

Working Paper

ADAPT
www.adapt.it

UNIVERSITY PRESS

Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati sul Diritto del lavoro e sulle Relazioni industriali

Back to work al tempo del Coronavirus e obbligo di sicurezza del datore di lavoro

I test sierologici rapidi

Maria Teresa Carinci

*Professore ordinario di Diritto del lavoro
Università degli Studi di Milano*

Working Paper n. 3

ABSTRACT

Il contributo si interroga su come tutelare la salute dei lavoratori nella fase di ripresa dell'attività produttiva dopo il *lockdown* dovuto al Coronavirus. Partendo dal presupposto che l'obbligo di sicurezza impone al datore di lavoro di prevenire i rischi sia "endogeni", che "esogeni" fra i quali rientra anche quello di contagio da Covid-19, l'A. ritiene che il datore dovrebbe essere legittimato ad effettuare, tramite il medico competente, test sierologici rapidi all'ingresso dei luoghi di lavoro: a differenza degli accertamenti di laboratorio, i test rapidi richiedono pochi minuti, possono essere effettuati in qualsiasi luogo e possono quindi in via sistematica e ripetuta coinvolgere tutti i lavoratori. Tali test inoltre permettono di intercettare i lavoratori sani portatori del virus. È dunque necessario modificare l'art. 5 Stat. lav. (che oggi vieta al datore controlli sullo stato di salute dei lavoratori) abilitando il datore di lavoro, tramite il medico competente, ad effettuare tali test e prevedendo altresì che i contratti collettivi possano intervenire in materia per specificarne le modalità (es. in relazione alle mansioni dei lavoratori).

I PUNTI CHIAVE DEL PAPER

- ❖ Il rischio da contagio da Coronavirus rientra nell'obbligo di sicurezza del datore di lavoro *ex art.* 2087 c.c. e d.lgs. n. 81/2008.
- ❖ I test sierologici rapidi costituiscono, in assenza della possibilità concreta oggi per le strutture pubbliche, di effettuare indagini di laboratorio su tutti i lavoratori, un utile strumento per intercettare soprattutto i soggetti asintomatici portatori del virus.
- ❖ Per permettere al datore di lavoro – in questa fase emergenziale – di utilizzare i test sierologici rapidi, è necessario che il legislatore modifichi l'art. 5 Stat. lav., consentendo così al datore di lavoro l'uso di tali strumenti, per il tramite del medico competente; è altresì opportuno che il legislatore abiliti la contrattazione collettiva a disciplinarne nel dettaglio le modalità d'uso di tali test (per es. con riferimento alla frequenza, alle mansioni del lavoratore ecc.).
- ❖ Il trattamento dei dati che consegue all'utilizzo dei test può trovare base in specifiche norme del GDPR in materia di Privacy.

IL MESSAGGIO

Nella fase di ritorno al lavoro che farà seguito al blocco dovuto al Coronavirus è importante che il datore di lavoro assicuri la piena tutela della salute e sicurezza dei lavoratori, come previsto dall'art. 2087 c.c. e dal d.lgs. n. 81/2008. A tal fine sarebbe assai utile se i datori potessero utilizzare in modo sistematico e ripetuto i test sierologici rapidi, grazie ai quali è possibile intercettare sia i soggetti malati, sia soprattutto i soggetti sani portatori del *virus*. Il datore potrebbe così bloccare l'ingresso in azienda a tali lavoratori, prevenendo il rischio di contagio. Per far ciò è però necessaria una modifica dell'art. 5 Stat. lav., che vieta oggi al datore di lavoro di controllare la salute dei dipendenti. Il legislatore dovrebbe quindi introdurre una deroga all'art. 5 Stat. lav. prevedendo che – limitatamente a questa fase emergenziale – il datore di lavoro, tramite il medico competente, possa effettuare i test sierologici rapidi (validati dal Ministero della salute). Il medico competente potrebbe così, a cadenze periodiche ed in modo ripetuto, controllare all'ingresso tutti i lavoratori.

L'accertamento della positività al *virus* dovrebbe valere in via automatica come attestazione dello stato di malattia del lavoratore il quale, se risultato positivo, dovrebbe essere poi sottoposto ad esami di laboratorio eseguiti da strutture pubbliche. In tal modo i test sierologici rapidi, oltre che strumento per proteggere la salute dei lavoratori in azienda, potrebbero costituire un primo importante *step* per attuare da parte del servizio pubblico uno *screening* generalizzato della popolazione.

Indice

1. <i>Back to work</i>	5
2. L'infezione da Covid-19 ricade fra i rischi che il datore di lavoro è tenuto a prevenire? L'irrilevanza della distinzione fra rischi "endogeni" ed "esogeni" all'organizzazione produttiva	6
3. Quali misure di sicurezza deve adottare il datore di lavoro per prevenire la diffusione del Covid-19? L'utilità dei test sierologici rapidi	8
4. Test sierologici rapidi e art. 5 Stat. lav.	11
5. Test sierologici rapidi e principi in materia di Privacy	13

1. *Back to work*

Com'è noto per fronteggiare il dilagare dell'epidemia da Covid-19 il Governo italiano ha sospeso a partire dal 23 marzo e fino al 4 maggio 2020 ⁽¹⁾ tutte le attività produttive per le quali non fosse possibile utilizzare il lavoro a distanza o in modalità agile, salvo quelle ritenute essenziali e specificamente elencate ⁽²⁾.

