

IL PRINCIPIO DI PRECAUZIONE NELL'AMBIENTE DI LAVORO

Laura Foglia

Professoressa associata di Diritto del lavoro nell'Università degli studi della Campania "Luigi Vanvitelli"

Abstract [It]: L'Autrice nel presente contributo, dopo aver dato atto della considerevole rilevanza che il principio di precauzione riscontra tanto a livello internazionale quanto nazionale, in relazione al progressivo emergere dell'esigenza di fronteggiare l'irrompere di nuovi rischi di incerta qualificazione, collegati a problematiche globali quali, l'intensificarsi dell'uso delle tecnologie digitali, il diffondersi di fenomeni epidemiologici e vicende altre, si prefigge l'obiettivo di verificare l'operatività dello stesso nell'ambito della gestione della sicurezza negli ambienti di lavoro, sia nei suoi tratti teorici sia nei suoi aspetti pragmatici, in uno scenario che tenga in compiuto riferimento le criticità che si intrecciano nella sua effettiva applicazione. Il tutto nel suo contrapporsi allo strumento della prevenzione in considerazione della mancanza di certezza dal punto di vista tecnico-scientifico che permea l'approccio precauzionale e che rende sempre più difficile l'assunzione di obblighi rispetto ad attività potenzialmente nocive per la salute e l'ambiente.

Abstract [En]: *The Author in this contribution, after having acknowledged the considerable relevance that the precautionary principle finds both at an international and national level in relation to the progressive emergence of the need to deal with the emergence of new risks of uncertain qualification, linked to global problems such as the intensification of the use of digital technologies, the spread of epidemiological phenomena and other events, the objective is to verify the operation of the same in the field of safety management in the workplace, both in its theoretical aspects both in its pragmatic aspects, in a scenario that takes into complete reference the critical issues that are intertwined in its effective application. All in its opposition to the prevention tool in consideration of the lack of certainty from the technical-scientific point of view that permeates the approach precautionary and which makes it increasingly difficult to assume obligations with respect to activities potentially harmful to health and the environment.*

SOMMARIO: 1. Rischio imprevedibile, ambiente di lavoro e sicurezza sul lavoro. – 2. Il governo del rischio: il principio di precauzione. Inquadramento giuridico e regolazione normativa. – 3. La protezione dal rischio pandemico: dal principio di prevenzione al principio di precauzione – 4. Negoziazione delle regole ed attenuazione delle responsabilità. – 5. Il principio di precauzione come diritto dell'incertezza.

1. Rischio imprevedibile, ambiente di lavoro e sicurezza sul lavoro

La vissuta emergenza epidemiologica indotta da agenti patogeni relativamente ai quali la profilassi è ignota per essere la stessa scienza medica all'oscuro dell'origine e delle conseguenze che ad essa si ricollegano, stante la permeabilità di tutti gli ambienti, anche di

quelli di quotidiana frequentazione e così dei medesimi ambienti di lavoro, ha determinato, con riguardo a questo specifico ambito, l'insorgere di problematiche connesse in particolare alla tutela della salute e sicurezza dei lavoratori.

Ne risulta incisa, inducendone una evidente incertezza, la sfera di operatività degli obblighi al riguardo gravanti sul datore di lavoro ai sensi dell'art. 2087 c.c., che fa discendere dal contratto di lavoro la responsabilità del soggetto datore circa i pregiudizi che, nel corso del rapporto, al lavoratore possono derivare all'integrità fisica ed alla personalità morale.

E' evidente come l'indefinitezza delle caratteristiche cliniche dell'agente patogeno non consenta al datore di adempiere nei termini richiesti dall'art. 2087 c.c., ovvero provvedendo ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tenere indenne il lavoratore dai pregiudizi predetti, così da prevenire non solo i rischi insiti nell'ambiente di lavoro, ma altresì quelli derivanti da fattori esterni e inerenti al luogo in cui tale ambiente si trova, cui certamente possono essere ricondotti quelli concernenti la circolazione dell'agente patogeno.

Di qui, rispetto agli indicati rischi esterni, l'emergere di una riflessione circa l'inquadramento giuridico della posizione del datore di lavoro quale titolare dell'azienda e, in questa veste, di responsabile delle condizioni ambientali della stessa nei termini complessivi sopra specificati, tesa a sollevare dubbi circa la riconducibilità di questa alla previsione dell'art. 2087 c.c. ed agli obblighi di prevenzione in essa contemplati, senza tuttavia rinunciare ad onerare il datore di lavoro di comportamenti che si concretino in misure di cautela a protezione di quanti siano coinvolti nell'ambiente medesimo¹.

2. Il governo del rischio: il principio di precauzione. Inquadramento giuridico e regolazione normativa

In questa ottica si è prospettato il ricorso al principio di precauzione emerso in coincidenza con il venir meno delle certezze scientifiche a fronte delle incognite sottese all'applicazione delle nuove tecnologie e frutto dell'esigenza di scongiurare i rischi che ne derivano all'ambiente, alla salute ed alla sicurezza umana.

Tale dinamica segna l'irrompere della dimensione del rischio nell'attuale società post-moderna², in termini così caratterizzanti da giungere a qualificarla come «società del rischio»³, per assumere questo forme non prevedibili, esorbitanti rispetto a quelle finora emerse anche in relazione ad eventi di carattere eccezionale, governate, comunque, con strumenti di polizia amministrativa, ampiamente disponibili nell'ambito dello stato sociale erogatore di servizi alla collettività⁴ e tali da indurre stati di emergenza non più meramente

1 Sulla dimensione giuslavoristica del principio di precauzione cfr. per tutti: E. BALLETTI, *Il principio di precauzione nel diritto del lavoro*, in *Var. temi dir. lav.*, 2023, n. 1; S. BUOSO, *Principio di prevenzione e sicurezza sul lavoro*, Giappichelli, Torino, 2020; V. MAIO (a cura di), *Responsabilità ed obblighi di lavoratori e datori di lavoro dopo i nuovi protocolli sicurezza e vaccini*, La Tribuna, Milano, 2021; A. MARCIANÒ, *Ambiente di lavoro e salute: dai meta principi di origine comunitaria alla tutela risarcitoria per inadempimento contrattuale*, in *RatioJuris*, 2023, cui si rinvia per gli ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali; G. PROIA, *Emergenza Covid, impatto sul sistema della sicurezza del lavoro e obblighi di vaccinazione*, in *Mass. giur. lav.*, 2021, p. 390.

2 Lo rilevano numerosi studi sociologici in relazione ai quali cfr. P. SAVONA, *Il governo del rischio. Diritto dell'incertezza o diritto incerto*, ESI, Napoli, 2013, p. 1 ss.

3 La definizione è di U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Carocci, Roma, 2000.

4 Al riguardo cfr. J.B. AUBY, *Le droit adroit administratif dans le société du risque. Quelques réflexion, Etudes et documents du conseil d'Etat*, 2005, n. 56, p. 351 ss.

transitori, ma soprattutto connotati dal loro essere globali, incidendo, in particolare, su beni collettivi, destinati ad eccedere i confini nazionali, quali l'ambiente e la salute.

Non a caso il principio di precauzione emerge con riferimento a problematiche di tutela ambientale.

È a partire dalla metà degli anni '80 che tale principio inizia a trovare spazio in varie e diversificate fonti del diritto, catalogabili in testi giuridici cogenti e non cogenti, dichiarazioni internazionali e trattati, fino a giungere, con il passare degli anni, anche nel dettato normativo di alcuni ordinamenti nazionali⁵.

Volendo ripercorre le tappe normative più salienti che hanno segnato l'affermazione del principio di precauzione, il primo riferimento è rinvenibile nella Dichiarazione Ministeriale della Prima Conferenza Internazionale sulla Protezione del Mare del Nord del 1984⁶, a cui hanno fatto seguito altre e successive pronunce di consessi internazionali⁷.

Decisiva è stata poi, senza dubbio, la data del 1992 quando all'esito della Conferenza di Rio de Janeiro su Ambiente e Sviluppo sono state adottate due Convenzioni⁸ nelle quali il principio di precauzione ha avuto un ruolo fondamentale e del quale si è dato conto altresì nella Dichiarazione Finale al Principio n. 15⁹, prevedendosi che «*al fine di proteggere l'ambiente, gli Stati applicheranno largamente, secondo le loro capacità, il metodo precauzionale. In caso di rischio di danno grave o irreversibile, l'assenza di certezza scientifica assoluta non deve servire da pretesto per rinviare l'adozione di misure adeguate ed effettive, anche in rapporto ai costi, dirette a prevenire il degrado ambientale*», dovendosi però opportunamente segnalare come in essa si faccia riferimento piuttosto che alla precauzione quale «principio» alla precauzione come «approccio».

In ambito europeo, dopo la Dichiarazione di Rio, il principio di precauzione ha trovato cittadinanza nel Trattato di Maastricht del 1992 e precisamente nell'art. 174 T.C.E., ora art. 191 del T.F.U.E., divenendo, insieme ai principi di prevenzione, correzione e a quello del «chi inquina paga» uno dei pilastri delle politiche ambientali europee¹⁰.

5 Cfr. S. DI BENEDETTO, *La funzione interpretativa del principio di precauzione in diritto internazionale*, in *Dir. Comm. Internaz.*, 2006, n. 2, p. 322.

