

# **Misure/strumenti di autotutela individuali e collettivi per garantire l'effettività della protezione dal rischio di contagio**

**Lorenzo Scarano**  
*Assegnista dell'Università di Udine*

Si sà: la legge è attesa al varco dalla sua attuazione.

Il problema dell'effettività delle misure di protezione della salute dei lavoratori per evitare il contagio da Covid-19 è uno degli aspetti più rilevanti dell'intero impianto normativo deputato alla sicurezza dell'organizzazione del lavoro.

È dunque importante interrogarsi sull'apparato rimediabile che emerge dalle disposizioni di legge, dalla regolamentazione ministeriale e dai contenuti dei Protocolli, nell'ottica di esaminare le misure che prevengono il danno, senza limitarsi alle regole che disciplinano il suo risarcimento. Nella prospettiva, infatti, di riprendere tutte le attività produttive senza più limitazioni di sorta, il singolo deve poter sapere cosa può fare nel momento in cui percepisce il rischio del contagio, conoscendo i suoi diritti e le conseguenze delle sue condotte, evitando il verificarsi di un pregiudizio che poi potrà solo essere ristorato 'per equivalente'.

Insomma, se all'inizio dell'emergenza la risposta è stata quella di *sospendere* "le attività produttive" al fine di predisporre strumenti di contrasto alla diffusione del virus, nel momento in cui la gestione della nuova situazione sanitaria è diventata pandemica la reazione dell'ordinamento è passata ad un'altra *sospensione*, quella della "singola prestazione lavorativa".

Questo problema è stato solo in parte affrontato dalla normativa emergenziale, perché il legislatore si è occupato unicamente di un aspetto della questione, intervenendo a stabilire le prerogative datoriali nella gestione del personale di fronte all'accertamento di un pericolo di contagio. Infatti l'art. 4, co. 8 d.l. n. 44/2021 impone al datore di spostare i lavoratori non vaccinati (anche quelli che abbiano dovuto differire tale adempimento e quelli che per motivi di salute non possano vedersi somministrato il vaccino) a mansioni diverse da quelle che implicino contatti interpersonali in modo da non alimentare il rischio di diffusione del contagio. Quando tale soluzione non sia praticabile, il datore può sospendere il dipendente senza il versamento della retribuzione, né di "altro compenso o emolumento, comunque denominato". Con l'estensione generalizzata del *green pass*, la legge ha anche stabilito che il lavoratore che non sia in possesso della certificazione verde non possa accedere al luogo di lavoro e deve essere considerato assente ingiustificato, senza che ciò possa costituire un illecito disciplinare, ma con tutte le conseguenze rilevanti che si determinano sul piano del rapporto individuale di lavoro, perché in costanza del motivo ostativo alla prestazione non spetta la retribuzione, né "altro compenso o emolumento, comunque denominati" (v. art. 3 legge n. 126/2021 di conv. del d.l. n. 105/2021, vigente dal 19 settembre 2021, che riprende l'art. 9 co. 2 d.l. n. 52/2021 conv. in legge n. 87/2021 e poi art. 1 d.l. n. 122/2021, abrogato dalla legge n. 133/2021).

Se i decreti legge hanno consentito, di fatto, la tipizzazione di una fattispecie di legittimo rifiuto della prestazione del lavoratore da parte del datore nel momento in cui questa venga offerta in condizioni di 'insicurezza', manca un'analogia configurazione normativa per i casi in cui sia il datore a non garantire il substrato sanitario dei luoghi di lavoro così esponendo il dipendente al rischio di contagio.

E' quanto può avvenire non solo quando il datore risulti inosservante alle disposizioni legislative e regolamentari in materia di sicurezza ma anche nei casi di omessa effettuazione della valutazione dei rischi da Covid-19 attraverso l'elaborazione del D.V.R. [sulla cui problematica applicazione v. L. Scarano, *Sull'obbligo-onere di aggiornare/integrare il D.V.R. per il rischio da Covid-19*], nelle ipotesi di mancata redazione di un protocollo di sicurezza aziendale ovvero di difettosa o parziale applicazione delle misure di prevenzione del contagio formalmente applicabili.

