

Sicurezza sul lavoro

Misure equivalenti di contrasto al Covid negli ambienti di lavoro: indagine sierologica

Ernesto Marzano - Head of Corporate Human Resources & Industrial Relations, PRYSMIAN Group

Luca Barbieri - Consulente aziendale - ArlatiGhislandi e AG Studi e Ricerche

Sin dall'originaria versione risalente al 14 marzo 2020, il *Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro* ha costituito un riferimento essenziale in materia prevenzionistica, sebbene abbia sofferto di una precaria ed oscillante collocazione tra le fonti del diritto.

Da una parte il mancato raccordo con il preesistente tessuto normativo, a cui ha provveduto in un primo tempo, in modo "ruvido", l'articolo 1, comma 14, D.L. 16 maggio 2020, n. 33 - convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 14 luglio 2020, n. 74 - e in seguito una folta successione di atti regolamentari; da ultimo, e solo temporaneamente, l'articolo 2, D.P.C.M. 13 ottobre 2020 - in vigore sino al 13 novembre 2020 - che, in attuazione di un farraginoso meccanismo giuridico, recepisce la seconda versione del richiamato Protocollo risalente al 24 aprile 2020 e ormai per molti aspetti non più rispondente alle attuali sollecitazioni.

Dall'altra il disposto di cui all'articolo 29-bis, D.L. 8 aprile 2020, n. 23, ai sensi del quale al Protocollo o alle linee guida di cui al citato articolo 1, comma 14, D.L. 16 maggio 2020, n. 33 è attribuita una funzione essenziale dal momento che il solo datore di lavoro che dimostri di aver effettivamente osservato le prescrizioni ivi contenute e adottato le opportune misure tecniche ed organizzative è considerato adempiente all'obbligo di cui all'articolo 2087 del codice civile (cioè non vale in ogni caso ad escludere l'esposizione al rischio di una responsabilità ai sensi degli articoli 589 e 590, Codice penale nell'ipotesi di contagio in occasione di lavoro).

Collocato in una cornice normativa che certo non si distingue per linearità, il recepimento delle disposizioni dettate dal Protocollo 24 aprile 2020 mediante l'adozione di un protocollo aziendale costituisce un'operazione cruciale.

Alla prova della sua applicazione e concreta traduzione in misure tecniche, organizzative e procedurali, il protocollo aziendale volto a contrastare il fenomeno epidemico costituisce infatti un articolato dispositivo di disciplinamento di "naturale" e immediata congiunzione tra il già operante sistema di prevenzione e protezione di cui all'articolo 2, comma 1, lettera l), D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81 e la disciplina prevenzionistica introdotta successivamente alla dichiarazione di emergenza sanitaria.

Il presente intervento mira a tratteggiare i caratteri essenziali - anche di natura procedurale - che afferiscono all'adozione di un protocollo aziendale che non solo recepisca le prescrizioni contenute nel Protocollo 24 aprile 2020, ma che, alla luce di una rigorosa valutazione dei rischi, preveda il ricorso ad ulteriori misure di prevenzione. In particolare, un ruolo non trascurabile è da attribuire al test sierologico capillare che, con ogni probabilità, costituirà un'efficace misura di dominio e di razionale contenimento del rischio di contagio anche in una prospettiva di medio termine, quando, pur se superato lo stato emergenziale (vigente sino al 31 gennaio 2021 per effetto dell'articolo 1, citato D.L. 7 ottobre 2020, n. 125), esso continuerà a rappresentare per l'impresa una fonte di rischio rilevante anche sul piano organizzativo.

Approfondimenti

Attività di valutazione del rischio di contagio

L'emergenza sanitaria ha provocato un inatteso mutamento degli schemi organizzativi e costretto ad una rivisitazione dei sistemi di produzione.

Se in genere il sistema di prevenzione e protezione è modellato sulla struttura organizzativa per armonizzare il disegno imprenditoriale alle norme vigenti in materia di tutela della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, la crisi sanitaria ha determinato un rovesciamento di tale rapporto: la necessità di adottare misure che:

- 1) contrastassero efficacemente il fenomeno epidemico;
- 2) assicurassero l'osservanza dei divieti e delle limitazioni stabilite dalla legislazione emergenziale ha comportato una radicale ed improvvisa ridefinizione delle strutture produttive e degli assetti organizzativi.

