

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

SUPPLEMENTO

GENNAIO/MARZO

2021

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

COMITATO DI DIREZIONE

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,
FRANCESCO TESAURO+

COMITATO ESECUTIVO

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, GABRIELLA CAZZETTA, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI (SEGRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, EUGENIA MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA, ALBERTO MAGER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, FRANCESCO QUARTA, CARMELA ROBUSTELLA, GIULIA TERRANOVA

COORDINAMENTO EDITORIALE

UGO MALVAGNA

DIRETTORE RESPONSABILE

FILIPPO SARTORI

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI. LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

Tutela della salute e della privacy nel rapporto di lavoro ai tempi del Sars-Cov-2

SOMMARIO: 1. Premessa. Diritti fondamentali e rapporto di lavoro. – 2. L’infezione da Sars-Cov-2 è tutelata alla stregua di un infortunio sul lavoro: quali ricadute sulla responsabilità civile del datore di lavoro? – 3. I Protocolli anti-contagio: tipologia, natura giuridica ed efficacia. – 3.1. Gli effetti dei Protocolli anti-contagio: le regole cautelari “convenzionali” legificate e la responsabilità civile del datore di lavoro per infezione da Sars-Cov-2. – 4. Dal diritto positivo al diritto “emotivo”. – 5. Il diritto alla protezione dei dati personali sanitari nel rapporto di lavoro alla luce della legislazione emergenziale. Il coordinamento sistematico tra le misure precauzionali e i limiti ai poteri datoriali di verifica e controllo sullo stato di salute dei dipendenti. – 5.1. Il trattamento di dati sanitari dei lavoratori necessario per assolvere gli obblighi contrattuali del titolare del trattamento derivanti dal rapporto di lavoro. – 5.2. Il trattamento di dati sanitari da parte del datore di lavoro per finalità di sanità pubblica alla luce del diritto emergenziale: il ruolo dell’art. 17bis d.l. 18/2002 come convertito dalla l. 24 aprile 2020, n. 17.

1. Premessa. Diritti fondamentali e rapporto di lavoro.

Il titolo del *webinar* “Una visione poliprospectica sull’emergenza da coronavirus nei rapporti tra privati” invita a riflettere a tutto tondo sulla produzione normativa generata dallo stato di emergenza e sulle sue ricadute, per quel che mi compete, sul rapporto di lavoro subordinato, uno dei rapporti contrattuali che hanno maggiormente risentito delle torsioni al sistema giuridico impresse dalla legislazione emergenziale.

Il presente contributo, prendendo atto dell’affastellamento delle norme prodotte durante l’*annus horribilis 2020*, a partire dalla dichiarazione dello Stato di emergenza del 31 gennaio 2020 – che non sembra essere destinato a terminare a breve –, intende approfondire quale livello di protezione residui in seguito alle disposizioni emergenziali, di sapore sostanzialmente derogatorio, per due fundamentalissimi diritti del lavoratore: il diritto alla salute e alla sicurezza e il diritto alla privacy, intesa come protezione dei dati personali. Data la forte implicazione che la persona del lavoratore ha

nel rapporto di lavoro subordinato l'effettività di tali diritti risulta una questione di prim'ordine che, nemmeno durante una pandemia, dovrebbe essere ritenuta di secondo piano.

2. L'infezione da Sars-Cov-2 è tutelata alla stregua di un infortunio sul lavoro: quali ricadute sulla responsabilità civile del datore di lavoro?

L'analisi dell'obbligo di sicurezza nel rapporto di lavoro non può che prendere le mosse dalla constatazione che il rischio di contagio da Sars-Cov2, oltre a sollevare questioni di salute pubblica, essendo un rischio generale che ricade sulla collettività, si presenta come un rischio generico aggravato sui luoghi di lavoro, in quanto in grado di incidere in maniera maggiore su tutte le persone che durante le varie fasi dell'emergenza pandemica sono state e saranno obbligate a recarsi fisicamente sul posto di lavoro, dove l'organizzazione del lavoro disegnata dalle scelte datoriali potrebbe esporre, aggravare e anche amplificare il rischio infettivo¹.

¹ La dottrina giuslavorista, tuttavia, non concorda unanimemente sul punto. Alcune opinioni discordanti sono state espresse per sottolineare che il contagio costituisce un rischio «generico» e come tale non dovrebbe valutarlo ai sensi del T.U. 81/2008, per questa tesi cfr. P.Pascucci, *Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra "raccomandazioni" e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale?* in *Diritto della sicurezza sul lavoro*, 2019, n. 2, I, 98 ss.; Id, *Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro: novità e conferme nello ius superveniens del d.P.c.m. 22 marzo 2020 e soprattutto del d.l. n. 19/2020*, in *Diritto della sicurezza sul lavoro*, 2020, n. 1, 128 ss.; C. Lazzari, *Per un (più) moderno diritto della salute e della sicurezza sul lavoro: primi spunti di riflessione a partire dall'emergenza da Covid-19*, in *Diritto della sicurezza sul lavoro*, 2020, n. 1, 136 ss.; L. M. Pelusi, *Tutela della salute dei lavoratori e COVID-19: una prima lettura critica degli obblighi datoriali*, in *Diritto della sicurezza sul lavoro*, 2019, 2, 127. *Contra*, senza pretesa di esaustività, S. Dovere, *Sicurezza sul lavoro, iCovid-19 e valutazione dei rischi nelle imprese*, www.giustiziacivile.it; M.T. Carinci, *Obbligo di sicurezza e responsabilità datoriale: il rischio di contagio da Covid-19*, in *Labor*, 2020 n. 4, 385 ss.; P. Tullini, *Tutela della salute dei lavoratori e valutazione del rischio biologico: alcune questioni giuridiche*, in *Rivista di diritto della sicurezza sociale*, 2020, 2, 335 ss.; D. Calafiore, *Sicurezza nei luoghi di lavoro tra disciplina emergenziale e disciplina ordinaria*, in giustiziacivile.com. e sia consentito rinviare a A. Ingrao, *C'è il CoViD19, ma non adeguati dispositivi di prevenzione: sciopero o mi astengo?*, in www.giustiziacivile.com 13 marzo 2020. Peraltro che la valutazione dei del rischio Covid-19 sia obbligatoria consegue all'attuazione che è stata data nell'ordinamento italiano alla Direttiva 2020/739/UE del 3 giugno la quale ha sancito

A conferma di ciò non può sfuggire che, l'art. 42, comma 2, Decreto Cura Italia (d.lgs. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni in l. 24 aprile 2020, n. 27)² ha stabilito che l'infezione da Sars-Cov2 contratta in «occasione di lavoro» costituisce infortunio sul lavoro e dà diritto alla prestazione previdenziale erogata dall'Inail nei confronti dei lavoratori che già rientrano nell'ambito di applicazione del D.P.R. 1124/1965 (artt. 1,4 e 9)³.