Il *lockdown*, quale misura estrema di “distanziamento sociale” volta ad evitare il diffondersi di un *virus* che, come spiegano gli scienziati, si propaga per via aerea (attraverso le micro gocce di saliva emesse dai soggetti infetti, che raggiungono le mucose dei soggetti sani), sembra aver raggiunto il risultato sperato, se è vero che, come rivelano i dati forniti giornalmente dalla protezione civile, il contagio sta rallentando.

Se il rallentamento dell'epidemia rende possibile incominciare ad immaginare una ripresa delle attività produttive e commerciali, con modalità e tempistiche ancora in fase di studio, è però vero anche che il *virus* non è affatto sconfitto, ma continua ad essere presente fra la popolazione ed a causa del periodo di incubazione non breve (stimato dagli scienziati fra i 5 ed i 15 giorni), dell'elevata incidenza di casi asintomatici sul totale e del notevole periodo durante il quale le persone continuano a rimanere contagiose (anche fino a 35-40 giorni dopo l'inizio del contagio) permane e permarrà nel nostro territorio per lungo tempo.

Al di là, dunque, delle decisioni politiche di carattere generale che il Governo assumerà in ordine a modi e tempi della fase di riavvio (quali settori far ripartire per primi, in quali aree geografiche, a quali lavoratori permettere il rientro al lavoro ecc.), è certo che ogni datore di lavoro che intenda riprendere l'attività dopo la fase di blocco dovrà prevedere, adottare e attuare – come imposto dall'art. 2087 c.c. e dal d.lgs. n. 81/2008 – tutte le misure che nel contesto della sua specifica organizzazione e con riferimento all'attività posta in essere dal singolo lavoratore sono le più idonee a tutelarne la salute e sicurezza ⁽³⁾.

⁽¹⁾ Cfr. d.P.C.M. 22 marzo 2020 che disponeva la chiusura fino al 3 aprile 2020, poi il d.P.C.M. 1° aprile 2020 che l'ha estesa fino al 13 aprile 2020 ed infine il d.P.C.M. 10 aprile 2020 che l'ha prorogata fino al 3 maggio 2020.

⁽²⁾ Cfr. in origine il d.P.C.M. 22 marzo 2020 ed in seguito il d.P.C.M. 10 aprile 2020.

⁽³⁾ Per l'ampia definizione di lavoratore ai sensi della normativa prevenzionale si veda l'art. 2, lett. *a*, d.lgs. n. 81/2008.

2. L'infezione da Covid-19 ricade fra i rischi che il datore di lavoro è tenuto a prevenire? L'irrilevanza della distinzione fra rischi "endogeni" ed "esogeni" all'organizzazione produttiva

È importante sottolineare, innanzitutto, che il datore di lavoro è tenuto a prevedere ed attuare tutte le misure necessarie nei luoghi di lavoro per evitare o, se non è possibile, ridurre al minimo tutti i rischi per la salute del lavoratore presenti nel contesto lavorativo, incluso quello di contagio da Covid-19.

L'obbligo di sicurezza del datore di lavoro, infatti, include sia i rischi "endogeni", che originano cioè dalla stessa organizzazione all'interno della quale il prestatore è inserito, sia i rischi "esogeni", già presenti nell'ambiente sociale o nel territorio, ma che possono prevedibilmente riprodursi o/e aggravarsi nel perimetro dell'organizzazione.

È innanzitutto l'art. 2087 c.c. – che configura un obbligo sul piano del contratto a favore del lavoratore – ad imporre al datore di lavoro di prevenire *tutti i rischi presenti* all'interno dell'organizzazione⁽⁴⁾ che prevedibilmente⁽⁵⁾ possono mettere in pericolo la salute e la sicurezza dei lavoratori, come dimostra quell'orientamento giurisprudenziale consolidato che pone a carico del datore di lavoro l'obbligo di prevenire i rischi che derivino dalla condotta dolosa di terzi – quali rapine o atti terroristici⁽⁶⁾ –, che costituiscono chiaramente rischi "esogeni" all'organizzazione.

Il d.lgs. n. 81/2008, poi, dispone che il datore di lavoro deve – quale primo ed imprescindibile *step* del complesso sistema di prevenzione e tutela della sicurezza che opera innanzitutto sul piano pubblicistico verso lo Stato – effettuare la "valutazione dei rischi", definita come la «valutazione globale e documentata di *tutti i rischi* per la salute e sicurezza dei lavoratori *presenti nell'ambito dell'organizzazione* in cui essi prestano la propria attività» (art. 2, comma 1, lett. q), precisando poi che il DVR, che deve

⁽⁴⁾ Cfr. Cass. 29 marzo 2019, n. 8911: «Alla luce della sua formulazione aperta – declinata attraverso i parametri della particolarità del lavoro, intesa come complesso di rischi e pericoli che caratterizzano la specifica attività lavorativa, della esperienza, intesa come conoscenza di rischi e pericoli acquisita nello svolgimento della specifica attività lavorativa e della tecnica, intesa come progresso scientifico e tecnologico attinente a misure di tutela su cui il datore di lavoro deve essere aggiornato – la giurisprudenza consolidata è concorde nell'assegnare all'art. 2087 c.c. il ruolo di norma di chiusura del sistema di prevenzione, operante cioè anche in assenza di specifiche regole d'esperienza o di regole tecniche preesistenti e collaudate, ma volta a sanzionare, anche alla luce delle garanzie costituzionali del lavoratore, l'omessa predisposizione di tutte quelle misure e cautele atte a preservare l'integrità psicofisica e la salute del lavoratore nel luogo di lavoro, tenuto conto della concreta realtà aziendale e della maggiore o minore possibilità di venire a conoscenza e di indagare sull'esistenza di fattori di rischio in un determinato momento storico».