6 Il primo riferimento, a livello internazionale, al principio di precauzione («precautionary measures») si trova nella Dichiarazione Ministeriale della Prima Conferenza Internazionale sulla Protezione del Mare del Nord, adottata a Brema il 1° novembre 1984, ai paragrafi D,3 e H,7, in D. FREESTONE-T. IJLSTRA, *The North Sea: Basic Legal Documents on Regional Environmental Cooperation*, Spinger Netherlands, The Hague, 1991, p. 61 ss.

7 Nella Dichiarazione Ministeriale della Seconda Conferenza Internazionale sulla Protezione del Mare del Nord, adottata a Londra il 25 novembre 1987, al suo paragrafo XVI, si trova la prima formulazione estesa del «principle of precautionary action» (in D. FREESTONE-T. IJLSTRA, *op. cit.*, p. 3). Del 1989 è la Raccomandazione sul Principio dell'Azione Precauzionale, adottata nel quadro della Convention for the Prevention of Marine Pollution from Land-Based Sources, in D. FREESTONE-T. IJLSTRA, *op. cit.*, p. 152.

8 Il principio di precauzione ha un ruolo di rilievo nelle due Convenzioni aperte alla firma a Rio (la Convenzione sulla Biodiversità e la Convenzione quadro sul Cambiamento Climatico). Per una raccolta completa degli strumenti giuridici adottati a Rio v. S.P. JOHNSON (a cura di), *The Earth Summit. The United Nations Conference on Environment and Development (UNCED)*, Springer, New York, 1993.

9 Principio n. 15, Dichiarazione di Rio (1992) «Al fine di proteggere l'ambiente, gli Stati applicheranno largamente, secondo le loro capacità, il metodo precauzionale. In caso di rischio di danno grave o irreversibile, l'assenza di certezza scientifica assoluta non deve servire da pretesto per rinviare l'adozione di misure adeguate ed effettive, anche in rapporto ai costi, dirette a prevenire il degrado ambientale».

10 Cfr. F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Giuffrè, Milano, 2004. Contra cfr. E. DALFINO, *Per un diritto procedimentale dell'ambiente*, in *Scritti in onore di A. Predieri*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 657; P. DELL'ANNO, *Principi del diritto ambientale europeo e nazionale*, Giuffrè, Milano,

Nel 2000 poi esso è stato inserito definitivamente tra i principi generali dell'ordinamento comunitario con la Comunicazione della Commissione europea del 2 febbraio 2000 secondo la quale il principio in esame «trova applicazione in tutti i casi in cui una preliminare valutazione scientifica obiettiva indica che vi sono ragionevoli motivi di temere che i possibili effetti nocivi sull'ambiente e sulla salute degli esseri umani, degli animali e delle piante possano essere incompatibili con l'elevato livello di protezione prescelto dalla Comunità», aggiungendo che esso «dovrebbe essere considerato nell'ambito di una strategia strutturata di analisi dei rischi, comprendente tre elementi: valutazione, gestione e comunicazione del rischio» e precisando, tra l'altro, che «nell'effettuare tale analisi, si dovrà tenere conto del principio generale e della giurisprudenza della Corte di giustizia, per cui la protezione della salute ha la precedenza sulle considerazioni economiche»¹¹.

Nell'ordinamento italiano il principio di precauzione si è imposto a seguito della novella della legge 7 agosto 1990 n. 241 avvenuta ad opera della legge n. 15 del 2005 che, tra le varie modifiche introdotte, ha riformulato anche l'art. 1, contemplando tra i criteri che reggono l'attività amministrativa anche «i principi dell'ordinamento comunitario», tra i quali, senza dubbio, si può ricondurre altresì il principio in oggetto.

Nel Codice dell'Ambiente¹², fin dalla sua originaria formulazione, il principio di precauzione è venuto in rilievo in tema di danno ambientale, più specificatamente nell'art. 301 rubricato «Attuazione del principio di precauzione».

Successivamente, nel 2008, con il d.lgs. 16 gennaio 2008, n. 4 a modifica del Codice dell'Ambiente è stato inserito l'art. 3 *ter* la cui nuova formulazione ha richiamato espressamente la normativa europea prevedendo che «la tutela dell'ambiente e degli ecosistemi naturali e del patrimonio culturale deve essere garantita da tutti gli enti pubblici e privati e dalle persone fisiche e giuridiche pubbliche o private, mediante una adeguata azione che sia informata ai principi della precauzione, dell'azione preventiva, della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché al principio "chi inquina paga" che, ai sensi dell'articolo 174, comma 2, del Trattato delle Unioni europee, regolano la politica della Comunità in materia ambientale».

A questa norma ne seguono altre, in tutto il Codice, che richiamano più o meno esplicitamente il principio di precauzione¹³.

In questo contesto il principio di precauzione viene a porsi quale espressione anche di un nuovo sistema valoriale, di una nuova dimensione etica orientata alla conservazione del pianeta per cui il decisore pubblico è chiamato alla cura degli interessi affidatigli in una prospettiva di sviluppo sostenibile¹⁴.

2004.

11 Cfr. al riguardo G. AMENDOLA, *Il principio di precauzione: una importante sentenza del Consiglio di Stato*, in *Lexambiente.it*, 2023, cui si rinvia per i relativi riferimenti bibliografici dottrinali e giurisprudenziali.

12 Cfr. D.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, cd. TUA (Testo Unico Ambientale).

13 Cfr. G. AMENDOLA, *Il principio di precauzione: una importante sentenza del Consiglio di Stato*, cit.; nonché L. BUTTI, *Principio di precauzione, codice dell'ambiente e giurisprudenza delle Corti comunitarie e della Corte costituzionale*, in *Riv. giur. ambiente*, 2006, n. 6, p. 809, ed ivi i relativi riferimenti.

14 Per una attenta analisi del principio di precauzione nell'ambito pubblicistico cfr. per tutti: D. AMIRANTE, *Il principio di precauzione tra scienza e diritto*, in *Dir. gest. ambiente*, 2001, p. 16; A. BIANCHI-M. GESTRI (a cura di) *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 429-459; S. DI BENEDETTO, *La funzione interpretativa del principio di precauzione in diritto internazionale*, in *Dir. comm. internaz.*, 2006, n. 2, p. 322; R. FERRARA, *Il principio di precauzione e il "diritto della scienza incerta": tra flessibilità e sicurezza*, in *Riv. giur. di Urbanistica*, 2020, n. 1; S. GRASSI-A. GRAGNANI, *Il principio di precauzione come modello di tutela dell'ambiente dell'uomo e delle generazioni future*, in *Riv. dir. cost.*, 2003, p. 9; A. GRAGNANI, *Il principio di precauzione nella giurisprudenza costituzionale*, in *Biotecnologie e tutela del*

Consolidata dunque la sua funzione nel quadro normativo a tutela dell'ambiente, il principio di precauzione trova positivo riconoscimento sia nell'ambito di dichiarazioni e convenzioni di diritto internazionale sia in ambito europeo e poi nazionale anche in materia di sicurezza degli alimenti, nelle politiche di tutela dei consumatori e della salute umana, animale e vegetale, così da poter essere invocato ogni qual volta un fenomeno, un prodotto o un processo risulti avere effetti potenzialmente pericolosi individuati tramite una valutazione scientifica, sia pur incerta, ma, di base, il più completa possibile imponendo di adottare tutte le misure necessarie per azzerare o contenere, individuando il livello di rischio tollerabile, la minaccia in questione¹⁵.

Per questa via il principio di precauzione o metodo precauzionale si impone quale strumento di governo del rischio¹⁶.

Nella sua declinazione giuridica il principio è assunto quale criterio funzionale ad individuare risposte socialmente accettabili, a fronte di fattori di incertezza scientifica, cui si correla l'esposizione a condizioni di pericolo del contesto ambientale e del consesso umano.

Più che ad un principio in sé dotato di una propria connotazione etica, tale da richiedere svolgimenti ad essa conformi, ci si trova di fronte ad un metodo teso ad orientare nella direzione dell'adozione di misure tali da contenere l'allarme sociale con riferimento a possibili danni all'ambiente ed alla salute.

In questi termini, piuttosto che espressione della *hard law* di stampo ottocentesco il principio di precauzione riflette un diritto flessibile, a «struttura aperta»¹⁷ proprio della post-modernità in cui all'astrazione della norma generale si sostituisce la decisione «caso per

valore ambientale, Giappichelli, Torino, 2003, p. 157; S. GRASSI, *Prime osservazioni sul principio di precauzione nel diritto positivo*, in *Dir. gest. ambiente*, 2001, p. 45; L. MARINI, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario*, Cedam, Padova, 2004; T. MAROCCO, *Il principio di precauzione e la sua applicazione in Italia e in altri Stati membri della Comunità europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comm.*, 2003, p. 1233; SCALIA, *Principio di precauzione e ragionevole bilanciamento dei diritti nello stato di emergenza*, in *Federalismi.it*, 2020; R. TITOMANLIO, *Il principio di precauzione fra ordinamento europeo e ordinamento italiano*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 3, cui si rinvia per i relativi riferimenti bibliografici sull'argomento.

