issn 2531-4688

LABOR 4
Il lavoro nel diritto
Rivista bimestrale luglio-agosto 2020

Diretta da
Oronzo Mazzotta

www.rivistalabor.it

IN EVIDENZA

Emergenza e riemersione.
Le prospettive del diritto del lavoro prima e dopo

Maria Teresa Carinci, Riccardo Del Punta, Vincenzo Ferrante, Roberto Pessi, Roberto Romei, Carlo Zoli, Adalberto Perulli, Carlo Cester, Arturo Maresca, Marcello Pedrazzoli, Marina Brollo

Giurisprudenza commentata

Silvia Ortis, Anna Zilli

Pacini Giuridica

Emergenza e riemersione. Le prospettive del diritto del lavoro prima e dopo

Oronzo Mazzotta, *Presentazione* ..... p. 379

Saggi

Maria Teresa Carinci, *Obbligo di sicurezza e responsabilità datoriale: il rischio di contagio da Covid-19* ..... » 385

Riccardo Del Punta, *CIG per sempre? Sui dispositivi di sostegno al reddito nella pandemia da coronavirus* ..... » 399

Vincenzo Ferrante, *Le fonti e il dialogo sociale* ..... » 403

Roberto Pessi, *Le categorie contrattuali ai tempi del Covid-19* ..... » 417

Roberto Romei, *Il lavoro agile in Italia: prima, durante e dopo la pandemia* ..... » 423

Carlo Zoli, *La tutela dell'occupazione nell'emergenza epidemiologica fra garantismo e condizionalità* ..... » 439

Adalberto Perulli, *Covid-19 e diritto del lavoro: emergenza, contingenza e valorizzazione del lavoro dopo la pandemia* ..... » 455

Carlo Cester, *Emergenza epidemiologica e corrispettività nel rapporto di lavoro* ..... » 469

Arturo Maresca, *Il diritto del lavoro nell'emergenza (post) Covid-19: il lavoro a termine* ..... » 477

Marcello Pedrazzoli, *Crisi economica da pandemia e costituzione economica e del lavoro: il caso dell'art. 46 Cost.* ..... » 489

Marina Brollo, *Il lavoro agile tra emergenza pandemica e riemersione della questione femminile* ..... » 507

Giurisprudenza commentata

Silvia Ortis, *La nozione di «ripresa del lavoro» e la fruizione delle ferie fra diritti e obblighi del lavoratore allo scadere del periodo di comporto* ..... » 519

Anna Zilli, *Il lavoro agile per Covid-19 come "accomodamento ragionevole" tra tutela della salute, diritto al lavoro e libertà di organizzazione dell'impresa* ..... » 531

Indice analitico delle sentenze

Lavoro (rapporto di) – Emergenza sanitaria

– Assistenza a familiare disabile – Lavoro agile – Diritto – Sussistenza – Condizioni (*Trib. Bologna, decr. 23 aprile 2020, con nota di* Zilli)

– Ferie non maturate – Potere datoriale di fruizione coattiva – Insussistenza – Invalido civile – Lavoro agile – Diritto – Sussistenza – Condizioni (*Trib. Grosseto, ord. 23 aprile 2020, con nota di* Zilli)

Licenziamenti – Licenziamento per giusta causa – Assenza per motivi di salute superiore a 60 giorni – Visita medica preventiva – Ripresa del lavoro – Obbligo del lavoratore di presentarsi sul luogo di lavoro – Sussistenza Assegnazione provvisoria a mansioni diverse – Legittimità (*Cass., 27 marzo 2020, n. 7566, con nota di* Ortis)

Indice cronologico delle sentenze

Giorno	Autorità	Pagina
	2020	
	Marzo	
27	Cass., n. 7566	519
	Aprile	
23	Trib. Bologna	531
23	Trib. Grosseto	531

Notizie sugli autori

Marina Brollo – professoressa ordinaria nell'Università degli studi di Udine
Maria Teresa Carinci – professoressa ordinaria nell'Università degli Studi di Milano
Carlo Cester – professore emerito nell'Università degli Studi di Padova
Riccardo Del Punta – professore ordinario nell'Università degli Studi di Firenze
Vincenzo Ferrante – professore ordinario nell'Università Cattolica del Sacro Cuore
Arturo Maresca – professore ordinario nell'Università Roma La Sapienza
Oronzo Mazzotta – già professore ordinario nell'Università di Pisa
Silvia Ortis – dottoranda nell'Università Ca' Foscari di Venezia
Marcello Pedrazzoli – già professore ordinario nell'Alma Mater Studiorum – Università di Bologna
Adalberto Perulli – professore ordinario nell'Università Ca' Foscari di Venezia e nell'Università di Parigi Nanterre
Roberto Pessi – professore emerito nell'Università Luiss Guido Carli
Roberto Romei – professore ordinario nell'Università degli Studi Roma Tre
Anna Zilli – professoressa associata nell'Università degli studi di Udine
Carlo Zoli – professore ordinario nell'Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

Le fonti e il dialogo sociale

SOMMARIO: 1. Il ruolo del Governo. – 2. Le fonti: un elenco. – 3. Valore giuridico del protocollo e sua allegazione al DPCM. – 4. La questione della tutela della salute dei lavoratori. – 5. Le fonti sovrannazionali e la Cassa integrazione "europea".

Sinossi. Nel presente saggio l'A. si interroga sul ruolo delle fonti ed il dialogo sociale, poiché il rischio di contagio da virus Sars-CoV-2 ha maggiormente concentrato i poteri decisionali in capo al Governo.