Per tutte queste eventualità il legislatore non ha previsto un rimedio *ad hoc* a disposizione del singolo lavoratore, né all'interno dei Protocolli è possibile rintracciare norme di analogo tenore.

Il problema quindi si pone - ed è opportuno analizzarlo nella prospettiva di sollecitare Governo e Parti sociali ad intervenire in tal senso - in relazione sia al rimedio *individuale* a disposizione del lavoratore che ritenga di astenersi dal lavoro a fronte di un'impresa che non rispetti le disposizioni di sicurezza fino a questo punto approvate per fronteggiare il rischio di contagio, sia alla tutela *collettiva* di un gruppo di dipendenti che intenda rifiutare il lavoro in siffatte condizioni. In difetto di previsioni normative che in maniera specifica regolino tali eventualità, l'interprete non può arrestarsi a constatare il 'non detto' del legislatore oppure la mancata considerazione da parte degli attori sociali del tema, proprio in quanto la portata della problematica e la relevantissima esigenza <sup>(1)</sup> di intervenire *a monte* per frenare il contagio anziché *a valle* per ricomporre, anche con misure risarcitorie, la fisiologia di relazioni interrotte dal virus, è sotto gli occhi di tutti.

Invero, l'ordinamento consente comunque di fronteggiare tali ipotesi, e ciò sia sul piano del rapporto individuale che in merito ai profili che riguardano le relazioni collettive.

La bussola è fornita dall'immutato valore che nel sistema del diritto del lavoro ha l'art. 2087 c.c., ove si stabilisce che il datore di lavoro «è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo le particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale del prestatore di lavoro».

---

(1) Sotto i più svariati aspetti: la prevenzione del contagio consente di evitare che i dipendenti si ammalino, e quindi diventino un costo per il sistema sanitario nazionale oltretutto, per le stesse imprese, un motivo per dover riorganizzare l'attività lavorativa.

Norma fondante un'obbligazione di sicurezza naturalmente destinata ad evitare il verificarsi del danno alla salute ma che continua a svolgere la sua funzione fondativa anche della responsabilità risarcitoria del datore di lavoro. La riprova è nell'art. 29 bis d.l. n. 23/2020, finalizzato a specificare una delle funzioni assunta dai protocolli anticontagio, con la previsione che «ai fini della tutela contro il rischio di contagio da Covid-19, i datori di lavoro pubblici e privati adempiono all'obbligo di cui all'articolo 2087 del codice civile mediante l'applicazione delle prescrizioni contenute nel protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del Covid-19 negli ambienti di lavoro, sottoscritto il 24 aprile 2020 tra il Governo e le parti sociali, e successive modificazioni e integrazioni, e negli altri protocolli e linee guida di cui all'articolo 1, comma 14, del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, nonché mediante l'adozione e il mantenimento delle misure ivi previste. 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».

Ad inizio pandemia il legislatore si è subito interessato di garantire alle imprese pubbliche e private che il rispetto dei protocolli costituiva condizione per l'esonero da responsabilità civile. Minore attenzione pare essere stata riservata appunto al profilo preventivo che la stessa disposizione codicistica mira a tutelare.

In questa direzione, si può porre il seguente interrogativo: è legittimo ed esente da conseguenze pregiudizievoli il comportamento del lavoratore che si rifiuta di svolgere la prestazione lavorativa a fronte di un datore inadempiente all'obbligo di sicurezza? Può essere legittimamente invocata l'eccezione d'inadempimento di cui all'art. 1460 c.c., quale forma tipica di autotutela individuale del prestatore di lavoro?

