli anni novanta*, in "Lavoro e diritto", 1994, p. 615 ss.

⁴ Ho riassunto queste complesse vicende in *L'evoluzione degli strumenti giuridici volti a favorire l'effettività della prevenzione*, in questa "Rivista", n. 2-2017, I, p. 1 ss., a cui rinvio anche per la bibliografia.

⁵ Per un caso di rifiuto di molti dipendenti di Rete Ferroviaria Italiana considerato legittimo in relazione a lavorazioni da effettuarsi in presenza di amianto, sulla base dell'obbligo di sicurezza di cui all'art. 2087 c.c., v. Cass. civ., sez. lavoro, 5 novembre 2012, n. 18921.

⁶ V., tra gli altri, C. ASSANTI, *Corso di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1993, pp. 344-345; C. SMURAGLIA, voce *Diritto penale del lavoro*, in "Enciclopedia giuridica del lavoro" diretta dal prof. G. MAZZONI, Cedam, Padova, 1980, p. 140; L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, Franco Angeli, Milano, 1986, p. 76 ss.; A. LASSANDARI, *La sicurezza del lavoro*, in A. VALLEBONA (a cura di), *I contratti di lavoro*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO e E. GABRIELLI, Utet, Torino, 2009, p. 658 ss.; O. MAZZOTTA, *Manuale di diritto del lavoro*, Wolters Kluwer Cedam, Padova, 2018, p. 458 ss.; F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Diritto del lavoro*, 2. *Il rapporto*

4. Dai Comitati paritetici all'attacco all'organizzazione tayloristica del lavoro: i principi della soggettività operaia e della non delega

Dalla metà degli anni '60 la situazione sin qui riassunta ha cominciato lentamente a mutare. Il primo passo è costituito dalla istituzione, prevista dalla contrattazione integrativa, specie nei settori chimico, alimentare e metalmeccanico, ma poi recepita dalla contrattazione collettiva nazionale, di comitati paritetici, con compiti di vigilanza sull'attuazione della normativa sulla salute e sicurezza, di controllo delle condizioni ambientali e di proposta alla direzione aziendale con riferimento a situazioni di pericolo o nocività: erano sforniti di poteri d'indagine e non avevano capacità contrattuale, rimanendo del tutto soggetti all'influenza determinante del datore di lavoro⁷. Piano piano, tuttavia, è cominciato tra i lavoratori e all'interno del sindacato un processo di revisione critica sugli atteggiamenti in tema di salute e sicurezza che poi si è innestato all'interno del generale processo rivendicativo della fine del decennio.

Sulla scorta di una loro rapida crescita politica, gli operai di fabbrica hanno acquisito la consapevolezza che l'organizzazione tayloristica del lavoro, da cui derivavano tanti rischi per la loro salute e sicurezza, non era un dato oggettivo, neutrale ed immutabile, ma un dato contro il quale poteva opporsi la *soggettività operaia* e la sua capacità rivendicativa volta a modificarlo radicalmente. Al rifiuto di proseguire la politica della monetizzazione dei rischi si è accompagnato l'attacco all'organizzazione del lavoro in attuazione del criterio della *validazione consensuale*, in base al quale la doverosa acquisizione dei dati scientifici quantitativamente misurabili in materia di calore, rumori, vibrazioni, fumi, vibrazioni, radiazioni, polveri, sostanze tossiche, ecc. deve essere integrata con l'esperienza diretta del gruppo operaio omogeneo ai fini del giudizio sull'accettabilità dei relativi limiti di rischio e della determinazione dei ritmi e carichi di lavoro, della cadenza degli orari e delle pause, dell'adozione dei sistemi salariali incentivanti, ecc.⁸. Per le rivendicazioni in tema di salute e sicurezza ed in genere di modalità della prestazione lavorativa veniva, dunque, considerata centrale la valutazione della tollerabilità delle condizioni di lavoro da parte di chi giornalmente doveva prestare

di lavoro subordinato, Utet, Torino, 2019, p. 323. La possibilità dell'azione di adempimento delle misure dovute, con eventuale esecuzione forzata in caso di inadempimento, è stata particolarmente difesa da P. ALBI, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona. Art. 2087*, in *Il Codice Civile. Commentario* fondato da P. SCHLESINGER e diretto da F.D. BUSNELLI, Giuffrè, Milano, 2008, p. 221 ss. Il grande rilievo che in tema di salute e sicurezza ha assunto, per vari decenni solo sul piano teorico, ma in seguito anche su quello concreto, l'art. 2087 c.c. è stato di recente ribadito da G. NATULLO, *Il quadro normativo dal Codice Civile al Codice della sicurezza. Dalla Massima sicurezza possibile alla Massima Sicurezza effettivamente applicata*, in G. NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza del lavoro*, Utet, Torino, 2015, p. 5 ss.

⁷ Così S. RENGA, *Modello sindacale di tutela della salute*, cit., p. 616 ss. Considera fallimentare questa esperienza F. BIANCHI D'URSO, *Profili giuridici della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Jovene, Napoli, 1980, p. 199.

⁸ Questa chiara sintesi del concetto di "validazione consensuale" è di G. GHEZZI, *Sub art. 9*, in G. GHEZZI, G.F. MANCINI, L. MONTUSCHI, U. ROMAGNOLI, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Zanichelli, Bologna e Soc. Ed. del Foro Italiano, Roma, 1972, p. 156.

le sue opere e a tal fine un fondamentale ruolo propulsivo è stato attribuito al gruppo omogeneo⁹. Gli appartenenti allo stesso gruppo constatavano di avere comuni problemi anche di salute e sicurezza ed esprimevano un delegato che poi faceva valere le loro esigenze in seno al consiglio dei delegati o consiglio di fabbrica. Il delegato di linea o di reparto era un soggetto di cui si fidavano perché viveva una comune esperienza di fabbrica e correva gli stessi rischi¹⁰.

In questi anni ha preso attuazione pure il principio della *non delega* della salute né al sindacato né ai medici o ai tecnici: con il sindacato i lavoratori volevano instaurare un rapporto democratico che muovesse dalla loro esperienza e che su di essa determinasse le rivendicazioni da far valere in sede contrattuale nei confronti del datore di lavoro¹¹; con i medici intendevano dar vita ad un linguaggio comune che consentisse loro di avere l'ultima parola sulle scelte rivendicative in materia, dopo aver effettuato un'osservazione empirica della situazione e un'analisi scientifica dei dati oggettivi nell'ambito di un interscambio di saperi comune a tecnici e lavoratori¹².

5. La contrattazione collettiva a cavallo dell'art. 9 dello Statuto tra risultati positivi e delusioni

Il nuovo atteggiamento dei lavoratori e dei loro sindacati in tema di salute e sicurezza, basato sul rifiuto della monetizzazione, sulla soggettività operaia, sulla non delega, sulla globalità dell'attacco all'organizzazione del lavoro, ritenuta fonte principale della nocività e dei rischi, ha portato ad una fitta esperienza negoziale, a livello nazionale ed aziendale, iniziata nel 1969 e proseguita negli anni '70 anche dopo l'avvento dell'art. 9 dello Statuto.

Un risultato iniziale, valutato molto positivamente, è costituito dalla previsione, rinvenibile in alcuni contratti nazionali di categoria, per la quale "non sono ammesse le lavorazioni nelle quali la concentrazione di vapori, polveri,

⁹ Su questi aspetti rimane fondamentale la ricostruzione di L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, cit., p. 14 ss.

¹⁰ Sulle tappe della nuova concezione sindacale della tutela della salute e sicurezza, formulata in varie sedi ed in occasione di vari congressi e convegni, sia prima che dopo il 1970, v. anche l'accurata ricostruzione di S. RENGA, *Modello sindacale di tutela della salute*, cit., p. 623 ss.

¹¹ V. ancora L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro* cit., pp. 14-15. Quando si parla di non delega ci si riferisce soprattutto alla delega ai medici e tecnici, ma era innegabile che gli operai di fabbrica intendevano evitare anche la delega della tutela della loro salute ad un sindacato lontano e burocratizzato, troppo incline alla mediazione ed alla considerazione delle esigenze salariali e occupazionali.

¹² Il principio della "non delega" nella relazione tra lavoratori e medici viene così lucidamente descritto da S. RENGA, *Modello sindacale di tutela della salute*, cit., p. 622: esso "significa innanzitutto socializzazione delle rispettive conoscenze: i lavoratori avevano il compito di rendere intellegibile il processo produttivo nei suoi più oscuri dettagli tecnici; i medici, viceversa, avrebbero dovuto rendere edotti gli operai sui disturbi e le malattie correlati ai vari elementi di nocività".

sostanze tossiche nocive o pericolose superi i limiti massimi” (c.d. MAC) indicati negli allegati al contratto¹³.

Frequente, in secondo luogo, è il riconoscimento alle rappresentanze sindacali aziendali, ovvero ai consigli di fabbrica o a loro sezioni specializzate, del diritto di svolgere indagini sull’ambiente e le condizioni di lavoro. Spesso, tuttavia, i contratti collettivi limitavano questo diritto disponendo che l’ente pubblico ovvero i tecnici specializzati in medicina del lavoro chiamati ad effettuare le verifiche dovevano essere concordati con l’azienda; in caso di intesa, le relative spese erano poste a carico del datore di lavoro, altrimenti no; a volte si precisava che i controlli non dovevano ostacolare il regolare svolgimento dell’attività produttiva: con tutto ciò si dava vita ad un’indubbia ingerenza datoriale nelle indagini promosse dai lavoratori¹⁴ e si limitava la gestione unilaterale della tutela della salute basata sulla soggettività operaia e sulla non delega¹⁵. A questi organismi venivano riconosciuti anche poteri di ricerca, elaborazione ed attuazione di misure prevenzionistiche, di collaborazione all’aggiornamento degli strumenti conoscitivi e di consultazione sulla progettazione di nuovi impianti per quanto concerne gli effetti sulle condizioni di lavoro¹⁶. Spesso si disponeva, tuttavia, che i risultati delle indagini, a cui i lavoratori a volte avevano partecipato con complesse inchieste poi validate dai tecnici, avrebbero dovuto essere oggetto di un successivo esame tra la direzione aziendale ed il consiglio di fabbrica per l’individuazione delle eventuali misure correttive da introdurre e dei tempi necessari per attuarle, per tal via finendosi con il negoziare le modalità esecutive e temporali dell’obbligazione di sicurezza¹⁷. A volte, infine, gli accordi prevedevano l’istituzione di commissioni tecniche miste, nominate dall’azienda e dal consiglio di fabbrica, e le consideravano espressamente quale attuazione dell’art. 9 dello Statuto insieme con le norme sui modi e tempi dei controlli e sulla scelta dei tecnici¹⁸.

Veniva, in terzo luogo, prevista l’istituzione e la tenuta dei registri dei dati ambientali e biostatistici e dei libretti personali sanitario e di rischio. Nel primo registro andava descritto l’ambiente di lavoro, reparto per reparto, specie con riguardo ai fattori fisici e chimici nocivi, ed andavano indicati i risultati delle indagini effettuate in ambito aziendale; nel secondo dovevano essere inserite,

¹³ Si tratta dei contratti per l’industria chimica del dicembre 1969, della ceramica del dicembre 1970 e della gomma del febbraio 1971, sui quali v. G. GHEZZI, *Sub art. 9*, cit., pp. 142-143 e L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, cit., p. 174 ss.

¹⁴ Per questa sintesi ed il condivisibile giudizio finale v. S. RENGA, *Modello sindacale di tutela della salute*, cit., pp. 629-230.

¹⁵ Lo spunto è ancora di L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, cit., p. 191.

¹⁶ V. ancora S. RENGA, *Modello sindacale di tutela della salute*, cit., pp. 629-633, che osserva come raramente si prevedesse il diritto del delegato del gruppo omogeneo a partecipare alle trattative. La possibilità di intervento nella fase di progettazione dei nuovi impianti è considerata una importante conquista del movimento sindacale da L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, cit., p. 43.

¹⁷ V. L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, cit., pp. 189-190.

¹⁸ ID, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, cit., p. 188 e S. RENGA, *Modello sindacale di tutela della salute*, cit., p. 631.

sempre reparto per reparto, informazioni sullo stato di salute dei lavoratori e sulle malattie ricorrenti superiori alla media. Il libretto personale di rischio doveva contenere la storia professionale del lavoratore sotto il profilo delle mansioni svolte, dei posti di lavoro occupati, dei periodi di esposizione a sostanze nocive; nel libretto personale sanitario dovevano essere inseriti gli infortuni e le malattie del lavoratore ed altri dati rilevanti dal punto di vista medico; la gestione dei registri e dei libretti, tuttavia, veniva rimessa a future intese o, più spesso, affidata all'azienda o al medico di fabbrica, con oneri economici a carico del datore di lavoro e potere delle rappresentanze sindacali o del Consiglio di fabbrica di mera loro consultazione¹⁹, in ciò intravedendosi una grave dismissione di una parte importante del diritto di controllo spettante al creditore di sicurezza in base agli artt. 2087 c.c. e 9 dello Statuto²⁰.

Altre diffuse previsioni concernevano, infine, la distribuzione dei mezzi personali di protezione, l'obbligo delle imprese di effettuare direttamente le operazioni di manutenzione, la contrattazione di piani di intervento per la bonifica ambientale, la disciplina delle visite mediche periodiche, il diritto alle pause di ristoro in caso di uso continuativo di mezzi di protezione o di lavorazioni particolarmente stancanti o con esposizione a rumori, l'obbligo per il datore di lavoro di trattare gli aspetti dell'organizzazione del ciclo produttivo relativi ai tempi, ritmi, orari, mansioni, cottimo, lavoro notturno²¹.

Chi per decenni ha studiato i problemi della salute e sicurezza sul lavoro ha osservato che il nuovo atteggiamento dei lavoratori non significava rinunciare a disciplinare la materia per mezzo della contrattazione e con il metodo del conflitto collettivo, ma ha precisato che era logico aspettarsi che le imprese reagissero, a difesa dell'organizzazione del lavoro esistente, con la minaccia della chiusura dello stabilimento o del reparto nocivo, con il ricorso alla cassa integrazione, con l'esternalizzazione delle produzioni, e che accettassero, se non troppo costose, le richieste concernenti, ad es., l'eliminazione delle polveri, una migliore areazione degli ambienti, la previsione di pause, mascherine, ritmi meno elevati ed in genere quelle volte a migliorare l'organizzazione del lavoro e tali da comportare un calo degli infortuni, delle assenze per malattia e un incremento della produttività, ma non quelle che mettevano in discussione l'essenza dell'organizzazione del lavoro toccando radicalmente i ritmi di lavoro, gli orari, lo straordinario, i turni di notte, ecc.²². La reazione datoriale avrebbe potuto essere superata o almeno limitata se il movimento operaio avesse conservato nella fase del negoziato ed in quella della gestione dei risultati contrattuali la forte attenzione sui temi qui in esame che aveva caratterizzato l'affermazione dei principi della validazione consensuale e della non delega nel biennio 69-70; è successo, invece, che la crisi economica iniziata alla fine del 1972 ha riportato al centro dell'impegno sindacale la questione dell'integrità dei

¹⁹ Su queste previsioni v. S. RENGÀ, *Modello sindacale di tutela della salute*, cit., pp. 629-630.

²⁰ Così L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, cit., p. 185.

²¹ V. ancora S. RENGÀ, *Modello sindacale di tutela della salute*, cit., pp. 631-633.

²² V. L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, cit., pp. 20-23.

salari e della difesa dell'occupazione ed il tema della salute e sicurezza è tornato ad appannarsi²³. Di conseguenza il movimento operaio, dopo la c.d. "sindacalizzazione dei consigli", ha accettato risultati contrattuali intermedi ed ha dovuto fare i conti con una gestione datoriale degli accordi spesso al ribasso, che ha visto il rifiuto di far entrare in fabbrica gli esperti esterni scelti dai rappresentanti dei lavoratori, di accollarsi le spese per le analisi e misurazioni della nocività dell'ambiente di lavoro e di far conoscere la composizione delle sostanze oggetto di lavorazione, la mancata adozione dei registri e dei libretti personali o il loro utilizzo in modo burocratico ed inutile²⁴. I risultati contrattuali e la loro gestione pratica sono stati ritenuti, quindi, piuttosto deludenti e notevole è stato considerato lo scarto tra di essi e l'iniziale progetto dei lavoratori di tutelare la salute e sicurezza in via autonoma, senza deleghe, modificando radicalmente l'organizzazione del lavoro²⁵.

Questo progetto, per le opinioni ora in esame, ha raggiunto scarsi risultati anche perché, sia prima che dopo l'entrata in vigore dell'art. 9, il sindacato, all'esito dei controlli, delle verifiche, delle indagini soggettive e tecniche, ha presentato delle proposte o richieste sulle quali ha aperto un negoziato, scegliendo di non esigerle per via giudiziale, come pure poteva fare²⁶.

Non è mancato, d'altra parte, chi non ha valutato negativamente l'esperienza contrattuale appena esaminata, ritenendo "naturale" che le rivendicazioni, se pur radicali, in tema di salute e sicurezza, frutto delle nuove consapevolezze maturate dal 68-69, avessero uno sbocco negoziale: i controlli sull'applicazione delle misure prevenzionistiche e la ricerca ed elaborazione delle misure idonee a tutelare la sicurezza, riguardando beni ed attività altrui (dell'impresa), almeno in parte non potevano avvenire tramite la sola azione autonoma delle rappresentanze dei lavoratori, ma richiedevano per forza di cose momenti di collaborazione e di negoziazione; quanto, poi, all'attuazione delle misure concordate, si è rilevato che l'interesse dell'imprenditore a contenere i costi si accompagna sempre a quello di definire consensualmente con la controparte il

²³ "Impegnato sul fronte della conservazione dei livelli di occupazione e della realtà del salario in una fase economica caratterizzata da una recessione spinta collegata a un'inflazione galoppante, il sindacato non (ha potuto) concedersi il lusso di combattere giorno per giorno una guerra di trincea e (ha dovuto) fare, quindi, affidamento esclusivo sulla capacità dei lavoratori di auto-gestire e amministrare gli accordi conclusi": così L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, cit., p. 198; in seguito è stata denunciata anche una "caduta verticale della partecipazione operaia sul tema dell'igiene e sicurezza del lavoro" (v. S. RENGA, *Modello sindacale di tutela della salute*, cit., p. 636).

²⁴ V. L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, cit., pp. 24-28.

²⁵ È questa la valutazione conclusiva degli studi di L. MONTUSCHI (*Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, cit., p. 190 ss.) e S. RENGA (*Modello sindacale di tutela della salute*, cit., p. 633 ss.). Anche per C. ZOLI (*Sicurezza del lavoro: contrattazione e partecipazione*, in "Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale", 2000, I, p. 617) la contrattazione collettiva del periodo "ha fornito soluzioni e letture limitative del diritto di controllo e promozione di cui all'art. 9, che, talora persino *contra legem*, hanno accolto le istanze imprenditoriali neutralizzando in buona sostanza gli strumenti precostituiti da tale norma".

²⁶ Si sofferma estesamente su questo punto L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, cit., pp. 142-163.

contenuto dell'adempimento del suo obbligo alla massima sicurezza tecnicamente fattibile sancito dall'art. 2087 c.c.²⁷. Anche di recente si è ribadito che la via giudiziale costituiva una soluzione puramente teorica, mentre la contrattazione collettiva spesso ha rappresentato un utile strumento di pressione nei confronti del datore di lavoro per l'adozione in concreto delle necessarie misure prevenzionistiche²⁸.

Personalmente condivido, nella sostanza, questa seconda opinione. Non credo, innanzitutto, che il controllo sull'applicazione delle misure protezionistiche possa essere sempre svolta dai rappresentanti dei lavoratori del tutto liberamente ed unilateralmente, prescindendo da momenti di accordo sulle sue concrete modalità di svolgimento in ambienti di proprietà dell'imprenditore e di sua conoscenza; su certi aspetti si può ipotizzare un'attività unilaterale, ma su altri no²⁹, potendosi se mai discutere sul contenuto delle intese e sull'efficacia dei loro risultati. Quanto, poi, alle pretese di modifica delle misure di prevenzione o di elementi anche rilevanti dell'organizzazione del lavoro, le rappresentanze avrebbero ben potuto chiedere al giudice che ne imponesse l'attuazione in via coercitiva, ma la scelta del sindacato di non affidare agli incerti tempi ed esiti di una causa la definizione dell'obbligo di sicurezza, preferendo la via negoziale, mi pare del tutto avveduta, perché è probabile che il sindacato possa cogliere meglio del giudice il delicatissimo punto in cui trovano equilibrio il diritto alla sicurezza e l'interesse all'occupazione e ad un giusto salario. E d'altra parte, se alla fine di un'aspra vertenza i lavoratori avessero ottenuto qualche misura utile per la sicurezza, era naturale che la volessero formalizzare e rendere stabile in un testo scritto firmato anche dalla controparte, comunque interessata ad una specificazione del suo obbligo che finiva per giovarle sotto molti profili. Non è, dunque, la scelta di giungere ad un accordo che è criticabile, ma se mai la stipula di intese troppo sbilanciate a favore delle esigenze salariali ed occupazionali. Ma in certi difficili momenti più che le politiche sindacali andava censurata l'assenza di una "sponda pubblica" che potesse agevolare i rappresentanti dei lavoratori a non transigere su certi aspetti della sicurezza.

6. L'iter legislativo dell'art. 9

Com'è noto, lo Statuto dei diritti dei lavoratori è caratterizzato da due nuclei essenziali, spesso chiamati "anima costituzionale" e "anima sindacale" della legge; il primo è costituito dalle previsioni che ribadiscono la vigenza anche nei luoghi di

²⁷ V. G.G. BALANDI, *Individuale e collettivo nella tutela della salute nei luoghi di lavoro: l'art. 9 dello statuto*, in "Lavoro e diritto", 1990, p. 226 ss.

²⁸ V. M. LAI, *I soggetti collettivi (rappresentanze per la sicurezza; organismi paritetici): costituzione, prerogative, attività*, in G. NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza*, cit., pp. 799-800.

²⁹ Esemplari, nella loro razionalità pratica, sono i rilievi che sul punto, in riferimento all'art. 9, ha svolto G. PERA, *Sub art. 9*, in C. ASSANTI, G. PERA, *Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Cedam, Padova, 1972, pp. 117-118.

lavoro dei diritti fondamentali di libertà sanciti dalla Costituzione e ne intendono garantire l'esercizio reprimendo con sanzioni civili e penali i comportamenti che lo ostacolano; il secondo è costituito da norme volte a garantire al sindacato il diritto di essere presente nei luoghi di lavoro e di usufruire di particolari strumenti per la tutela del lavoratore. Senza poter qui ripercorrere le origini e lo sviluppo di queste due idee di statuto³⁰, basta ricordare che nell'ambito della prima, ed in particolare nel disegno di legge n. 8 di iniziativa di alcuni senatori del Partito comunista italiano, presentato al Senato il 7 giugno 1968, si rinviene la previsione che attribuiva al lavoratore il diritto di controllare, personalmente o tramite organismi rappresentativi elettivi, l'applicazione delle norme per la prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali, oltre a quello di partecipare alla ricerca, elaborazione ed applicazione di tutte le misure utili alla difesa della sua salute ed integrità fisica³¹. Dopo la presentazione al Senato, il 10 novembre del 1968, di un disegno di legge da parte del Partito socialista italiano, espressione dell'"anima sindacale"³², dopo un'ampia e tormentata consultazione governativa delle parti sociali e la istituzione, nel gennaio 1969, di una Commissione consultiva voluta dal Ministro del lavoro Brodolini e presieduta da Gino Giugni, i cui risultati furono ampiamente ripresi nel disegno di legge governativo presentato al Senato il 24 giugno 1969 (compiuta espressione dell'"anima sindacale" della legge e di poco preceduto da un disegno di analogo impianto dei senatori democristiani), la Commissione lavoro del Senato, nel contesto delle lotte sindacali dell'autunno caldo, il 27 novembre 1969 ha approvato un testo di legge che unificava le due "anime" dello Statuto, recependole entrambe³³ e prevedendo anche una norma a tenore della quale "i lavoratori, mediante *le* loro rappresentanze, hanno diritto di controllare l'applicazione delle norme per la prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali e di promuovere la ricerca, l'elaborazione e l'attuazione di tutte le misure idonee a tutelare la loro salute e la loro integrità fisica". La disposizione si rifaceva a quella del disegno del PCI sopra ricordato, ma conferiva i diritti in parola non più ai lavoratori (singoli) o ai loro organismi elettivi, ma ai lavoratori tramite le loro rappresentanze, attribuendo alla fattispecie una chiara ed insopprimibile connotazione collettiva e pluralistica³⁴.

L'Aula del Senato discusse il testo della Commissione lavoro il 10 e 11 dicembre 1969 e nel corso del dibattito fu proposto un emendamento che eliminava la parola "*le*", con l'intenzione di recuperare spazi di agibilità per rappresentanze provenienti anche dal basso e non inserite negli organismi sindacali

³⁰ Non posso che rinviare sul punto a G.F. MANCINI, *Lo Statuto dei lavoratori dopo le lotte operaie del 1969*, cit., p. 188 ss.

³¹ Il disegno di legge e la relazione che lo accompagnava si trovano in "Rivista di diritto del lavoro", 1968, III, p. 79 ss.

³² Vedi il disegno presentato dai senatori Zannier ed altri, pubblicato con la relativa relazione nella "Rivista" *supra* cit., p. 120 ss.

³³ La relazione e l'indagine conoscitiva della Commissione si rinviengono in "Rivista di diritto del lavoro", 1969, III, p. 262 ss.

³⁴ Questo aspetto era stato prontamente colto da F. BIANCHI D'URSO, *Profili giuridici della sicurezza*, cit., p. 201.

tradizionali; in un primo momento la modifica richiesta fu contrastata proprio per la sua motivazione, lamentandosi che veniva modificato il modello di promozione delineato nell'art. 19, ma nel corso della discussione il sen. Albani, indipendente di sinistra, fece valere l'esigenza di permettere la presenza nelle rappresentanze di tecnici ed esperti e così l'Aula approvò l'emendamento e tutta la legge nel testo definitivo, poi confermato dalla Camera senza modifiche, nella primavera successiva, per l'urgenza di dar corso alle prime elezioni delle regioni a statuto ordinario³⁵.

7. Caratteri generali dell'art. 9 nel contesto dello Statuto

La piccola modifica legislativa appena riassunta attribuisce alla disposizione in esame un significato del tutto particolare all'interno della legge del maggio 1970, che ne individua *un primo tratto generale*. La stessa è stata quasi unanimemente intesa nel senso che le rappresentanze dei lavoratori di cui all'art. 9 potessero essere non solo le rappresentanze sindacali aziendali di cui all'art. 19, ma qualunque entità alla quale i lavoratori avessero liberamente conferito mandato (sindacati, r.s.a., alcune di esse, Commissioni interne, Consigli di fabbrica, delegati di gruppo omogeneo, esperti, e comunque con possibilità, per queste entità, di avvalersi di medici, chimici, ingegneri, ecc.)³⁶. Questa previsione costituiva una evidente deviazione rispetto ai caratteri fondamentali della promozione dell'attività sindacale nei luoghi di lavoro, propri della seconda "anima" della legge, la quale è stata approvata da parte di tutto il centro-sinistra e del Partito liberale, con astensione del PCI, per la

³⁵ La vicenda è riassunta da G. PERA, *Sub art. 9*, cit., pp. 113-114.

³⁶ V., ad es., M. PERSIANI, *Condotta antisindacale, interesse del sindacato, interesse collettivo e interesse individuale dei lavoratori*, in "Politica del diritto", 1971, p. 550; C. SMURAGLIA, *Il problema della salute e della integrità fisica dei lavoratori nella legge 20 maggio 1970, n. 300*, in "Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale", 1971, I, p. 190-191; GIO. BRANCA, *Le "rappresentanze" per la tutela della salute e dell'integrità fisica del lavoratore*, in "Massimario di giurisprudenza del lavoro", 1971, pp. 260-261 (che però non ammetteva, in virtù del carattere collettivo della rappresentanza, singole designazioni o l'indicazione di singoli da parte di gruppi di lavoratori); G. PERA, *Sub art. 9*, cit., p. 120 (che ammetteva anche la possibilità di conferire il mandato ad una sola persona); G. GHEZZI, *Sub art. 9*, cit., pp. 144-146 ss. (che includeva nelle rappresentanze anche gli appositi comitati aziendali, paritetici e no, i patronati, le delegazioni *ad hoc*, in ogni caso con possibile presenza e partecipazione di tecnici qualificati, come medici, ingegneri, chimici, tecnologi, e di funzionari degli enti locali, degli istituti previdenziali e delle costituende unità sanitarie locali); U. PROSPERETTI, *Sull'art. 9 dello statuto dei diritti dei lavoratori*, in "Massimario di giurisprudenza del lavoro", 1972, pp. 23-24 (che ammetteva, tuttavia, solo rappresentanze "interne", e cioè composte dai soli lavoratori, con eventuale assistenza degli organismi pubblici preposti alla vigilanza, così come facevano V. SIMI, *La rappresentanza dei lavoratori istituita dalla legge 20 maggio 1970, n. 300 per la tutela della loro integrità fisica e della loro salute*, in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, Giuffrè, Milano, 1974, III, p. 2898 e M. GRANDI, *L'attività sindacale nell'impresa*, Giuffrè, Milano, 1976, p. 146); T. TREU, *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, Franco Angeli, Milano, 1974, p. 78; F. BIANCHI D'URSO, *Profili giuridici della sicurezza*, cit., pp. 204-215 ss.; L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute*, cit., p. 133; G.G. BALANDI, *Individuale e collettivo*, cit., p. 224 ss.; E. ALES, *L'art. 9 Statuto dei lavoratori alla luce della legislazione più recente in materia di salute e sicurezza: partecipazione o controllo?*, in "Rivista italiana di diritto del lavoro", 2011, I, pp. 57-58; O. MAZZOTTA, *Manuale di diritto del lavoro*, cit., p. 463.

volontà di incanalare tutte le enormi pressioni dell'autunno caldo nell'alveo delle politiche rivendicative del sindacalismo confederale, poco o nulla concedendo alle frange estreme, del tutto critiche nei confronti dei sindacati tradizionali, che trovavano espressione nei comitati unitari di base, nei collettivi operai-studenti, nei gruppi di Potere Operaio e Lotta Continua, o nelle versioni gramsciane della concezione dei consigli proprie del gruppo del Manifesto. Questo intento aveva condotto il legislatore ad attribuire il particolare sostegno legislativo di cui al Titolo III della legge a strutture aziendali legate o almeno riconosciute da associazioni sindacali aderenti alle confederazioni maggiori o almeno firmatarie di contratti collettivi nazionali o provinciali applicati nell'unità produttiva (art.19), riservando scarsi spazi di agibilità (e diritto alla non discriminazione per i membri) alle strutture aziendali oggettivamente sindacali che rimanevano fuori dall'area del sostegno privilegiato (artt. 14-16)³⁷. Ed anche il ricorso al giudice per la repressione delle condotte antisindacali, divenuto negli anni successivi fondamentale strumento di attuazione concreta della legge, è stato riservato, con grande attenzione ai particolari, solo agli organismi locali di associazioni sindacali nazionali (art. 28). Lo Statuto non ha menzionato i delegati o i consigli di fabbrica, e per questa scelta è stato criticato³⁸, e solo le ampie formule legislative hanno ben supportato la "sindacalizzazione dei consigli" e le libere scelte del sindacalismo confederale di farli coincidere con le r.s.a. e di basare su di essi l'intera impalcatura della Federazione CGIL, CISL, UIL sino alla loro estinzione e rinascita sotto forma di r.s.u.

In tema di salute e sicurezza, invece, lo Statuto attribuiva ai lavoratori il diritto di costituire forme di rappresentanza che potevano anche non aver alcun riferimento ai sindacati ufficiali o ad alcun sindacato o forma associativa, ma essere espressione spontanea della loro volontà³⁹. In altre parole, si poteva prevedere che nella gran parte dei casi le rappresentanze sarebbero state costituite ed avrebbero agito all'interno delle iniziative e delle strategie dei sindacati tradizionali, ma non poteva escludersi che fossero costituite e che agissero al di fuori di questo quadro ed anche contro di esso⁴⁰.

³⁷ La scelta di selezionare i soggetti destinatari della promozione legislativa attraverso i filtri di cui agli artt. 19 e 28 ha costituito l'aspetto della legge più discusso e contestato, ma ha potuto resistere nei decenni successivi a giudizi davanti alla Corte Costituzionale, alla fine del sistema dei consigli, a modifiche referendarie ed all'introduzione per via negoziale delle rappresentanze sindacali unitarie.

³⁸ V. G.F. MANCINI, *Lo Statuto dei lavoratori dopo le lotte operaie del 1969*, cit., p. 211 ss.

³⁹ L'unica ipotesi che gli studiosi hanno escluso è quella della rappresentanza nominata da un unico lavoratore (v. ad es. GIO. BRANCA, *Le "rappresentanze" per la tutela della salute*, cit., p. 261; F. BIANCHI D'URSO, *Profili giuridici della sicurezza*, cit., p. 201), ipotesi ammessa, invece, dall'allora noto giudice Canosa (v. Pret. Milano, 2 gennaio 1971, in "Massimario di giurisprudenza del lavoro", 1971, p. 259), Ad ogni modo, l'impossibilità per il singolo di attivare le tutele di cui all'art. 9 non gli impediva di far valere l'obbligo di sicurezza gravante nei suoi confronti sul datore di lavoro e di chiederne, almeno in teoria, l'urgente adempimento con un ricorso ex art. 700 c.p.c.

⁴⁰ Lo aveva esattamente osservato M. SALA CHIRI, *Sulla problematica della salute e dell'integrità fisica dei lavoratori dopo l'art. 9 dello Statuto*, in "Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale", 1973, II, p. 748. Per C. ZOLI (*Sicurezza del lavoro*, cit., p. 616) "il modello partecipativo ipotizzato dal

Una seconda fondamentale caratteristica dell'art. 9 consiste nel fatto che la norma non tocca direttamente la definizione dell'obbligo di sicurezza di cui all'art. 2087 c.c., ma attribuisce ai lavoratori, tramite le loro rappresentanze, diritti strumentali all'effettività ed alla implementazione dello stesso.

Il mancato intervento diretto su tale obbligo e la mancata introduzione di strumenti specifici per far fronte alle singole situazioni di pericolo ha fatto inizialmente ritenere che su questo terreno lo Statuto si limitasse solo a "qualche timida innovazione", finendo per prospettare più che mai la necessità di una riforma complessiva e radicale della materia⁴¹. In genere, tuttavia, alla norma è stata attribuita notevole importanza in quanto, pur con i segnalati limiti, ha arricchito la dimensione individuale dell'obbligo di sicurezza con una dimensione collettiva che lo ha rafforzato in modo consistente⁴², operando su due piani: innanzitutto laddove l'art. 9 promuoveva controlli e modifiche che potevano andare oltre la tradizionale materia antinfortunistica per comprendere anche gli aspetti nuovi della nocività, legati alla specifica organizzazione del lavoro⁴³, facendo sì che alle tradizionali iniziative sul piano dei rapporti di forza potessero affiancarsi spazi giuridicamente rilevanti di contropotere dei lavoratori idonei a limitare dall'esterno il potere organizzativo del titolare dell'impresa⁴⁴; in secondo luogo, laddove ha consentito l'emersione di quel diritto ad un ambiente di lavoro sicuro, *in nuce* già presente nell'art. 2087 c.c., ma in seguito riferibile non solo al singolo, ma a tutti i soggetti che vivono ed operano in una data realtà ambientale⁴⁵.

A mio avviso, l'art. 9, anche se non ha risolto la situazione di grave inefficienza del sistema normativo e istituzionale italiano e pur limitandosi, nella

legislazione era soltanto eventualmente, e non certo preferibilmente, sindacale, con evidente concessione a una logica, del tutto estranea all'esperienza italiana, quale quella del doppio canale di rappresentanza", limitata al tema della sicurezza. Ritengo che il legislatore non esprimesse una preferenza per il doppio canale di rappresentanza, ma lo ammettesse insieme con il canale unico.

⁴¹ Così C. SMURAGLIA, *Il problema della salute e della integrità fisica*, cit., p. 190. In seguito, tuttavia, lo stesso Smuraglia ha definito l'art. 9 come "una norma di grande peso (al di là della concreta applicazione che poi ne sia stata fatta in concreto) perché attribuisce alla facoltà di controllo dei lavoratori i connotati di un vero e proprio diritto e introduce per la prima volta la visione di una partecipazione effettiva alla individuazione e all'attuazione delle misure di sicurezza da parte dei lavoratori, sia pure per mezzo di loro rappresentanze...Naturale che un principio di così vasta portata dovesse essere considerato come eversivo da parte di quanti mal tollerano ogni limite ai loro poteri; e infatti le resistenze furono tali che la norma non riuscì mai ad esplicarsi in tutta la sua portata e in tutta la sua pienezza. Forse anche perché, bisogna pur dirlo, il suo valore e la sua rilevanza non furono colti appieno neppure nei settori che avrebbero avuto il più diretto interesse a pretenderne un'applicazione rigorosa" (v. C. SMURAGLIA, *Sicurezza e igiene del lavoro. Quadro normativo. Esperienze attuative e prospettive*, in "Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale", 2001, I, pp. 467-468).

⁴² V., ad es., G.G. BALANDI, *Individuale e collettivo*, cit., p. 222 ss. e di recente M. LAI, *I soggetti collettivi*, cit., p. 799.

⁴³ In tal senso v. T. TREU, *Statuto dei lavoratori e organizzazione del lavoro*, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", 1972, p. 1042 ss., che si riferisce agli aspetti allora nuovi della nocività derivanti dal lavoro in quanto tale, e cioè da ritmi o carichi eccessivi o dall'estrema parcellizzazione delle mansioni.

⁴⁴ V. F. BIANCHI D'URSO, *Profili giuridici della sicurezza*, cit., pp. 189-192.

⁴⁵ V. P. PASCUCCI, *Salute e sicurezza: dalle rappresentanze dell'art. 9 ai rappresentanti del d.lgs. n. 81/08*, in "Diritti lavori mercati", 2010, n. 3, p. 665.

sostanza, e cioè guardando alla sua attuazione concreta, a favorire e generalizzare compromessi negoziali, magari un po' al ribasso ma comunque realistici, ha indubbiamente dato una scossa ai problemi ed ha contribuito ad aprire orizzonti prima non visti. Il suo vero limite, se mai, stava nell'assenza di previsioni in merito al collegamento delle iniziative delle rappresentanze con l'attività delle istituzioni preposte alla prevenzione dei rischi⁴⁶.

Una terza caratteristica fondamentale della norma è più ambivalente. Il tenore letterale delle sue disposizioni ed il retroterra culturale da cui è sorta, basato sui principi della validazione consensuale e della non delega, evidenziano, a prima vista, il carattere unilaterale dei controlli e delle proposte, il cui diritto era attribuito ad una parte sola, i lavoratori, quali soggetti deboli del rapporto, senza alcun coinvolgimento delle dirigenze aziendali e senza far trasparire valenze partecipative⁴⁷ e meno che mai collaborative⁴⁸. Sin dall'inizio, però, si poteva prevedere che, di fatto, spesso controlli, indagini, proposte e attuazioni richiedessero prima o poi forme di collaborazione tra le parti e il coinvolgimento della dirigenza aziendale, difficilmente sostituibile dal giudice o dai suoi consulenti.

Mi spiego. Gli impedimenti, i dinieghi, le mancate informazioni delle imprese in tema di controlli in teoria avrebbero potuto essere superati (come di fatto in certi casi lo sono stati) con ricorsi al giudice, a seconda dei casi, *ex artt.* 700 c.p.c. o 28 St. lav. ed anche il rifiuto di accogliere l'attuazione delle misure proposte unilateralmente dalle rappresentanze avrebbe potuto trovare compensazione in ordini del giudice a trattare, emessi *ex art.* 28 St. lav.⁴⁹ (ai quali avrebbero potuto seguire fasi aspramente conflittuali di relazioni tra le parti) ovvero in ordinanze *ex art.* 700 c.p.c. che ordinassero l'esecuzione di tutte le ulteriori misure proposte dalle rappresentanze dei lavoratori che integrassero l'obbligo di sicurezza *ex art.*

⁴⁶ Questo limite era stato colto già nel 1972 da T. TREU, *Statuto dei lavoratori e organizzazione del lavoro* cit., p. 1046.

⁴⁷ In questo senso v. E. ALES, *La partecipazione (bilanciata) nello Statuto dei lavoratori: riflessioni sulle rappresentanze ex art. 9*, in "Diritti lavori mercati", 2020, n. 1, p. 22, per il quale l'art. 9 ha contribuito alla democratizzazione dei luoghi di lavoro senza contenere riferimenti espliciti alla partecipazione.

⁴⁸ In particolare GIO. BRANCA, *Le "rappresentanze" per la tutela della salute*, cit., p. 260, insisteva sul fatto che il legislatore aveva introdotto delle "forme di collaborazione alla sicurezza" consapevole che per svolgere compiti che attengono alla tutela della personalità e della vita stessa "è richiesta una qualificazione, anche tecnica, un apporto di particolare esperienza ed una posizione nella organizzazione aziendale che è differente e comunque non può essere forzatamente coincidente con quella del normale interlocutore sindacale". Anche A. GRECHI, *Diritto dell'imprenditore di assistere ai controlli attinenti alla tutela della salute e dell'integrità fisica dei lavoratori*, in "Massimario di giurisprudenza del lavoro", 1972, p. 150 ss.) intravedeva nell'art. 9 non una contrapposizione tra le parti, ma una vicendevole compartecipazione a controlli ed indagini utili anche all'imprenditore ai fini dell'attuazione del suo obbligo di sicurezza; la rappresentanza dei lavoratori aveva un compito di collaborazione con il datore di lavoro anche nella ricerca e adozione delle misure utili alla prevenzione.

⁴⁹ Per questa possibilità v. U. ROMAGNOLI, *Sub art. 28*, in G. GHEZZI, G.F. MANCINI, L. MONTUSCHI, U. ROMAGNOLI, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, cit., p. 410; T. TREU, *Condotta antisindacale*, cit., pp. 75-76; F. BIANCHI D'URSO, *Profili giuridici della sicurezza*, cit., p. 243; C. ZOLI, *Sicurezza del lavoro*, cit., p. 616.

2087 c.c.⁵⁰. Nella pratica, tuttavia, ciò è avvenuto raramente e, cambiato il clima economico-sociale e caduti i fermenti del 68-69, le rappresentanze, ormai pienamente sindacalizzate, nella stragrande maggioranza dei casi non hanno potuto che risolvere, parzialmente, i problemi per via negoziale, anzi, continuare a risolverli contrattualmente come già fatto negli anni immediatamente precedenti. *La contrattazione sulla sicurezza, infatti, ha risentito poco dell'art. 9 o alle volte ne è rimasta addirittura imbarazzata*, sentendosi in dovere di ribadire la legittimità e vigenza di norme pattizie che, regolandoli, limitavano i diritti previsti nella norma di legge. Questi esiti dell'attuazione concreta dei diritti previsti nell'art. 9 sono stati imputati ad una precisa scelta del sindacato confederale (severamente criticata) di non utilizzare la via giudiziaria⁵¹. La scelta, tuttavia, a mio avviso, era quasi obbligata e comunque, per quanto già detto, avveduta e col tempo la norma ha svelato tutte le sue possibili attuazioni in chiave negoziale e bilaterale, a prescindere da ogni atteggiamento conflittuale o collaborativo, dipendente dalle mutevoli situazioni socio-politiche generali⁵².

In questo contesto è del tutto inutile sostenere che i diritti attribuiti dall'art. 9 erano inderogabili e che di fronte ad essi avrebbero dovuto essere considerate invalide le disposizioni contrattuali peggiorative: quale sindacato le avrebbe fatte valere, nel contesto di un calo verticale dell'interesse dei lavoratori sui temi della sicurezza? E poi, che spazio concreto avrebbe avuto un sindacato minoritario o un gruppo spontaneo vittorioso in una causa, in presenza di una prassi contrattuale che aveva consolidato percorsi e risultati del tutto diversi, accettati dalla maggioranza dei dipendenti? L'esperienza applicativa della norma ha dunque confermato la profezia di Giugni per la quale l'art. 9 era una porta aperta verso la contrattazione⁵³, come in seguito estesamente riconosciuto⁵⁴.

⁵⁰ V. G. PERA, *Sub art. 9*, cit., p. 116 e similmente T. TREU, *Statuto dei lavoratori e organizzazione del lavoro*, cit., pp. 1044-1045, G. GHEZZI, *Sub art. 9*, cit., p. 152, F. BIANCHI D'URSO, *Profili giuridici della sicurezza*, cit., p. 244, L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, cit., p. 145 e la dottrina ivi citata, G.G. BALANDI, *Individuale e collettivo*, cit., p. 226.

⁵¹ La critica è del maggiore studioso italiano della sicurezza: L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, cit., p. 142 ss.

⁵² Guardando retrospettivamente, si è anche di recente riconosciuto che la norma "era tutt'altro che ostile alla realizzazione di dinamiche collaborativo-partecipative" (v. L. ANGELINI, *Rappresentanza e partecipazione nel diritto della salute e sicurezza dei lavoratori in Italia*, in questa "Rivista", 2020, 1, I, p. 101) ed anche in precedenza si era apprezzata la novità della "partecipazione" dei lavoratori alla individuazione e attuazione delle misure di sicurezza (v. C. SMURAGLIA, *Sicurezza e igiene del lavoro*, cit., p. 467). Anche per C. ZOLI, *Sicurezza del lavoro*, cit., p. 616, l'art. 9 implicava un'azione collettiva riconducibile non solo alla contrattazione tradizionale, ma anche ad "un momento partecipativo" di matrice non necessariamente conflittuale.

⁵³ Su di essa si sono soffermati L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, cit., p. 144 ss. e F. BIANCHI D'URSO, *Profili giuridici della sicurezza*, cit., p. 234 ss.

⁵⁴ V. C. SMURAGLIA, *Il problema della salute e della integrità fisica*, cit., p. 198; R. DE LUCA TAMAJO, *Statuto dei lavoratori e diritto del lavoro della crisi*, in A. CESSARI, R. DE LUCA TAMAJO, *Dal garantismo al controllo*, Giuffrè, Milano, 1982, p. 64; O. MAZZOTTA, *Manuale di diritto del lavoro*, cit., p. 463; L. ANGELINI, *Rappresentanza e partecipazione*, cit., p. 101.

8. *L'iniziale applicazione giudiziale e la sua successiva rarefazione*

Il principio della non delega e l'attacco frontale all'organizzazione del lavoro esistente hanno avuto, dunque, una vita effimera. L'applicazione concreta dell'art. 9 è avvenuta quasi interamente mediante il sindacato e la contrattazione collettiva. Al giudice ci si è rivolti di rado e quasi esclusivamente per la determinazione delle modalità del controllo e non per l'imposizione delle pretese sostanziali in tema di salute⁵⁵. I ricorsi *ex art. 28* sono più frequenti rispetto a quelli *ex art. 700 c.p.c.*⁵⁶.

Si è discusso, innanzitutto, se i poteri di cui all'art. 9 potessero essere attribuiti a rappresentanze costituite da soli esperti esterni e la risposta non ha potuto che essere positiva sulla base della tesi per la quale i lavoratori disponevano della più ampia libertà di scegliere le rappresentanze che ritenessero più utili alle loro esigenze di sicurezza⁵⁷. Si è deciso, poi, che il datore di lavoro era tenuto a consentire a detti esperti di accedere agli ambienti di lavoro per effettuare controlli, indagini e verifiche⁵⁸ e che il datore di lavoro stesso, senza il consenso della rappresentanza dei lavoratori, non poteva pretendere di affiancare propri esperti alla rappresentanza o comunque partecipare ai controlli, verifiche ed indagini, magari comprensive dell'audizione dei lavoratori⁵⁹. Questi problemi avevano attirato l'attenzione anche degli studiosi, divisi sulle soluzioni spesso sulla base di premesse aprioristiche⁶⁰, ma, anche a volerli risolvere, pur nella consapevolezza della preminenza del diritto alla salute, in modo elastico e casistico⁶¹, appaiono oggi

⁵⁵ L'eccezione è costituita dalla richiesta, avanzata da un consiglio di fabbrica e accolta dal giudice, di un'ordinanza *ex art. 700 c.p.c.* che imponesse all'azienda di attuare determinate misure prevenzionistiche (Pret. Taranto, 28 luglio 1976, in "Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale", 1976, II, p. 1217), ma non so se tali misure siano state poi di fatto attuate e come.

⁵⁶ In genere gli organismi ricorrenti *ex art. 28* avevano indubbiamente la legittimazione attiva, essendo costituiti da organismi locali di sindacati nazionali, magari affiancati da strutture aziendali. Solo il giudice Canosa ha attribuito tale legittimazione a singoli lavoratori che con il ricorso intendessero tutelare un diritto personale e fondamentale come quello alla salute (Pret. Milano, 2 gennaio 1971, cit.). Con ordinanza *ex art. 700 c.p.c.* si è pronunciato Pret. Milano, 28 luglio 1971 (est. Bellocchio), in "Massimario di giurisprudenza del lavoro", 1972, p. 20 su ricorso presentato da una rappresentanza *ex art. 9* costituita da soli membri estranei all'impresa.

⁵⁷ V., ad es., Pret. Milano, 2 gennaio 1971, cit.; Pret. Reggio Emilia, 14 maggio 1971, in "Massimario di giurisprudenza del lavoro", 1971, p. 256; Pret. Milano, 28 luglio 1971, *ivi*, 1972, p. 20; si è anche affermato che le imprese dovevano consentire accessi e controlli da parte di esperti incaricati dalle rappresentanze dei lavoratori (Pret. Legnano, 2 marzo 1971, in "Massimario di giurisprudenza del lavoro", 1971, 258 e Trib. Milano, 24 gennaio 1972, in "Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale", 1973, II, p. 742).

⁵⁸ V. ad es., Pret. Milano, 2 gennaio 1971, cit., Pret. Legnano, 2 marzo 1971, cit., Pret. Reggio Emilia, 14 maggio 1971, cit.

⁵⁹ Così Pret. Conegliano, 6 marzo 1971, in "Massimario di giurisprudenza del lavoro", 1972, p. 150; Trib. Treviso, 13 aprile 1973, in "Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale", 1975, II, p. 897; App. Venezia, 13 luglio 1974, *ivi*.

⁶⁰ Per un panorama delle varie soluzioni dottrinali v. F. BIANCHI D'URSO, *Profili giuridici della sicurezza*, cit., p. 229 ss. Particolare era la posizione di G. PERA, *Sub art. 9*, cit., pp. 117-118, per il quale doveva essere tollerata almeno la presenza passiva del datore di lavoro, che aveva diritto di vedere cosa si facesse nella sua azienda, ma era in ogni caso preferibile che agli accertamenti si procedesse in contraddittorio proprio per poter giungere a risultati più affidabili per tutti.

⁶¹ In questo senso v. F. BIANCHI D'URSO, *Profili giuridici della sicurezza*, cit., p. 232. Questo atteggiamento andava condiviso. Il carattere unilaterale, e potenzialmente conflittuale, delle

più che mai solo teorici, perché, come acutamente osservato⁶², se il datore di lavoro dichiarava di accollarsi le spese delle indagini solo a condizione di partecipare alle stesse o se avanzava esigenze tecniche o di sicurezza, non si poteva che addivenire ad un'intesa sui modi del controllo e della sua partecipazione.

Mantiene ancora attualità, invece, il problema della possibilità, per le rappresentanze dei lavoratori, di esercitare in via unilaterale il diritto di controllo sulle condizioni di salute e sicurezza in presenza di commissioni paritetiche previste dalla contrattazione collettiva o di accordi che affidavano i controlli ad un ente pubblico esterno. Sul punto si era pronunciato in senso affermativo il Pretore di Legnano, ritenendo, tra l'altro, che l'accordo aziendale invocato dal datore di lavoro non poteva avere alcuna efficacia derogativa rispetto ad una norma di legge d'ordine pubblico che non può essere derogata pattiziamente⁶³. In seguito, però, il decreto del Pretore era stato revocato dal Tribunale di Milano, per il quale il concreto esercizio dei poteri conferiti ai lavoratori ed alle loro rappresentanze dall'art. 9 ben poteva venire disciplinato in via negoziale, nulla vietando che le parti potessero concordemente affidare ad un ente pubblico particolarmente qualificato l'incarico di effettuare indagini, tale scelta riguardando il concreto esercizio dei poteri e non costituendo una loro dismissione⁶⁴.

Anche su questo punto la dottrina si è divisa, ora ritenendo invalidi simili accordi in ragione dell'inderogabilità dei diritti attribuiti dall'art. 9 per finalità di carattere superindividuale⁶⁵, ora escludendo l'antisindacalità del rifiuto datoriale di riconoscere i diritti delle rappresentanze in caso di accordi stipulati dalle stesse e fermo il diritto dei singoli di esigere l'adempimento dell'obbligo di sicurezza⁶⁶. A me pare che quest'ultima dovesse essere la soluzione migliore. L'inderogabilità della norma stava a significare che le rappresentanze non potevano disporre del diritto alla salute dei lavoratori che le avevano costituite e questi potevano sempre esigere l'adempimento dell'obbligo di sicurezza; le rappresentanze non potevano

prerogative attribuite alle rappresentanze dei lavoratori dall'art. 9, e la preminenza del diritto alla salute sulle esigenze dell'impresa, in linea generale dovevano far escludere la partecipazione o la presenza del datore di lavoro, ma a volte queste potevano risultare dovute per rendere i controlli possibili o sicuri, lontane dalla volontà di nascondere qualcosa o di prendere tempo per accomodarla. La presenza datoriale alle audizioni dei lavoratori doveva, per me, essere, invece, sempre esclusa, perché chi, facendo l'avvocato, ha sentito centinaia di lavoratori come testimoni davanti ai giudici, non può cancellarsi dalla mente situazioni di palese *metus*.

⁶² V. L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, cit., p. 27.

⁶³ V. Pret. Legnano, 2 marzo 1971, cit., che si riferisce ad "un accordo stipulato tra le rappresentanze sindacali provinciali Fiom-Cisl-Uilm e l'Associazione industriale lombarda il 21 dicembre 1970 a Milano, con cui si era stabilito che in materia di ambienti di lavoro l'azienda (la Franco Tosi spa), per i reparti che sarebbero stati in seguito concordati in sede aziendale avrebbe conferito un incarico d'indagine a un Ente pubblico terzo di comune gradimento e avrebbe comunicato alla commissione interna i risultati da sottoporre successivamente ad un esame compiuto tra Direzione e commissione interna".

⁶⁴ V. Trib. Milano, 24 gennaio 1972, cit., che descrive l'accordo diversamente, e cioè come stipulato dalla stessa Franco Tosi spa con i sindacati provinciali di categoria, la commissione interna e le rappresentanze sindacali aziendali ed approvato dall'assemblea generale dei lavoratori.

⁶⁵ V. F. BIANCHI D'URSO, *Profili giuridici della sicurezza*, cit., pp. 246 ss. e la dottrina ivi citata; L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, cit., p. 147.

⁶⁶ V. G. PERA, *Sub art. 9*, cit., pp. 123-124.

disciplinare pattiziamente le modalità di esercizio dei diritti attribuiti ai lavoratori in modo da svilirli del tutto, come a mio avviso è successo nel caso deciso dalle pronunce del Pretore di Legnano e del Tribunale di Milano, ma se avevano regolato il diritto di controllo in un certo modo, vincolandolo a certe condizioni, non potevano poi lamentare l'antisindacalità dei rifiuti datoriali nei loro confronti, ai quali i lavoratori potevano reagire revocando il mandato alla rappresentanza, creandone un'altra, facendole esercitare i loro diritti unilateralmente, ecc.⁶⁷.

Dalla metà degli anni '70 gli interventi dei giudici di merito si sono diradati e poi sono quasi del tutto cessati. Solo nel 1980, quando l'importanza della soluzione del problema era venuta del tutto meno, la Cassazione, contrastando il diffuso orientamento dottrinale su richiamato, ha statuito che della rappresentanza di cui all'art. 9 potevano far parte solo dipendenti dell'azienda presso la quale veniva costituita, limitando di molto, però, la portata concreta della sua pronuncia ammettendo che la rappresentanza stessa potesse avvalersi di soggetti terzi specificamente competenti, sia pubblici che privati⁶⁸. Due anni dopo la Corte ha ribadito che la norma rinforzava il diritto individuale di ogni singolo lavoratore di prestare la propria attività nelle condizioni prescritte dall'art. 2087 c.c., affiancandolo con il diritto collettivo, e cioè dei lavoratori come comunità aziendale, di controllo dell'esecuzione dell'obbligo di sicurezza⁶⁹.

9. Il ruolo delle rappresentanze dei lavoratori nel periodo successivo: contrattazione, riforma sanitaria, emarginazione dell'art. 9

A mio avviso l'art. 9 era troppo legato al contesto del 68-69 per mantenere la sua vitalità come strumento della soggettività operaia almeno parzialmente distinta dal sindacato. Mutato il contesto, la tutela della salute e sicurezza dei lavoratori è rimasta affidata per tutti gli anni '70 ai tradizionali strumenti pubblicistici e privatistici e dai risultati in chiaroscuro ottenuti dal sindacato con la contrattazione collettiva.

Questa si è sviluppata soprattutto con la previsione del diritto di informazione su alcune questioni cruciali (quali le implicazioni ambientali di nuovi impianti, gli investimenti per le bonifiche, i programmi per i miglioramenti ambientali ed ecologici, la presenza di agenti di rischio derivanti dall'introduzione di nuove tecnologie, il tipo di sostanze usate nei cicli produttivi) e con l'introduzione delle visite mediche periodiche, delle schede delle caratteristiche

⁶⁷ Non è, dunque, nella parte motiva che va condivisa la soluzione del Tribunale, ma nella conclusione in cui si nega l'antisindacalità dopo un'esposizione dei fatti che corregge quella effettuata dal Pretore di Legnano per segnalare la coincidenza tra i sottoscrittori dell'accordo ed i ricorrenti *ex art.* 28.

⁶⁸ V. Cass. Civ. Sez. Lavoro, 5 dicembre 1980, n. 6339, in "Il Foro italiano", 1981, I, c. 2995.

⁶⁹ V. Cass. civ. sez. lavoro, 13 settembre 1982, n. 4874, in "Giustizia civile", 1983, I, p. 182.

d'impianto, delle mappe di rischio, della consultabilità del registro degli infortuni⁷⁰. L'art. 9 dello Statuto rimaneva pienamente in vita ed a volte le intese riconoscevano il diritto dei delegati (ormai pienamente "sindacalizzati") di condurre delle rilevazioni in proprio, ma in generale il potere di controllo e di proposta rimaneva affidato alla via negoziale e qualche volta anche a comitati paritetici⁷¹.

Verso la fine del decennio l'art. 9 ed il tema della salute e sicurezza sono stati fortemente coinvolti dalla *riforma sanitaria* approvata con la *legge 23 dicembre 1978, n. 833* che, oltre a delegare il Governo ad emanare entro la fine del 1979 un testo unico sulla sicurezza sul lavoro (delega mai portata a termine), intendeva incidere profondamente nella materia, innanzitutto assumendo tra gli strumenti volti all'attuazione del diritto alla salute sia "la prevenzione delle malattie e degli infortuni in ogni ambito di vita e di lavoro" che "la promozione e la salvaguardia della salubrità e dell'igiene dell'ambiente naturale di vita e di lavoro"⁷², e in secondo luogo attribuendo al Servizio Sanitario Nazionale anche il compito di perseguire "la sicurezza del lavoro, con la partecipazione dei lavoratori e delle loro organizzazioni, per prevenire ed eliminare condizioni pregiudizievoli alla salute e per garantire nelle fabbriche e negli altri luoghi di lavoro gli strumenti ed i servizi necessari"⁷³. Più in particolare, la riforma riservava alle leggi statali la disciplina uniforme su tutto il territorio nazionale delle condizioni e garanzie in tema di igiene e sicurezza negli ambienti di vita e di lavoro ed alla competenza statale le funzioni amministrative concernenti la normativa generale del lavoro e della produzione ai fini della prevenzione degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali⁷⁴. Le funzioni amministrative in materia di assistenza sanitaria e ospedaliera non espressamente riservate allo Stato e alle regioni venivano attribuite ai comuni, che le dovevano esercitare mediante le unità sanitarie locali, i cui compiti comprendevano anche la materia dell'igiene e medicina del lavoro e della prevenzione degli infortuni e malattie professionali⁷⁵.

Le unità sanitarie locali dovevano erogare le prestazioni di prevenzione, cura, riabilitazione e di medicina legale⁷⁶ e l'attività di prevenzione, con riguardo alla sicurezza sul lavoro, doveva innanzitutto comprendere l'individuazione, l'accertamento ed il controllo dei fattori di nocività, di pericolosità e di deterioramento degli ambienti sia con riguardo al rispetto dei limiti massimi di

⁷⁰ Su questa contrattazione v. S. RENGA, *Modello sindacale di tutela della salute*, cit., p. 633 ss. L'ampliamento del diritto di informazione preventiva su questi temi è ritenuto il risultato migliore di questa tornata contrattuale da L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, cit., p. 244.

⁷¹ V. ancora S. RENGA, *Modello sindacale di tutela della salute*, cit., p. 642 ss. Vi sono stati anche tentativi di coordinare l'attività delle rappresentanze di cui all'art. 9 o degli organismi paritetici con le funzioni ispettive degli organismi pubblici, ma senza gran successo pratico (così L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, cit., p. 129 ss., che si sofferma anche sui tentativi fatti in tal senso dall'Enpi e sul suo scioglimento).

⁷² V. l'art. 2, comma 1, nn. 2 e 5.

⁷³ V. l'art. 2, comma 2, lett. b).

⁷⁴ V. gli artt. 4, comma 1, n. 2 e 6, comma 1, lett. m).

⁷⁵ V. gli artt. 13, commi 1 e 2, e 14, comma 3, lett. f).

⁷⁶ V. l'art. 19, comma 1.

accettabilità delle concentrazioni come fissati con apposito dPCM, sia al fine di rendere possibile la tenuta dei registri dei dati ambientali e biostatistici di cui all'art. 27, comma 5, con obbligo di comunicare i dati accertati anche a livello di luogo di lavoro sia direttamente sia tramite le rappresentanze sindacali; l'attività di prevenzione comprendeva, poi, anche l'indicazione delle misure idonee all'eliminazione dei fattori di rischio e al risanamento degli ambienti di lavoro, la formulazione di mappe di rischio con obbligo per le aziende di comunicare le sostanze presenti nel ciclo produttivo e le caratteristiche tossicologiche ed i possibili effetti sull'uomo, la profilassi degli eventi morbosi, la verifica della compatibilità dei piani urbanistici e dei progetti di insediamenti industriali e di attività produttive in genere con le esigenze di tutela dell'ambiente sotto il profilo igienico-sanitario e della difesa della salute della popolazione e dei lavoratori interessati⁷⁷. Per lo svolgimento di tutto ciò alle unità sanitarie locali, ed in particolare al loro servizio di igiene ambientale e di medicina del lavoro, sono stati trasferiti i compiti già svolti dall'Ispettorato del lavoro "in materia di prevenzione, di igiene e di controllo sullo stato di salute dei lavoratori", con attribuzione ad alcuni dei loro dipendenti della qualifica di ufficiale di polizia giudiziaria con i conseguenti poteri di accesso nelle aziende e di diffida già propri degli ispettori del lavoro⁷⁸.

L'attività di prevenzione veniva, in tal modo, accresciuta e meglio tarata sulle nuove realtà, ma quel che più conta era la previsione per la quale i nuovi organismi dovevano effettuare gli interventi all'interno dei luoghi di lavoro finalizzati alla ricerca, elaborazione e attuazione delle misure di tutela connesse alla particolarità del lavoro, e non previste da specifiche norme di legge, sulla base di *esigenze verificate congiuntamente con le rappresentanze sindacali ed il datore di lavoro*, secondo le modalità previste dai contratti o accordi collettivi applicati nell'unità produttiva (art. 20, ultimo comma).

La legge n. 833 del 1978 appartiene ad una particolare stagione della storia del nostro Paese che ha generato rilevanti riforme su aspetti decisivi della vita di milioni di persone. Si è trattato di riforme molto avanzate e tecnicamente alquanto raffinate, ma spesso di difficile attuazione concreta. La riforma sanitaria è una di queste: lungimirante sul piano teorico, ma dall'applicazione lenta, faticosa e contraddittoria, specie sul piano delle innovazioni istituzionali e delle iniziative dei soggetti pubblici. Sul terreno della prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali si puntava, da un lato, a far convergere in un unico obiettivo la programmazione delle regioni, le iniziative delle autonomie locali e le spinte dei lavoratori e dei sindacati e, dall'altro, a far assumere al settore pubblico un ruolo dinamico e propulsivo, che riequilibrasse e razionalizzasse, migliorandoli, i risultati cui potevano pervenire lavoratori, sindacati ed imprese, risultati che il legislatore

⁷⁷ V. le molteplici disposizioni al riguardo rinvenibili nell'art. 20, sulle quali v. L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, cit., p. 222 ss.

⁷⁸ V. l'art. 21.

non riteneva soddisfacenti⁷⁹. Le cose, tuttavia, non sono andate così. La delega all'emanazione del testo unico sulla sicurezza sul lavoro non è stata coltivata, il trasferimento dei poteri degli ispettori del lavoro è slittato in avanti, così come la costituzione dell'Istituto superiore per la prevenzione e la sicurezza del lavoro e la sua acquisizione dei compiti e beni dell'Enpi⁸⁰. Quanto ai rapporti tra il settore pubblico e le parti sociali, la norma che condizionava gli interventi di prevenzione delle unità sanitarie locali all'interno dei luoghi di lavoro a verifiche congiunte tra le parti è stata criticata perché sanciva il tramonto della logica della soggettività operaia e della non delega ed il sopravvento della visione partecipativa e della gestione paritaria⁸¹, ma a mio avviso poteva costituire una positiva risposta all'esigenza del sindacato di disporre di una "sponda" che potesse agevolare la sua posizione in presenza dei quotidiani "ricatti" salariali e occupazionali. L'art. 9 rimaneva in vita, e l'intervento pubblico poteva comunque essere richiesto dai lavoratori e dai loro rappresentanti *ex artt.* 2087 c.c. e 9 dello Statuto, ma il legislatore aveva preso atto degli scarsi risultati ottenuti con la "sindacalizzazione" del problema della salute e cercato di dar vita ad una sorta di concertazione trilaterale *ante litteram*, che avrebbe richiesto accorti interventi di efficienti istituzioni pubbliche a sostegno di efficaci iniziative delle parti sociali, ma questa condivisibile scelta teorica che, pur emarginando l'unilateralismo dell'art. 9⁸², avrebbe potuto migliorare la prevenzione grazie all'intervento pubblico, non ha avuto alcun successo pratico⁸³.

Nel corso degli anni '80 al centro dell'attenzione del movimento sindacale rimanevano altre priorità ed al problema del mantenimento livelli salariali e dell'occupazione si aggiungevano quelli della risposta da dare alle pressanti richieste datoriali di maggior flessibilità nella gestione dei rapporti di lavoro e della necessità di modificare le politiche sindacali di fronte alla già iniziata rivoluzione tecnologica e al calo di consenso e rappresentatività. Alla metà del decennio l'unità sindacale è stata minata dal referendum sulla scala mobile e dalla conseguente cessazione della Federazione CGIL, CISL UIL e del sistema dei consigli. Il tema della salute e sicurezza ha perso mordente, malgrado la permanenza di un numero elevatissimo di infortuni sul lavoro ed il raddoppio delle malattie professionali⁸⁴. I rinnovi contrattuali non contenevano novità di rilievo: venivano ampliati e generalizzati i

⁷⁹ Così F. BIANCHI D'URSO, *Profili giuridici della sicurezza*, cit., pp. 82-85 e similmente C. ZOLI, *Sicurezza del lavoro*, cit., pp. 617-618.

⁸⁰ V. L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, cit., pp. 225-231 e 253 ss.

⁸¹ V. L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, cit., p. 224 ss.; S. RENGÀ, *Modello sindacale di tutela della salute*, cit., p. 639 ss.

⁸² Anche per O. MAZZOTTA, *Manuale di diritto del lavoro*, cit., p. 463, la riforma sanitaria ha preso atto del tramonto delle strategie "unilateralistiche" e dell'affermarsi di quelle "consensualistiche".

⁸³ Al riguardo è stato osservato che gli strumenti introdotti dalla riforma sanitaria erano aggiuntivi e quindi coordinabili con quelli previsti dall'art. 9, "ma resta sconfortato il giudizio sull'effettività del sistema" (v. C. ASSANTI, *Corso di diritto del lavoro*, cit., p. 345).

⁸⁴ Per questa situazione v. L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, cit., pp. 277-278.

diritti di informazione sui temi legati alla sicurezza e si prevedevano vari tipi di commissioni paritetiche, di studio o commissioni di partecipazione, prive di poteri negoziali, ma destinate ad un confronto permanente sui temi della sicurezza, dei modi di controllo e delle misure da adottare⁸⁵. In qualche accordo si era tornati alla monetizzazione dei rischi⁸⁶. Le rappresentanze di cui all'art. 9 avevano perso autonomo rilievo, dato che quasi ovunque avevano finito con l'identificarsi con le rappresentanze sindacali, con la conseguenza che l'attuazione dell'interesse collettivo alla sicurezza risultava affidato a ciò che si poteva raggiungere con una contrattazione collettiva che doveva tener conto anche di tutti gli altri obiettivi sindacali⁸⁷.

10. *Le rappresentanze dei lavoratori nel nuovo sistema di prevenzione: la direttiva 89/391/CEE*

La progressiva emarginazione dell'art. 9 è proseguita con l'avvento del nuovo sistema di prevenzione delineato dalla normativa euro unitaria come poi attuata nel nostro diritto interno. Porterebbe troppo lontano ripercorrere tutte le tappe di questa evoluzione. Qui basta ricordare che in seguito all'introduzione nel Trattato originario dell'art. 118 A, che consentiva al consiglio di deliberare in materia di salute e sicurezza a maggioranza qualificata, e non più all'unanimità, sono state emanate una direttiva "madre", la 89/391, di carattere generale, e varie "direttive figlie", di carattere più specifico, recepite nel nostro ordinamento con il d.lgs. 19 settembre 1994, n. 626, successivamente integrato e modificato e poi sostituito da quello attualmente in vigore. L'art. 118 A prevedeva che il consiglio adottasse prescrizioni minime per promuovere il miglioramento dell'ambiente di lavoro per garantire un più elevato livello di protezione della salute e sicurezza dei lavoratori. Per raggiungere questo obiettivo la direttiva 89/391/CEE si proponeva, considerati l'eccessivo numero degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali e le marcate differenze tra le normative in materia dei Paesi membri, di ravvicinare queste discipline dettando alcuni principi generali, validi per tutti settori (con limitatissime eccezioni) e per tutte le imprese, di qualsiasi dimensione⁸⁸, diretti alla prevenzione di tutti i rischi connessi con il lavoro e basati sulla premessa per la quale il miglioramento della salute e sicurezza non può dipendere da

⁸⁵ Su questa contrattazione v. L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, cit., pp. 278-279 e S. RENGA, *Modello sindacale di tutela della salute*, cit., p. 648 ss.

⁸⁶ V. L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, cit., p. 280.

⁸⁷ V. L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, cit., p. 225; C. ZOLI, *Sicurezza del lavoro*, cit., p. 617 e A. TAMPIERI, *Azione sindacale e contrattazione collettiva nella tutela delle condizioni di lavoro*, in "Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale", 2001, I, p. 55.

⁸⁸ Con la precisazione, tuttavia, che non devono essere imposti vincoli amministrativi, finanziari e giuridici tali da ostacolare la creazione e lo sviluppo di piccole e medie imprese (così il quarto considerando della direttiva che riprendeva l'art. 118 A del Trattato).

considerazioni di carattere puramente economico⁸⁹. La direttiva, in estrema sintesi, afferma, innanzitutto, l'obbligo del datore di "garantire la sicurezza e la salute dei lavoratori in tutti gli aspetti connessi con il lavoro"; dispone, poi, che il datore stesso adotti (e aggiorni) le misure necessarie per la protezione della salute e sicurezza dei lavoratori, evitando i rischi, valutando quelli che non possono essere evitati, combattendoli alla fonte, adeguando il lavoro all'uomo, considerando l'evoluzione della tecnica, programmando la prevenzione e dando adeguate istruzioni ai lavoratori⁹⁰; incarichi uno o più lavoratori, dotati di adeguata capacità, di occuparsi delle questioni della salute e sicurezza, con possibilità di disporre del tempo necessario e con corrispondenti garanzie, salvo affidare il servizio a soggetti esterni⁹¹; attivi i servizi di pronto soccorso, antincendio ed evacuazione⁹²; effettui una valutazione dei rischi determinando le misure protettive da prendere, tenga il registro degli infortuni, fornisca le informazioni appropriate ai lavoratori o alle loro rappresentanze e curi la formazione alla sicurezza⁹³. La sicurezza del lavoro, in altre parole, avrebbe dovuto fondarsi su di una programmazione che tenesse conto dei nessi tra condizioni di lavoro e organizzazione del lavoro, spostando l'attenzione da una prevenzione oggettiva ad una prevenzione soggettiva, che tenesse conto in modo particolare dei rapporti tra lavoratore, ambiente di lavoro e fattori di rischio e si affidasse a competenze specialistiche e ad un forte coinvolgimento dei lavoratori e delle loro rappresentanze⁹⁴.

Volendo sviluppare il dialogo e la partecipazione equilibrata tra i datori di lavoro ed i lavoratori od i loro rappresentanti⁹⁵, per l'art. 11 della direttiva "i datori di lavoro consultano i lavoratori e/o i loro rappresentanti" e consentono loro di partecipare a tutte le questioni relative alla salute e sicurezza, ciò comportando "la consultazione dei lavoratori", il diritto degli stessi e/o dei loro rappresentanti "di fare proposte", nonché "la partecipazione equilibrata conformemente alle legislazioni e/o prassi nazionali" (commi 1 e 2). È previsto, inoltre, che i lavoratori o i rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza partecipino "in modo equilibrato" o siano preventivamente consultati su ogni azione che possa avere effetti sulla salute e sicurezza e su varie altre questioni, possano presentare richieste e proposte, godere di permessi e di mezzi concreti per svolgere la loro attività, con relative tutele, possano ricorrere alle autorità se ritengono insufficienti le misure adottate

⁸⁹ Su questi aspetti rinvio a M. ROCCELLA, T. TREU, con la collaborazione di M. AIMO e D. IZZI, *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, Cedam, Padova, 2016, p. 374 e a U. CARABELLI, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Cacucci, Bari, 2009, p. 49 ss. Sui principi e le tecniche di armonizzazione degli ordinamenti nazionali e sul recepimento interno della direttiva "madre" v. B. CARUSO, *L'Europa, il diritto alla salute e l'ambiente di lavoro*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 1 ss. Per un più recente studio dell'intera materia v. L. ANGELINI, *La sicurezza del lavoro nell'ordinamento europeo*, in G. NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza*, cit., p. 43 ss.

⁹⁰ Per questi obblighi del datore di lavoro v. gli artt. 5 e 6.

⁹¹ Sul servizio di prevenzione e protezione v. l'art. 7.

⁹² V. l'art. 8.

⁹³ V. gli artt. 9, 10 e 12.

⁹⁴ L'efficace sintesi è di G. NATULLO, *Il quadro normativo*, cit., p. 10.

⁹⁵ Così si legge nel 12° "considerando".

dal datore di lavoro e presentare le loro osservazioni in occasione dei controlli e verifiche delle autorità stesse (commi 3-7).

Queste ultime previsioni occupano la materia propria dell'art. 9 e con esso si sovrappongono. Al riguardo si è innanzitutto ritenuta poco chiara la definizione degli attori della partecipazione, potendo trattarsi di rappresentanze collettive come di lavoratori *uti singuli*⁹⁶. Questa duplicità di attori è innegabile, dato che la generica partecipazione degli interessati a tutte le azioni, misure e iniziative sulla salute e sicurezza si riferisce sia alle rappresentanze che ai singoli lavoratori⁹⁷: ciò, in teoria, potrebbe avvicinare questo aspetto della direttiva all'originario spirito dell'art. 9 dello Statuto, se non fosse che più probabilmente a livello euro unitario all'attività di prevenzione si volessero far partecipare i lavoratori, a gruppi o singolarmente, non in caso di conflitto con le loro rappresentanze, ma in caso di inesistenza delle medesime, sulle quali, per di più, la direttiva rimetteva ogni disciplina particolare alle normative interne, pur facendo indubbiamente intravedere una preferenza per quelle specializzate⁹⁸.

È stato considerato del tutto indeterminato, in secondo luogo, anche il concetto di "partecipazione equilibrata"⁹⁹. Quest'ultima, tenuta distinta dalla "informazione e consultazione", è stata intesa come nozione aperta che vuol legittimare tutte le forme di coinvolgimento dei lavoratori o dei loro rappresentanti che non possono essere ricondotte all'informazione e consultazione, ma che si sostanziano nelle più diverse modalità di confronto tra gli attori della prevenzione aziendale, comprese la contrattazione e la gestione collaborativa delle questioni relative alla salute e sicurezza¹⁰⁰. Ma che significa "gestione collaborativa" distinta dalla contrattazione? Una interessante precisazione al riguardo proviene dallo spunto che, rifacendosi ad una sentenza della Corte di Giustizia per la quale la "partecipazione bilanciata" si sostanzia nel diritto dei lavoratori a contribuire alla garanzia della propria sicurezza, identifica tale partecipazione nel contributo concreto che i lavoratori possono fornire in materia all'imprenditore, in qualsiasi forma sia esso stabilito dal diritto dell'Unione o dal diritto nazionale: invece che di "collaborare", termine ancora ideologicamente connotato, la Corte indurrebbe ad usare il termine "contribuire" alla propria sicurezza "all'esito di un processo complesso di informazione, formazione e consultazione che lascia impregiudicate le rispettive posizioni, ancorandole alle competenze professionali di ciascuno, ma sintetizzandole nell'individuazione dell'imprenditore quale unico soggetto responsabile"; in questo contesto potrebbe ben trovare collocazione anche la scelta

⁹⁶ V. ancora M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro dell'Unione*, cit., p. 377.

⁹⁷ Per L. MONTUSCHI, *I principi generali del d.lgs. n. 626 del 1994 (e le successive modifiche)*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza*, cit., p. 49, questa duplicità confermerebbe che i diritti sono individuali, anche se il loro esercizio può essere filtrato dalla mediazione di soggetti qualificati dalla particolare specializzazione in materia.

⁹⁸ Su questa preferenza v. l'esatto rilievo di B. CARUSO, *L'Europa, il diritto alla salute*, cit., p. 20, seguito da L. MONTUSCHI, *I principi generali*, cit., p. 49 e da L. ANGELINI, *La sicurezza del lavoro nell'ordinamento europeo*, cit., p. 74.

⁹⁹ È sempre l'opinione di M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro dell'Unione*, cit.

¹⁰⁰ V. L. ANGELINI, *Rappresentanza e partecipazione*, cit., p. 98.

del legislatore italiano di riferirsi alla partecipazione senza però comprendervi l'aspetto codecisionale¹⁰¹.

Questo spunto mi pare chiarificatore e ben fondato: la direttiva ammette sistemi nazionali di prevenzione anche molto diversi tra loro quanto ai modi di partecipazione o, meglio, di "contributo" degli interessati alla propria salute e sicurezza, comprensivi, a seconda dei vari Paesi, di momenti di codecisione o di contrattazione o di informazione e consultazione. Poteva considerarsi corretta anche l'alternativa tra affidare poteri ed iniziative sia a lavoratori singoli, sia a loro gruppi informali, sia a loro rappresentanze sindacali, con ciò palesandosi vari elementi di continuità con l'art. 9 dello Statuto, ma in un contesto politico-sindacale generale in cui il principio della "soggettività operaia" aveva ormai perso la sua valenza contestativa e conflittuale, esigendo soltanto un corretto rapporto tra i lavoratori interessati e le loro rappresentanze unito ad un sistema che facesse in modo che le istanze fatte valere da queste ultime fossero semplicemente importanti, tenute in debita considerazione, anche ai fini di una eventuale responsabilità, pur se non decisive. In questo senso posso condividere l'opinione per la quale il significato concreto della direttiva era quello di collocare l'intervento dei lavoratori interessati e dei loro sindacati su un piano più "partecipativo/collaborativo" che "negoziale e/o conflittuale"¹⁰².

11. *Le rappresentanze dei lavoratori nel d.lgs. n. 626/1994 e la discussa abrogazione dell'art. 9*

Pur in modo molto contorto, la direttiva "madre" e varie direttive "figlie" sono state recepite nel nostro ordinamento con il *decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626*, successivamente integrato e modificato. Le novità più significative erano costituite dall'obbligo imposto alle imprese di adottare un documento, da aggiornarsi periodicamente, che valutasse i rischi esistenti, individuasse le conseguenti misure prevenzionistiche e programmasse la loro attuazione (art. 4); le imprese, poi, dovevano dotarsi di un servizio di prevenzione e protezione (artt. 8 e 9) e di un medico competente per la sorveglianza sanitaria (artt. 16 e 17); si incrementavano le ipotesi di informazione e formazione dei lavoratori in materia di sicurezza (artt. 21 e 22); si individuavano le responsabilità del datore di lavoro, dei dirigenti, dei preposti e dei lavoratori (artt. 4 ss.) e si dettavano varie regole sui luoghi di lavoro (artt. 30 ss.), sull'uso delle attrezzature di lavoro (artt. 34 ss.) e dei dispositivi di protezione individuali (artt. 40 ss.), sulla movimentazione manuale dei carichi (artt. 47 ss.), sull'uso di attrezzature munite di videoterminali (artt. 50 ss.), sulla protezione da agenti cancerogeni (artt. 60 ss.) e biologici (artt. 73 ss.), si riformava il sistema delle sanzioni (artt. 89 ss.).

¹⁰¹ V. E. ALES, *La partecipazione (bilanciata) nello Statuto dei lavoratori*, cit., p. 24.

¹⁰² V. ancora L. ANGELINI, *Rappresentanza e partecipazione*, cit., p. 96.

L'elemento più rilevante di questa normativa era costituito dall'acquisizione per la quale la prevenzione degli infortuni e delle malattie richiedeva un'analisi complessiva dell'organizzazione produttiva e della situazione di rischio dei singoli lavoratori che potesse dar poi luogo ad una programmazione delle misure e degli interventi, seguita da una successiva verifica del loro impatto: la prevenzione passava da una concezione tecnico-oggettiva ad una concezione che considerava fattore determinante quello organizzativo ed al suo interno quello relativo ai rapporti tra i vari soggetti¹⁰³.

Se i principi generali della riforma erano quelli dell'effettività della prevenzione e del consenso dei lavoratori di sicurezza, questo secondo aspetto trovava espressione nelle norme sulla consultazione e partecipazione dei lavoratori. Definito il rappresentante dei lavoratori come la persona (o le persone) eletta o designata per rappresentare i lavoratori sul tema della salute e sicurezza durante il lavoro¹⁰⁴ e ricomprese tra le misure generali di tutela l'"informazione, formazione, consultazione e partecipazione dei lavoratori ovvero dei loro rappresentanti sulle questioni relative alla salute e sicurezza"¹⁰⁵, il decreto prevedeva la costituzione del rappresentante in modo diverso a seconda che le aziende o unità produttive avessero sino a 15 dipendenti o più di 15. Nel primo caso il rappresentante per la sicurezza poteva o essere eletto direttamente dai lavoratori al proprio interno ovvero essere "individuato" dai lavoratori "per più aziende nell'ambito territoriale ovvero del comparto produttivo" mediante designazione o elezione nell'ambito delle rappresentanze sindacali come definite dalla contrattazione collettiva di riferimento. Nel secondo caso avrebbe dovuto essere eletto o designato dai lavoratori nell'ambito delle "rappresentanze sindacali in azienda" o, in mancanza di tali rappresentanze, eletto dai lavoratori dell'azienda al loro interno.

Si è osservato che con queste norme il decreto intendeva fare in modo che un rappresentante dei lavoratori per la sicurezza ci fosse in tutte le aziende, a prescindere da ogni requisito minimo di organico, trasformando la natura della rappresentanza da eventuale e privatistico-volontaria (come nell'art. 9 dello Statuto) a strutturalmente necessaria all'interno del sistema di sicurezza e chiamata a svolgere attività e perseguire interessi pubblici¹⁰⁶. Si è aggiunto, peraltro, che il legislatore non aveva disciplinato le conseguenze di una eventuale mancanza di

¹⁰³ Sui caratteri generali della riforma v., ad es., G. FERRARO, M. LAMBERTI, *La sicurezza sul lavoro nel decreto legislativo attuativo delle Direttive Cee*, in "Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale" 1995, I, p. 35 ss.; M. LAI, *La nuova normativa sulla sicurezza del lavoro. Spunti problematici*, in "Rivista italiana di diritto del lavoro", 1995, I, p. 477 ss.; G. NATULLO, *La nuova normativa sull'ambiente di lavoro*, in "Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali", 1996, p. 665 ss.; L. MONTUSCHI, *I principi generali*, cit., p. 37 ss.; C. ZOLI, *Sicurezza del lavoro*, cit., p. 618 ss.

¹⁰⁴ V. Part. 2, lett. f).

¹⁰⁵ V. Part. 3, lett. s).

¹⁰⁶ V. L. MONTUSCHI, *I principi generali*, cit., p. 50 e G. PROIA, *Consultazione e partecipazione dei lavoratori*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza*, cit., p. 194 e la dottrina citata. Si è parlato di una rappresentanza legale necessaria per tutte le questioni concernenti la sicurezza (v. G. NATULLO, *Rappresentanze dei lavoratori per la sicurezza e rappresentanze sindacali in azienda*, in "Argomenti di diritto del lavoro", 1997, n. 4, p. 201).

elezione o designazione per inerzia dei lavoratori¹⁰⁷ e su questa scorta, pur ammettendo l'ambiguità delle disposizioni del decreto, si è riconosciuta la natura privatistica e volontaria della rappresentanza e la sua conformità al precetto costituzionale della libertà sindacale¹⁰⁸. In effetti, se costituite, le entità in esame divenivano effettivamente parti istituzionalizzate di un sistema destinato a perseguire finalità pubbliche, ma se non venivano costituite, non vi era nulla da fare, rimaneva una falla nel sistema, perché non potevano certo essere generate da altri che non fossero i lavoratori, i quali avrebbero dovuto comunque avere una partecipazione libera e attiva nella loro individuazione¹⁰⁹.

Le norme del decreto sulla costituzione delle rappresentanze hanno riproposto il problema se le "rappresentanze sindacali in azienda" nel cui ambito poteva essere eletto o designato il rappresentante per la sicurezza nelle aziende con più di 15 dipendenti avessero dovuto essere quelle di cui all'art. 19 dello Statuto dei lavoratori o potessero essere anche altre rappresentanze di tipo sindacale (ad esempio una struttura legata ai Comitati unitari di base) e la risposta era generalmente nel senso della possibilità di elezione o designazione all'interno di una qualunque rappresentanza sindacale presente in azienda¹¹⁰. Questa soluzione non era in grado di evitare eventuali conflitti tra le rappresentanze per la sicurezza costituite al di fuori delle r.s.u. o delle r.s.a. riconducibili al sindacalismo confederale "storico" e le rappresentanze "generaliste" costituite all'interno di tale sindacalismo. Non era questo, tuttavia, il problema sentito dal legislatore, perché, specie nel settore industriale, le aziende in cui vi potevano essere rappresentanze per la sicurezza costituite al di fuori del sistema sindacale riconducibile a CGIL, CISL o UIL non erano molte. Ciò che il decreto voleva fortemente evitare, invece, era la presenza nella stessa azienda di un doppio canale di rappresentanza tutto interno al sistema rappresentativo costruito da CGIL, CISL e UIL, e cioè di un canale facente capo alla r.s.u. unitaria e finalizzato alla tutela dei lavoratori mediante la contrattazione sui vari aspetti del rapporto di lavoro e di un secondo canale facente capo al rappresentante per la sicurezza, espresso all'interno degli stessi sindacati confederali nel cui ambito era sorta la r.s.u., ma più attento alle esigenze della salute e sicurezza e meno incline ad accettare compromessi negoziali tra salario, occupazione e salute¹¹¹. Per evitare questo pericolo il decreto aveva previsto,

¹⁰⁷ V. G. PROIA, *Consultazione e partecipazione*, cit.

