PuntoSicuro

ARTICOLO DI PUNTOSICURO

Anno 23 - numero 4907 di Mercoledì 07 aprile 2021

Protocolli anti-contagio, test e vaccini: la mappa per il datore di lavoro.

Le FAQ della Fondazione Studi Consulenti del Lavoro con le risposte ai quesiti più frequenti in materia. Cosa deve fare oggi il datore di lavoro? Come comportarsi con i vaccini, le assenze e la privacy dei lavoratori?

In riferimento alla tematica molto discussa dei protocolli anti-contagio, dei test e dei vaccini sul luogo di lavoro, pubblichiamo un approfondimento della Fondazione Studi Consulenti del Lavoro che contiene le risposte ai quesiti più frequenti in materia.

Segnaliamo che il documento è antecedente al decreto-legge 1 aprile 2021, n.44 recante "Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici", quindi è necessario tener conto dei nuovi obblighi vaccinali per alcune categorie di lavoratori, presentati nell'articolo " COVID-19: il nuovo decreto-legge e gli obblighi vaccinali"

Pubblicità
<#? QUI-PUBBLICITA-SCORM1-[EL0727] ?#>

Protocolli anti-contagio, test e vaccini: la mappa per il datore di lavoro - Le FAQ

VACCINO E AMBIENTI DI LAVORO

1. Il datore di lavoro può imporre il vaccino al lavoratore in base alle previsioni normative vigenti?

L' articolo 2087 del Codice Civile, combinato con l'articolo 41 della Costituzione, sembrerebbero portare ad una risposta affermativa: "L'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro". Inoltre, "L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana".

Tuttavia, come più volte ripreso, l'articolo 32 della Costituzione prevede che il cittadino sia libero di scegliere i trattamenti sanitari a cui sottoporsi, a meno che questi non siano resi obbligatori per disposto normativo (riserva assoluta di legge). Inoltre, negli ambienti di lavoro ove sia applicabile il Titolo X del D.Lgs. n.81/2008 e s.m.i. (Esposizione ad agenti biologici), l'articolo 279 del citato decreto prevede che il datore di lavoro "metta a disposizione" efficaci vaccini in ambiente di lavoro per il tramite del medico competente.

Pertanto, se gli articoli 2087 del Codice Civile. e 41 della Costituzione lasciano intendere in capo al datore di lavoro la possibilità di considerare il vaccino come un valido strumento di "gestione sicura" della propria impresa, gli articoli 32 Cost. e 279 D.Lgs. n. 81/2008 riducono fortemente questo potere, prevedendo la possibilità e non l'imposizione di tale misura.

2. Come comportarsi di fronte al rifiuto del lavoratore di vaccinarsi?

Premettendo che il datore di lavoro non può essere informato in merito a dati personali e particolari (ex sensibili) inerenti la sfera sanitaria del lavoratore, il rifiuto del lavoratore può avere come conseguenza la sottoposizione del lavoratore stesso alla visita medica per la verifica dell'idoneità, da parte del medico competente, in base al protocollo sanitario relativo alla specifica mansione.

Ove il medico attesti la temporanea inidoneità alla mansione il datore di lavoro deve in alternativa valutare se l'attività svolta dal lavoratore possa essere gestita in modalità smart working oppure se il lavoratore possa essere adibito ad altre mansioni che la consentano.

Nel caso ciò non possa avvenire, sempre compatibilmente con le prescrizioni del medico competente, si potrebbe ipotizzare lo spostamento temporaneo del lavoratore ad altra unità lavorativa se, da elaborazione DVR Covid, risultasse un'esposizione-prossimitàaggregazione con valori inferiori rispetto alla sede di origine del lavoratore. Nel caso in cui non vi siano alternative rispetto alle ipotesi sopra descritte, si potrebbe procedere con la sospensione del lavoratore.

Al riguardo, è giusto precisare che solo in extrema ratio il datore di lavoro può procedere con la sospensione del lavoratore quale misura estrema di tutela della salute dello stesso. In questo caso il datore di lavoro non sarebbe tenuto a corrispondere la retribuzione.

L'orientamento giurisprudenziale maggioritario sostiene che il datore di lavoro non sia tenuto al pagamento della retribuzione qualora le prestazioni lavorative non vengano prestate per divieto derivante dalle prescrizioni del medico competente (cfr. Tribunale di Verona, Sent. n. 6750/2015; Cass., n. 7619/1995).