Abstract. *In this essay, the author discusses the role of sources and social dialogue, since the risk of infection with the Sars-CoV-2 virus has led to a centralization of decision-making powers upon the government.*

PAROLE CHIAVE: Sars-CoV-2 – Legislazione dell'emergenza – Rapporto tra fonti – Dialogo sociale

1. Il ruolo del Governo.

Osservata dallo specifico punto di vista delle fonti, la pandemia pone innanzi tutto problemi delicati sul versante degli assetti costituzionali, poiché il rischio di contagio da virus Sars-CoV-2 ha sortito l'effetto d'un raffreddamento dell'ordinaria dialettica istituzionale, concentrando i poteri decisionali in capo all'esecutivo, mentre il Parlamento è rimasto a lungo inattivo, decidendo poi di continuare la sua attività solo grazie alla ridotta presenza dei deputati in aula, nel rispetto tuttavia di un principio di proporzionalità, che conservasse i rapporti di forza registratisi al momento del voto di fiducia, all'atto dell'insediamento del Governo attualmente in carica.

In questo senso, per quanto l'argomento richiederebbe analisi ben più ampia di quella che è possibile svolgere nella presente sede, voglio segnalare innanzi tutto come le misure adottate attraverso i numerosissimi decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri (DPCM), possano considerarsi come esercizio di un potere di dettare misure "contingibili ed urgenti" per ragioni sanitarie o di pericolo alla pubblica incolumità, che trova fondamento logico nell'ancor vigente art. 253 r.d. 27 luglio 1934, n. 1265 (Testo unico delle leggi sanitarie), in forza del quale: «Il Ministro della sanità determina con suo provvedimento,

sentito il consiglio superiore di sanità, quali siano le malattie infettive e diffusive che dànno luogo alla adozione delle misure sanitarie comprese nel presente titolo e quali le misure applicabili a ciascuna di esse» [1].

Ed invero i decreti della Presidenza del Consiglio sono stati adottati sempre su proposta del Ministro della Salute, ed hanno avuto la funzione di dettare "misure", e cioè atti aventi contenuto provvedimentale, piuttosto che normativo in senso stretto, connotate dal carattere della provvisorietà[2]. Questo ha garantito in certa misura che l'ordinamento rimanesse al riparo da modifiche dettate dalla contingenza, mentre le disposizioni più rilevanti, come ad es. il divieto di licenziamento o la previsione di ammortizzatori sociali a carattere quasi universale (contenenti altresì gli stanziamenti nel bilancio), sono state adottate attraverso lo strumento della decretazione d'urgenza *ex* art. 77 Cost., che ha necessariamente coinvolto la Presidenza della Repubblica (cui spetta la sottoscrizione dell'atto) ed ovviamente il Parlamento (chiamato alla ratifica del decreto, mediante la legge di conversione).

Pare difficile negare che, attraverso il loro intervento, Camera e Senato abbiano fornito, seppure *a posteriori*, una legittimazione politica all'azione di Governo[3].

Un esame più attento delle previsioni contenute nei vari DPCM emanati, quindi, dà la certezza che si tratti di prescrizioni in certa misura anche limitate alla sola indicazione di obiettivi, quasi che ci si trovasse di fronte ad atti di indirizzo, destinati all'intero complesso dell'apparato amministrativo. Né vale lamentare il fatto che attraverso di essi si sia potuto anche incidere sulle posizioni individuali (come nel caso dell'invito a ricorrere a provvedimenti datoriali unilaterali di collocazione dei lavoratori in ferie), poiché una indicazione siffatta non sembra differire troppo dal provvedimento amministrativo attraverso il quale si prevede che non si possa far luogo a concessione della cassa integrazione se non dopo l'avvenuto smaltimento di tutte le ferie.

E pure deve aggiungersi che, almeno in via di generale valutazione, non appare ingiustificata la compressione delle libertà individuali, che pure si è registrata in molti ambiti (dalla libertà di movimento, all'accesso alla giustizia, alla tutela individuale della *privacy*), almeno fin tanto che si tratti di provvedimenti aventi natura provvisoria, a fronte delle precise previsioni costituzionali di cui all'art. 32 Cost., che appaiono adatte a sorreggere interventi di questo tipo, là dove si proclama che «La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e *interesse della collettività*».

---

[1] Deve ricordarsi ancora l'art. 261, a mente del quale «Il Ministro della sanità, quando si sviluppi nel territorio dello Stato una malattia infettiva a carattere epidemico, può emettere ordinanze speciali per la visita e disinfezione delle case, per l'organizzazione di servizi e soccorsi medici e per le misure cautelari da adottare contro la diffusione della malattia stessa».

[2] Come è noto, con delibera del Consiglio dei Ministri del 31.1.2020, sulla scorta delle disposizioni di cui al "codice della protezione civile" (art. 24, d. lgs. n. 1 del 2 gennaio 2018), è stato dichiarato, per una durata di sei mesi «lo stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili». Tale provvedimento è stato poi sempre richiamato dai successivi decreti adottati dal Governo o dalla PdCM.

[3] Ancora utile, in ordine alle considerazioni svolte in questo paragrafo, appare Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. II, Cedam, 1976, 712 ss., in ordine alla dichiarazione di stato di pericolo pubblico (e v. in part. 716 note e testo).

2. Le fonti: un elenco.

In ordine alla disciplina del rapporto di lavoro, si segnalano in particolare due serie di interventi che sembrano seguire una medesima sequenza procedurale: tuttavia, mentre nel primo caso l'intervallo temporale fra i singoli provvedimenti è assai breve a ragione della velocità del propagarsi della malattia Covid-19, la seconda serie si svolge su un arco temporale più dilatato e conosce un intrecciarsi di fonti che si richiamano a vicenda.

A riguardo resta centrale, innanzi tutto, il d.l. n. 18 del 17 marzo 2020 (in G.U. 17 marzo 2020, ed. str., n. 70), che è stato poi convertito nella legge 24 aprile 2020, n. 27 (in Suppl. Ord. 16 alla G.U., 29 aprile 2020, n. 110), con varie modifiche al testo dell'originario decreto, emanato in via d'urgenza.