In tale mutevole e imprevedibile contesto, l'adozione di un efficace protocollo aziendale può aver rappresentato un vantaggio competitivo.

Come anticipato, in sede di valutazione dei rischi (articoli 15, comma 1, lettera a), 17, comma 1, lettera a), 28, comma 2 e 29, comma 3, D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81), il protocollo aziendale può aver previsto l'adozione di diverse e ulteriori misure - tecniche e organizzative - di tutela della salute e di contrasto al rischio di contagio in occasione di lavoro rispetto alle prescrizioni di riferimento contenute nel Protocollo 24 aprile 2020, purché esse siano risultate:

- a) equivalenti o addirittura più incisive rispetto alle misure espressamente indicate dal Protocollo;
- b) rispondenti a specifiche esigenze del teatro lavorativo riscontrate nel corso dell'attività di valutazione dei rischi.

In particolare, il ricorso al *test* sierologico capillare - per il quale il datore di lavoro può optare alla luce di una ponderazione effettuata con il medico competente che al riguardo esprime un giudizio di opportunità, affidabilità e appropriatezza dell'indagine sierologica - può certamente essere considerato una misura "equivalente" e la sua adozione può al tempo stesso:

- determinare un significativo potenziamento dell'efficacia del servizio di prevenzione e protezione di un'impresa. Sebbene sia attribuita rilevanza diagnostica al solo tampone rino-faringeo, il test

sierologico qualitativo rapido - che rileva la risposta anticorpale (IgM e IgG) senza poter accertare la positività di un lavoratore - consente di rappresentare con apprezzabile precisione il quadro delle fonti di rischio eventualmente presenti negli spazi di lavoro. Laddove opportunamente adottato, tale strumento diagnostico può consentire, in stretta osservanza delle disposizioni in materia di trattamento dei dati personali, d'intercettare casi di positività e attivare tempestivamente e in modo mirato misure tecniche ed organizzative che hanno sia consentito di arginare con immediatezza gli effetti del contagio che di preservare il funzionamento di un reparto o di un'unità produttiva (al riguardo, si rinvia a quanto reso noto con comunicato del 14 maggio 2020 dal Garante per la protezione dei dati personali circa il trattamento dei dati nel contesto lavorativo - pubblico e privato - nell'ambito dell'emergenza sanitaria);

- produrre esternalità positive sul piano della tutela della salute pubblica, contribuendo di fatto al contenimento del fenomeno epidemico non solo negli ambienti di lavoro, ma anche in relazione al territorio. In tal senso, sarebbe auspicabile che la disciplina emergenziale e, nell'ipotesi di una più che opportuna sua revisione, anche il Protocollo 24 aprile 2020, promuovessero sia il ricorso all'indagine sierologica (prevedendo appositi incentivi economici) che un più lineare e armonico complesso normativo, attualmente frammentato in discipline regionali anche molto differenti tra loro. La necessità di operare un raccordo tra la normativa regionale e la procedura aziendale può rivelarsi certamente particolarmente complessa (e dispendiosa) quando l'impresa si articoli in più unità produttive stabilite in Regioni differenti. Non può escludersi, ad esempio, che l'appartenenza a Regioni differenti dell'unità produttiva e della residenza o domicilio del lavoratore possa far emergere un contrasto normativo o addirittura determinare una controversa attribuzione di competenza dell'Autorità sanitaria.

Criteri di valutazione per l'adozione i test sierologici

Diversi elementi possono concorrere alla formazione di una strategia e politica di prevenzione che preveda il ricorso al *test* sierologico capillare. A mero titolo esemplificativo, sono fattori de-

Approfondimenti

cisivi l'articolazione degli spazi di lavoro e il numero di lavoratori coinvolti, le tipologie di attività da svolgere, l'incidenza dei rischi di contagio da interferenza, il contesto territoriale in cui è

collocato il luogo di lavoro, la disponibilità economico-finanziaria dell'impresa e il suo sistema di relazioni contrattuali.



La valutazione di tali fattori, in relazione alla quale assume decisivo rilievo il contributo del medico competente, influisce altresì sulla periodicità in base alla quale ricorrere al *test* sierologico capillare con riferimento ai lavoratori che intendano sottoporvisi.