¹⁵ Il principio di precauzione come rilevato nel testo è stato originariamente sancito nel diritto internazionale dell'ambiente all'interno della Dichiarazione di Rio del 1992. Nell'ambito dell'Unione europea è stato per la prima volta affermato nel Trattato di Maastricht del 1992, sempre nel quadro della politica in materia ambientale. Esso è stato poi trasposto nell'articolo 191 TFUE (ex art. 174 TCE). Sebbene tale principio si trovi espresso all'interno del TFUE solamente con riguardo alla materia ambientale, la Commissione europea con una Comunicazione del 2000 (Comunicazione della Commissione sul principio di precauzione, Bruxelles, 2 febbraio 2000, COM(2000) 1 final) ha affermato che «in pratica la sua portata è molto più ampia ed esso trova applicazione in tutti i casi in cui una preliminare valutazione scientifica obiettiva indica che vi sono ragionevoli motivi di temere che i possibili effetti nocivi sull'ambiente e sulla salute degli esseri umani, degli animali e delle piante, possano essere incompatibili con l'elevato livello di protezione prescelto dalla Comunità». Nell'ordinamento nazionale il principio di precauzione esplica la sua funzione in virtù del richiamo ai principi generali dell'ordinamento comunitario operato dall'articolo 1, comma 1 della legge n. 241/1990. Più tardi, sempre in materia ambientale, l'Italia ha codificato il principio di precauzione con il d.lgs. n. 152/2006, recante il c.d. Codice dell'ambiente, il quale, dopo averlo richiamato all'art. 3-ter tra i principi che informano l'azione ambientale, gli dedica l'art. 301.

¹⁶ In dottrina, sulla declinazione giuridica generale del principio di precauzione si vedano: M. BASILI, *L'epidemia di Covid-19: il principio di precauzione e i fallimenti istituzionali*, in *Merc. conc. reg.*, 2019, pp. 475-483; A. DELOGU, *La funzione dell'obbligo generale di sicurezza sul lavoro, prima, durante e dopo la pandemia: principi e limiti*, Aras edizioni, Fano, 2022; P. PASCUCCI, *Modelli organizzativi e tutela dell'ambiente interno ed esterno all'impresa*, in *Lav. dir.*, 2022, pp. 335-355; D. SCARPA, *Precauzione del gestore e responsabilità sociale d'impresa in funzione della sicurezza sul lavoro*, in *Tutela e sicurezza del lavoro*, 2013, pp. 13-35.

caso», alla stabilità della regola il carattere congiunturale della soluzione della singola evenienza, all'autorità del vincolo giuridico, la regolazione collaborativa¹⁸.

E' così che il principio o metodo precauzionale si candida alla regolamentazione di situazioni connotate, a motivo dell'incertezza delle cognizioni scientifiche, dall'imprevedibilità del rischio in termini tali da sottrarre il soggetto destinatario della misura adottata alla responsabilità che dall'insorgere dell'evento pregiudizievole gli deriverebbe dalla rigidità della norma cogente posta a presidio di prevenzione del rischio prevedibile.

3. La protezione dal rischio pandemico: dal principio di prevenzione al principio di precauzione

Si comprende così come il principio di precauzione abbia informato di sé tutte le misure di contrasto al diffondersi della pandemia indotta dal virus SARS-CoV-2¹⁹, dalle misure limitative della libertà di circolazione, che, già in una prima fase dell'emergenza, sono state disposte prima in maniera circoscritta nelle aree interessate dal contagio (con il d.l. del 23 febbraio 2020) e poi su tutto il territorio nazionale (con il D.P.C.M. del 9 marzo 2020), alle chiusure forzate di attività commerciali e di ristorazione, fino ad arrivare alle prescrizioni meno onerose ma che parimenti hanno influito in maniera rilevante sulla vita di tutti i giorni, come l'obbligo di indossare le mascherine, il divieto di assembramento, le raccomandazioni sull'igienizzazione delle mani.

Evento per la prima volta segnato dall'emergere di un rischio globale, imprevedibile stante l'incertezza delle cognizioni scientifiche, tale, dunque, da indurre la presunzione che un determinato comportamento fosse quantomeno rischioso, ossia potenzialmente capace,

¹⁷ La definizione deve farsi risalire a L. MARINI, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario. La disciplina del commercio di organismi geneticamente modificati e profili di sicurezza alimentare*, Cedam, Padova, 2004.

¹⁸ In questo senso cfr. N. DE SADELEER, *I principi ambientali tra diritto moderno e post-moderno*, in D. AMIRANTE (a cura di), *La forza normativa dei principi. Il contributo del diritto ambientale alla teoria generale*, Cedam, Padova, 2006, p. 25.

¹⁹ Si tratta di osservazione ampiamente condivisa in ragione delle caratteristiche proprie della pandemia da Covid 19 da ultimo argomentata nella prospettiva della distinzione rispetto al principio di prevenzione da L. ROCCHI, *Art. 2087 c.c.: principio della massima sicurezza esigibile e rischio da contagio*, in *Dir. sic. lav.*, 2020, p. 60. Per una approfondita disamina circa l'applicazione del principio di precauzione durante l'emergenza pandemica anche da un punto di vista critico si vedano gli atti del convegno webinar "Covid-19: emergenza e diritti. Prevenzione e precauzione" del 16-17 ottobre 2020 in *Riv. Giur. Amb.Dir.* Per tutti si vedano: V. CAVANNA, *Tutela di salute e ambiente: riflessioni a margine dell'emergenza Coronavirus*, in *Riv. Giur. Amb.Dir.*, 2020, n. 4. Non mancano in dottrina posizioni critiche in ordine alla gestione secondo un approccio precauzionale che rischi di nuocere, come è avvenuto, altri diritti, ottenendo risultati opposti e/o, rilevandosi come l'emergenza coronavirus ha determinato una notevole espansione della tutela della salute intesa come assenza della malattia, a scapito di altre libertà. Sul punto per tutti cfr., ancora: M.S. BONOMI, *Diritti fondamentali e Covid-19*, in *Giornale dir. amm.*, 2020, n. 5, p. 681; R. CHIARELLI, *Emergenza e tutela ambientale. Introduzione al volume*, in *Riv. Giur. Amb.Dir.*, 2020, n. 2; ID., *Intervento. Brevi cenni sullo stato di precauzione*, in M.A. ICOLARI (a cura di), *La tutela dell'ambiente al tempo della crisi pandemica*, Giappichelli, Torino, 2022; G.P. DOLSO, *Coronavirus: nota sulla dichiarazione dello stato di emergenza per rischio sanitario*, in *Riv. Giur. Amb.Dir.*, 2020; G. MARCHIANÒ, *Luci ed ombre nell'attuazione dell'emergenza sanitaria da Coronavirus: i DPCM*, in *Riv. Giur. Amb.Dir.*, 2020, n. 4; T. PASQUINO, *Il principio di precauzione ai tempi del Covid-19 tra "rischio" ed "emergenza"*, in *Rivista di BioDiritto*, 2020, n. 1; S. TROILO, *Sul fondamento legale e competenziale delle misure di contenimento dell'epidemia da Covid-19 adottate in Italia*, in *DirittoAmbiente.it*, 2020, n. 2; G. SCARSELLI, *Normativa Covid 19 e Costituzione. Discussione sulle nostre libertà*, in *Riv. Giur. Amb.Dir.*, 2021, n. 1.

considerata la difficoltà scientifica di stabilire un nesso eziologico concreto, di generare un certo stato di pericolo²⁰.

Analogo approccio al problema del rischio pandemico si è imposto sul versante specificamente lavoristico attinente all’ambito della salute e sicurezza sul lavoro, segnando il superamento della prospettiva consolidatasi nel tempo che vede espressamente codificato il solo aspetto della prevenzione delineato nell’art. 2, lett. n. del d.lgs. n. 81/2008 come «*il complesso delle disposizioni o misure necessarie anche secondo la particolarità del lavoro, l’esperienza e la tecnica, per evitare o diminuire i rischi professionali nel rispetto della salute della popolazione e dell’integrità dell’ambiente esterno*», in armonia con la definizione a riguardo recata dall’art. 3 della direttiva quadro 89/391/CEE successivamente modificata dalla direttiva 2007/30/CE,