Tale provvedimento legislativo ha fatto seguito ad un DPCM dell'11 marzo 2020 (in G.U. n. 64 dell'11 marzo 2020), che conteneva una serie di misure dirette alla sospensione delle attività commerciali e professionali e che individuava al n. 7 le modalità secondo le quali sarebbero potute continuare tutte le attività, indispensabili ai fini di assicurare la cura della salute, la mobilità sul territorio nonché la produzione di beni alimentari e di prima necessità. Si "raccomandava" così il ricorso al lavoro "agile", lo smaltimento delle ferie arretrate, la sospensione delle attività dei reparti aziendali non indispensabili alla produzione, nonché l'assunzione di "protocolli di sicurezza anti-contagio" con il rispetto della distanza interpersonale di un metro «come principale misura di contenimento», ed ancora l'adozione di dispositivi di protezione individuale (DPI).

A tale atto, faceva seguito, di lì a poco, un primo "Protocollo condiviso" sul lavoro in sicurezza, sottoscritto dalle parti sociali in data 14 marzo 2020 su invito del Governo, che replicava in larga parte le stesse indicazioni che già erano contenute nel DPCM (e che sopra si sono richiamate). Le organizzazioni firmatarie dichiaravano anzi di voler prevedere una misura di attuazione del DPCM stesso, là dove questo (al n. 9) auspicava intese fra le organizzazioni sindacali, stabilendo «linee guida condivise tra le Parti per agevolare le imprese nell'adozione di protocolli di sicurezza anti-contagio». Al Protocollo faceva seguito un *addendum*, sottoscritto fra le medesime parti, che insisteva sulla necessità di un approccio condiviso fra le parti.

La sequenza veniva a ripetersi poi nel corso del mese di aprile: ad un primo DPCM del 10 aprile 2020 (in G.U. n.97 dell'11 aprile 2020), che confermava la sospensione delle attività richiamando (art. 2, co. 10) il Protocollo del 14 marzo, faceva seguito un nuovo Protocollo, sottoscritto in data 24 aprile da un più ampio numero di sigle, e completato nelle sue previsioni, per es. attraverso lo sviluppo del titolo 13 in tema di partecipazione dei lavoratori.

Segue poi un DPCM del 26 aprile (intitolato alle "Ulteriori disposizioni attuative del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, in G.U. serie gen. n.108 del 27 aprile 2020) che parimenti richiama al proprio 2, co. 6 il secondo Protocollo, che anzi è allegato al DPCM stesso (sub n. 6).

L'elenco degli interventi di rilevo si chiude con il d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (c.d. "rilancio", in G.U. 19 maggio 2020, n. 128), che, oltre a previsioni sue proprie, interviene ancora sulle misure di cui al precedente d.l. n. 18, e che è in attesa di conversione.

Da ultimo devono poi elencarsi alcuni ulteriori provvedimenti che valgono a completare il quadro: in particolare si deve richiamare: il "Documento tecnico" rilasciato dall'INAIL

per la «possibile rimodulazione delle misure di contenimento del contagio da SARS-CoV-2 nei luoghi di lavoro», cui hanno fatto seguito due importanti circolari che riguardano l'applicazione della disciplina generale di cui al t.u. 1124/1965 all'ipotesi di infortunio da contagio avvenuto sul luogo di lavoro (n. 13 e 22); ed ancora la *Check-list* predisposta dall'Ispettorato Nazionale del Lavoro (INL) ed integralmente modellata sulle previsioni del Protocollo condiviso, rinnovato alla data del 24 aprile 2020.

La lista viene a chiudersi con lo "Strumento europeo di sostegno temporaneo per attenuare i rischi di disoccupazione in situazione d'emergenza" (*European instrument for temporary support to mitigate unemployment risks in an emergency* o, in acronimo, *SURE*), proposto dalla Commissione Europea all'inizio del mese di aprile del 2020 ed approvato dal Consiglio nella riunione dello scorso 23 aprile[4], unitamente alle altre misure di contrasto alla crisi economica conseguente all'epidemia da COVID-19, cui verrà dedicato il paragrafo finale di questo intervento.

3. Valore giuridico del protocollo e sua allegazione al DPCM.

Il primo punto da prendere in considerazione riguarda il valore dei protocolli che sono stati sottoscritti fra le parti sociali, raccogliendo l'invito del Governo, e poi sempre richiamati nei successivi decreti dell'Esecutivo. È il caso del DPCM 26 aprile 2020, che ha prorogato ulteriormente nel tempo le misure di limitazione della libertà individuale, prima che si desse inizio alla c.d. "fase 2", ma anche dei decreti che lo hanno seguito e preceduto.

Come si è sopra messo in evidenza, proprio questo DPCM del 26 aprile richiama espressamente, allegandolo anzi in calce al decreto stesso nella pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale, il "Protocollo condiviso" sul lavoro in sicurezza, già sottoscritto dalle parti sociali in data 14 marzo 2020 e poi rinnovato in data 24 aprile.

Le principali novità di quest'ultimo Protocollo "condiviso" sembrano provenire dal **"**Documento tecnico" INAIL per la «possibile rimodulazione delle misure di contenimento del contagio da SARS-CoV-2 nei luoghi di lavoro» reso noto nei giorni precedenti.

Comune ad entrambi, innanzi tutto, è il suggerimento di una modifica dell'organizzazione del lavoro attraverso l'adozione di «orari differenziati che favoriscano il distanziamento sociale riducendo il numero di presenze in contemporanea nel luogo di lavoro e prevenendo assembramenti all'entrata e all'uscita». Già in passato, con la c.d. "legge Turco" (n. 53 dell'8 marzo 2000; art. 22 e segg.) si era previsto che gli enti pubblici territoriali dovessero adottare, d'intesa con le aziende di maggiori dimensioni, piani "degli orari", diretti proprio a garantire flessibilità nell'ingresso e nell'uscita dal lavoro, al fine di non sovraccaricare i sistemi di trasporto pubblico. Furono poche le amministrazioni che al tem-

[4] V. Proposal for a Council regulation on the establishment of a European instrument for temporary support to mitigate unemployment risks in an emergency (SURE) following the Covid-19 outbreak: COM/2020/139 final del 2.4.2020.

po si mossero in quella direzione, anche se quell'esperienza potrebbe tornare utile oggi, seppure in una prospettiva in parte mutata, là dove il Protocollo suggerisce di tornare ad incentivare il trasporto privato, in funzione di contrasto al contagio[5].