È importante rimarcare che la qualificazione del contagio occasionato dal lavoro come infortunio non determina automaticamente alcun tipo di responsabilità (né civile né penale) in capo al datore di lavoro⁴ – nonostante la sua posizione di garanzia fondata sull'art. 2087 c.c. – perché lo scopo dell'art. 42 è piuttosto la socializzazione delle conseguenze dannose provocate dal rischio infettivo, ponendo a carico dell'Inail la tutela previdenziale del lavoratore contagiato, superando così i limiti del sistema di responsabilità civile del datore di lavoro sul piano della riparazione dei danni provocati dall'illecito⁵. La norma, dunque, si sarebbe limitata a riaffermare la regola generale in base alla

l'inserimento del SARS-CoV-2 nell'Elenco degli agenti biologici che possono causare malattie infettive nell'uomo, attraverso contestuale modifica dell'allegato III della Direttiva 2000/54/CE relativa alla protezione dei lavoratori contro i rischi derivanti da un'esposizione ad agenti biologici durante il lavoro.

² La norma dispone «Nei casi accertati di infezione da coronavirus (SARS-CoV-2) in occasione di lavoro, il medico certificatore redige il consueto certificato di infortunio e lo invia telematicamente all'Inail che assicura, ai sensi delle vigenti disposizioni, la relativa tutela dell'infortunato. Le prestazioni Inail nei casi accertati di infezioni da coronavirus in occasione di lavoro sono erogate anche per il periodo di quarantena o di permanenza domiciliare fiduciaria dell'infortunato con la conseguente astensione dal lavoro. (...). La presente disposizione si applica ai datori di lavoro pubblici e privati». È precisato altresì che «I predetti eventi infortunistici gravano sulla gestione assicurativa e non sono computati ai fini della determinazione dell'oscillazione del tasso medio per andamento infortunistico di cui agli articoli 19 e seguenti del Decreto Interministeriale 27 febbraio 2019».

³ Critico su tale scelta L. LA PECCERELLA., *Infezione da coronavirus e tutela contro gli infortuni e le malattie professionali*, in *Diritto della sicurezza sul lavoro*, 2020, 1, 4 ss., laddove restano esclusi dalla tutela i medici e gli infermieri con rapporto di collaborazione coordinata e continuativa.

⁴ Esaustivamente R. Rivero, *Vero e falso sulla responsabilità datoriale da Covid-19. Aspetti civili, penali e previdenziali*, in *Questione Giustizia*, 19 maggio 2020.

⁵ Cfr. G. Ludovico, *Sicurezza e infortuni sul lavoro nel rischio da contagio da Covid-19: profili di responsabilità e di tutela previdenziale*, in corso di pubblicazione sulla *Rivista giuridica di diritto del lavoro*, 2021.

quale le malattie infettive contratte in circostanze lavorative sono qualificabili alla stregua di infortuni sul lavoro ai fini della relativa assicurazione obbligatoria (cfr. art. 2 D.P.R. 1124/1965)⁶ nell'ipotesi in cui siano determinate da «causa violenta» (virulenta, nel caso del Sars-Cov2) e «occasionate» dall'ambiente di lavoro⁷.

Il tema della responsabilità civile del datore di lavoro, viceversa, postula non soltanto che l'infezione sia occasionata dal lavoro, ma che il contagio sia oggettivamente e soggettivamente riconducibile a una condotta omissiva del datore di lavoro che non abbia adottato le misure di sicurezza dovute o vigilato sulla loro applicazione (cfr. art. 2087 c.c.).

Nonostante ciò, la natura ubiquitaria del virus, l'esponenzialità del contagio e l'incertezza scientifica che circonda la spiegazione della sua diffusione hanno fatto emergere, soprattutto negli ambienti imprenditoriali, preoccupazioni in ordine all'ampliamento della responsabilità civile in capo al datore di lavoro.

Occorre considerare al riguardo che, a mente dell' art. 2087 c.c., il datore di lavoro è inadempiente rispetto all'obbligo contrattuale di sicurezza, e dunque civilmente responsabile, quando omette le doverose misure di sicurezza sia nominate sia innominate, ossia quando le prescrizioni da seguire per evitare il contagio non siano tassativamente previste dalla legge, ma si rendano comunque «necessarie a tutelare l'integrità fisica

⁶ Su questo punto S. Giubboni, *Covid-19: obblighi di sicurezza, tutele previdenziali, profili riparatori*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona.it"*, 2020, 417, 5-9 e F. Rossi, M. L. Miazzi, *Infortunio: il nesso di causalità alla prova del Coronavirus*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2020, 7, 687-688. Lo stesso D.p.r. 1124/65 all'art. 2, comma 2, comprende fra gli infortuni sul lavoro l'infezione carbonchiosa e la circ. Inail 23 novembre 1994, n. 74 (Linee guida per la trattazione dei casi di malattie infettive e parassitarie) qualifica le infezioni derivate da agenti biologici quali infortuni. In giurisprudenza, *inter alias*, Cass. 28 ottobre 2004, n. 20941; Cass. 3 novembre 1982, n. 5764; Cass. 13 marzo 1992, n. 3090; Cass. 10 febbraio 1998, n. 1373; Cass. 1° giugno 2000, n. 7306; Cass. 8 aprile 2004, n. 6899; Cass. 12 maggio 2015, n. 9968. Sul punto si veda anche la circolare Inail n. 22 del 20 maggio 2020.

⁷ M. Marinelli, *Infortunio sul lavoro e Covid: molto strepito per nulla?*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 2020, 677 ss.; C. Garofalo, *La sospensione dell'attività lavorativa durante la nuova emergenza epidemiologica Covid-19*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2020, 5, 443; F. Rossi, M. L. Miazzi, *op. cit.* 687 ss.; L. Zaccarelli, V. Zaccarelli, *L'infezione da Covid-19 e le conseguenze in tema di assicurazione contro gli infortuni sul lavoro*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2020, 7, 695 ss.

e la personalità morale dei prestatori di lavoro», in base alla «particolarità del lavoro», alla «esperienza» e alla «tecnica». Il datore di lavoro, quale garante principale della salute e della sicurezza dei lavoratori, è tenuto non soltanto a dare attuazione al sistema prevenzionistico di cui al T.U. 81/2008, ma anche a garantire l'applicazione di ogni misura idonea a evitare o prevenire il rischio di lesione dei beni giuridici menzionati, secondo lo *standard* giurisprudenziale della massima sicurezza possibile.

Le preoccupazioni e i timori cui si faceva poc'anzi riferimento nascevano dal fatto che non erano state individuate con precisione le azioni esigibili per prevenire il contagio nei luoghi di lavoro dove l'attività lavorativa ha continuato a svolgersi durante il primo *lockdown* e poi nelle seguenti fasi di ripresa delle attività. Ad aggravare il quadro poi vi era la constatazione che l'eliminazione o la minimizzazione degli effetti dannosi di un pericolo postula che esso sia perlomeno conosciuto dalla scienza, la quale in questa materia, è chiamata a spiegare i rapporti di causa-effetto tra i fenomeni, affidando ai giuristi leggi di copertura valide almeno sul piano statistico, da usare nel giudizio di responsabilità.