¹⁰⁸ Così P. CAMPANELLA, *Profili collettivi della tutela della salute e rappresentanza dei lavoratori per la sicurezza: disciplina legislativa, bilancio applicativo, prospettive di riforma*, in "Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale", 2007, I, Supplemento al n. 2, p. 156.

¹⁰⁹ Insiste giustamente su questo aspetto P. CAMPANELLA, *Profili collettivi*, cit., p. 157.

¹¹⁰ V. G. PROIA, *Consultazione e partecipazione*, cit., p. 197 e la dottrina ivi citata, nonché P. CAMPANELLA, *Profili collettivi*, cit., p. 163.

¹¹¹ Che questo fosse l'obiettivo del legislatore è confermato da L. ANGELINI, *Rappresentanza e partecipazione*, cit., p. 105. Per L. MONTUSCHI, (*L'incerto cammino della sicurezza del lavoro fra esigenze di tutela, onerosità e disordine normativo*, in "Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale", 2001, I, pp. 514-515) i rappresentanti per la sicurezza avrebbero dovuto concentrarsi nell'attività consultiva, nel diritto di ricevere specifiche informazioni, in quello di formulare osservazione in occasione di visite e verifiche, di partecipare alla riunione periodica, di accedere ai luoghi di lavoro,

nelle aziende con più di 15 dipendenti, l'elezione o la designazione del rappresentante per la sicurezza da parte dei lavoratori "nell'ambito delle rappresentanze sindacali in azienda"; in quelle fino a 15 dipendenti, in difetto di elezione diretta da parte dei lavoratori diretti interessati, l'elezione o la designazione di un unico rappresentante per più aziende dello stesso ambito territoriale "nell'ambito delle rappresentanze sindacali", affidando in entrambi i casi alla contrattazione collettiva i particolari della relativa disciplina e provvedendo anche per il caso di mancato accordo (artt. 18, commi 2, 3, 4 e 5). In tal modo il decreto favoriva l'inserimento del rappresentante per la sicurezza all'interno dell'unico canale di rappresentanza quale articolazione specialistica dell'istanza sindacale "generalista", limitandone implicitamente l'autonomia di giudizio e di iniziativa e determinando un assorbimento delle istanze di sicurezza nell'ambito delle complessive tematiche rivendicative¹¹².

La contrattazione collettiva del periodo successivo ha assecondato questa volontà del legislatore. Ciò è evidente, ad esempio, nell'accordo interconfederale del 22 giugno 1995 per il settore dell'industria, nel quale, per le aziende con più di 15 dipendenti, il numero dei rappresentanti per la sicurezza viene articolato a seconda delle dimensioni aziendali, ma sempre all'interno delle r.s.u. e quale r.s.u., salvo che per le aziende da 201 a 300 dipendenti, per le quali si prevede l'elezione di due membri della r.s.u. e di un distinto rappresentante per la sicurezza che della r.s.u. non fa parte. Questa eccezione è stata giudicata favorevolmente perché valorizza la specializzazione funzionale del rappresentante per la sicurezza e la sua autonomia rispetto agli altri membri della r.s.u.¹¹³, ma a mio avviso non cambia di molto la caratterizzazione delle rappresentanze per la sicurezza quali parti integranti delle rappresentanze "generaliste", come risultante dal decreto e dalla contrattazione successiva¹¹⁴. Ad ogni modo, le parti sociali non avrebbero potuto derogare alle norme del decreto per le quali la elezione o designazione dei propri

di controllare le misure di sicurezza, senza diventare negoziatori sindacali ed essere condizionati dalla logica rivendicativa o contrattuale, ma doveva ammettere che la lettera del decreto non aveva fatto molto per evitare confusioni.

¹¹² La valutazione degli studiosi su questo assorbimento derivante dall'unicità della rappresentanza è generalmente critica, ritenendosi che l'obiettivo della sicurezza richiedesse la presenza di rappresentanze effettivamente specialistiche: V. L. MONTUSCHI, *I principi generali*, cit., p. 51; G. PROIA, *Consultazione e partecipazione*, cit., p. 198; C. ZOLI, *Sicurezza del lavoro*, cit., p. 624; A. TAMPIERI, *Azione sindacale*, cit., p. 555 ss., il quale ricorda come la giurisprudenza abbia inteso la coincidenza tra la rappresentanza per la sicurezza e quella generalista in senso molto "forte", identificandole rappresentanze sindacali aziendali di cui all'art. 18, comma 2, del d.lgs. n. 626/1994 con le r.s.u. o con le r.s.a. di cui all'art. 19 (il Pretore di Legnano e poi il Tribunale di Milano hanno respinto il ricorso *ex art. 28* presentato da un sindacato escluso dalla presentazione delle liste elettorali per la mancata sottoscrizione di un contratto collettivo applicato in azienda, sottoscrizione ritenuta requisito necessario per la costituzione delle r.s.a. *ex art. 19* dopo il referendum del 1995).

¹¹³ V. A. TAMPIERI, *Azione sindacale*, cit., p. 559.

¹¹⁴ C. ZOLI, *Sicurezza del lavoro*, cit., p. 623 riteneva giustamente che questa conclusione dovesse rimanere ferma anche di fronte alle previsioni contrattuali che attribuivano al rappresentante per la sicurezza un monte ore di permessi aggiuntivi rispetto a quelli spettanti agli altri membri della r.s.u.

rappresentanti apparteneva solo ai lavoratori della specifica o delle specifiche aziende (art. 18, commi 2 e 3)¹¹⁵.

Il decreto fissava il numero minimo dei rappresentanti in relazione al numero dei lavoratori occupati nell'azienda o unità produttiva (art. 18, comma 6), ma rimetteva alla contrattazione collettiva la determinazione del loro numero per ogni azienda od unità produttiva (art. 18, comma 4); affermava il diritto di disporre dei mezzi e del tempo necessario per lo svolgimento della loro attività senza perdita della retribuzione e ne affidava alla contrattazione collettiva l'individuazione e quantificazione (art. 18, comma 4); sanciva il diritto di svolgere le proprie funzioni senza subire pregiudizi di sorta ed estendeva nei confronti dei rappresentanti per la sicurezza le tutele previste dalla legge per le rappresentanze sindacali (art. 19, comma 4)¹¹⁶. Queste norme hanno posto il problema del coordinamento delle prerogative attribuite ai rappresentanti per la sicurezza con quelle previste per le r.s.a. o r.s.u. e la soluzione a mio avviso più fondata era quella del cumulo delle prerogative, dato che le funzioni di rappresentanza per la sicurezza si aggiungevano a quella sindacali generali¹¹⁷.

L'art. 19 del decreto elencava le attribuzioni del rappresentante. Queste comprendevano il diritto di accedere ai luoghi di lavoro; la consultazione preventiva sulla valutazione dei rischi e sulla individuazione, programmazione, realizzazione e verifica della prevenzione in azienda; la consultazione sulla designazione degli addetti al servizio di prevenzione e sulla formazione dei lavoratori; il diritto di ricevere le informazioni e la documentazione aziendale relativa alla valutazione dei rischi e alla loro prevenzione, nonché quelle concernenti le sostanze pericolose, le macchine, gli impianti, l'organizzazione e gli ambienti di lavoro, gli infortuni e le malattie professionali, comprese quelle provenienti dagli istituti di vigilanza; il diritto di essere adeguatamente formato; il diritto di promuovere l'elaborazione, l'individuazione e l'attuazione delle misure di prevenzione e di formulare proposte al riguardo, di esprimere osservazioni in occasione di visite e verifiche delle autorità competenti, di ricorrere a quest'ultime in presenza di misure di prevenzione ritenute inadeguate: tra le varie autorità rientravano non solo gli organi ispettivi, ma anche il giudice civile o penale¹¹⁸, ma, come nel contesto dell'art. 9 dello Statuto, il rappresentante non disponeva di una specifica azione per un celere intervento del giudice, potendo esercitare solo la generica azione per far valere l'inadempimento dell'obbligo di sicurezza, magari

¹¹⁵ In questo senso v. P. CAMPANELLA, *Profili collettivi*, cit., p. 163 ed in senso contrario G. PROIA, *Consultazione e partecipazione*, cit., pp. 197-198.

¹¹⁶ Su questa estensione è intervenuto il Pretore di Torino in un caso in cui si discuteva se le tutele per il trasferimento del membro di r.s.a. ex art. 19 dovessero essere applicate ad un rappresentante per la sicurezza dipendente da una piccola azienda (Pret. Torino, 13 gennaio 1997, in "Rivista italiana di diritto del lavoro", 1998, II, 274).

¹¹⁷ Sulle varie soluzioni v. G. PROIA, *Consultazione e partecipazione*, cit., pp. 201-202 e la dottrina ivi citata.

¹¹⁸ V. G. PROIA, *Consultazione e partecipazione*, cit., p. 199.

con ricorso *ex art. 700 c.p.c.*, ovvero agendo *ex art. 28 St. lav.*¹¹⁹. Il legislatore, evidentemente, voleva evitare che i conflitti con il datore di lavoro in tema di sicurezza finissero davanti al giudice ed anche a questo fine aveva attribuito funzioni conciliative ai comitati paritetici territoriali¹²⁰. Ed era, peraltro, fondato ritenere che lo strumento principale utilizzato per l'effettività della prevenzione era costituito dalla serie di poteri di interloquire con il datore attribuiti al rappresentante sulla base della tecnica della procedimentalizzazione dei poteri dell'imprenditore¹²¹.

Tutti questi compiti ampliavano e specificavano le funzioni di controllo previste dall'art. 9 dello Statuto e riprendevano quelle relative all'elaborazione, individuazione e attuazione delle misure di prevenzione. La maggioranza degli studiosi ha ritenuto che la norma statutaria ne fosse stata totalmente assorbita con conseguente sua abrogazione implicita¹²². Non condivido questa opinione, perché mi pare che uno spazio di sopravvivenza l'art. 9 lo conservava per il caso di aziende con più di 15 dipendenti dotate di rappresentanti sindacali. In questa ipotesi chi veniva eletto o nominato dai lavoratori al di fuori delle rappresentanze sindacali non avrebbe potuto assumere la veste formale di rappresentante per la sicurezza *ex d.lgs. n. 626/1994*, ma avrebbe dovuto essere considerato rappresentante *ex art. 9*, se questa fosse stata la scelta dei diretti interessati all'adempimento del credito di sicurezza.

12. *Le difficoltà applicative del periodo successivo, la legge delega del 2007 e il c.d. Testo Unico del 2008*

La situazione normativa a cui aveva dato luogo il decreto del 1994, arricchita anche da ulteriori decreti legislativi, sempre emanati in attuazione di direttive comunitarie, in materia di segnaletica di sicurezza (n. 493/1996), di sicurezza nei cantieri temporanei o mobili (n. 494/1996) e prescrizioni minime relative

¹¹⁹A volte sono stati accolti ricorsi *ex art. 28* per la mancata consultazione preventiva del rappresentante in occasione del trasferimento di alcuni reparti da un plesso ospedaliero ad un altro (Pret. Campobasso, 10 febbraio 1999, in "Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni", 1999, p. 395) o per la convocazione delle elezioni del rappresentante dei lavoratori da parte del datore di lavoro, accompagnata dall'invito a votare un candidato estraneo alla r.s.u. (Pret. Milano, 2 luglio 1997, in "Orientamenti della giurisprudenza del lavoro", 1997, p. 948). Su questa giurisprudenza v. *amplius* A. TAMPIERI, *Azione sindacale*, cit., p. 568 ss.

¹²⁰ Questi erano previsti dall'art. 20 come costituiti dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro con compiti concernenti la formazione dei lavoratori e la soluzione delle controversie sull'applicazione dei diritti di rappresentanza, informazione e formazione. Si è esattamente notato come queste limitate competenze, che escludevano decisioni preventive in materia di sicurezza, confermassero la scelta del legislatore di dar vita ad una partecipazione debole, per strutture autonome e distinte e non per stanze permanenti di confronto (C. ZOLI, *Sicurezza del lavoro*, cit., p. 622)

¹²¹ Così G. PROIA, *Consultazione e partecipazione*, cit., p. 198.

¹²² V., ad es., G. NATULLO, *La nuova normativa sull'ambiente di lavoro*, cit., p. 257; G. PROIA, *Consultazione e partecipazione*, cit., p. 200-201; P. PASCUCCHI, *Salute e sicurezza: dalle rappresentanze dell'art. 9*, cit., pp. 669-670; A. TAMPIERI, *Azione sindacale*, cit., p. 553 e la dottrina ivi citata.

all'esposizione a vibrazioni meccaniche (n. 187/2005), aveva di molto migliorato, quanto ad effettività delle misure preventive, la situazione precedente, ma presentava varie difficoltà applicative, anche per la convivenza delle regole nuove con quelle vecchie, non abrogate. Si è segnalata, in particolare, una diffusa mancata applicazione delle norme, da parte sia delle piccole imprese che delle più grandi, specie a causa dell'esternalizzazione di fasi della produzione e del ricorso agli appalti; il permanere di carenze nei controlli, sia per lo scarso numero degli addetti sia per il mancato coordinamento degli organi del Ministero del lavoro con le aziende sanitarie; insufficienza delle informazioni e della formazione dei lavoratori¹²³.

Difficoltà applicative si erano presentate anche circa le norme sul rappresentante dei lavoratori per la sicurezza: nelle aziende od unità produttive fino a 15 dipendenti i rappresentanti non sono stati mai eletti o designati o lo sono stati su pressione dei datori di lavoro, in ogni caso con insignificanti possibilità di manovra, mentre in quelle con più di 15 dipendenti spesso non si è evitata la "coesistenza forzata" tra la rappresentanza sindacale generalista e la rappresentanza specialistica per la sicurezza¹²⁴.

Per migliorare questa situazione la maggioranza che sosteneva il secondo Governo Prodi ha approvato *la legge 3 agosto 2007, n. 123, che ha delegato l'esecutivo ad emanare "uno o più decreti legislativi per il riassetto e la riforma delle disposizioni vigenti in materia di salute e sicurezza dei lavoratori nei luoghi di lavoro"*¹²⁵, "realizzando il necessario coordinamento con le disposizioni vigenti", nel rispetto di tutta una serie di principi e criteri direttivi, elencati nel 2° comma dell'art. 1, tra i quali qui interessano quelli che demandavano la revisione dei requisiti, delle tutele, delle attribuzioni e delle funzioni dei soggetti del sistema di prevenzione aziendale, ed in particolare il "rafforzamento del ruolo dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza territoriale", e l'introduzione dei rappresentanti di sito produttivo (lett. g).

La legge conteneva anche una norma di applicazione immediata molto rilevante per l'effettività della prevenzione, l'art. 9, che ha ricompreso l'omicidio e le lesioni colpose, commessi con violazione delle norme sulla prevenzione degli

¹²³ V. M.V. BALLESTRERO – G. DE SIMONE, *Diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 431 ss. Sull'esigenza di un ulteriore intervento legislativo v. ad es. C. SMURAGLIA, *Quadro normativo ed esperienze attuative in tema sicurezza e igiene del lavoro: nuove prospettive di coordinamento e di interventi urgenti*, in "Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale", 2007, suppl. al n. 2, p. 7 ss.

¹²⁴ V. L. ANGELINI, *Rappresentanza e partecipazione*, cit., pp. 106-107. Sulla inadeguata applicazione delle norme sulle rappresentanze v. anche G. NATULLO, *Competenze regionali e tecniche giuridiche su standard di prevenzione ed effettività delle tutele normative*, in "Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale", 2007, I, Supplemento al n. 2, p. 80. Questo studioso ha ricordato anche le proposte della Commissione parlamentare d'inchiesta che dopo l'approvazione della legge delega e prima dell'emanazione del decreto delegato aveva evidenziato l'esigenza di creare un collegamento normativo diretto e certo tra i lavoratori interessati e le loro rappresentanze, attuabile solo con un sistema elettorale, e di dar vita ad organismi specifici e specializzati che, facendo valere le loro competenze, potessero evitare eccessivi cedimenti alle logiche compromissorie delle rappresentanze "generaliste" (v. G. NATULLO, *Il quadro normativo*, cit., pp. 35-36).

¹²⁵ V. le prime parole del comma 1 dell'art. 1.

infortuni sul lavoro e sulla tutela dell'igiene e salute sul lavoro, nel meccanismo della responsabilità amministrativa da reato degli enti collettivi¹²⁶.

Malgrado la caduta del Governo, sotto la spinta emotiva provocata dai tragici fatti avvenuti nel dicembre 2007 nell'acciaieria torinese della ThyssenKrupp, ad un esecutivo dimissionario è riuscita l'impresa che attendeva da trent'anni, e cioè l'attuazione della delega in materia, avvenuta tramite il *d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81*¹²⁷, spesso chiamato Testo Unico sulla sicurezza o, meglio, Codice della sicurezza, in quanto racchiude la disciplina della materia in modo organico, superando quella precedente, ma non tutta ed in ogni caso senza allontanarsi dai principi fondamentali segnati dalla direttiva comunitaria e dal decreto del 1994¹²⁸. Numerose sono state le successive modifiche: quelle più rilevanti sono state effettuate con i decreti legislativi del 3 agosto 2009, n. 106 e del 14 settembre 2015, n. 151 (art. 20).

Chiara è la volontà del legislatore di dar vita ad un complesso normativo sistematico¹²⁹, completo, articolato in modo coerente e razionale nelle sue varie parti¹³⁰, e quanto più possibile effettivo. La base del nuovo sistema è data dalla consapevolezza che la prevenzione, più che su norme variamente sanzionate o su disposizioni tecnico-produttive, debba far leva sulla valutazione dei rischi e su una

¹²⁶ Sulla complessa vicenda e l'importanza ai fini della prevenzione di questa responsabilità e dei modelli di organizzazione e di gestione di cui all'art. 30 del d.lgs. n. 81/2008 v., tra gli altri, G. MARRA, *Modelli di organizzazione e di gestione*, in L. ZOPPOLI, P. PASCUCCI, G. NATULLO (a cura di), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, Ipsoa Gruppo Wolters Kluwer, Milano, 2008, p. 494 ss.; F. MALZANI, *Ambiente di lavoro e tutela della persona*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 201 ss.; S.M. CORSO, *Lavoro e responsabilità d'impresa nel sistema del d.lgs. 8 giugno 2008, n. 81*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 202 ss.; L. MENGhini, *L'evoluzione degli strumenti giuridici volti a favorire l'effettività delle tutele*, in questa "Rivista", 2017, 2, I, p. 8 ss.; A. DELOGU, *L'assequazione dei modelli di organizzazione e gestione della sicurezza sul lavoro di cui all'art. 30 del d. lgs. n. 81/2008: analisi e prospettive*, ivi, 2018, 1, I, p. 7 ss.; S. DOVERE, *La responsabilità degli enti in materia di sicurezza del lavoro: spunti per un bilancio*, in P. PASCUCCI (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro. Tutele universali e nuovi strumenti regolativi a dieci anni dal d.lgs. n. 81/2008*, Franco Angeli, Milano, 2019, p. 185 ss.; A. ANDREANI, *Brevi spunti di riflessione sui modelli di organizzazione e di gestione della sicurezza sul lavoro*, ivi, p. 143 ss.

¹²⁷ Sulle vicende che hanno portato dalla legge delega all'emanazione del decreto v., ad es., L. MONTUSCHI, *Verso il testo unico sulla sicurezza del lavoro*, in "Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali", 2007, p. 799 ss.; O. BONARDI, *Ante litteram. Considerazioni "a caldo" sul disegno di legge delega per l'emanazione di un Testo Unico in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro*, in "Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale", 2007, I, Supplemento al n. 2, p. 23 ss.; F. CARINCI, *Habemus il testo unico per la sicurezza e la salute dei lavoratori: il d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81*, in L. ZOPPOLI, P. PASCUCCI, G. NATULLO (a cura di), *Le nuove regole per la salute*, cit., p. XXXIII ss.; L. ZOPPOLI, *I principi generali e le finalità*, ivi, p. 3 ss.; P. PASCUCCI, *Dopo la legge n. 123 del 2007. Prime osservazioni sul Titolo I del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, in "WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT -73/2008".

¹²⁸ In questo senso v., tra gli altri, P. PASCUCCI, *Presentazione dell'incontro*, in P. PASCUCCI (a cura di), *Il d.lgs. n. 81/2008: due anni dopo. I "sistemi" del diritto della sicurezza sul lavoro*, Quaderni di Olympos, n. 2, Edizioni Studio Alfa, Pesaro, 2010, pp. 11-12.

¹²⁹ Il carattere sistematico della normativa prevenzionistica è valutato con grande favore da C. SMURAGLIA, *Introduzione*, in P. PASCUCCI (a cura di), *Il d.lgs. n. 81/2008: due anni dopo*, cit., p. 19.

¹³⁰ Nega, tuttavia, che il risultato ottenuto sia stata una razionalizzazione dell'intero sistema F. CARINCI, *Habemus il testo unico*, cit., p. LIV.

programmazione che si basi su analisi, ricerche, percorsi procedurali, scelte organizzative, codici di condotta e di buone prassi¹³¹.

Il decreto intende dare attuazione al principio di completezza e articolazione coerente innanzitutto nella *definizione del campo oggettivo e soggettivo di applicazione* delle norme prevenzionistiche, che vuole essere universale, nel senso che le stesse comprendono, da un lato, tutti i settori di attività, privati e pubblici, e tutte le tipologie di rischio (art. 3, comma 1), ma tenendo conto delle peculiarità o della particolare pericolosità di certi settori¹³²; dall'altro, tutti i lavoratori, autonomi o subordinati, ed i soggetti a questi equiparati (art. 1, comma 2, lett. c, della legge delega), vale a dire ogni "persona che, indipendentemente dalla tipologia contrattuale, svolge un'attività lavorativa nell'ambito dell'organizzazione di un datore di lavoro..." (art. 2, lett. a)¹³³: la definizione è incentrata su una attività o prestazione svolta nell'ambito di una organizzazione produttiva altrui, il che mette in secondo piano il luogo fisico dove la stessa viene effettuata¹³⁴.

Il principio di completezza, unito a quello della effettività, intende trovare riscontro, in secondo luogo, nella definizione delle varie figure protagoniste della sicurezza. Il *datore di lavoro* viene inteso come "il soggetto titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore o comunque il soggetto che...ha la responsabilità dell'organizzazione" nel cui ambito il lavoratore presta la sua attività in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa (art. 2, lett. b)¹³⁵, essendo sufficiente il loro

¹³¹ Tra i tanti che sottolineano il grande rilievo, ai fini della prevenzione, dell'organizzazione del lavoro e dell'intera attività produttiva v. G. NATULLO, *Il quadro normativo*, cit., p. 16 ss. Per un'analisi aggiornata della valutazione dei rischi v. L. ANGELINI, *La valutazione di tutti i rischi*, in P. PASCUCCI, (a cura di) *Salute e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 201 ss.

¹³² Sul punto v. *amplius* P. MONDA, *Il campo di applicazione oggettivo*, in L. ZOPPOLI, P. PASCUCCI, G. NATULLO (a cura di), *Le nuove regole*, cit., p. 86 ss. e V. PASQUARELLA, *L'ambito di applicazione oggettivo e soggettivo del D. Lgs. n. 81/2008*, in G. NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 484 ss. F. CARINCI, *Habemus il testo unico*, cit., p. XLVII ss. critica l'"eccesso di generalità e conseguente genericità proprie del decreto" e derivanti dalle ampie definizioni di "lavoratore", datore di lavoro", "prevenzione", "salute" che, tuttavia, non fanno uscire le tutele oltre "i luoghi di lavoro", danno poco ai lavoratori pur ponendo loro vari obblighi, rendono equivoco il rapporto con l'art. 2087 c.c. È indubbio che la portata onnicomprensiva della previsione del comma 1 dell'art. 3, viene poi palesemente contraddetta da tutte le eccezioni di cui ai commi successivi, che creano problemi sull'abrogazione o no di norme precedenti o comunque sul rapporto tra il decreto e norme risalenti nel tempo, come evidenziato da P. PASCUCCI, *Dopo il d.lgs. 81/2008: salute e sicurezza in un decennio di riforme del diritto del lavoro*, in P. PASCUCCI (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, cit., pp. 14-15.

¹³³ L'universalità sul piano soggettivo si deve accompagnare, tuttavia, alla considerazione delle peculiarità di ogni persona, almeno nel senso che gli interventi protettivi devono tener conto delle diverse esigenze legate all'età ed al genere dei lavoratori, nonché al fatto di essere immigrati (artt.1, comma 1, sia della legge delega che del decreto delegato). Al riguardo, si è sottolineata la necessità di tener conto, ad esempio, che le lavoratrici spesso svolgono anche il lavoro domestico e di cura: V. C. SMURAGLIA, *Introduzione*, cit., p. 24.

¹³⁴ V. P. PASCUCCI, *La nuova disciplina della sicurezza sul lavoro del 2008/2009: una rapsodia tra novità e conferme*, in "I Working papers di Olympus", 2001, n. 1, p. 7 ss.; V. PASQUARELLA, *L'ambito di applicazione*, cit., p. 493. Sulla figura del datore di lavoro ai fini della sicurezza v. la monografia di C. LAZZARI, *Figure e poteri datoriali nel diritto della sicurezza sul lavoro*, Franco Angeli, Milano, 2015.

¹³⁵ Si è giustamente osservato che ora la norma attribuisce esplicita rilevanza all'organizzazione aziendale, dall'analisi della quale bisogna muovere per individuare il soggetto che ne è responsabile disponendo dei suddetti poteri: v. F. STOLFA, *Soggetti attivi e passivi dell'obbligo di*

esercizio, anche se non accompagnato da una corrispondente formalizzazione¹³⁶. Vengono poi definite le figure del *dirigente* (“persona che, in ragione delle competenze professionali e di poteri gerarchici e funzionali adeguati alla natura dell’incarico conferitogli, attua le direttive del datore di lavoro organizzando l’attività lavorativa e vigilando su di essa”¹³⁷), del *preposto*, che è la “persona che, in ragione delle competenze professionali e nei limiti di poteri gerarchici e funzionali adeguati alla natura dell’incarico conferitogli, sovrintende alla attività lavorativa e garantisce l’attuazione delle direttive ricevute, controllandone la corretta esecuzione da parte dei lavoratori ed esercitando un funzionale potere di iniziativa”¹³⁸, del *responsabile dei servizi di protezione e prevenzione*, e cioè la persona, designata dal datore di lavoro, a cui risponde, che coordina il servizio di prevenzione e protezione, inteso quale “insieme delle persone, sistemi e mezzi interni od esterni all’azienda finalizzati all’attività di prevenzione e protezione dai rischi professionali dei lavoratori”¹³⁹ e del *rappresentante dei lavoratori per la sicurezza*, che è la persona eletta o designata per rappresentare i lavoratori per i problemi relativi alla salute e sicurezza.

Alcuni obblighi sono propri del datore di lavoro e *non sono delegabili*: si tratta dell’obbligo fondamentale di predisporre la valutazione di tutti i rischi connessi alla prestazione lavorativa e della designazione del responsabile del servizio di protezione e prevenzione. Tra i molteplici obblighi vale la pena ricordare, per la sua valenza generale, quello di “aggiornare le misure di prevenzione in relazione ai mutamenti organizzativi e produttivi che hanno rilevanza ai fini della salute e sicurezza del lavoro, o in relazione al grado di evoluzione della tecnica della prevenzione e della protezione”, obbligo che riprende con altre parole quello già presente nell’art. 2087 c.c. Altri obblighi sono, invece, *delegabili* e quest’aspetto è sempre stato molto delicato nell’ambito del problema concreto della sicurezza e delle relative effettive responsabilità. Il decreto del 2008 regola, per la prima volta, la delega di funzioni, dando veste legislativa ad un istituto ben conosciuto in precedenza e regolato sostanzialmente dai giudici.

sicurezza: individuazione e responsabilità. A) Datori di lavoro e dirigenti, in G. NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 539 ss., il quale sottolinea la possibilità che il datore di lavoro sul piano del rapporto di lavoro sia diverso da quello sul piano della sicurezza.

¹³⁶ Lo ricorda G. NATULLO, *Il quadro normativo*, cit., p. 24, che cita l’art. 299 del d.lgs. n. 81/2008.

¹³⁷ In proposito G. NATULLO, *Il quadro normativo*, cit., p. 25 considera generica questa definizione, dato che la qualità di dirigente ai fini della prevenzione deriva dalla posizione organizzativa assunta in azienda. Si è anche osservato che per essere dirigenti a tali fini non rileva la qualifica formale rivestita nell’ambito del rapporto di lavoro (v. F. STOLFA, *Soggetti attivi e passivi*, cit., p. 554).

¹³⁸ Sul loro ruolo e sulle loro responsabilità v. G. NATULLO, *Il quadro normativo*, cit., p. 26.

¹³⁹ Tale figura non assume una propria responsabilità per la violazione di norme di puro pericolo, ma ne assume una importante in caso di infortuni e malattie, se dall’omesso assolvimento di un suo compito è derivata una situazione pericolosa che avrebbe avuto l’obbligo di conoscere e segnalare a chi (datore di lavoro o dirigente) avrebbe potuto provvedere; tale responsabilità può concorrere con quella di tali soggetti, ma anche eliminarla V. C. LAZZARI, *I “consulenti” del datore di lavoro*, in P. PASCUCI (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 119 ss.

La nuova disciplina intende valorizzare la *partecipazione attiva dei lavoratori*, che si esprime non solo attraverso la nomina e le ampie funzioni attribuite al loro rappresentante per la sicurezza, ma anche attraverso una serie di azioni e comportamenti cui gli stessi sono *obbligati*. Per l'art. 20 del decreto, i lavoratori devono "prendersi cura della propria salute e sicurezza e di quella delle altre persone presenti sul luogo di lavoro" su cui cadono gli effetti delle loro azioni od omissioni, conformemente alla loro formazione, alle istruzioni e ai mezzi forniti dal datore di lavoro; devono contribuire, insieme con il datore di lavoro, i dirigenti ed i preposti, ad adempiere quanto previsto in materia di salute e sicurezza; devono osservare le disposizioni e le istruzioni ricevute e utilizzare correttamente le attrezzature di lavoro ed i dispositivi di protezione, segnalando immediatamente eventuali loro deficienze; in caso di urgenza, devono adoperarsi, nell'ambito delle loro competenze e possibilità, per eliminare o ridurre le situazioni di pericolo grave e incombente; non devono rimuovere o modificare i dispositivi di sicurezza né compiere di propria iniziativa operazioni o manovre che non sono di loro competenza o che possono compromettere la sicurezza propria o di altri lavoratori; devono partecipare ai programmi di formazione ed addestramento e sottoporsi ai controlli sanitari. L'inosservanza di questi obblighi, tranne il primo, perché evidentemente troppo generico, comporta la possibile applicazione di sanzioni penali (arresto sino ad un mese o ammenda da 200,00 a 600,00 euro: v. art. 59¹⁴⁰).

Il decreto punta anche su un particolare "sistema istituzionale", composto da vari organismi ed enti, ed intende innovare il sistema dei *controlli* sull'applicazione della disciplina prevenzionistica, punto dolente delle esperienze passate, basate spesso su segnalazioni o comunque su impulsi occasionali, e non frutto di programmazione preventiva¹⁴¹. Le regole del decreto sulla vigilanza sembrano voler cambiare rotta laddove, distribuendo i compiti tra le aziende sanitarie ed il personale ispettivo del Ministero del lavoro, sottolineano che la vigilanza deve avvenire nel rispetto del coordinamento di cui agli artt. 5 e 7. Ciò significa non solo che è necessario un coordinamento tra aziende ed ispettori del lavoro, ma anche che l'attività in esame deve essere effettuata in base alla programmazione annuale della vigilanza, che tenga conto di settori prioritari di intervento e delle indicazioni provenienti dai comitati regionali di coordinamento. Mi sembra che almeno in teoria, vi sia un salto notevole tra la situazione denunciata e quella delineata dal decreto, anche se c'è chi mette in guardia circa la possibilità di un effettivo

¹⁴⁰ Con questi obblighi il lavoratore è passato da una posizione di mero inerte creditore dell'obbligo datoriale di sicurezza, comunque da altri garantito, ad una posizione attiva di protagonista della sicurezza propria ed altrui, che gli fa acquisire, oltre a quella tradizionale di soggetto passivo, anche la posizione di soggetto attivo, chiamato a cooperare con altri con assunzione di precise responsabilità, anche se quest'ultima non può essere intesa come sostitutiva di quella dei datori di lavoro, dirigenti e preposti, proprio perché i lavoratori non hanno poteri organizzativi, gestionali e di spesa (v. M. MARTINELLI, *I lavoratori*, in G. NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 630 ss.).

¹⁴¹ V. C. SMURAGLIA, *Introduzione*, cit., p. 23.

coordinamento tra Asl ed ispettori e rileva il progressivo ampliamento delle competenze di quest'ultimi¹⁴².

Quanto, infine, al *sistema sanzionatorio* introdotto dal decreto, si è innanzitutto negata l'esistenza di un vero "sistema", visto il mancato coordinamento tra le norme penali generali e quelle sull'inosservanza delle regole di prevenzione¹⁴³; si sono poi criticati l'iniziale squilibrio sul momento repressivo¹⁴⁴, il ricorso al meccanismo di fissare le pene e rinviare a mille precetti altrove definiti¹⁴⁵ e la scelta di risolvere ogni conseguenza dell'inosservanza delle norme di prevenzione con il "pagamento di una parte della pena prevista dalla legge"¹⁴⁶. In effetti, il testo originario del decreto aumentava le pene rispetto al decreto n. 626/1994, ma poi il decreto correttivo le ha abbassate, per poi essere di nuovo aumentate con il d.lgs. n. 151/2015. È innegabile, peraltro, che il T.U. intenda dar vita ad un sistema che induca all'attuazione concreta delle misure piuttosto che puntare tutto sulla deterrenza della pena, come testimoniano le modifiche introdotte al sistema delle prescrizioni, le disposizioni sulla possibilità di revoca della sospensione dell'attività, quelle che consentono di evitare la responsabilità amministrativa delle imprese qualora venga adottato un opportuno sistema di organizzazione e gestione ed i sistemi di qualificazione delle imprese.

13. *La moltiplicazione dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza ed il problema del loro corretto rapporto con i lavoratori interessati nel d.lgs. n. 81/2008: la permanenza in vita dell'art. 9*

L'elemento della partecipazione dei lavoratori alla gestione della sicurezza si esprime anche nel complesso delle norme del Titolo I, Capo III ("Gestione della prevenzione nei luoghi di lavoro"), Sezione VII ("Consultazione e partecipazione dei rappresentanti dei lavoratori"), che concernono le funzioni dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza (artt. 47-50) e degli organismi paritetici (art. 51).

Su questi temi il c.d. Testo Unico, nell'art. 50, riprende quasi alla lettera le disposizioni dell'art. 19 del d.lgs. n. 626/1994 concernenti le funzioni, attribuzioni, tutele ed obblighi del rappresentante, ma su certi aspetti le amplia e precisa: 1) la sua consultazione riguarda ora anche la designazione del responsabile del servizio

¹⁴² V. F. CARINCI, *Habemus il testo unico*, cit., p. LII-LIII, che si riferisce alle possibilità previste dall'art. 13, comma 2. Sulla difficile ripartizione delle competenze in esame v. P. PASCUCCI, *L'interpretazione della disciplina, la vigilanza sulla sua applicazione e il contrasto alle violazioni*, in L. ZOPPOLI, P. PASCUCCI, G. NATULLO, *Le nuove regole per la salute*, cit., p. 182 ss.; G. NATULLO, *La vigilanza sulla sicurezza sul lavoro tra razionalizzazione e coordinamento*, in P. PASCUCCI (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 78 ss.

¹⁴³ V. C. SMURAGLIA, *Introduzione*, cit., p. 20.

¹⁴⁴ V. F. CARINCI, *Habemus il testo unico*, cit., p. LIII ss.

¹⁴⁵ V. A. BONDI, *Le disposizioni sanzionatorie del Titolo I*, in L. ZOPPOLI, P. PASCUCCI, G. NATULLO, *Le nuove regole per la salute*, cit., p. 455 ss.

¹⁴⁶ Così B. GIORDANO, *La responsabilità penale personale e la sicurezza del lavoro: costanti e variabili*, in P. PASCUCCI (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 179.

di prevenzione e del medico competente (art. 50, comma 1, lett. c); 2) il diritto di ricevere "le informazioni e la documentazione aziendale inerente alla valutazione dei rischi e le misure di prevenzione relative" (art. 19, comma 1, lett. e, del d.lgs. n. 626/1994), accompagnato dal diritto di mero accesso al documento di valutazione dei rischi (comma 5 dello stesso art. 19), viene rafforzato, per risolvere varie questioni applicative poste dalla disciplina precedente, con la esplicita previsione del diritto del rappresentante di ricevere, su sua richiesta, copia del documento stesso (sul quale è tenuto al segreto industriale), che va comunque custodito presso l'unità produttiva alla quale si riferisce (v. i commi 4-6 dell'art. 50 e 1-4 dell'art. 29 del T.U.)¹⁴⁷; 3) al rappresentante dei lavoratori vanno assicurati anche gli spazi necessari per svolgere i suoi compiti e l'accesso ai dati concernenti gli infortuni contenuti in piattaforme informatiche (art. 50, comma 2); 4) viene sancita, infine, l'incompatibilità tra l'esercizio delle funzioni di rappresentante dei lavoratori con la nomina a responsabile o addetto al servizio di prevenzione e protezione (comma 7 dell'art. 50). Le modalità più specifiche dell'esercizio delle funzioni del rappresentante rimangono affidate alla contrattazione collettiva nazionale (comma 3 dell'art. 50).

Il Codice della sicurezza innova profondamente, invece, nel delineare le varie tipologie di rappresentanza al fine di superare le difficoltà applicative della disciplina precedente, sopra ricordate, e garantire l'effettiva presenza dei rappresentanti nel maggior numero possibile di aziende a prescindere dalla loro dimensione. Ne è nata una normativa complessa e in alcuni punti confusa, anche per la fretta con cui è stata emanata¹⁴⁸.

Il T.U. del 2008 aggiunge, innanzitutto, alla figura del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza aziendale, quelle del rappresentante territoriale (o di comparto) e del rappresentante di sito produttivo (art. 47, comma 1), precisando che il rappresentante dei lavoratori per la sicurezza deve essere eletto o designato in tutte le aziende (art. 47, comma 2), ma penso si debba leggere "per" tutte le aziende, dato che il seguito della disciplina fa capire che in difetto di costituzione diretta a livello aziendale da parte dei lavoratori interessati, un rappresentante dei lavoratori per tali aziende ci deve essere comunque, anche se con origine diversa.

Si tratta di tre figure di rappresentanza specializzata diverse l'una dall'altra, dotate ciascuna di proprie caratteristiche e funzioni ed ovviamente legate tra loro, ma con la notevole particolarità che quelle territoriali e di sito produttivo, nell'ambito della valorizzazione della "orizzontalità" della rappresentanza, sono chiamate a sopperire alla mancata costituzione di quelle aziendali, fungendo da soluzione di chiusura, dando così vita ad un sistema partecipativo che si vorrebbe

¹⁴⁷ Su queste problematiche applicative e le relative soluzioni v. M. LAI, *I soggetti collettivi*, cit., p. 805 ss., il quale ricorda come nella prassi la consultazione del rappresentante abbia riguardato più l'atto finale che la sua progressiva elaborazione.

¹⁴⁸ Lo ha sottolineato P. CAMPANELLA, *I rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza*, in L. ZOPPOLI, P. PASCUCI, G. NATULLO (a cura di), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, cit., p. 399.

generalizzato, organico e auto concluso, che per molti studiosi ha confermato l'abrogazione implicita dell'art. 9 dello Statuto dei lavoratori¹⁴⁹.

Più in particolare, per il comma 3 dell'art. 47 nelle aziende o unità produttive *sino a 15 lavoratori*¹⁵⁰ l'ipotesi normale è quella che vede il rappresentante eletto direttamente dai lavoratori al loro interno con modalità di elezione stabilite dalla contrattazione collettiva, mentre l'ipotesi subordinata è che il rappresentante non sia eletto direttamente dai lavoratori (caso, questo, frequentissimo e a cui si vuole porre rimedio), ma sia individuato per più aziende nell'ambito territoriale o del comparto produttivo; le modalità di elezione o designazione vengono rimesse ad "accordi collettivi nazionali, interconfederali o di categoria, stipulati dalle associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale" o, in mancanza, ad un decreto ministeriale (artt. 47, comma 3 e art. 48, comma 2). In caso di elezione diretta il rappresentante svolge le funzioni di cui all'art. 50 all'interno dell'azienda od unità produttiva in cui è stato eletto; in caso contrario, quale rappresentante territoriale, espleta le funzioni di cui all'art. 50 con riferimento a tutte le aziende o unità produttive del territorio o del comparto di competenza nelle quali non sia stato eletto un rappresentante direttamente dai lavoratori (artt. 47, commi 3, 5, 8, e 48, comma 1), previa comunicazione della sua elezione o designazione alle aziende ed ai lavoratori interessati da parte dell'organismo paritetico o, in mancanza, del Fondo di cui all'art. 52 (art. 48, commi 1 e 6). Per fargli svolgere bene le sue funzioni, il legislatore regola in modo particolare il suo diritto di accesso nelle varie aziende, gli attribuisce il diritto ad una formazione in materia di salute e sicurezza che comprenda i rischi specifici e le principali tecniche di loro controllo e prevenzione con riguardo a tutte le aziende rispetto alle quali esercita le sue funzioni e dichiara l'incompatibilità dell'esercizio delle stesse con l'espletamento di "altre funzioni sindacali operative", evidentemente al fine di evitare un sovraccarico di funzioni e preservare la sua autonomia rispetto alle rappresentanze aziendali "generaliste" ed ai sindacati territoriali (art. 48, commi 4, 5, 7 ed 8).

Anche per le aziende o unità produttive *con più di 15 lavoratori* il legislatore formula due ipotesi, una principale (e preferita) ed una subordinata. L'ipotesi normale è quella che vede il rappresentante per la sicurezza "eletto o designato dai lavoratori nell'ambito delle rappresentanze sindacali in azienda" ovvero, in assenza di tali rappresentanze, "eletto dai lavoratori dell'azienda al loro interno", secondo le modalità stabilite dalla contrattazione collettiva (art. 47, commi 4 e 5). Il rappresentante aziendale svolge le funzioni di cui all'art. 50. L'ipotesi subordinata è che, in assenza di un rappresentante aziendale, salve diverse intese tra le associazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più

¹⁴⁹ Per l'abrogazione v., ad es., P. CAMPANELLA, *I rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza*, cit., pp. 400-402; P. PASCUCCI, *Salute e sicurezza: dalle rappresentanze dell'art. 9*, cit., pp. 669-670; G. NATULLO, *Il quadro normativo*, cit., p. 34.

¹⁵⁰ Il decreto non si riferisce più ai "dipendenti", perché le sue norme si applicano oltre il lavoro subordinato.

rappresentative sul piano nazionale, le funzioni di cui all'art. 50, per le aziende od unità produttive che ne risultino prive, siano svolte dal rappresentante dei lavoratori per la sicurezza territoriale, eletto o designato secondo le disposizioni della contrattazione collettiva nazionale o, in mancanza, dell'apposito decreto ministeriale (artt. 47, comma 8, e 48, commi 1 e 2) ovvero dal rappresentante per la sicurezza di sito produttivo, "individuato, su loro iniziativa, tra i rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza delle aziende operanti nel sito produttivo" (art. 49, comma 2); in quest'ultimo caso la contrattazione collettiva stabilisce le modalità di individuazione del rappresentante di sito produttivo ed i modi di esercizio delle funzioni "in tutte le aziende o cantieri del sito produttivo in cui non vi siano rappresentanti per la sicurezza", provvedendo anche al coordinamento dell'attività dei vari rappresentanti per la sicurezza presenti all'interno del sito (art. 49, comma 3).

Con le due riassunte ipotesi subordinate il T.U. del 2008 ha inteso dotare tutti i lavoratori, a prescindere dalla dimensione dell'impresa per la quale prestano le loro opere o la loro opera, di un loro rappresentante per la sicurezza anche se esterno all'azienda e con esercizio di funzioni in via surrogatoria, di cui si preoccupa di specificare alcune modalità e condizioni in tema di accesso ai luoghi di lavoro e comunicazione della nomina (art. 48, commi 4-8). La preferenza rimane, tuttavia, per la forma di rappresentanza interna all'azienda che si intende incentivare anche con la previsione per la quale le aziende nelle quali non è stato eletto o designato un rappresentante dei lavoratori sono tenute a finanziare, con un contributo pari a due ore lavorative annue per ogni lavoratore occupato, un fondo istituito presso l'Inail per sostenere le attività dei rappresentanti territoriali e la loro formazione, le iniziative degli organismi paritetici e la formazione dei datori di lavoro delle piccole e medie imprese, dei piccoli imprenditori, dei lavoratori autonomi e dei lavoratori agricoli stagionali (art. 48, comma 3 e art. 52)¹⁵¹.

Mentre il rappresentante territoriale ha carattere sostitutivo di quello aziendale, di fatto pochissimo presente nelle aziende medio-piccole, il rappresentante di sito produttivo ha carattere sia sostitutivo di altre figure, sia aggiuntivo rispetto alle stesse. L'introduzione di questa figura costituisce una novità che fa proprie complesse spinte sindacali che hanno condotto il legislatore a prevedere vari obblighi di coordinamento e cooperazione tra le imprese volti a proteggere i lavoratori dai "rischi da interferenze", quale, ad esempio, quello di predisporre un unico documento di valutazione dei rischi per la gestione organica ed integrata della sicurezza, imposto ai committenti nell'ambito di contratti d'appalto, d'opera o di somministrazione¹⁵².

¹⁵¹ L'obbligo in questione, a parte l'esiguità degli importi dovuti, risulta molto circoscritto in relazione alla possibilità, accordata ad accordi interconfederali qualificati, di escludere dall'obbligo di finanziamento le aziende che aderiscano ad adeguati sistemi di rappresentanza dei lavoratori o di pariteticità, secondo quanto dispone il secondo periodo del comma 3 dell'art. 48. Sul punto v. M. RICCI, *Gli organismi paritetici e il fondo di sostegno*, in L. ZOPPOLI, P. PASCUCI, G. NATULLO (a cura di), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, cit., p. 440-441.

¹⁵² V. P. CAMPANELLA, *I rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza*, cit., p. 411.

La rappresentanza dei lavoratori è stata ribadita come rappresentanza specializzata, in quanto volta a tutelare l'interesse comune alla sicurezza di una pluralità di soggetti che lavorano in un medesimo ambiente, ma comunque autonoma rispetto ad altre figure del sistema di prevenzione aziendale e rispetto alle "generaliste" rappresentanze sindacali d'azienda¹⁵³. Se ne sono evidenziati anche i tratti distintivi rispetto alle rappresentanze di cui all'art. 9 dello Statuto dei lavoratori, identificati nel fatto di essere una rappresentanza "necessaria, obbligatoria e legale", a fronte di quella volontaristica propria dell'art. 9, necessaria non solo per la tutela dei lavoratori, ma anche per l'efficacia del sistema preventivo aziendale, che si giova in modo considerevole di una costante interazione tra tutti i suoi protagonisti¹⁵⁴. Si è ritenuto, d'altra parte, che la necessità riguardasse non solo la rappresentanza, ma anche quell'*expertise* che nel modello dell'art. 9 veniva se mai ricercata all'esterno dell'azienda: da tutto ciò si è tratta l'inconciliabilità non solo concettuale, ma anche pratica dell'art. 9 con le nuove norme sulla rappresentanza dei lavoratori¹⁵⁵. Sul punto tornerò in seguito. Vi è stato anche chi ha distinto tra la rappresentanza per la sicurezza aziendale, di carattere privatistico-volontario, e quelle territoriale e di sito produttivo, di carattere necessario e istituzionale¹⁵⁶.

Le nuove norme ripropongono il problema del carattere libero e democratico che dovrebbe caratterizzare il rapporto tra i lavoratori direttamente interessati ed i loro rappresentanti.

La questione concerne soprattutto le modalità di costituzione a livello aziendale. Si è visto come nelle aziende medio piccole l'ipotesi principale sia quella per cui i lavoratori si scelgono liberamente un proprio rappresentante d'azienda. Il comma 3, dell'art. 47 dispone, però, che ciò avvenga "di norma" e l'unica alternativa prevista per i lavoratori è quella di beneficiare dell'attività del rappresentante dell'intero territorio o comparto produttivo che comprenda anche la loro azienda. Si è visto che di fatto l'elezione diretta non si avverava quasi mai e dove avveniva, avveniva male. La previsione della supplenza da parte di un rappresentante territoriale originato a livello più alto e quindi dotato di maggior forza nei confronti delle controparti private e pubbliche è certamente positiva, ma a mio avviso devono comunque essere i lavoratori direttamente interessati a

¹⁵³ Sul punto v. P. CAMPANELLA, *I rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza*, cit., p. 401; M. LAI, *I soggetti collettivi*, cit., p. 800 ss.

¹⁵⁴ V. P. PASCUCCI, *Salute e sicurezza: dalle rappresentanze dell'art. 9*, cit., p. 668. Di "figura necessaria, promossa dallo stesso potere pubblico", che deve essere eletta o designata in tutte le aziende parlano anche F. CARINCI, *Habemus il testo unico*, cit., p. XLIV e F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Diritto del lavoro*, cit., p. 331. Per M.V. BALLESTRERO – G. DE SIMONE, *Diritto del lavoro*, cit., p. 436, la riforma ha accentuato l'istituzionalizzazione della figura del rappresentante e la natura pubblicistica dell'interesse collettivo alla sicurezza.

¹⁵⁵ V. P. PASCUCCI, *Salute e sicurezza: dalle rappresentanze dell'art. 9*, cit., p. 669. Per O. MAZZOTTA, *Manuale di diritto del lavoro*, cit., p. 466, la figura del rappresentante della sicurezza pare aver assorbito, di fatto se non dal punto di vista giuridico, le competenze delle rappresentanze ex art. 9.

¹⁵⁶ V. P. CAMPANELLA, *I rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza*, cit., p. 400.

decidere se eleggere o no un proprio rappresentante aziendale; se non vogliono o non riescono ad eleggerlo, ben venga l'iniziativa delle strutture sindacali per l'individuazione per più aziende del rappresentante territoriale o di comparto, ma a tale individuazione devono partecipare i diretti interessati delle singole aziende, scegliendo tra elezione e designazione ed attuando o l'una o l'altra¹⁵⁷. Questa partecipazione dovrebbe essere prevista dalla contrattazione collettiva, perché altrimenti si imporrebbe la presenza di soggetti, magari utili alla causa della sicurezza, ma definibili non come rappresentanti, bensì come soggetti terzi di diritto privato investiti dalla legge della tutela dei lavoratori sul terreno della salute mediante le attribuzioni e protezioni di cui all'art. 50.

Con riguardo alle imprese di maggiori dimensioni, un primo problema si ripropone negli stessi termini in cui si poneva nella vigenza del decreto n. 626/1994: è costituzionalmente legittimo imporre ai lavoratori di eleggere il loro rappresentante direttamente e al loro interno solo in assenza di rappresentanze sindacali in azienda? E se le rappresentanze "generaliste", come avviene nella maggioranza dei casi, sussistono, chi decide se il rappresentante per la sicurezza, che di esse deve far parte, deve essere nominato dai lavoratori con elezione o designazione? Alla prima domanda penso si debba rispondere come nel contesto del decreto del 1994: se vi sono le rappresentanze sindacali i lavoratori possono ancora utilizzare l'art. 9, pur con tutti i suoi limiti e senza le prerogative specifiche di cui all'art. 50, altrimenti ne verrebbe violata la libertà sindacale. Alla seconda va risposto che i lavoratori devono comunque essere coinvolti nel decidere sull'alternativa e poi nell'attuare l'elezione o la designazione, dato che solo in tal modo si può assicurare quella partecipazione che accrescere l'effettività della prevenzione.

Sempre nell'ambito delle imprese maggiori, il T.U. ripropone i problemi legati alla previsione per la quale il rappresentante dei lavoratori per la sicurezza viene eletto o designato "nell'ambito delle rappresentanze sindacali in azienda". Fermo restando che anche alla designazione devono partecipare i lavoratori interessati e che queste rappresentanze sindacali aziendali non devono per forza di cose essere le r.s.u. o le r.s.a. *ex art. 19*, rimane dubbio se il rappresentante per la sicurezza si aggiunge ai componenti della rappresentanza "generalista" o ne fa parte. La prima soluzione evidenzia la specialità della figura e la sua autonomia, evitando il sovraccarico di funzioni; la seconda rafforza il modello della rappresentanza a canale unico ed è più idonea alla composizione di eventuali dissensi o conflitti. La contrattazione collettiva ha percorso entrambe le alternative e personalmente condivido gli argomenti spesi da chi ritiene preferibile la prima¹⁵⁸. Ho già ricordato che il T.U., pur confermando la scelta generale del canale unico

¹⁵⁷ Non condivido, quindi, l'opinione per la quale, dato che il T.U. non prescrive che il rappresentante territoriale sia scelto dai lavoratori, potrebbe essere investito dell'incarico dalle strutture sindacali senza alcun coinvolgimento degli interessati (P. CAMPANELLA, *I rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza*, cit., p. 419).

¹⁵⁸ V. ancora P. CAMPANELLA, *I rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza*, cit., p. 418.

di rappresentanza, si è preoccupato del problema del sovraccarico di competenze solo per i rappresentanti della sicurezza territoriale, disponendo l'incompatibilità della loro funzione con "l'esercizio di altre funzioni sindacali operative". Anche se la forza vincolante di questa previsione sarebbe tutta da verificare, si è criticata con fondamento la sua mancata estensione alla figura di rappresentante di sito produttivo¹⁵⁹.

In conclusione, pur comprendendo l'esigenza di evitare conflitti tra lavoratori, ritengo molto serio il pericolo, autorevolmente segnalato, di lesione della libertà sindacale da parte di certe norme sulla costituzione delle rappresentanze e sulla funzione sussidiaria dei rappresentanti territoriali, potendo risultare eccessiva la loro "istituzionalizzazione" nel nome della natura pubblica e generale del bene salute¹⁶⁰. Per superarlo, nei casi davvero rari in cui gli interessati dovessero considerare non loro rappresentanti i soggetti alla cui designazione o elezione non hanno concorso, come valvola di salvezza rimane proprio il ricorso all'art. 9 dello Statuto dei lavoratori, che considero ancora vigente¹⁶¹, con conseguente diritto dei diretti interessati, nelle aziende di minori dimensioni, di eleggere sempre, e non solo "di norma" (se lo vogliono) chi li rappresenti per le questioni della sicurezza nei confronti del datore di lavoro, e nelle aziende di maggiori dimensioni di eleggere comunque il loro rappresentante, siano o no presenti le rappresentanze aziendali "generaliste". Queste vie di fuga farebbero conservare ai diretti interessati la libertà di scegliere tra le rappresentanze *ex art. 9* e quelle istituzionalizzate previste dal T.U., che perderebbero così ogni valenza di imposizione e obbligatorietà.

14. Contrattazione collettiva, organismi paritetici, partecipazione alla gestione della prevenzione

A prescindere dai problemi appena segnalati, il T.U. ha rafforzato di molto il ruolo che sul terreno della tutela della salute e sicurezza sono chiamati a svolgere i lavoratori, con le loro rappresentanze, la contrattazione collettiva ed i comitati paritetici. Si sono fatti alcuni passi in avanti nella specializzazione delle rappresentanze per la sicurezza rispetto a quelle "generaliste". Le funzioni delle rappresentanze sono state ampliate e comunque utilmente esplicitate ed articolate e tra di esse assumono particolare importanza sia quelle di tipo partecipativo, legate

¹⁵⁹ V. P. CAMPANELLA, *I rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza*, cit., p. 421.

¹⁶⁰ V. G. NATULLO, *Il quadro normativo*, cit., pp. 36 e 37 e, specie con riferimento al monopolio di rappresentatività attribuito dal legislatore, in pratica, a CGIL, CISL e UIL e basato sul loro reciproco riconoscimento, F. CARINCI, *Habemus il testo unico*, cit., pp. XLV-XLVII. P. CAMPANELLA, *I rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza*, cit., p. 407, ritiene che i problemi di libertà sindacale possano essere superati considerando che la figura del rappresentante per la sicurezza travalica il rapporto individuale di lavoro e si proietta nell'orizzonte più generale della tutela del diritto alla salute, con il quale va contemperato l'interesse collettivo del sindacato. Ma allora non è più un rappresentante, ma una sorta di tutore.

¹⁶¹ Accenna, da ultimo, ad una integrazione tra l'art. 9 dello Statuto e le norme del T.U. ora in esame L. GAETA, *Appunti dal corso di Diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 296.

ai diritti di informazione e consultazione di cui all'art. 50¹⁶², sia quelle, più tradizionali, di controllo ed iniziativa per l'elaborazione, individuazione ed attuazione delle misure di prevenzione, anche se è considerata un'occasione persa la mancata previsione di un arma giudiziaria specifica per le rappresentanze¹⁶³. Al riguardo si è ben distinto il diritto di fare ricorso alle autorità competenti, compresa l'azione giudiziaria, in caso di misure di prevenzione e protezione ritenute inadeguate, previsto ora dalla lett. o) del comma 1, dell'art. 50, del d.lgs. n. 81/2008, dal diritto di far valere le prerogative di rappresentante, per il quale rimane ferma la possibilità di utilizzare l'art. 28 St. lav¹⁶⁴.

Gli spazi riservati dal legislatore alla contrattazione collettiva si sono di molto ampliati per quanto concerne la disciplina e le funzioni dei rappresentanti dei lavoratori e dei comitati paritetici, mentre per ciò che attiene alla possibile implementazione degli standard di protezione non sono stati fatti significativi passi in avanti rispetto alla precedente regolamentazione¹⁶⁵.

Risultano ampliati, invece, i compiti assegnati agli organismi paritetici, definiti dalla lett. ee) dell'art. 2, del T.U. come "organismi costituiti ad iniziativa di una o più associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, quali sedi privilegiate per: la programmazione di attività formative e l'elaborazione e la raccolta di buone prassi ai fini prevenzionistici; lo sviluppo di azioni inerenti alla salute e alla sicurezza sul lavoro; l'assistenza alle imprese finalizzata agli adempimenti in materia; ogni altra attività e funzione assegnata loro dalla legge o dai contratti collettivi di riferimento". Si tratta di organismi liberamente costituiti ad iniziativa sindacale e caratterizzati dal fatto di non essere soggetti terzi e neutrali rispetto alle imprese ed ai lavoratori, ma espressione congiunta delle due istanze di rappresentanza degli interessi in gioco, attori della filosofia della "partecipazione equilibrata" che caratterizza il sistema di tutela della salute e sicurezza dopo la direttiva n. 89/391/CEE¹⁶⁶. Alle funzioni indicate nella lett. ee) dell'art. 2, l'art. 51 del T.U. aggiunge quelle di supportare le imprese nella individuazione di soluzioni tecniche e organizzative per migliorare la tutela della salute e sicurezza e, su richiesta delle imprese e mediante specifiche commissioni tecniche costituite al loro interno ed eventuali sopralluoghi, il rilascio di attestazioni sulla loro attività di supporto, compresa l'asseverazione della

¹⁶² Va ricordata, peraltro, anche la partecipazione alla riunione periodica di cui all'art. 35.

¹⁶³ V., ad es., G. NATULLO, *Il quadro normativo*, cit., pp. 34-35.

¹⁶⁴ Sul punto e la giurisprudenza in tal senso v. M. LAI, *I soggetti collettivi*, cit., pp. 814-815.

¹⁶⁵ Così G. NATULLO, *Il quadro normativo*, cit., pp. 38-39, che ritiene che le parti sociali potrebbero utilmente riempire gli spazi lasciati aperti dalle norme elastiche di prevenzione, intervenire con soluzioni "procedurali" sui profili dell'organizzazione del lavoro e sulla pianificazione degli investimenti per la sicurezza, introdurre soluzioni innovative per affrontare meglio rischi e patologie nuove, specie di carattere psico-fisico. Sugli spazi che potrebbero riempire le parti sociali per la prevenzione di queste ultime malattie v. R. NUNIN, *La prevenzione dello stress lavoro-correlato*, Trieste, EUT, 2012, p. 88 ss.

¹⁶⁶ V. P. PASCUCI, *Definizione, ruolo e funzioni dei "genuini" organismi paritetici in materia di salute e sicurezza sul lavoro*, in P. LOI, R. NUNIN (a cura di), *La bilateralità nel tempo a garanzia dell'artigianato*, EUT, Trieste, 2018, pp. 86-87.

adozione ed efficace attuazione dei modelli di organizzazione e gestione della sicurezza di cui all'art. 30, della quale gli organi di vigilanza possono tener conto ai fini della programmazione della loro attività (commi 2, 3, 3 *bis* e 3 *ter*). Il rilievo delle attestazioni dell'organismo paritetico e soprattutto delle sue asseverazioni non è sfuggito agli studiosi della materia: pacifico essendo che le stesse non possono impedire agli organi di vigilanza ed al giudice di verificare l'effettiva adozione e l'efficace attuazione del modello di gestione, è scontato che di esse si terrà molto conto nella valutazione dell'adempimento dell'obbligo di sicurezza, sino a poterle considerare rilevante elemento presuntivo¹⁶⁷.

15. *A dieci anni dal Testo Unico: problemi irrisolti sul piano generale e permanenti difficoltà per le rappresentanze*

Nel corso del 2018 in varie occasioni si è fatto il punto sull'attuazione del T.U. dopo dieci anni dalla sua entrata in vigore e la riflessione ha toccato anche il tema delle rappresentanze dei lavoratori.

Sul piano generale, chi più di altri è stato protagonista e studioso del decreto in esame, nel verificare la bontà dei suoi frutti, accanto ad acquisizioni molto importanti ha segnalato la presenza di varie criticità e ritardi, con conseguenti esigenze di ulteriori interventi normativi¹⁶⁸. Si è rilevato, innanzitutto, il fatto che il d.lgs. n. 81/2008 non è un testo unico, rimanendo esclusi dal nuovo sistema normativo importanti settori della vita economica: con il passare del tempo la distanza tra le regole moderne e quelle vecchie si approfondisce e aggrava; il nuovo sistema istituzionale è stato introdotto con notevoli ritardi e l'attuazione dei controlli ha acquistato poca maggior efficienza rispetto al passato; la portata innovativa e lungimirante della definizione universalistica di "lavoratore" è stata messa in crisi dalla crescita delle tipologie contrattuali flessibili, per le quali l'attuazione della disciplina sulla sicurezza richiederebbe adattamenti che, pur garantendo gli stessi livelli di protezione, riescano a tener conto della diversa contestualizzazione del lavoratore nell'organizzazione aziendale ed a sfumare il concetto di "luogo di lavoro" privandolo del connotato di realtà fisica, come avviene nella c.d. *gig economy*; la crescente competizione cui le imprese sono sottoposte nella dimensione dell'economia globale le induce ad utilizzare il

¹⁶⁷ Così P. PASCUCCI, *Definizione, ruolo e funzioni*, cit., pp. 92-94. Sul rilievo di questi compiti v. anche M. LAI, *I soggetti collettivi*, cit., p. 824. Per G. NATULLO, *Il quadro normativo*, cit., p. 38, sarebbe stato meglio attribuire a questi organismi chiari poteri di "certificazione", con possibilità di verifiche a campione da parte degli organi ispettivi. È chiaro che la norma vuole debitamente rispondere all'esigenza di collegare l'attività delle parti collettive con quella degli organismi pubblici, ma il coordinamento non è facile, come hanno dimostrato le modifiche al testo originario del decreto.

¹⁶⁸ Mi riferisco alle analisi di P. PASCUCCI, *Dieci anni di applicazione del d.lgs. n. 81/2008*, in S.M. CORSO (a cura di), *La sicurezza sul lavoro tra bilanci e prospettive a dieci anni dal testo Unico*, La Tribuna, Piacenza, 2019, e *Dopo il d.lgs. 81/2008*, cit., p. 11 ss. Per gli importanti esiti cui è giunta la contrattazione nazionale in materia v. inoltre L. ANGELINI, *Rappresentanza e partecipazione*, cit., p. 109 ss.

personale in modo sempre più intenso e flessibile, senza considerazione delle necessità formative e prevenzionali; non si è ancora preso atto dell'importanza, ai fini della prevenzione, dell'elemento dell'organizzazione e dei modelli di organizzazione e gestione della sicurezza¹⁶⁹. Se a questi limiti si aggiungono la crisi economica che proprio dal 2008 ha fermato la crescita del nostro Paese, l'attenuazione delle tutele sul piano del rapporto di lavoro e le conseguenze delle trasformazioni produttive legate allo sviluppo tecnologico si spiega come anche nel decennio appena trascorso i dati sugli infortuni sul lavoro e le malattie professionali siano rimasti praticamente immutati nella loro gravità¹⁷⁰.

Anche le rappresentanze dei lavoratori per la sicurezza, pur molto diffuse, non sono riuscite ad esercitare bene il loro ruolo, incidendo poco sull'effettiva prevenzione anche per l'insufficiente grado di formazione che ha portato scarsa loro considerazione da parte di datori di lavoro e dirigenti¹⁷¹.

In questo contesto le tre confederazioni maggiori nel gennaio 2018 hanno sottoscritto un documento unitario che tocca vari aspetti del tema della salute e sicurezza intendendo rilanciare la presenza dei rappresentanti dei lavoratori e favorire le sinergie tra di essi ed i protagonisti delle relazioni sindacali in azienda per dar vita ad una efficace contrattazione aziendale su tali aspetti. Dopo la conclusione, il 9 marzo 2018, del "Patto per la fabbrica" tra CGIL, CISL, UIL e Confindustria che, tra l'altro, ha reso totalmente elettive le r.s.u., un ulteriore accordo tra le stesse parti, parzialmente dedicato ai temi della salute e sicurezza, è stato raggiunto il 12 dicembre 2018¹⁷². Interessanti sono proprio le regole concernenti la costituzione delle rappresentanze. Per le aziende fino a 15 dipendenti o comunque prive di una rappresentanza "generalista", si prevede che siano i lavoratori a scegliere se attivare o no la procedura volta a costituire una propria rappresentanza interna (eletta o designata) e che per far questa scelta dispongano di un termine di 60 giorni, solo decorso il quale i sindacati procederanno a destinare loro un rappresentante territoriale. Per le aziende con più di 15 dipendenti, si distingue a seconda che siano presenti o no r.s.a. o r.s.u. Nel primo caso, innovando la norma pattizia precedente, si consente che le r.s.a. eleggano al loro interno il rappresentante per la sicurezza; nel secondo, si dispone che le funzioni di rappresentante per la sicurezza, che rimangono affidate ai membri delle r.s.u., siano svolte dai lavoratori che si siano espressamente candidati per svolgerle ed abbiano ottenuto il maggior numero di preferenze tra quelli eletti nella r.s.u.; in caso di mancata elezione nella r.s.u. del candidato per la sicurezza, il rappresentante viene designato dagli eletti alla r.s.u. al loro interno.

¹⁶⁹ Riprendo sempre dalla analisi di P. PASCUCCI, *supra cit.*

¹⁷⁰ Per alcune indicazioni numeriche v. M. LAI, *Rappresentanza dei lavoratori per la sicurezza e nuovi scenari del mondo del lavoro*, in P. PASCUCCI (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 202.

¹⁷¹ V. M. LAI, *Rappresentanza dei lavoratori per la sicurezza*, cit., p. 201 ss. e L. ANGELINI, *Rappresentanza e partecipazione*, cit., p. 109 ss. Il primo autore evidenzia anche le difficoltà che si pongono all'attività di tutela del rappresentante in relazione allo sviluppo dei nuovi lavori legati all'evoluzione tecnologica (p. 208 ss.).

¹⁷² Su tutti questi accordi v. *amplius* L. ANGELINI, *Rappresentanza e partecipazione*, cit., p. 111 ss.

Si è ben notato come questi recenti interventi della contrattazione collettiva intendano rafforzare i legami tra i diretti interessati alla sicurezza ed i loro rappresentanti¹⁷³. Nel caso delle aziende minori, che la scelta tra elezione diretta o utilizzo di un rappresentante territoriale esterno dovesse spettare ai diretti interessati poteva risultare già dall'interpretazione delle norme del T.U., mentre per migliorare i rapporti tra i lavoratori e il rappresentante territoriale è indispensabile costruire un complesso sistema elettorale e di interazione permanente che coinvolga i lavoratori delle aziende prive di rappresentante interno elettivo. Senza tutto ciò la concessione del termine di 60 giorni per l'elezione del rappresentante interno poco risolve il problema della qualificabilità di rappresentante di un soggetto inviato dall'esterno a tutelare i lavoratori. Nel caso delle aziende maggiori, per me rimane discutibile la scelta dell'inserimento del rappresentante per la sicurezza all'interno della r.s.u., anche se comprendo le esigenze che portano a preferire la strada già percorsa del canale unico, e cioè la necessità di legare strettamente l'attività in materia di sicurezza a quella contrattuale per evitare la creazione di organismi paralleli di rappresentanza, in possibile competizione tra loro, con effetti deleteri sul piano della tutela dei lavoratori¹⁷⁴. Condivido, tuttavia, le critiche alla soluzione prevista per l'ipotesi di mancata elezione nella r.s.u. del candidato alla sicurezza¹⁷⁵. Ad ogni modo, l'equilibrio da raggiungere, in prospettiva futura, non è facile, perché l'esigenza di preservare, in modo democratico e trasparente, il legame tra il rappresentante per la sicurezza ed i lavoratori direttamente interessati (di preservare, in altre parole, ciò che oggi può rimanere di quella che decenni or sono veniva chiamata "soggettività operaia" o "validazione consensuale") va debitamente contemperata con quella dei lavoratori stessi di disporre di efficienti rappresentanze "generaliste", democraticamente elette e collegate con le istanze sindacali superiori per la gestione di tutti i problemi legati all'occupazione, ai salari, all'organizzazione del lavoro, ecc.

Molti ritengono che il ruolo dei lavoratori, delle loro rappresentanze, dei sindacati e degli organismi paritetici all'interno dell'attuale sistema di tutela della salute e sicurezza segni il passaggio da una logica più tradizionalmente conflittuale ad un assetto tendenzialmente partecipativo¹⁷⁶. Ribadisco che bisogna distinguere l'atteggiamento conflittuale o collaborativo, che dipende da variabili sul piano dell'evoluzione socio-politica generale e dei singoli gruppi, dagli strumenti di cui i lavoratori e le loro espressioni dispongono per contribuire alle decisioni sulle varie questioni, compresa la salute e sicurezza. Su questo terreno i lavoratori, oltre che attraverso la contrattazione collettiva e l'attività degli organismi paritetici,

¹⁷³ V. L. ANGELINI, *Rappresentanza e partecipazione*, cit., p. 112, il quale rileva, però, che l'accordo poteva fare di più per incentivare le candidature nelle piccole imprese mediante la previsione di forme di aiuto e sostegno nello svolgimento delle funzioni.

¹⁷⁴ Fa propria questa esigenza M. LAI, *Rappresentanza dei lavoratori per la sicurezza*, cit., p. 205.

¹⁷⁵ Per L. ANGELINI, *Rappresentanza e partecipazione*, cit., pp. 113-114, piuttosto che rimettere alla r.s.u. la designazione, tra i suoi componenti, del rappresentante per la sicurezza sarebbe stato meglio prevedere la ripetizione delle elezioni.

¹⁷⁶ Per tutti v. G. NATULLO, *Il quadro normativo*, cit., p. 33.

“partecipano” ovvero “contribuiscono” all’attuazione delle misure di prevenzione ed alle decisioni in materia, sia individualmente, adempiendo i vari obblighi loro imposti dall’art. 20 ed usufruendo dei diritti di informazione e di formazione, sia mediante le loro rappresentanze, che possono porre in essere le attribuzioni loro assegnate (accessi, informazioni, formazione, consultazioni, formulazione di osservazioni, presenza nelle riunioni periodiche, proposte, avvertimenti, ricorso alle autorità). Si tratta, come esattamente rilevato, di una partecipazione importante, che rientra nelle ipotesi della direttiva europea, ma che rimane debole nel senso che non lambisce la “co-decisione” e la “co-responsabilità”¹⁷⁷.

16. Salute, sicurezza, rappresentanze dei lavoratori, comitati per il contenimento della diffusione del Covid-19: specializzazione, autonomia e validazione consensuale

Appena conclusa la riflessione sugli esiti della riforma attuata con il T.U. e le successive innovazioni, la pandemia da Covid-19 ha cambiato tutto. I tanti provvedimenti tesi a frenarne la diffusione e a sostenere le attività produttive e i bisogni fondamentali dei cittadini hanno toccato innumerevoli aspetti del diritto e della vita sociale, primo fra tutti il diritto del lavoro, su cui gli studiosi si sono impegnati con immediato vigore¹⁷⁸. Il tema della salute e sicurezza, come ben si può capire, è stato tra quelli più rilevanti sia sul terreno pratico che su quello teorico, divenendo un aspetto di primo piano all’interno del diritto del lavoro, come forse non lo è stato mai.

Il punto concreto generale per me più rilevante è che la pandemia ha fatto inevitabilmente passare in secondo piano l’attenzione nei confronti degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali “tradizionali” rispetto a quella rivolta ad una situazione pandemica così tragica ed impressionante. Nei luoghi e nelle attività di lavoro, poi, la “tradizionale” attenzione, cautela e vigilanza, oltre alla stessa organizzazione del lavoro, hanno dovuto tener conto anche delle esigenze e delle specifiche e minute regole tese a combattere la diffusione del virus, e la situazione che si è creata non deve aver fatto bene alla prevenzione dei rischi “tradizionali”, dato che gli infortuni, anche mortali, si sono ripetuti pur nel periodo di sospensione totale o parziale di molte attività economiche.

La disciplina emergenziale in tema di salute e sicurezza è molto vasta ed ha posto numerosi problemi interpretativi sia per il frenetico succedersi di innovazioni

¹⁷⁷ Richiamo ancora l’importante contributo di E. ALES, *La partecipazione (bilanciata) nello Statuto dei lavoratori*, cit., p. 22 ss.

¹⁷⁸ Tra le varie riflessioni collettive sui vari aspetti dell’esperienza giuridica toccati dall’epidemia consentitemi di ricordare quelle raccolte dai miei colleghi dell’ex Facoltà di Giurisprudenza triestina, di cui ho fatto parte per vari decenni, nel volume *Virus in fabula. Diritti e istituzioni ai tempi del covid-19*, a cura di G.P. DOLSO, M. D. FERRARA E D. ROSSI, Eut, Trieste, 2020. Sui temi strettamente lavoristici ricordo l’instant book della Consulta Giuridica della CGIL n. 1-2020 *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, a cura di O. BONARDI, U. CARABELLI, M. D’ONGHIA E L. ZOPPOLI e gli scritti raccolti nel *Focus: il welfare al tempo della crisi*, in “Rivista del diritto della sicurezza sociale”, 2/2020.

ed abrogazioni¹⁷⁹ che per il necessario coordinamento con le norme “generalì” del sistema¹⁸⁰.

Qui mi voglio soffermare solo sugli aspetti che toccano il ruolo della contrattazione e delle parti sociali. A mo’ di conclusione di questo scritto mi verrebbe da dire: alla fine hanno vinto il sindacato e la contrattazione, ma anche la considerazione della necessità che ai sistemi di protezione partecipino effettivamente anche i lavoratori direttamente interessati nell’ottica di una rinnovata e moderna “soggettività operaia” o “validazione consensuale”.

Mi spiego. La disciplina emergenziale ha posto la disciplina pattizia al primo posto della strumentazione prevenzionistica diretta a tutelare dal Covid-19 i lavoratori addetti alle attività produttive industriali e commerciali. I vari decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri che si sono succeduti in questi mesi dispongono, in vero, che in tutto il territorio nazionale le menzionate attività debbano rispettare non solo le prescrizioni generali racchiuse nei decreti stessi e rivolte all’intera popolazione, ma anche quelle contenute nei Protocolli condivisi “di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus COVID-19 negli ambienti di lavoro”. Si tratta del Protocollo sottoscritto tra Governo e sindacati dei lavoratori e dei datori di lavoro il 14 marzo, poi modificato e firmato nuovamente il 24 aprile 2020, seguito poi da altri Protocolli per i cantieri, i trasporti e la logistica, allegati agli stessi d.P.C.M, l’ultimo dei quali è del 24 ottobre scorso. I Protocolli si autodefiniscono “documenti” che contengono “linee guida condivise tra le Parti per agevolare le imprese nell’adozione di protocolli di sicurezza anti-contagio”. Per i Protocolli, le attività industriali e commerciali che le norme generali consentono di proseguire devono svolgersi in modo da assicurare alle persone che lavorano adeguati livelli di protezione dal virus e questo obiettivo va perseguito con l’utilizzo degli ammortizzatori sociali, con il ricorso al lavoro agile, con soluzioni organizzative straordinarie, con la riduzione e sospensione temporanea dell’attività e con l’applicazione delle norme contenute nei decreti e nei Protocolli.

¹⁷⁹ Sulle quali v. specialmente P. PASCUCCI, *Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro: novità e conferme nello ius superveniens del d.P.C.M. 22 marzo 2020 e soprattutto del d.l. n. 19/2020*, in questa “Rivista”, 2020, 1, I, p. 117 ss.; A. BELLAVISTA, *Normativa emergenziale e diritti fondamentali*, in O. BONARDI, U. CARABELLI, M. D’ONGHIA, E L. ZOPPOLI (a cura di), *Covid 19 e diritti dei lavoratori*, cit., p. 44. ss; R. NUNIN, *Brevi note in tema di tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro nel contesto dell’emergenza sanitaria da Covid 19*, in G.P. DOLSO, M. D. FERRARA, D. ROSSI (a cura di), *Virus in fabula*, cit., p. 330.

¹⁸⁰ Per questo aspetto v. in particolare A. MARESCA, *Il rischio di contagio da Covid-19 nei luoghi di lavoro: obblighi di sicurezza e art. 2087 c.c. (prime osservazioni sull’art. 29 bis della l. n. 40/2020)*, in questa “Rivista”, 2020, 2, I, p. 5 ss. e G. NATULLO, *Covid 19 e sicurezza sul lavoro: nuovi rischi, vecchie regole?*, in “WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”. IT – 413/2020”, p. 10 ss., che peraltro ritiene che le “vecchie regole” sarebbero state sufficienti ad affrontare i problemi posti dalla pandemia per la sicurezza dei lavoratori. A mio avviso è stato meglio dotarsi di norme specifiche ed è fondato pensare che sia stato più facile adottarle ed attuarle inserendole nel sistema complessivo di principi e regole esistenti, risultati molto utili nella vicenda pandemica (in questo senso v. S. BELLOMO, *Il lavoro nella fase 2: il complesso degli obblighi di sicurezza tra normativa dell’emergenza, protocolli sindacali e indicazioni operative. Presentazione*, in questa “Rivista”, 2020, II, p. 49 ss.

Il Protocollo del 24 aprile 2020 contiene varie misure di precauzione anti contagio che le imprese sono tenute ad "adottare" e "applicare" insieme a quelle contenute nei decreti, "da integrare con altre equivalenti o più incisive secondo le peculiarità della propria organizzazione, *previa consultazione delle rappresentanze sindacali aziendali*". Le misure riguardano l'informazione, le modalità di ingresso in azienda da parte del personale e dei fornitori esterni, la pulizia e sanificazione, le precauzioni igieniche personali, i dispositivi di protezione individuale, la gestione degli spazi comuni, l'organizzazione aziendale (turni, trasferte, smart work), orari di entrata e uscita, spostamenti interni, riunioni, gestione dei sintomatici, sorveglianza sanitaria). Alcune di queste misure (chiusura di reparti, riduzione dei livelli produttivi, smart working, ferie arretrate, ecc.) potranno essere adottate dalle imprese "*favorendo accordi con le rappresentanze sindacali aziendali*" (v. punto 8).

Le misure previste dal Governo e dalle parti sociali nei Protocolli condivisi dovrebbero, dunque, agevolare l'adozione di più specifiche misure a livello aziendale ad opera delle imprese stesse, dopo la consultazione delle rappresentanze sindacali aziendali, ovvero ad opera delle imprese e delle rappresentanze sindacali aziendali tramite appositi accordi; una volta adottate, tali misure vanno applicate.

Il considerevole rilievo assunto dalla contrattazione collettiva e dal sindacato nell'ambito della strumentazione per contrastare la diffusione del Coronavirus negli ambienti di lavoro trova, poi, un deciso riscontro laddove i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri ed il legislatore hanno, da un lato, espressamente attribuito alle norme dei Protocolli condivisi forza normativa di carattere generale, facendole così superare con un balzo i limiti propri della loro origine pattizia¹⁸¹; dall'altro, disposto che con l'applicazione delle prescrizioni contenute nei vari protocolli e con l'adozione e il mantenimento delle misure ivi previste i datori di lavoro adempiono all'obbligo di sicurezza di cui all'art. 2087 c.c. (art. 29 *bis* del d.l. n. 23/2020, convertito in l. n. 40/2020), con conseguente notevole maggior grado di certezza circa gli obblighi da osservare da parte dei datori di lavoro ed esclusione di eventuali obblighi innominati¹⁸².

¹⁸¹ La questione ormai è del tutto pacifica e non occorre che riprenda qui gli specifici dati normativi che la rendono tale, se non per dire che anche il d.P.C.M. del 24 ottobre 2020 ripete che "tutte le attività produttive industriali e commerciali" devono rispettare i protocolli condivisi stipulati per i rispettivi settori (v. P. PASCUCCI, *Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro*, cit., pp. 123-124; A. LASSANDARI, *Rapporti sospesi e modelli crollati?*, in "Lavoro e diritto", 2/2020, p. 169; S. BOLOGNA, M. FAIOLI, *Covid-19 e salute e sicurezza nei luoghi di lavoro. La prospettiva intersindacale*, in "Rivista del diritto della sicurezza sociale", 2/2020, p. 384; P. TULLINI, *Tutela della salute dei lavoratori e valutazione del rischio biologico: alcune questioni giuridiche*, ivi, p. 344; R. NUNIN, *Brevi note in tema di tutela della salute*, cit., p. 337; S. GIUBBONI, *Covid-19: obblighi di sicurezza, tutele previdenziali, profili riparatori*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"- IT, 417/2020, p. 4). Le norme dei Protocolli avrebbero avuto comunque efficacia generale in quanto appartenenti a contratti di gestione per R. RAINONE, *La tutela della salute e della sicurezza nella contrattazione collettiva dell'emergenza*, in questa "Rivista", 2020, 2, II, pp. 74-75.

¹⁸² Per tutti v. S. GIUBBONI, *Covid-19: obblighi di sicurezza*, cit., p. 11; R. NUNIN, *Brevi note in tema di tutela della salute*, cit., p. 338; R. RAINONE, *La tutela della salute e della sicurezza*, cit., p. 76; E.E. BOCCAFURNI, *L'art. 2087 c.c. e il valore del protocollo sindacato-azienda nella definizione del perimetro della responsabilità datoriale*, in questa "Rivista", 2020, 2, II, p. 64 ss.; L. ROCCHI, *Art. 2087 c.c.: principio della massima sicurezza esigibile e rischio da contagio*, in questa "Rivista", 2020, 2, II, p. 57 ss.

La disciplina negoziale è considerata “il punto di riferimento più avanzato ed organico a tutela della salute”¹⁸³. L’opinione va condivisa, anche perché vi è un punto del Protocollo del 24 aprile che fa vibrare le corde a chi ha ripercorso i tormentati sentieri delle rappresentanze dei lavoratori per la sicurezza muovendo dall’emersione della logica della soggettività operaia e della non delega. A pagina 3, nelle premesse, si legge, infatti, che, “ferma la necessità di dover adottare rapidamente un Protocollo di regolamentazione per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus che preveda procedure e regole di condotta, va favorito il *confronto preventivo* con le rappresentanze sindacali presenti nei luoghi di lavoro, e per le piccole imprese le rappresentanze territoriali come previsto dagli accordi interconfederali, affinché *ogni misura adottata possa essere condivisa e resa più efficace dal contributo di esperienza delle persone che lavorano*, in particolare degli RSL e degli RLST, tenendo conto della specificità di ogni singola realtà produttiva e delle situazioni territoriali”. Nella primavera scorsa il diffondersi dell’epidemia e la necessità di proseguire alcune attività produttive imponevano, dunque, una veloce adozione ed attuazione dei protocolli, ma si sarebbe comunque dovuto, per rendere efficaci le loro previsioni, o concordarle con le rappresentanze dei lavoratori direttamente coinvolti, o comunque tener conto in via preventiva delle esigenze da loro fatte valere direttamente o indirettamente. Non so cosa sia successo di fatto nei mesi trascorsi¹⁸⁴, ma lo spunto fa indubbiamente riaffiorare l’importanza della soggettività di chi lavora nella prevenzione dei rischi.

Le sorprese non sono finite. Il punto 13 del Protocollo condiviso del 24 aprile 2020 prevede la costituzione nelle aziende di un “*Comitato per l’applicazione e la verifica delle regole del protocollo di regolamentazione* con la partecipazione delle rappresentanze sindacali aziendali e del RLS” e, “laddove, per la particolare tipologia di impresa e per il sistema delle relazioni sindacali, non si desse luogo alla costituzione di comitati aziendali”, si ipotizza l’istituzione, in sua vece, di un “Comitato territoriale composto dagli Organismi Paritetici per la salute e la sicurezza, laddove costituiti, con il coinvolgimento degli RSLT e dei rappresentanti delle parti sociali”, con l’aggiunta che, a livello territoriale o settoriale, ad iniziativa delle organizzazioni firmatarie del Protocollo, possono essere costituiti “comitati per le finalità del Protocollo, “anche con il coinvolgimento delle autorità sanitarie locali e degli altri soggetti istituzionali coinvolti nelle iniziative per il contrasto della diffusione del COVID19”

Le parti firmatarie del Protocollo condiviso dell’aprile scorso auspicano, dunque, la costituzione di comitati per l’applicazione e la verifica delle norme dei vari protocolli e ne delineano tre forme a seconda del livello, dei loro componenti e delle loro funzioni. La prima, di livello aziendale, prevede la presenza nel comitato, dal lato dei lavoratori, delle rappresentanze sindacali aziendali e del

¹⁸³ V. A. LASSANDARI, *Rapporti sospesi e modelli crollati?*, cit., p. 168.

¹⁸⁴ Sul contenuto dei protocolli, anche aziendali, v. P. PASCUCCI, *Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 109 ss.; S. BOLOGNA, M. FAIOLI, *Covid-19 e salute e sicurezza*, cit., p. 379 ss.; R. NUNIN, *Brevi note in tema di tutela della salute*, cit., p. 333 ss.

rappresentante dei lavoratori per la sicurezza; non viene detto, ma mi pare scontato, che a questi soggetti possono aggiungersi anche le strutture territoriali dei sindacati aderenti alle parti firmatarie del Protocollo. Dal lato dei datori di lavoro non vi è alcuna prescrizione, con la conseguenza che potranno far parte del comitato lo stesso datore o i rappresentanti che vorrà includere, dirigenti, tecnici, responsabili o componenti del servizio di Prevenzione e Protezione, il medico competente, ecc. Per il discorso che qui sto facendo è rilevante la volontà delle parti di dare autonomia al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, anche se si tratta di un'autonomia parziale, dato che, per godere delle prerogative e tutele di cui all'art. 50 del d.lgs. n. 81/2008, il rappresentante, oltre che eletto dai lavoratori al loro interno, può anche essere "eletto o designato dai lavoratori nell'ambito delle rappresentanze sindacali in azienda" (art. 47, commi 3 e 4)¹⁸⁵.

La seconda forma di comitato è di livello territoriale ed assume carattere sussidiario ed alternativo rispetto a quello aziendale: in assenza di comitati aziendali, si possono costituire comitati territoriali composti dagli Organismi paritetici di cui all'art. 2, lett. ee), del d.lgs. n. 81/2008, se esistenti, con il coinvolgimento degli RLST e delle parti sociali. Non è chiaro se la presenza degli Organismi paritetici di cui al T.U. sia necessaria, ma penso di no, perché pattiziamente è possibile comunque dar vita a qualsiasi tipo di comitato con le prerogative previste dal Protocollo, purché riconosciuto dai soggetti firmatari dello stesso. Non è chiaro nemmeno cosa si intenda per "coinvolgimento" del RLST e delle parti sociali, mentre per i comitati aziendali si usa il termine "partecipazione" delle r.s.a. o r.s.u. e del RLS. Poiché per l'art. 51 del T.U. l'Organismo paritetico di cui all'art. 2, lett. ee), può essere costituito solo a livello territoriale, se in un determinato territorio è stato effettivamente costituito, sarebbe possibile identificare un comitato territoriale anti Covid-19 per lo stesso territorio con l'esistente Organismo paritetico, dovendo il comitato territoriale semplicemente operare *rapportandosi* con le parti sociali ed il RLST. L'ipotesi dipende dalla volontà delle parti sociali e dal loro giudizio sui componenti dell'Organismo paritetico. Se, invece, quest'ultimo non esiste, è importante segnalare la ribadita autonomia del rappresentante territoriale dei lavoratori per la sicurezza, che deve far parte del comitato territoriale insieme con le parti sociali¹⁸⁶.