⁽⁵⁾ Il rischio deve essere prevedibile ed evitabile, cfr. ancora Cass. 29 marzo 2019, n. 8911; Cass. 28 ottobre 2016, 21901.

⁽⁶⁾ Cfr. Cass. 28 ottobre 2016, n. 21901; Cass. 22 febbraio 2016, n. 3424, Cass. 18 febbraio 2016, n. 3212; Cass. 20 novembre 2015, n. 23793; Cass. 13 aprile 2015, n. 7405; Cass. 11 aprile 2013, n. 8855. Cfr. in dottrina L. ANGELINI, C. LAZZARI, *La sicurezza sul lavoro nelle attività svolte all'estero*, in *DSL*, 2/2019, p. 73 ss.; F. BACCHINI, *Attività criminosa di terzi e attentati terroristici: valutazione e gestione dei cc.dd. "rischi security"*, in *LG*, 2016, n. 6, p. 546 ss.

riguardare «*tutti i rischi* per la salute e la sicurezza dei lavoratori» (art. 28, comma 1), consiste in una «relazione sulla valutazione di *tutti i rischi* per la salute e la sicurezza dei lavoratori *durante l'attività lavorativa*» (art. 28, comma 2, lett. a) ⁽⁷⁾. È dunque evidente che anche alla luce del d.lgs. n. 81/2008 il datore di lavoro deve valutare e prevenire i rischi insiti nell'ambiente di lavoro, siano essi “endogeni” o “esogeni”, con l'obbligo eventualmente, ove essi si manifestino nel corso del tempo, di riformulare il DVR (come imposto dall'art. 29, comma 3) ⁽⁸⁾.

Nel novero dei rischi “esogeni” che il datore deve prevenire ai sensi dell'art. 2087 c.c. ⁽⁹⁾ e del d.lgs. n. 81/2008 ⁽¹⁰⁾ rientra chiaramente anche il rischio di contagio da agenti biologici diffusi fra la popolazione, com'è quello da Covid-19, che certo non origina nel contesto lavorativo, ma in quest'ambito – a causa del contatto ravvicinato fra le persone – può propagarsi ed anche, in dipendenza delle mansioni svolte dal singolo, può risultare addirittura potenziato (si pensi per es. al personale che entra in contatto con il pubblico, quali i cassieri dei supermercati o i farmacisti che distribuiscono i farmaci al banco ecc.).

⁽⁷⁾ Né vale a scalfire tale assunto che la “prevenzione” sia definita nel d.lgs. n. 81/2008 come «il complesso delle 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» (si veda art. 2, comma 1, lett. n, d.lgs. n. 81/2008). I “rischi professionali” sono infatti tutti i rischi correlati alle mansioni svolte dal lavoratore, a prescindere dal fatto che essi originino all'interno dell'ambiente di lavoro o all'esterno di esso.

⁽⁸⁾ L'art. 29, comma 3, d.lgs. n. 81/2003, ove interpretato in conformità all'obiettivo di prevenzione che sorregge tutto il d.lgs. n. 81/2008, prevede infatti che il DVR debba essere rielaborato *in tutti i casi in cui se ne ravvisi la necessità*. Dispone in particolare la norma: «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 della 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 ravvisino la necessità». Non credo infatti sia ragionevole pensare che la norma possa imporre al datore di lavoro di rielaborare il DVR solo dopo che si siano verificati infortuni o, nel nostro caso, il virus sia già penetrato in azienda!

⁽⁹⁾ Il punto è generalmente condiviso. Cfr. oltre agli A. citati nella nota che segue anche M. PELUSI, *Tutela della salute dei lavoratori e COVID-19: una prima lettura critica degli obblighi datoriali*, in *DSL*, 2019, n. 2, p. 122 s.

⁽¹⁰⁾ In questo senso si vedano R. GUARINIELLO, *La sicurezza sul lavoro al tempo del coronavirus*, Wolters Kluwer, 2020, ebook, p. 10 ss.; A. INGRAO, *C'è il COVID, ma non adeguati dispositivi di protezione: sciopero o mi astengo?*, in *Giustiziacivile.com*, 18 marzo 2020, p. 4; R. DUBINI, *COVID-19: sulla valutazione dei rischi da esposizione ad agenti biologici*, in *Punto sicuro*, 2 marzo 2020; M. GALLO, *Coronavirus, obblighi del datore per tutelare i lavoratori a contatto con il pubblico*, in *Guida al lavoro*, 2020, n. 10, p. 13. Si veda anche F. BACCHINI, *Controlli sanitari sui lavoratori al tempo del COVID-19*, in *Giustiziacivile.com*, 18 marzo 2020, pp. 3-4. *Contra* invece P. PASCUCCI, *Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra “raccomandazioni” e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale?*, in *DSL*, 2019, n. 2, p. 98 ss.; ID., *Sistema di prevenzione aziendale, emergenza coronavirus ed effettività*, in *Giustiziacivile.com*, 2020, n. 3, 17 marzo 2020; 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*, in *DSL*, 2020, n. 1, p. 117 ss.

3. Quali misure di sicurezza deve adottare il datore di lavoro per prevenire la diffusione del Covid-19? L'utilità dei test sierologici rapidi

Quali sono dunque le misure che ai sensi dell'art. 2087 c.c. il datore deve adottare per prevenire la diffusione fra i propri lavoratori del Covid-19?