3. Cosa deve fare oggi il datore di lavoro?

In attesa di un auspicabile intervento legislativo che preveda, almeno per alcuni settori, l' obbligatorietà del vaccino, il datore di lavoro deve:

1. provvedere ad un aggiornamento del documento di valutazione dei rischi, sia in base ai lineamenti guida esposti dal Documento tecnico dell'Inail, diffuso nell'aprile 2020, sia in considerazione del fatto che il rischio biologico correlato al

contagio da virus Sars Cov-2, è definibile come un rischio generico c.d. "aggravato". Questo comporta che il rischio da contagio, seppur non sempre riconducibile strettamente alle mansioni svolte (si pensi ad esempio alle tipiche attività d'ufficio) a causa dell'emergenza mondiale sanitaria è diventato un rischio per il quale il datore di lavoro ha l'obbligo di adottare misure di prevenzione e protezione anche all'interno della propria azienda. Il rischio legato all'attività lavorativa, infatti, ha subito un totale stravolgimento nel contesto COVID-19: si pensi ancora al settore del commercio al dettaglio, al settore dell'istruzione o della ristorazione. Un ulteriore indicatore che evidenzia la necessità di redigere una idonea ed aggiornata valutazione del rischio è l'elevato tasso percentuale di infortuni Covid denunciati all'Inail nel corso del 2020. I datori di lavoro devono, quindi, valutare i rischi associati all'emergenza sanitaria in base all'esposizione, all'aggregazione e alla prossimità (in base al documento tecnico INAIL sopra citato), coinvolgendo medico competente, RSPP e RSL;
2. individuare all'interno del DVR Covid le mansioni esposte al rischio;
3. individuare, per il tramite del medico competente, i lavoratori maggiormente esposti, in funzione anche dell'evoluzione del concetto di lavoratore fragile;
4. prevedere una eventuale modifica del protocollo sanitario in base alle risultanze del nuovo Documento di valutazione dei rischi che potrà comportare anche il rilascio della non idoneità alla mansione per i lavoratori che rifiutassero la somministrazione del vaccino. Tutto ciò deve assolutamente avvenire anche nel rispetto della normativa sulla privacy, in quanto il giudizio di inidoneità non prevede mai l'indicazione delle cause che hanno portato al suo rilascio;
5. prevedere dispositivi di protezione collettiva o individuale necessari e idonei e provvedere alla relativa informazione, formazione ed eventuale addestramento dei lavoratori;
6. predisporre idonee misure di prevenzione e procedure anti-contagio sia per i lavoratori interni che per lavoratori di aziende esterne che accedono all'interno dei locali di pertinenza per attuare fattive misure di prevenzione e protezione dal rischio e prevedere la relativa informazione e formazione di tutti i lavoratori;
7. individuare ed apporre idonea segnaletica di sicurezza relativa agli obblighi e alle procedure di sicurezza introdotte a seguito dell'emergenza epidemiologica.

Oltre agli obblighi sopra esposti, quali ulteriori misure di prevenzione il datore di lavoro può:

1. prevedere, con il supporto del medico competente, una campagna di prevenzione tramite la messa a disposizione di test e tamponi, a cui i lavoratori potranno sottoporsi su base volontaria;
2. promuovere l'attività vaccinale in azienda attraverso campagne di sensibilizzazione e attività di formazione e informazione, da svolgere con il supporto del medico competente, anche fornendo indicazioni dettagliate delle caratteristiche del vaccino

4. Al lavoratore che non si sottoponga al vaccino viene riconosciuto l'infortunio in caso di contagio?

Per rispondere a questa domanda, bisogna premettere che la presunzione dell'occasione di lavoro (necessaria per riconoscere un infortunio sul lavoro) nel caso di contagio del virus SARS-CoV-2 opera nei confronti solo di alcune categorie di lavoratori, come si evince dalla Circolare Inail n. 13/2020.

I lavoratori rientranti in tali categorie (come, ad esempio, gli operatori sanitari) che rifiutino la somministrazione del vaccino hanno comunque diritto al riconoscimento dell'infortunio in caso di accadimento e, pertanto, alla relativa tutela assicurativa. Ciò è stato chiarito anche dalla comunicazione inviata dalla sede centrale dell'Inail alla Direzione regionale della Liguria sul caso del personale infermieristico dell'ospedale San Martino di Genova. "Sotto il profilo assicurativo - si legge - il comportamento colposo del lavoratore, tra cui rientra anche la violazione dell'obbligo di utilizzare i dispositivi di protezione individuale, non comporta di per sé l'esclusione dell'operatività della tutela".

Si ricorda che con la legge di Bilancio n.145 del 2018 sono stati modificati alcuni articoli del DPR n.1124 del 1965, Testo unico sull'assicurazione obbligatoria contro le malattie professionali e gli infortuni sul lavoro.

Nello specifico, per quando riguarda l'azione di regresso, è stato modificato l'articolo 11 del DPR 1124/1965, nel quale è stabilito che l'Inail è tenuto comunque ad erogare la prestazione al lavoratore infortunato, anche qualora sia riscontrata ed accertata una responsabilità civile del datore di lavoro, salvo poi avere il diritto di agire nei confronti della persona civilmente responsabile per richiedere un rimborso delle somme erogate a titolo di indennità e di spese accessorie.