La terza forma di comitato è di livello territoriale o settoriale, ma è una forma libera, nel senso che non se ne indicano i componenti "necessari": è sufficiente l'iniziativa dei firmatari del Protocollo condiviso e può prevedere "il coinvolgimento" delle istituzioni chiamate a contrastare la diffusione del virus, quali possono essere i Prefetti, la Protezione civile, ecc. Questo nesso è molto

¹⁸⁵ L'esplicita menzione del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza tra i soggetti che partecipano al comitato dal lato dei lavoratori è ritenuta una importante novità da C. FRASCHERI, *Il Comitato previsto dal Protocollo condiviso del 14 marzo, integrato il 24 aprile. Dalla fase 1...al futuro*, in "Bollettino Adapt", n. 10/2020, p. 9.

¹⁸⁶ Sulle esperienze dei comitati territoriali composti dai soli rappresentanti delle parti sociali, in difetto di Organismi paritetici e di RLST, v. ancora C. FRASCHERI, *Il Comitato previsto dal Protocollo*, cit., pp. 10-13.

importante, perché poco praticato dal legislatore ed in certe occasioni praticato male (ricordo quanto detto all'inizio sul sistema abbozzato dalla riforma sanitaria del 1978)¹⁸⁷.

La previsione di quest'ultima forma di comitato ammette qualsiasi tipo di composizione per i comitati territoriali e settoriali, facendo salva solo l'iniziativa sindacale e comprendendo, a mio parere, anche un controllo dei firmatari sul risultato della loro iniziativa, e cioè sulla composizione dell'organismo, che alla fine deve comunque essere riconosciuto dalle parti firmatarie del Protocollo condiviso come appartenente al complessivo sistema anti Covid-19 da esse creato, anche solo per svolgere attività relative alle "finalità del Protocollo". D'altra parte, se vi è questo riconoscimento, sono possibili comitati a forma libera, o comunque organismi paritetici di vario tipo, anche di livello aziendale e per lo svolgimento delle medesime attività.

Il discorso sin qui fatto è importante, perché a questi vari organismi il Protocollo condiviso attribuisce compiti diversi che vanno poi coordinati con quelli propri del datore di lavoro e da questi assunti o di comune accordo con i rappresentanti dei lavoratori o comunque dopo averli consultati, come sopra indicato. Ci si deve subito chiedere se i compiti attribuiti ai primi due tipi di comitati siano diversi da quelli conferiti al terzo tipo. I primi sono costituiti "per l'applicazione e la verifica delle regole del protocollo di regolamentazione", mentre i secondi possono essere costituiti "per le finalità del Protocollo". Forse la differenza vale per l'ipotesi di presenza, nei comitati del terzo tipo, di soggetti istituzionali, che potrebbero essere chiamati a verificare l'idoneità e l'attuazione nelle singole aziende delle regole del protocollo: in questo caso non si è voluto attribuire compiti di applicazione e verifica, ma solo funzioni più genericamente connesse alle finalità del protocollo, per evitare possibili incompatibilità. Se non vi è tale presenza, i compiti potrebbero essere anche di applicazione e verifica.

Ma "applicazione" e "verifica" cosa significano precisamente a mente di quanto disposto dal Protocollo del 24 aprile? Al riguardo sono state criticate le scelte di costituire comitati regionali con soli compiti di "verifica", simili a quelli di vigilanza, mentre il Protocollo del 20 aprile attribuisce anche compiti di attuazione delle misure, nell'ambito di una "collaborazione" a cui sono chiamati i rappresentanti dei lavoratori presenti nel comitato¹⁸⁸. A me pare che un conto sia l'"adozione" dei protocolli di sicurezza aziendali anti Covid-19 a cui le singole imprese sono chiamate a dar vita sulla scorta delle Linee guida condivise di cui al protocollo del 24 aprile, un conto l'"applicazione" delle regole contenute nel Protocollo del 24 aprile e nei protocolli aziendali ed un conto la "verifica" del loro concreto rispetto. L'"adozione" è compito e responsabilità delle imprese, che

¹⁸⁷ Sull'importanza di questi comitati locali "a forma libera", specie per la soluzione "tripartita" di problemi non completamente risolti a livello di regolazione nazionale (gestione dei lavoratori fragili, uso di test sierologici, scarsa disponibilità di tamponi per il rientro al lavoro dei dipendenti contagiati) v. C. FRASCHIERI, *Il Comitato previsto dal Protocollo*, cit., pp. 13-14.

¹⁸⁸ V. ancora C. FRASCHIERI, *Il Comitato previsto dal Protocollo*, cit., p. 12.

devono previamente sentire le rappresentanze sindacali aziendali ovvero, per le materie di cui al punto 8, far propri i risultati di accordi con le rappresentanze stesse. L'“applicazione” delle regole o misure implica la loro attuazione concreta, quotidiana, nei luoghi e nell'organizzazione del lavoro, e non può che competere ancora all'impresa e a tutti i soggetti protagonisti della tutela della sicurezza che possono incidere di fatto sulla stessa, ma non a comitati che possono essere lontani dall'agire quotidiano. Forse qui “applicare” significa proprio “adottare”, e cioè determinare disposizioni più specifiche a livello aziendale dando vita ai protocolli di sicurezza anti contagio che attuano quello del 24 aprile. Il che mi pare del tutto normale in un contesto di forte partecipazione degli interessati: la specificazione delle regole del Protocollo dell'aprile può avvenire non solo unilateralmente (ma previa consultazione delle rappresentanze sindacali aziendali), e non solo “bilateralmente” tramite accordi tra l'impresa e queste ultime, ma anche per mezzo delle decisioni prese dal comitato. In questo caso, se si è d'accordo, la partecipazione può lambire la “co-decisione”. Si tratterebbe di una versione del tutto volontaria della partecipazione, ma anche un po'istituzionalizzata, perché l'osservanza di queste misure integra l'adempimento dell'obbligo di sicurezza. È chiaro, infine, che l'attività di verifica delle regole è alternativa ai controlli ed alle ispezioni che competono ad altri soggetti.

Le regole contenute nei protocolli condivisi o poste in essere dai comitati di cui si è appena parlato, con la loro forza normativa e rilevanza esplicita ai fini dell'obbligo di sicurezza, contribuiscono, a mio avviso, a semplificare la soluzione della questione, davvero importante e di notevole interesse per le sue conseguenze, se il contagio da coronavirus sia un rischio generico estraneo all'organizzazione dell'impresa e all'obbligo di sicurezza *ex art.* 2087 c.c. (tranne che nei servizi sanitari, nei laboratori, ecc.) ovvero un rischio generico aggravato dalla circostanza dello svolgimento di attività lavorativa all'interno di una struttura che prevede la compresenza di più soggetti, rientrando nell'obbligo di sicurezza con conseguente obbligo di aggiornamento del documento di valutazione dei rischi¹⁸⁹. A me pare che il rischio da Covid-19, pur essendo un rischio esterno/generale e non direttamente e strettamente aziendale, si trasforma in rischio generico aggravato, interno, per i lavoratori che possono esserne esposti, con la conseguenza che deve essere valutato dal datore di lavoro come un rischio anche aziendale e, quindi, specifico; non può scordarsi, tuttavia, che le norme anti Covid-19 che il datore di lavoro deve osservare per essere adempiente all'obbligo di sicurezza sono quelle

¹⁸⁹ Nel primo senso v., ad es., P. PASCUCCI, *Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra “raccomandazioni” e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale?*, in questa “Rivista”, 2019, 2, I, pp. 99-106 e *Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 129 ss.; C. LAZZARI, *Per un (più) moderno diritto della salute e della sicurezza sul lavoro: primi spunti di riflessione a partire dall'emergenza da Covid-19*, ivi, 2020, 1, I, p. 140; A. MARESCA, *Il rischio di contagio da Covid-19*, cit., p. 6 ss.; nel secondo P. TULLINI, *Tutela della salute dei lavoratori*, cit., p. 337 ss.; S. GIUBBONI, *Covid-19: obblighi di sicurezza*, cit., p. 4 ss.; A. LASSANDARI, *Rapporti sospesi e modelli crollati?*, cit., p. 168 e la dottrina conforme ivi citata; G. NATULLO, *Covid 19 e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 11 ss.; R. NUNIN, *Brevi note in tema di tutela della salute*, cit., p. 333. Per l'obbligo di aggiornare il documento di valutazione dei rischi v. S. BOLOGNA, M. FAIOLI, *Covid-19 e salute e sicurezza*, cit., p. 382 ss.

dei vari d.P.C.M. e quelle formalizzate nei Protocolli condivisi dei vari livelli, già specificate e precise, le quali, una volta “adottate”, devono poi solo essere “applicate”, senza bisogno di ulteriori formalizzazioni. Lo specifico aggiornamento del documento di valutazione dei rischi non mi sembra, dunque, necessario, almeno in teoria e salvo che non vi sia qualche aspetto organizzativo o comportamentale che richieda una ulteriore formalizzazione: il che potrebbe essere rivelato solo dall’esperienza concreta¹⁹⁰.

È inutile preconizzare quanto di questo sistema di protezione anti virus potrà rimanere dopo la fine dell’epidemia. Sarebbe, comunque, auspicabile che non vengano dispersi gli spunti nel senso della permanenza di un ruolo importante del sindacato, dell’autonomia delle rappresentanze per la sicurezza, della “validazione consensuale” e della non delega¹⁹¹

Abstract

In occasione dei 50 anni dello Statuto dei lavoratori, lo scritto ripercorre il tema del coinvolgimento dei lavoratori nella definizione ed attuazione delle misure di prevenzione della loro salute e sicurezza. Nell’attuale pandemia da Covid-19, le precauzioni da adottare per scongiurare il diffondersi dei contagi nei luoghi di lavoro riservano uno spazio molto rilevante alla contrattazione collettiva, alle rappresentanze per la sicurezza ed agli organismi bilaterali, così attribuendo nuova potenziale vitalità al sindacato e inaspettata attualità ad un possibile protagonismo dei lavoratori direttamente interessati. Non è dato prevedere, tuttavia, se le previsioni sul piano normativo si tradurranno nella prassi quotidiana e se riusciranno ad estendersi anche oltre i confini della lotta al Covid-19.

On the occasion of the 50th anniversary of the Workers’ Statute, the writing resumes the issue of employees involvement in the definition and implementation of measures to protect their health and safety. In the current Covid-19 pandemic, the precautions to be taken to avoid the spread of infections in te workplaces reserve a very big space for collective bargaining, safety representatives and bilateral bodies, thus living a new potential vitality to the unions and unexpected actuality to the employees directly involved. However, it cannot be predicted whether the rules will translate into daily practise and whether will be able to extend even beyond the borders of the fight against Covid-19.

Parole chiave

Sicurezza, lavoro, rappresentanze, contrattazione collettiva, Covid-19, partecipazione

Keywords

Safety, work, representatives, collective bargaining, Covid-19, participation

¹⁹⁰ Su queste premesse L. ROCCHI, *Art. 2087 c.c., cit.*, p. 56 ss., ritiene non necessaria la modifica del documento in parola.

¹⁹¹ Che anche in questo periodo, malgrado tutto, il sindacalismo confederale storico sia vivo e vitale è ribadito da L. MARIUCCI, *Giuslavorismo e sindacati nell’epoca del tramonto del neoliberalismo*, in “WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT – 407/2020”.



La tutela della “gente di mare” tra codici e assicurazione obbligatoria contro gli infortuni nel T.U. 31 gennaio 1904, n. 51**

di Maria Morello*

SOMMARIO: 1. I precedenti. – 2. La “particolare” tutela del lavoratore marittimo nell’evoluzione della disciplina: i Codici. – 3. La “gente di mare” beneficiaria dell’assicurazione nella disciplina del T.U. n. 51/1904 – 4. Causa violenta e occasione di lavoro: l’interpretazione riguardo alla gente di mare. – 5. L’art. 22, T.U. n. 51/1904 e il Codice di commercio del 1882.

1. I precedenti

Per il fine che questo studio si propone, si cercherà, concentrando l’attenzione esclusivamente sulla “gente di mare”, di tracciare sia pure per cenni sintetici un profilo delle fasi iniziali di sviluppo della disciplina assicurativa per gli infortuni sul lavoro nella navigazione marittima, così come stabilita nel nostro ordinamento dal T.U. approvato con r.d. 31 gennaio 1904, n. 51, che possa garantirci, da una parte, l’individuazione dell’esistenza o meno di caratteristiche fondamentali e costanti nel tempo, dall’altra, l’instaurarsi di rapporti, sotto il profilo assicurativo, tra le regole di tutela del lavoro marittimo e quelle create per il “lavoro comune”, vale a dire, tutto il lavoro diverso (“lavoro a terra” o “lavoro industriale”) da quello svolto dal personale navigante.

Per un’indagine storica, punto di partenza pressoché obbligatorio, secondo la dottrina¹ di gran lunga preminente, è l’*Ordonnance de la marine* emanata nel 1681 da Luigi XIV, che, per l’organicità e la compiutezza della sistemazione, costituisce il prototipo delle moderne codificazioni di diritto marittimo. Legata al nome e al disegno mercantile di Colbert, non limitata alla pura e semplice raccolta delle norme in vigore ed alla loro semplificazione, ma rivolta ad introdurre profonde innovazioni, questa compilazione, coordinando precedenti ordinanze (del 1517,

* Maria Morello è professore a contratto in Storia del diritto italiano, all’Università degli Studi di Urbino Carlo Bo. maria.morello@uniurb.it

** Il saggio è stato preventivamente assoggettato alla procedura di referaggio prevista dalle regole editoriali della Rivista.

¹ Tra i tanti v. A. BRUNETTI, *Diritto marittimo privato italiano*, I, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1929, p. 93; D. GAETA, *Le fonti del diritto della navigazione*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 81 ss.

1543, 1555, 1584 e 1629) e utilizzando molte consuetudini², specie quelle dei porti occidentali e del Nord, ha raccolto in un'unica legge dello Stato³ sia le disposizioni sull'amministrazione della marina sia le consuetudini mercantili, che comprendevano svariate regole sull'arruolamento marittimo. Precedentemente, infatti, tutta la disciplina privatistica si basava proprio su tali consuetudini che, oltre al tema dell'arruolamento, prendevano in esame quello dei salari, delle mansioni dell'equipaggio, della disciplina di bordo, del trattamento in caso di malattia, di infortunio e di morte del marinaio.

Con l'*Ordonnance* sulla marina, in definitiva, si perseguiva l'intento di unificare una materia di portata sovranazionale, destinata ad avere un successo duraturo, sia come fonte del diritto comune marittimo europeo, sia come fonte del secondo libro del Codice di commercio napoleonico, dedicato appunto al commercio marittimo⁴.

L'affermarsi delle grandi monarchie, degli Stati centralizzati e la formazione delle grandi potenze contribuirono allo sviluppo dei diritti nazionali, ridimensionando le consuetudini che, se pur inizialmente conservate, con il tempo subirono le modifiche necessarie, in risposta alle emergenti esigenze di ogni singola realtà⁵.

Sull'esempio dell'*Ordonnance de la marine*, altri Stati si dotarono di una legislazione marittima nazionale, finché si giunse al Codice di commercio napoleonico, emanato il 25 settembre 1807 ed entrato in vigore il 1° gennaio 1808, con il quale si è, nuovamente, operata la separazione legislativa tra la

² Un cospicuo contributo alla formazione dell'*Ordonnance* è stato apportato dalle consuetudini di Marsiglia del sec. XVII. Non va dimenticato inoltre che la Francia si affacciava su due bacini tra loro diversi per norme marittimistiche applicate, il Mediterraneo – con la tradizione del *Consolato del mare* – e quello del Mar del Nord, con diverse tradizioni e compilazioni di regole.

³ L'*Ordonnance* tiene ampiamente conto della legislazione allora vigente in Francia, compreso il *Guidon de la mer*, compilazione forse redatta a Rouen alla fine del XVI secolo. Questa comprende venti capitoli, quasi tutti suddivisi in articoli di varia estensione, in cui sono trattati, anche se senza sistematicità, molti argomenti fondamentali, come le avarie, le soste nei porti, le confische delle navi, il prestito marittimo, ecc.; ma la parte più interessante si trova nei capitoli XII-XVII ed è quella dedicata alla materia assicurativa. Sulle tracce del *Guidon*, l'*Ordonnance*, unificando le norme pubblicistiche e quelle privatistiche, perviene ad una vera e propria codificazione d'impronta nazionalistica. Cfr. M. CHIAUDANO, voce *Guidon de la mer*, in "Novissimo digesto italiano", vol. VIII, Torino, UTET, 1962, p. 78 ss.; G.S. PENE VIDARI, *Il contratto d'assicurazione nell'età moderna*, Estratto da: *L'assicurazione in Italia fino all'Unità. Saggi storici in onore di E. Artom*, Milano, Giuffrè, 1975, p. 311; A. LA TORRE, *Cinquant'anni col diritto (Saggi)*, vol. II, *Diritto delle assicurazioni*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 80; E. SPAGNESI, *Il codice della navigazione. Una vicenda giuridica speciale*, Pisa, Edizioni Il Campano, 2014, p. 27; A. XERRI SALAMONE, *Consuetudini e tradizione nella formazione del diritto marittimo uniforme*, in "Trasporti: diritto economia politica", n. 108/2009, p. 39.

⁴ Per approfondimenti, v. I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 123 ss.; A. LEFEBVRE D'OVIDIO, *Manuale di diritto della navigazione*, Milano, Giuffrè, 2019, p. 20.

⁵ Per tutti vedi M. CARAVALE, *Storia del diritto nell'Europa moderna e contemporanea*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2012, p. 236 ss.; R. FERRANTE, *Giusnaturalismo, illuminismi, codificazioni*, in AA.VV., *Tempi del diritto. Età medievale, moderna, contemporanea*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 249 ss.; A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Bologna, il Mulino, 2007, p. 489 ss.

materia pubblicistica della navigazione (stralciandone la parte ricompresa nell’*Ordonnance*) e quella privatistica: in effetti, il secondo libro del Codice napoleonico riproduce in modo quasi testuale le sole norme di diritto privato contenute nell’*Ordonnance*⁶ (cui furono aggiunte in seguito le leggi del 1841 sulla responsabilità degli armatori e del 1874 sull’ipoteca navale)⁷.

Questo Codice rappresentava una sistemazione assai pregevole della materia ed era destinato a fungere da modello per quasi tutte le legislazioni europee⁸, che procedettero, quindi, ad uno smembramento della normativa in materia, contenendo tutta una serie rilevante di regole sull’arruolamento dei marittimi, destinate a mantenere una notevole stabilità nel tempo⁹. In proposito si ricordano, tra le altre, le specifiche tutele in materia salariale per il caso d’infortunio o malattia, o quelle in tema di congedo anticipato senza legittima causa, rinvenibili nel suddetto Codice di commercio, introdotto in Italia, per ragioni storiche ben note, da Napoleone in base al decreto di Bajona del 17 luglio

⁶ L’*Ordonnance* aveva avuto un peso notevole, tanto da avvicinare il *code* – quantomeno in alcune sue parti, e in specie nel suo libro secondo – al modello “consolidazione”. In altri termini la componente “nuovo diritto” non era presente in modo uniforme, e in alcune parti di questo codice mancava proprio. Così R. FERRANTE, *Codificazione e Lex mercatoria: il diritto marittimo del secondo libro del Code de commerce (1808)*, in *Tra diritto e storia. Studi in onore di Luigi Berlinguer promossi dalle Università di Siena e di Sassari*, t. I, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2008, p. 1100. In realtà – come ha rilevato Desjardins – tra l’*Ordonnance* ed il libro II del codice di commercio il divario era enorme: i compilatori della prima riuscirono a realizzare un capolavoro da una congerie di regolamenti mediocri, di testi già superati e contraddittori; quelli del codice che avevano tra le mani un capolavoro, pur eliminando alcune disposizioni ritenute superflue, lo trascrissero in maniera grossolana e lo mutilarono. Vedi per questo A. DESJARDINS, *Introduction historique a l’étude du droit commercial maritime*, Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel Éditeurs, 1890, pp. 250-251.

⁷ Per tutti vedi L. MENGHINI, *I contratti di lavoro nel diritto della navigazione*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 5; G. RIGHETTI, *Trattato di diritto marittimo*, parte I, t. I, Milano, Giuffrè, 1987, p. 97 ss.

⁸ Il ruolo svolto da Codice di commercio napoleonico è stato enorme, in Francia e in Europa, per almeno due terzi del XIX secolo. Non soltanto la Francia lo ha conservato dopo la caduta di Napoleone, ma anche molti paesi che erano stati parte dell’impero francese lo hanno mantenuto dopo il 1815: è il caso della Lombardia e della Venezia austriache, dove il codice di commercio è rimasto in vigore, così come in Toscana e a Genova. Gli Stati italiani che dopo il 1815 hanno codificato il loro diritto commerciale hanno seguito da vicino il modello napoleonico: il Codice commerciale di Napoli del 1819, ad esempio, non è che la riproduzione del Codice francese, fatta eccezione per pochissimi articoli; e la stessa cosa vale per il Regolamento del commercio dello Stato Pontificio del 1821 e per il Codice di commercio piemontese del 1842. Così, A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, II, *Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 616.

⁹ L. MENGHINI, *I contratti*, cit., p. 5.

1808, riprese poi sia dal Codice di commercio sardo del 1842¹⁰ sia dai Codici di commercio italiani del 1865¹¹ e del 1882 (d'ora in poi c. com. 1882)¹².

La disciplina relativa alla parte pubblicistica del settore marittimo nel nostro Paese fu, invece, introdotta con il Codice della marina mercantile del 1865¹³, che

¹⁰ Il Codice di commercio per gli stati del re di Sardegna, emanato nel 1842 da re Carlo Alberto (Codice albertino), entrato in vigore il 1° luglio 1843, è in genere considerato poco interessante e scarsamente originale, legato com'è al Codice francese; aveva una struttura formale sistematica identica a quella del Codice di commercio napoleonico: uguale la ripartizione in quattro libri e sostanzialmente conforme il loro contenuto. Cfr. M. CASANOVA, *Osservazioni in margine al codice di commercio del 1882, in 1882-1982. Cento anni dal Codice di commercio*, Atti del convegno internazionale di studi, Taormina 4-6 novembre 1982, Milano, Giuffrè, 1984, p. 60; G.S. PENE VIDARI, *Tribunali di commercio e codificazione commerciale carloalbertina*, in "Rivista di storia del diritto italiano", vol. XLIII-XLIV (1971-1972), p. 9.

¹¹ Con il r.d. 25 giugno 1865, n. 2364, il Governo approvò e pubblicò il Codice di commercio, il cui progetto era stato compilato in tutta fretta da un'apposita Sottocommissione. Il Codice, in 732 articoli, entrò in vigore dal 1° gennaio 1866. La sistematica era quella tradizionale di derivazione napoleonica: lib. I del commercio in generale; lib. II del commercio marittimo; lib. III del fallimento e della bancarotta; lib. IV della competenza e dell'arresto personale in materia commerciale. Una relazione del guardasigilli Vacca, premessa al Codice, informava sulle innovazioni introdotte rispetto al Codice albertino. Il libro II fu il meno ritoccato; i suoi titoli, ridotti da quattordici a dodici, in quanto quelli relativi alla polizza di carico ed al nolo furono fusi con quello relativo al noleggio, non erano che la riproduzione quasi letterale dei titoli del Codice di commercio sardo del 1842, con l'aggiunta di un capo dedicato al trasporto dei passeggeri delle navi a vela. Per approfondimenti cfr. A. AQUARONE, *L'unificazione legislativa e i codici del 1865*, Milano, Giuffrè, 1960, pp. 430-436; D. GAETA, *Il nuovo codice della navigazione. I precedenti legislativi*, in "Diritto e pratica commerciale", 1941, pp. 201-222; A. PADOA SCHIOPPA, *Saggi di storia del diritto commerciale*, Milano, LED, 1992, p. 156.

¹² Il Codice di commercio del 1882 venne approvato con il r.d. 31 ottobre 1882, n. 1062, che abrogava quello del 1865, ed entrò in vigore il 1° gennaio successivo. Il libro II, relativo al commercio marittimo ed alla navigazione, è quello che si discosta meno dal corrispondente libro del Codice napoleonico, essendo stata scarsa, diversamente che in altre parti del testo, l'influenza dell'*Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch* del 1861: esso è perciò il riflesso di codificazioni di parecchio anteriori, che regolavano uno stato di cose già tramontato da un pezzo. L'unica innovazione di rilievo, in confronto al modello francese ed al precedente Codice italiano, fu l'estensione della sua efficacia, come si rileva dalla stessa intitolazione del libro, anche alla navigazione interna. Sull'*iter* formativo, la struttura normativa e i contenuti del Codice di commercio del 1882, si veda A. PADOA SCHIOPPA, *La genesi del Codice di commercio del 1882, in 1882-1982. Cento anni dal Codice*, cit., pp. 1-51; ID., *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2003, pp. 544-551; ID., *Saggi di storia*, cit., pp. 157-203; A. GRILLI, *L'Italia dal 1865 al 1942. Dal mito al declino della codificazione*, in *Costituzioni e codici moderni*, raccolti da M. ASCHERI, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 230-238; C. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia 1865-1942*, Bari, Editori Laterza, 2000, pp. 154-162; D. GAETA, *Le fonti del diritto*, cit., pp. 99-100; ID., *Il nuovo codice*, cit., p. 213.

¹³ Il testo del Codice venne approvato con il r.d. 25 giugno 1865, n. 2360, ed entrò in vigore il 1° gennaio 1866. Esso, che nella sua intelaiatura risulta dalla fusione dei 290 articoli del Regolamento per la marina mercantile sardo, approvato da Carlo Felice con regie patenti del 13 gennaio 1827, con i 135 articoli della Legge penale della marina mercantile, approvata con regie patenti della stessa data, riuscì a dare un assetto completo e sistematico a tutte le norme di diritto amministrativo, internazionale, penale e processuale, riguardanti la navigazione marittima. Nella sostanza, però, il nuovo Codice, che risentiva chiaramente della fretta con la quale si discussero i codici sotto l'incalzare del processo unitario, non poteva considerarsi adeguato alle condizioni ed alle necessità della marina mercantile: esso conteneva, infatti, "disposizioni troppo severe in ordine all'esercizio dell'arte nautica" ed era troppo strettamente "informato al principio della tutela governativa sulle cose della marineria mercantile". V. D. GAETA, *Le fonti del diritto*, cit., pp. 108-109; G. CAMARDA, *Fonti e strutture organizzatorie nel diritto della navigazione*, Torino, Giappichelli, 1988, p. 43; A. LEFEBVRE D'OVIDIO, *Manuale di diritto*, cit., p. 22; E. ROMAGNOLI, *I delitti della navigazione: cenni introduttivi al diritto penale marittimo*, in "Trasporti: diritto economia politica", n.

riprendeva la normativa emanata nel 1827 nel Regno di Sardegna, non tenendo nella giusta considerazione quella degli altri stati pre-unitari; nel 1877 fu promulgato un “nuovo” Codice per la marina mercantile (d’ora in poi c.m.m. 1877)¹⁴, in riforma del testo pubblicistico del 1865, a cui seguì il regolamento per la sua esecuzione, entrato in vigore nel novembre del 1879. Sui “nuovi contenuti” del Codice del 1877 si mostrerà drasticamente critico Cesare Bruno che, contrariamente a quanto sostenuto dalla prevalente dottrina del tempo, affermerà: «Nessun soffio nuovo penetrò nel codice; identico il sistema del 1865 a quello della riforma; lo stesso ingombro di disposizioni antiquate o discordanti con altre leggi; norme di diritto privato fra altre di diritto pubblico; non determinato il campo dell’azione delle Autorità, [...]»¹⁵.

Potrà sembrare singolare, ma la mole considerevole di norme non prova, tuttavia, che il Codice, con il regolamento, abbia eliminato ogni incertezza sulla sistemazione della materia. Le carenze della disciplina venivano evidenziate dai continui e rapidi progressi, non esclusivamente tecnologici, nel campo delle attività marittime, che portarono, agli inizi del XX secolo, ad una serie di pressioni affinché si procedesse ancora ad un’ulteriore codificazione. Non mancarono, così nuovi interventi legislativi volti ad integrare o correggere l’apparato normativo in relazione al continuo evolversi delle esigenze connesse con i traffici marittimi. Ma, come già anticipato, saranno, se non altro, due i tratti essenziali a rimanere costanti nel tempo, e precisamente una disciplina della vita di bordo molto severa, quasi di impronta militaresca, basata sul dovere assoluto di obbedienza e di dedizione al servizio della nave¹⁶, con forti vincoli, che però si attenueranno nel tempo, per poter lasciare il servizio stesso; e, in secondo, una significativa serie di tutele del lavoratore marittimo sul piano del rapporto di lavoro.

2. La “particolare” tutela del lavoratore marittimo nell’evoluzione della disciplina: i Codici

Negli ultimi decenni dell’Ottocento, mentre si sviluppa il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sul tema degli infortuni sul lavoro, legati al decollo industriale, ed inizia il travagliato dibattito parlamentare che condurrà alla legge sugli infortuni

108/2009, p. 10. Sul progetto di Codice per la marina mercantile, servito di base al Codice del 1865, cfr. D. GAETA, *Il progetto di codice marittimo del 1861*, in “Diritto dei trasporti”, II, 1989, p. 1 ss.

¹⁴ Il Codice venne emanato con r.d. 24 ottobre 1877, n. 4146; il relativo regolamento, costituito da ben 1079 articoli, con r.d. 20 novembre 1879, n. 5166. Sul punto e, più in generale, sulle vicende sistematiche che hanno condotto alla formazione e alla promulgazione del Codice della marina mercantile del 1877, vedi C. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto*, cit., p. 153.

¹⁵ C. BRUNO, voce *Codice per la marina mercantile*, in “Il Digesto italiano”, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1896, pp. 529-548, in part. p. 539.

¹⁶ M.S. ROLLANDI, *Persistenze e mutamenti. L’organizzazione del lavoro marittimo in Italia (1861-1939)*, in “Storia e problemi contemporanei”, n. 63/2013, p. 18 ss.; EAD., *Lavorare sul mare. Economia e organizzazione del lavoro marittimo fra Otto e Novecento*, Genova, Brigati, 2003.

sul lavoro¹⁷, che recepiva in pieno il principio dell'assicurazione obbligatoria (l. 17 marzo 1898, n. 80)¹⁸, continua a persistere la tradizione di assimilare il lavoro marittimo alle categorie commerciali e di comprendere la “gente di mare”¹⁹, ovvero “coloro che del lavoro marittimo fanno la loro unica occupazione”, nel settore del commercio, anziché in quello dell'industria²⁰. La presenza di una disciplina separata del contratto di arruolamento costituisce infatti un tratto caratteristico e costante del nostro ordinamento giuridico.

¹⁷ La legge sugli infortuni – sostiene Cazzetta – è circondata, solo in quanto espressione di spicco della legislazione sociale, da tutta una retorica che tende a sottolineare in vario modo i suoi tratti specifici contrastanti con il diritto comune. Così G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 410.

¹⁸ La l. 17 marzo 1898, n. 80 ed il relativo regolamento di attuazione, emanato con r.d. 25 settembre 1898, n. 411, costituiscono la prima regolamentazione degli infortuni sul lavoro, che fino a tale data non avevano avuto una propria disciplina giuridica speciale, introducendo legislativamente l'obbligatorietà dell'assicurazione, anche se con la libertà di scelta dell'istituto assicuratore, e stabilendo, contestualmente, il principio dell'obbligatorietà dell'adozione di determinate misure tecniche atte a prevenire gli infortuni. V. A. DE MATTEIS, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Milano, Giuffrè, 2016, p. 5; P. MASCIOCCHI, *Sicurezza sul lavoro: profili di responsabilità*, Milano Assago, Ipsa, 2010, p. 10; A. CARNEVALE, A. IOANNONI, A. COLAGRECO, *Analisi storico-critica della nascita e dello sviluppo della assicurazione infortuni e malattie professionali*, in “Rivista italiana di medicina legale”, XXII, 2000, p. 979; L. MONTUSCHI, *La tutela contro gli infortuni dal 1898 ad oggi: cent'anni di storia*, in “Rivista degli infortuni e delle malattie professionali”, 1998, II, p. 709; L. GAETA, *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile. Alle origini del diritto del lavoro*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1986, p. 139 ss.; M. MORELLO, *Diritto, lavoro, sicurezza. Le assicurazioni per gli infortuni tra Ottocento e Novecento*, Fano, Aras Edizioni, 2015, p. 86 ss.

¹⁹ Sotto l'erronea denominazione di “gente di mare” sono comprese tutte le persone, le quali, per la natura della professione marittima che esercitano, sono assoggettate alle discipline dettate dal Codice per la marina mercantile (art. 17, c.m.m. 1877). Ma l'indicazione di tali persone all'articolo successivo serve a dare un concetto sufficiente di ciò che deve intendersi per “professione marittima”, ossia la prestazione diretta di “lavoro marittimo”, escludendo in questo modo tutti coloro che non abbiano la veste del “lavoratore marittimo” e, in primo luogo, i proprietari e gli armatori, considerati invece imprenditori o speculatori sul lavoro altrui. Sempre lo stesso art. 18, facendo riferimento al principio della professionalità – proprio della legislazione francese – tenuto conto del mestiere che ogni iscritto esercita, suddivide la gente di mare in due categorie: nella prima sono comprese le persone addette alla navigazione (personale viaggiante), nella seconda quelle addette alle arti o alle industrie marittime (personale sedentario). Al personale navigante della prima categoria appartengono coloro che esercitano la navigazione, cioè: i capitani e padroni; i marinai e i mozzi; i macchinisti, fuochisti ed in generale tutte le persone impiegate con qualunque denominazione al servizio delle macchine a vapore sulle navi addette alla navigazione marittima, nonché i pescatori addetti alla pesca, in alto mare o all'estero. Rientrano invece nella seconda categoria: i costruttori navali; i maestri d'ascia e calafati; i piloti pratici locali; i barcaioi; i pescatori del litorale, e gli uomini di rinforzo sulle navi da pesca in alto mare ed all'estero. Questa enumerazione non indica i vari gradi e le qualifiche della gente di mare, ma è tassativa, nel senso che non si può appartenere alla gente di mare se non si è iscritti in una delle suddette categorie indicate dal Codice. A sua volta l'art. 19, c.m.m. 1877, elenca le sottocategorie inquadrate rispettivamente nella prima e nella seconda categoria. V. Artt. 18-22 c.m.m. 1877; artt. 101-134, r.d. 20 novembre 1879, n. 5166. Cfr. A. DE SIMONE, *Condizione della gente di mare e l'odierna legislazione*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1912, pp. 217-218; L. PAPI, voce *Ripartizione del personale della navigazione (Personale marittimo)*, in “Novissimo digesto italiano”, vol. XV, Torino, UTET, 1968, pp. 1201-1202; A. BRUNETTI, *Diritto marittimo privato italiano*, II, *Delle persone*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1930, pp. 380-382.

²⁰ Cfr. C. DE ROSA, *L'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni e le malattie professionali dei lavoratori marittimi: i nuovi compiti dell'Inail, l'eredità dell'Ipsema*, in “Rivista degli infortuni e delle malattie professionali”, n. 1/2011, p. 225; A. ROTASPERTI, S. ANCHISE, G. DEHO, C. DE ROSA, G. BONIFACI, M.A. RIVA, *I lavoratori del mare: rischio infortunistico, malattie professionali e sistema previdenziale tra storia e letteratura*, in “Rivista degli infortuni e delle malattie professionali”, n. 1/2014, I, p. 462.

Una prima dettagliata normativa, relativa all'arruolamento ed ai salari spettanti alle persone dell'equipaggio, caratterizza la materia già nel Codice di commercio del 1882 (libro II, tit. III, artt. 521-546), e cioè prima ancora che la legislazione civilistica riconosca la rilevanza e la tipicità del contratto di lavoro subordinato comune. È nota, a riguardo, la scarsa attenzione dedicata dai codici dell'Ottocento al lavoro dipendente²¹, ed il mancato riconoscimento di una connessione tra impresa e lavoro, che solo in un secondo momento sarà collocata alla base della specifica regolamentazione del lavoro nel libro V del nostro Codice civile del 1942²².

Il lavoro subordinato veniva definito dal legislatore del 1865 con la generica espressione contenuta al n. 1 dell'art. 1627 c.c. che, tra le specie di locazione d'opera e di industria, ricomprendeva «quella per cui le persone obbligano la propria opera all'altrui servizio», secondo il criterio, del resto, già adottato nel *Code Napoléon* del 1804 che, appunto, comprendeva le prestazioni di lavoro nello schema più generale della locazione²³. L'art. 521 c. com. 1882 individuava, invece, con puntuale chiarezza, nel contratto di arruolamento la prestazione di servizi o di lavoro stipulata fra il capitano o padrone e gli altri componenti l'equipaggio, quali gli ufficiali, i marinai, i mozzi e gli operai ricompresi nel ruolo dell'equipaggio, come stabilito dai regolamenti²⁴, ed inoltre, i macchinisti, i fuochisti e tutte le altre persone impiegate, con qualunque denominazione, al servizio delle macchine delle navi a vapore²⁵.

²¹ Cfr. L. GAETA, *Il lavoro e il diritto. Un percorso storico*, Bari, Cacucci, 2013, p. 13.

²² F. SANTONI, *Il rapporto di lavoro del personale navigante*, in L. TULLIO, M. DEIANA (a cura di), *Il cinquantenario del codice della navigazione* (Cagliari, 28-30 marzo 1992), Cagliari, I.S.DI.T., 1993, p. 305.

²³ Cfr. G. CAZZETTA, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali: diritto e lavoro tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 132-133; ID., *Codice civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*, Torino, Giappichelli, 2011.

²⁴ V. ad esempio, art. 323, r.d. 24 ottobre 1877, n. 4146, «Regolamento per la esecuzione del testo unico del Codice per la marina mercantile»: «Il ruolo d'equipaggio deve contenere: la data dell'arruolamento e quella del disarmamento; l'elenco dell'equipaggio nell'ordine seguente: capitano o padrone, ufficiali e sottufficiali di bordo, marinai, mozzi, fuochisti ed uomini di rinforzo, e quelle altre persone che in qualsiasi qualità fossero addette al servizio del bastimento e dei passeggeri; la indicazione numerica dei passeggeri; la descrizione delle armi e delle munizioni di cui fosse provvisto il bastimento, coi successivi aumenti o diminuzioni. Le persone componenti l'equipaggio non devono iscriversi sul ruolo con qualificazioni diverse da quelle stabilite dal Codice per la marina mercantile. Le persone poi non appartenenti all'equipaggio, ed imbarcate come addette al servizio del bastimento e dei passeggeri, s'iscrivono sul ruolo colla qualità con cui s'imbarcano».

²⁵ Il ruolo di equipaggio è lo stato autentico ed inoppugnabile, che costituisce la prova più solenne del servizio prestato dagli arruolati e dei loro diritti; serve anche ad accertare principalmente che gli iscritti abbiano i requisiti voluti dalla legge, per essere chiamati a far parte di un equipaggio. La Corte d'Appello di Genova con sentenza 26 agosto 1911 stabilì che per far parte dell'equipaggio non basta essere iscritti nel ruolo, ma occorre appartenere ad alcuna delle categorie indicate nell'art. 521, c.com. 1882. V. App. Genova, 26 agosto 1911, in "Temi generali", 1911, p. 662. Conformemente la sentenza del 1° maggio 1916 della Corte d'Appello di Genova esclude dal novero dei membri dell'equipaggio il cameriere di bordo, sebbene iscritto nel ruolo. Per analogia l'esclusione si estende a tutto il personale civile quali cuochi, infermieri, ecc. Cfr. App. Genova, 1° maggio 1916, in "Il Diritto marittimo", 1916, p. 211. *Contra*: Cass. Sez. unite, 5 aprile 1916, in "Rivista di diritto commerciale", II, 1916, p. 279, con nota di Brunetti; Cass. Torino, 24 aprile 1917, in "Il Diritto marittimo", 1917, p. 403.

Di conseguenza, le caratteristiche proprie di tali attività lavorative influenzarono notevolmente la disciplina giuridica del rapporto, rafforzando i diritti e gli obblighi reciproci dei contraenti, profondamente condizionati dalle esigenze della navigazione, e individuando il sorgere di tutta una serie di garanzie degli stessi soggetti arruolati, nelle quali è possibile intravedere forme sia pure “embrionali” di tutela del lavoratore. Una serie di disposizioni del Codice di commercio del 1882 regolavano, pertanto, la conclusione e lo svolgimento del contratto di arruolamento, le ipotesi di malattia e di morte del marinaio, il suo congedo. Un particolare rilievo assumevano, inoltre, le disposizioni poste a tutela del salario, fra le quali il diritto del marittimo di essere mantenuto a bordo fino all’ottenimento delle somme che gli spettavano e l’incedibilità e l’insequestrabilità della retribuzione. Ipotesi, queste, ammesse solo per soddisfare gli alimenti dovuti per legge o per saldare debiti verso la nave dipendenti dal servizio²⁶.

Prescindendo dalle norme sulla costituzione²⁷ e la risoluzione del contratto di arruolamento²⁸, peraltro già previste anche dal Codice di commercio del 1865²⁹, la disciplina riguardante la tutela dell’infortunio, se rapportata ai livelli di tutela

²⁶ Nell’art. 545 c. com. 1882, si precisava che nel primo caso, la ritenzione per sequestro sui salari non potesse eccedere il terzo del loro ammontare. F. SANTONI, *Il rapporto di lavoro*, cit., p. 306.

²⁷ Il contratto di arruolamento è quello con il quale un iscritto nelle matricole della gente di mare è assunto da un armatore per prestare servizio su di una nave. Il contratto di arruolamento è dunque una sottospecie del contratto di lavoro subordinato: si tratta di un contratto di lavoro qualificato da un requisito di carattere formale (può essere arruolato unicamente un iscritto nelle matricole della gente di mare, né il capitano può fare diversamente perché la legge glielo vieta) e da un requisito di carattere sostanziale (la prestazione di lavoro, oggetto del contratto, deve essere destinata al servizio di una nave. Sull’iscrizione della gente di mare, v. C.M. IACCARINO, *La «iscrizione» della gente di mare*, in “Rivista del diritto della navigazione”, vol. VI, p. I, 1940, pp. 329-347.

²⁸ Si tratta di norme contrattuali che delincono un rapporto completamente distante dalla locazione d’opera “terrestre”. Innanzitutto, va detto che, per il contratto di arruolamento è richiesta la forma scritta (art. 522); il contratto deve contenere le indicazioni circa la durata e la navigazione prevista (art. 523); l’arruolato è tenuto a continuare il servizio anche dopo la scadenza del contratto, per tutto il tempo necessario per il ritorno della nave al luogo di destinazione, mantenendo il diritto ad una retribuzione proporzionale al salario (art. 524). In caso di mancata previsione della durata, il marinaio può chiedere il congedo dopo due anni dall’entrata in servizio, e in questo caso, qualora la nave si trovi all’estero il marinaio ha diritto alle spese per il ritorno in patria (art. 525). L’equipaggio ha diritto ad essere mantenuto a bordo sino al completo pagamento delle retribuzioni (art. 543). Del tutto innovativa appare la norma ex art. 542: il capitano può licenziare in ogni momento il marinaio, ma deve consegnargli il congedo e procurargli i mezzi per il ritorno, anche facendolo imbarcare su un’altra nave diretta in patria. Tuttavia in caso di congedo senza giusto motivo, il marinaio ha diritto ad una indennità. Se il congedo è dato nello stesso porto d’imbarco e prima della partenza, l’indennità è pari ad un mese di salario; aumenta a quaranta giorni nel caso di congedo intimato dopo la partenza o in un porto del Regno. L’indennità è di due mesi per congedo dato nelle coste d’Europa o in quelle di Asia e Africa, purché bagnate dal mar Mediterraneo, dal mar Nero, dal canale di Suez o dal mar Rosso; l’indennità massima di quattro mesi è stabilita per il congedo intimato in qualsiasi altro luogo. Così P. PASSANITI, *Storia del diritto del lavoro. I. La questione del contratto di lavoro nell’Italia liberale (1865-1920)*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 70.

²⁹ Il Codice di commercio del 1865 non costituiva altro se non la pubblicazione del Codice albertino del 1842 che, a sua volta, appariva fortemente ispirato al *Code de commerce* del 1807. Le norme del Codice di commercio del 1882 ricostruiscono fondamentalmente la tradizione giuridica riconducibile al Codice di commercio napoleonico, passando per le leggi napoletane di eccezione, il Codice albertino e il Codice di commercio del 1865. Cfr. P. PASSANITI, *Storia del diritto*, cit., p. 69. Sull’insufficienza del Codice di commercio del 1865, vedi A. AQUARONE, *L’unificazione legislativa*, cit., p. 64 ss.; D. GAETA, *Le fonti del diritto*, cit., pp. 94-95.

vigenti alla fine degli anni Ottanta dell'Ottocento, e confrontata con il lavoro industriale, appare assolutamente insolita, quasi un'anomalia.

Nel Codice per la marina mercantile del 1877³⁰ non troviamo alcuna norma che provveda a regolare le conseguenze degli infortuni, e a questo scopo dunque bisognerà fare riferimento al Codice di commercio del 1882³¹ in cui, secondo gli artt. 537³² e 539³³, il marinaio ammalato o infortunato "durante il viaggio" ha diritto alle cure a carico della nave.

L'espressione "durante il viaggio", contenuta nell'art. 537, deve essere intesa in un senso più ampio di quello che dimostrerebbero le parole usate prese in sé stesse: forse sarebbe più esatto dire "durante l'arruolamento", comprendendo tutto il tempo intercorrente dalla conclusione del contratto di arruolamento (art. 523, c. com. 1882) per quel determinato viaggio, e quindi anche gli intervalli prima dell'imbarco effettivo, fino al momento in cui la nave raggiunge la sua destinazione, viene scaricata ed ammessa a libera pratica (art. 544, c. com. 1882). Anche il tempo occorso per il rimpatrio, sia pure a bordo di un'altra nave, viene computato nel "viaggio", in quanto il rimpatrio è considerato come un prolungamento necessario dell'arruolamento³⁴.

Sono sempre gli artt. 537 e 539, c. com. 1882 a precisare le diverse tutele relative ai casi di malattia o di eventuali ferite riportate dal personale navigante. I marinai hanno diritto alle cure nel caso in cui siano stati feriti "per il servizio della nave", tanto prima della partenza e durante l'allestimento, quanto, dopo il viaggio, durante il disarmamento. Al contrario il marinaio malato ha diritto alla cura solo se

³⁰ Il Codice per la marina mercantile del 1877 era figlio, se così possiamo dire, del primo tentativo di raccolta sistematica delle disposizioni di diritto amministrativo, penale e processuale ed internazionale attuato subito dopo l'unificazione con l'emanazione dell'omonimo Codice del 1865, peraltro unanimemente giudicato, fin dalla sua emanazione, inadeguato a far fronte alle esigenze della marina mercantile. Cfr. A. SERRA, *Dal Codice di commercio al Codice della navigazione*, in L. TULLIO, M. DEIANA (a cura di), *Il cinquantenario del codice*, cit., pp. 6-7.

³¹ Il Vivante sosteneva che il Codice di commercio non era molto, non era che una legge di classe che lasciava senza una sufficiente tutela giuridica chi trattava con i commercianti. Così C. VIVANTE, *I difetti sociali del Codice di commercio, Prolusione*, in "Riforma sociale", 15 gennaio 1899, p. 25 ss., ora in "Rivista italiana per le scienze giuridiche", diretta da M. CARVALE, nuova serie, n. 3/2012, p. 14.

³² Art. 537, c. com. 1882: «Il marinaio che contrae malattia durante il viaggio o che è ferito per servizio della nave è pagato dei salarii ed è curato e medicato a spese della nave. Se è ferito nell'eseguire un servizio comandato nell'interesse della nave e del carico, è curato a spese della nave e del carico. Allorché la cura richieda che il marinaio sia sbarcato, il capitano deve depositare nelle mani dell'ufficiale consolare la somma giudicata necessaria per la cura ed il ritorno in patria. Dove non trovasi ufficiale consolare, il capitano deve far ricoverare il marinaio in un ospedale od altro luogo in cui possa essere curato, depositando anche la somma indicata di sopra. In ogni caso il marinaio sbarcato non ha diritto alle spese di cura ed ai salari per più di quattro mesi dallo sbarco».

³³ Art. 539, c. com. 1882: «Nel caso di morte del marinaio durante il viaggio: 1° se era arruolato a mese, il salario è dovuto ai suoi eredi sino al giorno della sua morte; 2° se era arruolato a viaggio, è dovuta la metà del salario, quando muoia nell'andata o nel porto di arrivo: il salario è dovuto per intero, se muore nel ritorno; 3° se il marinaio era arruolato con partecipazione al profitto od al nolo, è dovuta la parte intera, quando muoia dopo cominciato il viaggio. Al marinaio morto in difesa della nave è dovuto l'intero salario per tutto il viaggio, se la nave arriva a buon porto». Cfr. inoltre, V. MAGALDI, *Per gli infortuni sul lavoro. L'evoluzione legislativa*, in "Rassegna della previdenza sociale", XII, n. 5/1925, p. 36.

³⁴ Cfr. A. BRUNETTI, *Diritto marittimo*, II, cit., pp. 499-500.

si è ammalato durante il viaggio o, per essere più precisi, dopo la partenza, perché è solo con l'imbarco che opera la tutela prevista, ossia il corrispondente trattamento curativo. Il viaggio però abbraccia tutte le fasi di navigazione, di stazione nei porti e anche di discesa a terra durante le stazioni, ma non si presumono contratte durante il viaggio le malattie che il marinaio si procura o le manifestazioni di malattia precedente al viaggio e da lui causata (ad es. se ha contratto la sifilide)³⁵.

Nel caso in cui si tratti di male di lieve entità o qualora sia impossibile eseguire lo sbarco a causa di circostanze speciali relative allo stato della malattia, il marinaio è curato sulla nave; è sbarcato, se il male sia grave e richieda cure particolari, impossibili da praticarsi a bordo³⁶.

Quando la cura richieda che il marinaio sia sbarcato è previsto il deposito da parte del capitano³⁷ all'ufficiale consolare della somma necessaria per la cura ed il ritorno in patria. Nell'impossibilità di effettuare tale deposito sarà onere del capitano far ricoverare il marinaio presso un ospedale o in altro luogo in cui possa essere curato, depositando la somma indicata (la violazione di questo obbligo costituisce reato ai sensi dell'art. 373 c.m.m. 1877)³⁸. Le spese di cura non possono però eccedere la durata di quattro mesi dallo sbarco³⁹.

Le disposizioni di legge che assicurano al marinaio i salari, le cure e le medicine durante la malattia sono – sostiene Ascoli – disposizioni di ordine pubblico, a deroga dei principi di diritto comune, secondo i quali nelle locazioni d'opere, in generale, ognuno che si obbliga a prestare i propri servizi viene ad assumere a suo carico i rischi e i pericoli inerenti all'opera promessa; la malattia di

³⁵ A. BRUNETTI, *Diritto marittimo*, II, cit., p. 500.

³⁶ App. Genova, 9 agosto 1918, in "Temi genovese", 1918, p. 295.

³⁷ Anche un terzo, però, in mancanza del capitano, potrebbe anticipare il danaro occorrente per le spese di cura, giustificandole in un secondo momento, mediante un certificato rilasciato dal console locale. A. DE SIMONE, *Condizione della gente*, cit., p. 592.

³⁸ Queste norme erano già state previste nel Codice di commercio del 1865, quando si stabiliva che il marinaio era pagato dei salari ed era curato e medicato a spese della nave se si ammalava durante il viaggio, o se ferito per il servizio della nave (art. 363). L'articolo successivo attribuiva il diritto alle cure al marinaio ferito per combattere i nemici ed i pirati. L'art. 365 prevedeva che se per esigenze di cure il marinaio dovesse essere sbarcato, il capitano avrebbe dovuto consegnare la somma necessaria per le cure all'ufficiale consolare, oppure in sua assenza provvedere direttamente al ricovero in ospedale. È opportuno precisare che questa disposizione non si riscontra nel Codice francese, ma può essere desunta dagli artt. 252 e 257 delle Leggi napoletane di eccezione del 1819, e dall'art. 287 del Codice Albertino. Infatti, già l'art. 252 delle Leggi napoletane stabiliva: «i marinai ammalati o feriti che si sbarcano da un bastimento durante il suo viaggio in un porto, saranno provveduti dal capitano di quanto potrà loro occorrere per le spese della guarigione, e pel loro mantenimento dopo guariti, sino a che potranno essere dai proprii consoli rimandati nel regno». L'art. 287 del Codice di commercio piemontese sanciva, nel caso di malattia o infortunio: «se il marinaio debbe essere sbarcato il capitano o patrone rimette nelle mani del proprio console la somma giudicata necessaria per la cura e pel ritorno in patria del marinaio ammalato. Dove non sia ufficiale consolare, il capitano o patrone fa ricoverare il marinaio in uno spedale od altro luogo, in cui possa avere la dovuta cura, rimettendo anche la somma necessaria perché possa essere rimandato in patria».

³⁹ Sul deposito per le spese di cura e dei salari da effettuarsi allo sbarco del marinaio malato o ferito (ai sensi degli artt. 537 e 538 c. com. 1882) v. anche gli artt. 477, 478 e 479 r.d. n. 5166/1879 che dettano norme esecutive in materia. Va detto inoltre che tale deposito non è necessario quando lo sbarco per malattia avvenga a viaggio ultimato o nel porto di armamento o di arruolamento. Cfr. A. BRUNETTI, *Diritto marittimo*, II, cit., p. 501.

chi loca la propria opera, e che interrompe il servizio, non solo non obbliga il conduttore a sostenerne le spese, ma gli conferisce il diritto di sospendere il pagamento del corrispettivo in proporzione della durata dell'interruzione del servizio⁴⁰.

L'obbligo di prestare le cure, invece, non sussiste in caso di evento dannoso causato da una condotta colposa del marinaio, o nel caso in cui questo si trovi a terra senza autorizzazione. In quest'ultimo caso, il marinaio, per il semplice fatto di aver abbandonato la nave senza autorizzazione è considerato disertore⁴¹ e pertanto non può invocare i benefici previsti dalla legge, che spettano esclusivamente ai marinai che rimangono fedeli al loro impegno: le spese della cura saranno per intero a suo carico, anche se, ciononostante, ai sensi dell'art. 538 c. com. 1882, il capitano è tenuto ad anticiparle⁴².

Tutto ciò, come afferma il Bensa, consegue da una delle tante singolarità del diritto marittimo, ovvero dall'aspetto che in esso prende il contratto di locazione d'opera nella sua applicazione alla spedizione marittima. Infatti, ciò che in ogni altra forma di contrattazione, sia civile che commerciale, non dà luogo se non a relazioni d'indole privata, alla promessa della prestazione di un servizio da una parte, alla retribuzione di un salario dall'altra, assume in questo caso le sembianze di un pubblico servizio, disciplinato e sanzionato dalla legge. Il locatore d'opera che abbandona l'impresa risponde dei danni, ma il marinaio che abbandona la nave è arrestato e punito come disertore⁴³.

3. La "gente di mare" beneficiaria dell'assicurazione nella disciplina del T.U. n. 51/1904

Un approfondito esame degli Atti parlamentari ci conferma che l'esclusione dei marinai dalla categoria degli operai indicati dalla l. 17 marzo 1898, n. 80, non è certo dovuta ad una dimenticanza; anzi tutt'altro, si è trattato proprio di una scelta del legislatore, dal momento che ha ritenuto che includendo i rischi marittimi fra quelli previsti dalle nuove norme, si sarebbe andati al di là della *ratio* della legge

⁴⁰ V. P. ASCOLI, *Il codice di commercio commentato. VIII. Del commercio marittimo e della navigazione (artt. 480 a 682)*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1923, p. 401.

⁴¹ Art. 264, c.m.m. 1877. Ai sensi dell'art. 265, comma 1 c.m.m. 1877, il disertore sarà punito con il carcere, da tre a sei mesi, se la diserzione sarà avvenuta nello Stato, da sei mesi ad un anno, se all'estero.

⁴² Nel caso in cui il marinaio non abbia il diritto di essere curato a spese della nave, le spese di cura possono essere prelevate dai salari eventualmente ancora dovutigli e, qualora questi non fossero sufficienti, devono essere anticipate dal capitano, salva l'azione contro il marinaio per il rimborso delle spese anticipate. Cass. Torino, 19 novembre 1885, in "Giurisprudenza penale Torinese", 1886, p. 7. La legge commina la pena della multa (non minore di lire trecento estensibile a lire mille) al capitano o padrone che abbia sbarcato durante il viaggio membri dell'equipaggio feriti senza provvedere ai mezzi per la loro cura e per il loro ritorno in patria (art. 373 c.m.m. 1877) oltre la sospensione del grado (art. 373, comma 3 c.m.m. 1877), anche quando il marinaio abbia i mezzi propri per curarsi e rimpatriare, e sia stato ferito per propria colpa.

⁴³ Cfr. E. BENSA, *Il diritto marittimo e le sue fonti. Cenni*, Genova, Stabilimento tipografico di A. Grandis, 1889, p. 91.

stessa, in quanto a tali rischi già si provvedeva nel Codice di commercio ed in quello per la marina mercantile, mentre a tutela delle garanzie contro gli infortuni era previsto il contributo degli armatori alla Cassa degli invalidi della marina mercantile. Secondo il Bruno, le ragioni addotte per escludere i marinai dai benefici della legge sembravano tutt'altro che convincenti; se l'esercizio della marina mercantile era un'industria, non si comprendeva perché i rischi dell'industria marittima non dovessero essere considerati come rischi industriali; se poi il Codice di commercio e quello per la marina mercantile già prevedevano i rischi stessi, sarebbe stato il caso di esaminare se le previsioni fossero in armonia con i principi della legge in discussione⁴⁴.

Già prima ancora della promulgazione della l. n. 80/1898 era stata avanzata la richiesta che anche alla gente di mare fosse estesa l'obbligatorietà dell'assicurazione: nei Congressi operai tenuti a Milano nel marzo 1895 e a Torino nel gennaio 1896 ci si era espressi in tal senso⁴⁵, invocando i precedenti di altre legislazioni straniere e in specie di quella tedesca⁴⁶ che, come sottolinea Gaeta ha esercitato un fortissimo imprinting sugli "atti fondativi" del diritto del lavoro italiano⁴⁷.

Si imponeva, dunque, un nuovo intervento legislativo in materia⁴⁸, e l'opportunità di una riforma si sarebbe presentata molto presto, con il disegno di legge dal titolo «Modificazioni alla legge 17 marzo 1898, n. 80, sugli infortuni degli operai sul lavoro»⁴⁹, proposto alla Camera dei deputati, l'8 giugno 1901, dal presidente del consiglio Giuseppe Zanardelli, allora ministro *ad interim*

⁴⁴ Così C. BRUNO, *La gente di mare e la legge degli infortuni sul lavoro*, in "Vita e Pensiero. Rivista internazionale di scienze sociali e discipline ausiliarie", vol. 19, fasc. 76 (aprile 1899), pp. 509-510.

⁴⁵ Cfr. *L'assicurazione degli Equipaggi*, in "Rivista Nautica", XI, n. 1/1902, p. 3; A. DE SIMONE, *Condizione della gente*, cit., p. 347.

⁴⁶ Va detto che in Germania l'assicurazione e il risarcimento dei danni dipendenti da infortuni toccati alla gente di mare erano regolati dalla «Legge sull'assicurazione contro gli infortuni della gente di mare e delle altre persone che sono occupate nell'industria della navigazione marittima», approvata il 13 luglio 1887. Ma già dal 1871, diversamente da come accadeva nei sistemi giuridici "napoleonici" come il nostro, la Germania è intervenuta con leggi speciali anche per risolvere le problematiche relative alla responsabilità del padrone per gli infortuni causati da colpa non sua, ma di un suo dipendente. L. GAETA, *Scene da un infortunio*, in "Lavoro e diritto", n. 3/2020, p. 568. Per una ricostruzione dell'influenza tedesca sul sistema previdenziale italiano si rimanda a L. GAETA, *L'influenza tedesca sulla formazione del sistema previdenziale italiano*, in "Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali", 53/1992; L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Studi sul diritto tedesco del lavoro*, Milano, Giuffrè, 1961.

⁴⁷ L. GAETA, *La subordinazione del diritto del lavoro italiano nei confronti della Germania*, in "Lavoro e diritto", n. 4/2016, p. 696.

⁴⁸ Fra le numerose manifestazioni parlamentari non possiamo non considerare quella promossa dall'onorevole Pantano, che il 15 marzo 1901, presentava un ordine del giorno firmato da numerosi deputati e che, accettato dal ministro dell'agricoltura Picardi, venne approvato: «La Camera invita il Governo a presentare un disegno di legge che estenda la istituzione dei probiviri e la legge sugli infortuni del lavoro agli operai della marina mercantile e ai lavoratori dei porti». Cfr. G. BORTOLOTTI, *Commento al Testo Unico di legge per gli infortuni degli operai sul lavoro (R.D. 31 gennaio 1904, n. 51)*, Napoli, Casa Editrice E. Pietroluca, 1904, p. 178.

⁴⁹ S. COLOMBO, *Per la riforma della legge sugli infortuni del lavoro*, in "Critica sociale", XI, 1901, p. 286; F. INVREA, *Il progetto ministeriale per la riforma della legge 17 marzo 1898 sugli infortuni del lavoro*, in "Rivista degli infortuni", 1901, p. 481; ID., *La riforma della legge sugli infortuni del lavoro*, in "Critica sociale", XI, 1901, p. 216.

dell'agricoltura, industria e commercio, che mirava a fugare ogni dubbio circa l'applicazione della legge del 1898 a certi settori industriali e ad estenderla ad operai che prima non vi erano inclusi, senza però comprendervi le conseguenze delle malattie professionali⁵⁰.

Questo progetto di legge avrà una gestazione molto più rapida anche se non meno contrastata dei precedenti⁵¹, dal momento che si tradurrà nella l. 29 giugno 1903, n. 243, che – seguita dal r.d. 13 dicembre 1903, n. 524, dal r.d. 24 dicembre 1903, n. 550 e dal r.d. 10 gennaio 1904, n. 4 – porterà – in forza della facoltà data al Governo di coordinare le disposizioni di detto decreto con quelle della l. n. 80/1898 – al T.U. approvato con r.d. 31 gennaio 1904, n. 51⁵².

Il T.U. estende l'obbligo dell'assicurazione contro gli infortuni, già previsto per le altre categorie dell'industria⁵³, anche agli operai addetti alle imprese di navigazione marittima⁵⁴ (art. 1, n. 2, del T.U. n. 51/1904), purché occupino complessivamente ciascuna più di cinque operai⁵⁵ e dichiara espressamente che

⁵⁰ Nella Relazione che lo precede si afferma: «La legge del 17 marzo ha risolto nel nostro paese il problema del risarcimento del danno, nel caso di infortuni sul lavoro, col sistema dell'assicurazione obbligatoria sposato all'altro della libera scelta dell'istituto assicuratore. Non lo ha risolto però completamente, poiché ad alcune industrie, e pensatamente, non fu esteso l'obbligo dell'assicurazione, volendosi procedere per gradi, come si è praticato in Germania e come sembra vogliasi praticare nella Gran Bretagna e in altri paesi. [...]». Cfr. Atti Parlamentari, Camera dei deputati, legisl. XXI, sess. 1900-1901, doc. n. 298, p. 1.

⁵¹ Va rilevato che l'assicurazione della gente di mare non passò alla Camera dei deputati senza opposizione. Per l'onorevole Frascara, che aveva presentato un emendamento agli articoli riguardanti questa speciale assicurazione, la gente di mare non poteva essere confusa con gli altri operai ed industriali, in quanto era una categoria del tutto separata al punto che il legislatore ha creduto necessario dedicarle tutta una parte del Codice di commercio, quella relativa al commercio marittimo ed alla navigazione, ed ha fatto un Codice speciale, il Codice della marina mercantile, in cui viene esattamente indicato quali lavoratori ed industriali siano compresi nella “gente di mare”. Cfr. F. COCITO, *Commento alla legge degli infortuni sul lavoro. Testo unico 31 gennaio 1904, n. 51 e Regolamento 13 marzo 1904, n. 141*, Torino, Unione Tipografica – Editrice Torinese, 1918, p. 526.

⁵² Vedi M. MORELLO, *Diritto, lavoro, sicurezza*, cit., p. 107 ss.; EAD, *Alle origini della tutela degli infortuni sul lavoro*, in “DSL”, n. 2/2016, p. 38.

⁵³ Così recita l'art. 1, l. n. 80/1898: «La presente legge si applica agli operai addetti: 1° all'esercizio delle miniere, cave e torbiere; alle imprese di costruzioni edilizie; alle imprese per produzione di gas o di forza elettrica e alle imprese telefoniche; alle industrie che trattano od applicano materie esplodenti; agli arsenali o cantieri di costruzioni marittime; 2° alle costruzioni ed imprese seguenti, qualora vi siano impiegati più di cinque operai: costruzione o esercizio di strade ferrate, di mezzi di trasporto per fiumi, canali e laghi, di tramvie a trazione meccanica; lavori di bonificazione idraulico; costruzioni e restauri di porti, canali ed argini; costruzioni e restauri di ponti, gallerie e strade ordinarie, nazionali e provinciali; 3° agli opifici industriali nei quali si fa uso di macchine mosse da agenti inanimati o da animali, qualora vi siano occupati più di cinque operai».

⁵⁴ Essa comprende non solo le imprese di navigazione marittima, cioè quelle che esercitano il trasporto di merci o di persone, comprese le imprese *lagunari*, ma anche quelle esercenti la *pesca illimitata*, perché si è pensato che le navi esercenti la grande pesca al largo sono soggette agli stessi e forse anche maggiori pericoli delle altre navi e rappresentano imprese di una certa entità economica cui riuscirà sopportabile il carico dell'assicurazione.

⁵⁵ Come risulta dalla legge, non si deve considerare separatamente l'equipaggio di ognuna delle navi dell'impresa per escludere l'obbligo dell'assicurazione per quelle il cui equipaggio sia composto di meno di sei persone, ma si deve tener conto complessivamente del personale imbarcato su tutte le navi che dipendono dall'impresa, e se questo personale sia costituito da più di cinque individui, anche nel caso in cui questi siano distribuiti su barche montate ciascuna da tre o quattro di loro, sussiste l'obbligo dell'assicurazione. Cfr. *Circolare 5 maggio 1904, n. 1, del Ministero di agricoltura, industria e commercio ai signori Prefetti del Regno, con la quale si danno istruzioni per l'esecuzione della*

sono considerate come tali tutte le persone componenti l'equipaggio di una nave battente bandiera italiana⁵⁶, che siano retribuite con salario o con stipendio, a eccezione del pilota pratico e di coloro il cui salario o stipendio annuale superi 2100 lire (art. 21 del T.U. n. 51/1904)⁵⁷. Vi sono così comprese, come disposto all'art. 124 del r.d. 13 marzo 1904, n. 141, che approva il regolamento per l'esecuzione della legge sugli infortuni degli operai sul lavoro, tutte le persone indicate nell'art. 521 c. com. 1882 e nell'art. 66 c.m.m. 1877, ovvero, come detto precedentemente, il capitano⁵⁸ o padrone, gli ufficiali (compresi tra essi lo scrivano e il medico di bordo)⁵⁹, i marinai, i mozzi⁶⁰ e gli operai indicati nel ruolo dell'equipaggio, i

legge (testo unico) 31 gennaio 1904, n. 51, e del relativo regolamento; G. PATERI, Gli infortuni sul lavoro. Studio teorico-pratico della legge 31 gennaio 1904, n. 51 (Testo Unico) e del relativo regolamento 13 marzo 1904, n. 141, Milano-Torino-Roma, Fratelli Bocca Editori, 1910, pp. 363-364; S. RAMERI, Infortuni del lavoro, Torino, S. Lattes & C., Librai Editori, 1912, pp. 375-376.

⁵⁶ Il beneficio dell'assicurazione obbligatoria non può pertanto essere esteso ai componenti l'equipaggio di una nave che porti il nome di una persona straniera ed alzi bandiera straniera, anche se usata da un vettore italiano con equipaggio italiano; essa è da ritenersi straniera e i componenti l'equipaggio non possono pretendere di essere compresi tra le persone per cui la legge impone all'armatore l'obbligo dell'assicurazione. Stando così le cose, gli operai imbarcati su navi straniere non hanno diritto all'indennizzo nel caso di infortuni, sebbene siano stati assunti in servizio in Italia, da vettore italiano, e sotto la disciplina della legge italiana. *Contra*: La Corte d'Appello di Napoli e la Cassazione di Napoli hanno ritenuto che la legge italiana sugli infortuni fosse applicabile anche all'equipaggio italiano, arruolato nel Regno da una Società estera e imbarcato su nave con bandiera straniera e che a tale applicazione della legge non era d'ostacolo il fatto che l'infortunio fosse avvenuto all'estero. V. App. Napoli, 20 marzo 1907, in "Il contratto di lavoro", 1907, p. 346; Cass. Napoli, 24 marzo 1908, in "Il contratto di lavoro", 1908, p. 278; Trib. Napoli, 24 luglio 1905, in "Annali del credito e della previdenza", 1905, p. 274. Cfr. G. PATERI, *Gli infortuni sul lavoro*, cit., p. 365; A. DE SIMONE, *Condizione della gente*, cit., p. 678; F. COCITO, *Commento alla legge*, cit., p. 528.

⁵⁷ Il disegno di legge Zanardelli non conteneva questo limite di salario, che fu però aggiunto dalla Commissione parlamentare per coordinare il trattamento della gente di mare a quello degli altri operai, prescritto appunto all'art. 2, n. 2, del T.U. Cfr. G.B. CERESETO, *La legislazione sanitaria in Italia*, parte IV, capo V, *Infortuni della gente di mare*, Torino, Unione tipografico-editrice, 1910, p. 1122. Il limite venne giustificato osservando che la gente di mare durante la navigazione non ha spese di vitto, e quindi risulta più facile risparmiare per provvedere ad eventuali futuri bisogni. Cfr. A. AGNELLI, *Commento alla legge sugli infortuni del lavoro*, Milano, Società Editrice Libreria, 1905, p. 734. Il T.U. n. 51/1904, riguardo agli equipaggi marittimi, sarà modificato dai decreti luogotenenziali 17 novembre 1918, n. 1825, e 27 marzo 1919, n. 638, convertiti in l. 17 aprile 1925, n. 473. Il d.lgt. n. 1825/1918, modificando il T.U., relativamente ai trasporti marittimi, ha sostituito un nuovo testo a quello dell'art. 21, ed ha disposto che «sono considerati come operai per gli effetti della presente legge tutte le persone componenti l'equipaggio di una nave sotto bandiera italiana che siano retribuite con salario o stipendio o con una quota di partecipazione. Coloro però che appartengono allo stato maggiore della nave e percepiscono una retribuzione annua superiore alle lire 3600 non fruiscono delle disposizioni della presente legge». Questa disposizione ha fatto venire meno l'art. 124, del r.d. 13 marzo 1904, n. 141, il quale restringeva l'assicurazione ai componenti dell'equipaggio, secondo l'enumerazione dell'art. 521 c. com. 1882. Cfr. A. SCIALOJA, *Sistema del diritto della navigazione*, vol. I, Roma, Società Editrice del «Foro Italiano», 1933, pp. 371-372.

⁵⁸ Anche il capitano che navighi a profitto comune sul nolo o sul carico ha diritto all'assicurazione. Egli è un locatore d'opera, anche quando partecipi agli utili della spedizione, non potendo considerarsi né come un socio né come un associato in partecipazione: in questa forma di arruolamento esula con maggiore evidenza il carattere di preposto dell'armatore, così come sostiene buona parte della dottrina, ed invece rimane ancora più provato che egli è un locatore di opera, sia pure *sui generis*. Vedi *ex multis*, A. DE SIMONE, *Condizione della gente*, cit., p. 682.

⁵⁹ Cfr. A. AGNELLI, *Commento alla legge*, cit., p. 735.

⁶⁰ Cfr. M. ROBERTI, *La gente di mare e la legge per gli infortuni del lavoro*, Napoli, Pierro ed., 1905, p. 78, che argomenta dall'art. 2, 3° cpv, e art. 9, pen. cpv., del T.U. n. 51/1904; A. AGNELLI, *Commento alla legge*, cit., p. 737; App. Genova, 1° maggio 1908, in "Rivista infortuni", 1908, p. 719.

macchinisti, i fuochisti e tutte le altre persone impiegate, con qualunque denominazione, al servizio delle macchine nelle navi a vapore, senza distinzione o eccezione, purché appunto percepiscano un salario o uno stipendio, sulla cui forma la legge non applica alcuna limitazione.

Sembrerebbe che il dato da considerare per dare la tutela prevista fosse il termine "salario", che comunque comprendeva anche le panatiche, vale a dire il valore del vitto durante l'arruolamento, che doveva essere specificato dall'autorità marittima competente sul ruolo di equipaggio per ogni individuo, secondo le rispettive condizioni di arruolamento e secondo le consuetudini locali⁶¹. Se dal solo salario, secondo i criteri fissati dalla legge, per quanto insolito possa sembrare, non derivava il carattere di operaio, ma bensì da un complesso di elementi diversi, quali la natura dell'impresa, l'occupazione permanente o avventizia, il lavoro svolto fuori della propria abitazione, ecc., elementi che si riscontrano anche nella specie di *arruolamento alla parte*, o per essere più precisi nell'arruolamento *con partecipazione ai profitti e a nolo*, non può negarsi al marinaio il diritto di essere considerato operaio cui spetta un'indennità in caso d'infortunio, solo perché il salario riveste un'altra forma, e non è fisso o determinato *a priori*.

Perciò, qualunque sia il tipo di arruolamento, *a viaggio*⁶², *a mese*⁶³, *con partecipazione dei profitti*⁶⁴ o *a nolo*⁶⁵, il marinaio deve essere sempre assicurato⁶⁶ e ha

⁶¹ V. anche artt. 125-126, r.d. 13 marzo 1904, n. 141.

⁶² L'*arruolamento a viaggio* si ha quando il marinaio si obbliga a prestare la propria opera per tutto il viaggio ricevendo in corrispettivo una determinata somma, indipendentemente dalla durata del viaggio stesso.

⁶³ Si tratta di *arruolamento a mese* quando il marinaio si obbliga a prestare la propria opera percependo un salario fisso per ciascun mese che dura il viaggio, con l'obbligo però di rimanere in servizio sino al termine del viaggio anche nel caso in cui questo duri più mesi.

⁶⁴ L'*arruolamento con partecipazione ai profitti o utili* rende l'arruolato associato agli utili generali della spedizione, che acquista il carattere di un'impresa commerciale, non essendo limitata semplicemente al trasporto, ma anche agli altri coefficienti di guadagno.

⁶⁵ L'*arruolamento con partecipazione al nolo* associa il marinaio all'esito dell'impresa. Il salario sarà proporzionale all'entità dei noli riscossi, e comprenderà una quota preventivamente stabilita sulla totalità dei noli guadagnati nei viaggi.

⁶⁶ A prima vista può sembrare che entrambe le forme (*con partecipazione ai profitti e a nolo*), dette anche *alla parte*, non rivestano il carattere di locazione d'opera, ma costituiscano invece contratti di società o di associazione in partecipazione; ma se si considerano gli obblighi e i diritti delle parti che ne derivano, deve riconoscersi che si tratta di un vero contratto di locazione d'opera, in cui il salario, invece di essere preventivamente fissato, è variabile a seconda degli eventi dei viaggi, per i quali il contratto è stipulato. Non può parlarsi, quindi, di società, perché un socio, anche quando non conferisca che la propria industria, partecipa però ai guadagni come alle perdite (art. 1717 c.c. 1865); mentre il marinaio in tali casi non è tenuto a sostenere le perdite della spedizione. Ma nemmeno può parlarsi di associazione in partecipazione, perché anche questa comprende gli utili e le perdite di una o più operazioni commerciali, o anche dell'intero commercio (art. 233 e art. 236 c. com. 1882), ed i vincoli di dipendenza che legano l'arruolato all'armatore, e quelli di disciplina al capitano o padrone, sarebbero incompatibili con la qualifica di associato nel marinaio. Quindi i marinai arruolati con partecipazione al nolo ed al profitto possono ritenersi come salariati al pari degli altri; con la differenza che il loro salario, invece di essere preventivamente stabilito, è determinato alla fine del contratto di arruolamento in proporzione degli utili verificatisi. V. Trib. Napoli, 21 dicembre 1906, in "Il Foro italiano", a. XXXII, parte I, cc. 402-405, con nota di L. Ordine; Trib. Napoli, 12 settembre 1906, in "Rivista infortuni", vol. III, n. 5, p. 629; Trib. Napoli, 1° ottobre 1906, in "Il contratto di lavoro", 1907, p. 275; Trib. Napoli, 28 maggio 1906, in "Il Foro italiano", I, c. 247. Cfr. inoltre, A. AGNELLI, *Commento alla legge*, cit., p. 736; F. DI DONNA, *La gente*

diritto all'indennità anche se ha avuto l'infortunio mentre si trovava a terra, purché per servizio della nave.

Ne rimane invece escluso il pilota pratico⁶⁷, che rispetto all'armatore è un *locator operis*, che presta la sua opera in date occasioni e per un periodo di tempo molto limitato, sicché non può essere ritenuto componente dell'equipaggio propriamente detto, in quanto non fa parte in modo stabile del personale della nave⁶⁸.

Nell'ambito dell'attività di navigazione nei suoi risvolti economici era ricompresa naturalmente l'industria della pesca, purché avesse il carattere d'impresa di una certa entità economica, con grandi navi e rischi più frequenti e dunque più numerosi di quelli che si verificano nella piccola pesca praticata lungo le coste, che utilizzava personale insufficiente e imbarcazioni di scarsa portata. I marinai addetti alla pesca non meritavano, di sicuro, un trattamento diverso da quello riservato agli operai addetti ai trasporti, sempre però che si trattasse di pesca di importanza tale da costituire un'industria. Così il progetto ministeriale, ispirato a questo concetto, assoggettava all'assicurazione i marinai addetti alla *pesca illimitata*, in conformità alla

di mare e il disegno di legge, in "Giurisprudenza italiana", 1902, pt. IV, p. 21; F. COCITO, *Commento alla legge*, cit., pp. 532-533; A. SCIALOJA, *Sistema del diritto*, cit., p. 408. La questione, citata poco sopra, venne però risolta in senso contrario dal Ministero di agricoltura, industria e commercio, con la Circolare 8 marzo 1904, n. 5920, diretta alle Capitanerie di porto e riguardante l'applicazione della legge infortuni alla gente di mare, che si è rivelata del tutto contraria a quanto stabilito durante i lavori preparatori del Regolamento e più specificatamente nella Relazione Magaldi. Cfr. G. PATERI, *Gli infortuni sul lavoro*, cit., pp. 369-370; S. RAMERI, *Infortuni*, cit., pp. 381-382.

⁶⁷ Ciò, ben inteso, è valido solo per i trasporti marittimi, essendo l'articolo in esame sotto il titolo «Disposizioni speciali per i trasporti marittimi», cosicché nel caso in cui si tratti di pilota addetto alla navigazione fluviale, l'esclusione dovrebbe cessare e correre per quest'ultimo il diritto all'assicurazione, essendo l'industria dei trasporti in genere contemplata dall'art. 1, n. 2, del T.U. n. 51/1904. Cfr. F. COCITO, *Commento alla legge*, cit., p. 534; S. RAMERI, *Infortuni*, cit., p. 377; App. Roma 9 dicembre 1905, in "Il contratto di lavoro", 1906, III, p. 123.

⁶⁸ Relazione della Commissione Parlamentare (rel. Gianolio) al disegno di legge Zanardelli, in Atti Parlamentari, Camera dei deputati, legisl. XXI, sess. 1900-1901, doc.: dis. di legge e relazione n. 298, A, p. 13. Il pilota pratico, secondo il concetto della legge, è colui che, a richiesta, presta momentaneamente servizio su navi, negli stretti, nei porti, nei canali o in altri siti di ancoraggio. Essendo addetto a diverse imprese o corporazioni, disciplinate dal Codice della marina mercantile, che servono a tutte le navi, dovrà essere assicurato e in caso d'infortunio indennizzato dalle imprese o corporazioni cui appartiene. Per approfondimenti su questa figura, vedi L. ORDINE, *Il pilota pratico e l'assicurazione contro gli infortuni del lavoro*, Estratto da "Il Foro italiano", a. XXXI, fasc. XII, Città di Castello 1906, p. 4 ss. In giurisprudenza, App. Roma, 9 dicembre 1905, in "Diritto marittimo", 1906, p. 134. *Contra*, App. Napoli, 2 marzo 1906, in "Il Foro italiano", 1906, I, c. 208, in cui si afferma che il corpo dei piloti non è un'impresa né di trasporti o di carico e scarico, né di navigazione marittima, ma ha funzioni tecniche d'interesse pubblico per il pilotaggio delle navi all'entrata e all'uscita dei porti: i piloti non fanno parte dell'equipaggio di bordo e non hanno diritto all'assicurazione contro gli infortuni. Ai sensi dell'art. 66, parte II, n. 2, c.m.m. 1877, il pilota pratico fa parte dell'equipaggio per tutto il tempo in cui gli è affidata la direzione della nave, ed è considerato sottufficiale alla dipendenza del capitano e degli ufficiali di bordo. In questo senso, non è dalla natura delle funzioni che compie il pilota pratico che deriva la sua esclusione dal personale compreso nell'equipaggio di una nave: ma è perché quelle funzioni non stabili e normali per una determinata nave, non possono rendere permanente il rapporto giuridico necessario verso l'armatore, obbligato ad assicurare il personale stabile della nave. Facendo, però, parte di una corporazione, di un'impresa che rientra tra quelle previste dalla legge sugli infortuni, trova nel rapporto di dipendenza con questa il *vinculum iuris* e nei pericoli del suo lavoro la base giuridica del suo diritto all'indennizzo. Cfr. F. COCITO, *Commento alla legge*, cit., pp. 537-538; G. BORTOLOTTO, *Commento al Testo Unico*, cit., p. 184.

terminologia usata dal Codice della marina mercantile (art. 139 c.m.m. 1877)⁶⁹: ma, su proposta della Commissione incaricata di studiare il disegno di legge, si decise di modificare la formula, e si parlò invece di pesca oltre i dieci chilometri dal lido. In ogni caso si è poi assoggettata all'assicurazione la pesca delle spugne e del corallo.

L'obbligo relativo sorge dal contratto di arruolamento e incombe sull'armatore, parificato all'imprenditore contemplato nell'art. 1 del T.U. Imprenditori sono, di conseguenza, gli armatori delle navi, o coloro che la legge reputa tali (art. 21 del T.U. n. 51/1904; artt. 52 e 53 c.m.m. 1877), e costoro debbono provvedere all'assicurazione, senza che ciò li dispensi, come vedremo a breve, dall'obbligo di prestare le cure e di pagare i salari⁷⁰, nei casi previsti dagli artt. 537 e 539 c. com. 1882⁷¹.

⁶⁹ Ai sensi dell'art. 139 c.m.m. 1877, *pesca limitata* è quella che si fa nelle acque dello Stato entro i limiti del distretto di pesca cui appartiene il battello che la esercita, *pesca illimitata* quella che si fa all'estero o fuori del distretto cui appartiene il battello. Ma la *pesca illimitata* cui fa riferimento la nuova legge non è quella di cui parla il Codice della marina mercantile e, proprio per non generare equivoci si scelse la dicitura "pesca oltre i dieci chilometri dal lido" adottando la distinzione fatta dalla Cassazione di Torino che, con sentenza 17 giugno 1874 (rel. Matteo Pescatore), aveva stabilito che la *pesca limitata* era quella che andava fino ai dieci chilometri dal lido. Giustamente poi vi furono contemplate anche le imprese per la pesca delle spugne e dei coralli, le quali sebbene non esercitate oltre i dieci chilometri dal lido, presentano pericoli tali da meritare di essere contemplate nella legge. Cfr. S. RAMERI, *Infortuni*, cit., p. 375; G. BORTOLOTTI, *Commento al Testo Unico*, cit., p. 55; G.B. CERESETO, *La legislazione sanitaria*, cit., p. 1123. La locuzione *acque dello Stato*, per quanto concerne il mare, può essere confusa con quella di *mare territoriale*. Lo Stato non può e non deve regolare che la pesca esercitata nelle sue acque, e la legge speciale sulla materia dichiara appunto che essa regola la pesca nelle acque del demanio pubblico e del mare territoriale (art. 1, della l. 4 marzo 1897, n. 3706). Pertanto *pesca illimitata* è quella che si esercita fuori del limite del mare territoriale. [...]. Ma si è proposto, e la Commissione ha ammesso, che anche la pesca entro le acque dello Stato potesse essere assoggettata alla legge sugli infortuni, quando non ha per oggetto il pesce, ma costituisce il primo atto di un diverso esercizio industriale. Ciò succede per la pesca del corallo e delle spugne che si esercita in condizioni diverse e presenta pericoli maggiori. Cfr. Relazione Gianolio, in Atti Parlamentari, Camera dei deputati, legisl. XXI, 1902, doc. 298, 1, p. 4.

⁷⁰ Le disposizioni relative ai salari e alle spese di cura si applicano indistintamente a tutti i marinai, in qualunque modo essi siano arruolati o salariati; la legge infatti non distingue e ciò vale indistintamente tanto per i salariati a mese o a viaggio, quanto per quelli che partecipano ai profitti e ai noli. V. App. Messina, 4 marzo 1879, in "Eco", 1879, p. 202. Ai sensi dell'art. 546 c. com. 1882, le suddette disposizioni si applicano anche al capitano o padrone, agli ufficiali e a qualunque altra persona dell'equipaggio.

⁷¹ Art. 22, T.U. n. 51/1904: «L'obbligo dell'assicurazione imposto dalla presente legge non dispensa dalla prestazione delle cure e dal pagamento dei salari nei casi e modi stabiliti dagli articoli 537 e 539 del Codice di commercio. L'indennità giornaliera nella misura stabilita dall'articolo 9, nn. 3 e 4, decorre, nei casi in cui all'articolo 537 del Codice di commercio, dal giorno in cui cessa il pagamento dei salari dovuti a norma di quest'ultimo articolo. Nei casi di cui ai nn. 1, 2 e 5 dell'articolo 9, la misura delle indennità per la gente di mare è ridotta nelle proporzioni seguenti: 1° nel caso d'inabilità permanente assoluta, l'indennità sarà uguale a quattro salari annui, e non mai minore di lire 2000; 2° nel caso d'inabilità permanente parziale, sarà uguale a quattro volte la parte di cui è stato o può essere ridotto il salario annuo, che agli effetti del presente capoverso non potrà mai essere considerato inferiore alle L. 500; 3° nel caso di morte l'indennità sarà uguale a tre salari annui.

A partire dal giorno in cui andrà in esecuzione la presente legge, i contributi per la Cassa invalidi della marina mercantile saranno a carico esclusivo degli armatori, ai quali si applica pure l'ultimo capoverso dell'articolo 7».

4. *Causa violenta e occasione di lavoro: l'interpretazione riguardo alla gente di mare*

Il T.U. n. 51/1904 garantisce i lavoratori del mare per tutti i casi di morte o di lesioni personali prodotti da causa violenta⁷² in occasione del lavoro⁷³, dando loro diritto a un'indennità nella misura determinata dal T.U. stesso in proporzione del salario, il cui ammontare viene valutato computando non solo il corrispettivo in moneta, assegnato al marinaio per l'opera che presta, ma anche il costo del vitto, e altri diritti accessori stabiliti con il contratto di arruolamento, anche se si tratti d'indennità. Ne sono escluse solo le gratificazioni, che costituiscono una liberalità dell'armatore, e pertanto sarebbe erroneo comprenderle nel salario⁷⁴.