Per il resto, il nuovo Protocollo non sembra contenere disposizioni particolarmente innovative, né là dove si dovrebbe tenere conto della particolare debolezza del prestatore di lavoro (per ragioni legate all'età o alla sussistenza di malattia, anche cronica, o di disabilità), né in relazione alle altre condizioni personali. Ed infatti, mentre il Documento INAIL sopra richiamato prevedeva espressamente che il *management* dovesse «tenere conto della necessità di garantire il supporto ai lavoratori che si sentono in isolamento e a quelli che contestualmente hanno necessità di accudire i figli», di una simile previsione non c'è traccia nel Protocollo, che solo si limita ad imporre alle imprese l'obbligo (invero già implicito) di fornire assistenza ai propri dipendenti «nell'uso di apparecchiature e *software* nonché degli strumenti di videoconferenza».

Tuttavia, pur in assenza di un tale richiamo, non sembra che la previsione del documento INAIL sia priva di rilievo, dovendosi essa considerare, a fronte dell'accertata maggiore incidenza che il contagio realizza nelle coorti dei più anziani d'età, alla stregua di una indicazione che viene a concretare una regola di condotta prudenziale, che trova il suo fondamento nell'obbligazione di sicurezza di cui all'art. 2087 c.c.

In questo senso, del resto, depongono le previsioni del d. lgs. n. 81/2008 che prevedono visite periodiche dei lavoratori e che impongono di tenere conto della condizione soggettiva del prestatore in caso, ad es., di inidoneità alla mansione specifica (art. 42, d. lgs. n. 81/2008), o di lavoro notturno (artt. art. 15 d. lgs. n. 66/2003) o al fine di prevenire lo "*stress* lavoro correlato"[6].

Analoghe considerazioni possono farsi in ordine all'organizzazione del lavoro che coinvolge in via generale quanti siano impegnati in prestazioni di lavoro agile da casa: in questo senso la previsione che i lavoratori siano incoraggiati «a fare pause regolari», appare poco rilevante, se rimane collegata alla legislazione italiana, che ne prevede solo una, di almeno dieci minuti (!), durante tutto l'arco della giornata (art. 8 d. lgs. n. n. 66 del 2003). Eppure non sarebbe stata inopportuna una previsione che imponesse all'organizzazione del lavoro di adeguarsi alle necessità individuali dei lavoratori, tenuto conto della particolarissima situazione di costrizione in cui tutti ci siamo trovati a vivere, che avrebbe certamente giustificato un'eccezione, limitata e temporanea, al generale principio per cui resta irrilevante, ai fini dell'esecuzione del contratto, la condizione individuale delle parti.

Anche in questo caso il fatto che il Protocollo non ripeta l'indicazione non vale però a far ritenere insussistente la previsione, posto che pure si può ritenere, in assenza di affermazione di segno contrario, che le parti firmatarie abbiano ritenuta inutile una duplicazione della previsione, date le caratteristiche delle indicazioni contenute nel "Documento INAIL" di cui sopra si è detto: la conclusione è che il precetto di adeguamento potrebbe considerarsi come direttiva capace di imporsi a tutti, in quanto viene a concretare (per

[5] A riguardo v. Balboni, Napoli, Magnani (a cura di), *Congedi parentali, formativi e tempi delle città*, in *NLCC,* 2001, 1236 ss.
[6] Nunin, *La prevenzione dello stress lavoro-correlato. Profili normativi e responsabilità del datore di lavoro*, EUT, 2012, 114.

indicazione di una pubblica istituzione) una specifica obbligazione di legge, diretta a tutelare l'integrità fisica e psichica del lavoratore, individuando la diligenza dovuta al fine di liberare il debitore di sicurezza[7].

Il fatto che il Protocollo sia allegato al DPCM del 27 aprile 2020 vale ad attribuire ad esso il valore di atto che completa il decreto stesso, venendo a costituire misura, la cui osservanza è affidata alla vigilanza amministrativa: prova ne sia che l'autorità, che ne registra la violazione, deve provvedere a sospendere l'attività imprenditoriale posta in essere illegittimamente (v. art. 2, co. 6 DPCM). In questo senso può dirsi che il Protocollo è dotato di efficacia *erga omnes*: si tratta di un meccanismo analogo a quello in relazione al quale già la Corte costituzionale ebbe ad esprimersi, rilevandone la compatibilità con i precetti di cui all'art. 39 parte seconda, quando fu chiamata a valutare gli accordi collettivi che, nell'ambito della legge sullo sciopero nei s.p.e. individuano le prestazioni indispensabili, preliminarmente alla valutazione della Commissione di Garanzia[8].

In ogni caso, anche ove quel provvedimento del Governo dovesse venir meno, pare di poter affermare che il Protocollo abbia oramai abbandonato la qualifica che si attribuiva nella formulazione sottoscritta il 14 marzo 2020 di semplici "linee guida condivise", per prendere la forma di un negozio idoneo a determinare il sorgere di obbligazioni fra le parti, individuali e collettive, in forza di un contenuto più dettagliato in molte sue parti, che pure può richiedere per qualche aspetto un completamento, nella prospettiva di un adattamento della regola generale alla concreta organizzazione dell'impresa, secondo un modello, tuttavia, differente da quello oramai consolidatosi nella legislazione, della predisposizione del documento di valutazione dei rischi di cui agli artt. 17 e 28 d. lgs. n. 81 del 2008.