Il quesito se il dipendente può rifiutare il lavoro per tutelare la salute merita una soluzione quanto più certa possibile, se è vero che per evitare il rischio del contagio l'interessato può andare incontro al rischio di una reazione datoriale, che può assumere financo la forma di un licenziamento per insubordinazione.

Si pensi al caso di un autista che, prima di iniziare il suo viaggio, verifica che la cabina del mezzo utilizzata il giorno prima dal collega (che magari gli aveva confidato un leggero raffreddore) non è stata sanificata. Come dicono i giuristi: *quid iuris?* Cioè che succede? Cosa si può fare e consigliare in questi casi?

Per ritenere legittimamente esercitata, l'eccezione di cui all'art. 1460 c.c. ci devono essere questi elementi: 1) l'eccezione dev'essere proporzionata alla condotta datoriale; 2) il rifiuto di svolgere la prestazione

lavorativa deve essere conforme a buona fede; 3) l'inadempimento del datore di lavoro deve essere di non «scarsa importanza» ex art. 1455 c.c. In particolare, l'eccezione d'inadempimento può stimarsi conforme al diritto qualora sia necessaria a garantire indifferibili "esigenze vitali" della persona del lavoratore (2). La giurisprudenza, infatti, ritiene giustificata l'eccezione d'inadempimento causata dalla violazione dell'art. 2087 c.c., sulla base della constatazione che sarebbe irragionevole subordinare l'esperimento dell'*exceptio* ad un accertamento giudiziale dell'insicurezza dei luoghi di lavoro. In casi simili, infatti, non vi è dubbio che il rimedio privato consente di ottenere una tutela immediata e preventiva, proteggendo la persona del lavoratore senza attendere il verificarsi dell'evento che si vuole scongiurare.

Nella normativa di rango ordinario, sotto la rubrica "*diritti dei lavoratori in caso di pericolo grave e immediato*", l'art. 44 d.lgs. n. 81/2008 prevede che: «Il lavoratore che, in caso di pericolo grave, immediato e che non può essere evitato, si allontana dal posto di lavoro o da una zona pericolosa, non può subire pregiudizio alcuno e deve essere protetto da qualsiasi conseguenza dannosa» (co. 1), aggiungendo al co. 2 che se si trova «nell'impossibilità di contattare il competente superiore gerarchico» e «prende misure per evitare le conseguenze di tale pericolo, non può subire pregiudizio per tale azione, a meno che non abbia commesso una grave negligenza».

È vero che siamo in presenza di una norma che non si preoccupa tanto di attribuire al lavoratore il diritto di rifiutare l'accesso al lavoro in un'impresa insicura quanto di abbandonare un posto di lavoro durante lo svolgimento della prestazione, ma si tratta di una disposizione che può certo essere presa in considerazione per tentare di risolvere la questione indagata, proprio nel momento in cui legittima un comportamento in autotutela del dipendente a fronte di circostanze potenzialmente lesive della sua sicurezza. Il problema è che, com'è evidente, l'art. 44 subordina il rimedio ad una situazione di pericolo talmente attuale ed inevitabile da non consentire spazi di pensiero (e di manovra) all'interessato, così limitando la sua sfera di applicazione a casi davvero residuali.

In ogni caso, sfruttando la *ratio* della disposizione del testo unico della sicurezza nei luoghi di lavoro e la posizione della giurisprudenza che si è formata su fattispecie analoghe, tutte le volte in cui la prestazione non possa essere eseguita se non in condizioni di insicurezza - e quindi anche a fronte della mancata adozione o rispetto delle misure di prevenzione

---

<sup>2</sup> Diventando più difficile sostenere la legittimità dell'eccezione d'inadempimento a fronte di un trasferimento illegittimo oppure di un demansionamento. In siffatti casi il lavoratore che si ritenga illegittimamente demansionato o trasferito può solo intraprendere un'iniziativa giudiziaria (anche di tipo cautelare) volta a far dichiarare l'inadempimento datoriale con conseguente riconduzione della prestazione a quella contrattualmente convenuta, senza possibilità di rifiutarsi di lavorare.

vigenti per evitare il rischio di contagio da Covid-19 – dovrebbe essere considerato legittimo il rifiuto opposto dal lavoratore, che non dovrebbe poi subire conseguenze negative sul rapporto (*qui suo iure utitur...*) ed avrà anche diritto al pagamento della retribuzione risultando in *mora credendi* il datore.