Negli infortuni della gente di mare, la causa violenta⁷⁵ deve essere intesa in senso lato: anche quando l'effetto si manifesti in un momento relativamente successivo all'evento infortunistico, in quanto sia le cause sopravvenute, sia l'incidenza di cause preesistenti debbono essere valutate in corrispondenza

⁷² In argomento, vedi F. CARNELUTTI, *Infortuni sul lavoro (Studi)*, vol. I, Roma, 1913-1914, p. 129; ID., *Causa violenta*, in "Rivista del diritto commerciale", 1906, I, p. 413; 1907, I, p. 126; ID., *Causa violenta in occasione di lavoro*, in "Temì", 1906, p. 519; G. BENETTINI, *La nozione della causa violenta quale requisito degli infortuni sul lavoro*, in "Il diritto del lavoro" 1942, II, p. 186; A. PERONACI, *Il concetto di causa violenta nella sua interpretazione più aderente allo spirito della legislazione infortunistica*, in "Il Foro italiano", 1941, I, c. 1029; C. TOESCA DI CASTELLAZZO, *Sulla causa violenta in infortunistica*, in "Massimario della giurisprudenza del lavoro", 1937, p. 452; A. GRECHI, *Occasione di lavoro e causa violenta nella teoria dell'infortunio sul lavoro*, Firenze, Casa Editrice Poligrafica Universitaria, 1935.

⁷³ Tra gli altri, F. CARNELUTTI, *Ancora sull'occasione di lavoro*, in "Rivista del diritto commerciale", 1905, p. 113; U. CHIAPPELLI, *L'occasione di lavoro e il cosiddetto «comportamento del lavoratore»*, in "Il diritto del lavoro", 1948, II, p. 43; E. CATALDI, *Il concetto d'occasione di lavoro nei suoi limiti soggettivi e oggettivi*, in "Il diritto del lavoro", 1962, I, p. 463; U. CHIAPPELLI, *Le finalità di lavoro considerate come fattore influente nella determinazione dell'occasione di lavoro*, in "Giurisprudenza italiana", 1949, I, p. 141; E. CABIBBO, *Infortunio sul lavoro, occasione di lavoro, ambiente di lavoro*, in "Rivista del lavoro", 1941, p. 556; G. NERVI, *Ancora sull'occasione di lavoro*, in "Massimario della giurisprudenza del lavoro", 1929, p. 48; L. LENZI, *Valutazione medico-legale della causa violenta e dell'occasione di lavoro (contributo casistico)*, in "Rivista degli infortuni e delle malattie professionali", 1945, I, p. 173.

⁷⁴ *Contra*: App. Genova, 14 aprile 1903, in "Rivista infortuni", vol. V, 1903, p. 223; Trib. Roma, 2 luglio 1902, in "Rivista infortuni", vol. IV, 1902, p. 647. L'indennità per infortunio ha carattere di assegno alimentare, e non è compensabile con un credito proveniente da altra causa, salvo per obbligazione in ragione di alimenti dovuti per legge nella misura di un terzo, e per debiti verso la nave: l'art. 545, c. com. 1882 conferma la verità della regola e dell'eccezione. Cfr. Trib. Napoli, 19 luglio 1907, in "Rivista Infortuni", 1907, p. 852. *Contra*, Cass. Roma, 17 maggio 1907, in "Il Foro italiano", 1907, c. 1368; App. Roma, 12 dicembre 1905, in "Il contratto di lavoro", 1906; Trib. Spoleto, 13 maggio 1907, in "Il contratto di lavoro", 1907, p. 237. V. G. BORTOLOTTO, *Commento al Testo Unico*, cit., p. 149; A. DE SIMONE, *Condizione della gente*, cit., p. 687.

⁷⁵ «[...] Causa violenta, secondo l'espressione della legge, è quella che abbia prodotto con forza un effetto dannoso alla personale altrui integrità. E se avviene in occasione del lavoro, costituisce l'infortunio, cioè quel triste accidente, indipendente dalla volontà e nascente dal lavoro stesso col nesso di causa ad effetto. Le modalità di una causa violenta possono essere diverse, ma tutte debbono avere la virtù operativa del subitaneo pregiudizio sull'organismo umano, sia per fatto meccanico arrecante lesioni traumatiche, sia per fatti esterni, percettibili o meno dai nostri sensi, ma tutti ugualmente perturbatori delle funzioni organiche». Cfr. Cass. Napoli, 26 aprile 1905, in "Il Foro italiano", 1905, cc. 611-619; L. BORRI, *Causa violenta in occasione del lavoro*, in "Rivista infortuni", 1901, p. 166.

dell'infortunio, quali prodotti da causa violenta⁷⁶. Per causa violenta⁷⁷ deve intendersi non solo una causa traumatica, ma qualunque fatto che colpisca improvvisamente l'individuo, e produca effetti dannosi in poco tempo e non a seguito di un processo lento e progressivo, come avviene, ad esempio, nelle malattie “ordinarie”.

Anche l'occasione del lavoro, ossia il rischio professionale⁷⁸ deve intendersi in senso lato, e non limitato al tempo ed al luogo dell'avvenimento: basta un semplice rapporto occasionale, mediato di causalità tra lavoro ed infortunio. L'ambiente di lavoro mutevole (il mare), il luogo di lavoro (le attrezzature e i locali della nave), la durata dell'esposizione a diversi agenti, che di norma si protrae per tutta la durata dell'imbarco, costituiscono peculiari fattori di rischio per la salute dei marittimi, al punto che non è possibile affermare che il lavoro debba essere assolutamente ed esclusivamente la causa dell'infortunio, potendo agire anche solo come concausa. La Corte d'Appello di Napoli osservava che «la legge non richiede che il male derivi per rapporto assoluto dalla specie del lavoro che si compie, ma basta che si svolga in occasione del lavoro»⁷⁹; quindi, se un marinaio per domare un incendio sviluppatosi a bordo resti ferito, ha diritto all'indennizzo, a norma di legge, sebbene il sinistro non sia occasionato direttamente ed esclusivamente dal lavoro.

In senso più ristretto, la Cassazione di Torino nel comprendere nell'infortunio marittimo tutti i sinistri che accadano ad occasione del lavoro, ne eccettua soltanto quelli che avvengono per forza maggiore, e che siano assolutamente estranei al lavoro, ossia quelli che non hanno alcun rapporto con l'esercizio marittimo⁸⁰.

Anche il termine “lavoro” va inteso in senso lato, e comprende tutto ciò che è inerente all'industria; anzi se durante la navigazione un marinaio riporti un

⁷⁶ Trib. Roma, 31 dicembre 1901, in “Monitore dei Tribunali”, 1902, p. 534.

⁷⁷ A proposito dell'espressione “causa violenta”, l'onorevole Chimirri, relatore dell'ultimo progetto alla Camera dei deputati, rispondeva nella tornata del 13 maggio 1890 al collega Fusinato, il quale proponeva che si utilizzasse il termine “improvvisa” invece di “violenta”, osservando che la caratteristica del fatto improvviso è insita nel concetto dell'infortunio, così: «l'evento dannoso dev'essere in relazione all'impresa industriale per ragione di causa, di tempo e di luogo, per cui l'operaio ha diritto all'indennità, se sia colpito nel tempo e nel luogo del lavoro, e per causa diretta od indiretta inerente all'organizzazione dell'industria cui è addetto». Cfr. A. DE SIMONE, *Condizione della gente*, cit., p. 689.

⁷⁸ Il rischio inerente alla persona del marinaio è “rischio industriale”, ovvero rischio a carico dell'armatore, quando si tratti di malattia contratta durante il viaggio, cioè in servizio, oppure di ferite riportate per il servizio. Il rischio è a carico del lavoratore solo se la malattia sia derivata da sua colpa. Così A. BRUNETTI, *Diritto marittimo privato*, II, cit., p. 498. Sulla teoria del “rischio professionale” prospettata dalla corrente del “socialismo giuridico”, la quale sosteneva che il padrone, in pratica, come ritraeva degli utili dall'attività d'impresa, così doveva sopportarne al tempo stesso tutte le conseguenze: *ubi commoda, ibi incommoda*, v. L. GAETA, *Infortuni sul lavoro*, cit., p. 125 ss. Circa la rivisitazione dottrinale operata da Carnelutti nei confronti del rischio professionale quale principio in grado di spiegare sia la responsabilità civile che l'assicurazione contro gli infortuni, v. G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana*, cit., p. 415.

⁷⁹ App. Napoli, 29 luglio 1904, in “Il Foro italiano”, 1905, cc. 187-189.

⁸⁰ Cass. Torino 8 luglio 1905, in “Il Foro italiano”, 1905, c. 1356.

infortunio, di cui rimanga sconosciuta la causa, bisogna ritenere che si tratti di un infortunio sul lavoro compreso nell'assicurazione⁸¹.

Si considera come luogo del lavoro non solo la nave, ma qualsiasi posto in cui il marinaio sia costretto a recarsi per servizio della nave, o per ordine dei superiori, anche quando si avvalga di mezzi di sua iniziativa, e non suggeritigli dal capitano. L'art. 24 del T.U. n. 51/1904 indica che il rischio professionale marittimo deve essere interpretato largamente, quando dispone che l'indennità è dovuta anche se l'infortunio sia avvenuto durante il viaggio di ritorno, o per via di terra o su di una nave diversa da quella sulla quale il marinaio era arruolato. Questa classificazione, voluta dal legislatore a solo titolo dimostrativo, chiarisce che lo stesso principio deve essere applicato in tutti i casi in cui la causa originaria dell'infortunio possa essere fatta risalire a quel lavoro. Si può così prendere ad esempio il caso di un marinaio, a terra, che a seguito di un rimprovero durante l'esecuzione del lavoro, riguardante qualsiasi fatto inerente alla nave, colpisse e ferisse il capitano; quest'ultimo avrà diritto all'indennizzo considerandosi il fatto come infortunio, pur non essendo avvenuto sulla nave⁸².

Va aggiunto inoltre che, anche il tempo di durata del rischio professionale non va interpretato restrittivamente: il marinaio, infatti, come si è già sostenuto, corre il rischio professionale dal momento che prende servizio fino al congedo, dopo che la nave sia stata scaricata, disarmata ed "ammessa a libera pratica": avrà perciò diritto all'indennizzo per ogni sinistro che gli possa capitare entro questo lasso di tempo⁸³.

5. L'art. 22, T.U. n. 51/1904 e il Codice di commercio del 1882

Stabilito l'obbligo dell'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro della gente di mare, per dissipare eventuali dubbi in merito alla sopravvivenza delle tutele ex artt. 537 e 539 c. com. 1882, si rivelò indispensabile l'introduzione della dichiarazione contenuta al comma 1, dell'art. 22, del T.U. n. 51/1904, intesa a mantenere l'efficacia (integrale) di tali norme. Infatti il legislatore, coordinando le

⁸¹ App. Napoli, 2 luglio 1902, in "Il Foro italiano", 1902, 1, c. 1274. *Contra*: Cass. Firenze 18 gennaio 1904, in "Il Foro italiano", 1904, c. 290, la quale osserva che anche a voler seguire l'interpretazione grammaticale e logica, è evidente che il legislatore ha voluto garantire dal rischio professionale solo gli operai che siano colpiti da infortunio durante e a causa del lavoro. Osserva la Corte, infatti, che occasione significa *congiuntura di tempo e di luogo*, e perciò, perché l'infortunio sia risarcibile deve essere avvenuto nel tempo e nel luogo del lavoro, e per causa sia pure indiretta del lavoro. A dire della Corte è necessario un nesso causale, ossia un rapporto di causa ed effetto fra lavoro ed infortunio: *il lavoro deve aver causato l'infortunio nel luogo e nel tempo del lavoro stesso*.

⁸² *Contra*, App. Milano 18 novembre 1901, in "Monitore dei Tribunali", 1902, p. 213.

⁸³ Se per non essere stato pagato del salario, alla fine del viaggio, rimanga ancora sulla nave, come la legge gliene dà facoltà, avrebbe diritto all'indennizzo per un infortunio che gli capitasse entro questo termine. Ed anche quando nel contratto di arruolamento l'armatore si sia obbligato a curare il trasporto dell'arruolato sino al suo paese, ammesso che questo sia diverso da quello del luogo di armamento della nave, gli eventuali sinistri che capitino al marinaio sono considerati infortuni, indennizzabili a norma di legge. A. DE SIMONE, *Condizione della gente*, cit., p. 693.

disposizioni di legge con quelle del Codice di commercio, dispose all'art. 22 che l'obbligo dell'assicurazione imposto dalla legge stessa non dispensa dalla prestazione delle cure e dal pagamento dei salari nei casi e nei modi stabiliti dagli artt. 537 e 539 c. com. 1882.

Secondo la disposizione del primo di questi due articoli, che riguarda il trattamento dell'operaio in caso di malattia o d'infortunio durante il viaggio o per ragioni di servizio, il marinaio, ferito relativamente ad uno di questi casi, è curato e medicato a spese della nave o della nave e del carico⁸⁴; e qualora la cura lo richieda dovrà essere sbarcato, ed avrà diritto alle spese di cura e ai salari per la durata massima di quattro mesi dallo sbarco⁸⁵. Si tratta di una disposizione nuova, propria del Codice di commercio del 1882, in quanto il Codice precedente non assegnava alcun termine, quindi si riteneva che il marinaio avesse diritto alle spese di cura per tutto il tempo che durava la malattia, ed al salario fino al ritorno della nave nel porto di armamento, o fino a quando fosse scaduto il termine dell'arruolamento.

È chiaro che finché ricorra l'applicazione di questo articolo, viene meno ogni fondamento al diritto di indennità in conseguenza della legge per gli infortuni; l'art. 22 del T.U. n. 51/1904 dispone, infatti, al comma 2, che l'indennità giornaliera nella misura stabilita dall'art. 9, nn. 3 e 4, decorre, nei casi di cui all'art. 537 c. com. 1882, dal giorno in cui cessa il pagamento dei salari dovuti a norma di quest'ultimo articolo. Ai termini dell'art. 9, n. 3, nel caso di inabilità temporanea assoluta, l'indennità, così come nei casi relativi alle "industrie terrestri", è giornaliera ed è uguale alla metà del salario percepito dal marinaio al momento dell'infortunio, e deve pagarsi per tutta la durata dell'inabilità. Ed a termini dello stesso articolo, n. 4, nel caso di inabilità temporanea parziale, l'indennità è giornaliera ed è uguale alla metà della riduzione che, per effetto dell'inabilità stessa, deve subire il salario che l'operaio percepiva al momento dell'infortunio, e deve pagarsi per tutta la durata dell'inabilità.

Pertanto, l'indennità giornaliera spettante alla gente di mare, sarà, a sua volta, uguale alla metà del salario percepito dal marittimo al momento dell'infortunio, se si tratti di inabilità temporanea assoluta, e sarà della metà della riduzione subita dal salariato, al momento dell'infortunio, se si tratti di infermità temporanea parziale, e l'indennità stessa deve, in entrambi i casi, durare per tutta la durata dell'inabilità, non senza però sottolineare, che la stessa, comincia solo a decorrere dal giorno in cui cessa il pagamento del salario, ovvero quando trovi applicazione l'art. 537 c. com. 1882.

⁸⁴ Il diritto del marinaio di essere medicato e curato si pone, nella disciplina del codice, come obbligazione nascente e facente parte del complesso rapporto di lavoro, del contratto di arruolamento; non è un diritto a prestazioni, in caso di malattia, spettante al lavoratore, sia pure disciplinato dal codice, a carico di una gestione assicurativa a carattere mutualistico o comunque di un soggetto estraneo al rapporto di lavoro. Così, G. CANNELLA, *La tutela previdenziale dei marittimi contro le malattie*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 8.

⁸⁵ Atti Parlamentari, Camera dei deputati, legisl. XX, I sess. 1902-1903, documenti, n. 65 C, p. 7; A. DE SIMONE, *Condizione della gente*, cit., p. 590.

Nei casi invece di cui ai nn. 1, 2 e 5 dell'art. 9 del T.U., e secondo quanto dispone l'art. 22, in esame, «*la misura dell'indennità per la gente di mare è ridotta nelle proporzioni seguenti: 1) nel caso di inabilità permanente assoluta, l'indennità sarà uguale a quattro salari annui, e non potrà mai essere inferiore a L. 2000; 2) nel caso di inabilità permanente parziale, sarà uguale a quattro volte la parte di cui è stato, o può essere ridotto il salario annuo del sinistrato, e mai inferiore alle L. 500; 3) nel caso di morte l'indennità sarà uguale a tre salari annui*». Le motivazioni della riduzione in questi tre casi dell'indennità per la gente di mare in confronto di quella attribuita alla gente di terra, si trovano spiegate nella Circolare ministeriale del 5 maggio 1904, contenente le istruzioni per l'esecuzione della legge sugli infortuni e del relativo regolamento. «Questa riduzione – si legge nella predetta circolare – delle indennità dovute a termine della legge, trova compenso nella indennità molto maggiore che gli operai ricevono nei primi mesi di infermità a termini del citato art. 537 del Codice di commercio e nell'esenzione degli operai stessi da ogni contributo alla Cassa invalidi per la marina mercantile⁸⁶, questo contributo essendo stato dalla legge (art. 22) posto interamente a carico degli armatori»⁸⁷.

A dire il vero, anche così coordinate le due disposizioni legislative, il cumulo non si evita in ogni caso, ed è certo che la condizione dei marinai in caso d'inabilità permanente è notevolmente migliore di quella degli operai terrestri: per questi ultimi, va ricordato, il capo o esercente dell'impresa, industria o costruzione è obbligato a sostenere soltanto le spese per le prime immediate cure di assistenza medica e farmaceutica (art. 9, ult. cpv. T.U.), mentre l'armatore è obbligato a corrispondere ai marinai le cure mediche ed il salario intero, con un limite di quattro mesi dallo sbarco, nel caso in cui il marinaio sia sbarcato. È fuori dubbio quindi che in caso d'inabilità permanente il marittimo infortunato riceva oltre l'indennità dall'assicuratore, e quest'ultima quasi nella stessa misura corrisposta ad un operaio terrestre, anche il salario e le cure mediche che gli deve l'armatore fino ad un limite massimo di quattro mesi: il cumulo è evidente, ma è inevitabile secondo il sistema della legge nazionale.

L'infortunio marittimo che apporti incapacità o malattia solamente temporanea è regolato diversamente dagli infortuni terrestri che apportino le stesse conseguenze. Per l'infortunio marittimo l'obbligo dell'istituto assicuratore

⁸⁶ L'istituto della Cassa invalidi è di origine francese; le casse furono originariamente istituite per la gente di mare appartenente alla marina militare, con ordinanza del 19 aprile 1670 di Luigi XIV. Con l'editto del 17 maggio 1709 furono ammessi al beneficio accordato agli invalidi della marina militare anche gli ufficiali, i marinai ed i soldati feriti a servizio dei naviganti ed armatori del Regno. In Italia, nel marzo del 1861, Cavour sottopose alla Camera dei deputati un progetto per l'istituzione della Cassa invalidi della marina mercantile, che fu approvato e divenne la l. 28 luglio 1861, n. 360. Le casse invalidi della marina mercantile hanno per obiettivo accordare pensioni o sussidi ai marinai regolarmente iscritti nelle matricole, e che siano in regola con le contribuzioni, nel caso in cui siano divenuti invalidi; alle vedove e agli orfani di quest'ultimi; di accordare soccorsi alla gente di mare, navigante sotto bandiera nazionale, che sia priva di risorse a causa di avvenimenti gravi ed imprevisti. Scartata la proposta di una cassa unica, sono state istituite sedi a Genova, Livorno, Napoli, Palermo ed Ancona, ciascuna con una personalità ed un'amministrazione propria e distinta. Cfr. A. DE SIMONE, *Condizione della gente*, cit., pp. 311-334.

⁸⁷ G. PATERI, *Gli infortuni sul lavoro*, cit., p. 377. Art. 7, ult. cpv. e art. 22, del T.U. n. 51/1904.

comincia dal giorno in cui cessa l'obbligo per l'armatore di corrispondere l'indennità, ossia non prima di quattro mesi dal fatto, mentre per gli infortuni terrestri l'assicuratore risponde di tutti quei fatti che apportino incapacità o malattia non inferiore ai cinque giorni.

Ora, se alle conseguenze di una ferita, e fino al limite di quattro mesi provvede l'armatore, perché la legge glielo impone, mentre l'istituto assicuratore è tenuto a pagare le indennità solo da quando cessa l'obbligo nell'armatore, ossia al minimo, dopo quattro mesi dall'infortunio, ne derivano queste conseguenze: che non può considerarsi quale infortunio ai sensi della legge speciale la lesione toccata al marinaio, che apporti un'incapacità o una malattia infra i quattro mesi, contrariamente a quanto dispone l'art. 7 del T.U. per gli infortuni terrestri che impone all'imprenditore l'obbligo dell'assicurazione per tutti i casi di lesioni personali, prodotte da cause violente ad occasione del lavoro, le cui conseguenze abbiano una durata maggiore di cinque giorni, senza differente valutazione per gli infortuni o malattia entro i quattro mesi.

E se così è, si sarebbe potuto – almeno per maggiore praticità – considerare quali anticipazioni sulla futura indennità per l'infortunio i salari che l'armatore abbia corrisposto al sinistrato, e regolare quindi su queste basi i rapporti tra istituto assicuratore ed armatore⁸⁸.

A commento dell'ultimo cpv. dell'art. 11 del T.U., a proposito delle anticipazioni che l'imprenditore o l'esercente di un'industria terrestre faccia all'operaio infortunato, e della statuizione per cui si stabilisce che queste anticipazioni sono compensate con le somme che l'istituto assicuratore sarà obbligato a corrispondergli a liquidazione definitiva, la dottrina obiettava subito che sarebbe stato giusto disporre ugualmente per l'industria marittima, senza vessare troppo l'armatore, costringendolo a pagare il contributo alla Cassa invalidi, il premio di assicurazione in ogni caso, ed il salario, a norma dell'art. 537 c. com. 1882⁸⁹.

Dal punto di vista degli estremi del sinistro indennizzabile, rilevante è l'art. 24 del T.U., per il quale l'equipaggio aveva diritto di essere risarcito del danno subito per sinistro sopravvenuto durante il viaggio di andata o di ritorno tra il porto d'imbarco e la località di residenza. L'assicurazione dei rischi per la gente di mare non si limita pertanto al solo viaggio di andata ma si estende anche a quello di ritorno fino a scioglimento definitivo del contratto d'arruolamento: scioglimento che non potrà avvenire se non nel luogo dove il marinaio è entrato al servizio dell'armatore.

L'indennità pertanto è garantita anche nel caso d'infortunio durante il viaggio di ritorno fatto per via terrestre o sopra una nave diversa da quella sulla quale

⁸⁸ Cfr. P. ASCOLI, *Il codice di commercio*, cit., pp. 407-408; A. DE SIMONE, *Condizione della gente*, cit., p. 695.

⁸⁹ A. DE SIMONE, *Condizione della gente*, cit., pp. 695-696.

L'operaio era arruolato (art. 24 T.U.)⁹⁰. Bisogna però che il ritorno avvenga in queste modalità per cause indipendenti dalla volontà dell'operaio, e cioè in caso di avarie subite dalla nave, di interruzione del viaggio, di malattie contratte dal marinaio senza sua colpa e per le quali debba essere sbarcato e rimpatriato.

Il marittimo infortunato non avrà diritto all'indennità solo se l'infortunio sia cagionato da una sua violazione determinata o volontaria dei regolamenti interni, che servono a prevenire appunto gli infortuni: essi hanno il valore quasi di un patto contrattuale, la cui violazione toglie il diritto al contravventore di avvalersi delle conseguenze del contratto, salvo la prova che quella disposizione regolamentare sia caduta in disuso al punto che colui che la violava poteva a giusta ragione ritenerla abrogata⁹¹. Di parere contrario la Corte di Cassazione di Roma, la quale, in una sua sentenza del 1908, sostenne che: «Negli infortuni avvenuti in esecuzione o in occasione del lavoro, la colpa dell'infortunato, qualunque essa sia, purché non raggiunga il dolo, non gli fa perdere il diritto all'indennità, né elimina la responsabilità dell'imprenditore per mancata assicurazione, e solo può costituire un elemento da tenersi a calcolo nella valutazione dell'indennità»⁹², ovvero può costituire solo un elemento produttivo di una minorazione dell'indennità.

Infine, sempre dalle disposizioni del T.U. n. 51/1904 si evince che, la sua applicazione è prevista altresì durante il periodo di tempo in cui la nave si trovi in disarmo, in quanto, lo stesso, riflette l'assicurazione della gente di mare ed il conseguente diritto di questa di avere l'indennizzo in caso di infortunio.

Abstract

Il contributo riflette sulle tutele apprestate in favore del personale navigante dai Codici (Codice per la marina mercantile del 1877 e Codice di commercio del 1882) e il T.U. n. 51/1904 sull'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni.

This essay presents the protections established in favor of seafaring personnel by the Codes (Code for the merchant marine of 1877 and Commercial Code of 1882) and the T.U. n. 51/1904 on compulsory insurance against accidents at work.

⁹⁰ Conviene osservare che il fatto dell'imbarco per il viaggio di ritorno deve risultare da motivi affatto indipendenti dalla volontà del marinaio imbarcato, e che il principio sancito dall'art. 24 trova conforto nella disposizione dell'art. 529 del Codice di commercio, per la quale, nel caso di rottura del viaggio dopo la partenza della nave, i marinai arruolati a viaggio o a mese, oltre al salario convenuto, hanno diritto alle spese di ritorno sino al luogo di partenza della nave, qualora il capitano, o altro interessato, o l'Autorità competente non procuri ad essi un imbarco sopra altra nave diretta al detto luogo. Cfr. F. COCITO, *Commento alla legge*, cit., p. 550; G. PATERI, *Gli infortuni sul lavoro*, cit., p. 384.

⁹¹ In dottrina, M. ROBERTI, *La gente di mare*, cit., pp. 73-74; A. AGNELLI, *Commento alla legge*, cit., pp. 179-183; F. COCITO, *Commento alla legge*, cit., pp. 199-200. In giurisprudenza, App. Milano, 26 gennaio 1904, in "Il Foro italiano", 1904, c. 379; App. Firenze, 14 maggio 1903, in "Il Foro italiano", Repertorio, voce *Infortuni sul lavoro*, 1906, n. 64; App. Palermo, 6 maggio 1901, in "Il Foro italiano", Repertorio, voce *Infortunio*, n. 65. Trib. Ancona, 22 maggio 1906, in "Il Foro italiano", Repertorio, voce *Infortuni sul lavoro*, 1906, n. 65.

⁹² Cass. Roma, 9 marzo 1908, in "Il Foro italiano", 1908, c. 339.

Parole chiave

Sicurezza, tutela, infortunio, codice di commercio, assicurazione obbligatoria

Keywords

Safety, protection, accident, commercial code, compulsory insurance

DSL

1-2021

L'ennesima sfida della pandemia Covid-19: esiste un obbligo vaccinale nei contesti lavorativi?***

di Paolo Pascucci e Angelo Delogu*

SOMMARIO: 1. Finalmente i vaccini. – 2. Il dibattito sull'obbligo vaccinale. – 3. L'art. 32 Cost. – 4. La riserva di legge di cui all'art. 32 Cost. – 5.1.1. L'art. 2087 c.c. come norma "attuativa" della riserva di legge? La questione dell'art. 29-bis del d.l. n. 23/2020. – 5.1.2. La "genericità" dell'art. 2087 c.c. – 5.2. Misura di prevenzione e trattamento sanitario. – 6.1. L'art. 279 del d.lgs. n. 81/2008. – 6.2. Il campo di applicazione del Titolo X del d.lgs. n. 81/2008. – 6.3. La classificazione del virus SARS-CoV-2. – 6.4. La messa a disposizione di vaccini efficaci. – 6.5. Art. 279 e sorveglianza sanitaria. – 7.1. La legge di bilancio 2021 e il piano strategico per la vaccinazione. – 7.2. Art. 32 Cost., obblighi e raccomandazioni nell'orientamento della Corte costituzionale. – 8. Il ruolo del medico competente. – 9. Le ipotetiche criticità della ricostruzione proposta. – 9.1. I limiti all'operatività dell'obbligo di nomina del medico competente. – 9.2. Il concetto di idoneità alla mansione specifica nel diritto della salute e sicurezza sul lavoro. – 9.3. Sulla presunta temporaneità dell'inidoneità alla mansione. – 10. Conclusioni.

1. Finalmente i vaccini

Fin dall'esplosione della pandemia da Covid-19, un anno fa, è stato subito evidente che la battaglia per debellarla sarebbe stata lunga e difficile. E anche ora che, a tempo di record, sono stati finalmente individuati i vaccini e ne è stata avviata la distribuzione, non poche ombre permangono sui tempi della definitiva soluzione del problema.

Oltre alle prevedibili difficoltà tecnico-organizzative nella produzione su scala planetaria dei sieri vaccinali, incombono le minacce innescate dalla continua variabilità del virus, per non dire di alcune incertezze sull'efficacia dei vaccini a seconda del loro diverso tipo. In particolare, non è ancora chiaro scientificamente se gli attuali vaccini siano in grado di fornire un'"immunità sterile", vale a dire se, oltre a non far ammalare il vaccinato, gli impediscano anche di trasmettere l'infezione¹, essendo quindi necessario non dismettere nel frattempo le misure di

* Paolo Pascucci è professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Urbino Carlo Bo. paolo.pascucci@uniurb.it. Angelo Delogu è assegnista di ricerca in Diritto del lavoro nell'Università di Urbino Carlo Bo. angelo.delogu@uniurb.it.

** Il saggio è stato preventivamente assoggettato alla procedura di referaggio prevista dalle regole editoriali della Rivista. Sebbene tutte le tematiche oggetto del saggio costituiscano il frutto di una riflessione comune, i paragrafi da 1 a 6.5. sono attribuibili a Paolo Pascucci, mentre i paragrafi da 7.1. a 10 ad Angelo Delogu.

contenimento finora adottate (l'uso della mascherina, l'igiene delle mani, il distanziamento sociale ecc.). Il che, con riferimento ai contesti lavorativi, alimenta la discussione circa la necessità della somministrazione del vaccino nel momento in cui già esistono altre misure preventive e dispositivi di protezione che hanno consentito finora di proseguire le attività produttive in parziale sicurezza², venendo qui in gioco, tuttavia, il principio della massima sicurezza tecnologicamente disponibile³. Una discussione che non dovrebbe ignorare che, al di là della loro efficacia, gli attuali dispositivi protettivi svolgono una funzione contingente essenzialmente difensiva (di mera riduzione del rischio), laddove, come emerge dalla comunità scientifica, la vaccinazione di massa costituisce lo strumento fondamentale per debellare la pandemia e conseguire l'agognata immunità di gregge (nella prospettiva della eliminazione del rischio).

2. Il dibattito sull'obbligo vaccinale

Proprio in concomitanza con l'inizio della somministrazione del vaccino si è acceso un vivace dibattito in merito alla obbligatorietà o meno della vaccinazione nei contesti lavorativi⁴. Un dibattito che, beninteso, non può non tener conto del fatto che, oltre alle criticità poc'anzi segnalate (specialmente quella relativa alle incertezze sull'"immunità sterile")⁵, attualmente la gestione della campagna di vaccinazione fa capo esclusivamente alle strutture sanitarie pubbliche e, dato il contingentamento delle dosi disponibili, richiederà molti mesi prima di essere

¹ <https://www.iss.it/covid19-faq>. V. anche le parole di I. CAPUA riportate in <https://www.today.it/attualita/vaccino-infezione-contagio.html>: "L'infezione è una cosa e la malattia un'altra. Il virus quando infetta una persona si replica nelle prime vie respiratorie, per esempio dieci particelle virali possono diventare molte centinaia o migliaia. Il vaccino impedisce che entrino nel sangue diventando 100 mila o un milione. La persona non si ammala ma il virus c'è, quindi può trasmetterlo. Così sarà fino al raggiungimento dell'immunità di gregge.... È un problema di molti vaccini, pochissimi danno immunità sterile".

² Ossia le misure previste dai protocolli anti-contagio, a partire da quelli del 14 marzo e 24 aprile 2020. In tal senso v. F. SCARPELLI, *Rifiuto del vaccino e licenziamento: andiamoci piano!*, in www.linkedin.it, 29 dicembre 2020; A. PERULLI, *Dibattito istantaneo su vaccini anti covid e rapporto di lavoro*, in <http://www.rivistalabor.it/>, 25 gennaio 2021, p. 2. Per certi versi v. anche V.A. POSO, *Dibattito istantaneo su vaccini anti Covid e rapporto di lavoro*, ivi, 25 gennaio 2021, pp. 5-6.

³ R. RIVERSO, *L'obbligo del vaccino anti Covid nel rapporto di lavoro tra principio di prevenzione e principio di solidarietà*, in "Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi", 18 gennaio 2021 (nonché in "Questione Giustizia", 2021), pp. 13-14, che propende per la «massima sicurezza tecnologicamente fattibile», con riflessi non solo sul perimetro dell'obbligo di sicurezza del datore di lavoro ma anche sul «versante degli obblighi del dipendente» (qui p. 13).

⁴ Brevemente sulle varie opzioni ricostruttive v. L. ZOPPOLI, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro*, in <http://www.rivistalabor.it/>, 22 gennaio 2021. Per una ricostruzione del dibattito v. P. IERVOLINO, *Vaccinazione e pandemia tra diritto ed etica*, in "Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi", 8 febbraio 2021.

⁵ Ma v. P. ICHINO, *Perché e come il dovere di vaccinarsi può nascere anche solo da un contratto*, in "Quotidiano Giuridico", 8 gennaio 2021, p. 5, il quale sdrammatizza tale questione sostenendo che «il rischio di contagio, nel caso della persona portatrice del virus ma non colpita dall'infezione, è molto inferiore rispetto al caso della persona che sta incubando la malattia, dal momento che la vaccinazione plausibilmente ha proprio l'effetto di impedire l'incubazione».

portata a termine. Nondimeno, quand'anche si rivelasse solamente teorico rispetto all'attuale emergenza, il dibattito merita attenzione perché tocca aspetti finora scarsamente esplorati che potrebbero tornare d'attualità in futuro.

Data l'assoluta novità del tema, si tratta di un dibattito *in progress* che si è rapidamente sviluppato per l'importanza che riveste nell'attuale contingenza, ma che, per le tematiche trattate e gli argomenti messi in campo, non pare destinato a perdere rilievo con l'auspicabile tramonto della pandemia poiché induce a riflettere attentamente sul modo con cui sono stati finora intesi alcuni concetti e dati normativi del diritto della sicurezza sul lavoro⁶. Disciplina, quest'ultima, che, così come ha saputo prima di altre accettare la sfida delle profonde trasformazioni del mondo del lavoro specialmente per quanto concerne l'individuazione dei soggetti meritevoli di tutela⁷, non può non misurarsi anche con l'acuirsi della complessità delle responsabilità, datoriali e dei lavoratori, di fronte a sistemi produttivi e sociali sempre più compenetrati in cui le nette distinzioni del passato (come quella tra ambiente di lavoro e ambiente esterno⁸, o quella tra lavoratori e "terzi"⁹) tendono a divenire via via più evanescenti. Una dimensione che la pandemia in atto ha enfatizzato dimostrando come possano rivelarsi labili i confini fisici e concettuali eretti a presidio delle nostre certezze. Il dibattito richiede pertanto di essere affrontato con il massimo scrupolo ancorché con la doverosa consapevolezza scientifica che, per la complessità del tema, potrebbe alimentare più dubbi che certezze.

D'altro canto, al di là delle varie argomentazioni e dei diversi approdi, è pienamente legittimo che il dibattito evochi i principi del diritto della sicurezza sul lavoro. Infatti, è vero che il piano di vaccinazione messo in campo riguarda "a monte" tutta la popolazione e costituisce indubbiamente uno strumento di tutela del macrosistema di prevenzione e salute pubblica, non a caso gestito dal sistema sanitario pubblico statale e regionale. Senonché, è vero pure che la vaccinazione di chi lavora non è certo una questione irrilevante per la gestione dei microsistemi di prevenzione aziendale in quanto si interseca necessariamente con la specifica tutela della salute di chi lavora, la quale non a caso è assoggettata ad una disciplina speciale di derivazione europea, oggi risultante dal d.lgs. n. 81/2008, da cui emergono particolari profili di responsabilità che, oltre a riguardare le parti dei rapporti di

⁶ Sulle sfide dell'emergenza Covid-19 al sistema di prevenzione v. da ultimo G. NATULLO, *Ambiente di lavoro e tutela della salute dallo Statuto alla pandemia "Covid-19"*, in M. RUSCIANO, L. GAETA, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mezzo secolo dallo Statuto dei lavoratori. Politiche del diritto e cultura giuridica*, Quaderni della Rivista Diritti Lavori Mercati, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020 spec. p. 192.

⁷ Si pensi alla definizione universalistica di "lavoratore" di cui all'art. 2, lett. a, del d.lgs. n. 81/2008.

⁸ V. le recenti ricerche di P. TOMASSETTI, *Diritto del lavoro e ambiente*, ADAPT University Press, Modena, 2018, e di S. BUOSO, *Principio di prevenzione e sicurezza sul lavoro*, Giappichelli, Torino, 2020.

⁹ V. Cass. pen., sez. IV, 12 settembre 2019, n. 37766, in <https://olympus.uniurb.it>.

lavoro, possono riflettersi anche sui terzi che entrino in contatto con gli ambienti di lavoro¹⁰.

D'altronde, ove mai ve ne fosse ancora bisogno, la connessione della pandemia in atto con l'ambito della sicurezza sul lavoro è dimostrata, oltre che dalle misure emergenziali adottate dal Governo e contenute nei c.d. protocolli anti-contagio¹¹, anche dal fatto che, mediante una disposizione applicabile ai datori di lavoro pubblici e privati – l'art. 42, comma 2, del d.l. n. 18/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 27/2020 – il legislatore, ispirandosi al principio della “socializzazione del rischio”¹², ha previsto che, nei casi accertati di infezione da coronavirus in occasione di lavoro, ci si trovi dinnanzi ad un infortunio sul lavoro, al quale l'Inail assicura la relativa tutela¹³.

¹⁰ Contra G. SCUDIER, *Vaccino e licenziamento: salute pubblica, non (ancora) sicurezza sul lavoro*, in <https://www.casellascudier.it/>, secondo cui la pandemia, e di conseguenza il piano vaccinale, apre uno scenario di salute pubblica, ma non riguarda la sicurezza sul lavoro (in particolare p. 2).

¹¹ Cfr. P. PASCUCCI, *Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra “raccomandazioni” e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale*, in questa Rivista, 2019, n. 2, p. 98 ss.; ID., *Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro: novità e conferme nello ius superveniens del d.P.C.M. 22 marzo 2020 e soprattutto del d.l. n. 19/2020*, ivi, 2020, n. 1, p. 117 ss.; P. PASCUCCI-A. DELOGU, *Sicurezza sul lavoro nella PA nell'emergenza da Covid-19*, in “SINAPPSI”, n. 1/2020, p. 131 ss. Una rassegna della dottrina in materia è rinvenibile in www.olympus.unirb.it, sezione Covid-19 e sicurezza sul lavoro.

¹² S. GIUBBONI, *Covid-19: obblighi di sicurezza, tutele previdenziali, profili riparatori*, in “WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona.IT – 417/2020”, p. 12 ss.; G. LUDOVICO, *Il contagio da Covid-19 come infortunio sul lavoro tra copertura INAIL e responsabilità civile*, in “Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale”, 2020, p. 363, il quale, tuttavia, giustamente rileva come l'assicurazione obbligatoria antinfortunistica non sia improntata ad un principio di “totale” socializzazione del rischio «in quanto priva di dimensione universalistica sebbene il secondo comma dell'art. 38 Cost. si riferisca a tutti “i lavoratori”», laddove «sono oltre tre milioni e settecentomila i lavoratori – soprattutto autonomi ma anche subordinati – che non sono ammessi alla garanzia indennitaria», tra cui anche alcune categorie «particolarmente esposte al rischio di contagio» (Forze armate, Polizia, volontari dei Vigili del fuoco). Sul tema v. anche A. DE MATTEIS, *Le infezioni da coronavirus come infortunio sul lavoro: la specialità della tutela italiana*, in “Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale”, 2020, pp. 653-654, e, in generale, L. LA PECCERELLA, *L'universalizzazione delle tutele tra d.lgs. n. 81/2008 e d.P.R. n. 1124/1965*, in P. PASCUCCI, con la collaborazione di L. LA PECCERELLA e R. D'ALIA (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro a dieci anni dal d.lgs. n. 81/2008. Tutele universali e nuovi strumenti regolativi*, Milano, Franco Angeli, 2019, p. 219 ss.

¹³ Norma che, in realtà, non fa che riproporre un assunto consolidato secondo cui le patologie virali contratte in occasione di lavoro sono inquadrate e trattate come infortunio sul lavoro poiché la causa virulenta viene equiparata alla causa violenta propria dell'infortunio, anche quando i suoi effetti si manifestino dopo un certo tempo. Su tale disposizione v. *amplius*, tra gli altri, P. SANDULLI, A. PANDOLFO e M. FAIOLI, *Coronavirus e responsabilità datoriale da infortunio sul lavoro*, in “Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale”, 2020, p. 631 ss. e, in particolare, p. 636 ss.; M. MARINELLI, *Infortunio sul lavoro e Covid: molto strepito per nulla?*, in “Il lavoro nella giurisprudenza”, 2020, p. 677 ss.; L. LA PECCERELLA, *Infezione da coronavirus e tutela contro gli infortuni e le malattie professionali*, in questa Rivista, n. 1/2020, II, p. 1 ss.; G. CORSALINI, *Coronavirus, la tutela dell'INAIL in caso di contagio del lavoratore*, in “Questione giustizia”, 1 aprile 2020; C. DI CARLUCCIO, *SARS-CoV-2 e contagio del lavoratore. Note sulla malattia-infortunio*, in “Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa”, 22 giugno 2020, p. 1 ss. Sebbene tale norma riguardi esclusivamente i profili della tutela previdenziale/assicurativa – i quali non debbono essere confusi con quelli connessi alle eventuali responsabilità civili e penali (cfr. R. RIVERSO, *Vero e falso sulla responsabilità datoriale da Covid-19. Aspetti civili, penali e previdenziali*, in “Questione giustizia”, 19 maggio 2020) – la configurazione dell'evento infettivo come infortunio sul lavoro riconduce la questione nell'alveo della disciplina della sicurezza sul lavoro, non dovendosi inoltre trascurare che il lavoratore che ritenga che il contagio sia stato causato dall'omessa adozione di

Peraltro, proprio a tale proposito, va segnalato come nel dibattito stia emergendo l'idea che il lavoratore renitente alla vaccinazione che contragga il *virus* non possa beneficiare della copertura assicurativa¹⁴, in quanto il rifiuto del vaccino integrerebbe una sorta di “rischio elettivo”¹⁵. A prescindere dall'opzione valoriale che anima simili posizioni, non va ad ogni modo trascurato che, a fronte della mancata vaccinazione del lavoratore, il datore di lavoro – come si chiarirà nel prosieguo – dovrà comunque adottare tutte le misure preventive e protettive necessarie a scongiurare il contagio (a partire dalla sorveglianza sanitaria), con il che l'assenza di copertura vaccinale e il conseguente contagio non potranno configurare eventi imprevedibili e abnormi tale da escludere le responsabilità datoriali.

Al di là delle diverse posizioni e delle “varianti” che emergono nel dibattito, il punto di discriminazione fondamentale riguarda la fonte dell'obbligo vaccinale, dal momento che la vaccinazione costituisce indiscutibilmente un “trattamento sanitario”: un concetto che, come riconosce unanimemente anche la dottrina costituzionalistica, si riferisce a qualunque «attività diagnostica o terapeutica, volta a prevenire, o a curare malattie»¹⁶, o, in altri termini, a un intervento medico finalizzato alla tutela della salute.

Ed è proprio attorno alla natura del vaccino come trattamento sanitario che ruota la discussione in quanto l'art. 32 Cost. prevede che l'obbligatorietà di un simile trattamento presuppone una disposizione di legge.

cautele da parte del datore di lavoro potrebbe intentargli un'eventuale azione volta ad ottenere il risarcimento del c.d. danno differenziale, vale a dire quella parte di risarcimento che eccede l'importo dell'indennizzo coperto dall'assicurazione obbligatoria e che resta a carico del datore di lavoro purché tuttavia il fatto sia formalmente riconducibile ad un reato perseguibile d'ufficio, fermo restando che «l'accertamento incidentale in sede civile del fatto che costituisce reato, sia nel caso di azione proposta dal lavoratore per la condanna del datore di lavoro al risarcimento del cd. danno differenziale, sia nel caso dell'azione di regresso proposta dall'INAIL, deve essere condotto secondo le regole comuni della responsabilità contrattuale, anche in ordine all'elemento soggettivo della colpa ed al nesso causale tra fatto ed evento dannoso»: così Cass., sez. lav., 19 giugno 2020, n. 12041, su cui v. S. GIUBBONI, *I presupposti della responsabilità civile del datore per infortunio sul lavoro nella nomofilachia della Suprema Corte (con una chiosa sul risarcimento del danno da Covid-19*, in “Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale”, 2020, p. 669 ss.; P. ALBI, *Sicurezza sul lavoro e pandemia*, “Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi”, 2 febbraio 2021, pp. 28-29. V. anche P. TULLINI, *Il danno differenziale, il diritto vivente e il legislatore*, in “Rivista italiana di diritto del lavoro”, 2019, I, p. 335 ss.; L. DE ANGELIS, *Il danno differenziale tra diritto comune, diritti speciali e schizofrenia legislativa*, in “WP C.S.D.L.E. ‘Massimo D’Antona’.IT – 392/2019”; S. GIUBBONI, *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile: vecchie e nuove questioni in tema di danno differenziale*, in “WP C.S.D.L.E. ‘Massimo D’Antona’.IT – 397/2019”). Sulle responsabilità connesse alla pandemia v. da ultimo F. AMENDOLA, *Covid-19 e responsabilità del datore di lavoro ovvero delle illusioni percettive in tempo di pandemia*, Cacucci Editore, Bari, 2021.

¹⁴ L. SALVIA, *Covid e infortunio sul lavoro: Inail verso il no al risarcimento per chi non si è vaccinato*, in “Corriere.it”, 22 febbraio 2021; M. PIZZIN, *Infermieri no vax: per chi si è contagiato sul lavoro il nodo della copertura Inail*, in “Il Sole 24 ORE”, 22 febbraio 2021.

¹⁵ M. CERBONE, *Vaccinazione anti-Covid, autodeterminazione del lavoratore e riflessi sul rapporto di lavoro*, in “Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi”, 15 febbraio 2021, p. 12 (nonché in “Diritti Fondamentali”, www.dirittifondamentali.it, n. 1/2021, p. 79 ss.).

¹⁶ Così B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, in “Diritto e società”, 1984, pp. 52-53. V. *amplius* A.A. NEGRONI, *Sul concetto di “trattamento sanitario obbligatorio”*, in “Rivista AIC”, n. 4/2017, spec. p. 14 ss., ed ivi la dottrina costituzionalistica citata.

3. *L'art. 32 Cost.*

Dopo aver sancito, al comma 1, che la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti, l'art. 32 Cost. stabilisce nel comma 2 che nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge, non potendo la legge in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana¹⁷.

Molteplici elementi della norma costituzionale assumono rilevanza ai fini del dibattito sull'obbligo vaccinale. Innanzitutto, il fatto che la tutela della salute¹⁸ costituisce un compito della Repubblica. In secondo luogo, che la salute ha una dimensione bifronte¹⁹, costituendo nel contempo un diritto fondamentale dell'individuo (l'unico diritto qualificato come tale nella Costituzione) e un interesse della collettività. In terzo luogo, che senza una disposizione di legge nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario. Infine, che la legge che imponga l'obbligo di un trattamento sanitario non può in alcun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana.

Ricomponendo sistematicamente tali elementi, emerge come la duplice dimensione della salute (individuale e collettiva), oltre a fornire la misura della complessità di tale concetto – che fra l'altro indica le direzioni su cui deve indirizzarsi il compito di tutela della Repubblica e delle sue componenti ordinamentali –, evidenzia anche il potenziale conflitto tra le due dimensioni. Un conflitto che può deflagrare proprio in relazione all'applicazione di un trattamento

¹⁷ Tali principi trovano ulteriore conferma e specificazione nell'art. 33 della l. n. 833/1978, in base alla quale gli accertamenti ed i trattamenti sanitari sono di norma volontari; qualora previsti, i trattamenti sanitari obbligatori devono comunque rispettare la dignità della persona, i diritti civili e politici, compreso, per quanto possibile, il diritto alla libera scelta del medico e del luogo di cura. La Convenzione di Oviedo ("Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti delle applicazioni della biologia e della medicina: Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina") adottata a Nizza il 7 dicembre 2000 e ratificata dalla Repubblica italiana con la l. n. 145/2001, stabilisce che il consenso libero e informato del paziente all'atto medico non vada considerato solo sotto il profilo della liceità del trattamento, ma deve essere considerato prima di tutto come un vero e proprio diritto fondamentale del cittadino europeo, che riguarda il più generale diritto alla integrità della persona. Tale documento, nel dedicare un intero capo al tema del consenso, stabilisce all'art. 5, quale norma generale, che «un trattamento sanitario può essere praticato solo se la persona interessata abbia prestato il proprio consenso libero e informato. Tale persona riceve preliminarmente informazioni adeguate sulle finalità e sulla natura del trattamento nonché sulle sue conseguenze e i suoi rischi. La persona interessata può, in qualsiasi momento, revocare liberamente il proprio consenso».

¹⁸ Viene qui in luce il concetto di salute fornito dall'Organizzazione mondiale della sanità, integralmente recepito nel nostro ordinamento lavoristico grazie all'art. 2, lett. o, del d.lgs. n. 81/2008: «uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, non consistente solo in un'assenza di malattia o d'infirmità».

¹⁹ Cfr. C. SMURAGLIA, *La sicurezza del lavoro e la sua tutela penale*, Giuffrè, Milano, 1962, p. 78 ss. V. anche L. DE ANGELIS, *Ragionando a caldo su vaccinazioni e rapporto di lavoro*, in "Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi", 17 febbraio 2021, p. 5 (nonché in <http://www.rivistalabor.it/>), il quale ricorda la «doppia rilevanza» dell'obbligo generale di sicurezza.

sanitario ove, rivendicandosi l'indisponibilità del diritto individuale alla salute²⁰, si rischi non solo di compromettere la stessa sopravvivenza del suo titolare (si pensi al rifiuto dell'emotrasfusione per ragioni religiose²¹), ma anche e soprattutto di mettere a repentaglio la salute della collettività, come appunto nel caso del rifiuto individuale di vaccinarsi a fronte di un'epidemia o, peggio, di una pandemia.

Un conflitto che, stante l'estrema rilevanza delle due dimensioni della salute, può essere governato – come chiarito dalla Corte costituzionale – soltanto mediante il principio del contemperamento²², il cui punto di equilibrio, ove la tutela della dimensione collettiva della salute postuli l'obbligo di un trattamento sanitario, può essere individuato solo per disposizione di legge, preservando comunque il nucleo essenziale del diritto individuale alla salute consistente nel rispetto della persona umana.

4. La riserva di legge di cui all'art. 32 Cost.

Non è questa la sede per esaminare a fondo la natura della riserva di legge²³ contenuta nell'art. 32 Cost., sulla quale emergono visioni differenti nella dottrina costituzionalistica²⁴, non dovendosi peraltro dimenticare come, seppur incidentalmente, la Corte costituzionale si sia espressa nel senso del carattere relativo della riserva²⁵.

In effetti, il tenore letterale dell'art. 32, comma 2, non è identico a quello delle disposizioni costituzionali nelle quali emerge inequivocabilmente una riserva

²⁰ V. P. ICHINO, *Perché e come il dovere*, cit., p. 1 ss. secondo cui invece i diritti della persona sono intrinsecamente disponibili. Cfr. anche R. RIVERSO, *L'obbligo del vaccino anti Covid*, cit., p. 14 ss.

²¹ V. anche Cass., 27 febbraio 2004, n. 4050, in "Rivista italiana di diritto del lavoro", 2004, II, pp. 896-901, con nota di L. MONTUSCHI, *Effetti di una "nevrosi fobica" del lavoratore, allegata tardivamente, sul provvedimento disciplinare e sull'obbligo di sicurezza del datore*, la quale ha dichiarato illegittimo il licenziamento disciplinare del lavoratore che si era rifiutato di sottoporsi ad un controllo ematico, in ragione della sua "agofobia".

²² V. Corte cost., 20-23 giugno 1994, n. 258, secondo cui l'art. 32 postula «il necessario contemperamento del diritto alla salute del singolo (anche nel suo contenuto negativo di non assoggettabilità a trattamenti sanitari non richiesti od accettati) con il coesistente e reciproco diritto di ciascun individuo (sentenza 1994 n. 218) e con la salute della collettività (sentenza 1990 n. 307)».

²³ V. R. BALDUZZI, F. SORRENTINO, *Riserva di legge*, in "Enciclopedia del diritto", Giuffrè, Milano, XI, p. 1207 ss.

²⁴ Propendono per il carattere relativo S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione (a proposito della disciplina delle vaccinazioni)*, in "Diritto e società", 1979, p. 901; V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, ivi, 1982, pp. 558-559; F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione (a proposito del rifiuto delle trasfusioni di sangue)*, ivi, 1982, pp. 312-313; B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, cit., p. 55. Sostengono invece il carattere assoluto A. PACE, *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano, 1967, pp. 87-88; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in "Diritto e società", 1983, p. 28; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, il Mulino, Bologna, 1984, p. 385; D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 192 ss. Circa l'utilizzabilità o meno della decretazione d'urgenza per soddisfare la riserva di legge di cui all'art. 32 Cost. v. A.A. NEGRONI, *Articolo 32 della Costituzione e superamento delle vaccinazioni*, in "Forum di Quaderni Costituzionali. Rassegna", 2, 2020, p. 787 ss.

²⁵ Corte cost., n. 258/1994, cit.

di legge assoluta: si pensi agli artt. 13 e 14, i quali consentono le limitazioni o le attività ivi previste rispettivamente «nei soli casi e modi previsti dalla legge» e «nei casi e modi stabiliti dalla legge». D'altro canto, l'espressione «se non per disposizione di legge» di cui all'art. 32 Cost. potrebbe apparire più simile a quelle in cui si tende a rinvenire una riserva di legge relativa, come, ad esempio, la formula «secondo disposizioni di legge» che emerge nell'art. 97 Cost. Senonché, la formula esclusiva «se non per», coniugata alla declinazione al singolare del vocabolo «disposizione», potrebbe anche indicare una più intensa pregnanza della funzione della legge nella materia *de qua*.

La riserva di legge appare comunque “rinforzata”²⁶ in quanto è la stessa norma costituzionale a predeterminare in parte il contenuto della stessa legge indicandone i limiti nel rispetto della persona umana, non dovendosi peraltro trascurare che il frammento dell'art. 32 in cui emerge tale “rinforzamento” richiama esplicitamente ed inequivocabilmente «la legge» senza ulteriori riferimenti.

Qualunque sia l'esatta natura della riserva di legge, data l'estrema delicatezza e la peculiarità dell'oggetto della regolamentazione, confermate dal penetrante limite ad essa apposto dallo stesso art. 32, sembra più che ragionevole che la legge imponga *specificamente* l'obbligo di un *determinato* trattamento sanitario²⁷, mediante un esplicito ed inequivoco richiamo di tale trattamento, e non in modo generico, suscettibile di diverse e fuorvianti interpretazioni. D'altronde, se, nella dinamica del contemperamento realizzato dalla legge, il nucleo essenziale ed incomprimibile del diritto individuale alla salute è costituito dai limiti del rispetto della persona umana, non dovrebbero esservi dubbi sul tipo, sulla natura e sulla metodologia del trattamento sanitario imposto entro quei limiti.

Per altro verso, segnali indiretti, ma tutt'altro che irrilevanti, circa la necessità di una disciplina legislativa degli obblighi vaccinali provengono anche dalla l. n. 833/1978 (riforma sanitaria) là dove, evocando a certi fini le vaccinazioni obbligatorie, lascia chiaramente intendere come queste siano tali in quanto imposte dalla legge²⁸.

²⁶ C. TRIPODINA, *Art. 32*, in S. BARTOLE, R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 2008, p. 331.

²⁷ Come sottolineano A. SIMONCINI, E. LONGO, *Art. 32*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Utet giuridica-WKI, Milano, 2006, p. 667, al di là della natura della riserva di legge, «in ogni caso il trattamento dovrà essere “determinato”, non essendo ammissibile ai sensi del 2° comma dell'art. 32 Cost. l'indicazione di fattispecie “troppo generiche” o “indeterminate”, e dovrà essere previsto da una norma di legge statale al fine di evitare inammissibili differenziazioni tra gli individui dinanzi alla loro imposizione». Nello stesso senso cfr., tra gli altri, O. MAZZOTTA, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro*, in <http://www.rivistalabor.it/>, 28 gennaio 2021; C. CESTER, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro*, ivi, 23 gennaio 2021, p. 1.

²⁸ V. l'art. 6, comma 1, lett. *b*, che riserva alla competenza dello Stato le funzioni amministrative concernenti la profilassi delle malattie infettive e diffuse, per le quali *siano imposte la vaccinazione obbligatoria* o misure quarantenarie, nonché gli interventi contro le epidemie e le epizoozie; l'art. 7, comma 2 che affida alle regioni il compito di provvedere all'approvvigionamento di sieri e *vaccini necessari per le vaccinazioni obbligatorie* in base ad un programma concordato con il Ministero della sanità.

E, a ben guardare, che l'obbligo vaccinale "debba" derivare da una legge si desume chiaramente dalla stessa giurisprudenza della Corte costituzionale là dove indica le condizioni necessarie perché tale obbligo "possa" essere legittimamente posto dalla legge senza violare l'art. 32 Cost.²⁹.

Né appare persuasivo l'argomento secondo cui il comma 2 dell'art. 32 Cost. si riferirebbe alla «dimensione personalistica dell'individuo per sé considerato», cosicché i vincoli della riserva di legge sarebbero meno stringenti laddove il lavoratore operi a «contatto con terzi (c.d. contatto sociale)»³⁰. Quantomeno resta da dimostrare che le finalità dell'intervento legislativo di cui al secondo comma dell'art. 32 riguardino solo la tutela della salute del singolo, ben potendo riguardare, come chiarito dalla Corte costituzionale, anche questa e allo stesso tempo la tutela collettiva, poiché le due dimensioni (individuale e collettiva) sono legate da un vincolo di inscindibilità³¹.

5.1.1. L'art. 2087 c.c. come norma "attuativa" della riserva di legge? La questione dell'art. 29-bis del d.l. n. 23/2020

Se la necessità di una legge *ad hoc* appare indiscutibile per imporre l'obbligo vaccinale alla generalità dei cittadini, ci si chiede se ciò valga anche negli ambiti

²⁹ Corte cost., 14-22 giugno 1990, n. 307, in "Giurisprudenza costituzionale", 1990, p. 1874; Corte cost., 23 maggio-2 giugno 1994, n. 218.

³⁰ L. DE ANGELIS, *Ragionando a caldo su vaccinazioni*, cit., p. 5. Per certi versi già C. CESTER, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit., p. 2.

³¹ V. Corte cost., 22 novembre-14 dicembre 2017, n. 268; Corte cost., n. 307/1990, cit.; Corte cost., n. 218/1994, cit. Come osserva A.A. NEGRONI, *Articolo 32 della Costituzione e superamento delle vaccinazioni obbligatorie*, cit., pp. 799-800, la lettura combinata del primo e del secondo comma dell'art. 32 Cost. induce la dottrina pressoché unanimemente ad affermare che «nell'imposizione (a opera di una legge) di un trattamento sanitario obbligatorio interesse dell'individuo alla salute e interesse della collettività alla salute debbano coesistere, nel senso che l'imposizione di un trattamento sanitario obbligatorio non possa mai avvenire nel solo (presunto) interesse dell'individuo, ma solo quando tale imposizione sia necessaria per scongiurare una situazione di pericolo o danno per la salute della collettività, oltre che per tutelare la salute del singolo individuo sottoposto al trattamento sanitario; in altre parole, la tutela della salute individuale (se non altro nel senso che il trattamento sanitario obbligatorio non debba incidere negativamente sulla salute di chi vi è assoggettato) e la tutela della salute della collettività (nel senso che il fine del trattamento sanitario obbligatorio debba essere quello di evitare un pericolo o un danno per la salute della collettività) sono condizioni congiuntamente necessarie (per quanto non sufficienti) a rendere costituzionalmente legittima la previsione legislativa di un trattamento sanitario obbligatorio». Su tale aspetto cfr. L. CARLASSARE, *L'art. 32 della costituzione e il suo significato*, in R. ALESSI (a cura di), *L'amministrazione sanitaria*, Neri Pozza, Vicenza, 1967, p. 109 ss.; D. VINCENZI AMATO, *Art. 32, 2° comma*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione, Rapporti etico-sociali*, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna Roma, 1976, p. 172 ss.; A.M. SANDULLI, *La sperimentazione clinica sull'uomo*, in "Diritto e società", 1978, p. 517; M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, ivi, 1980, p. 782; F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione (a proposito del rifiuto delle trasfusioni di sangue)*, ivi, 1982, p. 311 ss.; P. VERONESI, *Uno statuto costituzionale del corpo*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, tomo I a cura di S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 154-155. V. anche C. TRIPODINA, *Art. 32*, cit., p. 330, secondo cui «trattamenti sanitari obbligatori e interesse della collettività sono da leggersi in stretta continuità»; A. SIMONCINI, E. LONGO, *Art. 32*, cit., p. 667.

lavorativi nei quali già esistono disposizioni legislative volte a tutelare la salute e la sicurezza di chi lavora, dovendosi pertanto verificare se queste ultime, al di là delle loro precipue finalità, possano fondare l'obbligo in parola rispettando il dettato costituzionale.

Per la verità, nel dibattito in corso sull'obbligo del vaccino nel rapporto di lavoro a fronte della pandemia nessuno sembra dubitare della necessità che tale obbligo sia imposto dalla legge. Il punto nodale è appunto se, per configurare tale obbligo, occorra una specifica disposizione *ad hoc* o se, invece, esso sia ricavabile da disposizioni già esistenti. D'altronde, anche quando si sostiene che l'obbligo possa scaturire dal contratto di lavoro lo si fa considerando che il contratto sarebbe a ciò legittimato in forza della sua integrazione legale da parte di una norma di legge ordinaria qual è l'art. 2087 c.c.³².

In proposito, occorre tuttavia ricordare come, nel caso dell'emergenza sanitaria in atto, l'art. 2087 sia stato esplicitamente chiamato in causa dall'art. 29-bis del d.l. n. 23/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 40/2020, il quale ha previsto che, ai fini della tutela contro il rischio di contagio da Covid-19, i datori di lavoro pubblici e privati adempiono all'obbligo di cui all'art. 2087 c.c. mediante l'applicazione delle prescrizioni contenute nel protocollo del 24 aprile 2020 e negli altri protocolli e linee guida di cui all'art. 1, comma 14, del d.l. n. 33/2020, nonché mediante l'adozione e il mantenimento delle misure ivi previste, rilevando le misure contenute nei protocolli stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale ove non trovino applicazione le specifiche prescrizioni settoriali o regionali³³.

Secondo alcuni, tale norma avrebbe di fatto escluso l'applicazione del principale effetto dell'art. 2087 c.c., vale a dire l'obbligo del datore di lavoro, alla luce del principio della massima sicurezza tecnologicamente possibile o disponibile, di adottare non solo misure di prevenzione nominate, ma anche innominate: infatti, nel caso di specie, in ragione delle tante incertezze che circondano il virus, queste ultime potrebbero rivelarsi non solo inefficaci ma anche pericolose considerando l'esigenza di fronteggiarlo con criterio omogenei³⁴. Secondo altri, la norma andrebbe invece interpretata nel senso che l'applicazione dei protocolli costituisce la soglia minima ed inderogabile di sicurezza, vale a dire la soglia necessaria ma non

³² P. ICHINO, *Perché e come il dovere*, cit., p. 2 ss.

³³ Sui protocolli anti-Covid v., tra gli altri, S. BOLOGNA, *Tutela del lavoro e emergenza da COVID-19. Coronavirus e salute e sicurezza: le risposte degli ordinamenti intersindacale e statale*, in "www.treccani.it", 31 marzo 2020; S. BOLOGNA, M. FAIOLI, *Covid-19 e salute e sicurezza nei luoghi di lavoro: la prospettiva intersindacale*, in "Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale", 2020, p. 375 ss.; G. PICCO, *Lavorare durante l'emergenza in violazione delle prescrizioni: le responsabilità datoriali*, in V. FILI (a cura di), *Covid-19 e rapporto di lavoro*, in D. GAROFALO, M. TIRABOSCHI, V. FILI, F. SEGHEZZI (a cura di), *Welfare e lavoro nella emergenza epidemiologica. Contributo sulla nuova questione sociale*, Adapt Labour Studies, e-Book series, n. 89, Adapt University Press, Bergamo, 2020, Vol. I, p. 50 ss.

³⁴ A. MARESCA, *Il rischio di contagio da COVID-19 nei luoghi di lavoro: obblighi di sicurezza e art. 2087 c.c. (prime osservazioni sull'art. 29-bis della l. n. 40/2020)*, in questa Rivista, 2020, n. 2, p. 1 ss.

sufficiente per garantire la sicurezza dei lavoratori³⁵, dovendosi quindi ridimensionare la sua portata anche per non incorrere in censure di incostituzionalità³⁶.

È evidente che dal modo in cui si interpreta l'art. 29-*bis* dipende poi la possibilità di verificare se l'art. 2087 c.c. possa almeno essere chiamato in causa in merito alla sussistenza dell'obbligo vaccinale: il che sarebbe precluso ove si ritenga che, nel caso della pandemia in atto, la norma codicistica non possa obbligare ad altro che al rispetto dei protocolli³⁷. Per inciso, è ovvio che, all'epoca in cui vide la luce, l'art. 29-*bis* non poteva prevedere i vaccini, allora inesistenti; così come pare ragionevole che, al di là del fatto se l'eventuale aggiornamento dei protocolli evocati dall'art. 29-*bis* richieda o meno una esplicita modifica/integrazione della stessa norma di legge (la quale individua espressamente i protocolli da applicare), l'obbligo vaccinale non possa essere previsto mediante un'integrazione dei protocolli esistenti, non essendo le parti sociali depositarie del potere di realizzare quel temperamento che spetta solo al legislatore *ex art. 32 Cost.* Per quanto suggestivo, non appare neppure realistico che, in assenza di una espressa norma di legge, la riserva di legge possa essere soddisfatta, o comunque l'obbligo vaccinale introdotto, mediante un intervento della contrattazione collettiva³⁸, sia pure nella forma dell'aggiornamento dei protocolli anti-contagio.

Tuttavia, anche ammesso e non concesso che l'art. 29-*bis* impedisca allo stato attuale di estendere la portata dell'art. 2087 c.c. oltre la portata dei Protocolli³⁹, vale ugualmente la pena cercare di verificare se la norma codicistica possa essere chiamata in causa in relazione alla questione dell'obbligo vaccinale. Anche perché non può escludersi che l'art. 29-*bis* rappresenti una norma di interpretazione autentica valida *rebus sic stantibus*, ma che non può sterilizzare *sine die* l'operatività dell'art. 2087 c.c. quale norma di chiusura del sistema, anche in relazione alle future evoluzioni tecnico scientifiche⁴⁰, tra le quali può annoverarsi la disponibilità del vaccino.

³⁵ P. ALBI, *Sicurezza sul lavoro e responsabilità del datore di lavoro nella fase della pandemia*, in "Il lavoro nella giurisprudenza", 2020, n. 12, p. 1130.

³⁶ R. RIVERSO, *L'obbligo del vaccino anti Covid*, cit., p. 11.

³⁷ A. PERULLI, *Dibattito istantaneo su vaccini anti covid*, cit., p. 1.

³⁸ Su questo aspetto v. M. CERBONE, *Vaccinazione anti-Covid, autodeterminazione*, cit., p. 11 e ss. e C. FRASCHERI, *Occorre procedere con un passo dopo l'altro nel rispetto le disposizioni normative: i punti fermi dai quali partire per affrontare il delicato tema dell'obbligatorietà, o meno, dei vaccini in ambito lavorativo*, dattiloscritto in via di pubblicazione in "Ambiente & Sicurezza sul Lavoro", 2021, p. 2.

³⁹ A. PERULLI, *Dibattito istantaneo su vaccini anti covid*, cit., p. 2.

⁴⁰ Cfr. A. DELOGU, *La tutela della salute e sicurezza dei lavoratori durante l'emergenza epidemiologica*, in S. BELLOMO, A. MARESCA, G. SANTORO-PASSARELLI (a cura di), *Lavoro e tutele al tempo del Covid-19*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 118; l'opinione è condivisa da L. MENGHINI, *Covid, sicurezza, vaccini: rappresentanze e partecipazione*, in "Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi", 1 febbraio 2021, p. 16.

5.1.2. *La genericità dell'art. 2087 c.c.*

In effetti, l'art. 2087 c.c.⁴¹ è una delle disposizioni su cui si è tentato di far leva per sostenere la sussistenza dell'obbligo in questione in considerazione del fatto che i lavoratori, in quanto creditori dell'obbligo di sicurezza datoriale, debbono cooperare all'adempimento di tale obbligo rispettando le misure di prevenzione adottate dal datore di lavoro alla luce dell'art. 2087 c.c. Una cooperazione creditoria non semplicemente onerosa, come normalmente accade nei rapporti obbligatori, bensì doverosa in quanto l'obbligo di sicurezza gravante sul datore di lavoro è posto non solo nell'interesse di ogni lavoratore/creditore in virtù di ogni singolo contratto individuale di lavoro, ma anche nell'interesse di tutta la compagine aziendale affinché l'organizzazione dell'impresa nel suo complesso sia salubre e sicura: una finalità, a ben guardare, corrispondente a quella della vaccinazione. Non a caso, anche dal punto di vista letterale, l'art. 2087 c.c. individua con una locuzione collettiva e plurale – «prestatori di lavoro» – chi beneficia dell'attività di prevenzione che grava sull'imprenditore, laddove tutte le altre norme codicistiche relative al contratto di lavoro si riferiscono al «prestatore di lavoro» sempre solo al singolare⁴².

Vero è che, se si conviene sulla necessità di una *specificata* previsione *ex lege*, non è agevole rinvenire nella genericità dell'art. 2087 c.c., nonostante la sua ampia portata anche alla luce della sua interpretazione giurisprudenziale, un'"attuazione" della riserva di legge di cui all'art. 32, comma 2, Cost. ai fini della obbligatorietà dell'obbligo vaccinale⁴³. E, quand'anche lo si ammettesse, l'obbligo dei lavoratori di assoggettarsi al trattamento sanitario della vaccinazione ne risulterebbe soltanto *indirettamente* in conseguenza di un obbligo datoriale (posto dall'art. 2087 c.c.) previsto *genericamente* di imporre ed esigere *indirettamente* una vaccinazione di cui oltretutto il datore al momento non potrebbe neppure disporre stante la gestione pubblicistica della medesima. Il presunto obbligo dei lavoratori di sottoporsi al trattamento sanitario della vaccinazione discenderebbe quindi non già direttamente da una specifica legge, bensì dalla dinamica obbligatoria del contratto di lavoro – integrato *genericamente, in parte qua*, dal lato del datore di lavoro, dall'art. 2087 c.c. – alla luce di disposizioni legislative anch'esse *generiche* come l'art. 2104 c.c., ma anche come l'art. 20, comma 2, lett. *b*, del d.lgs. n. 81/2008⁴⁴, il quale infatti obbliga *genericamente* il lavoratore ad osservare le disposizioni e le istruzioni impartite dal datore di lavoro, dai dirigenti e dai preposti ai fini della protezione collettiva ed

⁴¹ Sul ruolo di tale norma rispetto all'emergenza pandemica v. già M. MARAZZA, *L'art. 2087 c.c. nella pandemia Covid-19 (e oltre)*, in "Rivista italiana di diritto del lavoro", 2020, I, p. 267 ss.

⁴² Cfr. P. PASCUCI, *Sulla cosiddetta cooperazione del lavoratore in tema di sicurezza sul lavoro*, in corso di pubblicazione in "Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali", 2021.

⁴³ Cfr. O. MAZZOTTA, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit., p. 2; C. CESTER, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit., p. 1; v. anche L. DE ANGELIS, *Ragionando a caldo su vaccinazioni*, cit., p. 2.

⁴⁴ Valorizzato invece da C. CESTER, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit., pp. 5-6, e V. FERRANTE, *Dibattito istantaneo su vaccini anti covid e rapporto di lavoro*, in <http://www.rivistalavor.it/>, 22 gennaio 2021, pp. 1-2, il quale, su questa base, arriva ad ammettere anche il licenziamento per giusta causa (qui p. 3).

individuale. L'obbligo vaccinale, in sostanza, non può fondarsi neppure sull'art. 20 del d.lgs. n. 81/2008, il quale, al di là del principio di cui al primo comma (di sicura rilevanza sul piano interpretativo, ancorché non presidiato da sanzioni)⁴⁵, si limita ad imporre al lavoratore un obbligo di osservanza delle disposizioni impartitegli, ma non è una fonte autonoma di obblighi che ne prescindano⁴⁶, e di certo non può garantire il rispetto della più volte evocata riserva di legge⁴⁷.

Per altro verso, la ricostruzione dell'art. 2087 c.c. come presunta norma di legge "attuativa" della riserva di legge dell'art. 32 Cost. dovrebbe fare i conti anche con il profilo del limite del rispetto della persona umana predicato dalla norma costituzionale: un profilo che, a ben guardare, emerge "a suo modo" anche nell'art. 2087 c.c. là dove evoca la tutela della «personalità morale» dei lavoratori. Pertanto, sarebbe oltremodo contraddittorio e paradossale pretendere che proprio la norma di legge che più di altre rappresenta da sempre il baluardo contro violenze e prevaricazioni (si pensi al *mobbing*) – grazie appunto alla sua considerazione della personalità morale di chi lavora – possa essere invocata per esigere che una persona, contro la propria volontà, si sottoponga ad un trattamento di cui la legge non prevede specificamente l'obbligatorietà.

Né varrebbe opporre che le misure di sicurezza vadano attuate anche contro la volontà del lavoratore, essendo doverosi gli accertamenti sulla salute dei lavoratori quando esistano gravi rischi di contagio per i terzi⁴⁸. Infatti, l'obbligo del medesimo di attenersi a certi comportamenti anche contro la propria volontà può valere per l'utilizzo dei dispositivi di protezione o per le modalità organizzative di esecuzione della prestazione, ma non per quanto riguarda trattamenti sanitari la cui obbligatorietà non sia espressamente sancita dalla legge⁴⁹.

Il tentativo, che emerge strisciante nelle ricostruzioni che tendono ad "inoculare" l'obbligo vaccinale nella dinamica del rapporto privatistico di lavoro, teso a funzionalizzare i poteri del datore di lavoro alla tutela dell'interesse pubblico alla salute, appare per certi versi singolare. Infatti, si tenderebbe ad affidare al datore di lavoro, nell'ambito della dinamica contrattuale, una funzione di tutela della salute pubblica mediante un'obbligatorietà del vaccino che non emerge invece nell'ordinamento generale, contraddicendosi la dimensione pubblicistica del diritto alla salute.

⁴⁵ In base al quale «ogni lavoratore deve prendersi cura della propria salute e sicurezza e di quella delle altre persone presenti sul luogo di lavoro, su cui ricadono gli effetti delle sue azioni o omissioni, conformemente alla sua formazione, alle istruzioni e ai mezzi forniti dal datore di lavoro».

⁴⁶ Così anche A. PERULLI, *Dibattito istantaneo su vaccini anti covid*, cit., p. 1.

⁴⁷ Così anche P. ALBI, *Dibattito istantaneo su vaccini anti covid e rapporto di lavoro*, in <http://www.rivistalabor.it/>, 2 febbraio 2021, p. 1.

⁴⁸ R. RIVERSO, *L'obbligo del vaccino anti Covid*, cit., p. 14, il quale in tal senso richiama Cass. pen., sez. IV, 5 febbraio 1991, n. 1170.

⁴⁹ Cass. pen., Sez. III, 21 gennaio 2005, n. 1728. G. BENINCASA, G. PIGLIALARMI, *The Future of EOSH/10 – Covid-19 e obbligo giuridico del vaccino per il dipendente: sono più i dubbi delle certezze*, in <http://www.bollettinoadapt.it/the-future-of-eosh-10/>.

Neppure pare possano verosimilmente invocarsi gli obblighi preparatori all'adempimento o i doveri di protezione⁵⁰, i quali non possono autonomamente fondare alcuna obbligazione⁵¹, non essendo verosimile, a maggior ragione, che possano soddisfare la riserva di legge imposta dall'art. 32 Cost.

5.2. Misura di prevenzione e trattamento sanitario

In ogni caso, anche inquadrando la vaccinazione come una delle misure di prevenzione evocate dall'art. 2087 c.c., essa tuttavia non cesserebbe per ciò stesso di essere innanzitutto un "trattamento sanitario".

Pur condividendo con le altre misure di prevenzione che possono venire in luce ai sensi dell'art. 2087 c.c. la finalità di tutelare la salute della persona che lavora, il trattamento sanitario presenta un elemento fenomenologico aggiuntivo: la sottoposizione del lavoratore ad una specifica attività medica, diagnostica o terapeutica, che riguarda la sua sfera personalissima interagendo direttamente con la sua dimensione psico-fisica. Un elemento assente nelle altre misure di prevenzione, le quali al più incidono, in termini comportamentali, sul modo in cui il lavoratore esegue la prestazione: si pensi all'uso dei dispositivi di protezione individuali o collettivi o alle altre misure relative all'organizzazione del lavoro. Ben può il vaccino costituire una misura di prevenzione purché però si consideri e si rispetti la sua peculiare natura di trattamento sanitario che, in quanto tale, per la sua intima relazione con la sfera personalissima del lavoratore, non può essere imposto se non per specifica disposizione di legge ai sensi dell'art. 32 Cost.

A ben guardare, non mancano ipotesi in cui certi trattamenti sanitari sono configurati come misure di prevenzione per i lavoratori e risultano obbligatori appunto in forza di una o più disposizioni di legge. Proprio con riferimento alle vaccinazioni emerge l'obbligo di sottoporsi alla vaccinazione antitetanica per tutte le categorie di lavoratori indicate dalla l. n. 292/1963. Un ulteriore trattamento sanitario configurabile come misura di prevenzione per i lavoratori è rappresentato dalle visite effettuate dal medico competente nell'ambito della sorveglianza sanitaria di cui all'art. 41 del d.lgs. n. 81/2008: visite che, in quanto accertamenti diagnostici, costituiscono inequivocabilmente trattamenti sanitari⁵² la cui obbligatorietà trova esplicito fondamento in specifiche disposizioni di legge, in particolare nel combinato disposto degli artt. 20, comma 2, lett. *i*, 41, 42 e 18, comma 1, lett. *g*, del d.lgs. n. 81/2008.

In realtà, per gli scopi cui sono connessi, tutti i comportamenti del lavoratore in materia di sicurezza sono ammantati da una doverosità che emerge già dai principi generali posti dalla legge che disciplina il contratto di lavoro (artt. 2104

⁵⁰ O. MAZZOTTA, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit., p. 3.

⁵¹ In tal senso A. PERULLI, *Dibattito istantaneo su vaccini anti covid*, cit., p. 2.

⁵² Sull'interpretazione lata del concetto di trattamento sanitario v. A.A. NEGRONI, *Sul concetto di "trattamento sanitario obbligatorio"*, cit., p. 14 ss.

c.c.), con la conseguente responsabilità civilistico-disciplinare (artt. 2106 c.c. e 7 Stat. lav.), nonché dalle norme di legge in materia di sicurezza sul lavoro, cui si riconnettono conseguenze sanzionatorie pubblicistiche penali o amministrative (artt. 20 e 59 del d.lgs. n. 81/2008). Senonché, mentre per rendere doverosa la gran parte di tali comportamenti è sufficiente anche una previsione generica (come quella di cui all'art. 2104 c.c.) o che identifichi una gamma anche ampia di comportamenti (come, ad esempio, nel caso dell'art. 20, comma 2, lett. *a, b, c, d*, del d.lgs. n. 81/2008⁵³), ove invece il comportamento del lavoratore si estrinsechi nell'assoggettamento ad un trattamento sanitario riguardante la sua sfera personalissima, stante la copertura della riserva di legge di cui all'art. 32 Cost. la sua doverosità non può desumersi né da principi generali né ricavarsi da disposizioni generiche o ad ampio spettro, richiedendo invece di essere prevista da una specifica disposizione di legge conformemente al dettato dell'art. 32 Cost.

Il che vale anche nel caso dei vaccini che certamente rientrano tra i trattamenti sanitari e che per essere configurati come obbligatori richiedono sempre una legge *ad hoc*. Di talché, in mancanza di tale legge, ai sensi dell'art. 2087 c.c. il datore di lavoro non potrebbe mai esigere in termini imperativi, sotto la minaccia di sanzioni, un comportamento non obbligatorio.

6.1. L'art. 279 del d.lgs. n. 81/2008

L'insufficienza dell'art. 2087 c.c. per fondare di per sé, sul piano generale, un obbligo vaccinale non significa che tale obbligo non possa scaturire da altre fonti legislative ancorché su scala più limitata, con riferimento a determinati settori.

A tale proposito occorre chiedersi se una di queste fonti possa essere l'art. 279 del d.lgs. n. 81/2008⁵⁴, inserito nel Titolo X di tale decreto dedicato agli agenti biologici, il quale, dopo aver previsto al comma 1 che, ove l'esito della valutazione del rischio ne rilevi la necessità, i lavoratori esposti ad agenti biologici sono sottoposti alla sorveglianza sanitaria di cui all'art. 41, al comma 2 stabilisce che il «datore di lavoro, su conforme parere del medico competente, adotta misure protettive particolari per quei lavoratori per i quali, anche per motivi sanitari individuali, si richiedono misure speciali di protezione, fra le quali: a) la messa a disposizione di vaccini efficaci per quei lavoratori che non sono già immuni all'agente biologico presente nella lavorazione, da somministrare a cura del medico

⁵³ In base a cui i lavoratori devono in particolare: a) contribuire, insieme al datore di lavoro, ai dirigenti e ai preposti, all'adempimento degli obblighi previsti a tutela della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro; b) osservare le disposizioni e le istruzioni impartite dal datore di lavoro, dai dirigenti e dai preposti, ai fini della protezione collettiva ed individuale; c) utilizzare correttamente le attrezzature di lavoro, le sostanze e miscele pericolose, i mezzi di trasporto, nonché i dispositivi di sicurezza; d) utilizzare in modo appropriato i dispositivi di protezione messi a loro disposizione.

⁵⁴ Chiamato in causa, tra i primi, da R. GUARINIELLO, *Covid-19: l'azienda può obbligare i lavoratori a vaccinarsi?*, in "Quotidiano IPSOA", 28 dicembre 2020.

competente; b) l'allontanamento temporaneo del lavoratore secondo le procedure dell'articolo 42».

Tale disposizione – che recepisce nell'ordinamento italiano l'art. 14, par. 3, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2000/54/CE del 18 settembre 2000 (settima direttiva particolare ai sensi dell'art. 16, par. 1, della direttiva 89/391/CEE)⁵⁵, relativa alla protezione dei lavoratori contro i rischi derivanti da un'esposizione ad agenti biologici durante il lavoro⁵⁶ – deve essere attentamente analizzata sia per quanto concerne il suo campo di applicazione, sia per quanto attiene al suo specifico significato.

6.2. Il campo di applicazione del Titolo X del d.lgs. n. 81/2008

Come si è rilevato, le disposizioni del Titolo X del d.lgs. n. 81/2008, nel quale è inserito l'art. 279, si applicano, per espressa previsione dell'art. 266, comma 1, a tutte le attività lavorative nelle quali vi è rischio di esposizione ad un agente biologico, intendendosi per tale qualsiasi microrganismo – entità microbiologica, cellulare o meno, in grado di riprodursi o trasferire materiale genetico⁵⁷ – anche se geneticamente modificato, coltura cellulare ed endoparassita umano che possa provocare infezioni, allergie o intossicazioni⁵⁸.

Il punto nodale di tale previsione risiede nel significato dell'espressione “attività lavorative”, dovendosi verificare se con essa il legislatore abbia inteso riferirsi agli specifici processi di lavoro, alle loro modalità di svolgimento ed alle sostanze/materie utilizzate (da ciò solo emergendo l'esposizione al rischio biologico), oppure abbia voluto evocare, in senso più ampio, anche la dimensione organizzativa nel cui ambito si svolge la specifica attività lavorativa, considerando anche l'esposizione ad agenti biologici estranei a tale attività ma che si insinuano nell'organizzazione aziendale.

Ove si propenda per questa seconda e più ampia accezione, è evidente che in qualunque “attività lavorativa” potrebbe emergere il rischio di esposizione ad un

⁵⁵ La quale ha abrogato e sostituito la direttiva del Consiglio 90/679/CEE del 26 novembre 1990. In tema di vaccini v. anche l'allegato VII della direttiva del 2000 (Codice di condotta raccomandato per la vaccinazione).

⁵⁶ L'art. 14, par. 3, della direttiva del 2000, analogamente a quanto già previsto dallo stesso articolo della direttiva del 1990, prevede che: la valutazione dei rischi dovrebbe consentire di individuare i lavoratori per i quali possono essere necessarie misure speciali di protezione; se del caso, dovranno essere resi disponibili vaccini efficaci per i lavoratori che non siano già immuni all'agente biologico al quale sono o possono essere esposti; qualora un lavoratore risulti soffrire di un'infezione e/o di malattia imputabili all'esposizione, il medico o l'autorità responsabile della sorveglianza sanitaria dei lavoratori propone tale sorveglianza agli altri lavoratori che siano stati esposti in modo analogo, procedendosi in questo caso ad una nuova valutazione del rischio di esposizione in conformità dell'art. 3 della direttiva. Rispetto alla disposizione del 1990, quella del 2000 aggiunge inoltre che quando il datore di lavoro mette a disposizione dei vaccini, essi dovrebbero tener conto del codice di condotta raccomandato di cui all'allegato VII alla direttiva (Codice di condotta raccomandato per la vaccinazione).

⁵⁷ Art. 267, lett. b, del d.lgs. n. 81/2008.

⁵⁸ Art. 267, lett. a, del d.lgs. n. 81/2008.

agente biologico, ferma restando la diversa probabilità che ciò accada a seconda delle varie attività, con la conseguente applicabilità del Titolo X del d.lgs. n. 81/2008 ogniqualvolta nell'attività lavorativa emerge un rischio biologico a prescindere dal fatto che quest'ultimo costituisca o meno uno specifico rischio professionale tipico di tale attività. Un sostegno a questa più ampia prospettiva potrebbe forse derivare dalla direttiva 2000/54/CE, la quale, nel proprio titolo generale, si riferisce all'esposizione ad agenti biologici "durante il lavoro", sebbene poi, nell'art. 3, par. 1, si riferisce alle "attività nelle quali i lavoratori sono o possono essere esposti ad agenti biologici a causa della loro attività professionale".

Non si deve tuttavia sottacere che, nello stesso Titolo X del d.lgs. n. 81/2008, si rinvencono altre previsioni che parrebbero assecondare una lettura più limitata dell'espressione "attività lavorative", circoscrivendone il campo di applicazione alle sole ipotesi in cui il rischio biologico rivesta natura professionale, non dovendosi d'altronde trascurare come la stessa direttiva quadro 89/391/CEE⁵⁹, dalla quale promanano le direttive particolari, si riferisce essenzialmente agli specifici "rischi professionali" che emergono nell'organizzazione predisposta dal datore di lavoro⁶⁰. È quanto emerge nell'art. art. 270, comma 1, il quale prevede specifici obblighi di comunicazione (art. 269, comma 1) o di autorizzazione nel caso in cui il datore di lavoro deliberatamente «intenda esercitare attività che comportano uso di agenti biologici», nonché nell'art. 271, comma 4, il quale si riferisce alle ipotesi nelle quali il datore di lavoro, pur non avendo «la deliberata intenzione di operare con agenti biologici», organizzi attività lavorative che, per la loro modalità di esercizio, possono implicare il rischio di esposizioni dei lavoratori a tali agenti, come le attività elencate a titolo esemplificativo nell'allegato XLIV, o le attività in cui il rischio biologico sia intimamente connesso all'uso di certi strumenti o a certe modalità della lavorazione (es. il rischio tetanico nell'attività di falegnameria ecc.). L'allegato XLIV richiama le attività nelle industrie alimentari, nell'agricoltura, nelle quali vi è contatto con animali e/o con prodotti di origine animale, nei servizi sanitari, comprese le unità di isolamento e *post mortem*, nei laboratori clinici, veterinari e diagnostici (esclusi quelli di diagnosi microbiologica), negli impianti di smaltimento rifiuti e di raccolta di rifiuti speciali potenzialmente infetti, negli impianti per la depurazione delle acque di scarico. Tutte attività caratterizzate da un'oggettiva esposizione ad agenti biologici e dunque differenti da quella in cui un agente biologico "esterno" – agendo su di un ambito territoriale sconfinato – si insinui improvvisamente anche in un'organizzazione produttiva in cui non sono presenti o "dedotti" agenti biologici.