20 Per le ulteriori successive disposizioni intervenute al riguardo durante l’emergenza, sia consentito rinviare a L. FOGLIA, *La sicurezza del lavoro nell’evolvere delle misure di contenimento del contagio da Covid-19. Oltre i protocolli i vaccini?*, in *Lavoro e prev. oggi*, 2021 ed ivi ai riferimenti dottrinali richiamati. Con riguardo all’emergenza epidemiologica “Covid-19”, tra le misure prefigurate secondo un approccio precauzionale si annovera la stessa introduzione degli obblighi di vaccinazione ex art. 4, d. l. n. 44/2021, sul quale è intervenuto il Cons. Stato con sentenza n. 7045/2021, precisando sul punto che «*in fase emergenziale, di fronte al bisogno pressante, drammatico, indifferibile di tutelare la salute pubblica contro il dilagare del contagio, il principio di precauzione, che trova applicazione anche in ambito sanitario, opera in modo inverso rispetto all’ordinario e, per così dire, controintuitivo, perché richiede al decisore pubblico di consentire o, addirittura, imporre l’utilizzo di terapie che, pur sulla base di dati non completi (come è nella procedura di autorizzazione condizionata, che però ha seguito -va ribadito- tutte le quattro fasi della sperimentazione richieste dalla procedura di autorizzazione), assicurino più benefici che rischi, in quanto il potenziale rischio di un evento avverso per un singolo individuo, con l’utilizzo di quel farmaco, è di gran lunga inferiore del reale nocimento per una intera società, senza l’utilizzo di quel farmaco*». Più di recente si vedano le sentenze della Corte Cost. nn. 14, 15 e 16 del 2023 che riconducono il fondamento dell’obbligo vaccinale al principio di precauzione e solidarietà, nonché corrispondente responsabilità, che costituisce la base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente. Le pronunce hanno ritenuto non irragionevoli, né sproporzionate, le principali scelte adottate in periodo pandemico dal legislatore in merito ai vaccini. In particolare, sono state dichiarate *non fondate le questioni di costituzionalità* che erano state proposte quanto ai seguenti aspetti: 1) *obbligo vaccinale (temporaneo) del personale sanitario*; 2) *esclusione*, in caso di inadempimento dell’obbligo vaccinale e per il tempo della sospensione, *della corresponsione di un assegno a carico del datore di lavoro* per chi sia stato sospeso, e ciò, sia per il personale sanitario che per il personale scolastico; 3) *mancata esclusione della necessità di prestare il consenso informato* alla vaccinazione. Le motivazioni delle due sentenze poggiano il fulcro del proprio ragionamento in buona parte sul bilanciamento fra i diversi valori costituzionali. In particolare, le sentenze si sono incentrate sull’equilibrio da raggiungere fra la libertà di cura e la dimensione collettiva della salute, entrambe menzionate e garantite dall’art. 32 della Costituzione. La Corte ha ribadito le *condizioni in presenza delle quali misure come l’obbligo vaccinale o una forte incentivazione alla vaccinazione sono legittime*. Devono in particolare sussistere i seguenti requisiti: a) il trattamento deve essere diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare quello degli altri; b) il trattamento non deve incidere negativamente sullo stato di salute di colui che è obbligato, salvo che per quelle sole conseguenze che appaiano normali e, pertanto, tollerabili; c) nell’ipotesi di danno comunque derivante dal vaccino, deve comunque essere prevista la corresponsione di una equa indennità in favore del danneggiato, e ciò a prescindere dalla parallela tutela risarcitoria. Queste *condizioni* sono state ritenute – con ampiezza di argomenti – sicuramente *esistenti nel caso in esame*, sulla base di una serie di motivazioni, le quali in parte approfondiscono e integrano la preesistente giurisprudenza della Corte costituzionale sui vaccini. Così, ad esempio, quanto alla prima condizione (*trattamento vaccinale utile anche alla comunità*), la Corte ha ribadito la centralità del *principio solidaristico*, che rappresenta «*la base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente*». Ha inoltre sottolineato come, di fronte al «*deflagrare di un’emergenza sanitaria dai tratti del tutto peculiari*», le misure di obbligo o incentivazione alla vaccinazione abbiano in vario modo realizzato l’*interesse della collettività* (come richiesto dall’art. 32 della Costituzione), e ciò sia per il contributo offerto alla *riduzione dei contagi* (particolarmente con le prime varianti del virus), sia per l’efficacia rispetto all’obiettivo di «*evitare l’interruzione di servizi essenziali per la comunità*» (quali sanità e scuola), sia infine per

nonché integrata dalle direttive settoriali emanate nel corso degli anni, che fa riferimento al «complesso delle disposizioni o misure previste in tutte le fasi dell'impresa per evitare e diminuire i rischi professionali». Più precisamente l'attuazione dell'obbligazione di sicurezza vede ampliare il proprio ambito di intervento ricomprendendo all'interno del perimetro di riferimento la cd. massima sicurezza tecnicamente possibile, riconducibile all'art. 118 del Trattato CEE e tipica dei sistemi continentali. È pur vero che assunta nella sua accezione comune il termine precauzione può intendersi come prevenzione anticipata rispetto al consolidamento delle conoscenze scientifiche tanto più che non troverebbe giustificazione il sottrarsi agli obblighi prevenzionistici in relazione allo stato di incertezza o di ragionevole dubbio riguardo all'esistenza o alla portata di rischi per la salute delle persone, dovendo

l'utilità rispetto al complessivo pericolo di «congestione delle strutture ospedaliere e dei reparti intensivi» e per «proteggere quanti entrano in contatto» con gli operatori sanitari. Con riferimento alla seconda condizione (*sicurezza complessiva del vaccino*), la Corte ha sottolineato che l'astratta possibilità, in casi rari, come per tutti i farmaci, di eventi avversi anche gravi, non elimina la sicurezza complessiva del vaccino in questione, considerato che, secondo le evidenze raccolte in modo inoppugnabile dalla comunità scientifica, *i benefici del trattamento superano chiaramente i rischi, e ciò sia per il soggetto che riceve il trattamento, sia per la comunità nel suo complesso*. A questo riguardo la Corte ha opportunamente insistito sull'esistenza nel nostro ordinamento di una *riserva di scienza*, vale a dire del dovere di Governo e Parlamento di adottare decisioni sempre fondate sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali, acquisite attraverso gli organi tecnico-scientifici dello Stato e della comunità internazionale e non attraverso opinioni di singoli esperti, che del resto non si saprebbe come scegliere. Quanto infine alla terza condizione (*previsione di un indennizzo nel caso di danni*), la Corte ha sottolineato come, nei casi rari di effettivo e serio danno da vaccino, sia previsto dalla legge un indennizzo, tanto per le vaccinazioni obbligatorie come per quelle solo raccomandate. L'obbligo non è irragionevole, anche perché temporaneo. La Corte ha ritenuto nel complesso proporzionato e non irragionevole l'obbligo introdotto dal legislatore per alcune categorie, perché temporaneo e soggetto a revisione, tanto che la fine del periodo di obbligo è stata anticipata «appena la situazione epidemiologica lo ha consentito», e perché si è trattato di una mera sospensione del rapporto lavorativo, senza alcuna conseguenza di tipo disciplinare, e non di una sua risoluzione. In merito poi alla questione del *consenso informato*, la Corte ha rilevato che l'obbligatorietà del vaccino lascia comunque al singolo la possibilità di scegliere se adempiere o sottrarsi all'obbligo, assumendosi responsabilmente, in questo secondo caso, le conseguenze previste dalla legge, e che qualora «il singolo adempia all'obbligo vaccinale, il consenso, pur a fronte dell'obbligo, è rivolto, proprio nel rispetto dell'intangibilità della persona, ad autorizzare la materiale inoculazione del vaccino». Con l'ultima sentenza n. 16/2023, depositata, come le altre, il 9 febbraio 2023, è invece stata dichiarata *improcedibile per ragioni processuali* la questione di costituzionalità riguardante le *norme che non avevano limitato la sospensione dall'esercizio della professione sanitaria alle sole prestazioni o mansioni che implicano contatti interpersonali* o che comportano, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio da SARS-CoV-2. Il motivo dell'improcedibilità è molto tecnico, riguardando il fatto che il giudice che ha sollevato la questione di fronte alla Corte (TAR della Lombardia) non aveva giurisdizione per occuparsi della questione, in quanto la causa avrebbe dovuto essere radicata presso il giudice ordinario e non presso il giudice amministrativo. Sul punto si rinvia a A. DE MATTEIS, *Le attese sentenze della Corte costituzionale del 9 febbraio sull'obbligo di vaccino*, in *Lav. dir. Eur.*, 2023. Numerosi gli interventi della dottrina giuslavorista. Cfr., senza pretese di completezza: M. BASILICO, *Per operatori sanitari e socioassistenziali è il momento dell'obbligo vaccinale?*, *Intervista di M. Basilico a F. Amendola, R. De Luca Tamajo e V. A. Poso*, in www.giustiziainsieme.it, 30 marzo 2021; M. CERBONE, *Vaccinazione anti-Covid, autodeterminazione del lavoratore e riflessi sul rapporto di lavoro*, in dirittifondamentali.it, 2021, n. 1; M. D'APONTE, *Sulla configurabilità di un obbligo generale per il lavoratore di sottoporsi alla vaccinazione nell'ordinamento giuridico vigente*, in dirittifondamentali.it, 2021, n. 2; A. DE MATTEIS, *Il decreto legge n. 44/2021 sull'obbligo di vaccino del personale sanitario*, in ilgiuslavorista.it, 5 aprile 2021; M. MOCELLA, *Vaccini e diritti costituzionali: una prospettiva europea*, in dirittifondamentali.it, 2021, n. 2; P. PASCUCCI-C. LAZZARI, *Prime considerazioni di tipo sistematico sul d.l. 1 aprile 2021, n. 44*, in *Dir. sic. lav.*, 2021, p. 153; C. PISANI, *Rifiuto del vaccino e ferie forzate per gli operatori sanitari in attesa del decreto legge*, in *Guida al lav.*, 2021, n. 16, p. 30 ss.; ID, *Il vaccino per gli operatori sanitari obbligatorio per legge e requisito essenziale per la prestazione*, in *Conversazioni sul lavoro a distanza da agosto 2020 a marzo*

essere loro assicurata protezione senza dover attendere che siano pienamente dimostrate sul piano scientifico l'effettiva esistenza e la gravità di tali rischi²¹. Il che legittimerebbe il tentativo di parte della dottrina di stabilire tra i due concetti una relazione meramente quantitativa per la quale la precauzione «*tende ad ampliare al massimo grado il principio di prevenzione*»²².

Ma tra principio di precauzione e principio di prevenzione non vi è sul piano giuridico completa assimilazione dal punto di vista dei contenuti²³.