3. I Protocolli anti-contagio: tipologia, natura giuridica ed efficacia.

Per fronteggiare i timori del mondo imprenditoriale, il Governo e le Parti sociali hanno incominciato ad adottare una tecnica innovativa per la materia della salute e della sicurezza sui luoghi di lavoro, ossia la negoziazione, a seguito di apposita trattativa, del contenuto specifico delle misure necessarie a contrastare e contenere la diffusione del Sars-Cov-2 negli ambienti lavorativi, previste in alcuni Protocolli condivisi di regolamentazione⁸.

⁸ Il Protocollo, 14 marzo 2020 è stato poi trasfuso con adattamenti nel Protocollo, 24 aprile 2020, stipulato tra Governo e Parti sociali, affiancato da altri protocolli da attuare in specifici settori, esemplificativamente, per i cantieri, per il settore del trasporto e della logistica sottoscritto il 20 marzo, per i servizi ambientali del 19 marzo 2020, per i servizi sanitari del 24 marzo, per l'edilizia del 24 aprile e così via. Sui protocolli v. *funditus* S. Bologna, M. Faioli, *Covid-19 e salute e sicurezza nei luoghi di lavoro: la prospettiva intersindacale*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2020, 2, 375 ss.

A partire dalla stipulazione dell'originario Protocollo 14 marzo 2020 e della sua versione aggiornata del 24 aprile, sono stati stipulati altri Protocolli contenenti linee guida di carattere precauzionale – ossia improntate ad una logica prudenziale imposta dalla condizione di incertezza scientifica sui fattori di trasmissione del contagio e sulle conseguenze dannose della malattia⁹ – che il datore di lavoro è tenuto a rispettare per prevenire il contagio.

Vale la pena sottolineare che il Protocollo del 24 aprile è la “madre” di tutti gli altri protocolli che sono vari e ramificati a differenti livelli (nazionale, territoriale e settoriale) e hanno la funzione di specificare, integrare e adattare il contenuto del Protocollo generale (senza perciò sostituirlo) ai multiformi contesti produttivi e organizzativi. È chiaro che in una situazione di emergenza dinamica, la prossimità delle Parti stipulanti al contesto specifico da regolare è idonea ad assicurare specificità alle regole cautelari di contenimento di un rischio mutevole e in continuo divenire in relazione alla singola realtà aziendale, alle varie ondate di contagio, al territorio ecc.

Peraltro, proprio l'estremo dinamismo del rischio ha condotto i negozianti del Protocollo generale a valorizzare la logica di cogestione dinamica dell'emergenza sui luoghi di lavoro, prevedendo la costituzione di appositi organismi, a livello aziendale, cui partecipano i rappresentanti dei lavoratori che hanno il compito di monitorare le misure di sicurezza applicate e proporre al datore di lavoro il loro eventuale aggiornamento/sostituzione al sopraggiungere di nuove conoscenze scientifiche circa le modalità di trasmissione dell'infezione¹⁰.

Quanto alla natura giuridica dei Protocolli, si è osservato da subito che essi restavano pur sempre atti di autonomia contrattuale – con al limite un aspetto concertativo dovuto alla presenza del Governo al tavolo della trattativa nell'ipotesi del protocollo del 24 aprile¹¹ –, il che

⁹ Cfr. P. Tullini, *op. cit.*, 343.

¹⁰ Secondo T. Treviso 2 luglio 2020, n. 2571 è antisindacale la condotta del datore di lavoro che si rifiuti di costituire un comitato per la verifica delle misure di contenimento del contagio previsto dai Protocolli.

¹¹ Il Governo promuove gli incontri tra le parti stipulanti ma nell'ambito dei protocolli non assume impegni specifici, cfr. A. Perulli, “*Diritto riflessivo*” e *autonomia collettiva al tempo del Covid-19*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2020, I, 299 ss.

nella dottrina giuslavorista ha scatenato un dibattito sulla loro efficacia soggettiva¹² e sulle eventuali vie di fuga dalla loro applicazione per i datori di lavoro non iscritti alle associazioni sindacali stipulanti¹³.

Occorreva, quindi, rafforzare la “fragile impalcatura” su cui poggiavano le norme cautelari condivise, attribuendo loro forza di legge. Ciò è avvenuto dapprima attraverso un recepimento materiale del testo del Protocollo in alcuni D.p.c.m.¹⁴ – con una mossa di vigorelliana memoria¹⁵ – e poi attraverso l’art. 1, commi 14 e 15, del d.l. 16 maggio 2020, n. 33, convertito con l. 14 luglio 2020, n. 74¹⁶ che ad essi rinvia sul presupposto che essi contengano la disciplina specifica per prevenire il contagio da applicare nell’ambiente lavorativo. I Protocolli condivisi, ora legificati al vario livello in cui intervengono, sono riconosciuti come fonti di regole cautelari e il loro rispetto costituisce condizione sufficiente e idonea a consentire lo svolgimento e la continuazione dell’attività produttiva che, in loro assenza, sarebbe stata così pericolosa da giustificare l’interruzione. Tanto è vero che è previsto all’interno dello stesso Protocollo del 24 aprile che il mancato rispetto dei protocolli può determinare la «sospensione dell’attività (...) fino al ripristino delle condizioni di sicurezza» con conseguente inibizione temporanea dell’attività produttiva.

¹² M.T. Carinci, *Obbligo di sicurezza e responsabilità datoriale: il rischio di contagio da Covid-19*, in *Labor*, 2020, 4, 390.

¹³ P. Pascucci, *Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra “raccomandazioni” e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale?*, in *Diritto della sicurezza sul lavoro*, 2019, 1, 108.

¹⁴ V. l’art. 2, D.p.c.m. 11 giugno 2020, riprodotta nel D.p.c.m. 7 agosto, 7 settembre e 7 ottobre e da ultimo, cfr. D.p.c.m. 3 dicembre 2020.

¹⁵ Cfr. P. Albi, *Sicurezza sul lavoro e responsabilità del datore di lavoro nella fase della pandemia*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2020, 12, 1119.

¹⁶ «Le attività economiche, produttive e sociali devono svolgersi nel rispetto dei contenuti di protocolli o linee guida idonei a prevenire o ridurre il rischio di contagio nel settore di riferimento o in ambiti analoghi, adottati dalle regioni o dalla Conferenza delle regioni e delle province autonome nel rispetto dei principi contenuti nei protocolli o nelle linee guida nazionali. In assenza di quelli regionali trovano applicazione i protocolli o le linee guida adottati a livello nazionale. Le misure limitative delle attività economiche, produttive e sociali possono essere adottate, nel rispetto dei principi di adeguatezza e proporzionalità, con provvedimenti emanati ai sensi dell’articolo 2 del decreto-legge n. 19 del 2020 o del comma 16».