Al riguardo va sottolineato, anzitutto, che la struttura aperta della norma codicistica impone al datore – in questo come in ogni altro caso ⁽¹¹⁾ – di adottare non solo le specifiche misure di tutela indicate in particolari atti normativi ⁽¹²⁾ (il riferimento qui è alle regole precauzionali imposte dal d.l. 19/2020 nei confronti di tutti cittadini ed anche dei datori di lavoro ⁽¹³⁾, nonché alle previsioni contenute nel protocollo nazionale anti contagio del 14 marzo 2020, che lo stesso d.l. 19/2020 richiamando legifica ⁽¹⁴⁾). Ma si veda già in senso analogo l'art. 1, n. 9 d.P.C.M. 11 marzo 2020), ma anche tutte le altre misure che la scienza dimostri essere efficaci e che meglio si adattino a prevenire la diffusione del *virus* in un determinato contesto produttivo ed in relazione alle specifiche mansioni svolte dal lavoratore (principio della “massima sicurezza tecnologicamente fattibile”).

Considerate poi le modalità di trasmissione del Covid-19 (che, come detto, è veicolato dalle micro gocce di saliva che passano da una persona all'altra), la sua estrema contagiosità e le alte probabilità che esso penetri nei luoghi di lavoro (a causa della sua presenza diffusa fra la popolazione), il datore di lavoro è obbligato ad adottare

⁽¹¹⁾ Per tutti P. ALBI, *Sicurezza sul lavoro e sistema civile (art. 2087 c.c.)*, in G. NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, Utet, 2015, p. 147 ss.

⁽¹²⁾ Una discussione di non poco momento riguarda la riconducibilità del rischio da Coronavirus fra i rischi biologici cui si riferisce il titolo del d.lgs. n. 81/2008. In senso contrario P. PASCUCCI, *Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra “raccomandazioni” e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale?*, cit.; M. PELUSI, *Tutela della salute dei lavoratori e COVID-19: una prima lettura critica degli obblighi datoriali*, cit.. In senso favorevole F. GUARINIELLO, *La sicurezza sul lavoro al tempo del Coronavirus*, cit., p. 8 ss.

⁽¹³⁾ Cfr. d.l. n. 19/2020 alla lett. z, ove si riferisce alla «limitazione o sospensione di altre attività d'impresa o professionali, anche ove comportanti l'esercizio di pubbliche funzioni, nonché di lavoro autonomo, con possibilità di esclusione dei servizi di pubblica necessità previa assunzione di protocolli di sicurezza anti-contagio e, laddove non sia possibile rispettare la distanza di sicurezza interpersonale predeterminata e adeguata a prevenire o ridurre il rischio di contagio come principale misura di contenimento, con adozione di adeguati strumenti di protezione individuale»; alla lett. ff, ove menziona la «predisposizione di modalità di lavoro agile, anche in deroga alla disciplina vigente»; alla lett. gg, che impone che «le attività consentite si svolgano previa assunzione da parte del titolare o del gestore di misure idonee a evitare assembramenti di persone, con obbligo di predisporre le condizioni per garantire il rispetto della distanza di sicurezza interpersonale predeterminata e adeguata a prevenire o ridurre il rischio di contagio», mentre «per i servizi di pubblica necessità, laddove non sia possibile rispettare tale distanza interpersonale», si fa riferimento alla «previsione di protocolli di sicurezza anti-contagio, con adozione di strumenti di protezione individuale».

⁽¹⁴⁾ Ma si veda già in senso analogo l'art. 1, n. 9 del d.P.C.M. 11 marzo 2020, in relazione ai n. 7 e 8. Sul valore di fonte primaria attribuito dal d.l. n. 19/2020 ai protocolli anti-contagio si veda 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*, cit., p. 123 s.

simultaneamente tutte le misure di sicurezza che siano idonee a ridurre, ciascuna per una parte, il rischio di contagio nell'organizzazione ⁽¹⁵⁾.

Così in alcuni casi saranno adeguate le semplici misure di distanziamento interpersonale, se nell'esecuzione del lavoro venga costantemente mantenuto uno spazio significativo fra un lavoratore e l'altro (e rispetto a soggetti terzi) ed a ciò si accompagni la sanificazione degli ambienti e degli strumenti di lavoro. Sistemica e diffusa, inoltre, dovrebbe essere l'adozione di dispositivi di protezione individuale (mascherine, schermi facciali, guanti, camici ecc.), la cui tipologia ed efficacia schermante dovrebbe essere rapportata alle specifiche condizioni di lavoro.

Utili sia per monitorare il rispetto delle prescrizioni sul distanziamento fra lavoratori che per tracciare a posteriori eventuali contatti del dipendente ammalato con i colleghi potrebbero rivelarsi dispositivi elettronici “wearable”, che – in quanto strumenti finalizzati a garantire la sicurezza – il datore deve introdurre nel rispetto delle disposizioni dell'art. 4, comma 1, Stat. lav. (cioè previa autorizzazione sindacale o amministrativa), assicurando al contempo il trattamento dei dati raccolti in conformità al GDPR in materia di Privacy. Nell'autorizzare l'utilizzo di tali dispositivi gli accordi sindacali dovrebbero porre grande attenzione nel circoscrivere l'utilizzo dei dati raccolti alle specifiche finalità di sicurezza cui sono preordinati.

È evidente comunque che le misure che meglio si attagliano a prevenire il diffondersi del *virus* nei luoghi di lavoro (anche con riflessi positivi sul piano generale di monitoraggio del contagio) ⁽¹⁶⁾ sono quelle che permettono di impedire l'ingresso nei luoghi di lavoro ai lavoratori potenzialmente infetti, vuoi perché manifestano i sintomi tipici della malattia (rilevati per es. tramite la misurazione della temperatura all'ingresso, come previsto dal protocollo del 14 marzo 2020), vuoi perché venuti a contatto con il *virus* (rilevati tramite l'utilizzo di test sierologici rapidi) ⁽¹⁷⁾.