Se ne trae conferma dalla richiamata direttiva europea 89/391CEE che disciplina la responsabilità per colpa derivante dai soli rischi professionali (art. 1, par. 2)²⁴, intesi in senso stretto quali rischi che trovano la loro fonte nell'attività di impresa per essere insiti nel tipo di

2021 promosse e coordinate da Vincenzo Antonio Poso, 7 aprile 2021, p. 3 ss.; V. A. POSO, *Dei vaccini e delle «pene» per gli operatori sanitari. Prime osservazioni sul D.L. 1° aprile 2021, n. 44 (G.U. n. 79 del 1 aprile 2021)*, in *Rivistalabor.it, Aggiornamenti*, 10 aprile 2021; R. RIVERSO, *Questioni applicative in tema di rifiuto di vaccinarsi: dalla circolare INAIL dell'1.3.2021 all'ordinanza del giudice di Belluno del 19 marzo 2021*, in *www.questionegiustizia.it*, 29 marzo 2021; ID, *Note in tema di individuazione dei soggetti obbligati ai vaccini a seguito del decreto-legge n. 44/2021*, in *Conversazioni sul lavoro a distanza da agosto 2020 a marzo 2021 promosse e coordinate da Vincenzo Antonio Poso*, 12 aprile 2021; F. SCARPELLI, *Arriva l'obbligo del vaccino (solo) per gli operatori sanitari: la disciplina e i suoi problemi interpretativi*, in *Conversazioni sul lavoro a distanza da agosto 2020 a marzo 2021 promosse e coordinate da V. A. Poso*, 3 aprile 2021; M. VERZARO, *Ecce lex! L'obbligo di vaccinazione per gli operatori sanitari*, in *Lav. dir. Eur.*, 2021, n. 2. Sulla questione dei vaccini in generale v. P. ALBI, S. BELLOMO, C. CESTER, J. C. VILLALÒN, V. FERRANTE, G. FERRARO, E. GRAGNOLI, A. MARESCA, O. MAZZOTTA, A. PERULLI, R. PESSI, D. ZUMBO, V. A. POSO, R. ROMEI, L. ZOPPOLI, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-Covid e rapporto di lavoro*, in *www.rivistalabor.it* (22 gennaio-10 febbraio 2021); G. CAZZOLA, *Un dibattito surreale*, in *Lav. dir. Eur.*, 2021, n. 1; V. DE LUCA-A. IACOBELLIS, *Infortunio da Covid-19, profili critici*, in *Guida al lav.*, 2020, n. 20, p. 46 ss.; L. DE ANGELIS, *Ragionando a caldo su vaccinazione e rapporto di lavoro*, in *Conversazioni sul lavoro a distanza da agosto 2020 a marzo 2021 promosse e coordinate da Vincenzo Antonio Poso*, 17 aprile 2021; A. DE MATTEIS, *Art. 32 della Costituzione: diritti e doveri in tema di vaccinazione anti-Covid*, in *Conversazioni sul lavoro a distanza da agosto 2020 a marzo 2021 promosse e coordinate da Vincenzo Antonio Poso*, 7 febbraio 2021; ID, *Infermieri che rifiutano il vaccino anti-Covid: dove l'Inail sbaglia*, in *Conversazioni sul lavoro a distanza da agosto 2020 a marzo 2021 promosse e coordinate da Vincenzo Antonio Poso*, 7 marzo 2021; ID, *I trattamenti sanitari nelle obbligazioni contrattuali. A proposito di vaccino anti-Covid*, *ivi*, 27 febbraio 2021; P. ICHINO, *Perché e come l'obbligo di vaccinazione può nascere anche solo da un contratto di diritto privato*, in *Lav. dir. Eur.*, 2021, n. 1, p. 4; ID, *L'obbligo di vaccinazione anti-Covid di fonte contrattuale*, in *Guida al lav.*, 2021, n. 3, p. 10 ss.; P. IERVOLINO, *Vaccinazione e Pandemia tra diritto e etica*, in *Conversazioni sul lavoro a distanza da agosto 2020 a marzo 2021 promosse e coordinate da Vincenzo Antonio Poso*, 8 aprile 2021; O. MAZZOTTA, *Vaccino anti-Covid e rapporto di lavoro*, in *Lav. dir. Eur.*, 2021, n. 1, p. 1 ss.; L. MENGHINI, *Covid, sicurezza, vaccini: rappresentanze e partecipazione*, in *Conversazioni sul lavoro a distanza da agosto 2020 a marzo 2021 promosse e coordinate da Vincenzo Antonio Poso*, 1 febbraio 2021; P. PASCUCCI-A. DELOGU, *L'ennesima sfida della pandemia Covid-19: esiste un obbligo vaccinale nei contesti lavorativi?*, in *Dir. sic. lav.*, 2020, p. 81 ss.; G. PELLACANI, *La vaccinazione contro il Coronavirus (SARS-CoV-2) negli ambienti di lavoro tra norme generali in tema di prevenzione e tutela della salute e sicurezza, disciplina emergenziale per la pandemia COVID-19 e prospettive di intervento del legislatore*, in *Lav. dir. Eur.*, 2021, 1; L. PAPA-N. A. MAGGIO, *COVID 19: Il vaccino e le notti insonni del datore di lavoro. Quando finisce la libertà del lavoratore ed inizia quella del suo collega*, in *Lav. dir. Eur.*, 2021, n. 1; S. PUTINATI-A. KELLER, *Covid-19: scudo per i datori, ma residua un rischio di responsabilità penale per colpa generica*, in *Guida al lav.*, 2020, p. 29 ss.; R. RIVERSO, *Vaccini e rapporto di lavoro: obblighi, responsabilità e tutele*, in *Conversazioni sul lavoro a distanza da agosto 2020 a marzo 2021 promosse e coordinate da Vincenzo Antonio Poso*, 15 marzo 2021; M. VERZARO, *Abundans cautela non nocet. A (s) proposito del c.d. licenziamento per mancata vaccinazione anti-coronavirus*, in *federalismi.it*, 2021, n. 6, p. 267 ss. In generale, sulla sicurezza del lavoro durante la pandemia M. MARAZZA, *L'art. 2087 nella pandemia COVID-19 (e oltre)*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, p. 267 ss.; A. PERULLI, «*Diritto riflessivo*» e autonomia collettiva al tempo del COVID-19, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, p. 299 ss.

professione o nel contesto organizzativo così da investire il prestatore nell'esercizio delle sue mansioni, nel quadro di un sistema orientato all'eliminazione del rischio attraverso l'obbligatoria adozione di misure note come idonee allo scopo.

Sistema al quale, come detto, si conforma pienamente, anche nella sua formulazione testuale, la normativa italiana.

Si deve piuttosto convenire con il rilievo per cui a differenza del principio di prevenzione quello di precauzione «riflette il generale mutamento di ottica e di prospettiva del pensiero giuridico che consegue al venire meno del tradizionale fondamento epistemologico della certezza assoluta della scienza»²⁵. Sta di fatto che il principio di precauzione non è suscettibile di tradursi, per difetto di concretezza, in preciso comando giuridico²⁶.

Necessita di specificazione, di definirsi contenutisticamente attraverso l'individuazione in relazione al caso concreto delle misure che ne costituiscono applicazione.

E' così che la garanzia della salute e sicurezza dei lavoratori avverso la diffusione nei luoghi di lavoro del contagio da virus SARS-CoV2 veniva a concretarsi non nell'imposizione ai datori di lavoro dell'adozione di presidi scientificamente testati come idonei all'eliminazione del rischio, ma nella negoziazione tra tutti i soggetti coinvolti, da quelli aventi responsabilità pubbliche, a muovere dallo stesso Governo, agli esponenti di interessi privati, quali i datori di lavoro, i sindacati e gli stessi lavoratori, di comportamenti ipotizzati utili allo scopo di evitare o contenere l'esposizione al rischio e nell'ottemperanza ad essi.

4. Negoziazione delle regole ed attenuazione delle responsabilità

Il negoziato giungeva a conclusione con la stipula del "Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto ed il contenimento della diffusione del virus Covid 19 nei luoghi di lavoro" siglato tra Governo e Parti sociali il 14 marzo 2020 ed aggiornato il successivo 24 aprile 2020 per essere poi incluso come allegato al D.P.C.M. emanato il 26 aprile 2020²⁷.

21 In questi termini si è pronunciato il Consiglio di Stato con la decisione assunta dalla sezione III, n. 6655 del 3 ottobre 2019, in *Giust. amm.*, 2020, n. 5, pp. 1-13.

22 La citazione è tratta da S. GRASSI, *Principi costituzionali e comunitari per la tutela dell'ambiente*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 933, negli stessi termini B. MAGGI-G. RULLI, *Benessere, prevenzione, rischio*, Tao Digital Library, Bologna, 2018, p. 6.

23 In tal senso S. BUOSO, *Principio di prevenzione e sicurezza sul lavoro*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 12, cui si rinvia per gli ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali; si veda anche L. ROCCHI, *op. cit.*, p. 60, F. SCALIA, *Principio di precauzione e ragionevole bilanciamento dei diritti nello stato di emergenza*, in *Federalismi.it*, 18 novembre 2020, n. 32, 217 ss., che configura il rapporto tra precauzione e prevenzione nei termini di mezzo a fine per cui "la precauzione è l'approccio che il decisore pubblico deve usare in funzione della prevenzione (...) Così impostato, il rapporto tra precauzione e prevenzione consente di anticipare quanto più possibile l'intervento dei poteri pubblici per rispondere alla richiesta di sicurezza dei cittadini" ma già P. PASCUCI, *Dopo la legge n. 123 del 2007. Prime osservazioni sul titolo I del decreto legislativo. n. 81 del 2008 in materia di tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, in *WP CSDLE Massimo D'Antona.IT*, 2008, n. 73, p. 28; per la mancanza di rilevanza pratica della distinzione tra principio di precauzione e principio di prevenzione si veda B. CARAVITA, *Diritto dell'ambiente*, Il Mulino, Bologna, 2016, p. 78.