3.1. *Gli effetti dei Protocolli anti-contagio: le regole cautelari “convenzionali” legificate e la responsabilità civile del datore di lavoro per infezione da Sars-Cov-2.*

Quanto sinora detto non esaurisce il dibattito che si agita intorno ai protocolli e in particolare rispetto ai loro effetti sul sistema di responsabilità civile del datore di lavoro di cui all’art. 2087 c.c. (cfr. art. 1218 c.c.). In proposito, un’altra modifica normativa è degna di nota giacché il legislatore è intervenuto sul tema con l’art. 29bis, l. 5 giugno 2020 n. 40¹⁷ il quale prevede: «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 d.l. 16 maggio 2020, n. 33».

Per comprendere il senso dell’art. 29bis è necessario ribadire le preoccupazioni sulla potenziale indeterminatezza dell’area di responsabilità del datore di lavoro di sicurezza. Secondo alcuni, la valutazione della diligenza che il datore impiega per realizzare il programma obbligatorio – *i.e.* l’obbligo di adozione e continuo aggiornamento di misure di sicurezza anche innominate¹⁸ – non avrebbe potuto essere lasciata, durante una pandemia, alla sensibilità dei singoli giudici, tanto più che lo standard di valutazione giurisprudenziale della diligenza dovuta coincide con la massima sicurezza tecnologicamente possibile¹⁹. Il sistema, secondo queste opinioni, andava corretto

¹⁷ Si tratta di un emendamento alla legge di conversione del cd. Decreto Liquidità l. 5 giugno, 2020 n. 40 Conversione in legge con modificazioni del d.l. 8 aprile 2020, n. 23. La norma è rubricata «Obblighi dei datori di lavoro per la tutela contro il rischio di contagio da COVID-19».

¹⁸ La clausola elastica contenuta nell’art. 2087 c.c. «vale a supplire alle lacune di una normativa che non può prevedere ogni fattore di rischio, ed ha una funzione di adeguamento di essa al caso concreto», *ex plurimis* Cass., 6 settembre 1988, n. 5048.

¹⁹ Cass. 27 settembre 94, n. 10164 «il datore di lavoro deve ispirare la sua condotta alle acquisizioni della migliore scienza ed esperienza per fare in modo che il lavoratore sia posto nelle condizioni di operare con assoluta sicurezza. Pertanto non è sufficiente che una macchina sia munita degli accorgimenti previsti dalla legge in un

attraverso la positivizzazione di quello che è stato chiamato (impropriamente) “scudo”²⁰ per le imprese che sarebbe stato imposto da esigenze di certezza del diritto²¹.

Così a seguito dell’emanazione dell’art. 29bis, parte della dottrina²² ha ritenuto che la norma metta “fuori gioco” l’art. 2087 c.c., il quale non costituirebbe più il riferimento generale per giudicare dell’esatto adempimento del datore di lavoro rispetto all’obbligo di sicurezza che su di lui grava (qualora si verificassero infezioni in azienda), visto che il rischio da contagio è presidiato esclusivamente dalle prescrizioni convenzionali nominate nei protocolli, le quali costituirebbero la *lex specialis* esclusivamente applicabile nel concorso di norme che si va profilando.

La tesi non si condivide: l’art. 2087 non è sostituito dall’art. 29bis. La norma, dunque, si inserisce come un tassello nel puzzle del sistema di responsabilità civile (2087-1218 c.c.) che costituisce, ancora oggi, la griglia attorno alla quale si articolano i vari elementi di una responsabilità per inadempimento colposo e non una responsabilità (oggettiva) per danni²³. Il legislatore d’emergenza, considerando tra le

certo momento storico se il processo tecnologico cresce in modo tale da suggerire ulteriori e più sofisticati presidi per rendere la stessa sempre più sicura. L’art. 2087 c.c., infatti, nell’affermare che l’imprenditore è tenuto ad adottare nell’esercizio dell’impresa misure che, secondo le particolarità del lavoro, l’esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l’integrità fisica e la personalità morale del lavoratore, stimola obbligatoriamente il datore di lavoro ad aprirsi alle nuove acquisizioni tecnologiche».

²⁰ R. Pessi, *Lo scudo per le aziende utile a ripartire*, consultabile sul sito <https://open.luiss.it/2020/05/19/lo-scudo-per-le-imprese-utile-a-ripartire/>

²¹ E. Erario Boccafurni, *L’art. 2087 c.d. e il valore del protocollo sindacato-azienda nella definizione del perimetro della responsabilità datoriale*, in *Diritto della sicurezza sul lavoro*, 2020, 2, 62 ss., spec. 64.

²² A. Maresca, *Il rischio di contagio da COVID-19 nei luoghi di lavoro: obblighi di sicurezza e art. 2087 c.c. (prime osservazioni sull’art. 29-bis della l. n. 40/2020)*, in *Diritto della sicurezza sul lavoro*, 2020, 2, 7; E. Erario Boccafurni, *op. cit.*, 62 ss.; M. Marazza, *L’art. 2087 c.c. nella pandemia Covid-19 (e oltre)*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2020, I, 267 ss. con alcune differenze significative rispetto alle impostazioni degli altri autori citati; S. Giubboni, *op. cit.*, 5-9.

²³ Cfr. da ultimo, *inter alias*, Cass., 29 ottobre 2020, n. 23921 «L’art. 2087 c.c. non configura un’ipotesi di responsabilità oggettiva, in quanto la responsabilità del datore di lavoro - di natura contrattuale - va collegata alla violazione degli obblighi di comportamento imposti da norme di legge o suggeriti dalle conoscenze sperimentali o tecniche del momento; ne consegue che incombe al lavoratore che lamenti di avere

priorità la tutela della coesione sociale e della continuità produttiva, ha voluto, coinvolgendo direttamente le parti sociali, che l'autonomia collettiva, attraverso le linee guida contenute nei Protocolli²⁴, specificasse alcune norme cautelari minime – tipizzate e cristallizzate allo stato della conoscenza medica del 24 aprile 2020, per quanto attiene al Protocollo generale e dei successivi ed eventuali aggiornamenti e integrazioni – che il datore di lavoro è tenuto a rispettare per evitare il diffondersi del contagio nell'ambiente lavorativo. Ciò non significa però anche che quelle regole prudenziali non debbano essere inserite e adattate dal datore di lavoro allo specifico contesto e in relazione all'evolversi delle conoscenze tecniche e scientifiche secondo parametri di diligenza qualificata.

Infatti, da un'analisi attenta del contenuto del protocollo del 24 aprile, non può sfuggire che il suo testo – infarcito di “potrebbe” e “dovrebbe” – contiene molti coni d'ombra perchè le misure in esso nominate non eliminano la discrezionalità giudiziale sul modo in cui esse dovrebbero essere applicate secondo lo standard imposto dall'art. 2087 c.c.