⁵⁹ Su cui v. L. ANGELINI, *La sicurezza del lavoro nell'ordinamento europeo*, in "I Working Papers di Olympus", n. 29/2013.

⁶⁰ Art. 1, par. 2; art. 3, lett. d; art. 6, parr. 1 e 4; art. 7, parr. 1 e 2. E, non a caso, il d.lgs. n. 81/2008, "figlio" di tale direttiva, tiene in debito conto tale aspetto predisponendo, accanto al quadro delle regole generali che emerge nel Titolo I, tutta una serie di regole speciali forgiate in relazione alla specificità dei rischi che emergono nelle varie attività lavorative (Titoli successivi e Allegati).

Sebbene l'elenco non sia tassativo, parrebbe ragionevole che anche nelle ulteriori attività che possano rientrarvi il rischio di esposizione ad agenti biologici debba essere comunque oggettivamente *prevedibile* per le peculiari caratteristiche delle attività medesime. È evidente che, ove non si ritenesse necessario quest'ultimo requisito, l'elenco delle attività lavorative che possono implicare il rischio di esposizione dei lavoratori agli agenti biologici si amplierebbe a dismisura potendo riguardare praticamente qualunque attività lavorativa, con la conseguente applicazione delle disposizioni del Titolo X sempre e ovunque qualora nell'attività lavorativa emergesse un qualunque rischio biologico, compreso quello connesso ad una epidemia o pandemia.

6.3. La classificazione del virus SARS-CoV-2

Al di là delle incertezze sull'esatta ampiezza del campo di applicazione del Titolo X del d.lgs. n. 81/2008, occorre considerare che la direttiva della Commissione 2020/739 del 3 giugno 2020 ha modificato l'allegato III della direttiva 2000/54/CE – già modificato dalla direttiva della Commissione 2019/1833 del 24 ottobre 2019 – inserendo il SARS-CoV-2 nell'elenco degli agenti biologici di cui è noto che possono causare malattie infettive nell'uomo e inquadrandolo nel gruppo 3 degli agenti biologici.

Com'è noto, l'adozione di tale direttiva con la conseguente riclassificazione del virus SARS-CoV-2 è stata resa necessaria dal fatto che, data la sua recentissima comparsa, tale virus non era contemplato nelle classificazioni degli agenti biologici. Questi, nell'ordinamento italiano, sono ricompresi nei quattro gruppi (in ordine crescente in relazione al rischio di infezione) descritti nell'art. 268 del d.lgs. n. 81/2008⁶¹ e indicati poi in dettaglio nell'allegato XLVI di tale decreto. Non a caso, all'indomani dello scoppio della pandemia, alcune note regionali avevano ritenuto che il virus SARS-CoV-2 rientrasse nel gruppo 2, nel quale era ed è tuttora ricompresa la famiglia delle "coronaviridae"⁶², della quale però ben presto il nuovo

⁶¹ Tale norma prevede la ripartizione degli agenti biologici in quattro gruppi a seconda del rischio di infezione: il gruppo 1 riguarda gli agenti che presentano poche probabilità di causare malattie in soggetti umani; il gruppo 2 concerne gli agenti che possono causare malattie in soggetti umani e costituire un rischio per i lavoratori, essendo poco probabile che si propaghino nella comunità ed essendo di norma disponibili efficaci misure profilattiche o terapeutiche; il gruppo 3 si riferisce agli agenti che possono causare malattie gravi in soggetti umani e costituiscono un serio rischio per i lavoratori, potendo propagarsi nella comunità, ma essendo di norma disponibili efficaci misure profilattiche o terapeutiche; il gruppo 4 ha ad oggetto gli agenti che possono provocare malattie gravi in soggetti umani e costituire un serio rischio per i lavoratori, potendo presentare un elevato rischio di propagazione nella comunità e non essendo disponibili, di norma, efficaci misure profilattiche o terapeutiche.

⁶² Nell'allegato III della direttiva 2000/54/CE modificata dalla direttiva 2019/1833, la *famiglia* delle "Coronaviridae", appartenente all'*ordine* dei "Nidovirales", ricomprende il *genere* "Betacoronavirus" al quale si riconducono la *voce* "Sindrome respiratoria acuta grave da coronavirus (virus SARS)" e la *voce* "Sindrome respiratoria medio-orientale da coronavirus (virus MERS)", entrambe rientranti nel gruppo 3, nonché "Altre *Coronaviridae* notoriamente patogene" rientranti nel

virus ha dimostrato di essere un membro degenero evidenziando le ben più pericolose caratteristiche dei gruppi superiori.

Di per sé, l'esplicita considerazione e la classificazione del SARS-CoV-2 non incidono sulla definizione del campo di applicazione del Titolo X, la quale, come si è visto, dipende, logicamente prima, dall'interpretazione del concetto di "attività lavorative" cui esso si riferisce. Poiché alcuni adempimenti previsti dallo stesso Titolo X (come quelli connessi alla valutazione dei rischi) variano a seconda del tipo di agente biologico con cui si ha a che fare, la classificazione del SARS-CoV-2 inciderà sull'entità di tali adempimenti, ma ovviamente sempre in relazione alle "attività lavorative" nelle quali si ritiene applicabile il Titolo X.

Né, per altro verso, la classificazione del SARS-CoV-2 – vale a dire il fatto che ora esso sia esplicitamente contemplato nel Titolo X – comporta per ciò stesso l'insorgenza dell'obbligo vaccinale contro tale virus. Ma su tale questione occorre passare ad analizzare l'art. 279 del d.lgs. n. 81/2008.

6.4. *La messa a disposizione di vaccini efficaci*

Che il Titolo X del d.lgs. n. 81/2008 sia o meno di generale applicabilità, tutto sta a verificare se l'esplicito riferimento ai vaccini contenuto nell'art. 279 possa essere interpretato in termini di obbligatorietà tanto dal lato del datore di lavoro quanto da quello dei lavoratori⁶³. In altri termini, se lo stesso art. 279 possa essere considerato soddisfacente della riserva di legge di cui all'art. 32 Cost.

gruppo 2. Tra le due predette voci, l'allegato della direttiva 2020/739 ha ora inserito la "Sindrome respiratoria acuta grave da coronavirus 2 (SARS-CoV-2)", rientrante, al pari delle altre due, nel gruppo 3.

Si noti che, nell'ordinamento italiano, l'innovazione relativa al SARS-CoV-2 introdotta dalla direttiva 2020/739 è stata recepita con l'art. 4 del d.l. 7 ottobre 2020, n. 125, convertito con modificazioni dalla l. n. 159/2020, integrando il testo dell'allegato XLVI del d.lgs. n. 81/2008, il quale, peraltro, non essendo stata ancora recepita la direttiva 2019/1833 (il cui termine ultimo scadrà il 20 novembre 2021), corrisponde ancora a quello originario dell'allegato III della direttiva 2000/54/CE, nel quale compare esclusivamente la voce "Coronaviridae" - gruppo 2, dopo la quale è stata appunto aggiunta quella «Sindrome respiratoria acuta grave da coronavirus 2 (SARS-CoV-2)» - gruppo 3.

Si osservi altresì che l'art. 3 della direttiva 2020/739 ha previsto che entro il termine ultimo del proprio recepimento da parte degli Stati membri (il 24 novembre 2020) dovessero essere recepite – nella misura in cui riguardassero il SARS-CoV-2 – anche le modifiche degli allegati V (Specifiche sulle misure di contenimento e sui livelli di contenimento) e VI (Specifiche per processi industriali) della direttiva 2000/54/CE introdotte dalla direttiva 2019/1833, fermo restando il termine ultimo del 20 novembre 2021 per recepire le restanti disposizioni della stessa direttiva 2019/1833 (v. art. 2, par. 1, di quest'ultima direttiva come modificata dall'art. 2 della direttiva 2020/739). In tal senso, dando attuazione *in parte qua*, alla direttiva 2019/1833 e alla direttiva 2020/739 – l'Italia ha provveduto a modificare – mediante l'art. 13-sexiesdecies, del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito con modificazioni dalla l. 18 dicembre 2020, n. 176 – gli allegati XLVII e XLVIII del d.lgs. n. 81/2008, corrispondenti rispettivamente agli allegati V e VI della direttiva 2000/54/CE.

⁶³ In senso negativo, v. E. GRAGNOLI, *Dibattito istantaneo su vaccini anti covid e rapporto di lavoro*, in <http://www.rivistalabor.it/>, 22 gennaio 2021, p. 2.

Scomponendo i vari elementi che emergono nell'art. 279, emerge innanzitutto che, in quanto norma generale ed astratta in relazione al campo di applicazione del Titolo X, esso non si riferisce specificamente ad alcun vaccino in particolare, ma genericamente a "vaccini". L'unica esplicita specificazione presente nella norma riguarda il fatto che i vaccini siano "efficaci", riferendosi dunque non già al tipo di vaccino (variabile a seconda del tipo di agente biologico⁶⁴) bensì alla sua effettiva capacità di contrastare l'agente patogeno.

Non c'è poi dubbio che l'art. 279 configuri i vaccini come misure di protezione, anzi come "misure protettive particolari" o "misure speciali di protezione", benché non esclusive. Infatti, essi rientrano tra tali misure accanto ad altre anch'esse nominate – l'allontanamento temporaneo del lavoratore secondo le procedure dell'art. 42 – o innominate (come emerge dall'espressione «fra le quali»).

Va anche osservato che, letteralmente, queste misure speciali di protezione non riguardano indistintamente tutti i lavoratori, bensì solo coloro per i quali, anche per motivi sanitari individuali, esse si rivelino necessarie, come emerge dall'*iter* delineato dalla norma secondo cui, una volta che la valutazione del rischio abbia evidenziato la necessità di sottoporre i lavoratori esposti ad agenti biologici alla sorveglianza sanitaria, qualora all'esito di quest'ultima emerga che alcuni di essi («quei lavoratori»), anche per motivi sanitari individuali, abbiano necessità di una particolare protezione, il datore di lavoro, peraltro solo su parere conforme del medico competente, adotta a loro favore misure speciali di protezione.

Un ulteriore elemento riguarda il fatto che la misura speciale di protezione consistente nel vaccino presenta un ambito di applicazione circoscritto riguardando solo i lavoratori che non siano già immuni all'agente biologico presente nella lavorazione, come emerge letteralmente dall'art. 279, comma 2, lett. *a*, in base al quale il datore di lavoro mette a disposizione di costoro vaccini efficaci da somministrare a cura del medico competente.

A prescindere dalla ovvia connessione tra vaccinazione e soggetti non immunizzati e dal fatto che il datore di lavoro deve mettere a disposizione di questi ultimi vaccini efficaci purché, altrettanto ovviamente, ciò sia possibile, dal tenore complessivo dell'art. 279 non è agevole evincere un obbligo dei predetti soggetti a vaccinarsi. Infatti, da un lato, la messa a disposizione dei vaccini efficaci costituisce solo una delle misure speciali di protezione, nominate e non, evocate dal legislatore, ponendosi in una logica di alternatività con le altre. Da un altro lato, lo stesso art. 279, al comma 5, prevedendo che il medico competente fornisce ai lavoratori adeguate informazioni sui vantaggi ed inconvenienti della vaccinazione e della non vaccinazione, pare inquadrare l'intervento vaccinale più in termini di opportunità che di obbligo⁶⁵. E, peraltro, affidando la somministrazione dei vaccini al medico

⁶⁴ Riferendosi in generale agli agenti biologici, la norma riguarda tanto quelli non contagiosi (come i batteri), quanto quelli contagiosi (come i virus) che si propagano da soggetto a soggetto.

⁶⁵ Un'analoga prospettiva si coglie d'altro canto anche in altre disposizioni in cui il d.lgs. n. 81/2008 evoca i vaccini, come l'art. 286-*sexies*, inserito nel Titolo X-*bis* relativo alla protezione dalle ferite da taglio e da punta nel settore ospedaliero e sanitario. Quest'ultimo, tra le misure specifiche

competente, l'art. 279, comma 2, lett. *a*, fornisce una indicazione sul metodo della vaccinazione, ma non sulla sua obbligatorietà.

In altri termini, le previsioni dell'art. 279 sulle vaccinazioni debbono essere interpretate nel senso che l'obbligo dei lavoratori a sottoporsi alle stesse, in quanto trattamenti sanitari, richiede comunque un'esplicita disposizione di legge che integri la generica previsione dell'art. 279⁶⁶. E ciò varrebbe anche nel caso in cui, adottando un'interpretazione estensiva sia dell'espressione «attività lavorative» di cui all'art. 266, comma 1, sia di quella «agente biologico presente nella lavorazione» di cui all'art. 279, comma 2, lett. *a*, tali norme si ritenessero applicabili anche ai rischi biologici non specifici o professionali.

6.5. *Art. 279 e sorveglianza sanitaria*

Ribadire la necessità di una disposizione di legge per rendere obbligatoria la vaccinazione non significa disconoscere la rilevanza di quest'ultima come misura di prevenzione, della quale si avverte il bisogno specialmente in quei contesti lavorativi nei quali il contagio costituisce uno specifico rischio professionale (ambiti sanitari ecc.) e/o nei quali, oltre a gravare sui lavoratori, esso minaccia anche altri soggetti presenti nell'ambiente di lavoro (ambiti sanitari, scolastici ecc.).

D'altronde, la non obbligatorietà del vaccino non significa che l'eventuale e legittimo rifiuto di un lavoratore di riceverlo non possa produrre conseguenze, dovendocisi chiedere se indicazioni in tal senso possano provenire dallo stesso art. 279 del d.lgs. n. 81/2008.

Quest'ultimo, come si è visto, al comma 2, lett. *b*, individua, come misura speciale di protezione, oltre alla messa a disposizione di vaccini efficaci, l'allontanamento temporaneo del lavoratore secondo le procedure dell'art. 42⁶⁷. Ciò significa che, in base ai giudizi espressi dal medico competente ex art. 41, comma 6 (idoneità; idoneità parziale, temporanea o permanente, con prescrizioni o limitazioni; inidoneità temporanea; inidoneità permanente), il datore di lavoro attuerà le misure indicate dallo stesso medico e, ove esse prevedano un'inidoneità alla mansione specifica, adibirà il lavoratore, ove possibile, a mansioni equivalenti

di prevenzione che il datore di lavoro deve adottare in esito alla valutazione dei rischi, annovera l'informazione, mediante specifiche attività di sensibilizzazione, in merito all'importanza dell'immunizzazione, ai vantaggi ed agli inconvenienti della vaccinazione o della mancata vaccinazione, sia essa preventiva o in caso di esposizione ad agenti biologici per i quali esistano vaccini efficaci, i quali devono essere dispensati gratuitamente a tutti i lavoratori ed agli studenti che prestano assistenza sanitaria ed attività ad essa correlate nel luogo di lavoro.

⁶⁶ Solo in tal caso la misura dell'allontanamento del lavoratore (art. 279, comma 2, lett. *b*) potrebbe essere riferita esclusivamente a lavoratori impossibilitati a vaccinarsi a causa di allergie o altre controindicazioni sanitarie.

⁶⁷ Cfr. V. FERRANTE, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit., p. 3, secondo cui l'art. 279 risolve la questione, non solo nel contesto del campo applicativo del Titolo X del d.lgs. n. 81/2008, ma su un piano generale.

o, in difetto, a mansioni inferiori garantendo il trattamento corrispondente alle mansioni di provenienza.

L'esplicito richiamo dell'art. 42 e, *per relationem*, dell'art. 41, comma 6, evidenzia come la misura dell'allontanamento temporaneo del lavoratore dalla mansione, al pari della misura della messa a disposizione di vaccini efficaci, sia strettamente dipendente dalla sorveglianza sanitaria che lo stesso art. 279 prevede solo ove uno o più lavoratori necessitino di una misura di protezione particolare. D'altronde, le misure che il datore di lavoro può adottare *ex art. 42 del d.lgs. n. 81/2008* (come la variazione delle mansioni) presuppongono necessariamente un giudizio sull'idoneità del singolo lavoratore interessato espresso dal medico competente in esito ad una delle visite mediche di cui all'art. 41.

Poiché dunque, alla luce del d.lgs. n. 81/2008, il medico competente non può esprimere alcun giudizio sull'idoneità (con quanto può conseguire sul piano del rapporto di lavoro) che prescindendo da uno specifico accertamento sanitario, ove, a fronte della disponibilità di un vaccino, il lavoratore X lamenti problemi di salute che sconsigliano la vaccinazione, confermati nella visita (eventualmente richiesta dallo stesso lavoratore *ex art. 41, comma 1, lett. b)*, all'esito di questa il medico esprimerà il proprio giudizio sulla idoneità o meno alla mansione cui il datore di lavoro dovrà attenersi.

La stessa procedura varrà anche per il lavoratore Y esposto all'agente biologico che, a differenza di X, "semplicemente" non intenda vaccinarsi. Infatti, anche Y, al pari di X, è stato sottoposto alla sorveglianza sanitaria di cui all'art. 41, resasi necessaria – *ex art. 279, comma 1* – all'esito della valutazione del rischio. E anche Y dovrà sottoporsi alla visita del medico competente, la quale, quand'anche si incentrasse, più che sui tradizionali accertamenti diagnostici, sull'acquisizione di informazioni circa le profilassi effettuate e non, non per questo perderebbe la propria natura di visita ai sensi dell'art. 41 con quanto ne consegue dal punto di vista del giudizio di idoneità alla mansione.

È ovvio che in questo caso, diversamente da quanto accade normalmente, il giudizio sull'idoneità non sarebbe espresso sulla base dello stato di salute del lavoratore, bensì in chiave prognostica rispetto alla situazione di rischio a cui il lavoratore, non vaccinandosi, si esporrebbe maggiormente o a cui esporrebbe colleghi e/o terzi. Ciò, tuttavia, non esula dall'ampissimo concetto di sorveglianza sanitaria accolto dall'art. 2, lett. *m*, del d.lgs. n. 81/2008, consistente nell'insieme degli atti medici finalizzati alla tutela dello stato di salute e sicurezza dei lavoratori, in relazione all'ambiente di lavoro, ai fattori di rischio professionali e alle modalità di svolgimento dell'attività lavorativa.

Concludendo, non può escludersi che la trama regolativa dell'art. 279 (e forse di tutto il Titolo X, così come quella della direttiva da cui promana) sia stata pensata in origine per ipotesi diverse da una pandemia, così come sembrerebbe meglio atteggiarsi ad ipotesi in cui gli agenti biologici siano oggettivamente presenti nei processi produttivi e lavorativi, configurandosi come specifici rischi professionali. Se quindi di fronte a "nuovi" fenomeni appare più che comprensibile l'esigenza di

attualizzare tali norme in chiave evolutiva⁶⁸, non si deve tuttavia dimenticare che, come altre disposizioni del Titolo X, l'art. 279 è presidiato da sanzioni penali – previste dall'art. 282, comma 2, lett. *a*, del d.lgs. n. 81/2008 – e, in quanto tale, è soggetto a stretta interpretazione *ex art.* 14 delle preleggi.

In ogni caso, sia più o meno ampio il suo campo di applicazione, esso comunque non prevede un obbligo a vaccinarsi, configurando tuttavia serie conseguenze precauzionali in caso di mancata vaccinazione.

7.1. *La legge di bilancio 2021 e il piano strategico per la vaccinazione*

AmMESSO che l'analisi fin qui condotta sulla dubbia capacità delle norme “lavoristiche” di soddisfare l'art. 32 Cost. abbia qualche fondamento, non si può certo ignorare ciò che nel frattempo è avvenuto sul piano pubblicistico con riferimento al Piano strategico per la vaccinazione anti-SARS-CoV-2/Covid-19⁶⁹.

Dopo essere stato oggetto di due passaggi istituzionali in Parlamento⁷⁰ e in Conferenza Stato-Regioni⁷¹, tale Piano è approdato sulla scena legislativa mediante varie disposizioni della legge di bilancio 2021 (art. 1, commi 447-449, 453 e 457-471 della l. 30 dicembre 2020, n. 178). In particolare, al fine di garantire il più efficace contrasto alla diffusione del virus SARS-CoV-2, l'art. 1, comma 457, di tale provvedimento ha previsto l'adozione da parte del Ministro della salute, con proprio decreto avente natura non regolamentare, del Piano strategico nazionale dei vaccini per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2, finalizzato a garantire il massimo livello di copertura vaccinale sul territorio nazionale. Tale Piano è stato poi formalmente adottato con il decreto ministeriale del 2 gennaio 2021, il cui art. 1, comma 2, ha previsto la possibilità di una sua integrazione in ragione di nuove evidenze scientifiche, modifiche nelle dinamiche epidemiche o elementi sopravvenuti ritenuti di rilievo per la strategia di contrasto alla epidemia.

Né nella l. n. 178/2020 né nel Piano strategico emerge un obbligo di vaccinazione. E, a tale proposito, vale la pena segnalare come, nella informativa al Parlamento del 2 dicembre 2020, il Ministro della salute abbia affermato come per il momento non sia intenzione del Governo disporre l'obbligatorietà della vaccinazione, fermo restando che, nel corso della campagna, si valuterà l'adesione

⁶⁸ Cfr. A. DE MATTEIS, *Art. 32 della Costituzione: diritti e doveri*, cit., p. 9

⁶⁹ Elaborato dal Ministero della Salute, dal Commissario straordinario per l'emergenza, dall'Istituto Superiore di Sanità, da Agenas e da Aifa.

⁷⁰ Il 2 dicembre 2020 il Ministro della Salute ha presentato in Parlamento le linee guida del Piano strategico per la vaccinazione anti-SARS-CoV-2/Covid-19 e, nello stesso giorno, Senato e Camera hanno approvato le relative risoluzioni.

⁷¹ Il 16 dicembre 2020 il Piano strategico per la vaccinazione anti-SARS-CoV-2/Covid-19 è stato oggetto di informativa alla Conferenza Stato-Regioni *ex art.* 2, comma 1, lett. *e*, del d.lgs. n. 281/1997, la quale ne ha preso atto il 17 dicembre 2020 (Rep. Atti n. 235/CSR del 17 dicembre 2020).

dei cittadini e che l'obiettivo è raggiungere l'immunità di gregge. In termini ancora più netti si è espresso il Parlamento europeo nella Risoluzione del 27 gennaio 2021, n. 2361, che, nel punto 7.3.1, esorta gli Stati membri e l'Unione europea a «garantire che i cittadini siano informati che la vaccinazione non è obbligatoria e che nessuno è politicamente, socialmente o altrimenti sotto pressione per vaccinarsi, se non lo desiderano da soli», e nel punto 7.3.2 a «garantire che nessuno sia discriminato per non essere stato vaccinato, a causa di possibili rischi per la salute o per non voler essere vaccinato».

Lungi dal prefigurare obblighi, il Piano strategico italiano fa leva su raccomandazioni destinate alla popolazione e declinate in base a priorità connesse a condizioni “funzionali” e “anagrafiche”. Tralasciando queste ultime (l'età più avanzata), quelle funzionali riguardano soggetti che svolgono un'attività lavorativa inserita in ambiti organizzativi nei quali, per le peculiarità delle attività (es. gli operatori sanitari) e/o per la densità dei contatti interpersonali (gli insegnanti), il rischio di contagio appare più alto. Pur evidenziando l'urgenza di intervenire quanto prima in questi ambiti, a queste priorità funzionali non corrispondono obblighi bensì, come detto, raccomandazioni. Un aspetto al quale occorre prestare particolare attenzione proprio con riferimento a quanto previsto dall'art. 32 Cost.

7.2. Art. 32 Cost., obblighi e raccomandazioni nell'orientamento della Corte costituzionale

In alcuni recenti interventi⁷² si è rilevato come l'obbligatorietà e la raccomandazione di vaccinarsi, pur costituendo due tecniche legislative diverse, obbediscano ad un medesimo obiettivo: «la migliore realizzazione dell'art. 32 Cost. nella sua valenza di tutela della salute come interesse collettivo». In altri termini, il dovere di solidarietà implicito nell'art. 32 è comunque realizzato dalla vaccinazione in adempimento sia di un obbligo sia di una raccomandazione, rappresentando quest'ultima «lo stadio evolutivo di un processo culturale tendente a valorizzare la collaborazione del cittadino rispetto alle precedenti modalità autoritarie»⁷³.

Tali affermazioni fanno leva sulla giurisprudenza della Corte costituzionale, la quale, in più di un'occasione, ha “parificato” i vaccini obbligatori a quelli raccomandati. Emblematica in tal senso è la pronuncia con la quale fu accolta la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, della l. n. 210/1992⁷⁴, nella parte in cui non prevedeva il diritto ad un indennizzo nei confronti di chi

⁷² A. DE MATTEIS, *Art. 32 della Costituzione: diritti e doveri*, cit., in part. p. 6 ss. e R. RIVERSO, *L'obbligo del vaccino anti Covid*, cit., pp. 4-5. V. anche L. DE ANGELIS, *Ragionando a caldo su vaccinazioni*, cit., p. 1.

⁷³ A. DE MATTEIS, *Art. 32 della Costituzione: diritti e doveri*, cit., pp. 7-8.

⁷⁴ Relativa all'indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazione di emoderivati.

avesse subito lesioni o infermità, con conseguente menomazione permanente dell'integrità psico-fisica, a seguito di vaccinazione anche non obbligatoria contro il morbillo, la parotite e la rosolia⁷⁵. Secondo la Corte, non vi è «ragione di differenziare il caso in cui “il trattamento sanitario sia imposto per legge” da quello “in cui esso sia, in base a una legge, promosso dalla pubblica autorità in vista della sua diffusione capillare nella società...”», giacché, in un contesto sociale di irrinunciabile solidarietà, tutti coloro che si sono uniformati ai comportamenti diretti alla protezione della salute pubblica, imposti o anche solo sollecitati dalla collettività, tramite gli organi competenti, devono essere garantiti dalla previsione di una misura indennitaria, destinata a compensare il sacrificio individuale ritenuto corrispondente a un vantaggio collettivo, nel caso in cui subiscano conseguenze pregiudizievoli per la loro salute⁷⁶.

Lo stesso concetto è stato ribadito dalla Corte anche di recente⁷⁷ rilevando che, sebbene «la tecnica della raccomandazione esprima maggiore attenzione all'autodeterminazione individuale... e, quindi, al profilo soggettivo del diritto fondamentale alla salute, tutelato dal primo comma dell'art. 32 Cost., essa è pur sempre indirizzata allo scopo di ottenere la migliore salvaguardia della salute come interesse (anche) collettivo»⁷⁸. Dunque, al di là della diversa «impostazione delle due tecniche, quel che rileva è l'obiettivo essenziale che entrambe perseguono nella profilassi delle malattie infettive: ossia il comune scopo di garantire e tutelare la salute (anche) collettiva, attraverso il raggiungimento della massima copertura vaccinale. In questa prospettiva, incentrata sulla salute quale interesse (anche) obiettivo della collettività, non vi è differenza qualitativa tra obbligo e raccomandazione: l'obbligatorietà del trattamento vaccinale è semplicemente uno degli strumenti a disposizione delle autorità sanitarie pubbliche per il perseguimento della tutela della salute collettiva, al pari della raccomandazione»⁷⁹. D'altro canto, la «stretta assimilazione tra vaccinazioni obbligatorie e vaccinazioni raccomandate» è stata ribadita dalla Corte anche in altre sentenze nelle quali si è osservato che «nell'orizzonte epistemico della pratica medico-sanitaria la distanza tra raccomandazione e obbligo è assai minore di quella che separa i due concetti nei rapporti giuridici. In ambito medico, raccomandare e prescrivere sono azioni percepite come egualmente doverose in vista di un determinato obiettivo»⁸⁰, cioè la tutela della salute (anche) collettiva.

⁷⁵ Corte cost., 16-26.4.2012, n. 107.

⁷⁶ Corte cost., n. 107/2012, cit.

⁷⁷ Corte cost., 26 maggio-23 giugno 2020, n. 118, la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale ancora una volta dell'art. 1, comma 1, della l. n. 210/1992 nella parte in cui non prevede il diritto a un indennizzo, alle condizioni e nei modi stabiliti dalla medesima legge, a favore di chiunque abbia riportato lesioni o infermità, da cui sia derivata una menomazione permanente della integrità psico-fisica, a causa della vaccinazione contro il contagio dal virus dell'epatite A.

⁷⁸ V. Corte cost., n. 268/2017, cit.

⁷⁹ Corte cost., n. 118/2020, cit.

⁸⁰ Corte cost., 18 gennaio 2018, n. 5; Corte cost., 17 aprile-6 giugno 2019, n. 137.

Per la verità, la sostanziale “parificazione” tra obbligo e raccomandazione effettuata dalla Corte ha riguardato il versante dei rimedi agli effetti pregiudizievoli della vaccinazione, dovendo lo Stato indennizzare chiunque li abbia subiti a prescindere dal fatto che il trattamento fosse obbligatorio o solo raccomandato giacché, a fronte di «diffuse e reiterate campagne di comunicazione a favore della pratica di vaccinazioni è... naturale che si sviluppi un generale clima di “affidamento” nei confronti proprio di quanto “raccomandato”», il che «rende la scelta adesiva dei singoli, al di là delle loro particolari e specifiche motivazioni, di per sé obiettivamente votata alla salvaguardia anche dell’interesse collettivo»⁸¹ e, in quanto tale, meritevole di tutela.

In altri termini, è vero che sia l’obbligo sia la raccomandazione di vaccinarsi perseguono l’identico scopo solidaristico dell’art. 2 Cost. e meritano identica protezione da parte dell’ordinamento per quanto concerne l’indennizzo di eventuali danni, essendo «del tutto irrilevante, o indifferente, che l’effetto cooperativo sia riconducibile, dal lato attivo, a un obbligo o, piuttosto, a una persuasione o anche, dal lato passivo, all’intento di evitare una sanzione o, piuttosto, di aderire a un invito»⁸². Senonché, è vero pure che, al di là di questa assimilazione, i due strumenti non coincidono *in toto* almeno per quanto attiene all’intensità giuridica della relativa prescrizione⁸³, potendo soltanto l’obbligo valere per configurare determinate conseguenze, come quelle sanzionatorie, abilitative ecc.

Peraltro, sebbene non possano fondare direttamente un vero e proprio obbligo giuridico di vaccinarsi, è difficile negare che le raccomandazioni che emergono dal Piano strategico vaccinale – esplicitamente evocato dalla legge (art. 1, comma 457, della l. n. 178/2020) – costituiscano un’espressione del principio di contemperamento di cui all’art. 32 Cost.

E anzi, per quanto concerne il versante lavoristico, si è autorevolmente proposto che nel «valore civilistico della raccomandazione, per l’autorità da cui promana e per l’intento comunitario che persegue, quale canone di prudenza, diligenza e rispetto della controparte richiesto nei rapporti contrattuali (artt. 1176 e 2104 cod.civ.)» vada rintracciato il fondamento più sicuro della pretesa del datore di lavoro «acché la controparte sia immune da covid-19, in un rapporto di durata che possa esporre al contagio»⁸⁴.

Sebbene le raccomandazioni contenute nel Piano vaccinale anti-Covid-19 previsto ed “autorizzato” dalla legge di bilancio individuino in modo specifico il

⁸¹ Corte cost., n. 107/2012, cit.

⁸² Corte cost., n. 107/2012, cit.

⁸³ V. Corte cost., n. 5/2018, cit., là dove, rilevando che in campo medico la distanza tra raccomandazione e obbligo è assai minore di quella che separa i due concetti nei rapporti giuridici, nei fatti sottolinea come nel campo giuridico la distanza esista, eccome.

⁸⁴ A. DE MATTEIS, *Art. 32 della Costituzione: diritti e doveri*, cit., p. 8.

tipo, le caratteristiche e le priorità di somministrazione del trattamento sanitario in questione, ciò tuttavia non appare ancora sufficiente per fondare un vero e proprio obbligo di vaccinazione, né per ritenere che il rifiuto di vaccinarsi possa essere riconducibile a fattispecie sanzionatorie civili e/o penali. Certamente le raccomandazioni consentono di configurare la vaccinazione come una *misura di prevenzione nominata e tipizzata* che, una volta divenuti i vaccini finalmente e pienamente disponibili, il datore di lavoro dovrebbe “adottare”. Un’adozione che, però, non sussistendo un obbligo di vaccinazione a carico dei lavoratori, potrebbe solo tradursi nel... raccomandare loro di vaccinarsi con le conseguenze di cui si dirà fra breve⁸⁵.

Si tratta di una soluzione non appagante ove si volesse ipotizzare una funzionalizzazione dell’obbligo di sicurezza datoriale (e dei conseguenti obblighi dei lavoratori) a quella tutela dell’interesse collettivo alla salute che, specialmente nelle realtà “promiscue” come le strutture sanitarie, non riguarda solamente i lavoratori, ma anche i terzi presenti nell’ambiente di lavoro. Senonché, se questo è lo scopo ultimo del legislatore, allora egli dovrebbe rendere obbligatorio il vaccino, perlomeno in quelle realtà, e non limitarsi a raccomandarlo. Non a caso, quando il legislatore ha inteso funzionalizzare i poteri datoriali al perseguimento di interessi generali lo ha fatto mediante prescrizioni obbligatorie⁸⁶. D’altro canto, se il Piano di vaccinazione costituisce un fondamentale intervento di salute pubblica, perché non utilizzare strumenti pubblicitici davvero cogenti?

Peraltro, è assai probabile che la scelta di non imporre per ora l’obbligo vaccinale sia stata determinata, oltre che da alcune intuibili ragioni politiche, soprattutto da un’apprezzabile logica di prudenza dovuta alle incertezze che ancora li circondano, anche per il ridottissimo tempo impiegato per individuare e testare i vaccini.

8. *Il ruolo del medico competente*

Se, come si è detto, non si può disconoscere la rilevanza della vaccinazione come misura di prevenzione, tuttavia la mancanza di una specifica norma di legge che la renda obbligatoria non può essere surrogata con altre disposizioni che, per quanto importanti, non possono essere utilizzate a tale specifico scopo. Così è per

⁸⁵ Con riferimento al campo di applicazione dell’art. 279 del d.lgs. n. 81/2008, la raccomandazione potrebbe valere a rendere esplicito il vaccino da mettere a disposizione, senza tuttavia poterlo rendere obbligatorio, come già rilevato.

⁸⁶ Come nel caso della l. n. 146/1990 sullo sciopero nei servizi essenziali in cui i datori di lavoro degli enti erogatori hanno l’obbligo, presidiato da sanzioni, di esigere le prestazioni indispensabili da parte dei lavoratori.

l'art. 2087 c.c. e per la dinamica obbligatoria che ne discende e così è per l'art. 279 del d.lgs. n. 81/2008.

Senonché, nonostante la loro non obbligatorietà, i vaccini possono giocare ugualmente un ruolo importante nel contrasto alla pandemia nei contesti lavorativi.

Se, come rilevato, l'art. 279 del d.lgs. n. 81/2008 non può costituire il fondamento per l'obbligo alla vaccinazione, nondimeno esso, nell'ambito della propria applicazione, delinea un modello regolativo volto a valorizzare i vaccini delineando significative conseguenze nel caso in cui non si intenda accettarli. Un modello che, a ben guardare, può essere rinvenibile anche alla luce delle disposizioni generali del Titolo I del d.lgs. n. 81/2008 al di là dello specifico ambito di applicazione del Titolo X.

Il primo tassello di tale modello risiede nell'art. 29, comma 3, del d.lgs. n. 81/2008 là dove in particolare prevede che la valutazione dei rischi deve essere immediatamente rielaborata, tra l'altro, «in relazione al grado di evoluzione della tecnica, della prevenzione o della protezione». In effetti, non può dubitarsi che il grado della prevenzione e protezione sia decisamente mutato nel momento in cui è divenuto disponibile un vaccino presumibilmente efficace. Infatti, mediante la vaccinazione il rischio non è più solo *contenibile*, attraverso dispositivi di protezione individuale o collettiva, ma è potenzialmente – con tutte le riserve del caso – *eliminabile* alla fonte, in una logica di prevenzione primaria (e, come è noto, l'eliminazione dei fattori di rischio è tra le prime misure generali di tutela imposte dall'art. 15, comma 1, lett. c, del d.lgs. n. 81/2008 e, prima ancora, dall'art. 1, comma 2, della direttiva quadro 89/391/CEE). In altri termini, la disponibilità del vaccino impone una revisione della valutazione dei rischi in funzione della possibile eliminazione del fattore di rischio piuttosto che un suo semplice contenimento e/o riduzione, cui si è fatto affidamento sinora⁸⁷.

Forse potrà sembrare paradossale che l'art. 29 del d.lgs. n. 81/2008 venga chiamato in causa da chi, poco meno di un anno fa, appena esplosa la pandemia, aveva ritenuto che, pur dovendosi comunque rispettare l'art. 2087 c.c., non fosse necessario aggiornare la valutazione dei rischi, beninteso nei settori diversi da quelli del Titolo X⁸⁸. Fermo restando che ciò riguardava solo la primissima fase di

⁸⁷ Uno spunto in questo senso anche in P. ALBI, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit., p. 2, secondo cui la scelta di non vaccinarsi «impone al datore di lavoro di valutare se la presenza fisica del lavoratore nel luogo di lavoro è tale da comportare un incremento del rischio di contagio e, per questa via, quali misure occorre adottare per prevenire o ridurre un siffatto rischio».

⁸⁸ Cfr. P. PASCUCCI, *Coronavirus e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 99 ss.; P. PASCUCCI-A. DELOGU, *Sicurezza sul lavoro nella PA*, cit., *passim*. V. anche A. MARESCA, *Relazione*, Webinar COVID-19, Commissione di Certificazione, Università degli Studi Roma Tre, 11 marzo 2020, p. 2; L.M. PELUSI, *Tutela della salute dei lavoratori e COVID-19: una prima lettura critica degli obblighi datoriali*, in questa Rivista, 2019, n. 2, I, p. 122 ss. *Contra* S. DOVERE, in S. DOVERE, P. PASCUCCI, *Covid-19 e tutela della salute e sicurezza dei lavoratori*, in “Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali”, 2020, p. 373 ss.; P. TULLINI, *Tutela della salute dei lavoratori e valutazione del rischio biologico: alcune questioni giuridiche*, in “Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale”, 2020, p. 335 ss.; G. NATULLO, *Covid-19 e sicurezza sul*

emersione della pandemia, dominata da una straordinaria incertezza anche normativa, non escludendosi la necessità di valutare il nuovo rischio una volta superata tale fase⁸⁹, appare innegabile come l'art. 29 assuma ora un senso particolare dal momento che i vaccini – che costituiscono il frutto dell'evoluzione della tecnica, della prevenzione o della protezione – pur con i limiti del caso rappresentano anche la chiave di volta per eliminare radicalmente quel rischio Covid-19 che finora è stato possibile solo contenere. In altri termini, in presenza dei vaccini non può non mutare la valutazione di tale rischio che, da puramente contrastabile, diviene potenzialmente eliminabile. Né rileva che la vaccinazione non sia, ad oggi, un trattamento e/o una misura nella disponibilità del datore di lavoro, perché essa comunque incide oggettivamente sulla natura e sul grado del rischio, cosicché il datore di lavoro non può non tenerne conto in termini di valutazione dello stesso. Peraltro, poiché l'art. 29, comma 3, prevede che, a seguito della rielaborazione della valutazione del rischio, le misure di prevenzione debbono essere aggiornate, non potendosi imporre l'obbligo vaccinale per le ragioni già analizzate non si potrà in ogni caso non prevedere una diversa cadenza o, addirittura, la stessa attivazione della sorveglianza sanitaria.

Il secondo tassello, dunque, si rinviene nell'art. 41, comma 1, lett. *b*, del d.lgs. n. 81/2008 là dove si occupa della visita medica periodica per controllare lo stato di salute dei lavoratori ed esprimere il giudizio di idoneità alla mansione specifica, prevedendo che la periodicità di tali accertamenti, qualora non prevista dalla relativa normativa, sia stabilita, di norma, in una volta l'anno, potendo peraltro assumere cadenza diversa, stabilita dal medico competente in funzione della valutazione del rischio. Pertanto, essendo stata aggiornata la valutazione dei rischi, il medico competente dovrebbe modificare la cadenza per la visita periodica sottoponendo il prima possibile i lavoratori alla relativa visita. In tal senso soccorre l'art. 18, comma 1, lett. *g*, del d.lgs. n. 81/2008 in cui si afferma che il datore di lavoro invia i lavoratori a visita, ma sollecita anche il medico competente al rispetto dei propri obblighi, tra cui l'effettuazione della sorveglianza sanitaria⁹⁰.

E sarà in occasione di tale visita – ecco il terzo tassello – che il medico competente valuterà l'idoneità dei lavoratori alle proprie mansioni⁹¹ alla luce del fatto che si siano vaccinati o meno, potendo esprimere un giudizio di inidoneità (con quanto ne conseguirà *ex art.* 42) ove ritenga che, nonostante l'utilizzo degli

lavoro: nuovi rischi, vecchie regole?, in “WP C.S.D.L.E. ‘Massimo D'Antona’.IT – 413/2020”; V. FILI, *Diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 e nuova “questione sociale”*, in “Il lavoro nella giurisprudenza”, 2020, p. 332 ss.

⁸⁹ P. PASCUCCI, *Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro: novità e conferme*, cit., p. 134.

⁹⁰ Così anche R. GUARINIELLO, *Covid-19: l'azienda può obbligare i lavoratori*, cit.

⁹¹ Ma v. A. DE MATTEIS, *Art. 32 della Costituzione: diritti e doveri*, cit., pp. 11-12 secondo cui, essendo il Covid un “rischio ubiquo”, è arduo individuare categorie di lavoratori immuni dal rischio da contagio e misure conservative di ricollocazione in ambienti protetti.

altri dispositivi di protezione, il singolo lavoratore sia esposto (e/o esponga altri) ad un rischio eccessivo che sarebbe scongiurabile mediante la vaccinazione⁹².

In tal modo, senza operare alcuna forzatura per quanto concerne il rispetto dell'art. 32 Cost. e avvalendosi del giudizio tecnico espresso dal soggetto che la legge gli affianca per valutare l'idoneità dei lavoratori, il datore di lavoro potrà garantire la sicurezza dei lavoratori unitamente a quella dell'ambiente di lavoro, a maggior ragione ove questo sia frequentato anche da altri soggetti; e, ovviamente, sarebbe posto al riparo da eventuali contestazioni essendo stato supportato dal giudizio del medico. Un giudizio, quest'ultimo, oltretutto sindacabile in sede di impugnazione da parte di un organo terzo quale la commissione medica ai sensi dell'art. 42, comma 9, del d.lgs. n. 81/2008. In tal modo, si eviterebbe di affidare al soggettivismo datoriale un'iniziativa che, in quanto volta a tutelare l'interesse collettivo, pubblico e generale, non dovrebbe prestare il fianco a dubbi e incertezze.

È evidente che laddove il datore di lavoro non avesse la disponibilità di differenti mansioni, anche inferiori, si potrebbe persino giungere al licenziamento⁹³. Conseguenza che, tuttavia, allo stato è impedita dal divieto di licenziamento per ragioni oggettive legato all'emergenza epidemiologica, vigente su un piano generale⁹⁴, oltre che per i soggetti fragili *ex art.* 83, comma 3, del d.l. n. 34/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 77/2020. Al di là del fatto che tale norma possiede un campo applicativo limitato sotto il profilo soggettivo e non può essere certamente chiamata in causa per il caso in esame, è comunque interessante il legame che essa istituisce tra rischio da Covid-19, nomina del medico competente, sorveglianza sanitaria, inidoneità alla mansione e licenziamento, ciò

⁹² In questo senso, con vari accenti, anche P. ALBI, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit., pp. 2-3, S. BELLOMO, *Dibattito istantaneo su vaccini anti covid e rapporto di lavoro*, in <http://www.rivistalabor.it/>, 23 gennaio 2021, p. 2; F. FERRARO, *Dibattito istantaneo su vaccini anti covid e rapporto di lavoro*, in <http://www.rivistalabor.it/>, 10 febbraio 2021, p. 7 ss.; V.A. POSO, *Dibattito istantaneo su vaccini...*, cit., p. 6.

⁹³ Che potrebbe anche configurarsi come licenziamento per c.d. giusta causa "oggettiva", in tal senso v. F. FERRARO, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit., p. 10.

⁹⁴ Così E. GRAGNOLI, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit., p. 1. Qui emerge, per quanto contingente, anche il tema della possibile sospensione del rapporto di lavoro del lavoratore non vaccinato, non ricollocabile e al momento non licenziabile, e della retribuità o meno di tale sospensione (discorso che beninteso allo stato, atteso il calendario delle vaccinazioni, riguarda solo il personale sanitario e riguarderà nei prossimi mesi anche il personale scolastico. Peraltro, trattandosi in gran parte di dipendenti del settore pubblico, dovrà farsi riferimento ai meccanismi di mobilità ivi previsti). Per la non retribuità della sospensione in termini di eccezione di inadempimento, cfr. V.A. POSO, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit., p. 5. Stante la natura transitoria e inedita del problema, una soluzione ragionevole, di cui tuttavia non sfuggono le criticità, potrebbe essere quella di collocare il lavoratore in cassa integrazione c.d. Covid, considerato che l'inidoneità rappresenta comunque una situazione contingente e oggettiva legata alla pandemia e che sussiste una stretta connessione tra divieto di licenziamento e trattamenti di integrazione salariale emergenziale. In tal senso A. MARESCA, *Dibattito istantaneo su vaccini anti covid e rapporto di lavoro*, in <http://www.rivistalabor.it/>, 22 gennaio 2021, p. 4. *Contra* R. ROMEI, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit., p. 4; V.A. POSO, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit., p. 6. Più possibilisti R. PESSI, A. D. ZUMBO, *Dibattito istantaneo su vaccini anti covid e rapporto di lavoro*, in <http://www.rivistalabor.it/>, 23 gennaio 2021, p. 2 e E. GRAGNOLI, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit., p. 1.

rappresentando un interessante segnale sul ruolo della sorveglianza sanitaria come misura adeguata a gestire ipotesi di aggravamento del rischio da Covid-19⁹⁵.

Sotto altro profilo, va considerato che il dato della vaccinazione è un dato sensibile che può porre seri problemi in termini di tutela della *privacy*⁹⁶, considerato che, secondo l'opinione espressa recentemente dal Garante, il datore di lavoro non può accedere a simili informazioni⁹⁷. Quindi, anche in questo senso appare necessario l'intervento del medico competente.

9. Le ipotetiche criticità della ricostruzione proposta

È opportuno soffermarsi, infine, su alcune possibili criticità della ricostruzione avanzata che emergono nel quadro normativo vigente e che sono state sollevate nell'intenso dibattito dottrinale tuttora in corso.

9.1. I limiti all'operatività dell'obbligo di nomina del medico competente

Una prima criticità riguarda senz'altro le realtà produttive, per la verità sempre meno diffuse⁹⁸, in cui non è stato nominato il medico competente, non essendovi obbligo di sorveglianza sanitaria, qualora, beninteso, non sia stata

⁹⁵ Viene anche da chiedersi se sia possibile condizionare l'assunzione alla vaccinazione. Nella logica della sorveglianza sanitaria ciò parrebbe possibile perché rientrerebbe nel perimetro delle visite preassuntive di cui all'art. 41 del d.lgs. n. 81/2008.

⁹⁶ Già A. PERULLI, *Dibattito istantaneo su vaccini anti covid*, cit., p. 2, che fonda anche altrimenti l'inaccessibilità al dato da parte del datore di lavoro. *Contra* V.A. POSO, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit., p. 4, e Trib. Messina, ord. 12 dicembre 2020, cit.

⁹⁷ Cfr. *Vaccinazione dei dipendenti: le FAQ del Garante privacy. Principi generali e focus sugli operatori sanitari*, in <https://www.garanteprivacy.it/>, 17 febbraio 2021, su cui criticamente P. ICHINO, *Ancora la privacy contro la lotta alla pandemia*, Editoriale telegrafico nella Nwsl n. 538, 22 febbraio 2021, in <https://www.pietroichino.it/>. In generale, sul rapporto tra pandemia e *privacy* v. A.M. CAMPANALE, *Tra precauzione e prevenzione. Misure di sicurezza anti contagio e tutela della privacy*, in "Il lavoro nella giurisprudenza", 2020, p. 803 ss.; P. TULLINI, *Tutela della salute dei lavoratori e valutazione del rischio biologico*, cit. p. 345 ss.

⁹⁸ A fronte della crescente ampiezza dei rischi che richiedono la sorveglianza sanitaria si riducono le attività che non prevedono la nomina del medico competente. Cfr. le interessanti osservazioni della Consulta Iterassociativa Italiana per la Prevenzione (CIIP), *Prime note sulla vaccinazione anti Covid 19 per i lavoratori*, in <https://www.ciip-consulta.it/>, 12.2.2021, pp. 4-5, là dove, dopo aver ricordato che nel 2018 i medici competenti in Italia erano circa 5.000 e la sorveglianza sanitaria riguardava più di 15 milioni di lavoratori, si rileva come il legislatore potrebbe affidare «al medico competente anche la sorveglianza sanitaria a protezione sia del lavoratore che degli utenti e della comunità dalla COVID 19 dilatando le funzioni attribuite» al medico «dall'art. 41 del D.Lgs. 81/08, come avvenuto per il controllo dell'assunzione di alcol e di sostanze stupefacenti e psicotrope». Su quest'ultimo aspetto v. P. PASCUCCI, *Alcol e sicurezza sul lavoro. En attendant Godot?*, in questa Rivista, 2017, n. 2, I, p. 36 ss.

neppure attivata la sorveglianza sanitaria eccezionale ai sensi del citato art. 83 del d.l. n. 34/2020⁹⁹.

In questi casi, ferma restando, in generale, la possibilità (facoltà) per il datore di lavoro di nominare il medico competente anche quando non sia tenuto a farlo, la sorveglianza sanitaria pare divenire comunque necessaria (anche in assenza delle tradizionali attività per cui è obbligatoria) proprio perché – mancando l'obbligo di vaccinazione *ex lege* – qui verrebbe meno la normale dimensione indispensabile per rendere effettiva la tutela della salute e sicurezza, fondata sul binomio “precepto/sanzione”. D'altronde, c'è da chiedersi se, di fronte a rischi inediti ed ubiqui come il Covid-19, sia ancora realistica la prospettiva di una sorveglianza sanitaria limitata solo ad alcuni settori. Lo stretto legame tra sorveglianza sanitaria e valutazione del rischio è ben evidente in varie norme del d.lgs. n. 81/2008 (artt. 25, 28, 41¹⁰⁰) e, dunque, in funzione dell'aggiornamento della valutazione dei rischi, ben potrebbe emergere la necessità ovvero l'opportunità della nomina del medico onde attivare la sorveglianza sanitaria.

È evidente che, là dove il medico non sia presente in azienda e il datore di lavoro non lo nomini, la valutazione di idoneità alla mansione dovrebbe essere operata dallo stesso datore di lavoro, con tutti gli intuibili rischi e limiti del caso, in termini di responsabilità personali assunte e di eventuali illegittimità dei provvedimenti adottati, considerando anche l'assenza di competenze specifiche in materia da parte del datore di lavoro e di garanzie procedurali (invece assicurate dall'art. 41, del d.lgs. n. 81/2008), nonché l'inaccessibilità al dato della vaccinazione. Davvero non si comprende come, in assenza del medico competente, il datore di lavoro possa adeguatamente adempiere l'obbligo impostogli dall'art. 18, comma 1, lett. c, del d.lgs. n. 81/2008 di tenere conto, nell'affidare i compiti ai lavoratori, delle capacità e delle condizioni degli stessi *in rapporto alla loro salute e alla sicurezza*. E ci si dovrebbe chiedere se proprio quest'ultima norma non metta in crisi la tesi “tautologica” della necessaria nomina del medico competente solo a fronte della sorveglianza sanitaria. Del resto, così come è ormai del tutto irragionevole pensare ad una valutazione del rischio in assenza del medico competente¹⁰¹, appare altrettanto irrazionale pensare ad una valutazione di idoneità alla mansione in assenza della sorveglianza sanitaria, soprattutto nel momento in cui viene fronteggiato un rischio pandemico.

⁹⁹ Su cui cfr. C. LAZZARI, *La sorveglianza sanitaria eccezionale nel sistema aziendale di prevenzione*, in questa Rivista, 2020, n. 2, I, p. 11 ss.

¹⁰⁰ Nonché l'art. 39, comma 6, pur se in relazione alla possibilità di nominare più medici competenti ed un loro coordinatore.

¹⁰¹ Cfr. P. PASCUCCI, *Dopo il d.lgs. 81/2008: salute e sicurezza in un decennio di riforme del diritto del lavoro*, e C. LAZZARI, *I “consulenti” del datore di lavoro*, entrambi in P. PASCUCCI (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro a dieci anni dal d.lgs. n. 81/2008*, cit., rispettivamente p. 20 e p. 125.

9.2. *Il concetto di idoneità alla mansione specifica nel diritto della salute e sicurezza sul lavoro*

Una seconda, presunta, criticità riguarda la nozione, ovvero il concetto, di idoneità alla mansione specifica in materia di salute e sicurezza sul lavoro, vale a dire se essa possa anche discendere dal fatto che il lavoratore abbia provveduto a vaccinarsi o meno.

Nel dibattito in corso sono state avanzate molte perplessità al riguardo. Da un lato è stato osservato che sarebbe forzato far discendere l'inidoneità alla mansione da un «fatto che dipende dall'esclusiva volontà del lavoratore»¹⁰²; da un altro lato si è detto che tale inidoneità riguarda soltanto i «lavoratori affetti da patologie psico-fisiche che comportano una temporanea inidoneità parziale al lavoro»¹⁰³, risultando quindi estranea al tema della vaccinazione.

In relazione a questa seconda obiezione va considerato che l'idoneità alla mansione presa in considerazione dal d.lgs. n. 81/2008 non è legata solo ad uno stato di malattia o di inabilità. Invero, il riferimento che l'art. 42 del d.lgs. n. 81/2008 opera riguardo alla legge n. 68/1999 è meramente eventuale e non copre l'intero novero delle possibili inidoneità alla mansione, poiché vi possono essere casi di un soggetto perfettamente sano ma comunque inidoneo alla mansione, ad esempio per la concomitanza di fattori e/o condizioni personali (si pensi al genere o all'età). Lo stesso dicasi nel caso in cui un lavoratore non si sia sottoposto ad un determinato trattamento sanitario a prescindere dal fatto che sia obbligatorio o meno (si pensi all'antitetanica)¹⁰⁴. E di certo non si può dubitare del fatto che il vaccino, generando gli anticorpi e conseguentemente immunizzando la persona, non determini anche un mutamento che riguarda le condizioni fisiche del singolo lavoratore, innalzandone le difese contro gli agenti biologici esterni.

Per questo, venendo alla prima obiezione, la circostanza che la mancata vaccinazione discenda da una scelta volontaria del lavoratore non pare avere rilievo determinante in tema di idoneità alla mansione¹⁰⁵, poiché ciò che rileva a tali fini è il dato oggettivo della non immunizzazione, senza che possa venire in considerazione l'origine di tale condizione fattuale (così, adducendo un esempio estremo, nessuno può dubitare del fatto che un lavoratore mutilato sia inidoneo a determinate mansioni, per quanto all'origine della propria condizione fisica vi sia stato un atto di automutilazione).

¹⁰² L. DE ANGELIS, *Ragionando a caldo su vaccinazioni*, cit., p. 7.

¹⁰³ A. MARESCA, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit., p. 4.

¹⁰⁴ Ciò che cambia in tal caso è che l'obbligo diviene esigibile e disciplinarmente sanzionabile, fermo restando che ciò non toglie che l'assenza del trattamento sanitario renda quel lavoratore oggettivamente inidoneo alla mansione poiché quella mansione lo esporrebbe ad un rischio intollerabile di contrazione di una malattia.

¹⁰⁵ La volontarietà della scelta potrebbe avere astrattamente rilevanza in termini soggettivi, ovvero disciplinari. Ma, come detto, tale valutazione è preclusa dal fatto che non esiste un obbligo di vaccinazione imposto *ex lege*.

Allo stesso modo e per le medesime ragioni, l'inedoneità alla mansione specifica, a differenza di quello che è stato recentemente affermato in una prima pronuncia giurisprudenziale sul tema¹⁰⁶, prescinde anche dall'obbligatorietà o meno di una determinata misura o trattamento (in questo caso il vaccino). Infatti, il giudizio di idoneità cui fa riferimento il d.lgs. n. 81/2008 è legato al livello di rischio, vale a dire al fatto per cui un lavoratore non è idoneo ad una determinata mansione quando quella specifica mansione lo espone ad un rischio non tollerabile o comunque eccessivo, e non altrimenti eliminabile. Ed è evidente che il differente grado di esposizione al rischio tra vaccinato e non vaccinato¹⁰⁷ fa sì che il primo possa essere idoneo a svolgere determinate mansioni che aggravano particolarmente il rischio da Covid (come quelle che espongono il lavoratore al contatto con il pubblico o che implicano un intenso contatto sociale), laddove il secondo potrebbe non esserlo. E sarebbe – oltre che una buona norma di cautela – anche un vero e proprio obbligo da parte del datore di lavoro adibirlo a diverse mansioni che non implicano quel contatto sociale intenso e che, quindi, lo espongono ad un rischio minore che possa essere contrastato mediante diversi dispositivi di protezione.

Occorre altresì rilevare che l'art. 41 del d.lgs. n. 81/2008 parla di idoneità alla mansione “specificata” e che tale specificità va intesa non solo con riferimento alle caratteristiche intrinseche dei compiti affidati, ma anche come specificità del contesto organizzativo in cui quella determinata mansione viene espletata¹⁰⁸. Cosicché un lavoratore non vaccinato potrebbe essere idoneo a prestare una determinata mansione in un contesto organizzativo in cui non vi sono particolari contatti con terzi e colleghi, mentre potrebbe non esserlo nell'ambito di una diversa organizzazione produttiva in cui l'esposizione al contagio è più sensibile.

Da queste considerazioni discende che la valutazione compiuta dal medico competente non è una valutazione astratta o meramente documentale poiché il medico, nell'esprimere il proprio giudizio, dovrà tener conto, caso per caso, non solo del dato della vaccinazione, bensì di tre fattori concomitanti: la vaccinazione o meno del lavoratore; il contenuto e le modalità di svolgimento delle mansioni; lo stato di salute, l'età ed altri fattori di rischio del soggetto interessato. La valutazione compiuta è dunque una valutazione caso per caso e non oggettivata ed è comunque espressione di un giudizio tecnico medico, reso all'esito di una visita che consentirà di verificare, di volta in volta, il grado di pericolosità della singola e specifica

¹⁰⁶ Trib. Messina, ord. 12 dicembre 2020. Per un commento L. TASCHINI, *Il vaccino anti Covid nel rapporto di lavoro. Riflessioni a partire dall'ordinanza cautelare del Giudice del lavoro di Messina*, in <https://www.giustiziainsieme.it/>.

¹⁰⁷ In tal senso S. BELLOMO, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit., p. 1.

¹⁰⁸ Cfr. R. PESSI, A. D. ZUMBO, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit., p. 1. Così anche A. PERULLI, *Dibattito istantaneo su vaccini anti covid*, cit., p. 2, il quale però esclude l'inedoneità alla mansione.

mansione, in un determinato contesto produttivo, in relazione a quel singolo soggetto.

È bene precisare che la ricostruzione avanzata non renderebbe la somministrazione del vaccino indirettamente obbligatoria, ma la farebbe assurgere al più al rango di onere¹⁰⁹, poiché il lavoratore resterebbe sempre libero di accedere o meno al vaccino. Tuttavia, in caso di mancata vaccinazione potrebbero determinarsi conseguenze sul rapporto di lavoro, sino all'adibizione a diverse mansioni e, ove queste non fossero disponibili, anche al licenziamento per motivo oggettivo, il tutto però mediato dalle garanzie di cui all'art. 41 (giudizio di un soggetto terzo tecnicamente competente, ossia il medico, possibilità di chiedere una verifica del giudizio presso la commissione medica provinciale). In altri termini, il lavoratore che non scelga di fare il vaccino potrebbe andare incontro ad un giudizio di inidoneità da parte del medico competente, proprio perché le sue condizioni fisiche di soggetto non immune sono diverse rispetto a quelle di un collega vaccinato.

9.3. Sulla presunta temporaneità dell'inidoneità alla mansione

È stata avanzata in dottrina l'obiezione che l'inidoneità alla mansione sarebbe in questo caso soltanto temporanea e non permanente¹¹⁰ e dunque essa non potrebbe condurre al licenziamento, ma solo ad una sospensione del rapporto di lavoro¹¹¹.

A ben vedere, però, l'inidoneità, dipendendo da una scelta del lavoratore di sottoporsi o meno alla vaccinazione, non è delimitata con certezza nella sua durata temporale¹¹².

Pertanto, in relazione ad essa il medico competente non potrà precisare «i limiti temporali di validità» (come richiede, invece, il comma 7 dell'art. 41 del d.lgs. n. 81/2008), sicché tale inidoneità, seppure astrattamente temporanea, si atteggia di fatto come una inidoneità a tempo indeterminato, potendo come tale condurre, salvo improvvisi ripensamenti da parte del lavoratore, alle conseguenze di cui all'art. 42 del d.lgs. n. 81/2008, compreso in ultima analisi il licenziamento.

¹⁰⁹ In questo senso C. CESTER, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit., p. 2 e ss.

¹¹⁰ In particolare, F. SCARPELLI, *Rifiuto del vaccino e licenziamento*, cit.

¹¹¹ La prospettiva della sospensione del rapporto di lavoro in termini civilistici è fatta propria da O. MAZZOTTA, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit., p. 5, mentre quella dell'impossibilità oggettiva della prestazione è sostenuta da A. MARESCA, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit., p. 3. Tali ricostruzioni, tutte giocate sul fronte civilistico, non paiono tener conto della disciplina speciale dettata in materia di salute e sicurezza e condensata nelle norme del d.lgs. n. 81/2008.

¹¹² Ancora P. ALBI, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit., p. 3, che evidenzia il rischio della durata significativa della sospensione del rapporto.

10. Conclusioni

Fermo restando che il discorso giuridico deve essere necessariamente scevro da condizionamenti ideologici, oltre che da convinzioni personali o veri e propri pregiudizi¹¹³, purtuttavia esso non può non tener conto degli interessi coinvolti, ovvero del dato materiale cui si pretende di imporre una regola.

E la continua osmosi tra il diritto e la realtà sottesa, in costante movimento, è tanto più necessaria, quanto più si affrontino problemi nuovi, all'interno di una fase di vorticosa transizione come quella attuale, in cui mutano profondamente tutti i paradigmi.

D'altronde, quella di recuperare la dimensione storica e sociale del diritto è una imprescindibile opzione metodologica poiché «mai lo Stato» o le sue leggi sarebbero capaci «di esprimere tutta la complessità e la ricchezza della società» ed è sempre forte il rischio che l'interpretazione giuridica si «estranee» da quelle «forze vitali circolanti nell'esperienza, forze in continuo divenire e pertanto insofferenti a qualsivoglia immobilizzazione»¹¹⁴.

Qualsiasi ragionamento sul tema della vaccinazione non può dunque ignorare cosa ha rappresentato la pandemia per il mondo intero e quali sono state e sono ancora le terribili conseguenze umane ed economiche che ha determinato.

Di fronte ad uno scenario così catastrofico, tutti devono sentirsi responsabili e parti di uno sforzo comune, pur mantenendo fermi gli imprescindibili principi dell'ordinamento.

In questo scenario, un intervento legislativo volto ad obbligare a vaccinarsi (tutta la popolazione o alcune categorie) – auspicato pressoché da tutti nel dibattito – costituirebbe l'unica ragionevole soluzione del problema in quanto solo così si potrebbe restituire razionalità al sistema ed alla dinamica che promana sia dall'art. 2087 c.c. sia dal d.lgs. n. 81/2008. Infatti, tutte le soluzioni che si propongono, in mancanza della legge *ad hoc*, rischiano di rivelarsi per vari aspetti inappaganti sotto diversi profili.

A fronte delle tante incertezze, la soluzione qui adombrata intende tener conto dei vari interessi in gioco in una logica di ponderazione e contemperamento, prendendo in considerazione i dati che offre il diritto vigente. D'altronde, dato che ad oggi non vi è stato ancora l'auspicato contemperamento da parte del legislatore¹¹⁵ attraverso la via maestra dell'intervento legislativo esplicito richiesto dall'art. 32 Cost., non si può che attingere alla “ponderazione” degli interessi

¹¹³ O. MAZZOTTA, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit., p. 1.

¹¹⁴ P. GROSSI, *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodologico*, in “Quaderni Fiorentini”, 2003, n. 32, p. 25 e ss., le due citazioni nel testo rispettivamente a p. 26 e p. 35.

¹¹⁵ Si è sottolineata da più parti la “latitanza” del legislatore, cfr. R. PESSI, A. D. ZUMBO, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit., p. 3, O. MAZZOTTA, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit., p. 5, ma anche V.A. POSO, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit., p. 2 e ss.

presente nella disciplina prevenzionistica attualmente vigente, la quale, attraverso la logica della valutazione e dell'eliminazione del rischio alla fonte e della procedimentalizzazione degli obblighi di sicurezza, pare in grado di offrire alcune interessanti soluzioni.

Al di là della condivisibilità di tali soluzioni, il delicato tema della vaccinazione offre comunque lo spunto per affrontare questioni che da tempo agitano il diritto della salute e sicurezza e tuttora irrisolte, tra cui, in particolare, quella della presunta mancata generalizzazione della misura della sorveglianza sanitaria, apparsa tanto più anacronistica proprio con l'esplosione dell'emergenza pandemica.

Abstract

Con riferimento alla pandemia da Covid-19, il saggio analizza le complesse problematiche connesse alla sussistenza di un obbligo del datore di lavoro di chiedere ai lavoratori di vaccinarsi e correlativamente di questi ultimi di sottoporsi alla vaccinazione. L'analisi prende le mosse dalla previsione dell'art. 32 della Costituzione, che consente di prevedere l'obbligatorietà di un determinato trattamento sanitario – come è sicuramente la vaccinazione – solo in base ad una disposizione di legge statale, e mira a verificare se, pur in assenza di una specifica legge in tal senso, l'obbligo di vaccinazione sia desumibile da altre norme dell'ordinamento del lavoro come l'art. 2087 del codice civile e l'art. 279 del d.lgs. n. 81/2008, formulando anche una proposta interpretativa in merito alle possibili conseguenze della mancata vaccinazione con riferimento al sistema di sorveglianza sanitaria aziendale.

With reference to the Covid-19 pandemic, the essay analyzes the complex problems associated with the existence of an obligation on the part of the employer to ask workers to be vaccinated and, correspondingly, the latter to undergo vaccination. The analysis starts from the provision of art. 32 of the Constitution, which makes it possible to foresee the mandatory nature of a specific health treatment - as vaccination certainly is - only on the basis of a provision of state law, and aims to verify whether, even in the absence of a specific law to that effect, the vaccination obligation can be deduced from other labor regulations such as art. 2087 of the civil code and art. 279 of the legislative decree n. 81/2008, also formulating an interpretative proposal regarding the possible consequences of failure to vaccinate with reference to the company health surveillance system.

Parole chiave

Pandemia, vaccino, salute, sicurezza, sorveglianza sanitaria

Keywords

Pandemic, vaccine, health, safety, health surveillance



The role of the state in achieving compliance with occupational safety and health requirements: Some lessons from the British regulatory response in the time of Covid-19**

by David Walters*

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Covid-19 and workplace exposures in the UK. – 3. The administration of the state response to Covid-19 at work. – 4. Understanding failure. – 4.1. The origins and development of the regulatory framework for OSH in the UK. – 4.2. Diminishing regulatory capacity. – 4.3. Compliance and the political economy. One step forward, two steps back. – 5. Conclusions. Unacceptable workplace risks and an uncertain future.

1. *Introduction*

The history of regulatory actions on occupational and environmental safety and health has many examples of how disasters have led to the introduction of stronger measures, or even to the rethinking and replacement of a longstanding approach with a new one, in the light of the experience of catastrophic failure. It is an unfortunate condition of human society that it often requires catastrophes for political will to elicit significant change. The spread of the pandemic caused by the coronavirus means that 2020 will be remembered for such a catastrophe. Whether it is remembered for stimulating radical changes in approaches to regulating occupational safety and health (OSH) remains to be seen. Media and government concerns with the impact of the virus on the economy during the past year demonstrate little to suggest this will be so. Yet, reportage shows clearly that the impact of the pandemic on the experience of work-related risks has been substantial. Failure to ensure proper compliance with regulatory standards by those whose responsibility it is to manage these risks is plain to see.

This account seeks to understand the systemic reasons that help explain the absence of significant state action to remedy this regulatory failure. Using the experience of the UK as a case study, it explores what the crisis brought about by the pandemic says about the effectiveness of current approaches to regulating OSH

* David Walters è Professore emerito di Work Environment, School of Social Sciences, e direttore del Cardiff Work Environment Research Centre (CWERC). WaltersD@cardiff.ac.uk

** Il saggio è stato preventivamente assoggettato alla procedura di referaggio prevista dalle regole editoriali della Rivista.

and the protections they offer to workers. In particular, it seeks to understand the political economy of regulating OSH and support for securing compliance and achieving best practice on OSH for workers in the UK at the present time.

It addresses three related areas. First, it briefly recounts the current challenge of workplace exposures to the severe acute respiratory syndrome coronavirus 2 (SARS-CoV-2), known as Covid-19. It demonstrates that they are primarily the consequence of a combination of change in the structure, organisation and control of work and the labour market that has taken place over several decades of globalisation of the British economy and which are responsible for the risk profile of a range of hazards, not only those of exposure SARS-CoV-2 virus. Second, it explores the idea that these changes have been part of the political and economic project undertaken by the British state and orchestrated by successive governments since the late 1970s. In parallel with them and in accordance with the precepts of the neo-liberalism driving them, has been a substantial withdrawal of the state from its former resourcing and regulatory roles in support of OSH. While this has been part of a generic shift in the political economy, with wider and arguably even more serious effects felt across a whole swathe of social and economic life — effects which for example, have undermined the capacity of the health system to cope with the current pandemic — it also impacted on the third area on which this paper focuses. This concerns the development of British regulatory institutions, policies and strategies over the last several decades. The reform of OSH regulation, heralded by recommendations based on perceived limitations of the system in place in the UK up to the early 1970s, was already underway in the UK before its government embraced the radical neoliberalism of the Thatcher period. These reforms of the mid-1970s included a reoriented regulatory framework for OSH, with new regulatory measures, and a remodelled regulatory agency with responsibility for monitoring and enforcing compliance, along with institutions and procedures aimed at supporting the engagement of both employers' and workers' organisations with the regulatory governance of OSH in the UK. However, the paper argues that subsequent decades of further free-market orientated governance influenced subtle shifts in the trajectory of the reforms in UK policies, and the social norms and expectations concerning them, in directions that were neither imagined nor intended by their original architects. Current failures of the state to deal effectively with protecting workers from harmful exposure to Covid-19 are among the inevitable results of this influence.

2. Covid-19 and workplace exposures in the UK

The first cases of illness caused by SARS-CoV-2 were reported in the UK at the end of January 2020. Lockdown measures were eventually put in place on 23 March 2020. The delay in their introduction is now widely acknowledged to have contributed to the UK experiencing one of the largest epidemics of any country at

this stage of the pandemic, when judged both by cases per head of population and mortality per case of infection.¹ By early May, at more than 30,000, the death toll from the virus in the UK was Europe's largest. However, by this time, daily reports of cases had started to decline. During the summer months infection rates remained relatively low, lockdown measures were gradually, but not uniformly, eased and the Government published its plans for 'economic recovery'. But there was worse still to come. As schools, colleges, shops, bars and restaurants reopened and people returned to their places of work, a second phase of the pandemic was underway.

There were numerous local 'hotspots' of increasing infection rates during the summer, a trend which continued and became more pronounced in the autumn. The state initially adopted more selective means to address them with a host of geographically, or time limited, partial lockdown measures being introduced. Results were disappointing and resurgence of Covid-19 became increasingly apparent. By the end of October, the devolved national authorities of England, Wales Scotland and Northern Ireland were once again introducing national lockdown measures of one sort or another, with guidance on working safely and on risk management measures to help protect those whose work could not be done from home. By early November, the UK became the first European country to report more than 50,000 deaths. In December, amid further tightening of efforts to reduce the mounting toll of the disease, including the announcement of the release of the first vaccines, a new variant of the virus was reported and estimated to be 36%–75% more transmissible than wild-type SARS-CoV-2. It spread quickly and by mid-December it had been correlated with the further significant increase in infections country-wide, leading to more stringent lockdown measures. By the New Year, the UK was facing a long period of continued lockdown as infections continued to escalate. On 26 January 2021 the Prime Minister announced on that, since the start of the pandemic, over 100,000 people had died within 28 days of testing positive for Covid-19. Nevertheless, throughout this period substantial numbers of workers have continued to go to work.

The way in which the pandemic has been addressed by the British state has been a source of widespread criticism. Concerns have been expressed over the slow reactions of governance, over failures of its 'too little and too late' strategies to stem the rising tide of Covid-19 cases, over the frequent policy reversals and consequent confusions that have characterised its actions from the onset of the pandemic in February/March 2020. All of this is well documented and its details will not be repeated here.² The focus of this paper concerns exposure and

¹ Johns Hopkins University. COVID-19 map. Johns Hopkins Coronavirus Resource Centre. July 28, 2020. <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>

² See for example House of Lords Public Services Committee. A critical juncture for public services: lessons from covid-19. 13 November 2020. <https://committees.parliament.uk/committee/430/public-services-committee/publications>. Also, Cowper, 2020; Watterson, 2020.

transmission at the workplace. Here, the actions of the state have hardly been those of rigorous oversight to ensure compliance with regulatory standards on OSH in the face of the pandemic. As documented in subsequent sections, the result has been that, throughout the pandemic, many workplaces have been significant sites of transmission of infection.

3. The administration of the state response to Covid-19 at work

As an executive agency of Government responsible for Health and Social Care, Public Health England was the lead authority orchestrating the measures to address the pandemic in England for most of 2020. In an effort to further improve the state's response to Covid-19, in August 2020 it combined with NHS Test and Trace to form the National Institute for Health Protection. These are public health bodies, not those concerned with the administration of regulatory requirements for occupational safety and health.³ The primary responsibility for administering occupational safety and health requirements for the whole of the UK continues to be that of the Health and Safety Executive (HSE), an agency of the state situated in the Department for Work and Pensions, the part of the civil administration of UK governance that addresses employment affairs, social security and pensions, rather than that which is concerned with health care and services. The administration of these responsibilities in the case of so-called 'low risk' premises is further delegated to the environmental health departments of local authorities, although the HSE retains overall responsibility and control of national strategies concerning OSH.

In trying to deal with Covid-19, the primary concern of governance in the UK has been to find an acceptable balance between introducing measures to contain the spread of infection while at the same time limiting the damage thus caused to the economy as far as possible (Freedman 2020). A further concern has been to ensure that the resources of the health service are not overwhelmed by the need to treat large numbers of serious cases at any one time (Colbourn 2020). In all these respects the UK Government was not fundamentally different in its aspirations from other governments in advanced market economies. On workplace exposures, however, from the outset those 'essential workers', such as health and social care staff, who were obliged to continue working after the first 'lockdown measures' were introduced, were repeatedly reported to be confronting situations in which their health and safety needs were not met. Yet there was little indication that the HSE was especially concerned about this, regardless of whether it was a

³ In the UK, State responsibilities for public health are devolved to Scotland, Wales and Northern Ireland, but each has an equivalent body for public health to that in England. These bodies have led on Covid-19 in ways similar to their counterpart in England, although their degree of autonomy over the governance of public health has meant slightly different measures have been in place in Scotland, Wales and Northern Ireland to those in England.

question of the inadequacy or limited availability of personal protective equipment, or of poor risk management measures (Watterson 2020), or even the means and extent of reporting of Covid-19 cases (Agius 2020; Agius et al 2020). During this time, exhortations of government and guidance from the regulator mainly emphasised behavioural strategies aimed at individuals' personal responsibilities for 'staying safe', rather than the organisational arrangements to ensure it, that were the legal responsibilities of their employers to deliver. Enforcement action was almost non-existent. In July 2020 HSE admitted:

“There has been no instance of a factory closing following an outbreak because of action taken by HSE” (Hazards 150).

Publication of written guidance produced or co-produced by HSE from May 2020 onwards, while including risk assessment and risk management measures and encouraging employers to 'talk to their workers' about their Covid-19 arrangements, remained largely couched in behavioural safety terms (HSE 2020 a and b.) It ignored existing regulatory requirements on consultation in good time with trade union appointed health and safety representatives, or any suggestion that employers might make some positive use of the 100,000 or so such representatives appointed under these regulations. Indeed, in none of the documents produced or co-produced by HSE are there details of employers' legal responsibilities to their workers, or of their workers' legal rights (James (Ed.) 2021).

In this respect too, the official guidance has the same orientation of that of the extensive media coverage of the pandemic, which has concerned individuals 'taking care of themselves' in the face of workplace risks in relation to Covid-19. Notably, its key messages bear little relation to what has been widely accepted as good practice on OSH management for more than 50 years. Thus, notions of a hierarchy of control,⁴ seem to have been reversed and focused on what good OSH practice would normally regard as last resort strategies — workers' behaviour and personal protection. Even here, there has been confusion over just how much protection different forms of personal protective equipment actually provided. Part of the explanation for this strange reversal was that the orchestration of the state's response was undertaken by public health authorities with little experience of occupational safety and health but with a strong tradition of deploying strategies of health promotion aimed at changing personal behaviour. It might have been

⁴ For example, the US National Institute for Occupational Safety and Health (NIOSH) indicates an inverted pyramid of priorities placing elimination first and most effective, followed by substitution, engineering, and administrative controls and ending with personal protection and behavioural strategies in a descending order of effectiveness (<https://www.cdc.gov/niosh/topics/hierarchy/default.html#date>), a hierarchy that has been widely accepted among the OSH professionals for decades. In the UK as cases of Covid-19 increased, the safety practitioners' body, the Institute of Occupational Safety and Health (IOSH), along with public figures in Occupational Medicine, all issued reminders concerning these elements of good preventive practice (<https://iosh.com/media/7811/iosh-risk-assessment-guide.pdf>).

easily corrected in the official guidance if the regulator responsible for OSH had itself been seriously engaged. But as already indicated, from the early days of the pandemic, contributions to the discourse from the responsible body – the HSE – were conspicuous by their absence.

This continued to be so, even when it became obvious that the workplace was a significant source of infection affecting many workers, and not only those health and social care workers who were dealing directly with the victims of the disease. During the first phase of the pandemic, evidence mounted that other workers in essential occupations, in transport, in food production and distribution, in education and so on, were also becoming sick at an alarming rate and were passing their infection on to their families and social contacts outside work. For those who cared to listen, trade unions and other groups concerned with the health and safety of workers in the UK provided a welter of examples of these exposures and their consequences.⁵ This has been even more the case during the second phase, as the occurrence of workplace-related outbreaks were increasingly reported in the media. There have been clear opportunities here — indeed there were arguably statutory responsibilities — for the regulator to intervene to demand good OSH practices, and to ensure there were legal consequences for duty holders who failed to follow them. However, when it finally did engage with these issues, the pronouncements of the HSE did little more than endorse the previous statements from the Covid-19 lead bodies concerning workers' behaviour and the adequacy of respiratory protection (see James (Ed.) 2021). According to the *Observer*, a respected national newspaper:

“Health and Safety Executive (HSE) inspectors have not issued any enforcement notices on companies for Covid safety breaches since the start of the latest lockdown, despite having been contacted 2,945 times between 6 and 14 January about safety issues. Just 0.1% of about 97,000 Covid safety cases it has dealt with during the pandemic appear to have resulted in the issuing of an improvement or prohibition notice. No company has been prosecuted for a Covid-related breach.”⁶

This was in January 2021. Questions therefore arise on how to explain the behaviour of a national OSH regulator, once renowned and respected as the first in the world, whose practice and ethos has been considered an exemplary model

⁵ The TUC for example, issues a weekly (sometimes more even more frequently) bulletin – Risks – which reviewed the workplace effects of the virus and provided a sustained and detailed commentary on its development during 2020. Individual unions organising in a host of different sectors where workers were exposed also regularly published accounts of these exposures and their consequences. The Hazards campaign bulletins: Hazards, provides a further rich source of material charting workers' struggles and state failures in the face of Covid-19.

⁶ See ‘Staff pressured to go back to work in breach of Covid rules, The Observer 16 Jan 2021 at: <https://www.theguardian.com/world/2021/jan/16/staff-pressured-back-to-work-breach-of-uk-covid-rules>.

of regulatory inspection of OSH for most of its existence. Why has it failed to command a significant profile in the enforcement of OSH regulation at such a critical time?

The argument of this paper is that the answers to these questions can be found in the effects of a fundamental shift within the political economy, in which strategies of governance on the part of the state have, over several decades, facilitated the emergence of a very different operational practice within the regulatory framework for OSH to that intended by its architects. It is necessary to dig a little deeper into the developments in OSH regulation and their contexts over the past several decades in order to understand both: why the protection of workers' safety and health now stands at some distance from what was intended for it when the outlines of the present system were first articulated; and why the HSE's limited role in controlling the work-related spread of Covid-19 is not just an isolated aberration, but symptomatic of a much deeper malaise in British public administration.

4. Understanding failure

It is important to appreciate the context in which the origins and development of the present regulatory system for OSH occurred in the UK, to account for the diminishing resources provided for its operation over recent decades and to examine how this system has been especially vulnerable to political manipulation. The following subsections consider each of these in turn.

4.1. The origins and development of the regulatory framework for OSH in the UK

Regulatory scholars acknowledge that a major transition took place in regulatory policies on OSH globally, beginning around the start of the last quarter of the 20th century (and possibly sometime earlier in some Scandinavian countries). It resulted from concerns over the continued appropriateness of previous approaches to regulating OSH which, in some cases, had not changed fundamentally since their origins over a century previously. The UK was in the vanguard of this change. The 1970s saw a significant recasting of the British approach to regulating OSH. Changes were heralded by the findings of the Committee of Inquiry into Safety and Health at Work, chaired by Lord Alfred Robens, in 1972 (Robens 1972). Its Report recommended an overhaul and replacement of the prescriptive features of OSH regulation which had developed piecemeal over the previous century or more, with an approach focused more on the principles and processes of OSH compliance, in which it was argued that, although employers remained the main duty-holders with responsibilities for OSH, they shared a common interest in participating together with workers and their

representatives, to manage the improvement of OSH outcomes. As was already the case in Nordic countries, from which some of the Robens' philosophy was borrowed, notions of participatory management were central to the Committee's recommendations.⁷ At the same time, the then quite powerful trade union movement in the UK was pressing for the introduction of regulatory provisions to give consultation rights to trade union workplace representatives on OSH matters.

These ideas were combined in the Health and Safety at Work (HSW) Act 1974, an enabling Act which replaced the existing prescriptive system. The statute provided the framework for such participatory, principle and process-based approaches and at the same time extended coverage to many work situations that had not been covered under previous legislative regimes. Principles and processes were outlined in this parent Act — while detailed means of their delivery were introduced in Regulations made under it. These were added in the following years, such as for example, the Control of Lead at Work Regulations 1980; the Control of Asbestos at Work Regulations 1987; the Control of Substances Hazardous to Health Regulations 1988; the Noise at Work Regulations 1989 and so on, gradually replacing prescriptive requirements found in older statutes and regulations. Reform of the institutions charged with governance, monitoring and enforcing compliance with regulatory measures on OSH was also addressed by the same statute. The HSE was created, essentially through amalgamating a number of previously separate regulatory inspectorates and support services into a single organisation, equipping its inspectors with a wider range of powers and at the same time creating a tripartite structure for its governance in the form of the Health and Safety Commission.

In the EU, a decade later, the same ideas were combined with those on competent and participative workplace risk assessment to form the pillars of regulatory policy on OSH found in the Framework Directive 89/391 — and transcribed in the UK by the Management of Safety and Health Regulations 1992 and others, under the HSW Act 1974, and continuing in place to the present time. They were also widely adopted in regulatory reforms of other advanced market economies such as in Canada, Australia and New Zealand and were the template for global OSH standards such as those of ILO Conventions.

The introduction of this framework in the UK took place some 50 years ago. The recommendations on which it was based had emerged from a review of previous practices and were founded on assumptions about the underpinning support for OSH that existed at the time of the review in a mixed economy largely based on Keynesian principles. Among other things, these included relatively full and stable employment, with more than half of those employed belonging to trade unions, an economy dominated by manufacturing, heavy industry and coal mining;

⁷ Although the recommendations of the Robens report largely reflected strategies that can be found in the written evidence it received from the then Department of Employment and was very much regarded as a response to a British situation, the Committee made several visits overseas, to the US, Canada, Germany and Sweden.

and a system of tripartitism in the administration of public and economic affairs which involved substantial representation of labour alongside that of employers and the state in its structures of governance and consultation.

However, measures to deliver the new approaches were introduced and operationalised during a period of radical change in the structure and organisation of British society and its economy. These changes, as has been well-documented, were so fundamental that assumptions which could understandably have been made concerning institutional infrastructures of support for OSH when the recommendations for legislative reforms were made, would be entirely redundant within ten years (see for example, Walters and Wadsworth 2014; Walters et al 2011 for a more detailed discussion).

During this time, market orientated neo-liberal political and economic governance increasingly prevailed globally. This initiated a globalised process of unprecedented change — in the structure, organisation and control of work and in the role of the state in regulating the behaviour of employers, their business and the markets in which they operate. The UK, along with the US, was in the forefront of this change and the policies behind it were further influential among the societal and political determinants that helped to transform cultural and social norms as well as social organisation over the same period. These latter changes have continued under a succession of UK governments, in keeping with their wider neo-liberal political and economic aims. Alterations in public values thus brought about, along with changes also implemented in local governance, have further helped to mute resistance to the market orientated strategies of national governance (Almond and Esbester 2019). Indeed, even global economic crises such as that experienced in 2008, failed to alter their broad trajectory. Thus, allowing the orchestration of an increasing withdrawal of state resourcing from its responsibilities for health, social care, education and so on, and its replacement with marketized and generally private alternatives. As Almond (2015) has described, at the same time, successive governments in the UK manipulated public acquiescence to these changes to seek even further withdrawal from their previously held regulatory functions in many of these areas, progressively deregulating them and cutting state funding in accordance with their political and economic precepts. A progressive reduction of funding for institutions such as the HSE and for local authorities, as detailed in the following section, were a small part of the reduced public spending thus sanctioned, as was the withering representation of labour in their administrative structures.

Such political and economic contexts, therefore, had their own powerful influences on the ways in which regulatory changes were operationalised during this period and on the results achieved. Moreover, the trajectory of change over this time was further influenced by the shifting balance of power between labour and business, where partly as a consequence of drivers in the wider political economy, as well as the structural changes in employment they occasioned, the fortunes of organised labour fell dramatically, while the confidence and power of

capital grew proportionally stronger. Some fifty years ago, as previously noted, when harbingers of the regulatory reform on safety and health at work were originally aired, the membership of trade unions was at a record high and organised labour was a strong presence in the institutions of governance and management of OSH at global, national, sector and enterprise levels. It was largely as a result of the power this conferred on unions that they were able to campaign successfully for a form of participation on OSH in which they were embedded, not only through tripartite arrangements for the governance of OSH at national and sector levels, but also at workplace level, with rights for recognised trade unions under the Safety Representatives and Safety Committees (SRSC) Regulations 1977, enabling trade unions to appoint health and safety representatives in workplaces where unions were recognised (Walters 2006). Nowadays, union membership and density is a fraction of its former strength and its presence and influence in the institutions of governance of OSH is also substantially reduced, as is the membership and recognition of unions at workplace level and the presence and power of safety representatives in these workplaces. Nor has the void this has created in the representation of workers' collective interests been replaced with any significant alternative voice for labour (Walters and Wadsworth 2019).