La correzione di quel modello si spiega, probabilmente, sia per l'esigenza di provvedere in tempi brevi, sia a ragione del fatto che si tratta di rischi che non ineriscono al ciclo produttivo specifico e che, di conseguenza, possono tollerare soluzioni in certa misura uniformi. Nel Protocollo, infatti, già nella sua prima versione, si legge che: «Il Covid-19 rappresenta un rischio biologico generico, per il quale occorre adottare misure uguali per tutta la popolazione. Il presente protocollo contiene, quindi, misure che seguono la logica della precauzione e seguono e attuano le prescrizioni del legislatore e le indicazioni dell'Autorità sanitaria».

Il datore che voglia riprendere l'attività produttiva è, quindi, tenuto alla scrupolosa osservanza di tutte le previsioni del Protocollo, mentre resta salvo un potere di adattamento all'esito dell'attivazione di quelle forme partecipative, che già prima si sono richiamate.

Nel prevedere queste forme, le parti collettive hanno rinnovato una tradizione che risale all'art. 9 stat. lav. e che trova conferma nello stesso impianto della disciplina comunitaria, nella forma della partecipazione dei lavoratori, attraverso i propri rappresentanti (RSL e RSLT) all'elaborazione del documento di valutazione dei rischi. Peraltro, in forza dell'esperienza conseguente a settori come l'edilizia e l'artigianato, dove le ridotte dimensioni

[7] Albi, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona*, in *Comm. Sch.*, Giuffrè, 2008.
[8] C. cost., 18 ottobre 1996, n. 344 (red. L. Mengoni).

delle imprese avevano di fatto ostacolato la prima fase di implementazione del d. lgs. n. 626 del 1994, l'art. 51 del d. lgs. n. 81/2008 ha poi previsto che a livello territoriale venissero costituiti "organismi paritetici", chiamati a «supportare le imprese nell'individuazione di soluzioni tecniche e organizzative dirette a garantire e migliorare la tutela della salute e sicurezza sul lavoro» (co. 3, art. cit.), con poteri di stimolo e di controllo, che giungono sino al sopralluogo, nella prospettiva della creazione di un sistema integrato di sicurezza.

A mente del punto 13 del Protocollo condiviso del 24 aprile 2020 (con previsione che sviluppa gli spunti inizialmente contenuti nel protocollo del 14 marzo e nel successivo *addendum*) devono quindi essere costituti "Comitati per l'applicazione e la verifica", per dar vita:

(I) o ad un Comitato aziendale per l'applicazione e la verifica delle regole del protocollo stesso, con coinvolgimento di RSA e RLS (con previsione correttiva del modello del d. lgs. n. 81/2008, ma che sembra comunque rispettarne lo spirito);

(II) o a un Comitato territoriale che coinvolga RLST(erritoriali) e organismi paritetici per la salute e la sicurezza di cui all'art. 51 d. lgs. n. 81/2008 (e anche qui pare di non allontanarsi dal sistema del d. lgs. n. 81/2008, nella misura in cui per le imprese con meno di 15 dipendenti tutta la materia è sostanzialmente demandata a questi organismi bilaterali, a mente dell'art. 48 d. lgs. n. 81/2008);

(III) o a Comitati che coinvolgano le ASL e gli altri soggetti istituzionali.

Quest'ultima previsione, invero, pare proporre una soluzione innovativa, che tuttavia sembrerebbe senz'altro limitare le capacità dell'INAIL o dell'Autorità sanitaria di adottare successivi provvedimenti specifici, che vengano a discostarsi (in assenza di idonea motivazione) dalle istruzioni già impartite in via generale. Opzione, questa, generalmente poco gradita all'autorità amministrativa, ma probabilmente suscettibile di essere praticata in particolari condizioni di emergenza.

Qualcuno ha ritenuto di vedere, in virtù del titolo in parola, una misura diretta a rinvigorire il progetto partecipativo di cui all'art. 46 Cost.: in verità, seppure il Comitato potrà occuparsi anche di orario e di lavoro "agile", non pare che la materia demandata al confronto sia in grado di avviare una stagione di condivisione organizzativa, al pari dei comitati di *Mitbestimmung* dell'ordinamento tedesco. Prova ne sia, innanzi tutto, che anche in Germania la tutela della salute e sicurezza viene affidata a organismi speciali, con ambiti strettamente definiti[9].

Ed in verità, pare di poter dire che la cogestione d'oltralpe si incentra sull'organizzazione produttiva, discutendo di temi come l'orario, i turni, le mansioni e, soprattutto, la retribuzione, mentre la tutela della salute si concreta in diritti individuali che il datore è chiamato a tutelare, sulla base di un principio di indisponibilità[10]: un tale vincolo lascia poco spazio a quella negoziazione dei poteri di gestione che, al contrario, in assenza di

[9] In acronimo, denominato ASA, in ordine al quale Herbst, *Der Arbeitsschutzausschussin der betrieblichen Praxis*, *Arbeitspapier* Nr. 288 della Fondazione Böckler del settembre 2013, all'indirizzo www.boeckler.de/de/faust-detail.htm?sync_id=6820, che lamenta peraltro a riguardo una scarsa attenzione dei rappresentanti dei lavoratori.

[10] Montuschi, *I principi generali del d. lgs. n. 626/1994*, in Id. (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza*, Giappichelli, 1997, 37 ss.

norme partecipative, costituisce prerogativa esclusivamente datoriale, e dunque suscettibile di essere negoziata[11].

Semmai il ruolo dei comitati di cui si è appena detto sembra risiedere nella necessità che siano adottati comportamenti condivisi da tutti, cosicché il coinvolgimento del più ampio numero di soggetti nell'elaborazione delle regole di condotta finisce per costituire quell'elemento di sensibilizzazione individuale, che già si rintraccia nel d. lgs. n. 81/2008 (e già nel precedente d. lgs. n. 626/94, sulla scorta delle previsioni della direttiva "madre", n. 89/391) in una prospettiva di sana auto-regolazione.