E così come è mutevole la rilevanza e il peso attribuiti a ciascuno dei menzionati fattori, altrettanto variabile può essere la periodicità di effettuazione dell'indagine sierologica, dal momento che, come anticipato, in tale complessa ponderazione saranno considerati:

- l'esposizione dei lavoratori al rischio di contagio, valutando al contempo:

- i)* l'evoluzione della curva epidemica in un determinato ambito territoriale;

- ii)* la percorribilità di soluzioni organizzative - anche provvisorie - che adattino gli spazi di lavoro al fine di garantire il distanziamento durante lo svolgimento dell'attività lavorativa;

- iii)* soluzioni volte a contrastare il rischio di contagio *in itinere*;

- gli assetti produttivi e gli schemi organizzativi del lavoro. Si consideri come non sia infrequente che nelle pertinenze di un'impresa operino im-

prese appaltatrici, subappaltatrici o, più in generale, affidatarie di un'opera o di un servizio e che il rischio da contagio non possa che essere valutato (e contrastato) aggiornando il documento unico di valutazione dei rischi da interferenze di cui all'articolo 26, D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81;

- le relazioni contrattuali in essere, nazionali e transnazionali. La necessità per l'impresa di garantire l'esecuzione di contratti d'appalto di opere o servizi in teatri lavorativi situati in territori di Stati non comunitari e che prevedono la stretta interazione con imprese appaltatrici o subappaltatrici, anche straniere, comporta l'esposizione del lavoratore ad un rischio di contagio interferenziale "complesso", perché soggetto alla disciplina del luogo in cui le attività sono effettivamente svolte, da armonizzare con le norme domestiche che garantiscono la tutela della salute del lavoratore inviato in distacco o trasferta;
- l'economicità dell'intervento. Poiché ciascun lavoratore può essere sottoposto al *test* sierologico capillare esclusivamente su base volontaria, una scarsa o discontinua adesione al programma può pregiudicare l'efficacia del progetto o addirittura vanificarne l'utilità. Da qui la necessità di pro-

Approfondimenti

grammare efficaci iniziative volte a informare e formare i lavoratori coinvolti, anche con riguardo all'importanza che rivestono le condotte extralavorative ai fini del mantenimento in efficienza del sistema di prevenzione e protezione;

- i riflessi attesi sul piano economico-organizzativo, anche con riferimento a parametri di produttività ed efficienza, affinché il calendario degli interventi sia opportunamente programmato. In tale ambito, la possibilità di avvalersi di schemi partecipativi coinvolgendo il comitato aziendale di cui all'articolo 14, Protocollo 24 aprile 2020 può assumere rilievo decisivo.

Una soluzione alternativa: il ricorso al lavoro agile e gli effetti sulle forme organizzative

L'attività di valutazione dei rischi non può in ogni caso prescindere dalla ponderazione di un'ulteriore ed alternativa soluzione organizzativa, rinvenibile nel ricorso al lavoro agile di cui al Capo II, legge n. 81/2017 (anche in mancanza del prescritto accordo individuale, ai sensi del combinato disposto di cui all'articolo 90, comma 4 del D.L. 19 maggio 2020, n. 34 e all'articolo 1, c. 3, lett. a) del D.L. 7 ottobre 2020, n. 125, che ha prorogato sino al 31 dicembre 2020 il termine entro il quale è possibile ricorrere al lavoro agile in assenza della stipula dell'accordo individuale, previsto in via ordinaria dall'articolo 19, legge 22 maggio 2017, n. 81).

La disciplina emergenziale ha raccomandato a più riprese - e in taluni specifici casi espressamente prescritto - l'impiego di tale modalità di svolgimento dell'attività di lavoro, promosso dall'articolo 1, comma 6, lettera l), D.P.C.M. 13 ottobre 2020 (vigente, come detto, sino al 13 novembre 2020) e indirettamente dall'articolo 2 del medesimo decreto laddove è fatto obbligo di rispettare le disposizioni dettate dal Protocollo 24 aprile 2020 (che a sua volta, individua a più riprese, e forse con eccessiva disinvoltura, nel lavoro agile una soluzione organizzativa inossidabile).