4.2. Diminishing regulatory capacity

Returning to the question of regulatory capacity — which the 1970s reforms were intended to enhance — the previous section identifies several inter-related factors which have together played an important role in determining that this has not in fact occurred. But the most obvious brake on this trajectory has been the reducing resources of regulatory institutions. In the UK, for several decades, both the HSE and environmental health departments of local authorities have been subjected to repeated rounds of cuts to the resources allocated to them by the state. In the case of the HSE, at the time of its creation in the 1970s, not only did it consist of a number of different regulatory inspectorates, but it also embraced a large part of the public research and information infrastructure for OSH in the UK. Since that time, its capacity for undertaking both its own research, as well as for commissioning research from other sources, has all but disappeared. While its field inspectorate, which was already diminishing in numbers as a result of reduced resourcing from the beginning of the millennium, has been subject to continuing cuts, as is already well-documented (see for example James and Walters 2005; Tombs and Whyte 2007; 2013; Whyte 2020). In October 2010 the government announced, as part of the Comprehensive Spending Review, that the HSE was required to achieve savings of at least 35% over the review period, a requirement which meant a cut in government funding of around £80 million by 2014/15 relative to its 2010 budget. More cuts were subsequently announced that increased the percentage of savings required to 40%. This process of reduction has

continued. For example, it was noted in a March 2020 evidence session held by the Parliamentary Work and Pensions Select Committee that the HSE's budget had fallen in real terms by 14% since 2013/14.⁸ As a result, while in April 2004 there were 1483 'Front-line inspectors' in HSE, by the same date in 2015 this had fallen by 34% to under 1000. There are slight differences in estimates of these numbers caused by what is considered to represent 'front line staff', but there is no doubt about the decline.⁹ Using HSE's own data, for example, from its annual reports for 2009/10 and 2018/19, total FTE staffing is shown to have fallen from 3702 in 2010 to 2426 in 2019, a decline of slightly over a third. In parallel to the decline in field inspectors, further huge cuts in the already much reduced HSE budget for research and other OSH support services also occurred over this period. It is in this context that a much-publicised boost to HSE resources provided by the Government in 2020 in order to tackle the workplace presence of Covid-19 needs to be viewed. In May 2020, the Government announced that an additional £14 million would be made available for these purposes. However, this was a one-off payment. While in contrast, the Government indicated it would make available some £60 millions to local and police authorities to police the introduction of Covid-19 related restrictions on public behaviour.

HSE was not allowed to invest its recent windfall in training inspectors. Instead it has used most of this to acquire extra outsourced call centre capacity from private contractors to advise on workplace Covid-19 (James (Ed.) 2021).

For local authority environmental health departments, the picture is similar. In April 2004, there were 1140 full-time equivalent local authority Environmental Health Officers (EHOs) holding appointments under Section 19 of HSW Act. By 2015 there were 736 – a fall of 35%. As Tombs has further shown in his detailed analysis, the decline of Local Authority resourcing of OSH activities became even more marked from around 2010 onwards as Government cuts to the quite complex streams of local authority funding became more pronounced. Food safety responsibilities were prioritised over those for health and safety and environmental protection and the relationship between EHOs and the HSE also became more distanced (Tombs 2017).

Against this backcloth, not surprisingly, over the period 2003/4 to 2015/16, proactive inspections undertaken by the HSE's Field Operations Division (FOD) fell by 69%, while in the case of EHOs, total inspections fell by 69% and preventative ones by 96%. These declines were exacerbated and indeed

⁸ Evidence from the HSE to the Chair of the Work and Pensions Select Committee dated 1 April 2020. Available at: <https://committees.parliament.uk/committee/164/work-and-pensions-committee/>.

⁹ In its own description, for example, HSE recently indicated 1066 of its staffing constitute 'inspectors and visiting health and safety staff'. But it includes in this a number of 'outreach workers' who are not in fact regulatory inspectors, as well as those not yet fully trained and others. In contrast, the trade union that organises HSE staff has indicated that there are in fact only 390 full-time equivalent main grade inspectors for the whole of mainland UK. (Prospect 19 August 2020 <https://prospect.org.uk/news/hse-how-do-you-solve-a-problem-like-14-million/>).

institutionalised through the decision in 2011 of the HSE's parent Government Department – the Department for Work and Pensions (DWP) – to identify whole sectors of economic activity as 'low risk' and thereby prohibit proactive inspections at local authority and then at HSE level. No rationale was provided for what constituted 'low-risk'.¹⁰

As James and Walters pointed out in 2016, if the number of inspections (18,000) carried out by HSE in 2015/16 is considered in relation to the number of premises for which its inspectors have enforcement responsibility (some 900,000), then statistically the average workplace could expect an inspection once every 50 years. To put this in an historical context, in 1973 HSE and HSC related agencies undertook over 503,000 workplace visits while in 1977 local authorities conducted over 534,000 (Dawson et al 1988).

While reduced resourcing for inspection and other activities is a tangible and fairly obvious measure of falling capacity to support securing compliance with OSH, a host of further more subtle influences have been applied to the HSE by a succession of governments generally aimed at pressuring the regulator to develop more 'business friendly' approaches in its efforts to ensure compliance. Again, this is a long story, and only its outlines can be sketched here, but over the last 20 years, and with increasing determination, successive Government initiatives have sought to modify the enforcement priorities and practices of its regulators. Thus, the deregulation strategies of previous governments led to the establishment of the policy of 'Better Regulation' which, among other things, effectively limited the production of new OSH regulations to those required under EU obligations, even these being subject to strict cost-benefit criteria in regulatory impact assessments. Regulators such as HSE have been required to make regular Business Impact Target reports concerning the economic impact of their regulation on business. New enforcement policies and strategies, of which inspectors are mandated to take account, have been published. The language used in these documents talks about proportionate enforcement action and indicates a need to comply with the Enforcement Concordat of the Better Regulation Executive. The Regulators' Code of 2014 also indicates what regulators must consider when engaging with those they regulate. HSE's own rules for its inspectors when seeking compliance have been developed taking account of these wider policies of regulatory governance, all of which stress consideration of the needs of business in regulatory practice.

Given this mix of resource and strategic constraints, it is hardly surprising that HSE has not been very conspicuous during the Covid-19 crisis. It simply does not have the resources to meet the potential demand for its services that might result from a higher profile of regulatory intervention. Instead it has allowed Public Health England and its Scottish, Welsh and Northern Irish equivalents to occupy the front line in guidance on workplace behaviour during the crisis. This has

¹⁰ An analysis by Hazards magazine found that of the 258 reported worker fatalities in the 19 months which followed the change, 53% were in 'low-risk' sectors.

created a contrast, now starkly apparent, between the approach to monitoring compliance with new Covid-19 rules for the public, with that towards achieving regulatory compliance from employers with longstanding and clear duties in this respect. As the Hazards Campaign has recently observed:

“At a time when money should be spent preventing the spread of infections in schools, care homes, hospitals, meat processing plants and offices, the government has chosen to set aside £60m for police and local authorities to enforce the new laws. However, when workers are inside their factories, offices and other premises, there is little money being spent on enforcing safe control of the transmission risks and ensuring their health, safety and welfare.”¹¹

It is important to realise that this is not the ephemeral result of a confused Government reaction to a recent crisis, but the consequence of a long-term and deliberately orchestrated withdrawal on the part of the state from the protection of citizens whose work is the basis of the economy.

4.3. Compliance and the political economy. One step forward, two steps back

The general character of the state’s strategies for the governance of worker health and safety is therefore no different from that of those it has applied to economic governance in the UK more widely. Indeed, its approach OSH governance and regulation is a minor constituent element of these wider strategies and entirely consistent with their aims. But such approaches fail to serve the interests of workers who find themselves situated in positions of vulnerability amid conditions of work and employment largely created by the same strategies. As has been well documented across a range of literature concerned with measures of health and wealth in the UK during this time, while such policies may benefit a minority of people in higher income brackets who stand to gain further from the profitability of business ventures in which they have invested, at the same time they have contributed to growing inequality within British society and a widening gap between rich and poor (see for example Marmot, 2016; Wilkinson and Marmot 2003; Wilkinson and Pickett 2009). And it is no surprise that workers and their families who are in the lowest income brackets, have the most insecure jobs, and experience the greatest measures of social deprivation, are also among the groups where the highest incidence of Covid-19 has been reported (Bambra et al 2020). Yet there has been relatively little discussion of these issues within the literature

¹¹ <http://www.hazardscampaign.org.uk/blog/well-be-policed-all-the-way-to-the-factory-gates>.

focussed either on occupational safety and health or in that addressing regulatory compliance more widely.

Despite this disturbing picture, it is important to acknowledge that since the early 2000s, in its strategies to secure compliance, HSE has explored a wide range of responses to the consequences of change in the structure, organisation and control of work. Indeed, in this respect its documented strategies have been in the vanguard of innovatory approaches to support securing compliance with OSH standards in contexts where traditional methods of inspection are unlikely to reach more than a minority of duty-holders (Walters 2016). An interest in using ‘multiple tools’ to achieve improvement in the ‘atypical work scenarios of the new economy’ has been prominent in its policies in recent decades, in which communication, using intermediaries, identifying business benefits, and so on, are advocated. They thus seek to exploit the roles of organizations, individuals and processes in intermediary positions between the regulatory agencies and the hard-to-reach small firms, temporary workers and migrants, thought to be beyond the reach of conventional inspection. The aim is to ‘cascade’ good practices to situations that are difficult to access through conventional inspection (Walters et al 2011). Promoting a more advisory role for the HSE has been part of this. While critics (see for example Tombs 2017) point to the potential this has to reduce enforcement actions, in reality this view may be over-simplistic, since it is equally true that when employed strategically it may extend the reach of the influence of regulatory scrutiny (see for example Blanc 2012 a and b). In addition, the reorganisation and restructuring of work and employment has also changed the risk profile of work, leading to a greater presence, for example, of psycho-social concerns that are not easy to either manage or regulate by conventional means – posing further challenges for traditional inspection and reasons for innovation. HSE has also placed an increased emphasis on private regulation or public/private mixes of regulation in recent decades, such as in relation to supply chains and in industries, such as construction, where regulatory duties are imposed on actors in these chains. Another strategy it has adopted quite extensively is to channel inspection resources in ways that target more risky workplaces or processes. In parallel, new public sector management initiatives that place greater emphasis on ‘evidence-based’ strategies and require the evaluation of performance against targets have prompted a strategic interest in measurable outcomes. To some extent this is also indicative of the overall trend towards ‘risk-based regulation’, or strategies which ‘involve the targeting of enforcement resources on the basis of assessments of the risks that a regulated person or firm poses to the regulator’s objectives’.

In all of this HSE is pursuing strategies widely discussed in the burgeoning regulatory literature of recent decades in which, for example, responsive regulation (Ayers and Braithwaite 1992); risk-based regulation (Black and Baldwin 2010); smart regulation (Gunningham and Sinclair 2017); smart enforcement (Blanc and Faure, 2018); strategic enforcement (Weil 2010) and a host of other terms

describing innovative strategies have been suggested as more effective approaches to securing compliance in the light of the challenge of change in advanced market economies. Despite this, recent studies have acknowledged the existence of an enforcement gap, and especially in relation to the needs of precarious workers (Vosko et al 2020). In this respect, HSE's strategies are also in line with the recommendations of bodies such as the ILO as well as with those of the EU Senior Labour Inspectors' Committee, of which until recently the HSE was a prominent member (see ILO 2017; SLIC 2017).

The problem, however, is that while these strategies may all be potentially effective in addressing challenges for regulatory compliance in the current contexts of change in work structure, organisation and control, they are neither intended nor effective substitutes for reduced resourcing. Yet there is little doubt that this is how they are used in the UK, where the regulator has been obliged to 'do more with less' in recent decades. And alongside this, as we have recounted in the previous section, has gone increasingly strident government demand for the adoption of more business-friendly strategies across all aspects of regulation, including in its design, coverage, implementation and enforcement. When adopted under such pressures, the kind of innovation in strategies to secure compliance recommended by scholars and international organisations to address current challenges of change, have unfortunately merely served to undermine the value of the regulator for the people it is primarily intended to protect. The argument of this paper is that, in the face of this systematic and long-term reduction of its regulatory capacity, the absence of effective action from the HSE during the current Covid-19 pandemic is an entirely predictable and inevitable consequence.

5. Conclusions. Unacceptable workplace risks and an uncertain future

The thesis advanced in this paper has been threefold. First, it has argued that the context in which the Covid-19 virus has achieved its devastation in the UK is one where the resilience of the institutions of social and health protection have already been seriously undermined by the effects of longstanding economic and political policies that have driven a market orientated and deregulatory political economy over several decades. Second, this economy has created a set of business and employment practices that have helped to promote the vulnerabilities of particular groups of workers. Third, the seeming unwillingness on the part of the state to effectively address the blatant and repeated failure of duty-holders to manage workplace exposure to Covid-19 according to well-established principles of good practice and basic regulatory requirements, is entirely in-keeping with these wider factors.

A more complete understanding of this position is found in the failure of the tenets of the wider regulatory system to provide adequate protections for workers from the risks of their work. This system, which has its origins in attempts

to develop a regulatory approach that would address perceived inadequacies of OSH regulation as they were understood more than 50 years ago, has been repeatedly exposed as inadequate in addressing the protection of workers from risks arising from their work in the 21st century. The present account suggests that a large part of the reason for the failure of the last 50 years lies in the way the requirements of the system have been an easy target for political manipulation, subverting them to suit the needs of the economically powerful at the expense of workers, whose power, while never equal to that of business interests, has been substantially eroded over the same period and by the same processes of subversion that have been applied in the case of regulation and regulatory enforcement.

The result is that both the social organisation that previously supported labour and hence its collective economic power, has been deliberately and systematically dismantled, as social and economic relations have become individualised and workplace roles in relation to safety and health increasingly responsabilized (Gray 2006; 2009). The pervasive success of this political approach has been felt far more widely than solely in the institutions of workplace industrial relations and can be seen in the individualisation of society and its social norms more widely.¹² When coupled with the structural and organisational changes in the way in which work is carried out, which are also inseparable from the wider changes in the political economy, this means that workers, and especially the increasing proportion of them whose work is situated at the margins of the economy, are vulnerable to greater risk inequalities. The argument here is that what remains of the means of supporting compliance with OSH standards cannot provide adequate protection for these workers from work-related exposure to Covid-19 or its consequences – consequences that are made even worse by the systematic reduction of state support for health care which has been a further leitmotif of governance over this period.

The critical questions that should be asked about the regulation of OSH in the UK are therefore not about whether the British regulator has been sufficiently innovative with its deployment of regulatory compliance strategies. Rather they are firstly, whether it has been obliged to seek both more generic and innovative ways of undertaking its mission because it has been denied sufficient resources to deliver more focused and conventional intervention. Secondly, they should enquire about the extent to which, in determining this mission, the regulator has been subject to manipulation from government policies insisting on ‘softer’ and more business-friendly approaches to securing compliance in accordance with neo-liberal precepts. Thirdly, they must seek to establish whether the other pillars of support necessary for the effectiveness of principle and process-based regulation have been undermined and subverted by the effects of these precepts, to the extent that they can no longer be assumed to provide such support. If, as this paper has argued, the answers to all these questions are affirmative, then the conclusion that the British

¹² As is well documented by social theorists (see for example, Giddens 1991 and others).

state and its regulatory apparatus is likely to be ineffective in protecting workers from workplace risks of exposure to the SARS-CoV-2 virus inevitably follows. That this is not a recent failing of a particularly inept Government in dealing with the Covid-19 crisis, such as it is frequently portrayed in the media, is equally inescapable. Rather, it is the consequence of a quite deliberate and long-term strategy of a succession of governments that have placed the economic gains of the minority of the UK population who benefit financially from the greater freedoms of business before that of securing and protecting the health of the wider population.

This returns us to arguments found in the work of early criminologists with a grasp of social history, like W.G. Carson (1985), who had traced the conventionalisation of OSH crimes to the early days of OSH regulatory enforcement in the mid-19th century. His work demonstrated a continuing ambiguity in societal understandings of OSH ‘crime’ seen both in the actions of regulatory agencies and their inspectors, as well as in influential public discourse on OSH regulation. Such ambiguity has continued to the present time and been particularly exploited by the ideologically driven reforms of successive neo-liberal UK Governments since the late 1970s. The consequences of this are much in evidence in the case of regulating workplace exposures to Covid-19, where there has been little sign of notions of criminality being applied when regulatory non-compliance has resulted in high levels of workplace exposure and subsequent fatal cases of Covid-19.

To remedy this, urgent regulatory reforms are required that effectively address the emergent characteristics of the economy in the 21st century, along with a resumption by the state of its responsibilities for the adequate and effective resourcing of means to ensure compliance with them. This paper opened with the observation that in previous times, workplace disasters had been the stimulus for radical regulatory reform. The Covid-19 pandemic is of course more than a workplace disaster – but it is this too. Whether it provides the stimulus for reform of OSH regulation and its resourcing, however, remains a moot issue. But it seems an unlikely outcome while the wider politics of governance in the UK remain characterised by their present values.

References

- Agius R. (2020), Covid-19: statutory means of scrutinizing workers’ deaths and disease, *Occupational Medicine*, doi: <https://doi.org/10.1093/occmed/kqaa165>
- Agius R.M., Robertson J.F.R., Kendrick D., Sewell H.F, Stewart M. and McKee M. (2020), Covid-19 in the workplace, *BMJ*, 370, doi: <https://doi.org/10.1136/bmj.m3577>

- Almond P. (2015), Revolution Blues: The Reconstruction of Health and Safety Law as ‘Common-sense’ Regulation, *Journal of Law and Society*, 42(2):202-229
- Almond P. and Ebester M. (2019), *Health and Safety in Contemporary Britain: Society, Legitimacy and Change since 1960*, Palgrave MacMillan
- Ayres I. and Braithwaite J. (1992), *Responsive Regulation: Transcending the deregulation debate*, New York, NY: Oxford University Press
- Bambra C., Riordan R., Ford J. et al. (2020), The COVID-19 pandemic and health inequalities, *J Epidemiol Community Health*, 74:964-968
- Black J. and Baldwin R. (2010), Really responsive risk-based regulation. *Law and Policy*, 32(2):181
- Blanc F. (2012a), Inspection Reforms: Why, How and with what results, OECD
- Blanc F. (2012b), Tools for Effective Regulation: Is “More” Always ‘Better’?, *European Journal of Risk Regulation*, 9:465-482
- Blanc F. and Faure M. (2018), Smart Enforcement: Theory and Practice, *European Journal of Law Reform*, 20(4):78-103
- Carson W.G. (1985), Hostages to History: Some Aspects of the Occupational Health and Safety Debate in Historical Perspective. In Creighton, W.B. and Gunningham, N. (Eds), *The Industrial Relations of Occupational Health and Safety*, Croom Helm, Sydney
- Colbourn T. (2020), Unlocking UK COVID-19 policy (editorial), *The Lancet, Public Health*, [https://doi.org/10.1016/S2468-2667\(20\)301](https://doi.org/10.1016/S2468-2667(20)301)
- Cowper A. (2020), Ambitious rhetoric and appalling reality: the UK government’s response to covid-19, *BMJ*, 369 doi: <https://doi.org/10.1136/bmj.m2321>
- Dawson. S., Willman P., Bamford M. and Clinton. A (1988), *Safety at Work: The Limits of Self-Regulation*, Cambridge, Cambridge University Press
- Freedman L. (2020), Strategy for a Pandemic: The UK and COVID-19, *Survival*, 62(3): 25-76, doi: 10.1080/00396338.2020.1763610
- Giddens A. (1991), *Modernity and Self-Identity: Self and Society in the Late Modern Age*, Stanford University Press
- Gray G. (2006), The Regulation of Corporate Violations Punishment, Compliance, and the Blurring of Responsibility. *British Journal of Criminology*, 46(5):875–892
- Gray G. (2009), The responsabilization strategy of health and safety: Neo-liberalism and the reconfiguration of individual responsibility for risk. *British Journal of Criminology*, 49(3):326-342
- Gunningham N. and Sinclair D. (2017), Smart regulation. In Drahos, P. (Ed) *Regulatory Theory: Foundations and Applications*, ANU Press, Canberra: 133–148
- Hazards (2020), Abdication: HSE has been missing in action throughout the Covid-19 crisis, *Hazards Magazine*, 150 <https://www.hazards.org/coronavirus/abdication.htm>

- Health and Safety Executive (HSE) (2020a), Making your workplace COVID-secure during the coronavirus pandemic, <https://www.hse.gov.uk/coronavirus/working-safely/index.htm>
- Health and Safety Executive (HSE) (2020b), Talking with your workers about preventing coronavirus <https://www.hse.gov.uk/coronavirus/assets/docs/talking-with-your-workers.pdf>
- ILO (2017), ILO Approach to Strategic Compliance Planning for Labour Inspectorates, International Labour Organisation, Geneva
- James P. (Ed.) (2021), HSE and Covid at work: a case of regulatory failure, Institute of Employment Rights, Liverpool
- James P. and Walters D. (2005), Regulating Health and Safety at Work: London: An Agenda for Change?, Institute of Employment Rights, Liverpool
- James P. and Walters D. (2016), Health and safety at work: time for change. Institute of Employment Rights. Liverpool
- Marmot M. (2016), The Health Gap: The Challenge of an Unequal World, London, Bloomsbury Publishing
- Robens Lord A. (1972), Safety and Health at Work: Report of the Committee 1970-72, Cmnd 5034, London, HMSO
- SLIC (2017), Common Principles for Labour Inspection in Relation to Safety and Health at Work, European Commission, Brussels
- Tombs S. (2017), Social Protection after the Crisis: Regulation without Enforcement, Policy Press, Bristol
- Tombs S. and Whyte D. (2007), Safety Crimes, Willian Publishing
- Tombs S. and Whyte D. (2013), Transcending the deregulation debate? Regulation, risk, and the enforcement of health and safety law in the UK, Regulation and Governance, 7(1):61-79
- Vosko L. and the Closing of the Enforcement Gap Research Group (2020), Closing the Enforcement Gap: Improving Employment Standards Protections for People in Precarious Jobs, University of Toronto Press
- Walters D. (2006), One Step Forward, Two Steps Back: Worker Representation and Health and Safety in the United Kingdom, International Journal of Health Services, 36(1): 87-111
- Walters D. (2016), Labour inspection and health and safety in the EU, HESA Magazine, 14:12-17
- Walters D., Johnstone R., Frick K., Quinlan M., Baril-Gingras G. and Thébaud-Mony A. (2011), Regulating Workplace Risks: A Comparative Study of Inspection Regimes in Times of Change, Edward Elgar, Cheltenham UK
- Walters D. and Wadsworth E. (2014), Contexts and determinants of the management of occupational safety and health in European workplaces. Policy and Practice in Health and Safety, 12(2):109-130

- Walters D. and Wadsworth E. (2019), Participation in OSH in European workplaces: Framing the capture of representation, *European Journal of Industrial Relations*, <http://doi.org/10.1177/0959680119835670>
- Watterson A. (2020), COVID-19 in the UK and Occupational Health and Safety: Predictable not Inevitable Failures by Government, and Trade Union and Nongovernmental Organization Responses. *New Solut.*, 30(2):86-94, doi: 10.1177/1048291120929763
- Weil D. (2010), Improving workplace conditions through strategic enforcement: a report to the Wage and Hour Division, Boston MA, Boston University Press
- Whyte D. (2020), *Ecocide: Kill the corporation before it kills US*, Manchester University Press
- Wilkinson R. and Marmot M. (Eds.) (2003), *Social Determinants of Health: The Solid Facts*, 2nd ed, Geneva, World Health Organisation
- Wilkinson R. and Pickett K. (2009), *The Spirit Level: Why Equality is Better for Everyone*, Penguin Books, London

Abstract

Il saggio analizza la problematica del ruolo dello Stato nel Regno Unito con riguardo alla tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro nella contingente situazione di emergenza sanitaria. L'A. mette in evidenza, in particolare, il fallimento delle politiche governative nella protezione dei lavoratori dai rischi legati al Covid 19, ritenendo che ciò non abbia carattere episodico ma sia sintomatico di un processo di deregolazione in materia. Come rimarcato, infatti, gradualmente il sistema di protezione, fondato su interventi normativi molto incisivi che avevano costituito un modello anche per altri paesi, è stato sostituito da un diverso approccio basato sul metodo partecipativo, con il coinvolgimento soprattutto del livello individuale di partecipazione e senza il concorso delle organizzazioni sindacali. L'attenzione è rivolta anche alla riduzione delle risorse destinate a finanziare le ispezioni del lavoro per il rispetto delle misure di sicurezza.

The essay analyzes the problem of the role of the State in the UK with regard to the protection of health and safety in the workplace in the contingent health emergency situation. The Author specifies the failure of government policies to protect workers from the risks associated with Covid 19 and argues that this is not episodic but symptomatic of a process of deregulation in the matter. As noted, in fact, gradually the protection system, based on very incisive regulatory interventions which had also constituted a model for other countries, was replaced by a different approach based on the participatory method, with the involvement above all the individual level of participation and without the cooperation of trade union organizations. Attention is also paid to reducing the resources intended to finance labor inspections for compliance with safety measures.

Parole chiave

Pandemia, salute e sicurezza, regolazione normativa, ruolo dello Stato, risorse finanziarie

Keywords

Pandemic, health, safety, regulatory measures, role of the State, financial resources

Vaccini e rapporti di lavoro tra obblighi di sicurezza e diritto all'autodeterminazione**

di Gaetano Natullo*

SOMMARIO: 1. Dall'emergenza all'immunità: il cambio di prospettiva nella prevenzione anti-contagio. – 2. Autodeterminazione *versus* sicurezza del lavoro: gli estremi del dibattito. – 3. Autodeterminazione e solidarietà nella tutela costituzionale. – 4. Sicurezza del lavoro e obbligo vaccinale nella normativa speciale di prevenzione... – 5. (segue) ...E nella normativa previdenziale. – 6. Autodeterminazione e sicurezza del lavoro: un tentativo di ragionevole contemperamento... – 7. ... In attesa di una legge (o dell'"immunità di gregge").

1. Dall'emergenza all'immunità: il cambio di prospettiva nella prevenzione anti-contagio

Come noto, la diffusione della pandemia Covid-19, tra le tante questioni che ha suscitato sul piano tecnico-giuridico, ne ha sollevate diverse ed importanti anche per i giuslavoristi, e per quanto qui interessa anche nell'area della tutela della salute sui luoghi di lavoro, dando la stura ad un ampio ed articolato dibattito a partire sin dall'avvio dell'emergenza (marzo 2020); dibattito ospitato anche su questa rivista¹, e che da qualche tempo si era assestato, anche a seguito dell'intervento legislativo che ha in parte assorbito le preoccupazioni del mondo imprenditoriale circa gli incerti confini della responsabilità datoriale nel caso di contagi sui luoghi di lavoro².

Quella relativa tranquillità è stata però improvvisamente rotta dall'avvio della, pur auspicata, campagna vaccinale. Infatti, una costola del dibattito sollevato dalla presenza di opinioni, seppur minoritarie, contrarie alla somministrazione del

* Gaetano Natullo è professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Università degli Studi del Sannio. natullo@unisannio.it.

** Il saggio è stato preventivamente assoggettato alla procedura di referaggio prevista dalle regole editoriali della Rivista.

¹ Da ultimo P. PASCUCCI, A. DELOGU, *L'ennesima sfida della pandemia Covid-19: esiste un obbligo vaccinale nei contesti lavorativi?*, in "Diritto della sicurezza sul lavoro", 2021, n. 1, I, p. 81. In precedenza, v. i numerosi contributi nei nn. 1 e 2 del 2020 e n. 2/2019. Per ulteriori contributi al dibattito, in generale si rinvia a quelli pubblicati da "Labor" (<http://www.rivistalabor.it/>) e "Lavoro Diritti Europa", 2021, n. 1, nonché alle *Conversazioni sul lavoro a distanza, da settembre 2020 a marzo 2021. Virus, stato di eccezione e scelte tragiche*, promosse e coordinate da V.A. POSO. V. anche M. CERBONE, *Vaccinazione anti-Covid, autodeterminazione del lavoratore e riflessi sul rapporto di lavoro*, in "Diritti Fondamentali" (<https://dirittifondamentali.it/>), n. 1/2021, p. 79 ss.

² Art. 29-bis, l. n. 40/2020, su cui, tra gli altri, A. MARESCA, *Il rischio di contagio da COVID-19 nei luoghi di lavoro: obblighi di sicurezza e art. 2087 c.c. (prime osservazioni sull'art. 29-bis della l. n. 40/2020)*, in "Diritto della sicurezza sul lavoro", 2020, n. 2, I.

vaccino, ha riguardato anche i possibili riflessi sui luoghi di lavoro e, di conseguenza, sui rapporti di lavoro.

La questione assume anche profili nuovi e diversi rispetto a quelli “classici” della sicurezza sul lavoro: infatti, nel nuovo dibattito a venire in rilievo, più che il versante dei confini dell’obbligo datoriale (di sicurezza) nei confronti dei lavoratori, è quello dell’obbligo dei lavoratori di tutelare la propria e altrui salute nei luoghi di lavoro; obbligo che, per così dire, costituisce il rovescio della medaglia del diritto degli stessi lavoratori alla sicurezza del lavoro³. Ed anche con riguardo ai riferimenti costituzionali, la questione si differenzia: infatti, nella tradizionale contrapposizione tra il primo comma dell’art. 32, da un lato, e l’art. 41 della Costituzione, dall’altro lato, si inserisce il secondo comma dell’art. 32 Cost., in combinato disposto con l’art. 2 della Carta costituzionale, con tutte le complesse questioni relative al diritto all’autodeterminazione del singolo cittadino⁴, costringendo dunque gli addetti ai lavori ad ulteriori sforzi interpretativi, dovendosi inoltrare su terreni comprensibilmente assai complessi e delicati.

2. Autodeterminazione versus sicurezza del lavoro: gli estremi del dibattito

La questione, come noto, consegue alla mancata previsione per via legislativa di un espresso obbligo alla vaccinazione contro il Covid-19. Il Governo, infatti, ha ritenuto opportuno, anche in ragione del particolare contesto, della particolare celerità con cui sono stati elaborati i vaccini e delle perplessità su effettiva efficacia e possibili effetti collaterali, limitarsi alla politica di una robusta *moral suasion*.

Con riguardo ai contesti lavorativi, la questione si è tradotta in termini di possibili riflessi sugli obblighi di sicurezza datoriale e le relative misure di prevenzione anti-contagio, nonché sui correlati obblighi “in prevenzione” del lavoratore, allargandosi inevitabilmente e più in generale agli obblighi sottesi al contratto di lavoro ed alle relative norme civilistiche. Tale specifico contesto normativo, infatti, induce a valutazioni diverse circa la sussistenza o meno di un obbligo vaccinale nei contesti lavorativi, con possibili importanti conseguenze sugli stessi rapporti di lavoro.

Il dibattito è stato aperto da alcuni iniziali interventi, radicalmente schierati per la possibilità di desumere dal quadro normativo esistente l’obbligo del datore

³ M. CORRIAS, *Sicurezza e obblighi del lavoratore*, Torino, Giappichelli, 2009; M. MARTINELLI, *I lavoratori*, in G. NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, Torino, Utet, 2015, p. 623.

⁴ V. A. BARBERA, *Art. 2*, in *Commentario della Costituzione* fondato da Giuseppe Branca e continuato da Alessandro Pizzorusso, Bologna-Roma, Zanichelli, 1975, p. 50 ss.; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Parte generale, III ed., Padova, Cedam, 2003; A. BALDASSARRE, voce *Diritti inviolabili*, in “Enciclopedia Giuridica Treccani”, XI, Roma, 1989; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, Torino, Giappichelli, 2002; S. MANGIAMELLI, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, Relazione al IV Laboratorio Sublacense su “*La comunità familiare e le scelte di fine vita*” – Abbazia di Santa Scolastica – Subiaco, 3-5 luglio 2009, in forumcostituzionale.it.

di lavoro di richiedere (o per meglio di “pretendere” dal lavoratore) la vaccinazione quale misura di prevenzione “massima”, allo stato delle conoscenze tecnico-scientifiche, contro il virus SARS-CoV-2. Ciò, in base sostanzialmente al combinato disposto dell’art. 2087 c.c. (e del conseguente principio della Massima Sicurezza Tecnologica) con alcune disposizioni del d.lgs. n. 81/2008, generali (artt. 18, 20), e specifiche (art. 279); facendone conseguire l’obbligo del lavoratore di adottare tale misura di prevenzione (e dunque sottoporsi alla somministrazione del vaccino), e le relative conseguenze sul rapporto di lavoro, fino alla possibile risoluzione dello stesso⁵.

La questione presenta profili di estremo interesse, dal momento che, in buona sostanza, gli ambienti di lavoro, ed i rapporti giuridici sottostanti, relativamente ad una questione di primaria importanza come quella di cui si discute e che coinvolge diritti fondamentali della persona, si differenzierebbero in maniera decisiva dagli ambienti “esterni”, così come i cittadini/lavoratori dai cittadini *tout court*. Il che induce evidentemente a maneggiare con la massima cautela norme coinvolte e principi fondamentali sottesi.

3. Autodeterminazione e solidarietà nella tutela costituzionale

Nel percorso ricostruttivo, è inevitabile partire dalle norme della Costituzione, in primo luogo l’art. 32 Cost., ed i relativi principi coinvolti.

Il dibattito generale sull’obbligatorietà dei vaccini è risalente e troppo articolato per poter seriamente approfondirlo in questa sede⁶. Ci si limita pertanto a richiamarne alcuni snodi che paiono rilevanti ai nostri fini.

Sull’obbligo vaccinale, e la relativa riserva di legge prevista dal citato art. 32, comma 2, Cost., il Giudice delle leggi ha avuto modo di pronunciarsi in più occasioni, anche in tempi relativamente recenti⁷. Premessa la indiscussa rilevanza

⁵ Tra i primi P. ICHINO, *Il dovere di vaccinarsi di fonte contrattuale*, in <https://www.pietroichino.it/>, 2021; Id., *Perché e come l’obbligo di vaccinazione può nascere anche solo da un contratto di diritto privato*, in “Lavoro Diritti Europa”, 2021; R. GUARINIELLO, *Sorveglianza sanitaria: vaccino obbligatorio per i lavoratori?*, in “Diritto e pratica del lavoro”, 2021, p. 31.

⁶ Rinviando per approfondimenti, tra gli altri, a L. PEDULLÀ, *Profili costituzionalistici in materia di vaccinazioni: uno sguardo comparatistico*, in “Federalismi”, <https://federalismi.it/>, Osservatorio di diritto sanitario, 25 luglio 2018; C. MAGNANI, *I vaccini e la Corte costituzionale: la salute tra interesse della collettività e scienza nelle sentenze 268 del 2017 e 5 del 2018*, in <https://www.forumcostituzionale.it/>, 12 aprile 2018; A. MAZZITELLI, *Il ragionevole dubbio in tema di vaccinazioni obbligatorie*, in “Federalismi”, https://federalismi.it, Osservatorio di diritto sanitario, 15 novembre 2017; A. IANNUZZI, *L’obbligatorietà delle vaccinazioni a giudizio della Corte costituzionale fra rispetto della discrezionalità del legislatore statale e valutazioni medico-statistiche*, in <https://www.giurcost.org/>, n. 1, 2018; A.A. NEGRONI, *Articolo 32 della Costituzione e superamento delle vaccinazioni obbligatorie*, in “Rassegna Quaderni Costituzionali”, n. 2, 2020; A. MORELLI, *Vaccini obbligatori: le questioni aperte*, in “BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto”, n. 2, 2017.

⁷ Tra le tante: Corte cost., 14-22 giugno 1990, n. 307; Corte cost., 20-23 giugno 1994, n. 258; Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85; Corte cost., 16-26 aprile 2012, n. 107; Corte cost., 18 gennaio 2018, n. 5; Corte cost., 23 giugno 2020, n. 118. Per tutti, v. M. CARTABIA, *La giurisprudenza*

del diritto individuale di ciascun cittadino (e dunque anche del cittadino lavoratore) alla libera autodeterminazione terapeutica, per l'appunto sottesa alla riserva di legge costituzionale, la Corte costituzionale ha, da un lato, circoscritto confini e parametri del possibile intervento "costrittivo" del legislatore, ma, dall'altro lato, non ha trascurato di riempire di contenuti anche gli interventi di quest'ultimo che, non assumendo il carattere dell'imposizione obbligatoria, puntano agli stessi obiettivi attraverso il percorso di un, per così dire, "convincimento rafforzato".

Delle argomentazioni della Corte vanno in primo luogo tenute in debito conto quelle che evidenziano i profili collettivi e solidaristici sottesi alla tutela costituzionale dell'art. 32.

In tale ottica, infatti, la riserva di legge dell'art. 32 Cost., comma 2 privilegia evidentemente il versante individuale della tutela, ponendo un limite all'imposizione dei trattamenti sanitari necessari alla tutela del singolo, nel rispetto del suo diritto alla autodeterminazione, restando per così dire in secondo piano il profilo dell'interazione della salute personale con quella degli altri individui.

Laddove, proprio il versante collettivo del diritto alla salute non può non essere tenuto in primaria considerazione, ai fini delle più specifiche questioni che qui interessano: *"la tutela del singolo deve necessariamente contemperarsi con la tutela della salute della collettività, in questo senso anche legandosi con il principio di solidarietà dell'art. 2 Cost. E, dunque, implica inoltre il bilanciamento di tale diritto con il dovere di tutelare il diritto dei terzi che vengono in necessario contatto con la persona per attività che comportino un serio rischio, non volontariamente assunto, di contagio"*⁸.

Venendo alla questione che qui ci occupa, tali considerazioni paiono particolarmente pertinenti, se si considera che nei luoghi di lavoro, anche in virtù dell'"incrocio" con la specifica normativa di prevenzione, il versante "collettivo-solidaristico" della tutela costituzionale della salute appare particolarmente

costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione, in "Quaderni Costituzionali", 2012, p. 455 ss.

Con riferimento al dibattito giuslavoristico che ci occupa, v. sul punto P. PASCUCCI, A. DELOGU, *L'ennesima sfida della pandemia Covid-19*, cit., p. 87 ss.; A. DE MATTEIS, *Art. 32 della Costituzione: diritti e doveri in tema di vaccinazione anti-Covid*, in *Conversazioni sul lavoro a distanza*, cit.; M. CERBONE, *Vaccinazione anti-Covid*, cit.

⁸ Corte cost., 2 giugno 1994, n. 218. In tema cfr. M. COSULICH, *La salute fra diritto dell'individuo e interesse della collettività: la questione della responsabilità individuale nella sanità*, in <http://www.provincia.bz.it/>; C. COLAPIETRO, *La valutazione costi benefici nei trattamenti sanitari obbligatori: il bilanciamento tra gli interessi del singolo e quelli della collettività*, in AA.VV., *Vaccinazioni: obblighi o libertà?*, in www.luimo.org.

Sulla specifica questione che qui ci occupa, cfr. da ultimo L. ZOPPOLI, *Obblighi vaccinali e obbligazioni contrattuali*, intervento al webinar *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro ai tempi del Covid 19*, Catanzaro, 12 marzo 2021, in corso di pubblicazione.

rilevante. Si consideri solo, sul punto, la formulazione degli artt. 2, comma 1, lett. *n* e 15 comma 1, lett. *b*⁹, nonché quella dell'art. 20 del d.lgs. 81/2008¹⁰.

Altro elemento da considerare attiene al “metodo” utilizzato per la campagna vaccinale (legge/raccomandazione): se infatti è innegabile che l'imposizione per legge dell'obbligo vaccinale sia assistita da una *vis* indiscutibile, nondimeno proprio il Giudice delle leggi ha avuto occasione di evidenziare che la “raccomandazione” alla vaccinazione assume una rilevanza anche superiore a quella normalmente propria: “*Sebbene la raccomandazione «esprima maggiore attenzione all'autodeterminazione individuale [...] e, quindi, al profilo soggettivo del diritto fondamentale alla salute» (art. 32, primo comma, Cost.), lo scopo perseguito è pur sempre mirato a ottenere un beneficio per la salute collettiva e non solo individuale. [...] Ferma la differente impostazione delle due tecniche, quel che rileva è l'obiettivo essenziale che entrambe perseguono nella profilassi delle malattie infettive: ossia il comune scopo di garantire e tutelare la salute (anche) collettiva, attraverso il raggiungimento della massima copertura vaccinale. In questa prospettiva, incentrata sulla salute quale interesse (anche) obiettivo della collettività, non vi è differenza qualitativa tra obbligo e raccomandazione: l'obbligatorietà del trattamento vaccinale è semplicemente uno degli strumenti a disposizione delle autorità sanitarie pubbliche per il perseguimento della tutela della salute collettiva, al pari della raccomandazione*”¹¹.

Tali affermazioni, pur rapportate allo specifico contesto di espressione, non possono però non avere un peso specifico anche ai fini del dibattito che ci occupa in questa sede. Ciò, soprattutto in considerazione di quanto poc'anzi evidenziato circa gli specifici profili “collettivo-solidaristici” della tutela della salute nei luoghi di lavoro.

4. Sicurezza del lavoro e obbligo vaccinale nella normativa speciale di prevenzione...

Venendo agli ambienti di lavoro, occorre, dunque, esaminare le specifiche disposizioni che, anche sulla scorta del dibattito sviluppatasi, possono venire il rilievo ai fini della soluzione della questione.

Punto di partenza ineliminabile, l'art. 2087 c.c. Contenuti e profili interpretativi ed applicativi della norma sono noti e consolidati e non è certo questa

⁹ L'art. 2, comma 1, lett. *n*, del d.lgs. n. 81/2008 definisce la «prevenzione» come: *il complesso delle disposizioni o misure necessarie anche secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, per evitare o diminuire i rischi professionali nel rispetto della salute della popolazione e dell'integrità dell'ambiente esterno.*

L'art. 15, comma 1, lett. *b*, d.lgs. n. 81/2008 prevede la programmazione della prevenzione, mirata ad un complesso che integri in modo coerente nella prevenzione le condizioni tecniche produttive dell'azienda nonché l'influenza dei fattori dell'ambiente e dell'organizzazione del lavoro.

¹⁰ Art. 20, comma 1, del d.lgs. n. 81/2008: “Ogni lavoratore deve prendersi cura della propria salute e sicurezza e di quella delle altre persone presenti sul luogo di lavoro, su cui ricadono gli effetti delle sue azioni o omissioni, conformemente alla sua formazione, alle istruzioni e ai mezzi forniti dal datore di lavoro”.

¹¹ Corte cost., 23 giugno 2020, n. 118. Sul punto, nella prospettiva giuslavoristica, A. DE MATTEIS, *Art. 32 della Costituzione*, cit.; P. PASCUCCI, A. DELOGU, *L'ennesima sfida della pandemia Covid-19*, cit., p. 104 ss.

la sede per ripercorrerli¹². Ci si limita, ai nostri fini, solo a ricordarne alcuni tratti essenziali.

In primo luogo, il carattere “bifrontale” dell’obbligo di sicurezza sotteso alla norma codicistica. Le innovazioni legislative del 1994 (d.lgs. n. 626/1994) e del 2008 (d.lgs. n. 81/2008) hanno dato nuovo impulso ad una concezione “pubblicistica” dell’obbligo di sicurezza, conseguente alla considerazione della tutela della salute sui luoghi di lavoro come obiettivo ed interesse di carattere pubblico-generale, in questo senso direttamente riconducibile alla tutela costituzionale dell’art. 32 Cost. Allo stesso tempo, però, la funzione protettiva della norma nel contratto e nel rapporto di lavoro continua ad essere rilevante per la magistratura, come nel caso delle tutele contro le condotte mobbizzanti o ai fini del riconoscimento della legittimità dei comportamenti di autotutela del prestatore di lavoro che si astiene dalla prestazione di lavoro pericolosa¹³.

In secondo luogo, l’estrema latitudine dell’obbligo di sicurezza, come noto derivante dalla sua illuminata formulazione e dai parametri utilizzati (“esperienza” e “tecnica”). Con ciò fungendo da fondamento al principio della c.d. Massima Sicurezza Tecnologica¹⁴.

Infine, anche perché da alcuni richiamato pure nell’ambito del dibattito sull’obbligo vaccinale¹⁵, la tutela rivolta al profilo della “personalità morale” del lavoratore. Come già ricordato, è infatti nell’obbligo di sicurezza del datore di lavoro, *ex art. 2087 c.c.*, nella parte che fa riferimento alla tutela della “personalità morale” oltre che fisica del lavoratore, che la giurisprudenza ha rinvenuto le ragioni per affermare la responsabilità del datore di lavoro – diretta o indiretta e solidale – in fattispecie come le molestie (anche sessuali) e più in generale contro le vessazioni sul lavoro ed il *mobbing*¹⁶.

Per tutti questi motivi, l’art. 2087 c.c. certamente risulta essenziale anche ai fini della questione dell’obbligo vaccinale.

Passando dal principio generale sull’obbligo di sicurezza alle disposizioni specifiche del d.lgs. n. 81/2008, le norme sul punto principalmente richiamate sono gli artt. 18, 20, 28-29, nonché quelle specifiche sugli agenti biologici (titolo X artt. 272 ss.).

Come noto l’art. 18 del d.lgs. n. 81 articola gli obblighi fondamentali di prevenzione di cui è onerato il datore di lavoro (ed il dirigente). Tra questi, e sulla

¹² Sia consentito sul punto il rinvio, da ultimo, a G. NATULLO, *Ambiente di lavoro e tutela della salute*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 10 ss.

¹³ Tra le tante, Cass. civ., sez. lavoro, 7 giugno 2013, n. 14468; Cass. civ., sez. lavoro, 9 maggio 2005, n. 9576, entrambe in <https://olympus.uniurb.it/>; Cass. civ., sez. lavoro, 19 gennaio 2016, n. 836; Cass. civ., sez. lavoro, 1° aprile 2015, n. 6631, entrambe in <https://dejure.it/>.

¹⁴ Su cui ancora G. NATULLO, *Ambiente di lavoro*, cit., p. 17 ss.

¹⁵ P. PASCUCCI, A. DELOGU, *L’ennesima sfida della pandemia Covid-19*, cit., p. 93.

¹⁶ Cass. civ., sez. lavoro, 17 luglio 1995, n. 7768, in “Massimario di Giurisprudenza del lavoro”, 1995, p. 561; Cass. civ., sez. lavoro, 18 aprile 2000, n. 5049, in “Massimario di Giurisprudenza del lavoro”, 2000, p. 773; Cass. civ., sez. lavoro, 28 marzo 2018, n. 7097, in <https://olympus.uniurb.it/>; M. D’APONTE, *La tutela della salute del lavoratore dopo il Jobs Act*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 17 ss.

scorta della Valutazione di tutti i rischi in azienda: *fornire ai lavoratori i necessari e idonei dispositivi di protezione individuale; richiedere l'osservanza da parte dei singoli lavoratori delle disposizioni aziendali in materia di sicurezza e di igiene del lavoro, di uso dei mezzi di protezione collettivi e dei dispositivi di protezione individuali messi a loro disposizione*. Le disposizioni sulla Valutazione dei Rischi prevedono poi che quest'ultima “[...] deve essere immediatamente rielaborata, nel rispetto delle modalità di cui ai commi 1 e 2, in occasione di modifiche del processo produttivo o della organizzazione del lavoro significative ai fini della salute e sicurezza dei lavoratori, o in relazione al grado di evoluzione della tecnica, della prevenzione o della protezione. [...] A seguito di tale rielaborazione, le misure di prevenzione debbono essere aggiornate”.

Ancora più specificamente, con riguardo alla prevenzione del contagio Covid-19, il titolo X del d.lgs. n. 81/2008, relativo ai rischi derivanti dagli agenti biologici (artt. 266 ss.), ed in particolare l'art. 279, che obbliga il datore di lavoro a mettere a disposizione vaccini efficaci per i lavoratori non già immuni ad eventuali agenti biologici presenti nella lavorazione, da somministrare a cura del medico competente¹⁷.

In merito, va pure ricordato che la direttiva europea n. 2020/739, recepita in Italia con l'art. 4 del d.l. n. 125 del 2020¹⁸, convertito dalla legge n. 159 del 2020, ha espressamente incluso il SARS-CoV-2 tra gli agenti biologici “pericolosi” da cui vanno protetti i lavoratori esposti.

Sulle disposizioni sopra richiamate, in combinato disposto con l'art. 2087 c.c., si fondano dunque le tesi sulla sussistenza dell'obbligo aziendale di tutelare i lavoratori dai rischi di contagio disponendo, e richiedendo, la vaccinazione. Percorso argomentativo completato con il ricorso alla norma (art. 20 del d.lgs. n. 81/2008) che impone al lavoratore di “*prendersi cura della propria salute e sicurezza e di quella delle altre persone presenti sul luogo di lavoro, su cui ricadono gli effetti delle sue azioni o omissioni, conformemente alla sua formazione, alle istruzioni e ai mezzi forniti dal datore di lavoro*” nonché di “*osservare le disposizioni e le istruzioni impartite dal datore di lavoro, dai dirigenti e dai preposti, ai fini della protezione collettiva ed individuale*”. Norma per la quale, una volta ritenuta necessaria, e dunque prevista e disposta dal datore di lavoro, la vaccinazione quale misura di prevenzione “massima tecnologicamente possibile”, il lavoratore non potrebbe rifiutarsi dall'adeguarsi.

Con le conseguenze derivanti sia ai sensi della normativa speciale che di quella sul contratto di lavoro (ed in generale sui contratti), in ultima analisi giustificando anche un'ipotesi di licenziamento¹⁹.

¹⁷ V. L. PELUSI, *Tutela della salute dei lavoratori e COVID-19: una prima lettura critica degli obblighi datoriali*, in “Diritto della sicurezza sul lavoro”, 2019, n. 2, I, p. 123 ss. (anche se prima delle modifiche del 2020).

¹⁸ Con conseguente aggiornamento anche del titolo X del d.lgs. n. 81/2008 e relativi allegati.

¹⁹ Tra gli altri, P. ICHINO, *Il dovere di vaccinarsi*, cit.; R. GUARINIELLO, *Sorveglianza sanitaria*, cit. Cfr. G. PELLACANI, *La vaccinazione contro il Coronavirus (SARS-Cov-2) negli ambienti di lavoro tra norme generali in tema di prevenzione e tutela della salute e sicurezza, disciplina emergenziale per la pandemia COVID-19 e prospettive di intervento del legislatore*, in “Lavoro Diritti Europa”, n. 1, 2021; O. MAZZOTTA, *Vaccino anti-Covid e rapporto di lavoro*, ivi.

5. (segue) ...ed in quella previdenziale

Va considerata, ai fini della questione, anche la posizione assunta dall'Inail in merito sia, nella prima fase della pandemia, al rapporto tra il “rischio” Covid-19 e le tutele previdenziali contro gli infortuni sul lavoro sia, da ultimo, al rapporto tra quelle tutele e l'obbligo vaccinale.

Sul primo punto, come noto, l'Inail ha chiarito che il rischio di contagio da Covid-19, ai fini delle tutele previdenziali, costituisce un rischio specifico “professionale” solo in alcuni ambienti di lavoro, in particolare quelli sanitari per i relativi operatori (nonché per quelli in cui i lavoratori sono a costante contatto con il pubblico e l'utenza), *considerata appunto la elevatissima probabilità che gli operatori sanitari vengano a contatto con il nuovo coronavirus*; derivandone da ciò la presunzione di infortunio “in occasione di lavoro” nel caso di contagio; laddove negli altri ambienti di lavoro va considerato (solo) un rischio “generico-aggravato”²⁰, che purtuttavia non esclude la prova, per quanto ardua, del nesso eziologico tra eventuale contagio ed “occasione di lavoro”.

Se tale indirizzo risulta, oltre che condivisibile, esaustivamente argomentato, non altrettanto può dirsi circa le posizioni espresse nella nota di “istruzione operativa” del 1° marzo 2021, relativa al caso del rifiuto di vaccinarsi di alcuni infermieri dell'Ospedale Policlinico di Genova²¹.

Anche in questo caso le argomentazioni dell'ente previdenziale vertono sostanzialmente, per opportuna competenza, sulla valutazione della condotta del lavoratore ed i suoi effetti in ordine alla tutela antinfortunistica ed alla responsabilità datoriale.

Sul punto l'Inail conclude, richiamando i consolidati orientamenti su condotta negligente e/o colposa del lavoratore *versus* rischio elettivo, nel senso che comunque *sotto il profilo assicurativo, per giurisprudenza consolidata il comportamento colposo del lavoratore, tra cui rientra anche la violazione dell'obbligo di utilizzare i dispositivi di protezione individuale, non comporta di per sé, l'esclusione dell'operatività della tutela prevista dall'assicurazione.[...] Non appare nemmeno ipotizzabile nel caso del rifiuto di vaccinarsi l'applicazione del concetto di “rischio elettivo”*.

Del ragionamento seguito dall'Inail si condividono nella sostanza le conclusioni; meno le argomentazioni, specie nella parte in cui, sia pure incidentalmente, affronta specificamente la questione dell'obbligo vaccinale. Sul punto, l'ente si limita infatti ad affermare che, per un verso, *non si rileva allo stato dell'attuale legislazione in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, un obbligo specifico di aderire alla vaccinazione da parte del lavoratore*; che, per altro verso, e

²⁰ INAIL, circ. n. 13/2020, su cui tra gli altri, S. GIUBBONI, *Covid-19: obblighi di sicurezza, tutele previdenziali, profili riparatori*, in “WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona.it”, n. 417, 2020”, pp. 5-9; G. LUDOVICO, *Sicurezza e infortuni sul lavoro nel rischio da contagio da covid-19: profili di responsabilità e di tutela previdenziale*, in corso di stampa in “Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale”, n. 2, 2021.

²¹ Su cui A. DE MATTEIS, *Infermieri che rifiutano il vaccino anti-Covid: dove l'Inail sbaglia*, in *Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi*, cit.

sulla scorta della riserva di legge di cui all'art. 32, comma 2 Cost., [...] *il rifiuto di vaccinarsi, configurandosi come esercizio della libertà di scelta del singolo individuo rispetto ad un trattamento sanitario, ancorché fortemente raccomandato dalle autorità, non può costituire una ulteriore condizione a cui subordinare la tutela assicurativa dell'infortunato.*

Orbene, sul punto il ragionamento seguito dall'Inail appare troppo assertivo, e non considera la complessità ed articolazione del dibattito. A parziale giustificazione di tale stringatezza si può però valutare l'ambito di competenza dell'ente previdenziale; nel senso che, come già per le valutazioni in termini di classificazione del rischio SARS-CoV-2 e dei relativi effetti sulla copertura previdenziale²², anche in questo caso le argomentazioni dell'Inail sono funzionali a circoscrivere l'ambito di copertura delle tutele assicurative e, in quest'ottica, l'ente ha dato ampia dimostrazione di adottare criteri interpretativi estensivi piuttosto che restrittivi. Ed a tal fine si limita a prendere atto della esistente riserva di legge costituzionale.

Venendo alla parte più strettamente relativa alla copertura assicurativa, come detto, si concorda nella sostanza con l'affermazione dell'Inail che esclude la sussistenza del c.d. "rischio elettivo"²³ (come noto, l'unico caso nel quale può venir meno la copertura assicurativa per il lavoratore): l'Inail, infatti, conclude che anche nel caso di omessa vaccinazione *il rischio di contagio non è certamente voluto dal lavoratore e la tutela assicurativa opera se e in quanto il contagio sia riconducibile all'occasione di lavoro, nella cui nozione rientrano tutti i fatti, anche straordinari ed imprevedibili, inerenti l'ambiente, le macchine, le persone, compreso il comportamento dello stesso lavoratore, purché attinenti alle condizioni di svolgimento della prestazione.*

Ed invero, anche nel caso in cui si dovesse ritenere sussistente un obbligo alla vaccinazione (v. *infra*), e nella misura in cui tale obbligo rientra negli obblighi di prevenzione (sicurezza del lavoro), non si vede perché ci si dovrebbe discostare dai consolidati orientamenti richiamati dall'Inail, secondo i quali, per l'appunto, la condotta negligente del lavoratore o anche una sua colposa omissione (delle previste misure di prevenzione) non integra gli estremi del c.d. "rischio elettivo" e non esclude pertanto la copertura previdenziale²⁴.

Tanto più nel caso di specie, in cui il datore di lavoro dovrebbe ritenersi onerato di un dovere di controllo "rafforzato" sul corretto adempimento degli obblighi del lavoratore (la vaccinazione) ed un eventuale conseguente "*culpa in vigilando*" non sembra agevole da superarsi²⁵.

²² Su cui la citata circolare n. 13/2020.

²³ Contra invece A. DE MATTEIS, *Infermieri che rifiutano il vaccino*, cit.

²⁴ Concordano in tal senso P. PASCUCCI, A. DELOGU, *L'ennesima sfida della pandemia Covid-19*, cit., p. 83.

²⁵ In tal senso rilevano specialmente le lettere *f* (...*richiedere l'osservanza da parte dei singoli lavoratori delle norme vigenti, nonché delle disposizioni aziendali in materia di sicurezza e di igiene del lavoro e di uso dei mezzi di protezione collettivi e dei dispositivi di protezione individuali messi a loro disposizione*); e *bb* (*vigilare affinché i lavoratori per i quali vige l'obbligo di sorveglianza sanitaria non siano adibiti alla mansione lavorativa specifica senza il prescritto giudizio di idoneità*), dell'art. 18, comma 1, del d.lgs. n. 81/2008 (*obblighi del datore di lavoro e del dirigente*).

6. *Autodeterminazione e sicurezza del lavoro: un tentativo di ragionevole contemperamento...*

A questo punto possiamo cercare di tirare le fila e argomentare specifiche considerazioni sulla questione principale che ci occupa, pur condividendo appieno “[...] *la doverosa consapevolezza scientifica che, per la complessità del tema, potrebbe alimentare più dubbi che certezze*”²⁶.

In primo luogo, pare impossibile affermare la sussistenza di un generale onnicomprensivo obbligo a vaccinarsi per tutti i lavoratori. Vero è infatti che nel caso degli ambienti di lavoro intervengono le disposizioni generali e specifiche sopra richiamate (l’art. 2087, le disposizioni del d.lgs. n. 81/2008); vero è però anche che a tali disposizioni si contrappone il serio ostacolo costituito dalla norma che direttamente correla le misure dei Protocolli sociali alla piena attuazione dell’art. 2087 c.c.²⁷; disposizione che, come noto, è stata emanata proprio per dare “certezza del diritto” e conseguenti risposte alle crescenti preoccupazioni delle aziende sugli incerti limiti dell’obbligo di sicurezza relativamente al rischio-contagio sul lavoro, per le possibili responsabilità da inosservanza di eventuali misure “innominate” ulteriori rispetto a quelle concordate con le Parti sociali e validate anche dal Governo.

Ebbene, se è vero che la citata norma “...*non può sterilizzare sine die l’operatività dell’art. 2087 c.c. quale norma di chiusura del sistema...*” è però anche vero che sminuirne la portata²⁸ significa sostanzialmente negare ogni valenza al predetto intervento del legislatore. In ogni caso, anche superando l’ostacolo dell’art. 29-*bis* della l. n. 40/2020, non pare possibile rinvenire nell’art. 2087 c.c. “la legge” attuativa nei luoghi di lavoro della riserva di cui all’art. 32 Cost.²⁹

Né a quella conclusione, almeno in generale e per tutti i lavoratori, si può giungere facendo leva sulle citate disposizioni specifiche del d.lgs. n. 81, ed in particolare quelle del titolo X sugli agenti biologici (spec. art. 279) in combinato disposto con le norme sulla Valutazione dei rischi (artt. 18, 28). Da quelle disposizioni, infatti, come del resto da più parti rilevato, si può desumere al massimo un obbligo datoriale a “rendere disponibile” il vaccino, ma non ad imporne la somministrazione al lavoratore alla stregua di un obbligatorio DPI³⁰.

²⁶ P. PASCUCCI, A. DELOGU, *L’ennesima sfida della pandemia Covid-19*, cit., p. 83.

²⁷ Art. 29-*bis* della l. n. 40/2020.

²⁸ Cfr. P. ALBI, *Sicurezza sul lavoro e responsabilità del datore di lavoro nella fase della pandemia*, in “Il lavoro nella giurisprudenza”, 2020, n. 12, p. 1130; R. RIVERSO, *L’obbligo del vaccino anti Covid*, cit., p. 11.

²⁹ Cfr. sul punto le posizioni di C. CESTER, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l’opinione di Carlo Cester*, in “Labor. Il lavoro nel diritto” (<http://www.rivistalabor.it/>), 23 gennaio 2021, p. 1; O. MAZZOTTA, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l’opinione di Oronzo Mazzotta*, in “Labor. Il lavoro nel diritto” (<http://www.rivistalabor.it/>), 28 gennaio 2021, p. 2; V. FERRANTE, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l’opinione di Vincenzo Ferrante*, in “Labor. Il lavoro nel diritto”, (<http://www.rivistalabor.it/>), 22 gennaio 2021; P. PASCUCCI, A. DELOGU, *L’ennesima sfida della pandemia Covid-19*, cit., p. 82 ss.

³⁰ P. PASCUCCI, A. DELOGU, *ibidem*.

Proprio la norma appena citata, però, ci consente di articolare meglio il ragionamento: se infatti si concorda, per le ragioni suesposte, sulla inesistenza di un obbligo generale, per così dire *tout court*, dei datori di lavoro di imporre la vaccinazione, ed un correlato obbligo dei lavoratori di ottemperare, allo stesso tempo non pare possibile “chiudere” in maniera così *tranchante* la questione, ma invece opportuno e necessario differenziare argomentazioni e conclusioni con riguardo ai differenti ambiti lavorativi.

In questo senso si ritiene utile partire dalla distinzione operata dall’Inail, e sopra ricordata, tra ambienti (e lavoratori) a rischio professionale “presunto” ed ambienti (e lavoratori) a rischio generico, sia pure “aggravato”. Vero è che la distinzione dell’Inail opera squisitamente sul piano previdenziale, nondimeno sembra possibile trarne utili argomentazioni.

Nel primo caso (ambienti a rischio professionale presunto) le citate disposizioni del d.lgs. n. 81/2008 assumono un rilievo diverso. Se, infatti, il rischio contagio è rischio professionale, anche le modifiche alla normativa, europea ed italiana, sulla prevenzione dei rischi biologici inducono a dare maggior peso alle disposizioni del titolo X del d.lgs. n. 81/2008, e tra queste al citato art. 279. Ciò porterebbe anche al superamento dell’ostacolo rappresentato dall’art. 29-*bis* della l. n. 40/2020, potendosi intendere quella norma riferita (esclusivamente) all’obbligo generale di sicurezza dell’art. 2087 c.c. ed alle misure “innominate”, ma non invece alle disposizioni specifiche (“nominate”) della legislazione tecnica (come appunto il titolo X del d.lgs. n. 81/2008), in tal caso applicabili.

Ed ancora, in tale area, in particolare quella medico-sanitaria, rilevano anche le disposizioni più squisitamente attinenti alla disciplina del contratto di lavoro ed ai requisiti professionali del prestatore di lavoro³¹, dal combinato disposto (delle disposizioni del titolo X) con le quali si potrebbe desumere dunque un obbligo (vaccinale) al contempo operante su entrambe le parti del rapporto di lavoro: per il datore di lavoro, come obbligo di apprestare le necessarie ed opportune misure a tutela dei propri lavoratori, da un lato, e dei cittadini-utenti, dall’altro lato (art. 18 del d.lgs. n. 81/2008)³²; come obbligo per ciascun lavoratore, ai sensi dell’art. 20 del d.lgs. n. 81/2008 ma anche in relazione all’art. 2104 c.c. (diligenza del lavoratore)³³.

Infine, sarebbero più incisive in quest’area anche le letture del principio costituzionale che evidenziano il profilo “collettivo-generale” della tutela costituzionale e le “raccomandazioni” alla vaccinazione.

³¹ Cfr. G. PELLACANI, *La vaccinazione contro il Coronavirus (SARS-Cov-2) negli ambienti di lavoro tra norme generali in tema di prevenzione e tutela della salute e sicurezza, disciplina emergenziale per la pandemia COVID-19 e prospettive di intervento del legislatore*, in “Lavoro Diritti Europa”, n. 1, 2021; O. MAZZOTTA, *Vaccino anti-Covid e rapporto di lavoro*, *ivi*.

³² Il tutto attraverso la “mediazione” del medico competente, necessaria anche ai fini del rispetto della privacy, come dalle recenti indicazioni del Garante. In merito, v. le approfondite riflessioni di P. PASCUCI, A. DELOGU, *L’ennesima sfida della pandemia Covid-19*, *cit.*, p. 107 ss.

³³ Cfr. L. ZOPPOLI, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l’opinione di Lorenzo Zoppoli*, in “Labor. Il lavoro nel diritto”, (<http://www.rivistalabor.it/>), 22 gennaio 2021.

Negli altri settori (a rischio generico aggravato), non potendosi invece desumere un tale obbligo né sul piano generale né su quello contrattuale, la questione sembra doversi porre in termini diversi: valutandone cioè la possibile incidenza sulla idoneità/utilità del lavoratore e della sua prestazione rispetto all'assetto organizzativo dell'azienda.

La distinzione potrà risultare più chiara spostandoci sul piano delle possibili conseguenze sul rapporto di lavoro in caso di rifiuto alla vaccinazione.

Nel primo caso, sussistendo un obbligo alla vaccinazione, quel presupposto potrebbe rilevare anche sul piano contrattuale, e dunque la sua inosservanza potrebbe integrare un inadempimento, anche “notevole” (ai sensi art. 3, della l. n. 604/1966) in ragione della sua importanza ai fini prevenzionali e degli effetti che ne possono conseguire (per lo stesso lavoratore, per i suoi colleghi, per l'utenza) e potrebbe comportare l'adozione di provvedimenti disciplinari, forse anche il licenziamento³⁴.

Ciò, salvo evidentemente le ipotesi in cui sussistano specifiche esimenti (di carattere medico: ad es. comprovate intolleranze ai farmaci); nel qual caso la questione vira, in termini “organizzativi”, verso l'inidoneità al lavoro e le possibili conseguenze, su cui vedi *infra*.

Nei settori a rischio “generico aggravato”, non potendosi, come detto, ricavare l'esistenza di un obbligo a vaccinarsi per i lavoratori, il rifiuto a vaccinarsi potrebbe comportare conseguenze su di un diverso piano: pur non assumendo rilevanza disciplinare, può infatti ripercuotersi sull'assetto organizzativo dell'azienda, in rapporto alla prestazione di quel lavoratore. Vero è, infatti, che, anche in assenza di vaccini, in tutto questo periodo si è ritenuta possibile la prestazione (nei settori/periodi in cui le attività sono state consentite), previa adozione delle misure di precauzione/prevenzione previste dal Governo e dai Protocolli sociali; ma è altrettanto vero che queste misure certamente (e, dovrebbe dirsi, auspicabilmente) non garantiscono la stessa “sicurezza” dei vaccini in termini di efficacia prevenzionale; in secondo luogo, comportano notevoli “complicazioni” organizzative (distanziamento, dispositivi di protezione, etc.). Peraltro, non va nemmeno sottaciuta un'ulteriore complicazione, costituita da una possibile “incompatibilità ambientale” tra il/i (presumibilmente pochi) lavoratori e lavoratrici non vaccinati e tutti gli altri (presumibilmente la assoluta maggioranza) e che, come noto agli addetti ai lavori, pure si può riverberare sull'organizzazione aziendale.

In definitiva, in tali casi il rifiuto alla vaccinazione, come peraltro da più parti segnalato, quantomeno si potrà tradurre in una “inidoneità”, relativa, al lavoro, alla quale, come noto, il datore di lavoro potrà e dovrà rimediare con apposite idonee misure organizzative (relative al quel rapporto di lavoro ed a quella prestazione)³⁵; ma solo e nella misura in cui ciò sia compatibile con l'assetto organizzativo “dato”

³⁴ Cfr. anche C. CESTER, *Dibattito istantaneo*, cit.; V. FERRANTE, *Dibattito istantaneo*, cit.

³⁵ Cfr. V. FERRANTE, cit.

dell'azienda. Il che non pare agevole, se non ricorrendo al lavoro a distanza (agile o telelavoro), sempre laddove (per l'azienda) possibile. Residuando altrimenti la misura più radicale del licenziamento per motivo oggettivo: misura certo estrema, ma non per questo impossibile³⁶.

Anche in questo caso, diversa valutazione dovrà essere riservata ai lavoratori "giustificati" dalle predette esimenti medico-sanitarie. Questi infatti, andrebbero forse equiparati, almeno temporaneamente e fino alla immunità di gregge, ai lavoratori "svantaggiati" (più che ai lavoratori fragili³⁷), con applicazione delle tutele del caso, sia nel rapporto che nel mercato del lavoro.

7. ... In attesa di una legge (o dell'"immunità di gregge")

Come da iniziale avvertenza, conclusioni e argomentazioni espone in questo contributo, al pari delle altre, sono espone comunque a tutte le incertezze derivanti dalla mera constatazione, riassumibile utilizzando le parole dell'INPS, che: *"non si rileva allo stato dell'attuale legislazione in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, un obbligo specifico di aderire alla vaccinazione da parte del lavoratore. [...] In materia di trattamenti sanitari opera, tra l'altro, la riserva assoluta di legge di cui all'articolo 32 della Costituzione [...]"*.

È pertanto evidente che l'unico modo per risolvere definitivamente le incertezze su una questione così seria e dalle ripercussioni così rilevanti è un specifico intervento del legislatore che chiarisca se e/o quando (per quali settori) sussiste l'obbligo vaccinale per i lavoratori.

Peraltro, l'attuale emergenza sanitaria potrebbe anche giustificare un intervento legislativo che preveda l'obbligatorietà del vaccino, generale o per ambiti specifici, tenendo conto delle indicazioni della Corte costituzionale sul contemperamento tra la tutela dell'interesse del singolo e la tutela dell'interesse della collettività; ciò anche in considerazione delle gravissime ripercussioni sulle condizioni economiche, e dunque inevitabilmente esistenziali, di rilevante parte dei cittadini, come pure su altri diritti fondamentali della persona (primo tra tutti la libertà personale).

L'unica alternativa per risolvere la questione sarebbe infatti attendere il raggiungimento della tanto desiderata "immunità di gregge". Ma, anche in quel caso, si tratterebbe comunque di una soluzione non definitiva, certamente non sul piano tecnico-giuridico.

³⁶ V. S. BELLOMO, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l'opinione di Stefano Bellomo*, in "Labor. Il lavoro nel diritto", (<http://www.rivistalabor.it/>), 23 gennaio 2021.

³⁷ Cfr. M. VERZARO, *Abundans cautela non nocet. A (s) proposito del c.d. licenziamento per mancata vaccinazione anti-coronavirus*, in "Federalismi", <https://federalismi.it>, n. 6, 2021, p. 280.

Abstract

Il contributo interviene nel dibattito sull'obbligo vaccinale nel rapporto di lavoro. L'autore, partendo dalla ricostruzione dei profili costituzionali e lavoristici del dibattito, anche nei riflessi previdenziali, propende per una differenziazione tra i settori a maggiore incidenza del rischio-contagio (medico-sanitario) e gli altri, in ogni caso rilevando la possibilità di conseguenze importanti sui rapporti di lavoro nel caso di rifiuto di vaccinazione.

The article deals with the debate on the vaccination obligation in labour relationship. The Author, starting from the frame of constitutional and labour aspects of the debate, including social security repercussions, argues for a differentiation between sectors with a higher incidence of contagion-risk (medical-health) and other sectors, noting the option of significant consequences on labour relationships in case of refusal of vaccination.

Parole chiave

Salute, lavoro, pandemia, vaccino, obblighi

Keywords

Health, labour, pandemic, vaccine, obligations

Prime considerazioni di tipo sistematico sul d.l. 1 aprile 2021, n. 44**

di Paolo Pascucci e Chiara Lazzari*

SOMMARIO: 1. Premessa metodologica. – 2. «Disposizione di legge» ex art. 32, comma 2, Cost. e fondamento dell'obbligo vaccinale. – 3. Disciplina speciale e disciplina generale. – 4. La questione del licenziamento. – 5. Qualche considerazione conclusiva (la copertura assicurativa; l'intervento della giurisprudenza).

1. Premessa metodologica

Com'è noto, il vivace dibattito che si è sviluppato attorno alla questione della vaccinazione per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2 nei contesti lavorativi¹ si è di recente arricchito di un ulteriore e importante tassello, avendo il legislatore², con l'art. 4 del d.l. 1 aprile 2021, n. 44, introdotto l'obbligo vaccinale per «gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario che svolgono la loro attività nelle strutture sanitarie, sociosanitarie e socio-assistenziali, pubbliche e private, nelle farmacie, parafarmacie e negli studi professionali».

* Paolo Pascucci è professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Urbino Carlo Bo. paolo.pascucci@uniurb.it. Chiara Lazzari è professoressa associata di Diritto del lavoro nella medesima Università. chiara.lazzari@uniurb.it.

** Il saggio è stato preventivamente assoggettato alla procedura di referaggio prevista dalle regole editoriali della Rivista. Sebbene tutte le tematiche oggetto del saggio e le conclusioni a cui perviene costituiscano il frutto di una riflessione comune, i paragrafi 3 e 4 sono attribuibili a Paolo Pascucci, mentre i paragrafi 1, 2 e 5 sono attribuibili a Chiara Lazzari.

¹ L'ampiezza di tale dibattito è ormai tale da non consentire citazioni esaustive; pertanto, oltre agli autori richiamati nelle note che seguono, ci si limita qui a segnalare, fra i contributi più recenti, P. PASCUCCI, A. DELOGU, *L'ennesima sfida della pandemia Covid-19: esiste un obbligo vaccinale nei contesti lavorativi?* e G. NATULLO, *Vaccini e rapporti di lavoro tra obblighi di sicurezza e diritto all'autodeterminazione*, entrambi in questo fascicolo di questa "Rivista", I, rispettivamente p. 81 ss. e p. 138 ss., nonché le opinioni espresse nell'ambito del "Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro", ospitato nel sito della rivista "Labor" (<http://www.rivistalabor.it/>), e i molti scritti rilanciati dalle "Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi", promosse e coordinate da V.A. Poso.

² In generale, per alcune riflessioni nella prospettiva di un intervento legislativo in materia G. PELLACANI, *La vaccinazione contro il Coronavirus (SARS-CoV-2) negli ambienti di lavoro tra norme generali in tema di prevenzione e tutela della salute e sicurezza, disciplina emergenziale per la pandemia COVID-19 e prospettive di intervento del legislatore*, in "Lavoro Diritti Europa", 2021, n. 1, p. 9 ss.; AA.VV., *Per operatori sanitari e socioassistenziali è il momento dell'obbligo vaccinale?* Intervista di M. Basilico a F. Amendola, R. De Luca Tamajo e V.A. Poso, in "Giustizia insieme", 30 marzo 2021.

Obiettivo di queste note non è, tuttavia, quello di analizzare nel dettaglio il citato art. 4, rinviandosi, in proposito, ai primi contributi pubblicati sul tema³, che ben evidenziano le questioni interpretative maggiormente salienti poste dalla nuova disciplina, specie con riguardo al suo campo di applicazione soggettivo e oggettivo, alle esenzioni, nonché ad alcune incongruenze/lacune rinvenibili nella procedura amministrativa volta all'accertamento dello stato vaccinale e nel meccanismo di comunicazioni incrociate ad essa collegato⁴. Piuttosto, la finalità è quella di formulare qualche riflessione sulle ricadute di tipo sistematico che tale intervento legislativo sembra recare con sé.

2. «Disposizione di legge» ex art. 32, comma 2, Cost. e fondamento dell'obbligo vaccinale

La prima di dette ricadute attiene alla conferma di ciò che già emergeva, ad avviso di chi scrive, dall'ordinamento: ossia la necessità che l'obbligo vaccinale per la generalità dei lavoratori, o solo per alcune categorie, sia posto da una previsione normativa *ad hoc* ai sensi dell'art. 32, comma 2, Cost., non essendo altrimenti possibile rinvenire il fondamento giuridico di una pretesa siffatta nei confronti del prestatore di lavoro.

A tal fine, invero, non pare sufficiente l'art. 2087 c.c.⁵, pur potendosi qualificare il vaccino quale misura di prevenzione, come riconosce anche il Tribunale di Belluno nella prima pronuncia resa sul tema⁶, ma costituendo lo stesso comunque un «trattamento sanitario», che, in quanto tale, deve essere imposto da una specifica disposizione di legge. E di legge statale, qual è il decreto in questione⁷,

³ Cfr. F. SCARPELLI, *Arriva l'obbligo del vaccino (solo) per gli operatori sanitari: la disciplina e i suoi problemi interpretativi*, in “Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi”, cit., 3 aprile 2021; A. DE MATTEIS, *Il decreto - legge sull'obbligo di vaccino del personale sanitario*, *ivi*, 5 aprile 2021; M. VERZARO, *ECCE LEX! L'obbligo di vaccinazione per gli operatori sanitari*, *ivi*, 5 aprile 2021; C. PISANI, *Il vaccino per gli operatori sanitari obbligatorio per legge e requisito essenziale per la prestazione*, *ivi*, 7 aprile 2021; R. RIVERSO, *Note in tema di individuazione dei soggetti obbligati ai vaccini a seguito del decreto-legge n. 44/2021*, *ivi*, 12 aprile 2021; V. A. POSO, *Dei vaccini e delle «pene» per gli operatori sanitari. Prime osservazioni sul D.L. 1° aprile 2021, n. 44 (G.U. n. 79 del 1° aprile 2021)*, in “Labor. Il lavoro nel diritto”, Aggiornamenti, 10 aprile 2021.

⁴ In proposito, si veda comunque quanto si dirà *infra*, sub § 2, e § 3, nota 37.

⁵ V., invece, P. ICHINO, *Perché e come l'obbligo di vaccinazione può nascere anche solo da un contratto di diritto privato*, in “Lavoro Diritti Europa”, 2021, n. 1, p. 4 ss.; dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 44/2021, ancora ID., *Covid-19, obbligo vaccino in ogni azienda*, intervista a cura di A. Ricciardi, in “ItaliaOggi”, 8 aprile 2021, p. 7.

⁶ Trib. Belluno, 19 marzo 2021, ord., in “Wikilabour”, Newsletter n. 06 del 24 marzo 2021; per alcuni commenti, C. PISANI, *Rifiuto del vaccino e ferie forzate per gli operatori sanitari in attesa del decreto legge*, in “Guida al lavoro”, 2021, n. 16, p. 30 ss.; R. RIVERSO, *Questioni applicative in tema di rifiuto di vaccinarsi: dalla circolare INAIL dell'1.3.2021 all'ordinanza del giudice di Belluno del 19.3.2021*, in “Questione giustizia”, 29 marzo 2021; v. anche *infra*, § 5.

⁷ Sulla legittimità del decreto legge quale strumento d'introduzione dell'obbligo in questione si veda la giurisprudenza costituzionale ricordata da G. ZAMPINI, *L'obbligo di vaccinazione anti Sars-Cov-2 tra evidenze scientifiche e stato di diritto*, in “Il lavoro nella giurisprudenza”, 2021, n. 3, p. 227.

non regionale⁸, vertendosi qui in una materia – quella della «profilassi internazionale», comprensiva, come ha affermato la Corte costituzionale proprio a proposito della Covid-19, «di ogni misura atta a contrastare una pandemia sanitaria in corso, ovvero a prevenirla»⁹ – di esclusiva competenza dello Stato *ex art.* 117, comma 2, lett. *g*, Cost. Ma analogamente dicasi per l'art. 20 del d.lgs. n. 81/2008¹⁰ (così come per gli obblighi preparatori all'adempimento e i doveri di protezione gravanti sul prestatore di lavoro¹¹), la cui formulazione, con riguardo, in particolare, al dovere del lavoratore di prendersi cura della propria salute e sicurezza e di quella delle altre persone presenti sul luogo di lavoro, su cui ricadono gli effetti delle sue azioni od omissioni (comma 1), appare troppo generica rispetto a quanto richiesto a livello costituzionale. O per i tentativi di recuperare detto fondamento nell'equiparazione fra vaccini obbligatori e vaccini raccomandati, che fa leva sulla giurisprudenza della Consulta pronunciatasi a fini indennitari, ossia per il caso di danni subiti a seguito di procedure vaccinali¹². La stessa Corte, infatti, riconosce che «nell'orizzonte epistemico della pratica medico-sanitaria la distanza tra raccomandazione e obbligo è assai minore di quella che separa i due concetti nei rapporti giuridici», poiché, «in ambito medico, raccomandare e prescrivere sono azioni percepite come egualmente doverose in vista di un determinato obiettivo»¹³: ma, per l'appunto, in ambito medico, mentre quando si parla di diritto la distanza rimane tutta. O, ancora – e specie con riferimento agli ambienti di lavoro, come quelli sanitari, nei quali il SARS-CoV-2 costituisce un rischio professionale – per la valorizzazione dell'art. 279, comma 2, del d.lgs. n. 81/2008¹⁴, anche in ragione degli obblighi deontologici che caratterizzerebbero, in questo caso, l'attività del prestatore di lavoro e dei requisiti professionali al medesimo richiesti¹⁵. Intuizione, quest'ultima, senz'altro acuta e che il legislatore mostra di voler accogliere, allorché

⁸ V., da ultimo, M. MASSA, *Lavoro e vaccinazione contro il Covid-19. Note costituzionali su un dibattito giuslavoristico*, in "Quaderni costituzionali", 2021, n. 1, p. 92, nota 13; cfr. pure Trib. Messina, 12 dicembre 2020, in <https://olympus.uniurb.it>, secondo cui, pur se con riferimento alla vaccinazione antinfluenzale, «l'introduzione dell'obbligo del vaccino non appare... rientrare nella competenza regionale».

⁹ Corte cost., 12 marzo 2021, n. 37.

¹⁰ P. ICHINO, *L'obbligo di vaccinazione anti-Covid di fonte contrattuale*, in "Guida al lavoro", 2021, n. 3, p. 11; per la valorizzazione del citato art. 20 anche C. CESTER, *L'opinione*, in "Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro", cit., 23 gennaio 2021, p. 4 e V. FERRANTE, *L'opinione, ivi*, 22 gennaio 2021.

¹¹ O. MAZZOTTA, *L'opinione*, in "Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro", cit., 28 gennaio 2021, p. 3 ss.

¹² A. De MATTEIS, *Art. 32 Cost.: diritti e doveri in tema di vaccinazione anti-covid*, in "Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi", cit., 2 febbraio 2021, p. 6 ss.; in tema, v. anche R. RIVERSO, *L'obbligo del vaccino anti Covid nel rapporto di lavoro tra principio di prevenzione e principio di solidarietà, ivi*, 18 gennaio 2021, p. 4 ss.; L. DE ANGELIS, *Ragionando a caldo su vaccinazioni e rapporto di lavoro, ivi*, 17 febbraio 2021, p. 3 ss.

¹³ Corte cost., 18 gennaio 2018, n. 5.

¹⁴ G. NATULLO, *Vaccini e rapporti di lavoro*, cit., p. 147 ss.; tra i primi a chiamare in causa l'art. 279 del d.lgs. n. 81/2008, R. GUARINIELLO, *Sorveglianza sanitaria: vaccino obbligatorio per i lavoratori?*, in "Diritto e pratica del lavoro", 2021, n. 1, p. 30 ss.

¹⁵ Cfr. L. ZOPPOLI, *L'opinione*, in "Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro", cit., 22 gennaio 2021.

si riferisce alla vaccinazione in termini di «requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative rese dai soggetti obbligati» (art. 4, comma 1, secondo periodo, del d.l. n. 44/2021¹⁶), ma inserendola in un quadro di ben altra certezza giuridica rispetto ai fondati dubbi alimentati dall'innegabile differenza fra «messa a disposizione» del vaccino – così si esprime il citato art. 279, comma 2, lett. a – e imposizione dello stesso.

Né un obbligo di tal fatta potrebbe essere previsto dalle parti sociali, essendo demandato solo al legislatore il compito/potere di effettuare il bilanciamento fra libertà del singolo e tutela della salute pubblica presupposto dall'art. 32 Cost.¹⁷: e, infatti, correttamente il «Protocollo nazionale per la realizzazione dei piani aziendali finalizzati all'attivazione di punti straordinari di vaccinazione anti SARS-CoV-2/Covid-19 nei luoghi di lavoro», siglato il 6 aprile 2021, ribadisce, in particolare ai punti 2 e 8, il carattere volontario dell'adesione (sia dal lato del lavoratore che del datore di lavoro).

Insomma, se ne può dedurre che, al di fuori del campo di applicazione del menzionato decreto, non appare rintracciabile alcun obbligo vaccinale in capo al lavoratore. Trattandosi, inoltre, di una disciplina che, in attuazione dell'art. 32, comma 2, Cost., costituisce un limite al principio di autodeterminazione dell'individuo in materia sanitaria, sancito dalla medesima norma costituzionale, la stessa sembrerebbe dover essere interpretata restrittivamente.

Il passaggio, peraltro, è assai complesso, perché impatta sulla definizione dei destinatari dell'obbligo, il quale, in effetti, da un punto di vista logico-sistematico, dovrebbe riguardare tutti coloro che a vario titolo si trovano a operare negli ambiti considerati dal d.l. n. 44/2021 (si pensi al caso degli addetti alle pulizie impiegati in virtù di un appalto)¹⁸. Sennonché, la delimitazione del campo applicativo del decreto mediante il riferimento non solo all'elemento oggettivo dei luoghi di lavoro, ma anche a quello soggettivo delle figure evocate, difficilmente può essere ignorata. A ben vedere, però, ammesso e non concesso che la nozione di “operatore di interesse sanitario” corrisponda a una categoria tipizzata per legge¹⁹, ne deriverebbe inevitabilmente un preoccupante cortocircuito. Invero, se le strutture indicate dall'art. 4 potranno tutelarsi dai rischi “interferenti”, individuati nel Duvri e connessi alla presenza di altri soggetti estranei all'organizzazione e non tenuti *ex lege* alla vaccinazione, tramite gli usuali strumenti negoziali – nei contratti con le imprese appaltatrici il committente ben potrà richiedere che queste inviino in azienda solo lavoratori vaccinati –, *quid iuris* nel caso invece dei dipendenti della struttura che effettuano prestazioni non di contenuto squisitamente sanitario (come, per l'appunto, l'addetto alle pulizie)? L'eventuale non assoggettamento

¹⁶ Sul punto, v. anche *infra*, § 4.

¹⁷ Diversamente, G. BENINCASA, G. PIGLIALARMÌ, *Covid-19 e obbligo giuridico di vaccinazione per il dipendente*, in <http://salus.adapt.it>, Working Paper n. 1/2021, p. 11 ss.

¹⁸ Per questa impostazione, si vedano specie R. RIVERSO, *Note in tema di individuazione dei soggetti obbligati*, cit., p. 5 ss.; A. DE MATTEIS, *Il decreto - legge sull'obbligo di vaccino*, cit., p. 4.

¹⁹ Su tale questione v. R. RIVERSO, *Note in tema di individuazione dei soggetti obbligati*, cit., p. 8.

all'obbligo vaccinale di soggetti che, svolgendo mansioni inequivocabilmente "di contatto", operano nei medesimi contesti lavorativi esposti allo stesso rischio, evidenzerebbe un grave *vulnus* agli obiettivi di tutela perseguiti dal decreto.

In tal senso, sarebbe opportuno che la suggestiva idea secondo cui la nozione di "operatore di interesse sanitario" dovrebbe essere definita alla luce del rischio ambientale²⁰ fosse anche corroborata da una chiara parola del legislatore in sede di conversione del d.l. n. 44/2021, coerentemente, del resto, con quanto emerge *per tabulas* nell'ordinanza del 9 aprile 2021, n. 6, del Commissario straordinario per l'emergenza Covid-19, adottata nel rispetto delle previsioni del decreto del Ministro della salute del 12 marzo 2021²¹. Disponendo l'ordine di priorità della vaccinazione, tale ordinanza prevede che, parallelamente alle altre categorie prioritarie, sia «completata la vaccinazione di tutto il personale sanitario e sociosanitario, in prima linea nella diagnosi, nel trattamento e nella cura del Covid-19 e di tutti coloro che operano in presenza presso strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private»²².

D'altronde, se da un lato è evidente che gli obblighi, come quello in esame, che incidono sulla sfera personalissima degli individui, abbisognano di definizioni inequivoche, dall'altro lato sarebbe però del tutto irragionevole che gli stessi non riguardassero tutti coloro che sono stati identificati nelle categorie da vaccinare in via prioritaria fin dalle fasi iniziali del Piano strategico vaccinale²³.