Resta da dire, per completare la questione dell'efficacia del Protocollo, che ad esso (e gli eventuali accordi che dovessero essere stipulati in sede aziendale, all'esito delle consultazioni di cui al titolo 13° del Protocollo stesso) non può attribuirsi alcun potere propriamente derogatorio della regola di diligenza scolpita nell'obbligazione di sicurezza di cui all'art. 2087 c.c. per almeno tre evidenti ragioni: in primo luogo, per consolidata giurisprudenza, la rinunzia ad un diritto derivante da norma di contratto collettivo non può che realizzarsi, secondo le generali regole civilistiche in tema di mandato, solo a seguito di un'espressa attribuzione da parte di ognuno dei lavoratori alle parti che lo sottoscrivono di un espresso potere dismissivo: attribuzione che, a tutt'evidenza, non si è realizzata in questo caso.

In secondo luogo, il diritto di cui dovrebbe disporre il Protocollo (o i contratti collettivi aziendali stipulati in seguito ad esso) sembra discendere direttamente dalla norma di legge, di modo che un potere derogatorio collettivo non potrebbe che fondarsi su una espressa norma di delegificazione che in tal senso disponga.

Infine, non potrebbe qui invocarsi (se non in ambiti ristrettissimi) un generale potere di modifica che altrimenti si riconosce all'accordo "di delegificazione", perché la materia della salute e sicurezza trova quasi per intero la sua disciplina in direttive europee, conseguenti alla direttiva n. 391 del 1989, che non sono suscettibili di essere derogate a mente del disposto dell'art. 8 d.l. n. 138/2011. Il che peraltro vale a confermare che l'allegazione del Protocollo al DPCM, non vale certo a determinare una modifica delle norme di legge pre-esistenti.

4. La questione della tutela della salute dei lavoratori.

Resta ora da affrontare l'aspetto che forse di più ha impegnato la dottrina: certo è che l'imprenditore che voglia riprendere l'attività è tenuto alla scrupolosa osservanza di tutte le previsioni del Protocollo, tanto che l'INL ha predisposto una *check-list*, così da agevolare il rispetto del testo negoziale. Tale rispetto deve essere, a parere di chi scrive, comprensivo di ognuno dei titoli, posto che, pur in assenza di un'espressa clausola di inscindibilità,

[11] Per un'efficace sintesi del tema, v. Pasquarella, *Brevi riflessioni sul ruolo della contrattazione collettiva dal d. lgs. n. 626/94 al d.lgs. n. 81/2008*, in *Liber Amicorum, Spunti di diritto del lavoro in dialogo con Bruno Veneziani*, Cacucci, 2012, 243-247.

sembra che tutte le previsioni si presentino come correlate fra di esse. E solo può aggiungersi che il titolo 13°, di cui sopra si è discusso, sembra comunque richiedere per la costituzione dei comitati, una specifica iniziativa sindacale, sulla base della generale regola di cui all'art. 19 stat. lav., di modo che, in assenza di richiesta espressa in tal senso da parte dei sindacati dei lavoratori, non può considerarsi inadempiente al Protocollo il datore che non abbia provveduto alla costituzione degli organismi paritetici in parola.

Tanto premesso, resta da affrontare la questione più rilevante, che attiene al caso in cui, malgrado il rispetto anche scrupoloso del Protocollo, qualcuno abbia a contrarre la malattia sul luogo di lavoro da un collega o da un cliente. Le risposte che sono state date al quesito sono diverse[12]. Si è detto che solo il rispetto degli obblighi analiticamente individuati rileverebbe, sul piano risarcitorio e della responsabilità penale. Un emendamento è stato anzi recentemente votato in questo senso alla Camera ed esso si avvia a divenire norma di legge a tutti gli effetti[13].

Nella mia opinione, in assenza di uno specifico derogatorio intervento normativo a riguardo, non resta che fare applicazione della disciplina generale.

Ed invero, sul punto il nostro ordinamento prevede sia l'adozione di un'ampia serie di misure di prevenzione, contenute nel d.lgs. n. 81 del 2008 in relazione a differenti ipotesi di rischi specifici, sia la norma di "chiusura" di cui all'art. 2087 cod. civ., che impone alle imprese di adottare tutte "le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro".

Si tratta di una previsione che vale a giustificare un generale dovere di prevenzione, ma anche a determinare i casi nei quali l'impresa è tenuta a risarcire i danni al lavoratore, quando questi abbia a subire un pregiudizio sia fisico (permanente o anche solo transitorio), sia sul piano del turbamento della propria personalità (e da qui il diritto ad un risarcimento per i casi ad es. di *mobbing*).

L'obbligo che grava sul datore è particolarmente impegnativo perché, pur non configurandosi una vera e propria responsabilità "oggettiva" (che prescinde cioè da una specifica mancanza nella condotta dell'imprenditore) impone comunque, una volta che il danno resti provato, una indagine diretta ad accertare se il datore di lavoro ha adottato, non solo

---

[12] In part., v. M.T. Carinci, *Back to work al tempo del Coronavirus e obbligo di sicurezza del datore di lavoro. I test sierologici rapidi*, in *W.P. Adapt*, n. 3, aprile 2020; Marazza, Scarpelli e Sordi, *i giuslavoristi di fronte all'emergenza covid-19*, in *Giustiziacivile.com*, 17 marzo 2020; Sandulli, Pandolfo e Faioli, *Coronavirus, regresso e danno differenziale. Contributo al dibattito*, in *W.P. D'Antona*, n. 420 del 25 maggio 2020 (v. altresì il mio *Covid-19 e infortunio sul lavoro: come provare l'esonero da responsabilità*, in *Quotidiano*, Ipsoa, 21 maggio 2020).