Fermo restando quanto sopra, e nonostante il lavoro agile costituisca una soluzione organizzativa polivalente in quanto al contempo misura prevenzionistica, di bilanciamento dei tempi di vita e di lavoro e fattore determinante per assicurare continuità all'attività d'impresa, non è affatto remota l'eventualità che il datore di lavoro opti,

sulla base di confortanti esiti derivanti da un'apposita valutazione dei rischi, per una programmazione delle attività che contempli il graduale rientro dei lavoratori presso la sede di lavoro, modulando in variegate combinazioni il lavoro agile e il lavoro in sede.

Tale soluzione può dunque implicare:

a) una diversa organizzazione degli spazi di lavoro, prevedendo, ad esempio, la separazione dei percorsi interni, l'assegnazione di una specifica postazione di lavoro non modificabile, l'utilizzo limitato di sale riunioni, la chiusura e la limitazione dell'accesso a spazi ricreativi e raccomandazioni circa lo svolgimento degli intervalli per pausa;

b) una nuova articolazione dell'orario di lavoro;

c) la previsione di un sistema regolamentare che assicuri la stretta osservanza di specifiche norme igieniche sui luoghi di lavoro (disinfezione e sanificazione degli ambienti e manutenzione degli impianti di condizionamento dell'aria, ad esempio);

d) l'istituzione di specifici servizi per la salute disciplinati in un apposito "protocollo sanitario", elaborato in collaborazione con il medico competente e le strutture mediche poste a supporto di questo.

Il contributo che il ricorso al *test* sierologico può apportare in termini di contrasto al rischio di contagio può essere decisivo sia nell'ipotesi in cui sia previsto il rientro graduale dei lavoratori - come detto in alternata combinazione con il lavoro agile - che nel caso in cui sia stato preferito il rientro in sede, in quanto una rapida mappatura periodica del rischio può dar modo al servizio di prevenzione e protezione di adottare con tempestività e precisione le programmate misure di contenimento.

Fasi di attuazione di un protocollo aziendale

Come detto, il protocollo aziendale costituisce la "traduzione" delle prescrizioni contenute nel Protocollo 24 aprile 2020 in procedure e misure tecniche ed organizzative adattate allo specifico contesto lavorativo e calibrate in relazione al rischio ponderato.

Il protocollo aziendale costituisce dunque un dispositivo regolamentare che per essere mantenuto in efficiente esercizio attraversa necessaria-

mente distinte fasi “evolutive” in risposta al mutevole stato della crisi sanitaria: ad una prima fase sperimentale, coincidente con il periodo di più acuta manifestazione dell’epidemia e di maggior “disorientamento”, determinato da inedite e severe limitazioni imposte all’attività economica che hanno indotto a ricorrere in modo non programmato al lavoro agile e ai trattamenti d’integrazione salariale introdotti dagli articoli da 19 a 22, D.L. 17 marzo 2020, n. 18, è seguita una fase intermedia nel corso della quale sono stati sperimentati schemi organizzativi che hanno combinato il lavoro in sede con il lavoro agile programmando il progressivo rientro dei lavoratori, compatibilmente con gli spazi di lavoro disponibili.

La terza e attuale fase, che anticipa il definitivo superamento dello stato emergenziale, ha comportato una ancor più significativa riduzione della quota di prestazione lavorativa svolta in regime di lavoro agile, ponendo, seppur in termini differenti rispetto alle precedenti fasi, il tema del contenimento del contagio in spazi di lavoro che ospitano una quota pressoché preponderante dei lavoratori in forza.

È dunque in tale ultima fase che il ricorso al *test* sierologico qualitativo può risultare particolarmente efficace, anche quando le misure di contenimento riguardino rischi interferenziali di contagio, rilevati quando il lavoratore sia tenuto a svolgere la propria attività in regime di trasferta o distacco ovvero in una sede di lavoro in cui sono compresenti lavoratori di soggetti terzi.