Il Protocollo generale – ma ciò vale anche per gli altri Protocolli che intervengono ai vari livelli – tipizza, accanto a regole cautelari molto specifiche (per es. collocare all'ingresso l'igienizzante per le mani), regole elastiche che comportano per loro natura un necessario sforzo adattivo del datore di lavoro rispetto allo specifico contesto e all'organizzazione aziendale da lui configurata²⁵ (per fare soltanto un esempio la rimodulazione delle postazioni di lavoro all'interno dello spazio aziendale è suscettibile di essere configurato in svariati modi; *idem* lo scaglionamento delle entrate e delle uscite; la stessa scelta unilaterale del datore di lavoro di ricorrere allo *smart working* è connotata da un alto livello di discrezionalità). Tale sforzo, dunque, resta suscettibile di essere valutato dal giudice secondo i parametri di cui all'art. 2087 c.c. ossia secondo la «particolarità del lavoro

subito, a causa dell'attività lavorativa svolta, un danno alla salute, l'onere di provare, oltre all'esistenza di tale danno, la nocività dell'ambiente di lavoro, nonché il nesso tra l'una e l'altra, e solo se il lavoratore abbia fornito tale prova sussiste per il datore di lavoro l'onere di provare di avere adottato tutte le cautele necessarie ad impedire il verificarsi del danno.

²⁴ Cfr. i rilievi critici sulla genericità del rinvio di P. Albi, *op. cit.*, 1129.

²⁵ Sul punto, M. Marazza, *op. cit.*, 268 ss.

l'esperienza e la tecnica», esattamente come sarebbe accaduto se l'art. 29bis non fosse mai stato emanato.

Non solo. Poiché gli studi scientifici medico sanitari si evolvono, giorno dopo giorno, e i dispositivi di protezione e igiene disponibili sul mercato sono sempre più sofisticati, non si potrà certo escludere la possibilità che le conoscenze mediche e la produzione di dispositivi tecnici di protezione (vedi per esempio le mascherine) siano in grado di superare le indicazioni statiche contenute nei Protocolli²⁶.

Vero è che il Protocollo “madre” prevede la costituzione di organismi paritetici e di varie forme di interlocuzione tra le parti, a livello aziendale, che consentono di aggiornare le misure applicate, ma è altrettanto vero che il datore di lavoro non è obbligato a contrarre l'aggiornamento delle misure di sicurezza, ma soltanto a trattare con i rappresentanti dei lavoratori²⁷, potendo legittimamente rifiutare l'introduzione di misure aggiornate per le ragioni più svariate che restano irrilevanti. Non può essere sottovalutato, in altri termini, che i comitati paritetici, su cui si basa il presunto carattere dinamico dei Protocolli, risentono per loro natura dei rapporti di forza che al loro interno si instaurano.

Stando così le cose, – in assenza di una modifica formale del Protocollo anti-contagio negoziata con i rappresentanti dei lavoratori a livello aziendale – non potrebbe ritenersi il datore di lavoro esautorato

²⁶ Al riguardo è interessante in questa prospettiva ragionare sulle questioni di recente innescate dalla disponibilità del vaccino e alla possibilità del datore di licenziare il dipendente che si rifiuti di eseguirlo, cfr. P. Ichino, *Vaccino anti-Covid: può il datore di lavoro imporlo e, in caso di rifiuto, licenziare il lavoratore?*, dibattito in *Il Quotidiano giuridico*, 8 gennaio 2021: «Un'altra obiezione che viene mossa alla tesi qui sostenuta è quella secondo cui, in materia di prevenzione del contagio da Covid-19, il contenuto concreto dell'obbligo di sicurezza dell'imprenditore sarebbe stato, per così dire, cristallizzato dalla norma contenuta nell'art. 29bis d.l. n. 23/2020 – c.d. Decreto Liquidità –, come convertito con la 40/2020, che rinvia al contenuto dei protocolli convenuti tra il Governo e le parti sociali. Ma l'epoca in cui la norma è stata emanata, nella quale vaccinarsi non era ancora possibile e non era neppure prevedibile quando e con quali modalità lo sarebbe stato, impedisce di dedurre dalla norma stessa l'esclusione della vaccinazione dal novero delle misure attivabili oggi dall'imprenditore per la prevenzione del contagio. E sappiamo come l'art. 2087 c.c. sia una “norma aperta” proprio nel senso che l'obbligo di sicurezza in esso contenuto si arricchisce di contenuti concreti via via che la scienza e la tecnica mettono a disposizione nuove misure efficaci».

²⁷ Specificamente G. Ludovico, *op. cit.*

dall'obbligo di aggiornamento delle misure esigibili secondo il principio della massima sicurezza tecnologica possibile. Se le cose stessero così, il datore di lavoro sarebbe deresponsabilizzato e indotto ad applicare alla lettera solo gli accorgimenti minimi indicati nei Protocolli, ma non si può fare a meno di notare che un tale disincentivo a garantire il costante monitoraggio delle innovazioni tecniche e scientifiche sul tema potrebbe mettere a repentaglio il bene primario della salute dei lavoratori la cui protezione costituisce l'obiettivo centrale su cui punta l'intera legislazione prevenzionale, tenuto soprattutto conto che il T.U. 81/2008, che non è stato certamente messo fuori gioco dall'art. 29bis.

4. *Dal diritto positivo al diritto "emotivo".*

Per tutte le ragioni appena esposte è forte la convinzione che l'art. 29bis non sia in grado di garantire sul piano tecnico l'effetto di "scudo" che voleva essere raggiunto sul piano politico.

Tanto più che il legislatore sembra essere dimentico che l'art. 2087 c.c., qualora sussistano i presupposti di cui agli artt. 589 e 590 c.p., fonda una posizione di garanzia del datore di lavoro che se violata reca con sé conseguenze di natura penale.

Qualora fosse stato davvero necessario costruire uno "scudo" (e su questo si dirà tra breve), il metodo tecnicamente più corretto sarebbe stato quello già utilizzato nel settore della colpa medica per contrastare il fenomeno della cd. medicina difensiva, dove il cd. Decreto Balduzzi, 13 settembre 2012, n. 158, aveva previsto che il medico qualora si fosse attenuto alle linee guida non avrebbe risposto penalmente per colpa lieve. La distinzione tra colpa grave e colpa lieve, già nota all'ordinamento giuridico (cfr. artt. 935 c.c.; 2236 c.c.; art. 96 c.p.c. e art. 6 d.lgs. 231/2001), avrebbe potuto essere importata nel sistema della responsabilità civile del datore di lavoro per infezione da Sars-Cov-2. Tale operazione peraltro sarebbe stata resa agevole dal fatto che si sarebbe potuto beneficiare della categorizzazione del concetto di "colpa grave" già delineata dalla dottrina secondo cui versa in colpa grave chi non si attiene alle linee guida, chi pur attenendosi alle stesse non adegua il loro contenuto alle peculiarità del caso concreto e chi realizza il programma obbligatorio con una macroscopica negligenza.

Infine, occorre affrontare un ultimo aspetto di questa intricata

vicenda, chiedendosi se fosse davvero necessario uno “scudo” per prevenire le (fino ad ora virtuali) richieste di risarcimento del danno da parte dei lavoratori per l’infezione da Sars-cov-2 contratta sul luogo di lavoro.

Si vuole allora anteporre una conclusione alla sua spiegazione: l’art. 29*bis*, pur con tutti i difetti sopra evidenziati, è sostanzialmente una norma innocua che non sposta di molto l’equilibrio del sistema giuridico che si sarebbe preservato attraverso un’interpretazione ragionevole, cui non si dubita la magistratura sarebbe pervenuta. La norma, infatti, costituisce più che altro un esempio di norma “emotivamente tranquillizzante” nei confronti del mondo imprenditoriale che “gattopardianamente” cambia tutto per lasciar tutto com’era.