[13] In data 21 maggio 2020, le Comm. riunite della Camera (VI) Finanze e (X) Attività Produttive hanno approvato un emendamento (il 27.08) al decreto n. 23/2020, c.d. "liquidità" (atto C. 2461 Governo), successivamente approvato dal Senato (l. 5 giugno 2020, n. 40), che così recita: "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 cod. civ. mediante l'applicazione delle prescrizioni contenute nel protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro, sottoscritto il 24 aprile 2020 tra il Governo e le parti sociali, e successive modificazioni e integrazioni, e negli altri protocolli e linee guida di cui all'articolo 1, comma 14, del d.l. 16 maggio 2020, n. 33, nonché mediante l'adozione e il mantenimento delle misure ivi previste. Qualora non trovino applicazione le predette prescrizioni rilevano le misure contenute nei protocolli o accordi di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale" (art. 29-*bis*, d.l. n. 23 del 2020).

le particolari misure analiticamente imposte dalla legge in relazione allo specifico tipo di attività esercitata (nonché quelle generiche dettate dalla comune prudenza), ma anche tutte le altre che, in concreto, si rendano necessarie per la tutela della salute del lavoratore.

Riferendo la norma alla situazione attuale, la conclusione è che quando sia accertato che il contagio da Sars-Cov-2 sia avvenuto sul luogo di lavoro, il datore, per andare esente da responsabilità sul piano risarcitorio, dovrà provare di aver posto in essere le precauzioni idonee, in base all'esperienza e alla tecnica, ad evitare il diffondersi della malattia.

Questo significa che le imprese dovranno, non solo rispettare tutte le previsioni che derivano dal Protocollo del 24 aprile 2020 (come richiamato dal DPCM del 26 aprile 2020, e ad esso allegato, come sopra si è detto), ma altresì che esse sono chiamate ad adeguarne i contenuti al concreto contesto organizzativo della loro azienda, tenendo conto al contempo di tutte le precauzioni che dovessero via via emergere in ordine alle modalità di diffusione del contagio, e dunque anche di quanto previsto dai protocolli di cui all'art. 1, co. 14 del d.l. 16 maggio 2020 n. 33, adottati dalle Regioni nel rispetto dei principi contenuti nei protocolli o nelle linee guida nazionali[14].

Un compito, questo, davvero gravoso, non foss'altro perché non è esattamente chiaro quali misure siano idonee ad impedire il contagio (essendo a tal fine le mascherine una protezione solo parziale, come dimostra il fatto che il medico che si avvicini ad un malato adotta ben altro tipo di protezione).

Responsabilità gravi, dunque, che spaventano quanti vogliano riprendere l'attività di impresa, per evitare che il protrarsi del blocco finisca per condurli alla definitiva chiusura dell'attività economica. Ed invero, in disparte dagli aspetti a rilievo penale (sui quali non ho competenza ad esprimermi), appare chiaro come mentre le industrie, specie quelle che provvedono al versamento del premio a più elevata tariffa, sono meglio attrezzate dal punto di vista organizzativo e patrimoniale, per far fronte alle esigenze di risarcimento che dovessero provenire direttamente dai lavoratori, lo stesso non può dirsi per i piccoli esercizi commerciali e per tutte quelle realtà dove l'infortunio grave costituisce un evento quasi eccezionale.

Il rischio, in questo caso, come subito si dirà più sotto, sta nell'eventualità che al lavoratore, che resti permanentemente invalido dopo aver contratto la malattia a ragione del suo lavoro (o ai suoi superstiti, in caso di morte), null'altro venga riconosciuto se non l'indennizzo INAIL che, in molti casi non è sufficiente (pur dopo l'ampliamento della copertura al danno biologico) a reintegrare il danneggiato di tutti i danni subiti.

A riguardo, si è fatto notare che l'attribuzione di responsabilità resterebbe un'eventualità lontana, poiché sarebbe comunque difficile dare prova del fatto che il contagio si è realizzato proprio sul luogo di lavoro e non sui mezzi di trasporto o altrimenti, in seguito ai contatti della vita quotidiana del lavoratore. Questa conclusione, tuttavia, non vale a tenere indenne il datore in tutti quei casi in cui, al contrario, sia possibile individuare e ricostruire la catena di diffusione della malattia (quando ad es. questa sia stata oggetto dell'indagine epidemiologica condotta dalla autorità sanitaria e diretta alla ricostruzione di

[14] V. circolare INAIL n. 22 del 20 maggio 2020, ove richiami ai precedenti atti normativi e alla circ. INAIL del 3 aprile 2020, n. 13.

tutti i "contatti stretti" che il malato ha avuto negli ultimi giorni; o quando vi sia una pluralità di contagiati nell'ambito di un gruppo di lavoratori che operano tutti in uno stesso ambiente; o, infine, quando il lavoratore riesca a dimostrare che si reca a piedi al lavoro e che, a parte i familiari, non ha avuto alcun contatto con estranei che fossero portatori asintomatici del virus).

Il quadro normativo appena descritto discende direttamente dalle norme generali e deve poi coordinarsi con la disciplina specifica che il decreto "Cura Italia" ha dettato all'art. 42, co. 2 (d.l. n. 18/2020 convertito nella legge n. 27 del 24 aprile 2020), riconoscendo che il contagio da coronavirus contratto sul lavoro deve considerarsi alla stregua di un infortunio indennizzabile. A riguardo, seppure sono del tutto condivisibili le precisazioni poi contenute nella recente circ. n. 22 dell'INAIL in ordine al fatto che il riconoscimento dell'infortunio non implica, di per sé solo, un automatico accertamento delle responsabilità civili o penali del datore, non si può fare a meno di notare come una tale affermazione non libera completamente il datore di lavoro, posto che il risarcimento dei danni civili, non indennizzati, attiene propriamente ai rapporti che intercorrono fra impresa e lavoratore e resta, quindi, escluso dal campo di intervento dell'INAIL.

L'Istituto, infatti, segue logiche in parte diverse da quelle proprie delle norme che regolano il risarcimento dei danni, in quanto esso interviene anche in caso di colpa accertata del lavoratore (salvi i casi in cui il danno sia frutto di un'azione del tutto imprevedibile, in caso di rischio elettivo) e non mira a tenere indenne il danneggiato da tutti i pregiudizi che gli derivano dall'infortunio, ma solo ad assicurargli una indennità, calcolata secondo un metodo presuntivo, che in molti casi lascia in capo al datore l'obbligazione di risarcire il danno ulteriore (c.d. differenziale), né indennizzato, né coperto dall'assicurazione INAIL.

