



MASSIMILIANO OGGIANO AVVOCATO PENALISTA

TUTELA DELLA SALUTE E DELLA SICUREZZA SUL LAVORO E OBBLIGO VACCINALE IN AMBIENTE LAVORATIVO

Al pari di quanto già registrato in occasione della cosiddetta prima ondata pandemica da SarsCov2, allorché la dottrina si è trovata a doversi necessariamente confrontare sulla necessità di aggiornamento del documento di valutazione dei rischi da parte del datore di lavoro, si prospetta, oggi, un analogo dilemma: il datore di lavoro può imporre ai propri dipendenti l'inoculazione del vaccino e, se sì, in che termini quest'imposizione può avvenire?

Va immediatamente premesso che non vi sono soluzioni univoche e pacifiche al quesito. Gli argomenti, spesi in uno come nell'altro senso, sono caratterizzati da spunti condivisibili che, pur tuttavia, conducono a risultati diametralmente opposti.

Da un lato chi, trincerandosi dietro il dettato costituzionale del secondo comma dell'art. 32 e distinguendo i rischi generici della popolazione da quelli specifici dell'ambiente di lavoro, nega recisamente che sussista, allo stato dell'arte, un obbligo per il lavoratore di sottoporsi al trattamento vaccinale; dall'altro chi, partendo da una prospettiva di più ampio respiro, evidenzia come l'obbligo di tutelare la salute e la sicurezza in ambito lavorativo non possa non ricomprendere anche quel tipo di rischi non necessariamente legati alla prestazione lavorativa ed includa dunque anche quelli che si palesano *"durante"* la predetta attività.

Un rapido ma puntuale esame delle due distinte prospettive consentirà al lettore di maturare una propria opinione che, ad avviso del sottoscritto, deve, tuttavia, debitamente tener conto del corretto inquadramento della questione: si tratta di un tema attinente esclusivamente alla salute pubblica ovvero anche alla tutela della salute e della sicurezza sul lavoro?

Un'autorevole parte della dottrina - richiamando, *in primis*, il dettato di cui all'art. 28, comma 2, lett. a) del D.Lgs. 81/08, ai sensi del quale il documento di valutazione dei rischi, redatto a conclusione della predetta valutazione, deve contenere *"una relazione sulla valutazione di tutti i rischi per la sicurezza e la salute durante l'attività lavorativa, nella quale siano specificati i criteri adottati per la valutazione stessa"* - afferma che il rischio di contagio da SarsCov2 rientra a pieno titolo nell'oggetto della valutazione del datore di lavoro e che, pertanto, ogni cautela diretta ad eliminarlo ovvero a proteggere i lavoratori dal contagio è

Via Monte Zebio n. 43
00195 - Roma

Tel. 06.32120230 - Fax 06.32655851 - Cell. 333.6740714

p.e.c. massimilianooggiano@ordineavvocatiroma.org - e.mail massimilianooggiano@massimilianooggiano.it
www.massimilianooggiano.it



doverosa in ragione di quanto statuito, finanche dall'art. 2087 c.c.: *"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."*

Si aggiunge, nella medesima prospettiva, la constatazione del fatto che il SarsCov2, in quanto fattore biologico di rischio a carattere letale, sia stato classificato, in ambito europeo, quale patogeno di tipo 3. Ed invero, la direttiva UE 739 del 3 giugno 2020, recepita in Italia con due decreti legge (il d.l. 7 ottobre 2020, n. 125 ed il d.l. 9 novembre 2020, n. 149, rispettivamente convertiti con la L. 159/2020 e con la L. 176/2020), ha introdotto rilevanti modifiche all'all. XLVI del D.Lgs. 81/08, nel quale, tra gli agenti patogeni, alla sezione *"virus"* è stata introdotta la *"sindrome respiratoria acuta grave da coronavirus 2 (SARS-CoV-2)"*.

Sarà pertanto doveroso considerare il predetto rischio letale, seppur non esclusivamente legato al concreto svolgimento della mansione lavorativa, in sede di elaborazione e redazione del DVR?