3. *Disciplina generale e disciplina speciale*

Dalle considerazioni sin qui svolte non pare, tuttavia, potersi ricavare altresì la conclusione giusta la quale, in contesti lavorativi differenti, il rifiuto a vaccinarsi non produrrebbe conseguenza alcuna²⁴, applicandosi solo le previsioni del Protocollo condiviso del 24 aprile 2020 (peraltro, sostituito dal «Protocollo condiviso di aggiornamento delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus SARS-CoV-2/COVID-19 negli ambienti di lavoro», del 6 aprile 2021) anche in ragione del suo richiamo ad opera dell'art. 29 *bis* del d.l. n.

²⁰ R. RIVERSO, *Note in tema di individuazione dei soggetti obbligati*, cit., p. 10 ss.

²¹ Con cui è stato approvato il Piano strategico nazionale dei vaccini per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2 costituito dal documento recante «Elementi di preparazione della strategia vaccinale», di cui al decreto 2 gennaio 2021, nonché dal documento recante «Raccomandazioni ad interim sui gruppi target della vaccinazione anti SARS-CoV-2/COVID-19» del 10 marzo 2021.

²² Corsivo degli aa. Cfr. R. RIVERSO, *Note in tema di individuazione dei soggetti obbligati*, cit., p. 14.

²³ Adottato inizialmente con decreto del Ministro della salute del 2 gennaio 2021, ai sensi dell'art. 1, comma 457, della l. n. 178/2020, il quale infatti ha contemplato in primo luogo gli «operatori sanitari e sociosanitari "in prima linea", sia pubblici che privati accreditati», che «hanno un rischio più elevato di essere esposti all'infezione da COVID-19 e di trasmetterla a pazienti suscettibili e vulnerabili in contesti sanitari e sociali».

²⁴ F. SCARPELLI, *Arriva l'obbligo del vaccino*, cit., pp. 7-8.

23/2020, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 40/2020²⁵. La ricostruzione che colloca le conseguenze in questione nell'alveo concettuale e interpretativo del d.lgs. n. 81/2008²⁶ – passando dalla verifica dell'idoneità del lavoratore alla mansione specifica da parte del medico competente – sembra, infatti, mantenere appieno la propria validità, poiché l'introduzione della disciplina speciale *ex* d.l. n. 44/2021 non preclude l'operatività della normativa generale rappresentata dal d.lgs. n. 81/2008 al di fuori dell'ambito soggettivo delineato dalla decretazione d'urgenza. Ma andiamo con ordine.

Per poter stabilire un rapporto di *species a genus* fra d.l. n. 44/2021 e d.lgs. n. 81/2008, appare, infatti, necessario innanzitutto riflettere sulle finalità del nuovo decreto, occorrendo chiedersi se si tratti di un provvedimento (solo) di tutela della salute pubblica o anche di tutela della sicurezza sul lavoro.

In proposito, l'art. 4, comma 1, primo periodo, del medesimo decreto evoca sia l'obiettivo di «tutelare la salute pubblica», che quello di «mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza»²⁷. Sotto quest'ultimo profilo, peraltro, v'è da interrogarsi se il mantenimento di dette condizioni riguardi soltanto chi è curato e assistito o anche chi cura e assiste. Apparentemente, il dettato sembra tutto proiettato nel primo senso, ovvero parrebbe che l'unico rischio che l'art. 4 si preoccupa di scongiurare sia quello che la presenza del non vaccinato può creare agli “altri” (interni o esterni che siano all'organizzazione). Sennonché, tale soggetto è lui stesso un lavoratore a rischio, la cui incolumità va comunque protetta, come ben emerge dall'ordinanza del Tribunale bellunese²⁸.

Nondimeno, una lettura più meditata induce a considerazioni ulteriori. In primo luogo, va rilevato che anche al d.lgs. n. 81/2008 non sono estranee finalità di tutela di soggetti “altri” rispetto a chi presta la propria attività nell'ambito dell'organizzazione datoriale. Si pensi al suo art. 2, comma 1, lett. *n*, che, ai fini e agli effetti di tale decreto, definisce la «prevenzione» come «il complesso delle disposizioni o misure necessarie anche secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, per evitare o diminuire i rischi professionali nel rispetto della salute della popolazione e dell'integrità dell'ambiente esterno». O, ancora, al già ricordato art. 20, comma 1²⁹, e al dovere, ivi previsto, di cura della salute e sicurezza delle persone presenti sul luogo di lavoro, su cui ricadono gli effetti delle azioni od omissioni del lavoratore. Insomma, anche dal d.lgs. n. 81/2008 emerge

²⁵ V. già A. PERULLI, *L'opinione*, in “Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro”, cit., 25 gennaio 2021; *contra* C. PISANI, *Emergenza coronavirus, rifiuto del vaccino e licenziamento*, in “Guida al lavoro”, 2021, n. 3, pp. 15-16.

²⁶ V., soprattutto, P. PASCUCCI, A. DELOGU, *L'ennesima sfida della pandemia Covid-19*, cit.; sulla valorizzazione della normativa in tema di sicurezza sul lavoro anche P. ALBI, *L'opinione*, in “Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro”, cit., 2 febbraio 2021; S. BELLOMO, *L'opinione*, *ivi*, 23 gennaio 2021, p. 2.

²⁷ C. PISANI, *Il vaccino per gli operatori sanitari*, cit., p. 6.

²⁸ V. *supra*, § 2, e *infra*, § 5.

²⁹ V. *supra*, § 2.

una dimensione integrata della sicurezza sul lavoro e un'idea di "circolarità" della nozione di salute che fa leva sulla permeabilità fra ambiente di lavoro e ambiente di vita³⁰.

Per altro verso, quantunque l'art. 4 del d.l. n. 44/2021 non menzioni mai il d.lgs. n. 81/2008 e, anzi, contenga previsioni sostanzialmente in deroga alle sue disposizioni (come nel caso delle conseguenze connesse all'adibizione a mansioni diverse e della preclusione del licenziamento³¹), non pare che quest'ultimo decreto risulti comunque totalmente fuori gioco.

A ben guardare, infatti, quando il citato art. 4 evoca il "datore di lavoro" (commi 3, 6, 8 e 10), di chi sta parlando se non del soggetto di cui all'art. 2, comma 1, lett. *b*, del d.lgs. n. 81/2008? Lo stesso è a dirsi allorché l'art. 4, comma 8, del d.l. n. 44/2021 si riferisce al "lavoratore", sembrando qui "recuperare" la nozione posta dall'art. 2, comma 1, lett. *a*, del d.lgs. n. 81/2008³².

D'altro canto, non è immaginabile che il datore di lavoro, allorquando, in esito alla determinazione di sospensione del lavoratore, è chiamato dal comma 8 ad adibirlo a mansioni diverse³³, provveda in totale autonomia, senza avvalersi quanto meno dell'"apporto" del medico competente, se non proprio delle sue "prerogative" formalmente previste dal d.lgs. n. 81/2008³⁴. D'altronde, è chiaro come la conoscenza da parte dello stesso datore della sussistenza nella propria organizzazione di mansioni "non di contatto" dipenda dalla valutazione dei rischi che, a monte, egli dovrà aver rielaborato *ex art.* 29, comma 3, del d.lgs. n. 81/2008³⁵, qui trattandosi oltretutto di organizzazioni nelle quali il rischio biologico SARS-CoV-2 si configura come un vero e proprio rischio specifico e professionale. Ma c'è di più.

Infatti, a ben vedere, la connessione tra la mancata vaccinazione e lo svolgimento di mansioni "di contatto" deve essere vagliata caso per caso, non prevedendo l'art. 4 alcun automatismo in proposito. In altri termini, l'adozione, da parte della ASL, dell'atto di accertamento dell'inosservanza dell'obbligo vaccinale determina la sospensione dal diritto di svolgere prestazioni o mansioni che implicano contatti interpersonali o comportano, in qualsiasi altra forma, il rischio

³⁰ Sul punto, *amplius*, P. PASCUCCI, *Note sul futuro del lavoro salubre e sicuro... e sulle norme sulla sicurezza di rider & co.*, in questa "Rivista", 2019, n. 1, I, p. 56; C. LAZZARI, *Per un (più) moderno diritto della salute e della sicurezza sul lavoro: primi spunti di riflessione a partire dall'emergenza da Covid-19*, in questa "Rivista", 2020, n. 1, I, p. 136 ss.; EAD., *Salute e lavoro: questioni di genere*, in "Rivista giuridica del lavoro e di previdenza sociale", 2021, in corso di pubblicazione.

³¹ V. *infra*, § 4.

³² Sulla stessa linea, A. DE MATTEIS, *Il decreto - legge sull'obbligo di vaccino*, cit., p. 5.

³³ V. *infra*, § 4.

³⁴ Peraltro, l'ausilio del medico competente potrebbe essere chiesto anche prima del completamento della procedura. In altri termini, sebbene il datore di lavoro debba attendere l'espletamento della procedura dettata dalla legge per poter adottare i provvedimenti consequenziali, nel frattempo ben potrebbe, qualora al medico competente fosse già noto lo stato vaccinale, svolgere, tramite quest'ultimo, un'attività di informazione e sensibilizzazione nei confronti dei lavoratori sulle opportunità e i benefici della vaccinazione, sulla falsariga di quanto prevede l'art. 279, comma 5, del d.lgs. n. 81/2008.

³⁵ P. PASCUCCI, A. DELOGU, *L'ennesima sfida della pandemia Covid-19*, cit., p. 108 ss.

di diffusione del contagio da SARS-CoV-2 a condizione che, com'è ovvio, il non vaccinato svolga tali mansioni. È vero che la formulazione dell'art. 4, comma 6, è talmente ampia – riferendosi ai «contatti interpersonali» e al rischio di diffusione «in qualsiasi altra forma» – che ben difficilmente potrà esservi un lavoratore che non ricada in tali situazioni, ma è vero pure che, almeno in astratto, ciò potrebbe anche accadere, non sembrando qui necessario procedere alla diversa adibizione. Peraltro, al di là di un simile “caso di scuola”, pare più che opportuno che la valutazione circa la possibilità o meno di adibizione a mansioni “non di contatto” sia effettuata dal datore di lavoro con l'apporto del medico competente.

Tentando, allora, d'individuare una possibile razionalità nel tessuto normativo, si potrebbe sostenere che il legislatore, per le categorie di soggetti evocati nell'art. 4 nel d.l. n. 44/2021, abbia previsto una speciale disciplina *ad hoc* prioritariamente finalizzata alla tutela della salute pubblica, la quale, tuttavia, ingloba implicitamente in se stessa anche la tutela della salute dei vari operatori sanitari coinvolti. Tutela che, limitatamente a questa fattispecie, prescinde dalle regole ordinarie del d.lgs. n. 81/2008, in quanto risulta già garantita nella sostanza dalle regole speciali di protezione della salute pubblica. Infatti, quella “dimensione passiva” del rischio per il soggetto non vaccinato che scaturisce dalla sua permanenza nell'organizzazione aziendale nei fatti è scongiurata mediante i provvedimenti volti a rimuovere la “dimensione attiva” del medesimo rischio di cui il non vaccinato è portatore, vale a dire tramite la sua adibizione a mansioni diverse “non di contatto” o, nei casi in cui queste non siano disponibili, mediante l'allontanamento dall'organizzazione che consegua alla sospensione. Ovviamente, per il soggetto non vaccinato resterà pur sempre sullo sfondo il rischio “attivo” e “passivo” determinato dall'ubiquità del virus, ma certamente verrà così eliminato quello connesso alla sua presenza nell'organizzazione lavorativa.

Una conferma di tale esito pare potersi desumere, del resto, dalla previsione relativa ai casi in cui la vaccinazione può essere omessa o differita, ai sensi dell'art. 4, comma 2, del d.l. n. 44/2021³⁶. Pure in queste ipotesi, infatti, la mancata vaccinazione, benché non dipendente dalla volontà del lavoratore, produce comunque rilevanti effetti sulla funzionalità del rapporto di lavoro e, segnatamente, in virtù dell'art. 4, comma 10, l'assegnazione a mansioni anche diverse, in questo caso giustamente senza decurtazione della retribuzione ove inferiori, e senza che, qualora le stesse non siano disponibili, si faccia luogo alla sospensione non retribuita. Invero, il richiamo all'art. 26, commi 2 e 2 *bis*, del d.l. n. 18/2020, come da ultimo modificato dal d.l. n. 41/2021, sembrerebbe ragionevolmente da intendersi con riguardo al diritto a svolgere di norma l'attività lavorativa in modalità agile e, quando non sia possibile, all'equiparazione dell'assenza dal servizio al ricovero ospedaliero e alla non computabilità della stessa ai fini del periodo di

³⁶ Secondo tale norma, «solo in caso di accertato pericolo per la salute, in relazione a specifiche condizioni cliniche documentate, attestate dal medico di medicina generale, la vaccinazione di cui al comma 1 non è obbligatoria e può essere omessa o differita».

comporto (dunque a prescindere dal riferimento ai “lavoratori fragili” ivi espressamente individuati). Ciò a riprova del fatto che lo stato vaccinale rileva sul piano oggettivo della valutazione del rischio, tanto che la mancata vaccinazione incolpevole non esonera il datore di lavoro dall’adozione degli interventi indicati³⁷. Insomma, una disciplina speciale è prevista altresì per coloro che non possono vaccinarsi per controindicazioni personali legate allo stato di salute, proprio perché anche costoro, permanendo all’interno dell’organizzazione, costituiscono un rischio per gli “altri”. E pure per questi soggetti la disciplina speciale di tutela della salute pubblica ingloba quella relativa alla tutela della loro salute in deroga a quanto sancito dal d.lgs. n. 81/2008.

Così ricostruiti i rapporti fra normativa generale (d.lgs. n. 81/2008) e normativa speciale (d.l. n. 44/2021), ne deriva, come si accennava in apertura del paragrafo, l’impossibilità di condividere l’assunto secondo cui per tutti coloro che non sono sottoposti a obbligo vaccinale non venga in gioco la questione della valutazione d’idoneità alla mansione, con la conseguenza che la loro libertà di non vaccinarsi non produrrebbe effetto alcuno, proprio perché non si possono sottostimare i riflessi sistematici dell’art. 4 rispetto alla situazione di quei lavoratori che non appartengono alle categorie ivi contemplate e che, nondimeno, ove non vaccinati, potrebbero rappresentare un rischio per i “terzi” o per se stessi. Piuttosto, si deve qui ribadire quanto già ampiamente sostenuto in altra sede³⁸, ferme restando, in merito alla vaccinazione anti Covid-19, le diverse posizioni di “obbligo” per gli operatori sanitari e quelle di “onere” per tutti gli altri lavoratori.

Né sembra conclusiva l’obiezione secondo cui non potrebbe parlarsi d’inidoneità di un soggetto in precedenza considerato idoneo per la semplice sopravvenienza del vaccino³⁹. Il contenuto dell’obbligo datoriale di sicurezza è, infatti, per sua natura dinamico, dovendosi determinare, di volta in volta, (anche) in rapporto al progresso scientifico e tecnologico (la «tecnica» di cui parla l’art. 2087 c.c.): e il vaccino costituisce indubbiamente espressione di tale progresso. Non a caso, del tutto coerentemente rispetto alla disposizione codicistica, la valutazione dei rischi deve essere «immediatamente rielaborata», ai sensi dell’art. 29, comma 3, del d.lgs. n. 81/2008, tra l’altro proprio «in relazione al grado di evoluzione della tecnica, della prevenzione o della protezione», con conseguente aggiornamento

³⁷ Peraltro, è stato correttamente rilevato (F. SCARPELLI, *Arriva l’obbligo del vaccino (solo) per gli operatori sanitari*, cit., p. 4; M. VERZARO, *ECCE LEX!*, cit., p. 11), che non è chiaro come tali interventi possano essere adottati, non essendo previsto che l’ASL comunichi agli Ordini professionali e ai datori di lavoro i nominativi dei soggetti esentati dall’obbligo vaccinale. Si dovrebbe quindi colmare la lacuna in sede di conversione in legge del decreto, fermo restando che, in attesa di tale modifica e seppur nel silenzio del decreto, non sarebbe azzardato che, mediante un’interpretazione logica, ragionevole e sistematicamente coerente con le altre previsioni, le ASL, oltre a rendere noti agli Ordini professionali e ai datori di lavoro i nomi di chi non ha rispettato l’obbligo vaccinale, già ora comunicassero anche quelli di coloro che sono esentati dalla vaccinazione.

³⁸ P. PASCUCCI, A. DELOGU, *L’ennesima sfida della pandemia Covid-19*, cit.

³⁹ Cfr. ancora F. SCARPELLI, *Arriva l’obbligo del vaccino*, cit., p. 7; già A. PERULLI, *L’opinione*, cit., p. 2.

delle misure prevenzionali; dal che ben può derivare, in sede di sorveglianza sanitaria *sub specie* di visita periodica – la cui cadenza sia stata rideterminata dal medico competente per l'appunto in funzione della valutazione del rischio (art. 41, comma 2, lett. *b*, del d.lgs. n. 81/2008) – una diversa considerazione altresì dell'idoneità del lavoratore⁴⁰.

4. *La questione del licenziamento*

Quanto, però, alle conseguenze di un'eventuale inidoneità sembra difficile negare un altro effetto di notevole portata che il d.l. n. 44/2021 pare determinare. Come già accennato, infatti, il provvedimento, ove non siano disponibili mansioni diverse, anche inferiori, a cui il lavoratore potrebbe essere adibito – senza comunque la garanzia del mantenimento del trattamento retributivo originario, evidentemente in ragione dello sfavore con cui si guarda alla scelta di non aderire alla campagna vaccinale –, prevede, come esito ultimo, esclusivamente la sospensione senza retribuzione dal diritto di svolgere prestazioni o mansioni che implicano contatti interpersonali o comportano, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio da SARS-CoV-2 (art. 4, commi 6 e 8), così escludendo implicitamente il licenziamento, tanto disciplinare, che per giustificato motivo oggettivo.

Sotto il primo profilo, v'è anzi da dubitare che la stessa sospensione si configuri come sanzione disciplinare, vista la sua estraneità a ogni procedimento in tal senso, sembrando piuttosto il legislatore muoversi su di un piano diverso, ossia quello della tipizzazione di un effetto legale connesso alla valutazione di un requisito essenziale per lo svolgimento dell'attività (*ex* art. 4, comma 1, secondo periodo, del d.l. n. 44/2021), il cui difetto determina l'inidoneità a esercitare la professione o a effettuare la prestazione. Trattasi, peraltro, di un'inidoneità soltanto relativa, dovendosi integrare il menzionato comma 1, secondo periodo, con un frammento del comma 6, secondo periodo, testé ricordato. Dal combinato disposto delle due previsioni⁴¹ si evince, infatti, come la vaccinazione costituisca un requisito essenziale “non assoluto” per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative, ma esclusivamente “relativo” alle “mansioni di contatto”. E trattasi, ancora, di un'inidoneità solo temporanea, essendo la sua durata limitata sino all'assolvimento dell'obbligo o, comunque, fino al completamento del piano vaccinale nazionale e, in ogni caso, non oltre il 31 dicembre 2021 (art. 4, comma 9).

⁴⁰ P. PASCUCCI, A. DELOGU, *L'ennesima sfida della pandemia Covid-19*, cit., p. 108 ss.

⁴¹ «La vaccinazione costituisce requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative rese dai soggetti obbligati...che implicano contatti interpersonali o comportano, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio da SARS-CoV-2».

Se la scelta di escludere il licenziamento potrebbe essere comprensibile, alla luce della presumibile volontà di smorzare il carattere dirompente dell'innovazione, anche a fronte delle incertezze che ancora circondano i vaccini⁴² – a partire dalla loro capacità di proteggere non solo dalla malattia, ma d'impedire altresì la trasmissione dell'infezione –, le quali indubbiamente pesano sul perseguimento dell'obiettivo di tutelare la salute pubblica espressamente indicato nell'art. 4, comma 1, la sopravvenuta disciplina speciale del d.l. n. 44/2021 potrebbe, però, creare una del tutto irragionevole e ingiustificata disparità di trattamento nei confronti dei lavoratori non obbligati. Questi, infatti, in esito alla valutazione d'idoneità alla mansione *ex art.* 42 del d.lgs. n. 81/2008, potrebbero correre il rischio – ove non fossero disponibili mansioni diverse “non di contatto”, anche inferiori, ma in questo caso con la conservazione del trattamento “di provenienza” – di essere alla fine licenziati per giustificato motivo oggettivo. Una conseguenza paradossale considerando che i “non obbligati” verrebbero penalizzati ben più degli “obbligati”. Di qui la necessità d'individuare una soluzione che difficilmente per i “non obbligati” può consistere solo in un'interpretazione costituzionalmente orientata (alla luce dell'art. 3 Cost.) dell'art. 42 del d.lgs. n. 81/2008: infatti, quand'anche si escluda in via interpretativa la possibilità di licenziamento, si tratterebbe di capire cosa accada ove non fossero disponibili le mansioni “non di contatto”, poiché la sospensione senza retribuzione prevista per gli “obbligati” potrebbe rappresentare un rimedio eccessivo per chi obbligato non è.

In definitiva, e fermo restando che, negli altri contesti lavorativi, non può certo parlarsi, in assenza di un obbligo, di licenziamento disciplinare (peraltro, come si accennava, inammissibile anche nelle situazioni obbligate di cui al d.l. n. 44/2021), da un lato, pare difficile ammettere, anche in detti contesti, la possibilità di un licenziamento per inidoneità sopravvenuta – una volta superato il blocco relativo al licenziamento per giustificato motivo oggettivo previsto da ultimo dal d.l. n. 41/2021 –, pena una disparità di trattamento altrimenti di difficile giustificazione. Pertanto, anche per questi settori, qualora non sia possibile impiegare altrove il lavoratore, il legittimo rifiuto datoriale di una prestazione insicura – quella, cioè, fornita dal soggetto, se e in quanto valutato inidoneo alla mansione specifica, non sembrando l'esito ineluttabile alla luce di una verifica che va condotta caso per caso⁴³ – dovrebbe produrre, come conseguenza ultima, la sospensione dall'attività e dalla retribuzione. Dall'altro lato, tuttavia, ci si può chiedere se, per mitigare gli effetti del rifiuto vaccinale in ambiti in cui l'obbligo non sussiste, si possa invocare – alla luce del nuovo dato normativo con qualche ragione in più rispetto a prima – il ricorso alla cd. cassa integrazione Covid⁴⁴. Resta,

⁴² Cfr., in proposito, G. ZAMPINI, *L'obbligo di vaccinazione*, cit., p. 231 ss.

⁴³ Sul punto, *amplius*, P. PASCUCI, A. DELOGU, *L'ennesima sfida della pandemia Covid-19*, cit., pp. 114-115.

⁴⁴ In proposito, cfr., per posizioni diverse, A. MARESCA, *L'opinione*, in “Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro”, cit., 22 gennaio 2021, p. 4; R. ROMELI, *L'opinione, ivi*, 23 gennaio 2021, p. 4; V. A. POSO, *L'opinione, ivi*, 25 gennaio 2021, p. 6; R. PESSI, A. D. ZUMBO, *L'opinione, ivi*, 23 gennaio 2021, p. 2; E. GRAGNOLI, *L'opinione, ivi*, 22 gennaio 2021, p. 2.

peraltro, impregiudicata l'oggettiva difficoltà, al di fuori del campo di applicazione del nuovo decreto, di accedere a un'interpretazione dell'inidoneità come necessariamente temporanea, stante la problematica definizione, da parte del medico competente, dei limiti temporali di validità della stessa, secondo quanto richiesto dall'art. 41, comma 7, del d.lgs. n. 81/2008.

È più che evidente che queste proposte interpretative, con il dovuto beneficio d'inventario, scaturiscono dalla necessità di far fronte a una non ponderata valutazione da parte dell'esecutivo di tutte le ricadute dell'art. 4 del d.l. n. 44/2021 sul sistema generale. Un problematico "effetto domino" che potrebbe essere scongiurato con un ritocco legislativo che, pur confermando le regole più stringenti per i soggetti destinatari dell'obbligo vaccinale chiamati in causa dal d.l. n. 44/2021, non trascurasse di considerare i problemi che affiorano in altri contesti produttivi. In questi ultimi, fermo restando l'intreccio delle previsioni del d.lgs. n. 81/2008 sulla valutazione dei rischi e sulla sorveglianza sanitaria⁴⁵, sarebbe opportuna una specifica ridefinizione legislativa *in parte qua* delle conseguenze della valutazione d'inidoneità (preclusione del licenziamento, sospensione ecc.), che ben potrebbe realizzarsi anche in sede di conversione del decreto legge.

Diversamente dai contesti sanitari, negli altri spetterebbe dunque al d.lgs. n. 81/2008, opportunamente rivisitato nell'art. 42, governare la questione. Emergerebbero così due sistemi paralleli, solo apparentemente identici, giacché, negli ambiti sanitari, il d.lgs. n. 81/2008 svolgerebbe al più un ruolo di supporto materiale per l'applicazione di una disciplina speciale pubblicistica che ha in sé tutti gli elementi per la propria effettività. D'altronde, negli altri contesti produttivi, oltre alla diversa conseguenza economica dell'eventuale adibizione a mansioni inferiori, il ruolo del medico competente risulterebbe assai più centrale, non dovendosi trascurare come la valutazione d'idoneità, o meno, potrebbe risultare meno stringente in ragione del diverso assetto organizzativo proprio di molti di tali contesti.

5. *Qualche considerazione conclusiva (la copertura assicurativa; l'intervento della giurisprudenza)*

A proposito di conseguenze di respiro sistematico, v'è da chiedersi se il d.l. n. 44/2021 possa indurre l'Inail a rivedere la posizione espressa nell'«istruzione operativa» del 1° marzo 2021, com'è noto emanata su sollecitazione della Direzione

⁴⁵ F. AMENDOLA, *Intervista*, in AA.VV., *Per operatori sanitari e socioassistenziali*, cit.; per le aziende nelle quali non sia stato nominato il medico competente, ferma restando sempre la possibilità di designarne uno *ad hoc*, si potrebbe ovviare con l'intervento dei medici Inail sulla scorta dell'art. 83 del d.l. n. 34/2020, in tema di sorveglianza sanitaria eccezionale (sulla quale C. LAZZARI, *La sorveglianza sanitaria eccezionale nel sistema aziendale di prevenzione*, in questa "Rivista", 2020, n. 2, p. 11 ss.), intervento del resto evocato, per i fini ivi previsti, anche dal punto 13 del «Protocollo nazionale per la realizzazione dei piani aziendali finalizzati all'attivazione di punti straordinari di vaccinazione anti SARS-CoV-2/Covid-19 nei luoghi di lavoro».

regionale Liguria, a cui si era rivolto l'Ospedale San Martino di Genova per chiedere lumi sul trattamento da riservare, sotto il profilo previdenziale, a un gruppo di infermieri che non avevano aderito al piano vaccinale. Certo, la parte del provvedimento, peraltro di portata generale, che richiama l'esercizio, ad opera dei lavoratori, di una libertà costituzionalmente garantita – ossia quella di rifiutare un trattamento sanitario non obbligatorio – nel campo applicativo del d.l. n. 44/2021 appare sicuramente superata. Non altrettanto sembra potersi dire per le discusse conclusioni a cui è giunto l'Istituto⁴⁶, che escludono la configurabilità di un rischio elettivo idoneo a precludere l'accesso alla tutela Inail, quest'ultima mediata dalla previsione dell'art. 42, comma 2, del d.l. n. 18/2020. Se nemmeno il mancato utilizzo di dispositivi di protezione individuale può costituire un limite all'operatività di detta tutela, come ricorda la menzionata istruzione, a maggior ragione ciò parrebbe valere nel caso in esame, non configurando la violazione dell'obbligo vaccinale un reato, a differenza della fattispecie, penalmente sanzionata, risultante dal combinato disposto degli artt. 20, comma 2, lett. *d*, e 59, comma 1, lett. *a*, del d.lgs. n. 81/2008. In ogni caso, messo il lavoratore non vaccinato nelle condizioni di “non nuocere” né a sé, né agli altri, negli ambiti in cui opera il d.l. n. 44/2021 la stessa questione dell'infortunio in occasione di lavoro dovrebbe uscirne nei fatti verosimilmente sdrammatizzata. E peraltro, là dove, negli ambiti suddetti, un contagio comunque si verifici, v'è da dubitare che nella valutazione di tale occasione il non vaccinato adibito a mansioni diverse possa beneficiare della presunzione semplice di origine professionale che, secondo la Circolare Inail 3 aprile 2020, n. 13, assiste gli operatori sanitari, nonché i soggetti impiegati nelle altre attività lavorative che comportano un costante contatto con il pubblico o l'utenza.

Del pari, non perde d'attualità la lezione che viene dal Tribunale di Belluno nell'ordinanza del 19 marzo 2021⁴⁷. Se è vero che, anche in questo caso, la materia del contendere è superata dallo *jus superveniens*, trattandosi di un gruppo di operatori sanitari che prestavano la propria attività in residenze per anziani, nondimeno, pare mantenere piena validità l'indicazione di principio implicitamente desumibile dalla pronuncia. Ossia quella secondo cui la questione della vaccinazione nei contesti lavorativi “altri”, nei quali, cioè, non vige alcun obbligo – tale del resto era, al tempo dell'adozione della decisione, pure il settore a cui si riferisce il provvedimento giurisdizionale – va inquadrata nella cornice interpretativa tracciata dall'obbligo

⁴⁶ In senso adesivo rispetto all'orientamento espresso dall'Inail, G. NATULLO, *Vaccini e rapporti di lavoro*, cit., pp. 145-146; M. MARINELLI, *Il vaccino anti Covid-19 e l'obbligazione di sicurezza del datore di lavoro*, in “Il lavoro nella giurisprudenza”, 2021, n. 4, p. 335; R. RIVERSO, *Questioni applicative*, cit.; *contra* A. DE MATTEIS, *Infermieri che rifiutano il vaccino anti-Covid: dove l'Inail sbaglia*, in “Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi”, cit., 7 marzo 2021; C. PISANI, *Tutela Inail e rifiuto del vaccino anti Covid-19 del personale infermieristico poi contagiato*, in “Guida al lavoro”, 2021, n. 12, p. 27 ss.; in tema, v. anche M. CERBONE, *Vaccinazione anti-Covid, autodeterminazione del lavoratore e riflessi sul rapporto di lavoro*, in “Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi”, 15 febbraio 2021, p. 12.

⁴⁷ Cfr. *supra*, nota 6.

datoriale di sicurezza, con tutto ciò che ne deriva in termini di assunzione, da parte del datore di lavoro, di misure consequenziali⁴⁸ in presenza di mansioni “di contatto”, come le definisce anche il giudice (sembrando così prescindere dalle peculiarità della prestazione fornita dall’operatore sanitario); nel caso di specie, la collocazione in ferie dei lavoratori, considerata dal Tribunale legittima proprio in ragione dell’art. 2087 c.c. e delle finalità di tutela, *in primis* della salute di chi non si vaccina, dal medesimo perseguite. E, peraltro, in virtù dell’obbligo del datore di garantire a tutti un ambiente sicuro, stante la funzione dell’art. 2087 c.c. quale norma volta a proteggere anche la compagine aziendale nel suo complesso⁴⁹, nel dialogo fra disciplina generale e disciplina speciale la disposizione codicistica può tornare in auge altresì negli ambiti lavorativi interessati dal d.l. n. 44/2021, proprio perché, pur non essendo previste sanzioni esplicite, la mancata attuazione dei provvedimenti ivi indicati rischia di esporre il datore di lavoro a tutte le conseguenze, penali e civili, connesse ai contagi che siano riconducibili a un non vaccinato.

Abstract

Il contributo riflette sul d.l. n. 44/2021, che ha introdotto per alcune categorie di lavoratori l’obbligo vaccinale anti Covid-19, in una prospettiva volta a cogliere le ricadute sul piano sistematico della nuova disciplina, specie con riguardo ai contesti lavorativi estranei al campo di applicazione del menzionato decreto legge.

The essay focuses on the Decree Law No. 44/2021 which has made vaccine to protect against Covid-19 compulsory for some categories of workers, in a perspective aimed at analyzing the impact of the new legislation on a systematic level, in particular with regard to work environments not covered by the scope of the aforementioned law decree.

Parole chiave

Pandemia, vaccino, salute, sicurezza, obblighi

Keywords

Pandemic, vaccine, health, safety, obligations

⁴⁸ Misure consequenziali la cui adozione è mediata dalla valutazione d’idoneità del medico competente, benché ciò non affiori espressamente dall’ordinanza, necessariamente stringata in quanto pronunciata in via d’urgenza ai sensi dell’art. 700 c.p.c.; riferiscono, comunque, dell’effettuazione di una tale valutazione anche nel caso in questione R. RIVERSO, *Questioni applicative*, cit.; A. DE MATTEIS, *Il decreto - legge sull’obbligo di vaccino*, cit., p. 11.

⁴⁹ Cfr. P. PASCUCCI, *Sulla cosiddetta cooperazione del lavoratore in tema di sicurezza sul lavoro*, in “Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali”, 2021, in corso di pubblicazione.



Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit.

La posizione del lavoratore che rifiuta il vaccino e i profili di responsabilità del datore di lavoro^{**}

di Sabato Rozza*

SOMMARIO: 1. Autorizzazione “condizionata” dei vaccini contro COVID-19 ed esigenze di farmacovigilanza. L’oggetto dell’indagine. – 2 La libertà di autodeterminarsi al trattamento sanitario dell’individuo e del lavoratore. L’obbligo di vaccinarsi dell’esercente le professioni sanitarie e dell’operatore d’interesse sanitario. – 3. La posizione del lavoratore che non risulti d’interesse sanitario. *Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*: sull’inesistenza di un obbligo di vaccinazione derivante dalla legge o dal contratto. – 4. Segue. Il contenuto dell’obbligo di sicurezza del datore di lavoro: la massima sicurezza tecnologicamente possibile in una accezione costituzionalmente orientata. L’art. 2087 del codice civile e i profili di responsabilità dell’imprenditore. – 5. La posizione degli esercenti le professioni sanitarie e degli operatori d’interesse sanitario. Il quadro precedente all’entrata in vigore dell’art. 4 del d.l. n. 44 del 2021. – 6. La posizione degli esercenti le professioni sanitarie e degli operatori d’interesse sanitario. Il quadro successivo all’entrata in vigore dell’art. 4 del d.l. n. 44 del 2021. – 7. Conclusioni.

1. Autorizzazione “condizionata” dei vaccini contro COVID-19 ed esigenze di farmacovigilanza. L’oggetto dell’indagine

Come è noto, il 21 dicembre del 2020¹ è stato oggetto di autorizzazione *condizionata*² all’immissione in commercio il farmaco “Comirnaty - Vaccino a mRNA contro COVID-19 (modificato a livello dei nucleosidi)” prodotto

* Sabato Rozza è Dottorando di ricerca in Diritto del lavoro – Università di Roma “La Sapienza”. sabato.rozza@uniroma1.it

** Il saggio è stato preventivamente assoggettato alla procedura di referaggio prevista dalle regole editoriali della Rivista.

¹ Decisione di esecuzione della Commissione del 21 dicembre 2020 che concede a norma del regolamento (CE) n. 726/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio l’autorizzazione condizionata ad immettere in commercio il “Comirnaty - Vaccino a mRNA contro COVID-19 (modificato a livello dei nucleosidi)”, un medicinale per uso umano.

² L’uso del vaccino sugli esseri umani è, per ora, stato oggetto di una autorizzazione “condizionata”, ai sensi del regolamento (CE) n. 507/2006 della Commissione del 29 marzo 2006 relativo all’autorizzazione all’immissione in commercio condizionata dei medicinali per uso umano che rientrano nel campo d’applicazione del regolamento (CE) n. 726/2004, art. 14 *bis* del Parlamento europeo e del Consiglio.

Si ritiene in sostanza che “*i benefici per la salute pubblica derivanti dalla disponibilità immediata sul mercato del medicinale in questione dovrebbe (...) superare il rischio inerente al fatto che occorran ancora dati supplementari*”.

dall'azienda PfizerBioNTech, in anticipo rispetto ai vaccini delle aziende Moderna³ e AstraZeneca.

In genere, prima di ottenere l'autorizzazione all'immissione in commercio (c.d. AIC) in uno o più Stati membri, un medicinale per uso umano va sottoposto a studi approfonditi, volti a garantirne la sicurezza, l'elevata qualità e l'efficacia di impiego per la popolazione destinataria (cfr. dir. 2001/83/CE e reg. CE n. 726/2004)⁴.

Tuttavia, nel caso dei vaccini da utilizzare in risposta alla pandemia causata dal nuovo coronavirus SARS-Cov-2⁵, si è reso necessario “concedere AIC basate su dati meno completi di quelli normalmente richiesti e subordinate ad obblighi specifici” (cfr. reg. CE n. 507/2006), in quanto:

- a) il rapporto rischio/beneficio del medicinale è risultato positivo;
- b) appare probabile che le aziende farmaceutiche richiedenti potranno, in futuro, fornire dati clinici completi;
- c) i medicinali rispondono ad esigenze mediche insoddisfatte;
- d) i benefici per la salute pubblica derivanti dalla disponibilità immediata sul mercato dei vaccini in questione superano il rischio inerente al fatto che occorrono dati supplementari⁶.

Le AIC aventi ad oggetto i vaccini contro COVID-19 hanno una efficacia limitata nel tempo⁷, sono rinnovabili⁸ e sono assoggettate alla condizione risolutiva che i richiedenti, entro una certa data, completino o intraprendano determinati studi “per risolvere qualsiasi dubbio relativo alla qualità, alla sicurezza e all'efficacia del prodotto” (c.d. farmacovigilanza)⁹.

Ciononostante, i vaccini contro COVID-19 devono essere considerati farmaci sicuri e potrebbero svolgere una funzione preventiva del contagio¹⁰, in quanto le procedure comunitarie di autorizzazione semplificata dei medicinali sono comunque preordinate ad innalzare i livelli di tutela della salute¹¹.

³ Decisione di esecuzione della Commissione del 6 gennaio 2021 per “COVID-19 Vaccine Moderna - Vaccino a mRNA contro COVID-19 (modificato a livello dei nucleosidi)”.

⁴ Direttiva 2001/83/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e regolamento (CE) n. 726/2004.

⁵ Art. 2 del regolamento (CE) n. 507/2006 della Commissione.

⁶ Art. 4 del regolamento (CE) n. 507/2006 della Commissione.

⁷ Art. 4 della decisione di esecuzione della Commissione del 21 dicembre 2020.

⁸ Art. 6 del regolamento (CE) n. 507/2006 della Commissione.

⁹ L'AIC del “Comirnaty” ha efficacia per un anno, è rinnovabile ed è subordinata alla condizione che l'azienda Pfizer-BioNTech, entro il mese di dicembre 2023, completi o intraprenda determinati studi (Cfr. All. II lett. E della decisione di esecuzione della Commissione del 21.12.2020).

¹⁰ Cfr. Sentenza del Tribunale di Belluno del 19 marzo 2021, in “Guida al lavoro”, n. 16/2021, pp. 30-32, con nota di C. PISANI, *Rifiuto del vaccino e ferie forzate per gli operatori sanitari in attesa del decreto-legge*.

¹¹ Considerando n. 2 della dir. 2001/83/CE in base al quale “lo scopo principale delle norme relative alla produzione, alla distribuzione e all'uso di medicinali deve essere quello di assicurare la tutela della sanità pubblica”.

Le procedure semplificate rendono più rapido l'accesso al farmaco proprio perché i benefici derivanti dalla disponibilità del medicinale superano i rischi derivanti dall'incompletezza dei dati.

Pertanto, a partire dal 27 dicembre 2020, è stata avviata in Italia una campagna vaccinale che, per il raggiungimento dell'immunità di gregge, in un primo momento si è affidata al senso di responsabilità della popolazione, libera di aderire o meno¹², e poi, a partire dal 1° aprile del 2021, si è fatta forte dell'introduzione, ad opera del legislatore, di un obbligo di immunizzazione per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario che svolgono la loro attività nelle strutture sanitarie, socio sanitarie e socio assistenziali, pubbliche e private, nelle farmacie, parafarmacie e negli studi professionali¹³.

L'avvio delle operazioni di vaccinazione non ha lasciato indifferenti gli studiosi del diritto della sicurezza sul lavoro, i quali si sono confrontati attorno ad alcune questioni che, in questa sede, si cercherà di ricostruire.

Gli stessi, infatti, si sono anzitutto domandati se esista, in capo a tutti i lavoratori, un obbligo di prestare il consenso alla vaccinazione.

Conseguentemente si sono chiesti se l'imprenditore, responsabile della sicurezza dei dipendenti e dei terzi nei locali in cui si svolge la sua attività, possa allontanare l'obiettore vaccinale, destinandolo ad una diversa mansione, rifiutandone la prestazione o addirittura, intimandogli, il licenziamento¹⁴.

Hanno poi cercato di definire il contenuto dell'obbligo di garanzia (art. 40 c.p.) che grava in capo al datore di lavoro.

Ed infine hanno tentato di circoscrivere i profili di responsabilità del titolare di un'attività produttiva nei confronti dei suoi dipendenti e dei terzi clienti o utenti.

2. *La libertà di autodeterminarsi al trattamento sanitario dell'individuo e del lavoratore. L'obbligo di vaccinarsi dell'esercente le professioni sanitarie e dell'operatore d'interesse sanitario*

Per rispondere ai quesiti posti bisogna anzitutto chiarire se il lavoratore sia titolare di un diritto fondamentale o di libertà (art. 32 Cost.)¹⁵ o se, invece, abbia l'onere di vaccinarsi.

L'art. 32 della Costituzione riconosce a ciascun individuo il *diritto fondamentale alla salute* (art. 32, comma 1) e la *libertà di curarsi*, disponendo che nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario (art. 32, comma 2).

Mentre il diritto alla salute si sostanzia in una pretesa che ha per contenuto l'obbligo di *fare* degli altri (lo Stato, il datore di lavoro, la P.A.), la libertà di curarsi si sostanzia invece in una pretesa che ha per contenuto l'obbligo degli altri di *non fare* e garantisce che non vi siano interferenze diverse da quelle legislative nelle scelte concernenti la propria condizione sanitaria.

¹² Art. 1, comma 457 ss., della l. n. 178 del 30 dicembre 2020.

¹³ Art. 4 del d.l. n. 44/2001.

¹⁴ Così P. ICHINO, *Vaccino anti-Covid: può il datore di lavoro imporlo e, in caso di rifiuto, licenziare il lavoratore?*, in "Il Quotidiano Giuridico", 8 gennaio 2021.

¹⁵ F. MODUGNO, P. CARNEVALE, A. CELOTTO, C. COLAPIETRO, M. RUOTOLO, G. SERGES, M. SICLARI, F. RIMOLI, *Diritto pubblico*, Torino, Giappichelli Editore, 2017, p. 654 ss.

La Corte costituzionale ha chiarito che è certamente possibile, in situazioni di particolare gravità, che si renda necessario un contemperamento del diritto alla salute del singolo (anche nel suo contenuto di *libertà* di cura) con il coesistente e reciproco diritto degli altri e con l'interesse della collettività, ma tale contemperamento richiede il filtro di una *disposizione di legge* e “lascia spazio alla discrezionalità del legislatore nella scelta delle modalità attraverso le quali assicurare una prevenzione efficace dalle malattie infettive¹⁶”.

Nell'attuale scenario pandemico il legislatore avrebbe dunque potuto optare, con riferimento alla generalità della popolazione, per la *tecnica dell'obbligatorietà della vaccinazione*, “diminuendo¹⁷” il diritto di libertà di tutti con una “disposizione di legge” adottata entro “i limiti imposti dal rispetto della persona umana”.

Invece, lo stesso legislatore ha introdotto una importante distinzione tra la generalità della popolazione (anche lavoratrice) e gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori d'interesse sanitario e, per la prima categoria di persone, ha optato per la *tecnica della raccomandazione della vaccinazione*, la quale esprime maggiore attenzione per l'autodeterminazione individuale, anche se è pur sempre indirizzata allo scopo di ottenere la migliore salvaguardia della salute come interesse (anche) collettivo¹⁸.

Se ne deve dedurre che, per espressa volontà legislativa, ciascun individuo conserva oggi la *libertà di farsi (e non farsi) vaccinare* contro la malattia causata dal nuovo coronavirus SARS-COV-2 (art. 32 Cost.) e che solo gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario sono obbligati ad acconsentire al trattamento (art. 4 del d.l. n. 44/2021).

Alcuni Autori¹⁹, invece, sulla scorta di quanto affermato dalla giurisprudenza costituzionale, hanno sostenuto che il lavoratore, a differenza di ogni altro individuo, sia titolare di una *posizione soggettiva minore* della specie dell'*onere di vaccinarsi*, inteso come condizione di accesso al posto di lavoro e mantenimento dello stesso, perché la salute “implica ... il bilanciamento di tale diritto con il dovere di tutelare il diritto dei terzi che vengono in necessario contatto con la persona per attività che comportino un serio rischio, non volontariamente assunto, di contagio²⁰”.

¹⁶ Corte costituzionale 18 gennaio 2018, n. 5, in www.giurcost.org

¹⁷ L'espressione è di Corte costituzionale 14 dicembre 2017, n. 268, in www.giurcost.org

¹⁸ Ivi.

¹⁹ Così Corte costituzionale 2 giugno 1994, n. 218, in www.giurcost.org; nonché C. CESTER, *Dibattito istantaneo su vaccini anti Covid e rapporto di lavoro: l'opinione di C. Cester*, in www.rivistalabor.it, 25 gennaio 2021, p. 2; S. BELLOMO, *Dibattito istantaneo su vaccini anti Covid e rapporto di lavoro: l'opinione di S. Bellomo*, ivi, 25 gennaio 2021, p. 1. Più cauti P. PASCUCCI E A. DELOGU, *L'ennesima sfida della pandemia Covid-19: esiste un obbligo vaccinale nei contesti lavorativi?*, in questa Rivista, n. 1, 2021, I, pp. 81-117, che pure ravvisano in capo al lavoratore l'onere di vaccinarsi nei soli settori in cui, però, sia applicabile il titolo X del d.lgs. n. 81/2008.

²⁰ Questa argomentazione, infatti, fu utilizzata dalla Corte costituzionale n. 218 del 1994 per dichiarare l'illegittimità dell'art. 5, terzo e quinto comma, della legge 5 giugno 1990, n. 135 “nella parte in cui non prevede(va) accertamenti ... dell'assenza di sieropositività all'infezione da HIV come condizione per l'espletamento di attività che comportano rischi per la salute dei terzi”.

Questa tesi, se, in seguito all'entrata in vigore del d.l. n. 44/2001, acquista pregio con riferimento agli esercenti le professioni sanitarie e agli operatori di interesse sanitario, con riferimento al resto della popolazione lavoratrice risulta indebolita perché, in assenza della disposizione *di legge* di cui parla l'art. 32 della Costituzione, pretende di comprimere una libertà che, essendo funzionale al pieno sviluppo della personalità, dovrebbe essere invece tutelata anche nelle formazioni sociali in cui l'individuo si esprime (art. 2 Cost.).

Essa, inoltre, evoca un problema di bilanciamento di diritti che, per espressa indicazione metodologica della giurisprudenza richiamata, non si pone indiscriminatamente in tutti gli ambienti di lavoro, ma presuppone – in ragione di un substrato legislativo lacunoso²¹ – che siano individuati specifici settori²² nei quali “esista ... *un serio rischio non volontariamente assunto* di contagio”.

La legislazione emergenziale, invece, soprattutto dopo l'entrata in vigore della disposizione che obbliga gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori d'interesse sanitario alla vaccinazione (art. 4 del d.l. n. 44/2021), non esibisce lacune involontarie e predispone, nei differenti contesti produttivi, un quadro di misure variamente articolate, con relativi meccanismi di monitoraggio ed aggiornamento²³, stabilendo chiaramente che il rispetto di quelle misure consente il prosieguo delle attività in condizioni di sicurezza sia per i lavoratori che per i terzi, a prescindere dai risultati della campagna vaccinale²⁴.

3. *La posizione del lavoratore che non risulti d'interesse sanitario.* Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit: *sull'inesistenza di un obbligo di vaccinazione derivante dalla legge o dal contratto*

Al pari di tutti gli altri individui, anche il lavoratore che non risulti d'interesse sanitario, pertanto, è titolare della libertà di autodeterminarsi al trattamento *salvo diversa disposizione di legge* e non ha l'obbligo di prestare il consenso alla vaccinazione (artt. 32 Cost. e 2 Cost.).

In verità, secondo un Autore²⁵, pur in assenza *una disposizione di legge* che, per la generalità della popolazione lavoratrice, imponga il trattamento sanitario, sarebbe possibile far discendere l'obbligo di prestare il consenso alla vaccinazione

²¹ La sentenza della Corte costituzionale richiamata è una sentenza additiva che muove proprio dal presupposto dell'incompletezza della l. n. 135/1990.

²² Ed infatti nel senso della libertà limitabile solo per espressa volontà del legislatore si esprimono le successive sentenze della Corte costituzionale n. 5/2018 e n. 137/2019, cit.

²³ Cfr. Protocollo del 6 aprile 2021.

²⁴ Cfr. Art. 1, commi 14 e 15, del d.l. n. 33/2020.

²⁵ Questo sembra affermare P. ICHINO, *Vaccino anti-Covid*, cit.

Secondo l'Autore, “pur in assenza di una legge che la renda obbligatoria” ... ciò consentirebbe “a un imprenditore” di “richiedere la relativa vaccinazione come misura di sicurezza ai propri dipendenti che abbiano l'effettiva possibilità di sottoporvisi” ... “senza che sia violato l'art. 32 della Costituzione”.

direttamente dal contratto di lavoro²⁶, per il fatto che esso vincola le parti non solo a quanto espressamente disposto, ma anche a quanto previsto dalla legge (art. 1374 c.c.) ed in particolare dal combinato disposto degli artt. 2087 c.c. e 20 del d.lgs. n. 81/2008, che, specularmente, obbligano il datore di lavoro ad applicare in azienda le cautele corrispondenti alla massima sicurezza tecnologicamente possibile ed il lavoratore ad accettarle.

In quest'ottica il rifiuto a vaccinarsi del lavoratore potrebbe rappresentare un inadempimento contrattuale, al pari del rifiuto di una qualsiasi misura di sicurezza, ed integrare una giusta causa o un giustificato motivo soggettivo di licenziamento²⁷.

La tesi è estremamente suggestiva ma postula che il consenso al trattamento sanitario che, ai sensi dell'art. 32 della Costituzione, permette di fare a meno della *disposizione di legge* impositiva dell'obbligo possa essere quello prestato al momento della sottoscrizione della scheda negoziale, con accettazione delle conseguenze legali del contratto.

Tale consenso, però, oggetto d'impegno preliminare, non sarebbe libero, incondizionato, revocabile ed informato²⁸ e dovrebbe, perciò, essere considerato invalido.

La vaccinazione, pertanto, sarebbe arbitrariamente prescritta dall'imprenditore quale cautela necessaria per la tutela della salute della popolazione aziendale²⁹ e l'esigenza di legalità manifestata dall'art. 32 della Costituzione sarebbe aggirata perché il sacrificio del diritto di libertà del lavoratore sarebbe preteso (a pena di recesso dal rapporto) non solo in assenza di una *disposizione di legge* ma anche in assenza di un consenso validamente espresso.

Ecco perché, la maggior parte degli Autori³⁰, data per assodata l'inesistenza di un obbligo a vaccinarsi in capo alla generalità della popolazione lavoratrice, ha preferito collocare la vicenda dell'eventuale rifiuto non sul piano dell'inadempimento contrattuale, ma su quello, differente, delle sopravvenienze.

Questi Autori sostengono che la mancata immunizzazione possa determinare, in concreto, l'inefficienza alle mansioni (art. 1256 c.c.) e giustificare – anche senza l'intervento del medico competente – *prima* la sospensione, ad opera del datore, dell'obbligazione lavorativa e di quella retributiva, e *poi*, stante il perdurare di quella sospensione, l'estinzione del rapporto (art. 1464 c.c. e art. 41

²⁶ P. ICHINO, *Vaccino anti-Covid*, cit., secondo il quale “è un errore assai diffuso quello di pensare che i diritti assoluti della persona siano, in quanto tali, invariabilmente sottratti all'autonomia negoziale della persona stessa e così anche F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2005.

²⁷ P. ICHINO, *Vaccino anti-Covid*, cit.

²⁸ Art. 7 GDPR.

²⁹ In questo senso A. MARESCA, *Dibattito istantaneo su vaccini anti Covid e rapporto di lavoro: l'opinione di A. Maresca*, in www.rivistalabor.it, 25 gennaio 2021 p. 1; R. ROMEI, *Dibattito istantaneo su vaccini anti Covid e rapporto di lavoro: l'opinione di R. Romei*, ivi, 25 gennaio 2021, p. 2; O MAZZOTTA, *Dibattito istantaneo su vaccini anti Covid e rapporto di lavoro: l'opinione di O Mazzotta*, ivi, 25 gennaio 2021, p. 2; PERULLI, *Dibattito istantaneo su vaccini anti Covid e rapporto di lavoro: l'opinione di A. Perulli*, ivi, 25 gennaio 2021, p. 1; A. POSO, *Dibattito istantaneo su vaccini anti Covid e rapporto di lavoro: l'opinione di A. Poso*, ivi, 25 gennaio 2021, p. 3.

³⁰ A. MARESCA, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit. p. 4.

Cost.), in quanto la natura discriminatoria del licenziamento sarebbe esclusa dall'esistenza di un motivo economico.

Ci si deve però domandare se chi esercita la libertà di non farsi vaccinare non continui ugualmente ad essere, per legge, idoneo a lavorare in condizioni di sicurezza per sé e per gli altri e, comunque, se la condizione dell'obiettore, in quanto determinata da una causa imputabile allo stesso debitore (art. 1256, comma 1 c.c.), possa giustificare l'esercizio delle facoltà previste per il caso d'impossibilità parziale *ratione temporis* (art. 1464 c.c.).

Inoltre, dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 44/2021, si potrebbe sostenere che *lex ubi voluit dixit, ubi noluit tacuit* e che, pertanto, in assenza di una disposizione di legge che "diminuisca" il diritto del lavoratore, l'imprenditore non potrebbe esercitare nessuna forma di ingerenza nella sfera di libertà del prestatore³¹, né imponendo l'immunizzazione né disponendo il mutamento delle mansioni verso il basso, la collocazione in CIG, la sospensione del rapporto senza retribuzione o il licenziamento, perché gli riserverebbe un trattamento peggiore³² per aver posto in

³¹ Gli atti dell'imprenditore riserverebbero al lavoratore un trattamento peggiore in base alle sue convinzioni personali e potrebbero indurlo - per il timore del demansionamento, della sospensione del rapporto, della collocazione in CIG o del licenziamento - a rinunciare alla sua libertà

L'esigenza di garantire i diritti di libertà nel rapporto di lavoro è stata molto spesso enunciata dalla Corte costituzionale, specialmente con riferimento al diritto alla maternità.

La sentenza della Corte costituzionale 8 febbraio 1991, n. 61, in www.giurcost.org, ad esempio, nel "dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 2 della l. 30 dicembre 1971, n. 1204, nella parte in cui prevede(va) la temporanea inefficacia anziché la nullità del licenziamento intimato alla donna lavoratrice nel periodo di gestazione e di puerperio" ben evidenzia come, a fronte di un diritto alla costituzionalmente garantito dagli artt. 37 e 2 della Costituzione, il riconoscimento in capo al datore di lavoro di un qualche potere organizzativo con riguardo alla posizione della lavoratrice in stato di maternità e non giustificato da esigenze di tutela della sua persona potrebbe indurre "la lavoratrice" ..., per il timore di subire il licenziamento, "a rinunciare ad avvalersi delle misure di tutela per lei predisposte ed in particolare di quelle che la legge rimette alla sua libertà di scelta".

³² Ai sensi della direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000 che mira, tra l'altro, a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sulle convinzioni personali (art.1) occorre distinguere tra discriminazione diretta ed indiretta.

La discriminazione è *diretta* quando, sulla base delle sue convinzioni personali, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga (art. 2, a).

Viceversa, la discriminazione è *indiretta* quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri (rivolti cioè a tutti) possono mettere in una posizione di particolare svantaggio le persone che professano una determinata (...) ideologia (...) rispetto ad altre persone (art. 2, b).

Un tipico esempio di discriminazione indiretta è stato rinvenuto nei bandi di concorso per entrare nelle forze armate i quali in passato stabilivano che uomini e donne dovessero avere un'altezza minima di 170 cm.

Si trattava con tutta evidenza di un parametro apparentemente neutro, applicabile, cioè, indistintamente ad entrambi i sessi.

Tuttavia esso metteva le donne in una situazione di svantaggio di fatto, perché la loro altezza media era inferiore ai 170 cm.

Sicché nei bandi più recenti di prevedono altezze minime diverse per uomini e donne.

essere un comportamento coerente con le proprie convinzioni personali³³ e tutelato da norme di diritto interno ed europeo³⁴ (art. 15 St. Lav. e art. 32 Cost.).

Secondo la tesi che si vuole proporre, gli atti dell'imprenditore rischierebbero pertanto di essere dichiarati nulli³⁵, non rilevando né che siano stati posti in essere *in assenza di un intento punitivo* né che siano stati posti in essere *per perseguire finalità lecite* (art. 1418, comma 3)³⁶.

Questa conclusione si potrebbe desumere in primo luogo dall'art. 1345 c.c., che solo per la condotta ritorsiva – e non per quella discriminatoria – richiede che ricorra un intento punitivo (esclusivo e determinante)³⁷. Essa, inoltre, si potrebbe evincere dagli articoli 15 della legge n. 300/1970 e 3 della legge n. 108/1990, i quali dispongono la nullità di ogni “atto diretto” a licenziare un lavoratore per una causa discriminatoria, *a prescindere dalla motivazione adottata*, e perciò sembrano accogliere una nozione oggettiva di discriminazione, spostando l'accento dalle ragioni e dai motivi (illeciti o leciti) dell'atto alla sua “direzione”, intesa in senso obiettivo³⁸.

La discriminazione opererebbe dunque obiettivamente, in ragione del mero rilievo del trattamento peggiore riservato al lavoratore per l'essersi determinato secondo le sue convinzioni personali (l'elencazione degli atti richiamati dall'art. 15 della l. n. 300/1970 è da intendersi come esemplificativa mentre gli esiti discriminatori hanno carattere tassativo) e a prescindere dai motivi economici o anche di sicurezza adottati dall'imprenditore³⁹.

La direttiva 2000/78/CE⁴⁰ suggerisce infatti una distinzione tra le discriminazioni direttamente fondate sulle convinzioni dell'individuo e quelle definite indirette. Unicamente le disposizioni, i criteri o le prassi che costituiscono discriminazioni indirette possono evitare la qualifica di discriminazione, a condizione che siano giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il

³³ Diversamente A. MARESCA, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit. p. 4, per il quale il lavoratore non potrebbe lamentare che la sospensione costituisce “un atto discriminatorio mirato a colpirlo per le sue convinzioni personali (art. 15, comma 2, della l. 20 maggio 1970, n. 300) in materia di vaccinazione, infatti tale sospensione avviene a fronte della temporanea inutilizzabilità della prestazione lavorativa, senza alcun intento punitivo”

³⁴ A tal fine, nella prospettiva del diritto interno, rilevano certamente l'art. 32 della Costituzione, in base al quale “nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge” nonché l'art. 33 della legge n. 833/1978 che dispone che “gli accertamenti ed i trattamenti sanitari sono di norma volontari” e che solo “nei casi ... espressamente previsti da leggi dello Stato possono essere disposti dall'autorità sanitaria accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori” e, nella prospettiva del diritto esterno, rilevano, invece, l'art. 5 della “Convenzione sui Diritti dell'Uomo e la biomedicina”, il quale dispone che “un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato” nonché l'art. 7 del GDPR che stabilisce che il consenso al trattamento sanitario dev'essere personale, scritto, sempre revocabile, libero ed incondizionato.

³⁵ F. SANTORO-PASSARELLI, *Diritto dei lavori e dell'occupazione*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 364.

³⁶ Cass. civ., Sez. lav., 5 aprile 2016, n. 6575, in www.rivistalavoro.it

³⁷ Ivi.

³⁸ Ivi.

³⁹ Cass. civ., Sez. lav., 5 aprile 2016, n. 6575, cit.

⁴⁰ Direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

suo conseguimento siano appropriati e necessari” (art. 2, lett. b, i). Una siffatta possibilità non è invece prevista per le disparità di trattamento atte a costituire discriminazioni dirette (art. 2, lett. a).

Pertanto, sempre secondo la tesi proposta, la normativa nazionale (art. 1256 c.c., art. 2087 c.c. e art. 3 della legge n. 604/1966), ove interpretata nel senso di consentire una discriminazione diretta fondata sulle convinzioni personali per la concorrenza di un'altra finalità pur legittima, sarebbe contraria alla direttiva⁴¹. Il contemperamento del diritto alla salute del singolo (anche nel suo contenuto di *libertà di cura*) con il coesistente e reciproco diritto degli altri, con l'interesse della collettività e con il diritto dell'imprenditore (art. 41 Cost.) è infatti affidato solo al Parlamento (art. 32 Cost.) il quale, distinguendo tra la generalità della popolazione lavoratrice e gli esercenti le professioni sanitarie ed optando, con riferimento alla prima categoria di persone, per la tecnica della raccomandazione del vaccino, pare esprimere maggiore attenzione per l'autodeterminazione individuale⁴².

4. *Segue. Il contenuto dell'obbligo di sicurezza del datore di lavoro: la massima sicurezza tecnologicamente possibile in una accezione costituzionalmente orientata.*
L'art. 2087 del codice civile e i profili di responsabilità dell'imprenditore

È a questo punto possibile individuare i confini dell'obbligo di sicurezza che l'art. 2087 c.c. pone in capo al titolare dell'impresa.

Questa norma, infatti, obbliga l'imprenditore ad adottare in azienda le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro⁴³.

Essa svolge una doppia funzione di *chiusura* e di *promozione* del sistema e, in quanto norma dinamica, consente da un lato di colmare le lacune del diritto positivo e, dall'altro, di integrare il contenuto delle norme elastiche predisposte dalla legislazione speciale, indicando nello stato di avanzamento della tecnologia prevenzionale il criterio per distinguere tra ciò che è possibile e ciò che non è possibile esigere dall'imprenditore (c.d. *massima sicurezza tecnologicamente possibile*)⁴⁴.

Nell'attuale contesto di incertezza scientifica, i criteri suggeriti dal legislatore per la selezione degli obblighi non scritti di diligenza, prudenza e perizia, non

⁴¹ Cass. civ., Sez. lav., 5 aprile 2016, n. 6575, cit.

⁴² Così Corte costituzionale n. 268/2017, cit.

⁴³ P. PASCUCCI, *Sistema di prevenzione aziendale, emergenza coronavirus ed effettività*, in www.giustiziacivile.com, p. 4; nonché A. MARESCA, *Il rischio di contagio da COVID-19 nei luoghi di lavoro: obblighi di sicurezza e art. 2087 c.c. (prime osservazioni sull'art. 29-bis della l. n. 40/2020)*, in questa Rivista, n. 2, 2020, I, p. 5.

⁴⁴ P. PASCUCCI, *Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro: novità e conferme nello ius superveniens del d.P.C.M. 22 marzo 2020 e soprattutto nel d.l. n. 19/20*, in questa Rivista, n. 1, 2020, I, p. 132; nonché I. LEONCINI, *L'obbligo di impedire l'infortunio*, in F. GIUNTA, D. MICHELETTI (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 107 ss.

sarebbero in grado di svolgere alcuna funzione evocativa delle regole extragiuridiche idonee a fronteggiare il rischio del contagio.

Pertanto, la posizione di garanzia del datore di lavoro, che nel diritto penale fonda l'equivalenza tra "cagionare" e "non impedire" il contagio (art. 40 c.p.), avrebbe contenuto "indeterminato", con la conseguenza, costituzionalmente non ammissibile, che il rimprovero risulterebbe non prevedibile e non evitabile (art. 25, comma 2 Cost.)⁴⁵.

Ecco perchè il legislatore, superando l'incertezza, ha circoscritto il contenuto di quella posizione in senso costituzionalmente orientato, precisando che "*ai fini della tutela contro il rischio di contagio..., i datori di lavoro ... adempiono all'obbligo di cui all'articolo 2087 del codice civile mediante l'applicazione delle prescrizioni contenute nel protocollo*" nazionale "*e negli altri protocolli ..., nonché mediante l'adozione e il mantenimento delle misure ivi previste*" (art. 29 bis del d.l. n. 23/2020).

Questi protocolli contengono sia *regole rigide* che *regole elastiche* e addirittura accordano al datore di lavoro il potere-dovere di sostituire tutte le misure in essi elencate con altre equivalenti o ritenute più incisive secondo le peculiarità dell'organizzazione (*la regola, in questo caso, è solo apparentemente scritta*)⁴⁶.

Tuttavia, gli stessi protocolli e le norme elastiche in essi contenuti non consentono all'imprenditore di effettuare in azienda un contemperamento del diritto alla salute del singolo con il corrispondente diritto degli altri e l'interesse della collettività con un esito diverso da quanto discrezionalmente stabilito dal legislatore⁴⁷.

Essi, infatti, prevedono che sia il datore di lavoro a selezionare le misure c.d. innominate, mentre l'art. 32 della Costituzione richiede che l'obbligo di vaccinazione sia eventualmente enunciato dal Parlamento.

Pertanto, l'immunizzazione contro un agente biologico con carattere di ubiquità, in grado di insinuarsi dall'esterno all'interno degli ambienti di lavoro e di trasmettersi nuovamente al di fuori dei confini dell'azienda, salvo quanto oggi previsto per gli esercenti le professioni sanitarie e gli altri operatori di interesse sanitario, non può rientrare tra le misure che il datore di lavoro ha il potere/dovere di imporre, ma resta oggetto di una scelta di libertà del lavoratore che il titolare dell'impresa non può condizionare, né direttamente né indirettamente (artt. 32 e 2 Cost.; art. 33 della l. 23 dicembre 1978, n. 833; art. 5 Conv. Oviedo).

Deve allora ritenersi che, come è accaduto sinora, anche in seguito alla messa a disposizione del vaccino contro la malattia causata dal nuovo coronavirus SARS-Cov-2, il livello della sicurezza che l'imprenditore è tenuto ad assicurare nei locali

⁴⁵ L'art. 25, comma 2 Cost., quando prevede che nessuno può essere punito se non in forza di un fatto previsto dalla legge, implicitamente prescrive anche che le leggi incriminatrici siano tassative, in quanto, se non fosse possibile stabilire a priori ciò che è vietato, si lascerebbe al giudice il potere di determinarlo di volta in volta. Cfr anche S. ROZZA, *La colpa del datore di lavoro nello scenario del Covid-19*, in questa Rivista, 2, 2020, II, p. 100.

⁴⁶ S. ROZZA, *La colpa del datore di lavoro*, cit.

⁴⁷ Sentenza del Tribunale di Belluno del 19 marzo 2021.

aziendali e che, in ogni caso, consente il prosieguo delle attività produttive⁴⁸, è quello derivante dall'applicazione delle misure cristallizzate nei protocolli del 24 aprile 2020, confermate dall'art. 4 del d.P.C.M. del 14 gennaio 2021 ed integrate dal protocollo del 6 aprile 2021, le quali:

a) Impongono di garantire la “rarefazione” delle presenze, massimizzando il ricorso al lavoro agile, utilizzando le ferie e i permessi e valutando l'intervento degli ammortizzatori sociali;

b) Impongono di dare attuazione a regole con funzione dichiaratamente “precauzionale”, tendenzialmente cristallizzate nei protocolli che rappresentano la migliore scienza ed esperienza del momento storico.

c) Ma non impongono di perseguire l'obiettivo della vaccinazione dell'intera popolazione aziendale.

Questo livello della sicurezza corrisponde alla *massima sicurezza tecnologicamente possibile in una accezione costituzionalmente orientata* (art. 32 Cost.), consente il prosieguo delle attività produttive in condizioni di sicurezza per i dipendenti dell'impresa e per i terzi e non fa residuare margini di rischio non calcolato⁴⁹.

In astratto, allora, l'immunizzazione di ciascuna unità di personale, sarebbe anche materialmente possibile e potrebbe forse, in base a valutazioni scientifiche ancora acerbe, garantire una più elevata protezione della salute negli ambienti di lavoro.

Tuttavia, in concreto, la stessa immunizzazione, secondo una lettura costituzionalmente orientata della normativa coinvolta (art. 2087 c.c. e art. 29 *bis* del d.l. n. 23/2020), è giuridicamente impossibile in mancanza della disponibilità del personale a farsi vaccinare o di una disposizione di legge ordinaria che abbia le caratteristiche individuate dall'art. 32, comma 2, della Costituzione.

A questo punto, pare percorribile il tentativo di circoscrivere i profili di responsabilità del datore di lavoro nel caso in cui il lavoratore diverso dall'esercente la professione sanitaria o dall'operatore di interesse sanitario rifiuti la vaccinazione.

L'imprenditore ha infatti il potere/dovere di garantire in azienda il livello di sicurezza che deriva dall'applicazione delle misure cristallizzate nei protocolli del 6 aprile 2021⁵⁰ e non può disporre il licenziamento dell'obiettore vaccinale, per giusta causa⁵¹ o giustificato motivo soggettivo⁵² o per giustificato motivo oggettivo⁵³, in quanto:

⁴⁸ Cfr. d.l. n. 33/2020, art. 1, comma 15 in base al quale solo “il mancato rispetto dei contenuti dei protocolli o delle linee guida, regionali, o, in assenza, nazionali, di cui al comma 14 che non assicuri adeguati livelli di protezione” che “determina la sospensione dell'attività fino al ripristino delle condizioni di sicurezza”.

⁴⁹ Corte cost. n. 218/1994, cit.

⁵⁰ A. MARESCA, *Il rischio di contagio da COVID-19*, cit., p. 5.

⁵¹ Così V. FERRANTE, *Dibattito istantaneo su vaccini anti Covid e rapporto di lavoro: l'opinione di V. Ferrante*, p. 3.

⁵² Così C. CESTER, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit., p. 5.

⁵³ Così A. MARESCA, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit., p. 4; diversamente invece A. PERULLI, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit., p. 2.

a) la decisione del lavoratore non configura né un inadempimento né un comportamento che menoma la fiducia, ma è esercizio di una *libertà*⁵⁴

b) la stessa decisione non comporta l'inidoneità a svolgere le mansioni specifiche⁵⁵ e non giustifica l'allontanamento del lavoratore ad opera dell'imprenditore e, stante il perdurare dello stato di inidoneità, il suo licenziamento, perché questo licenziamento sarebbe illegittimo⁵⁶.

Mi pare allora che il contagio che si verifichi in azienda nonostante l'applicazione delle misure cristallizzate nei protocolli del 6 aprile 2021 rientri nell'area del *rischio consentito*⁵⁷ e che il datore di lavoro che abbia accettato la prestazione dell'obiettore vaccinale non possa esserne ritenuto responsabile (art. 40 c.p.), avendo egli garantito la massima sicurezza tecnologicamente possibile in una accezione costituzionalmente orientata (art. 29 *bis* del d.l. n. 23/2020 e art. 32 Cost.)⁵⁸.

5. La posizione degli esercenti le professioni sanitarie e degli operatori d'interesse sanitario. Il quadro precedente all'entrata in vigore dell'art. 4 del d.l. n. 44 del 2021

Prima dell'entrata in vigore dell'art. 4 del d.l. n. 44 del 2021, da più parti si invocava un intervento legislativo che introducesse l'obbligo vaccinale, se non per la generalità della popolazione, quantomeno per le categorie di individui operanti nelle strutture sanitarie.

⁵⁴ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 801.

⁵⁵ Il problema della sicurezza sarebbe comunque risolto dall'applicazione dei protocolli del 24 aprile 2021, che fino ad oggi, in assenza di un obbligo vaccinale, consentono la prosecuzione delle attività.

In questo senso sembrano esprimersi A. PERULLI, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit. p. 2 nonché M. VERZARO, *Abundans cautela non nocet. A (s) proposito del c.d. licenziamento per mancata vaccinazione anti-coronavirus*, in www.rassegnadiritto lavoro.it; nonché Tribunale di Messina, Sez. Lav. del 12 dicembre 2020.

Diversamente, invece, A. MARESCA, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit. p. 4. L'autore, tuttavia, guarda al recesso del datore come ad una *extrema ratio*, suggerendo piuttosto la collocazione del dipendente non vaccinato in cassa integrazione.

⁵⁶ Il motivo economico non esclude il carattere discriminatorio dell'atto sicché avverso la decisione dell'imprenditore l'obiettore potrebbe adire il Tribunale competente per far accertare e dichiarare che il licenziamento è nullo e per chiedere la condanna dell'imprenditore a reintegrarlo in servizio e a corrispondergli una indennità non inferiore a cinque mensilità, oltre al pagamento dei contributi previdenziali e assistenziali non versati (d.lgs. n. 23/2015).

F. SANTORO-PASSARELLI, *Diritto dei lavori e dell'occupazione*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 301.

⁵⁷ S. ROZZA, *La colpa del datore di lavoro*, cit., p. 100.

⁵⁸ Cfr. anche P. ICHINO, *Perché e come l'obbligo di vaccinazione può nascere anche solo da un contratto di diritto privato*, in "Lavoro Diritti Europa", n. 1, 2021; R. GUARINIELLO, *Sorveglianza sanitaria: vaccino obbligatorio per i lavoratori?*, in "Diritto e pratica del lavoro", 2021, n. 1, pp. 27-34; G. PELLACANI, *La vaccinazione contro il Coronavirus (SARS-Cov-2) negli ambienti di lavoro tra norme generali in tema di prevenzione e tutela della salute e sicurezza, disciplina emergenziale per la pandemia COVID-19 e prospettive di intervento del legislatore*, in "Lavoro Diritti Europa", n. 1, 2021; O. MAZZOTTA, *Vaccino anti-Covid e rapporto di lavoro*, *ivi*.

Secondo alcuni Autori⁵⁹, in realtà, in queste strutture l'esposizione al nuovo coronavirus SARS-Cov-2 rappresentava un rischio *specifico* dell'attività (art. 266 del d.lgs. n. 81/2008)⁶⁰, sicché i lavoratori – pur in assenza di un obbligo formale di immunizzarsi – avrebbero potuto essere chiamati a visita dinanzi al medico competente, il quale, al fine di esprimere un giudizio di idoneità/inidoneità alla mansione specifica (art. 279, comma 1 e art. 41), avrebbe potuto suggerire al datore di lavoro l'adozione di misure protettive *particolari*, fra le quali:

a) la messa a disposizione di vaccini efficaci (art. 279, comma 2, lett. a);

b) e l'allontanamento temporaneo del lavoratore che avesse scelto di non farsi vaccinare (art. 279, comma 2, lett. b)⁶¹, con possibilità, per l'imprenditore, di intimare il licenziamento per motivi economici⁶² ove il dipendente non avesse potuto essere adibito a mansioni equivalenti o inferiori (art. 42).

Questa tesi⁶³, comunque inidonea a superare l'obiezione della discriminazione oggettiva, benché forte di un puntuale aggancio normativo, non convinceva. Essa, infatti, in contrasto con la previsione dell'art. 32 della Costituzione, che non consente alla legge di delegare il potere di ordinare la vaccinazione, presupponeva, giusta il disposto di cui all'art. 279 del d.lgs. n. 81/2008, che *il datore di lavoro* potesse disporre le misure particolari indicate dal legislatore “per la sicurezza di tutti⁶⁴” e che *il medico competente*⁶⁵ potesse esprimere un giudizio di inidoneità alla mansione specifica (art. 279, comma 2, lett. b) nel caso in cui il lavoratore rifiutasse il trattamento (art. 279, comma, 2 lett. a) e chiedesse di continuare ad eseguire la prestazione nel contesto aziendale esitato dall'applicazione dei protocolli del 24 aprile 2020 (ora 6 aprile 2021).

Mi pare invece, anche a voler superare l'ostacolo (invalicabile) dell'art. 32 della Costituzione, in primo luogo, che le misure della vaccinazione e dell'allontanamento non possano essere raccomandate per la sicurezza *di tutti*, ma solo per la sicurezza *dei lavoratori* per i quali, anche in considerazione delle condizioni sanitarie individuali, si richieda una protezione speciale⁶⁶ e, in secondo luogo, che, tra le due misure (offerta del vaccino e allontanamento), sicuramente non vi sia, nella trama dell'art. 279, una relazione di necessaria consecuzione, soprattutto se l'azienda abbia già applicato altre cautele idonee a prevenire il contagio.

⁵⁹ R. GUARINIELLO, *Sul vaccino per i lavoratori contro il Covid-19 si applichi la legge!*, in “Coronavirus: come ripartire”, Ipsa.

⁶⁰ Per una panoramica completa delle problematiche legate all'applicazione del titolo X del d.lgs. n. 81 del 2008 si rinvia a P. PASCUCCI E A. DELOGU, *L'ennesima sfida*, cit., p. 96 ss.

⁶¹ Così anche P. PASCUCCI E A. DELOGU, *L'ennesima sfida*, cit., p. 95 ss.

⁶² R. GUARINIELLO, *Sul vaccino per i lavoratori contro il Covid-19*, cit.

⁶³ Anche in questo caso, la normativa nazionale (artt. 279, 41 e 42 del d.lgs. n. 81/2008), ove interpretata nel senso di consentire una discriminazione diretta fondata sulle convinzioni personali per la concorrenza di un'altra finalità pur legittima, sarebbe contraria alla direttiva 2000/78/CE.

⁶⁴ R. GUARINIELLO, *Sul vaccino per i lavoratori contro il Covid-19*, cit.

⁶⁵ R. GUARINIELLO, *Sul vaccino per i lavoratori contro il Covid-19*, cit.

⁶⁶ Così espressamente l'art. 279, comma 2.

Sicché il medico competente, chiamato ad effettuare una valutazione tecnico-discrezionale, difficilmente avrebbe potuto formulare un giudizio di inidoneità del lavoratore non censurabile in sede di ricorso amministrativo (art. 41, comma 9), in quanto, nella parte motiva del provvedimento (art. 41, comma 6-bis)⁶⁷, avrebbe dovuto:

a) dar conto delle *condizioni sanitarie individuali* che rendevano il lavoratore non vaccinato bisognoso di misure particolari (art. 279, comma 2)⁶⁸, arbitrariamente ampliando il concetto di *salute*, che oggi, pur non riguardando più solo l'assenza della malattia⁶⁹, ma anche il benessere fisico, mentale e sociale, non presuppone l'immunità (art. 279, comma 5)⁷⁰.

b) e dichiarare che *quelle condizioni* non erano compatibili con l'ambiente di lavoro, con i fattori di rischio professionali e con le modalità di svolgimento dell'attività (art. 2, comma 1, lett. m), in contrasto con l'art. 1 del d.l. n. 33/2020 che invece, prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 44/2021, consentiva l'esecuzione della prestazione in condizioni di sicurezza purché fossero applicati i protocolli del 6 aprile 2021.

Fino al 1° aprile 2021, pertanto, il direttore sanitario non avrebbe potuto rifiutare la prestazione dell'obiettore, essendo egli obbligato a garantire la massima sicurezza tecnologicamente possibile ai sensi dell'art. 2087 del codice civile ma in una accezione costituzionalmente orientata (art. 29 bis del d.l. n. 23/2020 e art. 32 Cost.).

Il contagio eventualmente registratosi nell'azienda sanitaria nonostante il rispetto delle regole cristallizzate nei protocolli avrebbe dovuto dunque essere considerato un *evento da rischio consentito*, del quale non avrebbe potuto essere incolpato né l'operatore, né la struttura (art. 40 c.p.)⁷¹.

⁶⁷ Sindacabile sia in sede amministrativa (art. 41, comma 9) che in sede giurisdizionale.

⁶⁸ Verosimilmente il medico dovrebbe evidenziare la presenza di peculiari condizioni di fragilità.

⁶⁹ Così nella Constitution of the World Health Organization, in base alla quale "health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity".

⁷⁰ L'art. 279, comma 5 contempla infatti espressamente l'ipotesi della non vaccinazione. Sul punto, in senso contrario, P. PASCUCCI E A. DELOGU, *L'ennesima sfida*, cit. p. 113.

Secondo questi autori la circostanza che la mancata vaccinazione discenda da una scelta volontaria del lavoratore non pare avere rilievo determinante in tema di idoneità alla mansione, poiché ciò che rileva a tali fini è il dato oggettivo della non immunizzazione, sicché adducendo un esempio estremo, nessuno può dubitare del fatto che un lavoratore mutilato sia inidoneo a determinate mansioni, per quanto all'origine della propria condizione fisica vi sia stato un atto di automutilazione.

E tuttavia a parere di chi scrive la condizione di chi, senza averne il diritto (art. 5 c.c.), diminuisce in modo permanente la propria integrità fisica è ben diversa da quella di chi, invece, legittimamente (art. 32 Cost.), sceglie di non potenziare la propria risposta immunitaria.

⁷¹ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 801. Ma di affidamento e contatto sociale parla anche O. MAZZOTTA, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit., p. 2. L'utente finale del servizio, pertanto, non avrebbe potuto eccepire che, pur avendo stipulato il "contratto di cura" con la struttura e non con l'operatore, poteva comunque vantare, nei confronti di quest'ultimo, un affidamento qualificato (art. 1375 c.c.) in ordine allo svolgimento della prestazione secondo la perizia professionale e che, in ragione di quell'affidamento, sia l'operatore che la struttura avrebbero

6. *La posizione degli esercenti le professioni sanitarie e degli operatori d'interesse sanitario. Il quadro successivo all'entrata in vigore dell'art. 4 del d.l. n. 44 del 2021*

L'art. 4 del d.l. n. 44/2021 ha previsto invece che al fine di tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza, gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario che svolgono la loro attività nelle strutture sanitarie, sociosanitarie e socio-assistenziali, pubbliche e private, nelle farmacie, parafarmacie e negli studi professionali sono obbligati a sottoporsi a vaccinazione gratuita per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2, ferma comunque la possibilità, in caso di accertato pericolo per la salute e in relazione a specifiche condizioni cliniche documentate attestate dal medico, di omettere o differire la vaccinazione⁷².

L'obbligo persiste fino alla completa attuazione del piano di cui all'articolo 1, comma 457, della l. 30 dicembre 2020, n. 178, e comunque non oltre il 31 dicembre 2021.

La vaccinazione costituisce requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative rese dai soggetti obbligati.

La disciplina di cui al d.l. n. 44/2021 è diretta attuazione dell'art. 32 della Costituzione e rappresenta la “*disposizione di legge*” idonea, nella visione illuminata del costituente, a diminuire la libertà individuale e ad imporre il trattamento alla popolazione lavorativa d'interesse sanitario.

Alcuni Autori⁷³ hanno ravvisato un rapporto di specialità tra le previsioni di cui all'art. 279 del d.lgs. n. 81/2008 e quelle di cui all'art. 4 del d.l. n. 44/2021, deducendone l'operatività della norma generale al di fuori dell'ambito soggettivo delineato dalla decretazione d'urgenza.

In verità la riconduzione della relazione intercorrente tra le due norme alla logica della specialità è possibile ricorrendo alla categoria della c.d. “specialità per

dovuto rispondere nei suoi confronti, l'uno a titolo di responsabilità da contatto sociale e l'altra a titolo di responsabilità contrattuale (artt. 1218 e 1228 c.c.).

Lo stesso utente, infatti, poteva confidare nel fatto che fossero state rispettate le misure di prevenzione cristallizzate nei protocolli, ma non poteva vantare nessun affidamento in ordine alla circostanza che l'operatore con cui entrava in contatto si fosse fatto vaccinare, essendo anzi pacifico che non vi era, prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 44/2021, alcun obbligo legale o contrattuale in capo allo stesso e che il principio della buona fede oggettiva (art. 2 Cost. e art. 1375 c.c.), che pure potrebbe svolgere una funzione maieutica di obblighi di “salvaguardia” e “protezione” funzionalmente collegati a quello di “prestazione”, non avrebbe potuto operare *contra legem* (art. 32 Cost.).

⁷² P. PASCUCCI – C. LAZZARI, *Prime considerazioni di tipo sistematico sul d.l. 1 aprile 2021, n. 44*, in questa Rivista, n. 1, 2021, I; F. SCARPELLI, *Arriva l'obbligo del vaccino (solo) per gli operatori sanitari: la disciplina e i suoi problemi interpretativi*, in “Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi”, *Conversazioni sul lavoro a distanza da agosto 2020 a marzo 2021*, promosse e coordinate da V.A. POSO; nonché M. VERZARO, *ECCE LEX!*, *L'obbligo di vaccinazione per gli operatori sanitari*, ivi; A. DE MATTEIS, *Il decreto - legge sull'obbligo di vaccino del personale sanitario*, ivi; R. RIVERSO, *Note in tema di individuazione dei soggetti obbligati ai vaccini a seguito del decreto-legge n. 44/2021*, ivi; C. PISANI, *Il vaccino per gli operatori sanitari obbligatorio per legge requisito essenziale per la prestazione*, ivi.

⁷³ P. PASCUCCI – C. LAZZARI, *Prime considerazioni*, cit., p. 155.

aggiunta⁷⁴, in quanto l'art. 4 del d.l. n. 44/2021 contiene, in astratto, tutti gli elementi dell'art. 279 del d.lgs. n. 81/2008 più uno: la precisazione, cioè, che la vaccinazione costituisce requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative rese dai soggetti obbligati.

Ciò potrebbe significare, però, che, in difetto di questa precisazione, l'art. 279 del d.lgs. n. 81/2008 non sarebbe concretamente applicabile né all'ambito soggettivo delineato dalla decretazione d'urgenza né al di fuori di esso, perché, contro la previsione di cui all'art. 32 della Costituzione, autorizzerebbe il datore di lavoro ed il medico competente ad introdurre un requisito d'idoneità (l'adempimento dell'obbligo d'immunizzazione) che solo il legislatore può prevedere.

Ed infatti, soddisfacendo l'istanza di legalità di cui all'art. 32 della Costituzione, l'art. 4 del d.l. n. 44/2021 ha recuperato il meccanismo operativo dell'art. 279 del d.lgs. n. 81/2008 ed ha disposto che, a valle di una catena di procedimenti-presupposto⁷⁵, in caso di rifiuto a vaccinarsi manifestato dall'esercente la prestazione sanitaria o dall'operatore di interesse sanitario:

a) la ASL competente accerti l'inosservanza dell'obbligo vaccinale e ne dia immediata comunicazione scritta all'interessato, al datore di lavoro e all'Ordine professionale di appartenenza, implicitamente dichiarando l'inidoneità del lavoratore a svolgere prestazioni o mansioni che implicano contatti interpersonali o comportano, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio da SARS-CoV-2 (art. 4, comma 6, del d.l. 44/2021);

b) e il datore di lavoro adibisca il lavoratore, ove possibile, a mansioni, anche inferiori, diverse da quelle indicate al comma 6, con il trattamento corrispondente alle mansioni esercitate, e che, comunque, non implicino rischi di diffusione del contagio oppure, e quando l'assegnazione a mansioni diverse non sia possibile, lo sospenda senza retribuzione, altro compenso o emolumento comunque denominato fino all'assolvimento dell'obbligo vaccinale o, in mancanza, fino al completamento del piano vaccinale nazionale e comunque non oltre il 31 dicembre 2021 (art. 4, commi 8 e 9, del d.l. 44/2021).

Secondo la maggior parte degli Autori⁷⁶ la presenza di un *dies ad quem* per la vigenza dell'obbligo di vaccinazione precluderebbe al datore di lavoro che abbia esperito con esito negativo il tentativo di *repechage* qualsivoglia valutazione sull'interesse a mantenere in vita il rapporto inattivo (art. 1256, comma 2 c.c.), sottraendogli, implicitamente, la possibilità di recedere per ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa.

⁷⁴ F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, Padova, CEDAM, 2011

⁷⁵ Per una disamina approfondita del procedimento e delle sue criticità si rinvia a F. SCARPELLI, *Arriva l'obbligo del vaccino*, cit., p. 3 nonché M. VERZARO, *ECCE LEX!*, cit., p. 4.

⁷⁶ P. PASCUCI – C. LAZZARI, *Prime considerazioni*, cit. p. 4; F. SCARPELLI, *Arriva l'obbligo del vaccino*, cit., p. 3; M. VERZARO, *ECCE LEX!*, cit., p. 4.