I test sierologici rapidi, in particolare, sono strumenti assai utili per individuare oltre ai soggetti malati paucisintomatici, *anche quelli asintomatici portatori del virus*. Tali test – supportati da dispositivi di pronto utilizzo e di facile lettura (sul modello dei kit per misurare la glicemia) – permettono, infatti, tramite l'uso di poche gocce di sangue di verificare in alcuni minuti (solitamente nell'arco di 15 minuti) se il lavoratore non è entrato in contatto con il *virus* (in questo caso il dispositivo segnala che gli anticorpi sono assenti) ⁽¹⁸⁾ oppure se è entrato in contatto con il *virus*, distinguendo in questo caso chi è ancora infetto e quindi sicuramente portatore del *virus* (il kit segnala la presenza di anticorpi IgM) e chi invece è possibile sia ancora infetto e portatore del

⁽¹⁵⁾ Si veda ora l'accordo fra FCA e FIM, UILM, FISMIC, UGLM, AQCFR, FIOM del 9 aprile 2020, che specifica le misure di sicurezza da adottare prima ed in fase di ripresa dell'attività in relazione al luogo, al tipo di attività ecc.

⁽¹⁶⁾ Cfr. I. CAPUA, *Test sierologico per ripartire*, Intervista a *DiMartedì* sulla rete televisiva La7, 31 marzo 2020.

⁽¹⁷⁾ Tali test sono attualmente al vaglio del ministero della salute si vedano circ. Min. salute 3 aprile 2020 e dichiarazione del presidente del Consiglio superiore di Sanità F. Locatelli riportata dall'Ansa del 6 aprile 2020.

⁽¹⁸⁾ Si segnala peraltro che il test sierologici rapidi attualmente in commercio hanno una “finestra cieca” di circa 10 giorni: durante questo periodo infatti il test non rileva la presenza di anticorpi nonostante il soggetto sia entrato in contatto con esso.

virus oppure non sia più infetto avendo debellato il *virus* (il kit segnala la presenza di anticorpi IgG).

I test sierologici rapidi sono attualmente disponibili in commercio – diverse aziende li producono, soprattutto aziende cinesi – e vengono non solo utilizzati in altri Paesi (per es. Germania, Spagna, Cecoslovacchia, Canada, Australia, USA, Messico, Cina), ma anche da alcune regioni italiane (si ha notizia di Campania, Veneto, Puglia, Emilia Romagna) per effettuare lo *screening* sui soggetti a maggior rischio di contagio.

Certo si tratta di test non precisi al 100% ⁽¹⁹⁾, ma d'altra parte i tamponi nasali attualmente utilizzati non sono disponibili in numero sufficiente, richiedono laboratori dedicati – al momento presenti in numero esiguo ⁽²⁰⁾ –, personale per il trasporto di materiale infetto e tempi più lunghi per il responso ⁽²¹⁾.

Dunque i test sierologici – ove venissero utilizzati in modo sistematico e ripetuti nel tempo ad intervalli regolari (per es. ogni 5/7 giorni) – potrebbero costituire un utile strumento per intercettare oltre ai lavoratori malati paucisintomatici, soprattutto quelli asintomatici come tali diffusori del *virus*. A tutti questi lavoratori potrebbe dunque essere inibito – in via precauzionale – l'ingresso in azienda, salvi ovviamente i successivi ulteriori controlli incrociati tramite la metodica del tampone nasale ⁽²²⁾.

In definitiva i test rapidi, utilizzati magari in sinergia con dispositivi “*wearable*” o l'uso di *app* (come si profila già in alcune esperienze pilota) ⁽²³⁾ – secondo un modello di *testing* e *tracking* sperimentato in altri Paesi (la Corea per es.), ma introdotto in azienda con la mediazione ed il controllo sindacale (si vedano §§ 4 e 5) – uniti alle altre misure precauzionali (il distanziamento, le protezioni individuali, la sanificazione periodica

⁽¹⁹⁾ Alcuni test (da qui l'importanza della validazione da parte del Ministero della Salute) risultano affidabili in una percentuale prossima al 90%. Si veda lo studio Li Z, Yi Y, Luo X, Xiong N, Liu Y, Li S, Sun R, Wang Y, Hu B, Chen W, Zhang Y, Wang J, Huang B, Lin Y, Yang J, Cai W, Wang X, Cheng J, Chen Z, Sun K, Pan W, Zhan Z, Chen L, Ye F., *Development and Clinical Application of a Rapid IgM-IgG Combined Antibody Test for SARS-CoV-2 Infection Diagnosis*, in *Journal of Medical Virology*, 27 febbraio 2020, che ha preso in esame 525 casi – di cui 397 positivi e 128 negativi – dimostrando con controlli incrociati (tramite sia tampone nasale, sia dati clinici, sia con prelievi del sangue) l'affidabilità del test esaminato nella percentuale dell'88% secondo il parametro della sensibilità (tale valore risulta prendendo il numero dei veri positivi e dividendolo per il numero che risulta dalla somma fra veri positivi e falsi negativi e moltiplicando quindi il risultato per 100) e del 90,63% secondo il parametro della specificità (tale valore risulta prendendo il numero dei veri negativi e dividendolo per il numero che risulta dalla somma fra veri negativi e falsi positivi e moltiplicando quindi il risultato per 100).

⁽²⁰⁾ Si veda l'elenco dei laboratori autorizzati a processare i tamponi nella circ. Min. Salute 3 aprile 2020.