Sul piano procedurale, l’effettuazione del *test* è preceduta da:

a) un’informativa destinata a ciascun lavoratore mediante la quale è illustrato in dettaglio il piano di prevenzione e contenimento del rischio di contagio in occasione di lavoro e nel quale sono peraltro indicate sia le misure di prevenzione igienico-sanitarie a cui le condotte, anche extralavorative, devono uniformarsi che le conseguenze derivanti da un esito positivo dell’indagine sierologica sia sul piano sanitario che organizzativo ed amministrativo. È opportuno che l’informativa, redatta anche in osservanza dell’articolo 13 del Regolamento (Ue) 679/2016 del 27 aprile 2016 (GDPR), porti in evidenza anche i presupposti giuridici oltre che d’ordine sanitario e prevenzionistico posti a fondamento dell’adozione del protocollo sanitario che regola l’avvio

dell’indagine sierologica (la disciplina regionale potrebbe infatti subordinare l’efficacia del protocollo sanitario ad un’espressa autorizzazione dell’autorità regionale preposta, come ad esempio stabilito dal D.G.R. della Regione Emilia-Romagna 16 aprile 2020, n. 350);

b) il rilascio da parte del lavoratore di un’apposita dichiarazione mediante la quale attesti di aver preso visione della suddetta comunicazione e dichiarare di voler aderire al piano di prevenzione, manifestando espressamente la volontà di sottoporsi all’indagine sierologica secondo la programmata periodicità.

Sebbene la disciplina emergenziale non operi un razionale raccordo con l’articolo 5, legge 20 maggio 1970, n. 300, ai sensi del quale è precluso qualsivoglia accertamento con riguardo all’idoneità o infermità per malattia o infortunio del lavoratore, la procedura prevista per l’effettuazione del *test* sierologico deve, come detto:

- garantire l’ottemperanza alle disposizioni vigenti in materia di trattamento dei dati personali, necessariamente mediato dal medico competente designato dal datore di lavoro che è al contempo responsabile del trattamento ai sensi dell’articolo 28 del Regolamento (Ue) 679/2016 del 27 aprile 2016 (GDPR);

- essere subordinata all’espressa volontà del lavoratore di sottoporvisi. Qualora il lavoratore esprima il proprio dissenso a sottoporsi all’indagine sierologica, il protocollo aziendale sanitario può prevedere che sia tenuto a contattare il medico competente, affinché questi abbia modo di venire a conoscenza di elementi rilevanti per l’esercizio dell’attività di sorveglianza sanitaria e nei limiti in cui ciò si renda necessario in un’ottica di collaborazione con l’autorità sanitaria o per l’ammissione in servizio sul luogo di lavoro.

Peraltro, dal momento che il diniego anche di un solo lavoratore può compromettere l’efficacia della misura prevenzionale - vanificando l’investimento sostenuto dal datore di lavoro per il potenziamento del servizio di sorveglianza sanitaria, è opportuno che siano valutate, ed espressamente regolamentate (coinvolgendo nella redazione del regolamento il Comitato aziendale o territoriale), soluzioni organizzative alternative applicabili nell’ipotesi in cui il lavoratore rifiuti di partecipare all’indagine sierologica. In tal senso, il ricorso al lavoro agile, ove possibile, può

Approfondimenti

rappresentare un'alternativa certamente percorribile (e sino al 31 dicembre 2020 adottabile, come già portato in evidenza, anche in carenza di un accordo individuale con il lavoratore interessato ai sensi di quanto disposto dall'articolo 1, comma 3, lettera a), D.L. 7 ottobre 2020, n. 125). In regime di vigenza dell'articolo 19, legge 22 maggio 2017, n. 81, tale soluzione organizzativa potrebbe prospettare elementi di criticità, essendo attuabile solo alla luce di un accordo individuale con il lavoratore interessato.

Il protocollo aziendale può prevedere che al lavoratore risultato positivo al *test* sia precluso l'ingresso negli spazi di lavoro e contestualmente accordata, ove possibile, la possibilità di rendere l'attività di lavoro in regime di lavoro agile.