Ad opinione della parte di dottrina che si sta richiamando in questi passaggi, la risposta dev'essere affermativa. In effetti, per come chiarito dalla Commissione Interpelli con la risposta all'interpello n. 37412 datato 25 ottobre 2016, la valutazione dei rischi deve comprendere tutti i rischi, *ivi* compresi i potenziali e peculiari rischi ambientali legati alle caratteristiche del paese in cui la prestazione lavorativa dovrà essere svolta, quali, a titolo esemplificativo, i rischi legati alle condizioni sanitarie del contesto geografico di riferimento. Nel caso di specie le condizioni sanitarie non sono circoscritte ad un determinato contesto geografico ma (anche in ragione della diversificata intensità dei contagi nei vari contesti territoriali) sono pur sempre peculiari e meritevoli di considerazione

Rimane a questo punto, un'ultima riflessione che, chi propende per l'obbligatorietà del vaccino in ambiente di lavoro (nei termini che spiegheremo meglio di qui a poco), offre a supporto della predetta posizione: essa si concentra sulla portata applicativa delle norme di cui al titolo X del D.Lgs. 81/2008, relativo agli obblighi del datore di lavoro in ordine al rischio di *"esposizione ad agenti biologici"*.

Così come nell'ambito delle valutazioni riguardanti la necessità di aggiornamento del documento di valutazione del rischio, anche nella ricerca di una risposta al quesito inerente l'obbligo vaccinale del lavoratore, il Titolo X del Testo Unico gioca un ruolo fondamentale. Si tratta di un complesso di norme che dettano una serie di obblighi circoscritti alle sole attività lavorative che comportano un'inevitabile esposizione al predetto fattore (ad esempio professioni sanitarie) ovvero le norme dettate dagli artt. 266 e ss. sono di diretta ed immediata applicabilità anche in relazione alle attività lavorative in occasione delle quali si può verificare un contagio da agenti biologici?

La risposta aderente alla seconda tra le due soluzioni - che si è tenuti a fornire ove si voglia accogliere l'opzione che annovera tra i doveri del datore di lavoro anche quello di imporre la vaccinazione ai propri dipendenti - transita, ad avviso dello scrivente, attraverso i seguenti punti: (i) all'interno del Titolo X sono isolate singole disposizioni normative che disciplinano la gestione del rischio in ambiti specifici (strutture sanitarie e veterinarie, laboratori e stabulari, impianti industriali), di tal ché si può esser giustamente propensi a ritenere che le residue disposizioni possono trovare generica applicazione; (ii) l'art.



271 comma 4 del D.Lgs. 81/2008 dispone che *"nelle attività quali quelle riportate a titolo esemplificativo nell'allegato XLIV, che pur non comportando la deliberata intenzione di operare con agenti biologici, possono implicare il rischio di esposizione dei lavoratori stessi, il datore di lavoro può prescindere dall'applicazione delle disposizioni di cui agli artt. 273, 274, commi 1 e 2, 275, comma 3, e 279, qualora i risultati della valutazione dimostrino che l'attuazione di tali misure non è necessaria"*, così palesando l'intento del legislatore di lasciare impregiudicata la doverosa valutazione del rischio e la conseguente adozione delle necessarie cautele anche nei casi in cui l'esposizione all'agente letale non derivi dalla *"deliberata intenzione di operare con gli agenti biologici"* ma sia conseguente allo svolgimento di un'attività che *"implichi il rischio di esposizione del lavoratore"* al predetto rischio (quale ad esempio quello legato all'inevitabile vicinanza con altri lavoratori potenzialmente infetti o al contatto con superfici potenzialmente contaminate); (iii) il dettato di cui agli artt. 272 e 273 del D.Lgs. 81/2008 (*"misure tecniche, organizzative, procedurali"* e *"misure igieniche"*) si rivela astrattamente efficace anche in ottica di prevenzione dal contagio da SarsCov2 e, se letto in combinato disposto con l'art. 28 comma 3 del D.Lgs. 81/08, impone una costante e repentina rimodulazione delle valutazioni di idoneità della concreta attuazione delle misure in conseguenza dell'evoluzione della tecnica, della prevenzione o della protezione, ovvero quando i risultati della sorveglianza sanitaria ne evidenzino la necessità. È doveroso a questo punto il richiamo all'art. 279, comma 2 del D.Lgs. 81/2008, il quale statuisce che *"il datore di lavoro, su conforme parere del medico competente, adotta misure protettive particolari per quei lavoratori per i quali, anche per motivi sanitari individuali, si richiedono misure speciali di protezione, tra le quali: a) la messa a disposizione di vaccini efficaci per quei lavoratori che non sono già immuni all'agente biologico, presente nella lavorazione, da somministrare a cura del medico competente; b) l'allontanamento temporaneo del lavoratore secondo le procedure dell'art.42"*.