⁽²¹⁾ Cfr. EUROPEAN CENTRE FOR DISEASE PREVENTION AND CONTROL, *An overview of the rapid test situation for the COVID-19 diagnosis in the EU/EEA*, in <https://www.ecdc.europa.eu/en/publications-data/overview-rapid-test-situation-covid-19-diagnosis-eueea>, 1° aprile 2020.

⁽²²⁾ Si vedano infatti le indicazioni dell'EUROPEAN CENTRE FOR DISEASE PREVENTION AND CONTROL, *An overview of the rapid test situation for the COVID-19 diagnosis in the EU/EEA*, cit.

⁽²³⁾ Si veda il progetto *Back on track* elaborato dalla Ferrari (comunicato stampa dell'8 aprile 2020), che prevede lo *screening* su base volontaria dei dipendenti, poi eventualmente esteso ai loro familiari, tramite esami del sangue e l'utilizzo contestuale di una *app* per tracciare i contatti avuti dal soggetto poi rivelatosi malato o portatore del *virus*; la stessa *app* può poi essere utilizzata dal lavoratore o dai suoi familiari per ricevere supporto medico e psicologico durante il decorso della malattia. Il *Sole 24 Ore* del 8 aprile 2020 dà poi notizia di un altro progetto in fase di elaborazione in Piemonte che coinvolgerebbe un gruppo di aziende del settore *automotive*, il Gruppo Giovani Imprenditori di Torino Il Comune, Confapi e Fim Cisl.

degli ambienti ecc.), potrebbero rivelarsi una misura preventiva di grande utilità per assicurare una migliore sicurezza delle persone sul luogo di lavoro.

L'utilizzo massiccio di tali test permetterebbe inoltre di effettuare un primo significativo *screening* della popolazione e consentirebbe poi al servizio pubblico di valutare in modo più approfondito tramite successivi esami di laboratorio quale percentuale di lavoratori entrata in contatto con il *virus* si sia o meno immunizzata.

È noto però che l'art. 5 Stat. lav. – a tutela della sfera privata del lavoratore – preclude oggi al datore di lavoro di accertare direttamente lo stato di salute o di malattia del lavoratore: tanto il controllo delle assenze per infermità, quanto la valutazione dell'idoneità fisica al lavoro può essere compiuta dal datore di lavoro solo per il tramite degli enti pubblici a ciò deputati.

Escluso, tuttavia, che almeno in questa fase le strutture pubbliche (il SSN, l'INAIL) siano in grado di mettere a disposizione di tutte le aziende che progressivamente riprenderanno l'attività – e non solo di qualche azienda pilota in qualche Regione ⁽²⁴⁾ – il personale necessario per effettuare i test sierologici rapidi a tutti i lavoratori e di ripeterli a cadenze ravvicinate ⁽²⁵⁾, non rimane che modificare l'art. 5 Stat. lav. così da permettere al datore di lavoro, per il tramite del medico competente, di effettuare tali test.

In quali termini allora potrebbe essere modificata – *limitatamente a questa fase di emergenza* – la norma statutaria?

4. Test sierologici rapidi e art. 5 Stat. lav.

In verità la normativa emergenziale ha già inciso sull'art. 5 Stat. lav.: il protocollo del 14 marzo 2020 – il cui contenuto, come detto, in quanto incorporato dal d.l. 19/2020, ha assunto il rango di fonte primaria – prevede che «il personale, prima dell'accesso al luogo di lavoro potrà essere sottoposto al controllo della temperatura corporea. Se tale temperatura risulterà superiore a 37,5 gradi non sarà consentito l'accesso sui luoghi di lavoro. Le persone in tali condizioni [...] saranno momentaneamente isolate e fornite di mascherina, non dovranno recarsi al Pronto soccorso e/o nelle infermerie di sede, ma dovranno contattare nel più breve tempo possibile il proprio medico curante e seguire le sue indicazioni» ⁽²⁶⁾.

⁽²⁴⁾ Si vedano i casi menzionati alla nota 21.

⁽²⁵⁾ Si veda però la richiesta del segretario generale della CISL di Bergamo F. CORNA – riportata da *BergamoNews.it* del 8 aprile 2020 –, perché il Governo metta a disposizione le risorse per effettuare, da parte delle strutture pubbliche, test sierologici a tappeto su tutti i lavoratori bergamaschi che rientrano al lavoro dopo il *lockdown* (c.d. “fase due”).

⁽²⁶⁾ Si veda anche art. 5 dell'accordo fra FCA e FIM, UILM, FISMIC, UGLM, AQCFR, FIOM del 9 aprile 2020.

Il datore di lavoro (tramite il medico competente) dunque al momento può, in deroga all'art. 5 Stat. lav., controllare direttamente lo stato di salute dei lavoratori, rilevandone la temperatura.

Chi scrive se da una parte ritiene utile in questa fase di emergenza – che si profila peraltro non breve – includere fra i controlli sanitari cui è legittimato il datore di lavoro anche i test sierologici rapidi, pensa però che tutte le deroghe all'art. 5 Stat. lav., non di poco peso, necessitino di una mediazione e soprattutto di un controllo da parte delle organizzazioni sindacali.