Certo è che, com'è avvenuto sull'altro fronte, quando prima dell'intervento esplicito del legislatore, si ragionava sugli addentellati normativi che potessero consentire al datore di rifiutare la prestazione del dipendente *no vax*, la presenza di una chiara disposizione legislativa risolverebbe *tout court* la questione e sicuramente darebbe maggior forza all'iniziativa individuale dei singoli lavoratori evitando spiacevoli sorprese giudiziarie.

Sotto il versante delle tutele collettive, invece, l'esercizio del diritto di sciopero costituisce un rimedio utilizzabile nelle più estreme circostanze essendo utilizzabile per risolvere (o accendere un faro su) un conflitto che il confronto non ha consentito di comporre.

Senza ribadire il ruolo essenziale svolto dalle Parti sociali nella predisposizione di quelle misure di sicurezza tradottesi nei Protocolli e che hanno consentito la ripresa delle attività produttive, uno strumento essenziale lo ritroviamo sempre nell'art. 9 dello Statuto dei Lavoratori, norma che ha favorito il superamento della lettura dell'art. 2087 c.c. in chiave meramente risarcitoria, attribuendo ai lavoratori il diritto di controllare, attraverso loro rappresentanze collettive, l'adozione delle misure di prevenzione degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali.

Tuttavia, affianco alle innumerevoli disposizioni contenute nel d.lgs. n. 81/2008 volte ad attribuire un ruolo di soggetto attivo, e non meramente destinatario della protezione, al dipendente in quanto singolo individuo e parte della collettività organizzata dei lavoratori, ruolo (se così si può dire) sublimato dalla stagione dei Protocolli condivisi inaugurata nel 2020, non si rinvengono norme volte a tipizzare determinati comportamenti datoriali quali condotte antisindacali. Anche su questo piano alcune precisazioni sono opportune: sappiamo che la disposizione contenuta nell'art. 28 legge n. 300/1970 costituisce una fattispecie aperta e dunque sempre utilizzabile (e l'esperienza ci restituisce un utilizzo sapiente da parte dei sindacati, in situazioni conflittuali che si stimano irrisolvibili autonomamente e quindi necessitanti dell'intervento del giudice); così come non possiamo negare che il mancato rispetto delle misure di sicurezza concordate e trasfuse negli accordi e - ancor prima - la violazione dell'obbligo del datore del preventivo dialogo e confronto con le oo.ss. e con le parti del Comitato per l'applicazione e la verifica delle

regole contenute costituisce un comportamento antisindacale <sup>(3)</sup>. Non può che reprimere o violare la libertà e l'attività sindacale la condotta di un datore di lavoro che si rifiuti di partecipare alla predisposizione delle regole condivise per ripartire in sicurezza o che non applichi nella propria organizzazione produttiva le misure approvate o poste in via eteronoma dal legislatore. Ma una chiara previsione in tal senso avrebbe avuto - o potrebbe avere - una importanza fondamentale nella prospettiva da tutti auspicata: rafforzare l'effettività delle misure di sicurezza che prevengono i rischi del contagio, anche con strumenti ad efficacia immediata messi a disposizione dei lavoratori singoli ed organizzati.

---

<sup>(3)</sup> Nella giurisprudenza: Tribunale di Parma, 30 maggio 2020; Tribunale di Treviso, 2 luglio 2020 e Tribunale di Matera, 14 settembre 2020.