TEST E TAMPONI IN AMBIENTE DI LAVORO

5. È possibile introdurre il test sierologico e/o il tampone molecolare come misura obbligatoria preventiva? Qual è il loro rapporto con il Protocollo anti-contagio aziendale? Come si colloca il parere del medico competente in questo contesto?

In relazione alla somministrazione di tampone e test sierologico in azienda ad oggi la discussione è ampia e senza risposta certa. Questo in relazione al fatto che il Protocollo anti-contagio condiviso da Governo e parti sociali (nell'ultima versione del 24 aprile 2020) parla chiaramente di "rilevazione della temperatura", senza menzionare la possibilità di sottoporre i lavoratori a test antigenici, molecolari e sierologici. Tuttavia, il punto 12 del Protocollo prevede che "il medico competente potrà suggerire l'adozione di eventuali mezzi diagnostici qualora ritenuti utili".

In considerazione di quanto previsto dal punto 12 del Protocollo e dagli articoli 41 della Costituzione (l'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana) e 2087 del Codice Civile (l'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro), parrebbe possibile porre come misura consigliata in azienda la somministrazione di test. A questo riguardo, infatti, il test non può essere considerato una misura invasiva e pertanto esulerebbe dalle previsioni dell'articolo 32 della Costituzione.

Tuttavia, l'articolo 5 dello Statuto dei lavoratori prevede un forte limite (se non addirittura un veto) all'introduzione del test come misura obbligatoria anti-contagio (sono vietati accertamenti da parte del datore di lavoro sulla idoneità e sulla infermità per malattia o infortunio del lavoratore dipendente).

Il controllo delle assenze per infermità può essere effettuato soltanto attraverso i servizi ispettivi degli istituti previdenziali competenti, i quali sono tenuti a compierlo quando il datore di lavoro lo richieda. Il datore di lavoro ha facoltà di far controllare l'idoneità fisica del lavoratore da parte di enti pubblici e istituti specializzati di diritto pubblico.

Ciò premesso, diversi sono i casi di grandi aziende che, su indicazione del medico competente, hanno introdotto il test (tampone o sierologico) come parte integrante del Protocollo con la supervisione del Comitato di verifica cui fanno parte sia gli RLS che le rappresentanze sindacali, anche a garanzia del rispetto dello Statuto dei lavoratori. Lo screening, che ha una periodicità definita e il più delle volte prevede la collaborazione con Istituti Sanitari (anche a scopo di ricerca), resta comunque sempre su base volontaria. Non è mancata, nella confusione del momento, qualche posizione sparuta di segno contrario, come quella assunta dal Giudice del Lavoro di Ancona lo scorso 18 febbraio, il quale ha condannato un infermiere che si era rifiutato di

sottoporsi al tampone: la preminenza della salute pubblica sull'opposizione individuale a sottoporsi a tampone, che ? a differenza del vaccino ? «non è un trattamento sanitario e non tiene pertanto in considerazione il diritto garantito dall'articolo 32 della Costituzione». Il test, piuttosto, costituisce «un mero rilievo diagnostico, assimilabile tutt'al più ad una visita medica e, in tutta apparenza, privo di qualsiasi idoneità ad incidere sulla integrità fisica del lavoratore».

Per concludere, per il contenuto del Protocollo anti-contagio e per le posizioni dello Statuto dei lavoratori, non possiamo prevedere con assoluta certezza che il tampone possa costituire una misura obbligatoria in azienda, ma sicuramente può essere prevista su base volontaria dei lavoratori. Pertanto, in base alle previsioni del medico competente e in relazione all'attività svolta dall'azienda, per alcune realtà (soggette a rischio biologico come rischio specifico delle mansioni svolte) si potrebbe comunque prevedere il tampone come misura preventiva altamente consigliata: la posizione del Tribunale di Ancona avvalora questa tesi.

Il consiglio potrebbe essere di proporre tale misura preventiva durante una riunione in presenza del Comitato anti-contagio aziendale, con la presenza di datore di lavoro, medico competente, RSPP e RLS, prevedendo il tampone quale misura di prevenzione al contrasto alla diffusione del virus in azienda, verbalizzando la procedura, aggiornando il Protocollo anti-contagio e condividendolo anche con le parti sociali del territorio.