La legge potrebbe pertanto prevedere – *solo fino allo scadere della fase emergenziale* – che il datore di lavoro *all'esclusivo fine di prevenire la diffusione del Coronavirus* ed in aggiunta ad ogni altra misura che sia ritenuta necessaria *ex art. 2087 c.c., possa effettuare per assolvere all'obbligo posto dallo stesso art. 2087 c.c.* (tramite il medico competente) *specifici e nominati controlli sanitari riferiti ai dipendenti, quali la rilevazione della temperatura ed i test sierologici rapidi approvati dal Ministero della salute.*

Quanto al lavoratore, la legge dovrebbe prevedere a suo carico *l'obbligo di sottoporsi ai test erogato dal datore.* In effetti ai sensi dell'art. 20 d.lgs. n. 81/2008 sul lavoratore grava sia l'obbligo di prendersi cura della propria salute, sia della salute «delle altre persone presenti sul luogo di lavoro su cui ricadono gli effetti delle sue azioni od omissioni» e d'altra parte la stessa norma già prevede l'obbligo per il lavoratore di sottoporsi ai controlli sanitari o agli altri controlli disposti dal medico competente (si veda art. 20, lett. i, d.lgs. n. 81/2008).

Ogni cautela ovviamente dovrebbe essere messa in campo da parte del datore di lavoro per tutelare la salute del medico competente (dotandolo di dispositivi di sicurezza efficaci ⁽²⁷⁾); facendo precedere il test da colloqui a distanza per verificare se il lavoratore presenti sintomi; effettuando il test in locali confinati, sanificati periodicamente, meglio se distanti dal luogo di lavoro).

L'attestazione da parte del medico competente della presenza di anticorpi che segnalano che il lavoratore è entrato in contatto con il *virus* (IgM ed IgG) – che comporta l'immediato divieto di accesso del lavoratore al luogo di lavoro – dovrebbe costituire di per sé certificazione dello stato di malattia. Il medico competente dovrebbe poi comunicare alla ASL il dato raccolto per permettere un controllo incrociato da parte delle strutture pubbliche tramite esami di laboratorio (tamponi nasali).

Le *modalità dei controlli* poi (con riferimento per es. alla frequenza dei test, magari diversificata a seconda delle mansioni dei lavoratori; al luogo di effettuazione ed alle cautele da assumere ecc.) potrebbero essere demandate dalla legge – anche nella cornice di un protocollo nazionale in materia di sicurezza che costituisca sviluppo del protocollo anti-contagio del 14 marzo 2020 – alla disciplina di *Protocolli di checking in materia di sicurezza eventualmente conclusi dal datore di lavoro o con le rsa/rsu in azienda o con*

(²⁷) Si vedano per es. le indicazioni al riguardo di Assolombarda in <https://www.assolombarda.it/servizi/salute-e-sicurezza-sul-lavoro/informazioni/coronavirus-covid-19-indicazioni-per-la-gestione-della-salute-e-sicurezza-dei-lavoratori-negli-ambienti-di-lavoro-non-sanitari>.

il sindacato a livello territoriale (che potrebbe ovviamente avvalersi di consulenti, medici o scienziati) *al fine di adattare quelle misure allo specifico contesto lavorativo ed alle mansioni dei singoli lavoratori*. I Protocolli, dunque, potrebbero intervenire ove le parti (datore di lavoro ed organizzazioni sindacali) ne ravvisassero l'opportunità, ferma restando la responsabilità generale del datore in materia di sicurezza ai sensi dell'art. 2087 c.c. Le previsioni dei Protocolli, ove conclusi, integrerebbero comunque il DVR. Sarebbe poi compito di RLS e dei Comitati eventualmente previsti dai Protocolli stessi di vigilare sull'applicazione ⁽²⁸⁾.

Una soluzione di questo genere darebbe alle organizzazioni sindacali una importante leva per spingere il datore di lavoro a potenziare le misure di sicurezza ed a controllarne l'utilizzo.

5. Test sierologici rapidi e principi in materia di Privacy

Nell'ipotesi in cui la legge, derogando al divieto oggi contenuto nell'art. 5 Stat. lav. ⁽²⁹⁾, permetta al datore di lavoro di effettuare test sierologici sui lavoratori per prevenire il rischio di contagio da Coronavirus in azienda (così ottemperando all'obbligo di sicurezza di cui all'art. 2087 c.c.), i dati acquisiti ⁽³⁰⁾ devono essere trattati nel rispetto del Reg. UE 679/2016 in materia di Privacy (GDPR).

La base di liceità del trattamento ⁽³¹⁾ dei dati (qui dati particolari relativi alla salute dei lavoratori) potrebbe essere rinvenuta in una pluralità di norme del GDPR: nell'art. 9, lett. *b*, GDPR, che si riferisce al trattamento «necessario per assolvere gli obblighi ed esercitare i diritti specifici del titolare del trattamento o dell'interessato in materia di diritto del lavoro e della sicurezza sociale»; nell'art. 9, lett. *g*, GDPR, che si riferisce al

⁽²⁸⁾ Sulla falsariga di quanto previsto dall'art. 13 protocollo anti-contagio del 14 marzo 2020.

⁽²⁹⁾ Non stupisce che il garante della Privacy, nella comunicazione del 2 marzo 2020 – dunque prima che intervenisse il protocollo anti-contagio del 14 marzo 2020, che derogando all'art. 5 Stat. lav. ha legittimato il datore di lavoro a rilevare la temperatura del lavoratore e ad assumere informazioni circa i contatti avuti nei 14 giorni precedenti – abbia affermato che «*I datori di lavoro devono invece astenersi dal raccogliere, a priori e in modo sistematico e generalizzato, anche attraverso specifiche richieste al singolo lavoratore o indagini non consentite, informazioni sulla presenza di eventuali sintomi influenzali del lavoratore e dei suoi contatti più stretti o comunque rientranti nella sfera extra lavorativa. La finalità di prevenzione dalla diffusione del Coronavirus deve infatti essere svolta da soggetti che istituzionalmente esercitano queste funzioni in modo qualificato. L'accertamento e la raccolta di informazioni relative ai sintomi tipici del Coronavirus e alle informazioni sui recenti spostamenti di ogni individuo spettano agli operatori sanitari e al sistema attivato dalla protezione civile, che sono gli organi deputati a garantire il rispetto delle regole di sanità pubblica recentemente adottate.*».