Se ben ci si riflette, in un eventuale giudizio di risarcimento del danno *ex art.* 2087 c.c. il lavoratore avrebbe ben poche chance di risultare vittorioso. Spetta a lui, infatti, la prova diabolica dell’*eziologia* dell’infezione da Sars-Cov-2²⁸, ossia la dimostrazione che il contagio, oltre a esser stato contratto sul luogo di lavoro, è ricollegabile alla condotta (omissiva) negligente/colposa del datore di lavoro secondo il principio della “preponderanza dell’evidenza”, applicabile alla causalità civile. Dunque, anche in assenza del presunto “scudo” introdotto dall’art. 29*bis*, il lavoratore dovrebbe provare – oltre al danno all’integrità psicofisica – che, “è più probabile che”²⁹ l’infezione si sia determinata dall’omissione delle misure di sicurezza esigibili da parte del datore di lavoro, “che non” in un diverso ambiente.

È incontestabile in proposito che la natura ubiquitaria del virus renda la prova del nesso di causalità molto simile a quella delle malattie

²⁸ Cfr. M.T. Carinci, *op. cit.*, 395 ss.

²⁹ Sotto il punto di vista oggettivo, l’accertamento causale da compiersi è analogo a quello vigente in materia penale, nel caso di condotta omissiva: eliminata mentalmente l’azione omessa e inserita la condotta doverosa del sanitario, bisognerà procedere ad un giudizio controfattuale al fine di vedere se l’esecuzione della condotta doverosa avrebbe ostacolato il contagio. In tale accertamento, il grado probabilistico del risultato ottenuto a seguito dell’impiego della legge di copertura scientifica deve essere corroborato, escludendo l’incidenza di cause alternative e di fattori interruttivi della causalità. L’accertamento del rapporto causale, tuttavia, nel processo civile non deve essere segnato dalla regola dell’oltre ogni ragionevole dubbio, ma da quella del più probabile che non. Cfr. Cass., 17 febbraio 2020, n. 3909

multifattoriali³⁰, salvo il caso in cui nella stessa azienda si siano verificati più o meno contestualmente diversi casi di contagio e che ciò poteva essere ricollegabile ad una condotta inerte del datore di lavoro che non aveva fatto il possibile per prevenire il contagio³¹.

5. Il diritto alla protezione dei dati personali sanitari nel rapporto di lavoro alla luce della legislazione emergenziale. Il coordinamento sistematico tra le misure precauzionali e i limiti ai poteri datoriali di verifica e controllo sullo stato di salute dei dipendenti.

Le misure precauzionali contenute all'interno dei Protocolli condivisi aprono delicati problemi connessi al loro coordinamento sistematico con il sistema dei limiti al potere del datore di lavoro di controllo e verifica dello stato di salute dei dipendenti³².

Tra le prescrizioni in essi contenute, infatti, vi sono regole cautelari che il datore di lavoro è tenuto a rispettare (cfr. artt. 2087 c.c.- art. 29bis) che riguardano le modalità di attuazione della sorveglianza sanitaria in azienda e la gestione di persone sintomatiche. A titolo esemplificativo, il protocollo³³ prevede che il personale possa essere sottoposto al controllo della temperatura corporea (finalizzato alla preclusione dell'accesso ai luoghi di lavoro qualora la febbre risulti superiore ai 37 gradi e mezzo punto 2); che l'ingresso di lavoratori già risultati positivi

³⁰ Sul punto F. Rossi, M. L. Miazzi, *op. cit.*, 687.

³¹ In quest'ultimo caso, la teoria della causalità adeguata (artt. 40 e 41 c.p.) civilistica si potrebbe accontentare di una legge di copertura statistica-epidemiologica. Spetterebbe a questo punto al datore di lavoro di provare le cd. concause che da sole siano in grado di determinare l'evento dannoso (per esempio che i conviventi del lavoratore o dei lavoratori siano contagiati e vivano nello stesso ambiente).

³² Sul tema cfr. F. Bacchini, *Controlli sanitari sui lavoratori al tempo del COVID-19*, in *Giustiziacivile.com*, 18 marzo 2020, 4; A.M. Campanale, *Tra precauzione e prevenzione: misure di sicurezza anticontagio e tutela della privacy*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2020, 8/9, 803 ss.; M.T. Carinci, *op. cit.*; L. D'Arcangelo, *La tutela dei dati personali nei luoghi di lavoro al tempo del Covid-19 (e oltre)*, in *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, O. Bonardi, U. Carabelli, M. D'Onghia, L. Zoppoli (a cura di), Roma, 2020, n. 1; E. Dagnino, *La tutela della privacy ai tempi del coronavirus: profili giuslavoristici*, in *Giustiziacivile.com*, 2020, D. Poletti, *Il trattamento dei dati inerenti alla salute nell'epoca della pandemia: cronaca dell'emergenza*, in *Persona e mercato*, 2020, 2, 66 ss. A. Sitzia, *Coronavirus, controlli e privacy nel contesto del lavoro*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2020, 5, 495 ss.

³³ Da ultimo allegato n. 12 al D.p.c.m. 3 dicembre 2020.

debba essere preceduto da una certificazione medica da cui risulti la “avvenuta negativizzazione” del tampone; che l’azienda collabora con le Autorità sanitarie per la definizione degli eventuali “contatti stretti” di una persona presente in azienda che sia stata riscontrata positiva al tampone COVID-19 (punto 11); che il medico competente segnali all’azienda situazioni di particolare fragilità e patologie attuali o pregresse dei dipendenti e l’azienda provvede alla loro tutela nel rispetto della privacy.

I protocolli prevedono che il datore possa eseguire «trattamenti» di alcune «categorie particolari di dati» (*ex dai sensibili*), ossia dei dati sanitari dei lavoratori, perseguendo una doppia finalità: in primo luogo, garantire condizioni di salubrità e sicurezza degli ambienti di lavoro delle modalità lavorative e, in secondo luogo, frenare a scopo precauzionale il diffondersi del contagio.

Il primo problema da segnalare riguarda il rapporto tra tali misure e l’art. 5 dello Statuto dei lavoratori che non è stato formalmente abrogato dalla legislazione emergenziale³⁴. La norma – la cui violazione integra reato contravvenzionale punibile *ex art. 38 St. lav.* – vieta che gli accertamenti sanitari sui lavoratori siano effettuati direttamente dal datore di lavoro o, indirettamente, per il tramite di un suo medico di fiducia, ponendosi l’obiettivo di cancellare l’odiosa figura del “medico di fabbrica” e assicurare che gli accertamenti sanitari sul personale dipendente siano demandati, su richiesta del datore di lavoro, all’imparzialità dei servizi ispettivi degli enti pubblici competenti³⁵ o a strutture sanitarie pubbliche³⁶. L’attenzione che i protocolli riservano alla figura del medico competente, peraltro, non sembra idonea a comporre il contrasto in parola perché tale figura ha il compito di attestare l’idoneità fisica del lavoratore necessaria per lo svolgimento di mansioni specifiche, mentre i protocolli demandano all’impresa il compito di svolgere accertamenti sulla generica idoneità a fare ingresso sul luogo di lavoro che, secondo l’art. 5 St. lav., dovrebbero essere svolti dalle competenti strutture pubbliche.