24 Così L. ROCCHI, *op. cit.*, p. 61.

25 Cfr. G. MANFREDI, *Note sull'attuazione del principio di precauzione in diritto pubblico*, in *Dir. pubbl.*, 2003, p. 1086.

26 In questi termini si esprime il TAR del Lazio nella decisione n. 5118 del 31 maggio 2004, in *Foro amm.*, 2005.

27 Non sono tuttavia mancati protocolli riferiti a categorie e settori specifici tra i quali vanno ricordati il Protocollo Trasporti e Servizi del 19 marzo 2020, il Protocollo Sanità, Servizi socio-sanitari e socio-assistenziali

Esso si sostanziava essenzialmente nella definizione di misure igienico-sanitarie ed organizzative da applicare all'interno dei luoghi di lavoro per garantire "adeguati livelli di protezione.

Tra le misure organizzative si annoveravano la riduzione al minimo possibile, nel periodo di emergenza, della presenza dei dipendenti in azienda, con ricorso, agevolato dal legislatore al lavoro agile, a turnazioni, ad istituti contrattuali quali i ROL, la banca ore, le ferie maturate e non godute, l'informazione sui rischi derivanti da Covid 19 e sulle misure igienico-sanitarie consigliate ed applicate in azienda, l'adozione di specifiche modalità di ingresso e uscita dall'azienda, con diluizione di tempi e distanze, sia per i lavoratori che per utenti e fornitori, l'irrobustimento della sorveglianza sanitaria ad opera del medico competente, con particolare attenzione ai lavoratori «fragili» e l'adozione di provvedimenti in caso di presenza di persone sintomatiche, fermo restando il rispetto delle norme sulla *privacy* nell'attuazione delle misure di prevenzione e controllo sanitario, la costituzione di un comitato aziendale o territoriale per l'applicazione e la verifica delle regole del Protocollo, con la partecipazione delle rappresentanze sindacali aziendali e dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza.

Quanto alle misure igienico-sanitarie si prevedeva l'eventuale misurazione della temperatura e l'adozione delle conseguenti misure nel caso di superamento dei limiti ritenuti di attenzione, la pulizia giornaliera degli ambienti e la loro sanificazione periodica e comunque ove necessario, l'igiene personale obbligatoria con fornitura dei relativi mezzi detergenti e igienizzanti, il rispetto delle distanze interpersonali minime, l'accesso contingentato agli spazi comuni, la fornitura, in caso di impossibilità del rispetto della distanze, di appositi dispositivi di protezione individuale (mascherine, guanti, occhiali, tute, cuffie, camici conformi alle disposizioni delle autorità scientifiche e sanitarie).

Al carattere concordato, contingente e flessibile, anche in considerazione della loro adattabilità ai singoli contesti aziendali, delle regole poste fa riscontro l'attenuarsi degli oneri gravanti sui datori di lavoro.

Il contagio da Covid-19 verificatosi nell'ambiente di lavoro è comunque riconosciuto ai sensi dell'art. 42 del d. l. n. 18/2020, convertito nella l. n. 27/2020 come interpretato dall'INAIL con la nota n. 3675 del 13 marzo 2020 e con la successiva circolare del 3 aprile come infortunio sul lavoro a tutti gli effetti.

Ovviamente deve ricorrere l'occasione di lavoro che costituisce il presupposto fondante la responsabilità del datore per il danno all'integrità fisica del lavoratore conseguente al verificarsi dell'evento rinvenibile, secondo la giurisprudenza più recente, relativamente a qualsiasi evento semplicemente occasionato dal lavoro e quindi non intrinsecamente connesso allo svolgimento delle mansioni tipiche, purché riconducibile ad un'attività strumentale al loro espletamento o comunque collegata al soddisfacimento delle esigenze lavorative²⁸.

Questa necessita di prova da parte del lavoratore ove non sia stata considerata presunta come si è verificato per gli operatori sanitari, i lavoratori a costante contatto con il pubblico e

del 25 marzo 2020, il Protocollo Cantieri del 26 aprile 2020 su cui vedi S. CASSAR, *Prime osservazioni in ordine ai Protocolli di sicurezza anti-contagio* in A. PILEGGI (a cura di), *Il diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica*, Edizioni LPO, Roma, 2020, p. 81.

²⁸ Sul punto cfr. per tutti: G. LUDOVICO, *Il contagio da Covid-19 come infortunio sul lavoro tra copertura INAIL e responsabilità civile*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2020, p. 2; G. CANAVESI-E. ALES, *La tutela antinfortunistica oggi*, ESI, Napoli, 2019.

l'utenza, i lavoratori che operano in *front-office*, alla cassa, gli addetti alle vendite/banconisti nonché il personale del settore della sanità operante negli ospedali con mansioni tecniche, di supporto, di pulizia, di addetti al trasporto infermi.

Cosicché si è previsto che, nei casi accertati di infezione da coronavirus in occasione di lavoro, il lavoratore avrà diritto, previo invio di certificato di infortunio da parte del medico, alle prestazioni erogate dall'INAIL, anche per il periodo di quarantena o di permanenza domiciliare fiduciaria dell'infortunato, con la conseguente astensione dal lavoro.

A ciò, peraltro, corrisponde la previsione per la quale tali eventi non saranno computati ai fini dell'oscillazione del tasso dell'andamento infortunistico per il calcolo dei premi assicurativi dovuti dalle aziende.

Analogamente l'incertezza scientifica circa il determinarsi del contagio ha inciso in termini di indeterminatezza del comportamento colposo cui consegue di norma la responsabilità penale del datore di lavoro, giustificandosi così la scelta legislativa operata con l'art. 29 *bis*, inserito nella l. 5 giugno 2020, n. 40, di conversione del d.l. 8 aprile 2020, n. 23, secondo cui «*ai fini della tutela contro il rischio del contagio da Covid-19 i datori di lavoro pubblici e privati adempiono all'obbligo di cui all'art. 2087 del codice civile mediante l'applicazione delle prescrizioni contenute nel Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto ed il contenimento della diffusione del Covid-19 sottoscritto il 24 aprile 2020 tra il Governo e le Parti sociali ... e negli altri protocolli e linee guida di cui all'art. 1, comma 14, del decreto legge 16 maggio 2020, n. 33 nonché mediante l'adozione ed il mantenimento delle misure ivi previste*» che vale a circoscrivere all'inottemperanza alle richiamate prescrizioni della responsabilità a riguardo imputabile al datore di lavoro.

5. Il principio di precauzione come diritto dell'incertezza

Alla luce di quanto sopra trova conferma la specificità sul piano giuridico del principio di precauzione, data dall'attitudine di questo a porsi quale parametro di regolazione di situazioni connotate dall'imprevedibilità dei rischi, di portata tendenzialmente globale per attenersi in particolare alla salute e all'ambiente. Imprevedibilità conseguente alle carenze cognitive della scienza, a porsi, dunque, quale criterio ordinatore di un diritto dell'incertezza a fronte di una scienza «incerta»²⁹.

Va comunque chiarito, come correttamente si è ritenuto di evidenziare da parte del Consiglio di Stato, che la dinamica applicativa del principio, “lungi dal fondarsi su un pregiudizio antiscientifico, postula più di qualunque altro principio del diritto una solida base scientifica” consentendo di individuare “il percorso di procedimentalizzazione delle decisioni delle autorità pubbliche in situazioni di incertezza” e così “una gestione collettiva del rischio”. Non a caso, nell'affermare, a specificazione della direttrice di quel percorso, che “il principio di precauzione non obbliga affatto alla scelta del “rischio zero” semmai impone al decisore pubblico, legislatore o amministratore, in contesti determinati, di prediligere, tra le plurime ipotizzabili, la soluzione che renda possibile il bilanciamento tra la minimizzazione dei rischi e la massimizzazione dei vantaggi, attraverso l'individuazione, sulla base di un test di proporzionalità, di una soglia di pericolo accettabile, si rileva che la

²⁹ Così M. TALLACHINI, *Ambiente e diritto della scienza incerta*, in S. GRASSI-M. CECCHETTI-A. ANDRONIO, *Ambiente e diritto*, Olschki, Firenze, 1999, p. 57 ss.

selezione di tale soglia può compiersi unicamente sulla base di una conoscenza completa e, soprattutto, accreditata dalla migliore scienza disponibile³⁰.

Resta il problema del bilanciamento degli interessi, condizionato dall'opzione di fondo tra tesi massimalista e tesi minimalista.

In base alla prima tesi il ricorso a misure precauzionali è intrinsecamente legata all'aumento dei fattori di rischio nella nostra società³¹ e risponderebbe ad un'etica della responsabilità che tenta di fronteggiare la «insicurezza generata da un indiscusso, incondizionato ed incontrollato primato della scienza (...) e da alcuni degli effetti collaterali determinati dall'incessante modernizzazione della società contemporanea (...) resi più sconcertanti dall'autentica capacità di annientamento che essi sono in grado di spiegare»³².