In questo senso è senz'altro vero che l'azione dell'INAIL non conduce necessariamente ad una condanna penale o al risarcimento dei danni in sede civile, ma resta che l'accertamento dei fatti che viene eseguito dall'autorità sanitaria assume il valore di una prova particolarmente attendibile e viene ad essere comunicato sia al lavoratore, a sua richiesta, sia alla procura della Repubblica, quando dall'evento risulti una lesione non trascurabile della salute del lavoratore.

In questa prospettiva, una limitazione di responsabilità, sul piano del risarcimento dei danni, non può che eventualmente essere disposta dalla legge e non certamente da atti aventi natura amministrativa (quali una nota o una circolare) e forse sarebbe bene che fosse direttamente il Parlamento ad intervenire sulla materia, utilizzando gli stanziamenti di bilancio straordinari a sua disposizione, per incrementare, a premio invariato, la misura delle indennità dovute ai singoli, così da estendere, almeno per tutto il periodo del "rilancio", la copertura offerta dall'INAIL a tutti i pregiudizi che il lavoratore abbia a subire.

Si tratterebbe, almeno sul piano della responsabilità civile (poiché pare difficile che possa limitarsi quella penale del datore, senza incorrere nella violazione della Costituzione), di un aiuto concreto e mirato alle imprese e non solo. Infatti, in questo modo si ovvierebbe ad un risultato altrimenti paradossale, quale sarebbe quello che deriverebbe da un confronto fra tutta la legislazione dell'emergenza del 2020, che riconosce svariate forme di aiuto pur in assenza della prova concreta dell'aver subito un danno, mentre sembrerebbe non attribuire alcunché a quei lavoratori, che sicuramente ed inoppugnabilmente hanno subito un danno dalla pandemia, avendo contratto la malattia.

Né va sottovalutato il fatto che l'impresa tenuta eventualmente al risarcimento del danno differenziale potrebbe in concreto essere sprovvista di mezzi patrimoniali idonei ad assicurare un integrale ristoro, di modo che non sarebbe illogico che, in via limitata nel tempo e esclusivamente nel caso di accertato contagio sul luogo di lavoro, si procedesse nella direzione che si è qui proposta.

5. Le fonti sovrannazionali e la Cassa integrazione "europea".

A completare il quadro delle fonti deve ricordarsi che, negli stessi giorni in cui a Roma si metteva a punto il DPCM di proroga delle misure di contenimento domiciliare dei lavoratori di cui sopra si è detto, in Europa si sono prese importanti decisioni in ordine al finanziamento dell'extra-deficit conseguente alle misure di contrasto alla pandemia, varando lo "Strumento europeo di sostegno temporaneo per attenuare i rischi di disoccupazione in situazione d'emergenza" (in acronimo inglese: *SURE*) proposto dalla Commissione all'inizio del mese di aprile del 2020 ed approvato dal Consiglio nella riunione dello scorso 23 aprile, unitamente alle altre misure di contrasto alla crisi economica conseguente all'epidemia da Covid-19 (come *in primis* il Fondo di solidarietà dell'Unione).

Si tratta di un intervento temporaneo per consentire all'Unione di concedere assistenza finanziaria agli Stati membri colpiti, per un importo fino a 100 miliardi di euro, in forma di prestiti da restituire in tempi lunghissimi. Le passività potenziali derivanti da tali esborsi sui *deficit* pubblici nazionali saranno rese compatibili con i vincoli di bilancio dell'UE, dietro la fornitura di idonee garanzie da parte degli Stati membri interessati, pari al 25 % dei prestiti concessi. Lo strumento garantirà così una assistenza finanziaria aggiuntiva, forse anche senza pesare sui bilanci nazionali, integrando le misure adottate da ogni Stato membro e le sovvenzioni normalmente erogate per tali scopi dal Fondo sociale europeo.

La misura si colloca nell'ambito della politica europea di coesione sociale, che già conosce numerose ipotesi in cui vengono creati fondi destinati al riequilibrio e fa tesoro del recente tentativo di dar vita ad una indennità di disoccupazione europea, sulla falsariga del sistema statunitense, dove a seguito della crisi del '29 fu il Governo federale a dar vita ad uno strumento unitario di sostegno al reddito[15].

Nello specifico il Supporto europeo servirà a finanziare i regimi di riduzione dell'orario lavorativo e misure analoghe per i lavoratori autonomi. Si tratta di un intervento che è stato reso possibile da un'interpretazione estensiva dell'art. 122 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE), che consente «in uno spirito di solidarietà tra Stati membri» di intervenire qualora uno Stato membro «si trovi in difficoltà» a «causa di calamità naturali o di circostanze eccezionali» o nell'eventualità di carenze di determinati prodotti (l'ipotesi

[15] A riguardo, per una breve panoramica, rinvio al mio *Afterword. The European Unemployment Benefit Scheme: the Way Ahead*, in *EL*, n. 1/2017, 93-97.

era quella di uno *shock* energetico). Sarà quindi interessante comprendere, nelle prossime settimane, se questo strumento verrà utilizzato per prorogare le settimane di Cassa o di assegno già previste dal ben noto d.l. del 17 marzo e che tipo di garanzia verrà richiesta agli Stati membri per poter attivare il prestito, mentre sembrerebbe che ogni singolo Stato resti libero di disciplinare le modalità di intervento e la scelta dei destinatari (anche se potrebbe essere necessario, al fine di poter avere accesso ai fondi europei, garantire una rotazione fra i lavoratori sospesi in "Cassa", secondo peraltro una regola già prevista dal Protocollo sindacale di cui si è detto e dalla stessa legge di riforma degli ammortizzatori sociali del 2015).