Se le cose stanno così, allora l’unico modo per risolvere il conflitto normativo appena tratteggiato è prendere atto che le norme contenute

³⁴ Sul punto, M.T. Carinci, *op. cit.*

³⁵ Per quanto riguarda il controllo delle assenze per malattia o infortunio.

³⁶ Per quanto attiene al controllo sull’idoneità fisica del lavoratore, almeno per il personale già assunto.

nei protocolli hanno carattere eccezionale e come tali «non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati» (cfr. art. 14 disp. prel. Cod. civ.). Non vi è dubbio che la legislazione emergenziale in questa materia sia dettata per risolvere problemi particolari sollevati da una congiuntura epidemiologica e che, pertanto, finché durerà lo stato di emergenza dichiarato il 31 gennaio 2020, le misure previste dai protocolli costituiscano misure eccezionali applicabili in deroga alla materia dei trattamenti dei dati sanitari dei lavoratori.

Se così è, resta impregiudicato che le indicazioni ivi previste non possono essere estese a casi non contemplati all'interno dei Protocolli, facendo ricorso all'analogia. Infatti, le norme contenute nei Protocolli costituiscono la «base giuridica» (cfr. art. 6 GDPR) che autorizza il datore di lavoro a trattare determinate categorie particolari di dati personali (v. *amplius infra*) – per es. il dato che riguarda la temperatura corporea – e non anche qualsiasi altro tipo di dato sanitario a contenuto diverso – per es. il livello di saturazione dell'ossigeno nel sangue del lavoratore. Ciò sarebbe contrario, infatti, al divieto dell'art. 5 St. lav., che resta in vigore, salva la possibilità che nelle more intervenga una modifica integrativa per aggiunta dei Protocolli (anche a livello aziendale) finalizzata ad aggiornare la base giuridica del trattamento e sempre che quel trattamento sia necessario ai fini della prevenzione del contagio sui luoghi di lavoro. Su tale profilo il Garante per la protezione dei dati personali, con un comunicato del 2 marzo 2020, ha sin da subito raccomandato alle imprese di astenersi da iniziative “fai da te” di raccolta aprioristica e sistematica, attraverso indagini generalizzate non consentite, di informazioni sullo stato di salute dei lavoratori e dei loro prossimi congiunti³⁷.

5.1. Il trattamento di dati sanitari dei lavoratori necessario per assolvere gli obblighi contrattuali del titolare del trattamento derivanti dal rapporto di lavoro.

Quanto detto al paragrafo precedente non toglie che le informazioni sanitarie che il datore di lavoro è facoltizzato a raccogliere, per il tramite del medico competente, memorizzare e comunicare devono essere trattate nel rispetto della normativa posta a protezione dei dati

³⁷ Su tale provvedimento v. E. Dagnino, *op. cit.*

personali e quindi del d.lgs. 196/2003, come modificato dal d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101, di adeguamento del codice al cd. GDPR, Regolamento 2016/679/UE. Tale constatazione è peraltro sottolineata all'interno dei protocolli condivisi (nota 1 al punto 2) e su tale aspetto mi riservo di ritornare.

Quanto al trattamento di categorie particolari di dati nel rapporto di lavoro, occorre ricordare che l'art. 9, par. 2, GDPR – al contrario dell'art. 5 St. lav. – ammette la possibilità che il datore tratti dati sanitari dei dipendenti qualora ciò sia necessario ad assolvere gli obblighi ed esercitare i diritti specifici del titolare o dell'interessato in materia di diritto del lavoro, nei limiti in cui ciò sia autorizzato dalla legge o da un contratto collettivo e alla condizione che i diritti fondamentali dell'interessato siano preservati attraverso l'adozione di misure specifiche (art. 9, par. 2, lett. b)³⁸. L'ordinamento italiano, poi, subordina tale possibilità alla concessione di un'autorizzazione da parte del Garante per la protezione dei dati personali che potrebbe individuare ulteriori limiti o specifiche misure di protezione³⁹.

La normativa *privacy* prende atto che i dati personali sensibili dei lavoratori possono circolare nell'ambiente aziendale e obbliga il datore di lavoro a trattarli, compiendo su di essi numerose operazioni che vanno dalla raccolta alla loro cancellazione, qualora vi sia una base legale giustificatrice del trattamento (art. 6 GDPR) e nel rispetto dei principi del trattamento (individuati dall'art. 5 del GDPR).

Tra essi assume un ruolo decisivo il principio di *accountability* che

³⁸ Ottenere il consenso esplicito del lavoratore interessato, invece, non costituirebbe una legittima base del trattamento perché il consenso nel rapporto di lavoro, caratterizzato per definizione da una disparità di poteri, non garantirebbe che il consenso sia prestato consapevolmente; sia consentito rinviare su questo punto a A. Ingraio, *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy: una lettura integrata*, 2018, Bari, 110.

³⁹ Occorre considerare che l'art. 9, par. 4, GDPR prevede che gli Stati membri possono mantenere o introdurre ulteriori condizioni, comprese limitazioni, con riguardo al trattamento di dati genetici, biometrici e relativi alla salute. In attuazione di tale disposizione l'art. 2^{septies} d.lgs. 196/2003 prevede che il Garante per la protezione dei dati, con cadenza almeno biennale adotti un provvedimento con cui prescrive misure di garanzia specifiche in relazione alla categoria particolare di dati. Ad oggi non risulta modificato l'ultimo "Provvedimento recante le prescrizioni relative al trattamento di categorie particolari di dati, ai sensi dell'art. 21, comma 1 del d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101" [9124510], pubblicato in Gazzetta n. 176 del 29 luglio che autorizza il trattamento di dati sanitari all'interno del rapporto di lavoro.

si traduce in un obbligo in capo al “titolare del trattamento” datore di lavoro di prevenire la lesione dei diritti di dignità e autodeterminazione dei lavoratori sottoposti a trattamento, attraverso l’implementazione di misure (organizzative e tecniche) adeguate ad attenuare o eliminare i rischi sottesi al trattamento, facendo in modo che l’organizzazione informativa sia conforme *by design* e *by default* ai canoni di trasparenza, proporzionalità, minimizzazione e legalità. La logica di fondo è quella della prevenzione già nota nella materia della protezione della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro che qui viene applicata al diritto alla dignità e all’autodeterminazione del lavoratore.