Per l'opposta tesi l'approccio precauzionale impone alla pubblica autorità di prescrivere o vietare pur in circostanze di non conoscenza, ovvero in assenza di una chiara rappresentazione dei presupposti empirici a giustificazione dell'intervento, creando una situazione di conflitto con il metodo scientifico dal momento che suggerisce la limitazione o la messa al bando di pratiche, agenti, fenomeni o attività che la scienza non ha provato essere pericolosi. In questa ottica si è sostenuto il carattere paralizzante del principio di precauzione atteso che, «*imponendo il divieto di una determinata attività porta con sé altri rischi che derivano proprio dal mancato svolgimento di quella attività, per impedire i quali bisognerebbe invece consentirla*»³³ e più in generale la dottrina si è espressa in termini estremamente critici sulla compatibilità del principio anche con alcuni principi irrinunciabili della scienza giuridica come la certezza del diritto ed il principio di legalità.

Dirimenti sono stati al riguardo gli interventi della Corte costituzionale.

Sul tema, i giudici della Consulta hanno innanzitutto precisato che il principio di precauzione «*rappresenta un criterio direttivo che deve ispirare l'elaborazione, la definizione e l'attuazione delle politiche ambientali della Comunità europea sulla base dei dati scientifici sufficienti ed attendibili valutazioni scientifiche circa gli effetti che possono essere prodotti da una determinata attività*»³⁴. Punto fondamentale, alla base di tutti i ragionamenti della Corte, è l'idea secondo cui il presupposto per l'adozione della misura precauzionale deve sempre rinvenirsi in un'adeguata valutazione del rischio sulla scorta di istruttoria compiuta con elevata competenza scientifica³⁵. La Corte ha inoltre voluto chiarire che, una volta individuato il

30 Il riferimento è alla pronunzia del Cons. Stato, V, 27 dicembre 2013, n. 6250.

31 Cfr. R. TITOMANLIO, *Il principio di precauzione fra ordinamento europeo e ordinamento italiano*, Giappichelli, Torino, 2018, XV ss.; F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Giuffrè, Milano, 2005, XVII; F. TRIMARCHI, *Principio di precauzione e "qualità" dell'azione amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2005, p. 1676, nota 9; L. MARINI, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario*, Cedam, Padova, 2004.

32 Così A. MASSARO, *Principio di precauzione e diritto penale: nihil novi sub sole?*, in *Dir. pen. Contemporaneo*, 9 maggio 2011, p. 2.

33 In questi termini prospetta il problema R. PITRUZZELLA, *La società globale del rischio e i limiti alle libertà costituzionali*, in *Giustizia Insieme*, 24 marzo 2020.

34 Così Corte cost., 3 novembre 2005, n. 406 in *Giur. cost.*, 2005, n. 6, p. 4429.

35 Corte cost., 26 giugno 2002, n. 282, in *Foro it.*, 2003, I, p. 293 ss., con nota di A. GRAGNANI, *Principio di precauzione, libertà terapeutica e riparto di competenze fra Stato e Regioni.*, nella quale è stata stigmatizzata la sospensione, da parte di una normativa regionale, di una pratica terapeutica che era stata disposta in assenza di specifiche acquisizioni tecnico-scientifiche verificate da parte degli organismi competenti. Nella medesima prospettiva ma con esiti differenti in tema di OGM cfr. anche Corte cost., 8 marzo 2006, n. 116, in *Giur. cost.*, 2006, p. 1099 ss., con note di R. MANFRELOTTO, *Il riparto di competenze regolative nell'art. 117 della Costituzione: il caso delle biotecnologie*, e di E. STEFANINI, *Principio di coesistenza e Regioni ogm-free: fine*

rischio, nel modo sopra descritto, non rientra nell'esercizio del potere giurisdizionale la possibilità di sostituire l'istruttoria effettuata con propri autonomi accertamento e conseguente valutazione³⁶, riconoscendo l'esclusività di tale prerogativa in capo al solo legislatore che quindi è tenuto ad individuare un «*punto di equilibrio necessariamente dinamico e non prefissato in anticipo*» tra le esigenze di salvaguardia della salute e/o dell'ambiente, da un lato, e la libertà e/o gli interessi economici, dall'altro³⁷.

Nella giurisprudenza della Corte costituzionale tale bilanciamento è stato attuato in termini tali da giustificare scelte legislative che impongono la contrazione di interessi di rilievo costituzionale a scopo precauzionale solo a condizione che siano supportate da opinioni scientifiche anche non pacificamente condivise, così risolvendosi il sindacato del Giudice delle leggi in un giudizio di «ragionevolezza scientifica», ovvero nella verifica della correttezza scientifica dei presupposti empirici su cui poggia la scelta normativa³⁸.

E da tale criterio della «ragionevolezza scientifica» la Corte costituzionale non si è discostata neppure nell'ambito delle pronunzie con cui ha inteso sancire la legittimità dell'obbligo vaccinale imposto a fronte dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 per il personale sanitario, per quanto ivi la Corte medesima fosse giunta a ritenere come, alla luce dell'analisi costi/benefici, il principio di precauzione avesse visto mutare la sua portata applicativa, passando dall'inibizione dei comportamenti generatori del rischio all'imposizione di misure contenitive del medesimo. Mutamento cui si correla il diverso contegno del decisore pubblico ora tenuto «a consentire o, addirittura, ad imporre l'utilizzo di terapie che, pur sulla base di dati non completi ... assicurino più benefici che rischi, in quanto il potenziale di rischio di un evento avverso per un singolo individuo, con l'utilizzo di quel farmaco è di gran lunga inferiore al reale nocimento per una intera società, senza l'utilizzo di quel farmaco»³⁹.

Così, nel 2023 la Corte costituzionale nel vagliare la legittimità degli obblighi vaccinali imposti dal legislatore per fronteggiare l'emergenza pandemica ha emesso alcune sentenze

della moratoria sulle coltivazioni transgeniche in Italia; P. MILAZZO, *Alcune questioni di interesse costituzionale in materia di organismi geneticamente modificati in agricoltura*, in *Dir. pubblico*, 2005, p. 232 ss.; P. BORGHI, *Colture geneticamente modificate, ordinamenti e competenze: problemi di coesistenza*, in *Le Regioni*, 2006, p. 976 ss.; nonché, da ultimo, G. DI COSIMO, *Corte costituzionale, bilanciamento di interessi e principio di precauzione*, in *Giur. cost.*, 2015, p. 89.

36 Cfr. Corte cost. 26 maggio 1998, n. 185, in *Rass. giur. san.*, 1998, p. 172; Corte cost., 9 maggio 2002, n. 202, in *Giur. Cost.*, 2002, p. 1599; Corte Cost., 6 aprile 2005, n. 135, in *Rass. giur. san.*, 2005, n. 257, p. 136; Corte cost., 3 novembre 2005, n. 406, in *Giur. it.*, 2006, p. 1123 ss.; Corte cost., 17 marzo 2006, n. 106 in *Giur. cost.*, 2006, p. 2; Corte cost. 23 luglio 2009, n. 235, in *Giur. Cost.*, 2009, n. 4, p. 2895; Corte cost., 24 luglio 2009, n. 248, in *Giur. cost.*, 2009, n. 4, p. 3278; Corte cost., 22 maggio 2013, n. 93 in *Giur. cost.*, 2013, n. 3, p. 1592; Corte cost., 5 dicembre 2014, n. 274, in *Giur. cost.*, 2014, n. 6, p. 4670; Corte cost., 9 maggio 2015, n. 83, in *Giur. cost.*, 2013, n. 3, p. 1424; Corte cost., 12 luglio 2017, n. 170, in *Giur. Cost.*, 2017, n. 4, p. 1555; Corte cost., 8 novembre 2017, n. 232, in *Giur. cost.*, 2017, n. 6, p. 2340; Corte cost., 15 novembre 2017, n. 240, in *Giur. cost.*, 2017, n. 6, p. 2478.

37 Cfr. M. ALLENA, *Il principio di precauzione: tutela anticipata v. legalità-prevedibilità dell'azione amministrativa*, in B. MARCHETTI-M. RENNA (a cura di), *Principio di precauzione, Cedu, prevedibilità dell'azione amministrativa, affidamento de privato*, Firenze University Press, Firenze, 2016.

38 A riguardo cfr. G. RAGONE, *Valutazioni e fatti scientifici fra ragionevolezza e proporzionalità: brevi note sul ragionamento giuridico della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in M. D'AMICO-F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, ESI, Napoli, 2018, p. 287 ss.

39 Il riferimento è alle sentenze n. 14, 15 e 16 del 2023.

di notevole rilevanza⁴⁰. Con queste pronunce la Consulta ha colto l'occasione per confermare il proprio indirizzo giurisprudenziale circa il complesso rapporto tra le decisioni politiche e discrezionali e gli indirizzi medico-scientifici e per delineare nuovamente i margini del proprio sindacato giurisdizionale.

Oggetto del sindacato di legittimità della Corte sia nella sentenza n. 14 sia nella n. 15 è stato il decreto-legge n. 44 del 2021, convertito con modificazioni dalla legge n. 76 del 2021.

Con la prima pronuncia (n.14) il *focus* è stato sull'accertamento della conformità dell'obbligo vaccinale anti Covid, introdotto per alcune categorie professionali (in particolare per gli esercenti le professioni sanitarie in modo indistinto), rispetto a quei parametri costituzionali, delineati dalla stessa Corte negli anni '90, con riguardo a tale tema in termini più generali⁴¹.