Si potrebbe però anche sostenere che la disposizione in commento abbia solo una funzione cautelare, prescrivendo misure minime di sicurezza (mutamento di mansioni e sospensione senza retribuzione) tese ad evitare che gli operatori sanitari non vaccinati entrino in contatto con le altre unità di personale e con i terzi clienti o utenti, e che essa non intenda invece interferire con le scelte organizzative del datore di lavoro⁷⁷. Diversamente opinando, infatti, l'art. 4 del d.l. n. 44/2021 si iscriverebbe, insieme all'art. 7 del d.l. n. 41/2021, tra le norme che introducono un regime vincolistico dei licenziamenti, con la paradossale conseguenza che dopo il 30 giugno (o il 31 ottobre) del 2021 il titolare dell'azienda potrebbe licenziare, per le ragioni organizzative più disparate, i sanitari vaccinati ma non quelli non vaccinati e sospesi, potenzialmente protetti dal rischio del recesso per giustificato motivo oggettivo fino al 31 dicembre 2021.

La norma, invece, secondo la lettura proposta, non intenderebbe disciplinare in modo esaustivo le conseguenze della mancata vaccinazione ma vorrebbe piuttosto rammentare all'imprenditore che l'utilizzo di personale non vaccinato per mansioni di contatto costituisce, negli ambienti d'interesse sanitario, un *rischio non consentito*.

Essa, dunque, stante l'obbligo di vaccinazione, lascerebbe impregiudicata, per il datore di lavoro, la possibilità di intimare il licenziamento per giustificato motivo oggettivo successivamente al 30 giugno (o al 31 ottobre) del 2021 e fino al termine della campagna vaccinale (o comunque fino al 31 dicembre 2021), senza che ciò costituisca condotta discriminatoria nei confronti dell'obiettore, la cui *libertà* è stata diminuita direttamente dal legislatore, coerentemente con le direttive costituzionali.

7. Conclusioni

È evidente che questa ricostruzione, imposta da una interpretazione costituzionalmente orientata delle norme destinate ad assicurare la sicurezza sui luoghi di lavoro nell'attuale scenario pandemico, pone, nei suoi pratici risvolti applicativi, una serie di problemi facilmente immaginabili.

Anzitutto essa addossa al datore di lavoro il rischio d'impresa derivante dalla mancata vaccinazione di alcune unità di personale, in quanto, nel caso di attività che si svolgano in rapporto con terzi clienti o utenti, questi terzi potrebbero essere indotti a migrare verso la concorrenza che riesca invece a garantire l'immunizzazione dell'intera popolazione aziendale.

In secondo luogo, la stessa ricostruzione impegna il datore di lavoro – che comunque dovrebbe applicare in azienda le misure cristallizzate nei protocolli del 6 aprile 2021 – nella non facile gestione del personale vaccinato, il quale, protetto dal rischio della malattia ma non da quello dell'infezione potrebbe, per il timore di

⁷⁷ Nello stesso senso, A. POSO, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit. p. 6.

veicolare a sua volta il virus fuori dai locali dell'azienda, rappresentare il proprio disagio a lavorare a contatto con il personale non vaccinato.

Queste problematiche richiedono certamente soluzioni urgenti, ma l'interprete, in assenza di una indicazione legislativa, non può attribuire alle norme vigenti (art. 2087 c.c.; art. 20 del d.lgs. n. 81/2008; art. 1, commi 14 e 15, del d.l. n. 33/2020; art. 29 *bis* del d.l. n. 23/2020) un significato incompatibile con le direttive della carta costituzionale.

Il legislatore, piuttosto, dovrebbe, con uno sforzo di responsabilità e senza pensare al costo *politico* (in termini di consenso elettorale) di questa decisione, pronunciarsi definitivamente nel senso della obbligatorietà generalizzata della vaccinazione.

Ad oggi, infatti, nessuna ragione di tutela della persona umana (art. 32 Cost.) osterebbe ad una normativa che prescrivesse l'obbligo del trattamento vaccinale contro COVID-19 in capo a tutta la popolazione.

Abstract

Alcuni vaccini contro COVID-19 sono stati oggetto di autorizzazione all'immissione in commercio (cd. AIC) condizionata all'impegno, da parte delle aziende farmaceutiche richiedenti, di monitorare il medicinale e completare i dati relativi alla sua efficacia e sicurezza entro una certa data.

Detti vaccini devono essere considerati farmaci sicuri, in quanto le procedure comunitarie di autorizzazione semplificata dei medicinali sono comunque preordinate ad innalzare i livelli di tutela della salute.

Negli ambienti di lavoro, però, oggi, ad eccezione degli esercenti le professioni sanitarie e degli operatori d'interesse sanitario, nessuno può essere direttamente o indirettamente obbligato al trattamento di immunizzazione, se non per disposizione di legge adottata nei limiti del rispetto della persona umana.

Il livello della sicurezza che l'imprenditore è tenuto ad assicurare nei locali aziendali è dunque quello derivante dall'applicazione delle misure cristallizzate nei protocolli del 4 aprile 2020 (ora 6 aprile 2021).

Questo livello corrisponde alla massima sicurezza tecnologicamente possibile in una accezione costituzionalmente orientata.

In astratto, infatti, l'immunizzazione di ciascuna unità di personale sarebbe materialmente possibile e garantirebbe una più elevata protezione della salute negli ambienti di lavoro.

Tuttavia, in concreto, la stessa immunizzazione, secondo una lettura costituzionalmente orientata della normativa coinvolta (art. 2087 c.c. e art. 29 bis del d.l. n. 23/2020) è giuridicamente impossibile.

Some vaccines against COVID-19 have been subject to marketing authorization (so-called AIC) conditional on the commitment, by the requesting pharmaceutical companies, to monitor the medicine and complete the data relating to its efficacy and safety within a certain date.

These vaccines must be considered safe drugs, since the Community procedures for the simplified authorization of medicines are in any case intended to raise the levels of health protection.

In the workplace, however, today, no one can be directly or indirectly obliged to undergo immunization treatment, if not by law provision adopted within the limits of respect for the human person.

The level of security that the entrepreneur is required to ensure in the company premises is therefore that resulting from the application of the measures crystallized in the protocols of 24 April 2020 (now 6 April 2021).

This level corresponds to the maximum technologically possible security in a constitutionally oriented meaning. In the abstract, in fact, the immunization of each staff unit would be materially possible and would guarantee a higher health protection in the workplace.

However, in practice, the same immunization, according to a constitutionally oriented reading of the legislation involved (Article 2087 of the Italian Civil Code and Article 29 bis of Legislative Decree No. 23/2020) is legally impossible.

Parole chiave

Vaccini e sicurezza sul lavoro, protocolli del 6 aprile 2021, immunizzazione; COVID-19, art. 32 Cost.

Keywords

Vaccines and occupational safety, protocols of 24 April 2020, immunization; COVID-19, Article 32 of the Constitution



Vaccinazione antiCovid-19 e trattamento dei dati personali. Prime osservazioni al Provvedimento del Garante *privacy* n. 198 del 2021**

di Lucia D’Arcangelo*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Ruolo e funzioni del datore di lavoro e del medico competente nel Documento dell’Autorità per la protezione dei dati personali del 14 maggio 2021. – 3. Vaccinazione antiCovid-19 e trattamento dei dati nel Provvedimento del 13 maggio 2021, n. 198. – 4. Conclusione.

1. Premessa

La recente pubblicazione del Provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali del 13 maggio 2021, n. 198, contenente il “Documento di indirizzo – Vaccinazione nei luoghi di lavoro: indicazioni generali per il trattamento dei dati personali”¹ (d’ora in poi: Dvax), sollecita una breve riflessione sui limiti imposti dalla disciplina sulla protezione dei dati personali, stabilita dal Codice *privacy* e dal Regolamento UE 2016/679 (d’ora in poi: GDPR), al potere del datore di lavoro di controllare le informazioni sulla vaccinazione antiCovid – 19 dei lavoratori.

La decisione è stata adottata ai sensi dell’art. 57 , par. 1, lett. *b)* e *d)*, del GDPR, che attribuisce ad ogni Autorità indipendente in materia di protezione dei dati, di ciascun Stato membro dell’UE, tra i vari compiti, quello di “promuovere la consapevolezza dei titolari del trattamento e dei responsabili del trattamento riguardo agli obblighi imposti loro dal presente regolamento”, nell’ambito di un’ampia “attività di sensibilizzazione” rivolta ad organi pubblici e privati, ivi comprese le medie, piccole e micro imprese, sui potenziali rischi connessi al trattamento dei dati personali “effettuato dalle pubbliche autorità o dagli organismi privati che agiscono nel pubblico interesse” (C122, C129, C132).

* Lucia D’Arcangelo è professore associato di Diritto del lavoro presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università di Napoli Federico II. lucia.darcangelo@unina.it

** Il saggio è stato preventivamente assoggettato alla procedura di referaggio prevista dalle regole editoriali della Rivista.

¹ Allegato al provvedimento n. 198 del 13 maggio 2021 (doc. n. 9585300).

Tuttavia, lo scorso 17 febbraio 2021, con una *faq* pubblicata sul proprio sito internet, l'organo di garanzia aveva già affermato che “il datore di lavoro non può acquisire, neanche con il consenso del dipendente o tramite il medico competente, i nominativi del personale vaccinato o la copia delle certificazioni vaccinali. Ciò non è consentito dalla disciplina in materia di tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro né dalle disposizioni sull'emergenza sanitaria. Il consenso del dipendente non può costituire, in questi casi, una condizione di liceità del trattamento dei dati. Il datore di lavoro può, invece, acquisire, in base al quadro normativo vigente, i soli giudizi di idoneità alla mansione specifica redatti dal medico competente”².

Queste indicazioni sono argomentate più analiticamente nel Dvax – su cui ci soffermiamo nel terzo paragrafo – ma sono anche affrontate, in parte, nel “Documento Protezione dei dati: il ruolo del medico competente in materia di sicurezza sul luogo di lavoro, anche con riferimento al contesto emergenziale”, (d'ora in poi: Dmc), pubblicato sulla pagina *web* dell'Autorità il 14 maggio 2021³, che ora esaminiamo.

2. Ruolo e funzioni del datore di lavoro e del medico competente nel Documento dell'Autorità per la protezione dei dati personali del 14 maggio 2021

Da una prima lettura del Dmc emergono due elementi di rilievo: la “centralità” del medico competente e la “diversità dei ruoli” ricoperti, rispettivamente, dal datore di lavoro e dal medico competente. La logica adoperata dall'organo di controllo – suggerita dalla circolare del 4 settembre 2020, n. 28877, del Ministero del lavoro e delle politiche sociali e del Ministero della salute (paragrafi 1 e 2) – si basa sul riparto di competenze tra i due soggetti e definisce un sistema preciso di funzioni attribuite, distintamente, al datore di lavoro e al medico competente.

Ad essere messo in evidenza è, anzitutto, il raccordo tra la normativa sulla sicurezza nei luoghi di lavoro e la disciplina sul trattamento dei dati, nella parte in cui si afferma che il datore di lavoro è legittimato a trattare i dati personali dei propri dipendenti quando ciò si rende necessario per assolvere all'obbligo generale di sicurezza (art. 2087 c.c.) e agli obblighi specifici su di lui gravanti (art. 18 del d.lgs. n. 81/2008).

Il principio si ricava dal combinato disposto degli artt. 6, par. 1, lett. *c*), 9, par. 2, lett. *b*) e 88, del GDPR, che rinvia espressamente a “norme più specifiche (...) nell'ambito dei rapporti di lavoro, in particolare per finalità di (...) salute e sicurezza sul lavoro”. In questi casi, si legge nel provvedimento, il trattamento dei dati dei

² Di diverso avviso, A. MARESCA, *La vaccinazione volontaria anti Covid nel rapporto di lavoro*, in “federalismi.it”, Editoriale – 24 marzo 2021, par. 6.; V.A. POSO, *Il bene del singolo e il bene di tutti. E le “chiacchiere” dei politici (e dei giuristi) a proposito del vaccino anti Covid - 19 tra obbligo e libertà*, in “Labor”, 25 gennaio 2021, p. 4.

³ Doc. web n. 9585367.

lavoratori può avvenire tramite personale a ciò espressamente “autorizzato” e “istruito” che opera sotto l’autorità datoriale (art. 4, par. 10, 29 e art. 32, par. 4, GDPR; art. 2-*quaterdecies*, Codice *privacy*) ovvero – secondo quanto previsto dagli artt. 38 e 39 del d.lgs. n. 81/2008 – mediante il conferimento di specifico mandato o incarico ad un medico in possesso dei requisiti stabiliti dalle suddette disposizioni.

In seguito, l’Autorità pone in risalto le caratteristiche di “autonomia” e “terzietà” del medico competente che ricava dall’art. 39 del d.lgs. n. 81/2008, in particolare dal comma 4, che configura in capo al datore di lavoro l’onere di assicurare al medico competente “le condizioni necessarie per lo svolgimento di tutti i suoi compiti garantendone l’autonomia”, peraltro sottolineando che la funzione da esso svolta è espressione del diritto alla salute garantito dall’art. 32 Cost., da intendersi *sia* come diritto soggettivo del lavoratore alla tutela individuale *sia* come interesse pubblico alla salute della collettività.

Continuando nella lettura, la diversità delle posizioni del datore e del medico emerge anche sotto altri profili, per esempio, con riferimento alla individuazione dei compiti di sorveglianza sanitaria, che spettano esclusivamente al medico competente, il quale può comunicare al datore di lavoro soltanto “i risultati anonimi collettivi della sorveglianza sanitaria” (art. 25, comma 1, lett. *i*), del d.lgs. n. 81/2008); ancora, in relazione al trattamento sanzionatorio, che distingue le responsabilità del datore da quelle del medico (artt. 55 e 58 del d.lgs. n. 81/2008); infine, sul piano processuale, dove l’art. 41, comma 9, del d.lgs. n. 81/2008, disciplina le modalità di ricorso avverso i giudizi di inidoneità allo svolgimento della mansione – formulati dal medico competente – all’organo di vigilanza territorialmente competente che può disporre la conferma, la modifica o la revoca dell’atto.

Da tale quadro regolatorio si evince, in prima battuta, che il medico competente raccoglie le informazioni di carattere sanitario dei lavoratori in qualità di autonomo titolare del trattamento (art. 4, n. 7, GDPR) e che il trasferimento dei suddetti dati al datore di lavoro rientra nel concetto di “comunicazione”, secondo la definizione di cui all’art. 2-*ter*, par. 4, lett. *a*), del Codice *privacy*, consistente nel “dare conoscenza dei dati personali a uno o più soggetti determinati diversi dall’interessato”.

In secondo luogo, è possibile rilevare che tutti i compiti assegnati al medico competente dalla disciplina di settore “assumono, nell’evoluzione del quadro normativo nazionale legato all’emergenza, la funzione di *misure di prevenzione di carattere generale*”. Subito dopo, il Dmc, nell’ottica di valorizzare la diversità dei ruoli dei due soggetti, riporta alcune fra le principali attribuzioni del medico competente individuate dal protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 del 2020⁴. Tra cui: la collaborazione con il datore di lavoro “nella valutazione dei rischi,

⁴ Il protocollo, come noto, è stato sottoscritto dalle parti sociali il 14 marzo 2020, modificato e integrato il 24 aprile 2020 e aggiornato lo scorso 6 aprile 2021 con la firma del Ministero del lavoro e delle politiche sociali.

nell'individuazione, attuazione e perfezionamento delle misure e nell'osservanza dei protocolli anticontagio, nell'informazione e formazione dei lavoratori sul rischio di contagio (...)", nonché, nell'ambito della sorveglianza sanitaria, l'intensificazione dell'attività di sorveglianza sanitaria consistente nell'aumento del numero delle visite di controllo e la "precoce identificazione dei contatti in ambito lavorativo" tramite l'utilizzo di dispositivi di *contact tracing*.

Nella parte finale si coglie un breve cenno alle modalità di esecuzione della vaccinazione antiCovid-19, che vengono esaminate più nel dettaglio nel Dvax, e che sono svolte, per la gran parte, dal medico competente, il quale deve occuparsi di ogni singola fase di esso (dalla raccolta delle adesioni, alla somministrazione, alla registrazione dell'avvenuta vaccinazione nei sistemi regionali), mentre il datore di lavoro ha il compito di verificare che il lavoratore sia in possesso del giudizio di idoneità per lo svolgimento della mansione.

3. Vaccinazione antiCovid-19 e trattamento dei dati nel provvedimento n. 198 del 13 maggio 2021

Il Dvax richiama in premessa il "Protocollo nazionale per la realizzazione dei piani aziendali finalizzati all'attivazione di punti straordinari di vaccinazione anti SARS-CoV-2/Covid-19 nei luoghi di lavoro" (con le allegate "Indicazioni ad interim"), sottoscritto il 6 aprile 2021 dalle parti sociali e dai Ministeri, del Lavoro, e dello Sviluppo economico, precisando che dovrà essere recepito nel nostro ordinamento giuridico con uno specifico atto normativo per poter costituire una valida base giuridica del trattamento dei dati inerenti alla vaccinazione ovvero il presupposto di legittimità di esso (art. 6, par. 3, del GDPR).

Prima di passare in rassegna ciascuna fase della vaccinazione, il Garante *privacy* dà alcune indicazioni di carattere preliminare, da un lato, osservando che il trattamento della vaccinazione persegue specifiche finalità di "medicina preventiva" e di "medicina del lavoro" (art. 9, par. 2, lett. *b*) e par. 3, del GDPR), dall'altro lato, precisando che le valutazioni cliniche sullo stato di salute dei dipendenti devono essere opportunamente compiute dal personale sanitario competente (interno o esterno all'azienda, per esempio, i medici dell'Inail).

Sotto questo secondo profilo, l'organo di controllo rileva, per inciso, che "stante la libertà di scelta da parte delle persone in ambito vaccinale (...) non è (...) consentito far derivare alcuna conseguenza, né positiva né negativa, in ragione della libera scelta del lavoratore in ordine all'adesione o meno alla campagna vaccinale"⁵,

⁵ Su questo profilo la letteratura è vastissima. Fra i vari primi contributi, F. SCARPELLI, *Rifiuto del vaccino e licenziamento: andiamoci piano!*, in www.linkedin.com, 29 dicembre 2020; P. ICHINO, *Liberi di non vaccinarsi, ma non a rischio degli altri*, in lavoce.info, 31 dicembre 2020; G. FALASCA, *Non si può licenziare il dipendente che rifiuta di vaccinarsi*, in www.open.online.it, 25 dicembre 2020; *Il vaccino anti Covid, scomoda novità per gli equilibri del rapporto di lavoro subordinato*. Intervista di M. BASILICO a A. MARESCA, R. RIVERSO, P. SORDI e L. ZOPPOLI, in www.giustiziainsieme.it, 22 gennaio 2021; P.

fatta eccezione per il personale sanitario, per il quale il d.l. 1° aprile 2021, n. 44 ha disposto l'obbligatorietà del vaccino⁶.

Per questa categoria di lavoratori non si pone un problema di liceità del trattamento delle informazioni vaccinali da parte del datore di lavoro in virtù dell'art. 4 secondo cui “la vaccinazione costituisce requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative rese dai soggetti obbligati”. Così disponendo, la norma legittima il datore di lavoro ad entrare in possesso di tale tipologia di dati “relativi alla salute” (art. 4, GDPR), afferenti alla “categoria dei dati particolari” (art. 9, par.1, del GDPR).

In tutti gli altri casi, invece, che esulano dal confine sanitario, opera l'art. 8, St. lav. sul divieto di indagini sulle opinioni del lavoratore, che, appunto, vieta al datore di lavoro “di effettuare indagini (...) su fatti non rilevanti ai fini dell'attitudine professionale del lavoratore”. La portata applicativa di questa norma è ribadita, peraltro, dall'art. 113 del Codice *privacy*, il quale, in tema di raccolta di dati e pertinenza, stabilisce che “resta fermo quanto disposto dall'art. 8 della legge 1970, n. 300, nonché dall'art. 10 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276”, che configura un divieto analogo in capo alle “agenzie per il lavoro e agli altri soggetti pubblici e privati” (*infra*, par. 3).

Con particolare riguardo alla figura del datore di lavoro, l'Autorità Garante ne rimarca la funzione (quasi) di “sussidiarietà” nei confronti del medico competente, infatti utilizza l'espressione “supporto strumentale ed economico dei datori di lavoro” per indicare che sul datore di lavoro grava il compito di

ICHINO, *Perché e come l'obbligo di vaccinazione può nascere anche solo da un contratto di diritto privato*, in “Lavoro Diritti Europa”, n. 1/2021; G. PELLACANI, *La vaccinazione contro il Coronavirus (SARS-CoV-2) negli ambienti di lavoro tra norme generali in tema di prevenzione e tutela della salute e sicurezza, disciplina emergenziale per la pandemia COVID-19 e prospettive di intervento del legislatore*, *ivi*. Ancora, ma senza pretesa di esaustività, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-Covid e rapporto di lavoro*, in *Labor – Il lavoro nel diritto* www.rivistalabor.it (22 gennaio-10 febbraio 2021), promosso da O. MAZZOTTA, di cui si veda anche *Vaccino anti-covid e rapporto di lavoro*, in “Lavoro Diritti Europa”, 2021, pp. 1-19. Sul tema, altresì, A. MARESCA, *La vaccinazione volontaria anti Covid nel rapporto di lavoro*, *cit.*; P. PASCUCCI, A. DELOGU, *L'ennesima sfida della pandemia Covid-19; esiste un obbligo vaccinale nei contesti lavorativi?*, in “Diritto della Sicurezza sul Lavoro”, 2021, 1, I, pp. 81-117; G. NATULLO, *Vaccini e rapporti di lavoro tra obblighi di sicurezza e diritto all'autodeterminazione*, in “Diritto della Sicurezza sul Lavoro”, 2021, 1, I, pp. 138-151; infine, i contributi di L. MENGHINI, M. CERBONE, M. D'APONTE, M. MOCCELLA, pubblicati in “dirittifondamentali.it” e in “Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi”, promosse e coordinate da V.A. POSO.

⁶ Sull'obbligo del vaccino per gli operatori sanitari, si segnala, senza pretesa di completezza: P. PASCUCCI, C. LAZZARI, *Prime considerazioni di carattere sistematico sul d.l. 1 aprile 2021, n. 44*, in “Diritto della Sicurezza sul Lavoro”, 2021, 1, I, pp. 152-165; nonché R. RIVERSO, *Note in tema di individuazione dei soggetti obbligati ai vaccini a seguito del decreto-legge n. 44/2021*, in “Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi”, 12 aprile 2021, e ID., *L'obbligo del vaccino anti Covid nel rapporto di lavoro tra principio di prevenzione e principio di solidarietà*, in “Questione Giustizia”, 2021 (e anche in “Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi”); F. SCARPELLI, *Arriva l'obbligo del vaccino (solo) per gli operatori sanitari: la disciplina e i suoi problemi interpretativi*, in “Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi”, 3 aprile 2021; O. MAZZOTTA, *Osservazioni sul Disegno di legge n. 2167 del 2021 (conversione del decreto legge 1° aprile 2021, n. 44)*, reperibili in www.senato.it; C. PISANI, *Vaccino anti-Covid: oneri e obblighi del lavoratore alla luce del decreto per gli operatori sanitari*, in “Massimario di giurisprudenza del lavoro”, n. 1/2021, pp. 149-164; M. VERZARO, *Ecce Lex! L'obbligo di vaccinazione per gli operatori sanitari*, in “Lavoro Diritti Europa”, n. 2/2021.

promuovere, in generale, l'iniziativa della vaccinazione presso i luoghi di lavoro e di fornire ai dipendenti le informazioni necessarie sulle modalità di effettuazione del servizio vaccinale. Subito dopo, precisa che "il datore di lavoro non può acquisire (...) i nominativi del personale vaccinato (...) neanche con il consenso del dipendente o tramite il medico competente (...)".

Le ragioni, secondo il Garante, sono due, entrambe condivisibili. Anzitutto, vi è "l'impossibilità di considerare il consenso del lavoratore una valida condizione di liceità del trattamento dei dati personali in ambito lavorativo", giacché il rapporto di lavoro rappresenta un "caso specifico" di "evidente squilibrio tra l'interessato e il titolare del trattamento" (lavoratore e datore di lavoro), il che "rende (...) improbabile che il consenso sia stato prestato liberamente (...) (C43, GDPR). L'altro motivo attiene al divieto, per il datore, di trattare dati "non attinenti alla valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore", stabilito dall'art. 8 St. lav., e confermato dall'art. 113 del Codice *privacy*, di cui si è appena detto⁷.

Per quel che concerne, da ultimo, le fasi del processo di vaccinazione, nel Dvax si precisa che durante la *raccolta delle adesioni* il datore di lavoro non può entrare in possesso delle informazioni relative all'adesione volontaria dei lavoratori, né tantomeno è tenuto a conoscere, neppure in via informale, le intenzioni, positive o negative, di ciascun lavoratore. Questi dati devono essere trattati dal medico competente (o da altro professionista sanitario), il quale, dopo aver raccolto tutte le adesioni, procede alla pianificazione e programmazione delle sedute vaccinali, eventualmente con il supporto di strumenti informatici, per il cui utilizzo deve anche garantire il rispetto delle regole di sicurezza previste dalla disciplina europea (art. 32 del GDPR), attraverso la predisposizione dei medesimi mezzi elettronici sin dalla fase della progettazione e per impostazione predefinita (art. 25 del GDPR). Una volta completato, il piano vaccinale aziendale sarà presentato dal datore di lavoro all'Asl territorialmente competente accompagnato dalla richiesta del numero complessivo dei vaccini occorrenti.

Considerazioni analoghe valgono per la *somministrazione* e successiva *registrazione* della vaccinazione che rientrano sempre nella competenza del medico competente, come stabilisce il protocollo sui vaccini che attribuisce tale compito espressamente agli "operatori sanitari" (punto 9). Più precisamente, in relazione alle modalità della somministrazione, nel Dvax si legge che va effettuata in "ambienti selezionati", idonei "a garantire la riservatezza e la dignità del lavoratore" al fine di evitare che "colleghi o (...) terzi" possano conoscere "l'identità dei dipendenti che hanno scelto di aderire alla campagna vaccinale". Quanto alla registrazione, l'utilizzo di metodologie e di strumenti di informatizzazione deve avvenire nel rispetto delle disposizioni, appena citate, degli artt. 25 e 32 del GDPR,

⁷ A sostegno della propria interpretazione, l'Autorità richiama una recente pronuncia della Corte di Giustizia in materia di "parità di trattamento" e "lotta alle discriminazioni fondate su diversi motivi, tra i quali, (...) le convinzioni personali" (Corte di Giustizia, Grande Sezione, sentenza 11 settembre 2018, causa C-68/17).

e naturalmente previa informativa agli interessati circa le modalità e finalità della registrazione dei dati vaccinali che li riguardano.

4. Conclusione

All'esito dei rilievi svolti può ritenersi pacifico che il datore di lavoro non è legittimato a conoscere il profilo della vaccinazione antiCovid-19 dei propri dipendenti. Ai fini della (ri)organizzazione del lavoro, è sufficiente che entri in possesso, previa trasmissione da parte del medico competente, dei giudizi di idoneità allo svolgimento della mansione, da questo ultimo (o da altro personale sanitario) formulati. Si potrebbe obiettare che è matematicamente impossibile non associare il giudizio di (in)idoneità relativo ad un determinato lavoratore al requisito della mancata somministrazione del vaccino, ma se questo può essere verosimile nelle realtà di piccole e piccolissime dimensioni, è più raro che accada in quelle medie e grandi e negli enti pubblici. Inoltre, se l'immunità di gregge da utopia diventerà presto realtà – com'è auspicabile – la tensione collettiva per il contagio del virus Covid-19 inizierà gradualmente a sfumare, e di conseguenza, anche la tendenza, da parte del datore di lavoro, ad identificare il giudizio di (in)idoneità con la somministrazione del vaccino, che ora si manifesta quasi come una sorta di automatismo, lascerà il posto ad una generale valutazione del medico competente sullo stato di salute utile allo scopo di una eventuale riorganizzazione dell'assetto produttivo.

Comunque, al di là di qualsiasi considerazione relativa a modelli di comportamento ampiamente diffusi e consolidati nella prassi di ogni realtà lavorativa, dovuti al quadro epidemiologico e alla sua evoluzione, non è possibile prescindere dal dato sistematico di riferimento, vero e proprio incrocio tra disciplina giuslavoristica e normativa sulla protezione dei dati personali.

Sul punto, nel confermare le considerazioni svolte, si osserva, altresì, che opinando in senso contrario si rischierebbe anche di mettere in discussione il principio di parità di trattamento che deve essere garantito a tutti i lavoratori “indipendentemente (...) dalle convinzioni personali (...) per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro” (art. 1 del d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216). Difatti, ove si ritenesse lecito il trattamento dei dati vaccinali da parte del datore di lavoro, si autorizzerebbe la (ri)organizzazione dell'attività lavorativa basata “sul *discrimen* lavoratore vaccinato/lavoratore non vaccinato”, sulle convinzioni personali del lavoratore (art. 15, comma 1, lett. *b*) e comma 2, dello St. lav.), ovvero sul “diritto costituzionalmente riconosciuto, in assenza di specifico obbligo legale, all'autodeterminazione circa i trattamenti sanitari cui sottoporsi”⁸.

⁸ In tal senso, M. VERZARO, *Abundans cautela non nocet. A (s) proposito del c.d. licenziamento per mancata vaccinazione anti-coronavirus*, in “federalismi.it”, n. 6/2021, p. 15 ss.

È opportuno precisare, per completezza, che il diritto di ciascun lavoratore alla riservatezza della vaccinazione antiCovid-19 si colloca su un piano diverso dalla questione relativa alla scelta di sottoporsi (o meno) alla somministrazione e i due piani vanno mantenuti distinti al fine di evitare che anche nell'ambito dei controlli vaccinali – come spesso accade, in generale, nei controlli a distanza – si possa favorire un uso distorto della tutela della *privacy*, nella prospettiva del perseguimento di obiettivi che attengono essenzialmente al rapporto di lavoro.

In altre parole, non è pensabile aggirare l'assenza dell'obbligatorietà *ex lege* del vaccino antiCovid-19 nelle realtà lavorative non sanitarie attribuendo al datore di lavoro un potere di controllo sullo stato di salute dei propri dipendenti che non gli è riconosciuto né dallo Statuto dei lavoratori né dalla normativa, italiana ed europea, sulla protezione dei dati personali.

La tutela della salute pubblica è coperta dalla riserva di legge, e in ogni caso “il contemperamento del coesistente diritto alla salute di ciascun individuo” previsto dall'art. 32 della Costituzione deve svolgersi “nel rispetto della tutela della riservatezza della persona”. Così ha affermato la Corte costituzionale, con la sentenza n. 218 del 1994, stabilendo che “l'interesse comune alla salute collettiva e l'esigenza della preventiva protezione dei terzi consentono (...), e talvolta rendono obbligatori, accertamenti sanitari legislativamente previsti, (...) – i quali – trovano un limite non valicabile nel rispetto della dignità della persona che vi può essere sottoposta. (...)”. Nella sentenza si legge anche “In quest'ambito il rispetto della persona esige l'efficace protezione della riservatezza, necessaria anche per contrastare il rischio di emarginazione nella vita lavorativa e di relazione”. Era, appunto, il 1994, la legge n. 675 sulla “tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali” è stata emanata dopo circa due anni, in attuazione della direttiva 95/46/CE, il 31 dicembre 1996.

Abstract

Lo scritto affronta il tema della sicurezza sul lavoro con riferimento al problema della titolarità del trattamento dei dati personali dei lavoratori sulla vaccinazione antiCovid-19 in ambito non sanitario. Al riguardo, l'Autrice si sofferma sul recente provvedimento del Garante privacy, n. 198 del 13 maggio 2021, che attribuisce al medico competente la titolarità esclusiva del trattamento dei dati vaccinali, per esaminare il ruolo e le funzioni del medico competente e del datore di lavoro tra disciplina giuslavoristica e normativa sulla protezione dei dati personali.

The paper addresses the issue of workers' safety with reference to the problem of the ownership of the processing of workers' personal data on antiCovid-19 vaccination in the non-healthcare environment. In this regard, The Autor dwells on the recent provision of the privacy Authority, n. 198 of May 13, 2021, which attributes the exclusive ownership of the treatment of vaccination data to the occupational physician, to examine the role and functions of the occupational physician and the employer between labour law and personal data protection legislation.

Parole chiave

Vaccino antiCovid-19, sicurezza dei lavoratori, protezione dei dati personali, medico competente

Keywords

AntiCovid-19 vaccine, workers' safety, personal data protection, occupational physician

Seconda parte: Note e dibattiti

DSL

1-2021

Questioni aperte nella rilevazione del rischio stress lavoro-correlato**

di Angelo Avarello, Tiziana Fanucchi*

SOMMARIO: 1. L'Accordo quadro europeo 8 ottobre 2004 sullo stress lavoro-correlato. – 2. Cosa s'intende per stress lavoro-correlato?. – 3. La lettera circolare 18 novembre 2010 sulla valutazione del rischio da stress lavoro-correlato. – 4. Questioni aperte sugli indicatori del rischio stress lavoro-correlato. – 5. Note conclusive.

1. L'Accordo quadro europeo 8 ottobre 2004 sullo stress lavoro-correlato

L'Accordo quadro europeo dell'8 ottobre 2004 rappresenta uno degli ultimi passi di un percorso, intrapreso dall'Unione Europea da più di tre decenni, che ha come obiettivo l'accrescimento della salvaguardia della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro. I primi riferimenti, infatti, si possono fare risalire già al *Programma di azione delle Comunità europee in materia di sicurezza e salute sul luogo di lavoro (C165)* per gli anni 1978-1982¹. Già allora la Commissione aveva messo in evidenza l'importanza di tenere in considerazione come «tutti gli agenti chimici, fisici, meccanici, biologici e i fattori psico-sociali collegati al lavoro devono poter essere individuati in tempo utile, previsti e controllati in maniera adeguata al fine di evitare eventuali danni alla salute o gravi pregiudizi per la sicurezza». In tal senso la sicurezza del lavoratore non era riferita solo ai rischi fisici, chimici e biologici, ma doveva essere estesa anche a quelli di natura psicosociale. In Italia, come fa notare Lazzari², in mancanza di una normativa specifica, i problemi connessi ai rischi psicosociali, sia pur con tutti i limiti, sono stati affrontati con l'articolo 2087 del codice civile, soprattutto per le questioni legate al mobbing.

L'Accordo quadro europeo dell'8 ottobre 2004, che rientra nelle programma di lavoro delle parti sociali europee 2003-2005, si pone come obiettivi: accrescere

* Angelo Avarello è Psicologo presso Azienda Ospedaliero-Universitaria Careggi – Firenze. avarelloa@aou-careggi.toscana.it

Tiziana Fanucchi è Psicologa presso Azienda Ospedaliero-Universitaria Careggi – Firenze. fanucchi@aoi-careggi.toscana.it

** Il saggio è stato preventivamente sottoposto alla valutazione del Comitato di Redazione della Rivista.

¹ Per una trattazione più estesa dell'argomento vedi M. PERUZZI, *La prevenzione dei rischi psicosociali nel diritto dell'Unione europea*, in "Lavoro e Diritto", 2012, XXVI, 2, p. 201.

² C. LAZZARI, *Le disfunzioni dell'organizzazione del lavoro: mobbing e dintorni*, in "Diritto della Sicurezza sul Lavoro", n. 2, 2018, I, pp. 1-14.

la consapevolezza e la comprensione dello stress lavoro-correlato da parte dei datori di lavoro, dei lavoratori e dei loro rappresentanti, attirare la loro attenzione sui segnali che potrebbero denotare problemi di stress lavoro-correlato, fornire agli imprenditori e ai lavoratori una guida per identificare e prevenire o gestire i problemi derivanti dallo stress da lavoro. Esso costituisce il frutto di un intenso lavoro di negoziato fra i rappresentanti delle parti sociali a livello europeo (per i lavoratori la Confederazione europea dei sindacati CES-ETUC, mentre per i datori di lavoro l'UNICE, l'UEAPME e la CEEP). Data la profonda differenza delle posizioni di partenza fra gli interlocutori, «gli obiettivi dell'attore sindacale – impegnato a ricondurre la regolamentazione del fenomeno alla sua dimensione collettiva-organizzativa – e l'opposto interesse della parte datoriale – volto a cercare di mantenere la rilevanza dello stesso confinata ad una dimensione puramente individuale e, soprattutto, ad evitare espliciti collegamenti al quadro regolativo disegnato dalla direttiva n. 89/391/CEE»³, la conseguenza di tale negoziato, sotto il profilo giuridico, non poteva che portare alla generazione di una definizione di stress lavoro-correlato di natura principalmente descrittiva, più che prescrittiva⁴.

Le parti sociali si sono mosse a seguito di un preciso mandato della Commissione delle Comunità europee. A tal proposito, nel COM(2002) 118 si dichiara che «la Commissione avvierà nel 2002 una consultazione delle parti sociali circa lo stress e le sue conseguenze sulla salute e la sicurezza sul lavoro, in ottemperanza alla procedura di cui all'articolo 138⁵ del trattato». Il *dialogo sociale* è uno degli strumenti di cui si è dotata la Commissione al fine di affrontare temi di particolare rilevanza sociale, consentendo «alle parti sociali (rappresentanti dei datori di lavoro e dei lavoratori) di contribuire attivamente, anche mediante accordi, alla definizione della politica europea in materia sociale e occupazionale»⁶. Diversi giuslavoristi⁷ hanno espresso le loro perplessità sul risultato finale del negoziato. Probabilmente, più che sul risultato, bisognerebbe riflettere sulla scelta dello strumento, e considerare anche il fatto che ogni strumento porta con sé sia le potenzialità che ha nel raggiungere gli obiettivi prefissati, ma anche i limiti e le distorsioni intrinseche dello stesso. Se la scelta della Commissione è stata quella di usare il *dialogo sociale*, non volendo emanare un'apposita direttiva, era prevedibile che alla fine si potesse giungere ad un simile risultato. Ad una più attenta analisi però, si potrebbe dire che l'esito più importante non è il documento prodotto dal

³ R. NUNIN, *La prevenzione dello stress lavoro-correlato. Profili normativi e responsabilità del datore di lavoro*, Trieste, Edizioni Università di Trieste, 2012, p. 35.

⁴ M. PERUZZI, *La prevenzione dei rischi psico-sociali nel diritto dell'Unione europea*, in “Lavoro e Diritto”, XXVI (2), 2012, p. 201.

⁵ A seguito della revisione del trattato del 26 ottobre 2012 l'art. 138 è diventato art. 154 (C 326/116).

⁶ <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/it/sheet/58/il-dialogo-sociale>. Sulla definizione di dialogo sociale cfr. S. GIUBBONI, *L'Unione europea e le relazioni sindacali: un bilancio critico (The EU and Industrial Relations: A Critical Appraisal)*, in “Studi sull'integrazione europea”, 2019, fasc. 1, pp. 59-76.

⁷ R. NUNIN, *La prevenzione dello stress lavoro-correlato*, cit. p. 33-56.

negoziato, ma lo spazio che la Commissione ha dato al tema dello stress nel contesto lavorativo e l'impatto sociale che questo ha avuto.

Nonostante ciò, in Italia, il recepimento di tale accordo, che sarebbe dovuto avvenire così come espressamente indicato, entro tre anni dalla data della sua sottoscrizione⁸, ha riscontrato difficoltà ad essere riconosciuto e fatto proprio dalle medesime parti sociali che lo hanno sottoscritto a livello europeo. In mancanza di tale recepimento da parte delle associazioni datoriali e sindacali, il legislatore, approvando il d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, dove è contenuto il riferimento all'Accordo quadro europeo (art. 28), non può che intendere la sua versione originale europea e non quella derivante dall'accordo interconfederale, approvato il 9 giugno 2008⁹. In questo caso, non si vogliono mettere in evidenza le differenze dei due testi, tra l'altro la traduzione è sostanzialmente fedele alla versione originaria, quanto la non adeguata importanza che le parti sociali hanno dato ad un documento che a livello europeo hanno prodotto e sottoscritto, e a livello nazionale hanno dovuto accettare come fatto compiuto. Questa poca importanza è desumibile dal ritardo con cui l'Accordo quadro europeo dell'8 ottobre 2004 è stato ratificato in Italia. Ciò non è avvenuto, invece, per l'Accordo quadro europeo del 26 aprile 2007 sulle molestie e la violenza sul luogo di lavoro, per il quale la Commissione ha preferito intervenire con un'apposita comunicazione¹⁰, evitando in questo modo i ritardi derivati dalla ratificazione delle parti sociali nei singoli stati membri.

In questo articolo non ci si pone come obiettivo l'individuazione dei responsabili degli eventuali ritardi riguardanti la ratificazione nazionale di taluni accordi sottoscritti in sede europea. L'attuare e rendere efficaci gli impegni presi in sede europea, deve passare attraverso un profondo cambiamento culturale dei legislatori, dei datori di lavoro e dei lavoratori. Se già chi propone questi cambiamenti in sede europea, sindacati e associazioni datoriali, successivamente non se ne fa promotore in sede nazionale, è difficile che possa partire un'azione di condivisione e coinvolgimento del mondo del lavoro. L'innovazione culturale che si intende introdurre è così profonda che occorre il contributo di tutti, in primis quello dei promotori.

2. Cosa s'intende per stress lavoro-correlato?

Definire cosa s'intende per stress lavoro-correlato è di fondamentale importanza per comprendere con precisione l'oggetto della valutazione. Corradini

⁸ «The implementation of this agreement will be carried out within three years after the date of signature of this agreement» (Accordo quadro europeo 8 ottobre 2004, art. 7, comma 3).

⁹ M. PERUZZI, *La valutazione del rischio da stress lavoro-correlato ai sensi dell'art. 28 del d.lgs. 81/2008*, in "I Working Papers di Olympus", 2/2011.

¹⁰ Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo che presenta l'accordo quadro europeo sulle molestie e la violenza sul luogo di lavoro COM(2007) 686 definitivo.

e Lambertucci ne hanno elencato cinque, fra quelle più in uso nella letteratura scientifica, anche se di non facile traduzione nei termini della normativa vigente, dato che, come riportano gli autori «è l'importanza della componente soggettiva, o per meglio dire *percettive*, che porta la persona a valutare una situazione più o meno stressante in funzione di diversi fattori, tra i quali le sue caratteristiche di personalità»¹¹. Capita ancora di osservare interpretazioni che possiamo definire non coerenti con quanto imposto dal legislatore, con conseguente adozione di metodologie non perfettamente allineate con i dettami normativi. In proposito Gallo¹² scrive: «l'art. 28, d.lgs n. 81/2008, non ha obbligato il datore di lavoro a valutare lo *stress* in relazione a tutte le sue radici causali, ma lo circoscrive specificamente ai rischi collegati allo *stress* lavoro-correlato». In precedenza, anche Frascheri¹³ sottolineava come il legislatore, inserendo uno specifico richiamo sullo stress lavoro-correlato, di fatto estrae e distingue tale rischio dalla più ampia categoria dei rischi psicosociali, focalizzandosi su quei rischi di natura colposa e collettiva. In proposito, sempre Frascheri, afferma: «puntando ad una chiarezza di obbiettivo, sia per fedeltà al testo dell'Accordo europeo che per confermare la scelta attuata, posta alla base della riforma - di migliorare complessivamente la comprensione del testo legislativo e dei relativi adempimenti da assolvere - il legislatore italiano, in primo luogo, non ha inteso confondere o allargare il raggio di intervento, ma ha puntato in modo preciso al solo elemento dello stress lavoro-correlato»¹⁴.

Sostanzialmente sono tre le aree di fraintendimento che si sono generate¹⁵:

1. la distinzione tra lo stress lavoro-correlato e la più ampia categoria dei rischi di natura psicosociale;
2. il concetto di stress, nell'accezione più ampia della problematica (stress psico-fisico), e il concetto di stress lavoro-correlato;
3. la tendenza alla medicalizzazione dello stress e da qui la piena soggettivazione del rischio stress lavoro-correlato.

Ma cos'è lo stress lavoro-correlato? Generalmente viene considerata come la definizione del concetto di "stress lavoro-correlato" il passaggio dell'Accordo quadro (art. 3, comma 1) che dice: «*lo stress è una condizione, accompagnata da sofferenze o disfunzioni fisiche, psichiche, psicologiche o sociali, che scaturisce dalla sensazione individuale di non essere in grado di rispondere alle richieste o di non essere*

¹¹ I. CORRADINI, P. LAMBERTUCCI, *Lo stress nei luoghi di lavoro*, Roma, Edizioni Themis, 2012, p. 14.

¹² M. GALLO, *Indicazioni della commissione: i dubbi e le criticità applicative sullo stress lavoro-correlato*, in "Ambiente & Sicurezza", 2011, 5, p. 19.

¹³ C. FRASCHERI, *Il concetto di stress lavoro-correlato e l'organizzazione del lavoro*, in "Igiene e Sicurezza del Lavoro" 2010, 5, p. 311.

¹⁴ C. FRASCHERI, *Il concetto di stress lavoro-correlato e l'organizzazione del lavoro*, cit., p. 311.

¹⁵ E. DURANTE, *Lo stress in azienda deve essere valutato solo se lavoro-correlato*, in "Ambiente & Sicurezza", 2011, 19, p. 23; C. FRASCHERI, *Il concetto di stress lavoro-correlato e l'organizzazione del lavoro*, cit., p. 311.

*all'altezza delle aspettative»*¹⁶. Questa definizione sembra più adeguata a descrivere il concetto di stress in generale in quanto è solo parziale e non contempla nemmeno pienamente ciò che si deve intendere per stress lavoro-correlato. Tuttavia, anche la lettera circolare del 18 novembre 2010 definisce il rischio stress lavoro-correlato facendo riferimento a questo passaggio. La definizione completa, così come è stata concordata¹⁷ e come gli Stati membri l'hanno recepita¹⁸, la si può ricavare attingendo ad altre parti del medesimo documento che aiutano a fare chiarezza.

I passi dell'Accordo quadro europeo dell'8 ottobre 2004 che devono essere presi in considerazione per la definizione completa del concetto di "stress lavoro-correlato" possono essere i seguenti:

1. «Potenzialmente lo stress può riguardare ogni luogo di lavoro ed ogni lavoratore».
2. «L'obiettivo del presente Accordo è offrire ai datori di lavoro ed ai lavoratori un quadro di riferimento per individuare e prevenire o gestire problemi di stress lavoro-correlato. Non è invece quello di attribuire la responsabilità dello stress all'individuo».
3. «Il presente Accordo non concerne la violenza, le molestie e lo stress post-traumatico».
4. «Lo stress è una condizione che può essere accompagnata da disturbi o disfunzioni di natura fisica, psicologica o sociale ed è conseguenza del fatto che taluni individui non si sentono in grado di corrispondere alle richieste o alle aspettative riposte in loro».
5. «L'individuo è assolutamente in grado di sostenere una esposizione di breve durata alla tensione, che può essere considerata positiva, ma ha maggiori difficoltà a sostenere una esposizione prolungata ad una pressione intensa».
6. «Individui diversi possono reagire diversamente a situazioni simili e lo stesso individuo può reagire diversamente di fronte a situazioni simili in momenti diversi della propria vita».
7. «Lo stress che ha origine fuori dall'ambito di lavoro può condurre a cambiamenti nel comportamento e ad una ridotta efficienza sul lavoro».
8. «Lo stress non è una malattia ma una situazione di prolungata tensione può ridurre l'efficienza sul lavoro e può determinare un cattivo stato di salute».
9. «Non tutte le manifestazioni di stress sul lavoro possono essere considerate come stress lavoro-correlato».

¹⁶ «Stress is a state, which is accompanied by physical, psychological or social complaints or dysfunctions and which results from individuals feeling unable to bridge a gap with the requirements or expectations placed on them» (Accordo quadro europeo 8 ottobre 2004, art. 3, comma 1).

¹⁷ Accordo quadro europeo dell'8 ottobre 2004.

¹⁸ Report by the European Social Partners Adopted at the Social Dialogue Committee on 18 June 2008 - *Implementation of the European autonomous framework agreement on work-related stress*.

«Lo stress lavoro-correlato può essere causato da fattori diversi come il contenuto del lavoro, l'eventuale inadeguatezza nella gestione dell'organizzazione del lavoro e dell'ambiente di lavoro, carenze nella comunicazione, etc.».

3. La lettera circolare 18 novembre 2010 sulla valutazione del rischio da stress lavoro-correlato

Con l'entrata in vigore del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, sono state introdotte diverse novità nella normativa che regola la salute e la sicurezza nei luoghi di lavoro. La più rilevante è stata l'inserimento nell'art. 28, comma 1 del seguente passaggio: «la valutazione di cui all'articolo 17, comma 1, lettera a), anche nella scelta delle attrezzature di lavoro e delle sostanze o dei preparati chimici impiegati, nonché nella sistemazione dei luoghi di lavoro, deve riguardare tutti i rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori, ivi compresi quelli riguardanti gruppi di lavoratori esposti a rischi particolari, tra cui anche quelli collegati allo stress lavoro-correlato, secondo i contenuti dell'accordo europeo dell'8 ottobre 2004, e quelli riguardanti le lavoratrici in stato di gravidanza, secondo quanto previsto dal decreto legislativo 26 marzo 2001 n. 151, nonché quelli connessi alle differenze di genere, all'età, alla provenienza da altri Paesi»¹⁹. In questo comma dell'art. 28, l'elemento più rilevante è l'importanza data alla valutazione del rischio stress lavoro-correlato che deve essere fatta secondo i contenuti riportati nell'Accordo quadro europeo dell'8 ottobre 2004. Come già visto sopra, da tale documento non emerge una metodologia chiara e ben definita sul modo di rilevare il rischio in oggetto. Data la natura stessa del documento, un accordo fra parti sociali, gli estensori sono stati costretti a sacrificare il rigore metodologico del percorso di rilevazione, rimandandolo sostanzialmente alle professionalità specifiche per quella tipologia di rischio. Questa non chiara ed esplicita definizione, soprattutto sulla modalità di rilevazione, ha spinto il legislatore italiano con l'art. 32, d.l. 30 dicembre 2008, n. 207, a cominciare con un primo rinvio dell'entrata in vigore delle disposizioni in materia di obbligo di valutazione del rischio stress lavoro-correlato al 16 maggio 2009. Un secondo rinvio lo si ritrova con l'art. 18 del d.lgs 3 agosto 2009, n. 106 che posticipa l'entrata dell'obbligo della valutazione all'1 agosto 2010. Con l'art. 8, comma 12, del d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito con modificazioni con la legge 30 luglio 2010, n. 122, la data viene ulteriormente spostata al 31 dicembre 2010. Infine, la lettera circolare del 18 novembre 2010 del Ministero del lavoro e delle politiche sociali²⁰, converte l'ultima suddetta data indicata come termine della rilevazione del rischio, a data di avvio delle attività di rilevazione.

Con l'art. 18 del d.lgs. 3 agosto 2009, n. 106, non solo si modifica la data della decorrenza ma viene anche affidato alla Commissione consultiva *ex art. 6,*

¹⁹ Testo così come riportato nella prima stesura del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81.

²⁰ Gazzetta Ufficiale del 30 dicembre 2010, n. 304.

comma 8, lettera m-*quater*, del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, l'incarico di fornire le indicazioni per la valutazione dello stress lavoro-correlato.

Inizia così un nuovo percorso negoziale che porta alla definitiva approvazione da parte della suddetta Commissione di un documento finale dove si «indica un percorso metodologico che rappresenta il livello minimo di attuazione dell'obbligo di valutazione del rischio da stress lavoro-correlato per tutti i datori di lavoro pubblici e privati». Il documento si compone di due parti metodologiche fondamentali, da un lato sono riportati gli indicatori da analizzare e dall'altro sono riportate le fasi con le quali si sviluppa il percorso di rilevazione del rischio stress lavoro-correlato.

Per ciò che concerne gli indicatori da analizzare, la Commissione consultiva non si esprime in senso definitivo, ma elenca alcuni esempi di indicatori da includere nell'analisi. Viene lasciata al gruppo di valutazione delle singole aziende, la decisione di includere, oltre a quelli elencati, tutti quegli indicatori necessari per la corretta rilevazione del rischio per quella specifica realtà lavorativa. Ciò che si evince chiaramente è che le fonti di informazioni debbano provenire necessariamente da almeno tre macroaree di indicatori: *Eventi sentinella*, *Fattori di contenuto del lavoro* e *Fattori di contesto del lavoro*.

In tal senso, la lettera circolare del 18 novembre 2010, riporta a titolo esemplificativo solo alcuni degli indicatori da rilevare e le loro possibili caratteristiche:

- I. «Eventi sentinella, quali ad esempio: indici infortunistici; assenze per malattia, turnover, procedimenti e sanzioni, segnalazioni del medico competente, specifiche e frequenti lamentele formalizzate da parte dei lavoratori. I predetti eventi sono da valutarsi sulla base di parametri omogenei individuati internamente alla azienda (es. andamento nel tempo degli indici infortunistici rilevati in azienda).
- II. Fattori di contenuto del lavoro, quali ad esempio: ambiente di lavoro e attrezzature; carichi e ritmi di lavoro; orario di lavoro e turni; corrispondenza tra le competenze dei lavoratori e requisiti professionali richiesti.
- III. Fattori di contesto del lavoro, quali ad esempio: ruolo nell'ambito dell'organizzazione; autonomia decisionale e controllo; conflitti interpersonali al lavoro; evoluzione e sviluppo di carriera: comunicazione (es. incertezza in ordine alle prestazioni richieste)».

Analizzando quanto riportato nella lettera circolare, Frascheri sostiene che «gli indicatori da analizzare devono essere considerati degli strumenti attraverso i quali valutare concretamente e profondamente l'organizzazione del lavoro, le condizioni di lavoro e la gestione interna della propria realtà lavorativa, al fine di verificare e identificare le eventuali cause che possono essere all'origine di problemi di stress lavoro correlato. Problemi da eliminare, da ridurre al minimo (quando non diversamente possibile) o anche solo prevenire. È in questo senso che deve essere colto a pieno il valore aggiunto che la mancanza di una lista chiusa e codificata di

indicatori offre»²¹. Riflettendo su quanto appena riportato, non può che sorgere per lo meno il dubbio sull'appropriatezza degli strumenti standard (in genere sotto forma di check list) che le aziende usano per la valutazione del rischio stress lavoro-correlato. Infatti, compito del gruppo aziendale della valutazione del rischio non è quello di adottare uno strumento disponibile, bensì quello di effettuare un'attenta analisi dell'organizzazione e di individuare tutti gli indicatori necessari alla rilevazione. «Nessun indicatore di carattere organizzativo-gestionale che possa fornire informazioni utili in merito all'esistenza di elementi di rischio da stress lavoro-correlato nell'ambito aziendale, potrà mai essere escluso o considerato inopportuno (pur non risultando in nessun elenco), al momento in cui sulla base di questo si potrà, alla luce di dati verificabili e documentabili, rilevare e confermare l'esistenza di stress lavoro-correlato in una determinata realtà lavorativa»²².

La conclusione cui ragionevolmente potremmo giungere è che lo strumento che dovrà valutare il rischio stress lavoro-correlato in un'azienda non potrà che essere costruito *ad hoc* per quella specifica realtà organizzativa. Il raggiungimento di un tale obiettivo può essere perseguito passando dall'uso di strumenti precostituiti disponibili, sicuramente utili, alla costruzione di strumenti personalizzati e specifici, in coerenza con la normativa vigente e basati sulla metodologia scientifica. L'ostacolo maggiore nel fare questo passaggio è che sono necessarie competenze che non sempre sono in possesso di un datore di lavoro o del responsabile del servizio di prevenzione e protezione dei rischi.

Per quanto riguarda le fasi della rilevazione del rischio, la Commissione consultiva individua due tappe: la prima definita *necessaria*, cioè che deve sempre essere presente nella rilevazione e la seconda definita *eventuale*, da includere nel caso in cui le azioni di miglioramento scaturite dalla prima fase di valutazione non fossero sufficienti.

A questo punto si rende necessaria una precisazione. Le indicazioni metodologiche della Commissione consultiva rappresentano *il livello minimo* per l'attuazione della rilevazione del rischio stress lavoro-correlato. Ciò significa che il datore di lavoro, nel caso lo ritenesse opportuno, può scegliere di includere nella rilevazione preliminare anche la percezione soggettiva dello stress lavoro-correlato. Questa possibilità è stata confermata dalla Commissione per gli interpellati il 15 novembre 2012 come risposta al quesito proposto dal Consiglio Nazionale dell'Ordine degli Psicologi (CNOP). Il quesito sottoposto dal CNOP era il seguente: «Ci si chiede se in esito ad una valutazione preliminare indicante rischio non trascurabile sia immediatamente obbligatorio limitarsi ad attuare degli interventi correttivi o se il Datore di lavoro (DL) possa invece legittimamente procedere a degli approfondimenti proprio finalizzati a determinare correttamente quali siano gli interventi correttivi adeguati».

²¹ C. FRASCHERI, *Il rischio da stress lavoro-correlato*, Roma, Edizioni Lavoro, 2011, p. 114-115.

²² C. FRASCHERI, *Il rischio da stress lavoro-correlato*, cit., pp. 115-116.

In risposta a tale quesito, la Commissione per gli interpellati sostiene che «è opinione di questa Commissione che, nondimeno, il datore di lavoro che decida in tal senso potrà sulla base di una sua libera scelta - utilizzare anche nella fase 'preliminare' della valutazione del rischio da stress lavoro-correlato strumenti usualmente riservati (si pensi, ad esempio, ad un questionario) alla valutazione 'approfondita', al fine di individuare con maggiore precisione gli interventi da adottare in concreto».

In conclusione, il datore di lavoro, secondo quanto riportato nella risposta della Commissione per gli interpellati, può unire, sulla base di una sua libera scelta, in un unico processo di valutazione le due fasi previste dalla lettera circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali del 18 novembre 2010 (preliminare e approfondita). Ciò che non potrà mai fare, è escludere la valutazione definita *necessaria*, procedendo direttamente ed esclusivamente con la rilevazione della percezione soggettiva dei lavoratori, la cosiddetta fase *eventuale*.

4. *Questioni aperte sugli indicatori del rischio stress lavoro-correlato*

I rischi che si possono incontrare in ambito lavorativo possono essere classificati sostanzialmente in due macroaree²³: la prima raggruppa i rischi fisici (I fattore di rischio), i rischi chimici (II fattore di rischio) e i rischi biologici (III fattore di rischio); la seconda, aggiunta negli ultimi anni, è relativa ai rischi psicosociali (IV fattore di rischio), «risultanti dall'interazione tra gestione, organizzazione, contenuto del lavoro, condizioni ambientali da un lato e competenze ed esigenze dei lavoratori dall'altro»²⁴. Come visto sopra, l'Accordo quadro dell'8 ottobre 2004 è stato focalizzato, tra i rischi psicosociali, sullo stress lavoro-correlato, in quanto ritenuto maggiormente misurabile «in forma preventiva e ad approccio collettivo»²⁵ e collocabile nel contesto della prevenzione. Inoltre, come sottolinea Peruzzi, «la ricerca empirica evidenzia, tuttavia, che mentre i rischi fisici, per convertirsi in causa di danno, seguono un processo fisico diretto (cd. *direct physical pathway*), i rischi psico-sociali necessitano, invece, della mediazione dello stress lavoro-correlato (cd. *indirect stress pathway*). Quest'ultimo può essere pertanto definito come l'esperienza che converte l'impatto potenziale di un rischio psico-sociale in un danno effettivo alla salute, fisica o psicologica, del lavoratore»²⁶. Obbligo del datore di lavoro è di verificare se sussistano tutte le condizioni utili per svolgere il lavoro in modo adeguato, mettendo in atto tutti gli strumenti necessari dal punto di vista tecnico, organizzativo e relazionale per evitare l'emergere di situazioni di stress lavoro-

²³ T. COX, A. GRIFFITHS, E. RIAL-GONZÁLEZ, *Ricerca sullo Stress correlato al lavoro*, Bilbao, Agenzia Europea per la Sicurezza e la Salute sul Lavoro, 2000.

²⁴ V. PASQUARELLA, *La disciplina dello stress lavoro-correlato tra fonti europee e nazionali: limiti e criticità*, in "I Working Papers di Olympus", 6/2012.

²⁵ C. FRASCHERI, *Il rischio da stress lavoro-correlato*, cit., p. 49.

²⁶ M. PERUZZI, *La valutazione del rischio da stress lavoro-correlato ai sensi dell'art. 28 del d.lgs. 81/2008*, cit., p. 4.

correlato. Tale concetto non è nuovo, lo si ritrova già nella direttiva quadro 89/391/CE, art. 7, punto 5, dove si specifica che «in ogni caso:

- i lavoratori designati devono possedere le capacità necessarie e disporre dei mezzi richiesti,
- le persone o servizi esterni consultati devono possedere le attitudini necessarie e disporre dei mezzi personali e professionali richiesti, e
- il numero dei lavoratori designati e delle persone o servizi esterni consultati deve essere sufficiente,

per assumere le attività di protezione e prevenzione, tenendo conto delle dimensioni dell'impresa e/ o dello stabilimento e/ o dei rischi a cui i lavoratori sono esposti, nonché della ripartizione dei rischi nell'insieme dell'impresa e/ o dello stabilimento»²⁷.

L'aver inserito lo stress lavoro-correlato all'interno della normativa che si occupa di tutela della salute e sicurezza e averlo considerato come rischio al pari dei canonici rischi presenti in ambito lavorativo (fisici, chimici e biologici), ha fatto sì che, anche l'approccio metodologico per l'analisi di quest'ultimo, fosse sostanzialmente assimilabile a quello utilizzato per quelli tradizionali. Dalla parificazione sono emersi i primi problemi di non perfetta sovrapposizione fra il modello metodologico e l'oggetto d'indagine. Ne sono prova, infatti, i continui rinvii e la necessità di ricorrere al pronunciamento della Commissione consultiva.

Al fine di comprendere meglio i problemi emersi, di seguito si riportano alcuni punti utili per una più ampia riflessione.

- a. Gli strumenti e le metodiche adottate per la valutazione dei rischi psicosociali risentono del modello teorico di riferimento, e quasi sempre nell'indagine viene coinvolto il lavoratore. Cox e colleghi²⁸ riportano almeno tre principali impostazioni teoriche. La prima, *l'impostazione tecnica*, «concepisce lo stress sul lavoro come una caratteristica avversa oppure dannosa dell'ambiente di lavoro e considera lo stress come una variabile indipendente». La seconda, *approccio fisiologico*, «concepisce lo stress in termini di effetti fisiologici comuni di un'ampia gamma di stimoli avversi o dannosi e lo considera come una variabile dipendente, vale a dire come una specifica reazione fisiologica ad un ambiente intimidatorio oppure dannoso». La terza, *approccio psicologico*, «concepisce lo stress sul lavoro sulla base di una interazione dinamica tra la persona e l'ambiente di lavoro in cui opera». Come si può intuire, in base al modello teorico di riferimento che si sceglie di adottare, si individuano strumenti e strategie d'intervento differenti, tutti legittimi e scientificamente comprovati ma non sempre in

²⁷ Direttiva del Consiglio del 12 giugno 1989 concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro (89/391/CEE).

Per una più dettagliata trattazione vedi anche F. CURI, *Profili penali dello stress lavoro correlato. L'homo faber nelle organizzazioni complesse*, Bologna, Bononia University Press, 2013.

²⁸ T. COX, A. GRIFFITHS, E. RIAL-GONZÁLEZ, *Ricerca sullo Stress correlato al lavoro*, cit.

sintonia con quanto riportato nell'Accordo quadro europeo dell'8 ottobre 2004.

- b. La maggior parte degli strumenti per la valutazione dei rischi non segue la logica del *cut-off* presente nei rischi tradizionali. Le metodiche e gli strumenti in uso per la misurazione dei rischi fisici, chimici e biologici si basano su un sistema di soglie che determina se il livello misurato è tale da potere essere considerato a rischio o meno. I rischi psicosociali, la famiglia di rischi cui appartiene lo stress lavoro-correlato, non si prestano sempre ad una logica di *cut-off*, ma più ad una descrizione dinamica delle dimensioni considerate. Del resto, non è nemmeno semplice giungere all'oggettivizzazione delle soglie di nocività dello stress²⁹. L'equiparazione che fa il d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 del rischio stress lavoro-correlato con tutti gli altri fattori di rischio, ha portato anche ad equiparare il metodo di analisi che riprende il concetto di punto di rottura dei materiali sotto pressione.
- c. L'articolo 28, comma 3-*bis*, del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 e s.m.i. stabilisce che «in caso di costituzione di nuova impresa, il datore di lavoro è tenuto ad effettuare immediatamente la valutazione dei rischi elaborando il relativo documento entro novanta giorni dalla data di inizio della propria attività. Anche in caso di costituzione di nuova impresa, il datore di lavoro deve comunque dare immediata evidenza, attraverso idonea documentazione, dell'adempimento degli obblighi di cui al comma 2, lettere b), c), d), e) e f), e al comma 3, e immediata comunicazione al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza. A tale documentazione accede, su richiesta, il rappresentante dei lavoratori per la sicurezza». Questo passaggio del decreto legislativo può essere agevolmente rispettato nel caso dei rischi tradizionali (suddetta prima macroarea); diventa un problema nel caso in cui si prende in considerazione il rischio stress lavoro-correlato. In questo caso non si possono non tenere presente le indicazioni metodologiche contenute nella lettera circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali del 18 novembre 2010. La prima fase della valutazione, quella *necessaria*, consiste nella rilevazione degli indicatori oggettivi e verificabili, laddove possibile numericamente apprezzabili. Fra gli indicatori, «numericamente apprezzabili», il documento individua gli indici infortunistici, le assenze per malattia, il turnover, i procedimenti e le sanzioni, le segnalazioni del medico competente, le specifiche e frequenti lamenti formalizzate da parte dei lavoratori. Il rilevamento di questi indicatori aziendali deve essere fatto con un sistema di misurazione omogeneo; a tal proposito la lettera circolare suggerisce con «andamento nel tempo». Dovrebbe essere evidente a questo punto che, dovendo

²⁹ C. BALDUCCI, F. FRACCAROLI, *Stress lavoro-correlato: questioni aperte e direzioni future*, in "Giornale Italiano di Psicologia", XLVI, n. 1-2, 2019.

«effettuare immediatamente la valutazione dei rischi», una nuova impresa non saprebbe su quali dati effettuare la valutazione obbligatoria del rischio stress lavoro-correlato. L'unica cosa che rimane, secondo la lettera circolare, è di riportare la pianificazione della valutazione e la data di fine espletamento della stessa sul documento di valutazione dei rischi. Ma, anche in questo caso, ci si troverebbe in grosse difficoltà a misurare l'*andamento nel tempo* dell'indicatore. Un secondo caso potrebbe essere quello legato ai processi di fusione o acquisizione aziendale. Anche in questa situazione i datori di lavoro non avrebbero modo di reperire i dati necessari per la rilevazione preliminare del rischio, così come descritta nella lettera circolare del 18 novembre 2010, dato che il nuovo assetto aziendale e organizzativo potrebbe essere così differente da non avere relazione alcuna con la precedente alla quale gli indicatori si riferiscono.

- d. L'articolo 29, comma 3, del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 e s.m.i. stabilisce che «la valutazione dei rischi deve essere immediatamente rielaborata, nel rispetto delle modalità di cui ai commi 1 e 2, in occasione di modifiche del processo produttivo o della organizzazione del lavoro significative ai fini della salute e sicurezza dei lavoratori, o in relazione al grado di evoluzione della tecnica, della prevenzione o della protezione o a seguito di infortuni significativi o quando i risultati della sorveglianza sanitaria ne evidenzino la necessità». Anche in questo caso, applicando le indicazioni della Lettera circolare si va incontro a una situazione paradossale. In pratica, dovendo rifare la valutazione di tutti i rischi, compreso lo stress lavoro-correlato, che a causa «di modifiche del processo produttivo o della organizzazione del lavoro significative ai fini della salute e sicurezza dei lavoratori», e dovendo tenere conto degli indicatori «numericamente apprezzabili» (indici infortunistici, assenze per malattia, turnover, procedimenti e sanzioni, segnalazioni del medico competente, specifiche e frequenti lamentele formalizzate da parte dei lavoratori), con un sistema di misurazione omogeneo come l'*andamento nel tempo* dei valori, si incorre nel paradosso di rilevare il rischio stress lavoro-correlato di quella organizzazione che non esiste più, dato che è cambiata a seguito di quelle modifiche del cambiamento produttivo per le quali è stato necessario aggiornare la valutazione.
- e. Un altro aspetto legato all'art. 29, comma 3, del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 e s.m.i. riguarda la scadenza e la necessità di rivalutazione del rischio stress lavoro-correlato. A tal proposito, nella proposta metodologica sulla valutazione dello stress lavoro-correlato l'ISPELS riporta che «la valutazione deve essere immediatamente rielaborata in occasione di modifiche del processo produttivo o della organizzazione del lavoro significative ai fini della salute e sicurezza dei lavoratori o in relazione al grado di evoluzione della tecnica, ecc. (d.lgs. n. 81/2008 - art. 29, comma 3). In tutti gli altri casi, non previsti dalla norma, per la

verifica/aggiornamento della valutazione si ritiene adeguato un periodo di tempo non superiore a due anni»³⁰. Queste parole acquistano un peso rilevante e vincolante, dato che è lo stesso Testo Unico sulla salute e sicurezza all'art. 9 a dare mandato a tali enti. Tale mandato viene ulteriormente ribadito anche, e in modo più esplicito, nell'art. 28, comma 3-ter: «Ai fini della valutazione di cui al comma 1, l'Inail, anche in collaborazione con le aziende sanitarie locali per il tramite del Coordinamento Tecnico delle Regioni e i soggetti di cui all'articolo 2, comma 1, lettera ee), rende disponibili al datore di lavoro strumenti tecnici e specialistici per la riduzione dei livelli di rischio».

Dello stesso avviso è il Coordinamento Tecnico Interregionale della Prevenzione nei Luoghi di Lavoro (CTIPLL)³¹: il limite temporale dei due anni è considerato ragionevole per la rivalutazione del rischio.

Un anno più tardi, dopo la diffusione della lettera circolare del 18 novembre 2010, l'INAIL che, a seguito della legge 30 luglio 2010, n. 122, aveva integrato le funzioni dell'ISPESL, pubblica un nuovo manuale sulla *Valutazione e gestione del rischio da stress lavoro-correlato*. In questo documento sempre in tema di validità della valutazione, riporta che «le indicazioni della Commissione Consultiva non riportano il termine di validità della valutazione del rischio, rimandando così tacitamente alla previsione normativa dell'art. 29 c. 3 del D.Lgs. 81/08 e s.m.i. “La valutazione dei rischi deve essere immediatamente rielaborata, ... in occasione di modifiche del processo produttivo o della organizzazione del lavoro significative ai fini della salute e sicurezza dei lavoratori o in relazione al grado di evoluzione della tecnica, della prevenzione o della protezione o a seguito di infortuni significativi o quando i risultati della sorveglianza sanitaria ne evidenzino la necessità ...”; si può ragionevolmente ritenere corretta una nuova valutazione trascorsi due/tre anni dall'ultima effettuata»³².

Nel 2012 il Coordinamento Tecnico Interregionale della Prevenzione nei Luoghi di Lavoro si è espresso per la seconda volta, sostenendo che «nel caso in cui la valutazione preliminare del rischio stress identifichi un rischio non rilevante, la valutazione è conclusa e il risultato con tutti i documenti di riferimento vanno riportati nel DVR. Il piano di monitoraggio con riapplicazione dello strumento per la valutazione preliminare dovrà essere ripetuto periodicamente (indicativamente ogni 2 anni) o, tempestivamente, nei casi previsti dall'art. 29 comma 3 del D.Lgs. 81/08 (in particolare per il rischio specifico, in caso di significativi cambiamenti

³⁰ ISPESL, *La valutazione dello stress lavoro-correlato. Proposta metodologica*, Roma, ISPESL, 2010, p. 14.

³¹ COORDINAMENTO TECNICO INTERREGIONALE DELLA PREVENZIONE NEI LUOGHI DI LAVORO, *Valutazione e gestione del rischio da stress lavoro-correlato*, Roma, CTIPLL, 2010.

³² INAIL, *Valutazione e gestione del rischio da stress lavoro-correlato*, Milano, INAIL, 2011, pp. 17-18.

dell'assetto organizzativo dell'azienda o in relazione a segnalazioni del medico competente)»³³.

Nel mese di settembre del 2017, l'INAIL pubblica il manuale *La metodologia per la valutazione e gestione del rischio stress lavoro-correlato*, una revisione di quello del 2011. Anche in questo caso, richiamandosi a quanto affermato dal Coordinamento tecnico interregionale della prevenzione nei luoghi di lavoro nel 2010, l'INAIL riporta: «l'adozione del percorso completo richiederà presumibilmente tra i 12 e i 24 mesi, a seconda sia della complessità aziendale che del tempo richiesto affinché gli interventi implementati possano produrre effetti e risultati apprezzabili. È necessario, in ogni caso, considerare il carattere ciclico del percorso metodologico e, come definito dal Coordinamento tecnico interregionale, la necessità di effettuare una nuova valutazione due/tre anni dopo dall'ultima effettuata»³⁴.

Queste sono solo alcune delle precisazioni in merito alla scadenza e alla rivalutazione del rischio stress lavoro-correlato prodotte da Enti di riconosciuta autorevolezza. L'aspetto più interessante è la presenza del limite temporale che è stato assegnato alla validità di questo particolare rischio. L'esistenza di un limite sarebbe in contrasto con lo spirito dell'art. 28, comma 1, del d.lgs. n. 81/2008, dove la onnicomprensività dei rischi per la salute dei lavoratori spinge verso l'equiparazione. «Collocato all'interno dell'articolo riferito all'oggetto della valutazione dei rischi, pertanto, il tema dello stress lavoro-correlato deve essere posto sullo stesso piano – pur non disconoscendo la sua intrinseca specificità – di tutti gli altri rischi, prevedendo così per la sua complessiva trattazione le stesse fasi principali e gli stessi attori fondamentali previsti per questi ultimi»³⁵. Stesso contrasto sembra emergere per l'art. 29, comma 3, del d.lgs. n. 81/2008, dove non si fa riferimento ad un limite temporale, ma solamente ad alcune condizioni per le quali deve essere rifatta la valutazione: «in occasione di modifiche del processo produttivo o della organizzazione del lavoro significative ai fini della salute e sicurezza dei lavoratori, o in relazione al grado di evoluzione della tecnica, della prevenzione o della protezione o a seguito di infortuni significativi o quando i risultati della sorveglianza sanitaria ne evidenzino la necessità».

Il limite temporale della validità della valutazione confligge, inoltre, con il concetto stesso di “monitoraggio”, così come previsto dalla lettera circolare del 18 novembre 2010. Il monitoraggio non è altro che quell'attività di rilevazione periodica e sistematica di parametri mediante appositi strumenti, ciò allo scopo di controllare la situazione o l'andamento del sistema aziendale. Non avrebbe senso procedere ad una successiva valutazione dell'organizzazione quando gli indicatori «oggettivi e verificabili, ove possibile numericamente apprezzabili» (lettera circolare del 18 novembre 2010, p. 5) e dove la sorveglianza sanitaria non ne evidenzia la

³³ COORDINAMENTO TECNICO INTERREGIONALE DELLA PREVENZIONE NEI LUOGHI DI LAVORO, *Stress lavoro-correlato*, Roma, CTIPL, 2012, p. 27.

³⁴ INAIL, *La metodologia per la valutazione e gestione del rischio stress lavoro-correlato*, Roma, INAIL, 2017, p. 18.

³⁵ C. FRASCHERI, *Il rischio da stress lavoro-correlato*, cit., p. 48.

necessità (come previsto dall'art. 29, comma 3, del d.lgs. n. 81/2008). Un caso esemplificativo, sicuramente paradossale, potrebbe essere quello di una persona che fa i controlli medici di routine e, in assenza di dati clinici che ne evidenziano la necessità, periodicamente si sottopone ad interventi invasivi. L'impressione, in questo caso, è che si sono sovrapposte tre logiche di rilevazione, tutte legittime, che vanno a determinare l'attuale situazione di scarsa chiarezza su come procedere. Le tre logiche sono: (a) l'art. 29, comma 3, del d.lgs. n. 81/2008 dispone le suddette specifiche situazioni nelle quali deve essere effettuata la rivalutazione dei rischi; (b) la Lettera circolare del 18 novembre 2010 riporta che «ove dalla valutazione preliminare non emergano elementi di rischio di stress lavoro-correlato tali da richiedere il ricorso ad azioni correttive, il datore di lavoro sarà unicamente tenuto a darne conto nel documento di valutazione del rischio (DVR) e a prevedere un piano di monitoraggio» (pp. 4-5); (c) i documenti dell'ISPESL del 2010, dell'INAIL del 2011, del Coordinamento tecnico interregionale della prevenzione nei luoghi di lavoro del 2012 e dell'INAIL del 2017 prevedono che oltre al monitoraggio, il datore di lavoro è tenuto a verificare/aggiornare la valutazione dopo «un periodo di tempo non superiore a due anni»³⁶, o «ragionevolmente ritenere corretta una nuova valutazione trascorsi due/tre anni dall'ultima effettuata»³⁷. Infine «il piano di monitoraggio con riapplicazione dello strumento per la valutazione preliminare dovrà essere ripetuto periodicamente (indicativamente ogni 2 anni)»³⁸ o, come suggerito a titolo esemplificativo dall'INAIL, «attraverso un periodico controllo dell'andamento degli Eventi sentinella»³⁹. È evidente che con questa eterogeneità di indicazioni non si facilita la comprensione delle azioni che i datori di lavoro sono obbligati a mettere in atto: o si adotta il sistema del monitoraggio degli indicatori, quindi si interviene con una rivalutazione quando si riscontra una variazione degli stessi, o si stabilisce una cadenza di valutazione periodica (due o tre anni), alla quale rimandare le verifiche dell'andamento.

- f. Infine, l'ultimo aspetto che merita di essere affrontato riguarda il monitoraggio stesso. Come già anticipato, per “monitoraggio” si intende l'attività di controllo continuo di parametri o di indicatori (come appunto il caso del rischio stress lavoro-correlato) e si avvia quando si riscontra un livello di rischio basso nella valutazione, così come riportato dalla lettera circolare del 18 novembre 2010. In assenza di specifiche indicazioni, l'orientamento prevalente è coinciso con l'analisi periodica degli “eventi sentinella” riportati nelle indicazioni metodologiche della Commissione consultiva.

³⁶ ISPESL, *La valutazione dello stress lavoro-correlato. Proposta metodologica*, Roma, ISPESL, 2010, p. 14.

³⁷ INAIL, *Valutazione e gestione del rischio da stress lavoro-correlato*, cit., 2011, p. 18.

³⁸ COORDINAMENTO TECNICO INTERREGIONALE DELLA PREVENZIONE NEI LUOGHI DI LAVORO, *Stress lavoro-correlato*, cit., p. 27.

³⁹ INAIL, *La metodologia per la valutazione e gestione del rischio stress lavoro-correlato*, cit., 2017, p. 36.

Nel tentativo di fare chiarezza, il Coordinamento tecnico interregionale della prevenzione nei luoghi di lavoro suggerisce che «il piano di monitoraggio con riapplicazione dello strumento per la valutazione preliminare dovrà essere ripetuto periodicamente (indicativamente ogni 2 anni)»⁴⁰, facendo coincidere sostanzialmente il monitoraggio con la periodicità della valutazione, così come suggerito dall'INAIL («si può ragionevolmente ritenere corretta una nuova valutazione trascorsi due/tre anni dall'ultima effettuata»)⁴¹.

Le indicazioni del Coordinamento tecnico interregionale della prevenzione nei luoghi di lavoro sono, di fatto, le uniche a riportare con precisione cosa intendere con “monitoraggio” e, soprattutto, in che modo lo si deve espletare («riapplicazione dello strumento per la valutazione preliminare»). Tale descrizione coincide con quello che la lettera circolare del 18 novembre 2010 intende per “valutazione preliminare”: questo fa emergere un problema in quanto, due processi distinti in fase definitoria, vengono successivamente accomunati nella medesima prassi.

In conclusione, di queste brevi riflessioni, ciò che emerge è sostanzialmente la diversità della tipologia di rischio fra quelli tradizionali e quelli psicosociali. L'equiparazione *tout court* dei rischi tradizionali con quelli psicosociali, porta inevitabilmente alla generazione di un ibrido che non può e non riesce a rispondere agli obiettivi del Testo Unico sulla salute e sicurezza nei luoghi di lavoro. Si potrebbe sostenere che è corretto annoverare lo stress lavoro-correlato fra i rischi che il datore di lavoro è tenuto a valutare, ma non è corretto equipararlo, nella modalità di rilevazione e gestione, ai rischi tradizionali. Al fine di usufruire dei vantaggi della gestione di questa specifica tipologia di rischio, è necessario accettarne la sua «particolarità».

Il concetto di «particolarità» è espresso anche nell'art. 28, comma 1, del d.lgs. n. 81/2008 dove, tra tutti i rischi soggetti a valutazione, si citano i «rischi particolari», di cui fa parte lo stress lavoro-correlato. Non è chiaro cosa si intende con «rischi particolari», il legislatore si limita a farne un elenco. Ciò che risulta evidente è che si differenziano da quelli in generale ma vengono, tuttavia, trattati come tali. Sarebbe importante dare una definizione a questa «particolarità» individuando specifiche modalità applicative.

5. Note conclusive

Dalle riflessioni fatte fin qui, si può intuire come la normativa nazionale relativa al rischio stress lavoro-correlato presenti ancora delle criticità che necessitano di una più attenta riflessione. Sicuramente parte di queste difficoltà

⁴⁰ COORDINAMENTO TECNICO INTERREGIONALE DELLA PREVENZIONE NEI LUOGHI DI LAVORO, *Stress lavoro-correlato*, cit., p. 27.

⁴¹ INAIL, *Valutazione e gestione del rischio da stress lavoro-correlato*, cit., p. 18.

possono essere attribuite alla novità e alla breve esperienza di applicazione della norma.

Di seguito sono riportate alcune conclusioni che possiamo trarre da questa trattazione in merito allo stato dell'arte:

- a. I rischi psicosociali sono ormai una “realità legislativa” non solo a livello europeo, ma anche nel nostro paese.
- b. Se si vogliono sfruttare a pieno le capacità informative e predittive dei rischi psicosociali (di cui lo stress lavoro-correlato è una fattispecie), occorre che la normativa vigente riconosca esplicitamente la peculiarità di questa tipologia di rischio. Quindi sì all'obbligo della valutazione, al pari dei rischi tradizionali, ma con metodologie proprie e in coerenza con l'ampia letteratura scientifica sull'argomento.
- c. Al fine di rendere possibile il punto b), dati i criteri metodologici specifici di valutazione, potrebbe rivelarsi utile la definizione di un apposito Titolo del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 e s.m.i., come suggerito da Gallo⁴², che possa fornire al datore di lavoro quegli strumenti normativi, metodologici e culturali necessari per effettuare un'adeguata analisi per poi giungere ad un intervento più appropriato sul rischio in oggetto.

Compito del suddetto Titolo dovrebbe essere di integrare gli obblighi del medico competente, che «secondo la nuova normativa, riguardano le aree della valutazione, della prevenzione dei rischi, della sorveglianza sanitaria, dell'informazione e formazione, dei programmi volontari di “promozione della salute”»⁴³, con la funzione e le conoscenze della psicologia del lavoro e delle organizzazioni, in un contesto di regole precise. Se, come condivisibilmente sostengono Buselli e Cristaudo⁴⁴, l'obiettivo della valutazione del rischio è il benessere lavorativo, a maggior ragione l'integrazione delle discipline e la condivisione delle rispettive conoscenze non può che dare utili strumenti di miglioramento al datore di lavoro.

- d. La metodologia, anche se minima, proposta dalla Lettera circolare non contempla le situazioni principali della vita evolutiva di un'organizzazione, sia in termini di obbligo della valutazione sia per quanto riguarda la rivalutazione del rischio, lasciando il datore di lavoro in una situazione di incertezza normativa e operativa.

Affrontare il tema dello stress nel contesto lavorativo significa non solo prevenire i rischi di malattie o di infortuni, ma soprattutto promuovere la salute nella sua più ampia accezione⁴⁵, così come specificato nell'art. 2, comma 1, lettera o, del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 e s.m.i.

⁴² M. GALLO, *Indicazioni della commissione*, cit., p. 19.

⁴³ R. BUSELLI, A. CRISTAUDO, *Il medico competente e il rischio stress lavoro correlato: dalla collaborazione alla valutazione del rischio alla sorveglianza sanitaria*, in “Giornale italiano di medicina del lavoro ed ergonomia”, 31, 3, 2009, pp. 261-262.

⁴⁴ R. BUSELLI, A. CRISTAUDO, *Il medico competente e il rischio stress lavoro correlato*, cit. p. 263.

⁴⁵ S. BUOSO, *Definire e qualificare il benessere organizzativo*, in “Diritto della Sicurezza sul Lavoro”, n. 1, I, 2019.

Questo significa potenziare le risorse dei singoli lavoratori e dell'azienda, favorendo la crescita e lo sviluppo dell'organizzazione stessa. In tal senso, è di fondamentale importanza che siano messi a disposizione del datore di lavoro strumenti normativi, organizzativi e culturali adeguati.

Promuovere organizzazioni orientate al benessere non deve essere visto come un lusso accessibile solo alle aziende economicamente più ricche, bensì come una necessità e un'opportunità dettata dal cambiamento culturale, economico e sociale: vedi le problematiche connesse all'invecchiamento della popolazione lavorativa⁴⁶. Il rischio che si corre altrimenti è la mancata sopravvivenza della stessa azienda e del lavoro in generale. Del resto, il senso della Comunicazione della Commissione (2010) *Europa 2020 - Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva* era proprio questo.

Abstract

L'adattamento della metodologia tecnico-scientifica dei rischi psicosociali alla legislazione italiana sulla salute e sicurezza può presentare delle difficoltà. Questo documento, che ha origine dal lavoro pratico e quotidiano, si propone di aprire una discussione su alcuni punti che presentano dubbi rispetto al tema stress lavoro-correlato, in particolare: a) la definizione stessa di stress lavoro-correlato che spesso non viene sufficientemente distinto dallo stress in generale; b) l'aggiornamento della valutazione del rischio di stress lavoro-correlato, questione per la quale esistono differenze nelle varie fonti accreditate dalla normativa; c) la predisposizione del piano di monitoraggio del rischio stress lavoro-correlato, per il quale la legislazione italiana richiede l'attivazione di un processo che non viene ulteriormente specificato, rendendo difficoltoso il suo adempimento.

The adaptation of the technical-scientific methodology of psychosocial risks to the Italian health and safety legislation can present difficulties. This document, which originates from practical and daily work, aims to open a discussion on some points that present doubts regarding the work-related stress issue, in particular: a) the definition of work-related stress itself, often not sufficiently distinct from stress in general; b) updating the assessment of the risk of work-related stress, an issue for which there are differences in the various sources accredited by current legislation; c) the preparation of the work-related stress risk monitoring plan, for which Italian legislation requires the activation of a process that is not further specified, making its fulfillment difficult.

Parole chiave

Stress lavoro-correlato, valutazione dei rischi, sicurezza sul lavoro, salute, salute organizzativa, benessere lavorativo

Keywords

Work-related stress, risk assessment, occupational safety, health, organizational health, occupational well-being

⁴⁶ C. BALDUCCI, F. FRACCAROLI, *Stress lavoro-correlato*, cit., p. 46.

Hanno collaborato a questo fascicolo:

Angelo Avarello è Psicologo presso Azienda Ospedaliero-Universitaria Careggi – Firenze

Lucia D’Arcangelo è professore associato di Diritto del lavoro presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università di Napoli Federico II

Angelo Delogu, assegnista di ricerca in Diritto del lavoro, Università di Urbino Carlo Bo e Caporedattore dell’Osservatorio “Olympus” per il monitoraggio permanente della legislazione e giurisprudenza sulla sicurezza del lavoro

Tiziana Fanucchi è Psicologa presso Azienda Ospedaliero-Universitaria Careggi – Firenze

Chiara Lazzari, professoressa associata di Diritto del lavoro nell’Università di Urbino Carlo Bo

Luigi Menghini è stato professore ordinario di Diritto del lavoro nell’Università di Trieste

Maria Morello è professore a contratto in Storia del diritto italiano, all’Università degli Studi di Urbino Carlo Bo

Gaetano Natullo è professore ordinario di Diritto del lavoro nell’Università degli Studi del Sannio

Paolo Pascucci, professore ordinario di Diritto del lavoro nell’Università degli Studi Carlo Bo di Urbino

Sabato Rozza è Dottorando di ricerca in Diritto del lavoro – Università di Roma “La Sapienza”

David Walters è Professore emerito di Work Environment, School of Social Sciences, e direttore del Cardiff Work Environment Research Centre (CWERC)

Il fascicolo è stato chiuso nel mese di giugno 2021