Alla luce dell'accertata positività al *test* sierologico rapido, il medico competente è tenuto a contattare il lavoratore per offrire le opportune indicazioni con riguardo alle successive fasi contemplate dalla procedura e per raccogliere informazioni che consentano di individuare le persone che nel corso dei precedenti 14 giorni sono state in stretto contatto con il lavoratore stesso. Tali informazioni sono di particolare rilevanza in quanto consentono di mappare gli spazi di lavoro nei quali effettuare tempestivamente la sanificazione e individuare i lavoratori da sottoporre ad una più stretta sorveglianza sanitaria, prevedendo al limite il ricorso al lavoro agile (come anticipato, tale previsione può essere confortata formalmente anche dal Comitato, chiamato, previo esame della procedura proposta, a condividere la necessità di optare per tale modalità di svolgimento dell'attività di lavoro).

Infine, il lavoratore è invitato ad effettuare un *test* sierologico venoso (quantitativo) e, in caso di positività a tale ulteriore *test*, a sottoporsi ad un *test* genico molecolare (tampone), aggiornando puntualmente il proprio medico di base in relazione a ciascuna fase.

Come stabilito dal Protocollo 24 aprile 2020, il lavoratore che sia risultato positivo al tampone rino-faringeo potrà essere riammesso presso la sede di lavoro solo quando la ripresa dell'attività di lavoro sia preceduta da una comunicazione che certifichi l'avvenuta negativizzazione del tampone.

Conclusioni

In un contesto in cui è essenziale poter sperimentare soluzioni organizzative (anche inedite) e nuove modalità d'interazione tra le imprese e con le istituzioni, la disciplina dettata dal Protocollo 24 aprile 2020 pare in alcune sue parti ormai cristallizzata e inadatta ad accompagnare l'attuale fase di ripresa economica. Pertanto, la mera trasposizione in un protocollo sanitario aziendale delle linee guida e delle raccomandazioni contenute nel Protocollo 24 aprile 2020 non pare sufficiente, poiché non sarebbe garantita dinamicità al sistema di prevenzione e protezione e, in particolare, all'attività di sorveglianza sanitaria, calibrati in relazione alle tendenze evolutive (anche su base territoriale) del fenomeno epidemico, alle vigenti disposizioni legislative e agli atti regolamentari e amministrativi emanati e allo specifico programma imprenditoriale.

Fermo restando che, data la natura del rischio in esame, un elemento di particolare vulnerabilità per il sistema di prevenzione è da ricondurre anche alla condotta extralavorativa di ciascun lavoratore, che potrebbe improvvisamente vanificare le azioni intraprese dal datore di lavoro anche quando queste risultino efficacemente implementate, l'indagine sierologica capillare (rapida) può rappresentare una misura che consente all'impresa di contrastare con efficacia il rischio di contagio in occasione di lavoro, individuando con anticipo eventuali fonti di rischio ed adottando le previste misure tecniche ed organizzative volte al suo contenimento e a garantire al contempo un ordinato esercizio dell'attività.

Inoltre, in considerazione dei più recenti andamenti della curva di contagio e del progressivo intensificarsi delle interazioni tra le imprese, è ragionevole ritenere che un'indagine sierologica possa essere un efficace strumento di prevenzione anche con riferimento al rischio di contagio interferenziale; in tal senso, l'adozione di un protocollo sanitario interaziendale potrebbe configurarsi quale efficace strumento per la tutela dei lavoratori chiamati a svolgere la propria attività in un medesimo teatro lavorativo (l'esercizio di attuazione di un protocollo sanitario interaziendale risulterebbe particolarmente complesso nell'ipotesi in cui gli spazi di lavoro siano ubicati nel territorio di uno Stato straniero e prevedano il

coinvolgimento di imprese stabilite in Stati diversi).

Peraltro, alla luce di quanto da ultimo disposto dall'articolo 4 del D.P.C.M. 13 ottobre 2020, in materia di spostamenti da e per l'estero, l'indagine sierologica può rappresentare, nel novero delle misure prevenzionistiche connesse all'esecuzione di un appalto transnazionale, un'efficace misura volta ad assicurare la continuità lavorativa dei lavoratori che, ove possibile, siano inviati

in trasferta o in distacco in Stati comunitari o stranieri.

Resta inteso che l'avvio di un'indagine sierologica comporta costi aggiuntivi non trascurabili di gestione del servizio di prevenzione e protezione e può comportare il ricorso a procedure ed istituti giuridici che non possono non determinare un incremento del costo del lavoro e l'introduzione di variabili e vincoli organizzativi che l'impresa è opportuno valuti con anticipo.