LA QUESTIONE PRIVACY LEGATA A TAMPONI, TEST E VACCINI

6. Come si configura il trattamento del dato relativo ai test (sierologico e tampone molecolare) in azienda?

Non è di poco conto la questione privacy, in relazione al trattamento del dato. Se, infatti, la rilevazione della temperatura può essere trattata in funzione delle disposizioni dei Protocolli anti-contagio e in funzione della posizione assunta dal Garante il 4 maggio 2020, in assenza di una espressa previsione dei protocolli o di altra fonte normativa che imponga o consenta al datore di lavoro di effettuare sui propri dipendenti test sierologici, si pone il problema, qualora il datore di lavoro decidesse di procedere all'effettuazione degli stessi, di individuare la base giuridica del trattamento posto che, ai fini privacy, il riferimento all' articolo 2087 del Codice Civile risulterebbe non sufficientemente specifico. Stante l'attuale normativa, l'unica base giuridica oggi "utilizzabile" è quella del consenso libero, specifico, espresso ed inequivocabile, ovvero la base volontaria secondo cui il lavoratore acconsente al trattamento del dato.

7. Il trattamento del dato relativo al vaccino: quali disposizioni?

Il medico competente riveste un ruolo estremamente delicato, sia in relazione alla definizione o meno dell'idoneità al lavoro, sia in relazione alle comunicazioni da rivolgere al datore di lavoro.

È possibile comunicare al datore di lavoro se il lavoratore ha motivazioni oggettive o soggettive per non sottoporsi al vaccino? Il Garante della Privacy si è recentemente espresso sulla questione vaccini, pubblicando il 17 febbraio 2021 alcune Faq. Il datore di lavoro non può richiedere al lavoratore alcuna informazione in merito, mentre il medico competente deve elaborare queste informazioni nel rispetto delle attuali disposizioni previste dagli articoli 18, 25, 39 comma 5 e 41 comma 4 del D.Lgs. n. 81/2008.

Con un nuovo intervento in data 1° marzo 2021, il Garante ha specificato inoltre che non è possibile richiedere "pass vaccinali" per frequentare ambienti o fruire di determinati servizi, auspicando un intervento legislativo in tal senso.

8. Vaccino somministrato in ambiente di lavoro: come si evolve la "questione privacy"?

Nell'attesa di un intervento legislativo che valuti se introdurre la vaccinazione anti covid 19 come requisito obbligatorio (alla stregua del vaccino antitetanico o antitubercolare) per lo svolgimento di determinate attività lavorative, nei casi di esposizione diretta ad agenti biologici trovano applicazione le misure previste dal Titolo X del D.Lgs. n. 81/2008 ed in particolar modo dall'articolo 279.

In questo contesto solo il medico competente, nella sua funzione di raccordo tra il sistema sanitario e l'ambiente lavorativo, può trattare i dati personali e particolari relativi alla vaccinazione dei dipendenti ed eventualmente tenerne conto in sede di valutazione dell'idoneità alla mansione specifica.

Il datore di lavoro deve, pertanto, attenersi alle disposizioni del medico, così come previsto dagli articoli 41, 42 e 279 del D.Lgs. n. 81/2008 e non può venire a conoscenza di dati inerenti lo stato di salute dei lavoratori.

GESTIONE DEI CONTAGI E ASSENZA DEI LAVORATORI

9. Il lavoratore posto in quarantena, sorveglianza precauzionale o isolamento può prestare attività lavorativa?

L' Inps è intervenuto in materia con il messaggio 3653 del 9 ottobre 2020. Il lavoratore in quarantena è tenuto a prestare attività lavorativa qualora il datore di lavoro possa far svolgere le mansioni in modalità smart working; in questo caso, pertanto, il dipendente non può richiedere il trattamento di malattia. Ove, invece, il datore di lavoro non sia in condizione di poter attivare lo smart working, il lavoratore deve essere posto in malattia, alla stregua di quanto previsto per l'isolamento fiduciario.

Come specificato nel messaggio, infatti: "La quarantena e la sorveglianza precauzionale per i soggetti fragili non configurano un'incapacità temporanea al lavoro per una patologia in fase acuta tale da impedire in assoluto lo svolgimento dell'attività lavorativa, ma situazioni di rischio per il lavoratore e per la collettività, che il legislatore ha inteso tutelare equiparando, ai fini del trattamento economico, tali fattispecie alla malattia e alla degenza ospedaliera. È invece evidente ? precisa ancora l'Istituto ? che in caso di malattia conclamata il lavoratore è temporaneamente incapace al lavoro, con diritto ad accedere alla corrispondente prestazione previdenziale, compensativa della perdita di guadagno".

Pertanto, il trattamento di malattia non può mai essere considerato una scelta discrezionale, ma diretta conseguenza dell'effettivo contagio oppure dell'impossibilità materiale del datore di lavoro di organizzare lo smart working ove il dipendente sia posto in quarantena.

Barbara Garbelli

Paola Martinucci

Protocolli anti-contagio, test e vaccini: la mappa per il datore di lavoro - Le FAQ della Fondazione Studi Consulenti del Lavoro con le risposte ai quesiti più frequenti in materia (pdf)

 Questo articolo è pubblicato sotto una Licenza Creative Commons.

---

www.puntosicuro.it