In questa sede i giudici hanno statuito che *«L'imposizione di un trattamento sanitario obbligatorio trova giustificazione in quel principio di solidarietà che rappresenta la base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal costituente»*⁴², confermando quindi quel consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo cui in considerazione del *«rilievo costituzionale della salute come interesse della collettività»*⁴³ *«in nome di esso, e quindi della solidarietà verso gli altri, ciascuno può essere obbligato, restando così legittimamente limitata la sua autodeterminazione, a un dato trattamento sanitario»*⁴⁴. Con l'ulteriore precisazione operata dai giudici che, in caso di danni subiti da chi si sottopone all'obbligo vaccinale, al fine di dare concreta realizzazione al suddetto dovere inderogabile di solidarietà, è previsto il diritto all'indennizzo, quale condizione di legittimità dell'obbligo stesso.

Nella seconda pronuncia (n. 15) invece aspetto sul quale ci si è concentrati è stato quello della legittimità della scelta individuale di alcuni lavoratori, addetti al servizio sanitario nazionale e dunque soggetti al sopra citato obbligo di vaccinazione, di non aderirvi e della ragionevolezza e proporzionalità del provvedimento di sospensione di questi, rispetto alle alternative della sottoposizione periodica al tampone e dell'assegnazione a mansioni differenti, in cui non vi sia il contatto fisico con i pazienti. Per quanto riguarda la misura alternativa del controllo tramite tampone, la Corte ha affermato che ciò, a differenza del vaccino, *“sarebbe stata del tutto inidonea a prevenire la malattia (specie grave) degli stessi operatori, con il conseguente rischio di compromettere il funzionamento del servizio sanitario nazionale”*. Con riguardo invece alla possibilità di assegnare i lavoratori non vaccinati a mansioni diverse,

40 Cfr. ancora Corte cost., 9 febbraio 2023, nn. 14, 15 e 16, cit. In dottrina sullo specifico argomento cfr. L. BUSATTA, *Giustizia costituzionale e obblighi vaccinali: alla Corte l'occasione, in cinque tempi per consolidare il proprio orientamento*, in *Osservatorio Cost.*, 2023, n. 4, p. 105; cfr. M. MASSA, *Dati scientifici e discrezionalità politica nella legislazione sugli obblighi vaccinali*, in *Corti Supreme e Salute*, 2023, n. 1, p. 3 ss.; C. IANNELLO, *La sentenza n. 14/2023 della Corte Costituzionale: l'obbligo vaccinale è legittimo solo se serve a prevenire il contagio*, in *Osservatorio Cost.*, 2023, n. 4, p. 1; V. BALDINI, *L'emergenza sanitaria: tra stato di eccezione, trasformazione della Costituzione e garanzie del pluralismo democratico*, in *www.dirittifondamentali.it*, 2023, n. 1, p. 390; G. VECCHIO, *Riflessioni sulla sospensione della retribuzione a favore dei lavoratori obiettori dopo le sentenze della Corte costituzionale n. 14 e 15 del 2023*, in *www.dirittifondamentali.it*, 2023, n. 1, p. 425; E. AURELI, *Tre sentenze per mettere fine alla discussione sulla legittimità del vaccino contro il Covid. Le sentenze 14, 15, 16 del 2023 e la problematica prassi dell'anticipo del contenuto delle pronunce nei comunicati stampa della Corte*, in *BioLaw Journal*, 2023.

41 Corte cost., 22 giugno 1990, n. 307 (sul vaccino antipoliomielite), 23 giugno 1994, n. 258 (sulla vaccinazione obbligatoria contro l'epatite virale B), 18 gennaio 2018, n. 5 (sui vaccini obbligatori per i minori).

42 Cfr. Corte cost., 28 febbraio 1992, n. 75.

43 Cfr. Corte cost., 22 giugno 1990, n. 307.

44 Cfr. Corte cost., 22 giugno 1990, n. 307.

ipotesi contemplata dallo stesso legislatore per quei soli soggetti che non potessero vaccinarsi per certificate ragioni mediche, la Corte ha operato un bilanciamento tra l'interesse del lavoratore allo svolgimento dell'attività lavorativa e quello del datore di lavoro a non essere destinatario di ulteriori oneri, in una situazione, quale è stata quella pandemica, già particolarmente gravosa, propendendo a favore di tale secondo elemento e ritenendo dunque non irragionevole e non discriminatoria la previsione legislativa di sospensione dal lavoro per quei lavoratori che volontariamente si sottraevano all'obbligo di vaccinazione.

Infine, merita di essere attenzionata anche la questione sottostante la sentenza della Corte Costituzionale n. 16 del 2023, sebbene di fatto conclusa con una pronuncia di inammissibilità. Il fatto riguardava una psicologa libero-professionista, sospesa dalla professione per il mancato adempimento dell'obbligo vaccinale. Il dubbio di legittimità costituzionale si concentrava sulla compatibilità dell'art. 4 del d.l. n. 44/2021 e successive modifiche e integrazioni con i principi di ragionevolezza e proporzionalità ex art. 3 della Costituzione, oltre che con gli artt. 2, 4, 32 della Costituzione, alla luce della difesa presentata dalla parte in causa, la quale sosteneva di svolgere i colloqui con i propri pazienti esclusivamente in via telematica, sottolineando dunque l'irragionevole estensione dell'obbligo vaccinale ai professionisti che non hanno contatto fisico con i pazienti.

Qualche mese dopo, con la sentenza n. 185 del 2023, la Corte ha avuto modo di esprimere il proprio orientamento con riguardo ad una situazione simile relativa alla sospensione dall'esercizio della professione del direttore di un laboratorio di analisi a seguito dell'accertamento dell'inadempimento dell'obbligo vaccinale. Anche in questo caso nella difesa della parte si è evidenziata l'assenza di contatti fisici con pazienti nell'esecuzione delle proprie mansioni e dunque si lamentava la medesima irragionevolezza della normativa di cui sopra. I giudici in questa occasione, dichiarando la questione di legittimità non fondata, chiariscono che la previsione dell'obbligo vaccinale per determinate categorie di professionisti non è una scelta irragionevole ma, al contrario, essa è giustificata dall'esigenza di garantire una chiara e univoca individuazione dei soggetti su cui esso grava, per consentire una sua agevole e rapida attuazione.

Ora, come rilevato, prima ancora dell'intervento giurisprudenziale in materia di obbligo vaccinale a seguito della vissuta emergenza pandemica, la Corte costituzionale, nelle sentenze emesse sul caso ILVA, la n. 85 del 9 maggio 2013, la n. 182 del 13 luglio 2017 e la n. 58 del 2018, afferenti alla materia lavoristica così che il conflitto emergeva *in apicibus* tra diritti del pari fondamentali quali salute e lavoro, ha avuto modo già di delineare con certezza il paradigma alla cui stregua condurre il giudizio in ordine al bilanciamento degli interessi, ribadendo che *«tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza sugli altri. La tutela deve sempre essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro. Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti che diverrebbe tiranno nei confronti di altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette che costituiscono nel loro insieme espressione della dignità della persona»*⁴⁵.

Tuttavia, di quel giudizio quelle stesse pronunzie finiscono per rivelare il carattere meramente contingente e sostanzialmente «politico»⁴⁶.

45 Così testualmente Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85, al punto 9.

E' da notare come, facendo leva sul medesimo paradigma sopra richiamato, mentre nella sentenza n. 85/2013 la Corte costituzionale, operando il bilanciamento tra il diritto alla salute ed il diritto al lavoro, indicati nel caso come tra loro in conflitto, ha privilegiato la tutela dell'occupazione sul presupposto della ragionevolezza della compressione di un diritto fondamentale quale la salute - generalmente non tollerata in una condizione ordinaria - se temporanea e funzionale a prevenire un'altra emergenza data dalla perdita dell'occupazione di migliaia di persone, mentre nella sentenza n. 58/2018, lo sfociare della decisione nella declaratoria di illegittimità costituzionale del provvedimento legislativo del Governo non rispondente a criteri di proporzionalità e ragionevolezza trova fondamento nell'aver il giudizio di bilanciamento, pur permanendo la medesima situazione di fatto (a distanza di sei anni l'emergenza sanitaria non si era attenuata e permaneva identica l'emergenza occupazionale) visto mutare il riferimento comparativo. Tale ultimo riferimento non è più rappresentato dal diritto al lavoro, bensì dall'interesse alla prosecuzione dell'attività produttiva, da un lato, e, dall'altro, dai diritti costituzionali ed inviolabili alla tutela della salute e della vita stessa cui deve ritenersi *«inscindibilmente connesso il diritto al lavoro in ambiente sicuro e salubre»*. Il mutare del riferimento comparativo ha inciso in termini tali da sottrarre al confronto il diritto al lavoro, incluso nel diritto alla salute in ragione della garanzia dell'adibizione del lavoratore in ambienti salubri ed assumere quale termine della comparazione la libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost., costantemente valutato nella giurisprudenza della Corte costituzionale recessivo rispetto alla sicurezza del lavoro.

Il che rende ragione dell'essere la nostra «società del rischio» posta innanzi alla drammaticità della scelta di compressione di diritti fondamentali tra loro in conflitto, in relazione ai quali il principio di precauzione può offrirsi come parametro valendo a fondare, a fronte della "scienza incerta" un diritto dell'incertezza, destinato, tuttavia, a risultare condizionato dall'irrisolto problema dell'accettabilità politica e sociale di un simile approdo.

46 Così F. SCALIA, *Principio di precauzione e ragionevole bilanciamento dei diritti nello stato di emergenza*, cit., p. 197.