⁽³⁰⁾ Come del resto i dati sulla temperatura o le dichiarazioni rese dai lavoratori circa i contatti avuti con persone poi risultate positive (si veda il protocollo del 14 marzo 2020 che all'art. 2 prevede che il datore di lavoro possa anche richiedere al lavoratore informazioni circa i suoi contatti, nei 14 giorni antecedenti, con persone poi risultate positive al Covid-19, precisando che l'acquisizione della dichiarazione equivale ad un trattamento di dati).

⁽³¹⁾ Si veda E. DAGNINO, *La tutela della privacy al tempo del Coronavirus: profili giuslavoristici*, in *Giustizia.civile.com*, 17 marzo 2020.

trattamento «necessario per motivi di interesse pubblico rilevante» (letto in connessione con il considerando 46, che menziona specificamente il trattamento necessario «a fini umanitari, tra l'altro per tenere sotto controllo l'evoluzione di epidemie»); nell'art. 9 lett. h, GDPR che si riferisce al trattamento necessario «per finalità di medicina preventiva o di medicina del lavoro, valutazione della capacità lavorativa del dipendente, diagnosi, assistenza o terapia sanitaria o sociale ovvero gestione dei sistemi e servizi sanitari o sociali». Ove il legislatore facesse riferimento a quest'ultima base giuridica (lett. h) i dati dovrebbero essere trattati «*da o sotto la responsabilità di un professionista soggetto al segreto professionale [...] o da altra persona anch'essa soggetta all'obbligo di segretezza*». Il trattamento dei dati relativi ai test sierologici potrebbe quindi essere devoluto al medico competente, che risulterebbe così il responsabile del trattamento per il datore di lavoro (eventualmente affiancato ove previsto dall'amministratore di sistema) in analogia a quanto previsto per i dati contenuti nella cartella sanitaria del lavoratore (si veda art. 25, comma 1, lett. c, d.lgs. n. 81/2008).

Il trattamento in tutti i casi previsti dall'art. 9 GDPR non richiede il consenso dell'interessato. Il lavoratore deve comunque essere informato, in modo trasparente e corretto, delle finalità e modalità del trattamento (art. 39 GDPR).

Il trattamento dei dati deve rispettare in ogni caso i principi del regolamento (art. 5 GDPR): i dati devono essere trattati in modo lecito, corretto e trasparente (principio di trasparenza); devono essere raccolti per finalità determinate, esplicite e legittime (principio di finalità); risultare adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario per le finalità del trattamento (principio di minimizzazione); devono essere e se necessario aggiornati (principio di esattezza); devono essere conservati in una forma che consenta l'identificazione degli interessati per un arco di tempo non superiore al conseguimento della finalità (limitazione della conservazione); devono essere trattati in modo da garantirne una adeguata sicurezza compresa la protezione, mediante misure tecniche ed organizzative adeguate, da trattamenti non autorizzati o illeciti e dalla perdita, distruzione o dal danno accidentali (principio di integrità e riservatezza).

Nella stessa logica di controllo sindacale già prospettata con riferimento all'effettuazione dei test sierologici rapidi (par. 4), il legislatore potrebbe attribuire ai *Protocolli sindacali* anche l'*ulteriore funzione di circoscrivere e precisare nel dettaglio le modalità del trattamento dei dati da parte del medico competente* (con riferimento alle modalità di prelievo, alla conservazione del dato ed ai tempi di conservazione ecc.) – anche in questo caso in attuazione di un protocollo nazionale cornice di carattere generale (si veda § 4) – per attuare al meglio nello specifico contesto i principi del GDPR con lo specifico obiettivo di tutelare il più possibile la dignità e la riservatezza dei lavoratori (si veda infatti l'art. 88, comma 2, del GDPR)⁽³²⁾. Le prescrizioni del

⁽³²⁾ L'art. 88, GDPR prevede che: «1. *Gli Stati membri possono prevedere, con legge o tramite contratti collettivi, norme più specifiche* per assicurare la protezione dei diritti e delle libertà con riguardo al trattamento dei dati personali dei dipendenti nell'ambito dei rapporti di lavoro, in particolare per finalità di assunzione, esecuzione del contratto di lavoro, compreso l'adempimento degli obblighi stabiliti dalla legge o da contratti collettivi, di gestione, pianificazione e organizzazione del lavoro, parità e diversità sul posto di lavoro, salute e sicurezza sul lavoro, protezione della proprietà del datore di lavoro o del cliente e ai fini dell'esercizio e del godimento, individuale o collettivo, dei diritti e dei vantaggi connessi al lavoro,

protocollo potrebbero essere incluse poi nella valutazione d'impatto di cui all'art. 35 GDPR.

nonché per finalità di cessazione del rapporto di lavoro. 2. *Tali norme includono misure appropriate e specifiche a salvaguardia della dignità umana, degli interessi legittimi e dei diritti fondamentali degli interessati*, in particolare per quanto riguarda la trasparenza del trattamento, il trasferimento di dati personali nell'ambito di un gruppo imprenditoriale o di un gruppo di imprese che svolge un'attività economica comune e i sistemi di monitoraggio sul posto di lavoro».