Volendo applicare i principi in parola al caso della raccolta dei dati relativi alla temperatura corporea, coniugandoli con i “suggerimenti” già contenuti nel protocollo riguardo all’adozione di misure idonee a garantire la protezione dei dati, occorre considerare che il datore di lavoro, per il tramite del medico competente, dovrà prima della rilevazione della temperatura fornire l’informativa sul trattamento dei dati personali. In questo caso particolare, l’informativa privacy può essere enunciata anche oralmente al lavoratore, il quale deve essere reso edotto da parte del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento (il medico competente) della finalità del trattamento (il protocollo suggerisce d’indicare «la prevenzione dal contagio da COVID-19») e della sua base giuridica che, come è stato già detto, coincide con la doverosa attuazione dei protocolli da parte del datore di lavoro.

Inoltre, è doveroso informare il lavoratore del fatto che alcun dato sarà memorizzato e conservato, ad eccezione del caso in cui la misurazione della temperatura corporea rilevi febbre superiore a 37,5 gradi. Solo in tal caso, il dato potrà essere raccolto e memorizzato, identificando l’interessato, poiché potrebbe essere necessario a documentare in futuro le ragioni che hanno impedito l’accesso ai locali aziendali. Quanto a questo profilo, il lavoratore in questione dovrà essere informato anche del periodo di *data retention* (la conservazione dei dati), con apposita comunicazione che sottolinei che i dati saranno cancellati e distrutti al termine dello stato d’emergenza.

In secondo luogo, ma comunque preventivamente rispetto alla raccolta dei dati, il datore di lavoro è tenuto a definire misure di sicurezza e misure organizzative «adeguate» a proteggere il dato relativo alla temperatura. Sotto il profilo organizzativo, occorre

individuare i soggetti preposti al trattamento e fornire loro le istruzioni necessarie⁴⁰.

I dati, inoltre, non potranno essere usati per finalità differenti rispetto a quelle di prevenzione del contagio: il datore di lavoro non potrebbe (perché il Protocollo non lo autorizza a ciò) per esempio, conservare e memorizzare i dati per creare dei report sullo stato di salute dei dipendenti.

Infine, tali dati non possono essere comunicati a terzi, salvo quanto si dirà nel prossimo paragrafo.

5.2. Il trattamento di dati sanitari da parte del datore di lavoro per finalità di sanità pubblica alla luce del diritto emergenziale: il ruolo dell'art. 17bis d.l. 18/2002 come convertito dalla l. 24 aprile 2020, n. 17.

Nel paragrafo precedente si è analizzato il caso in cui il datore di lavoro, quale debitore contrattuale di sicurezza, si trovi a trattare dati sanitari dei lavoratori, nei limiti in cui ciò sia consentito dai Protocolli. In questo paragrafo, invece, si farà cenno ai trattamenti di dati sanitari dei lavoratori che il datore di lavoro svolge in qualità di “soggetto attuatore” delle misure di garanzie nell’esecuzione delle funzioni d’interesse pubblico attribuitegli nell’ambito dell’emergenza determinata dal diffondersi del Sars-Cov-2⁴¹.

In proposito si consideri che, l’art. 17bis d.l. 18/2002 come convertito dalla l. 24 aprile 2020, n. 17 prevede, come annuncia la rubrica, alcune «disposizioni sul trattamento dei dati personali nel contesto emergenziale» destinate a operare «fino al termine dello stato di emergenza (...)». L’art. 17bis è la trasposizione, con alcune modifiche, dell’art. 14 D.L. 9 marzo 2002 n. 14, originariamente applicabile soltanto ai soggetti operanti nel Servizio Sanitario Nazionale, agli Uffici del Ministero della Salute e agli altri enti pubblici e privati che, a vario titolo, durante l’emergenza, si sono trovati costretti a trattare, comunicare e scambiare dati sanitari di contagiati, malati ecc.

⁴⁰ Lo stesso medico competente sarà nominato responsabile del trattamento e i lavoratori che saranno deputati a venire in contatto con i dati soggetti autorizzati.

⁴¹ Su tale distinzione F. Perrone, *Questioni di conformità del diritto alla privacy dell'emergenza con il diritto dell'Unione europea*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2020, 2, 581 ss.

ecc.⁴²

La legge di conversione 24 aprile 2020 n. 17, ampliando l'ambito di applicazione della disposizione, ha introdotto tra i destinatari della norma anche i soggetti «deputati a monitorare e a garantire l'esecuzione delle misure»⁴³ per prevenire e contenere il contagio sui luoghi di lavoro attraverso l'attuazione dei Protocolli anti-contagio.

I datori di lavoro, per quanto qui interessa, possono trattare particolari categorie di dati (dati sensibili e dati relativi a condanne penali) «anche allo scopo di assicurare la più efficace gestione dei flussi e dell'interscambio di dati personali» e, in particolare, comunicarli alle strutture sanitarie, qualora ciò risulti necessario all'espletamento delle funzioni ad essi attribuite nell'ambito dell'emergenza determinata dal diffondersi del COVID-19.

Per comprendere la disposizione, allora, occorre prendere in considerazione la base giuridica del trattamento che, come si è detto, è costituita dal protocollo del 24 aprile 2020 dove (punto 11 “gestione di una persona sintomatica in azienda”) si dichiara che l'azienda è tenuta a collaborare con le Autorità sanitarie ai fini della ricostruzione della filiera degli eventuali “contatti stretti” di un lavoratore risultato positivo al COVID-19.

Risulta chiaro, a questo punto, che la disciplina di cui all'art. 17 *bis*, è applicabile al datore di lavoro soltanto nella misura in cui svolga un ruolo di “raccordo” con il Sistema Sanitario Nazionale o con le altre Autorità menzionate nella norma, in qualità di «soggetto attuatore» delle misure anti-contagio. Tanto che la norma rinvia al rispetto dell'art. 9, par. 2 lett. g), h) e i), GDPR che autorizzano, rispettivamente, i trattamenti di dati sensibili per motivi di interesse pubblico rilevante stabilito dalla legge (nel rispetto del principio di proporzionalità e fermo l'obbligo di adottare misure appropriate e specifiche); per finalità di «medicina preventiva e di medicina del lavoro, valutazione della capacità lavorativa del dipendente (...)» e, infine, per la necessità di trattare dati nel settore della sanità pubblica per motivi d'interesse pubblico.

In tal caso, per quanto qui rileva, l'art. 17 *bis* autorizza l'azienda,

⁴² Cfr., *amplius*, A. Sitzia, *op. cit.*, 504.

⁴³ Misure «disposte ai sensi dell'art. 2, d.l. 25 marzo 2020, n. 19» ossia le misure introdotte per il tramite dei D.p.c.m. e dunque anche del protocollo 24 aprile che è allegato ai vari provvedimenti legislativi sinora succedutisi.

ferma la doverosa applicazione di misure appropriate a tutela dei dati, ad omettere l'informativa al lavoratore o informare oralmente il lavoratore che i suoi dati saranno comunicati a terzi (comma 5) con una disposizione per nulla innovativa ma specificativa di quanto già previsto dall'art. 23, par. 1, lett. e) GDPR e, inoltre, autorizza il datore di lavoro a istruire anche oralmente i soggetti incaricati a trattare i dati che saranno trasmessi alle Autorità sanitarie.