Come si può conciliare, a questo punto, il quadro appena delineato - dal quale deriverebbe, ad avviso di parte della dottrina, il dovere del datore di lavoro di imporre la vaccinazione ai lavoratori - con il dettato di cui all'art. 32 comma 2 della Carta Costituzionale, ai sensi del quale *"nessuno può essere obbligato ad un trattamento sanitario se non per disposizione di legge"* che *"non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana"*?

In altri termini, più elementari, può il datore di lavoro arrivare ad intaccare diritti inviolabili dell'individuo che solo il legislatore è legittimato, in casi estremi e previo equo contemperamento di opposti interessi, a comprimere ovvero a sacrificare?

La risposta dovrebbe essere di segno marcatamente negativo. Ed invero, proprio su questo punto, fioriscono le argomentazioni di chi, contrariamente a quanto sin qui prospettato, ritiene che l'obbligo vaccinale, al momento attuale, in assenza di una norma di legge ordinaria che lo preveda (sia per la collettività che, a maggior ragione, per i lavoratori), non possa essere imposto al prestatore di lavoro dipendente.

Si aggiunge, a supporto della prospettazione negativa appena richiamata, che ad oggi non sono noti gli effetti collaterali del vaccino e che neppure sono state raggiunte solide certezze in merito all'effetto che lo



stesso vaccino produce sul piano dei contagi, tanto ciò è vero che le cautele già in vigore prima dell'avvio della campagna vaccinale (distanziamento sociale e mezzi di protezione delle vie respiratorie) permangono anche in seguito all'assunzione del vaccino.

Il piano su cui si colloca la posizione di coloro i quali negano che il datore di lavoro possa obbligare i lavoratori alla vaccinazione, a modesto avviso di chi scrive, genera una falsa prospettiva: il limite insito nell'art. 32 comma 2 della Carta Costituzionale, relativo al trattamento sanitario obbligatorio, non può dirsi violato nell'ipotesi in cui l'obbligo di vaccinazione non sia tale ma si riveli, ad una più attenta osservazione, come una condizione apposta dal datore di lavoro all'espletamento dell'attività lavorativa a contatto con altri lavoratori, con terze persone, ovvero in ambienti comuni, ove il contagio è un rischio concreto al quale il datore di lavoro deve far fronte.

Ed invero, laddove la Carta Costituzionale condiziona il cosiddetto trattamento sanitario obbligatorio ad esplicita previsione normativa mira solo ed esclusivamente ad evitare che per mezzo di altri sistemi più o meno autoritari si possa imporre, in modo arbitrario, il trattamento in questione ad uno specifico individuo ovvero alla collettività.

Un paragone, volutamente esasperato, può aiutare nella comprensione del ragionamento: il dettato dell'art. 16 della Carta Costituzionale che sancisce il diritto fondamentale di *"libera circolazione delle persone"*, limitabile solo in ragione di esigenze di sanità e sicurezza previste dalla legge, non conduce alla regola per cui siamo tutti liberi di recarci in ognidove. Ciascuno, pur nella sua libertà di soggiorno e di circolazione, incontrerà dei limiti posti non solo dal legislatore ma anche dal fitto reticolo di regole che governano la convivenza civile, tra cui quelle di natura privatistica.

In altri termini, tornando all'argomento centrale della nostra riflessione, rimane valido il divieto di imporre la vaccinazione in assenza di specifica norma di legge ma, rimane altrettanto valida la possibilità di interdire a ben definite categorie di soggetti a rischio l'accesso a determinati luoghi ovvero lo svolgimento di determinate attività qualora gli stessi soggetti non si pongano in una condizione personale tale da scongiurare ogni rischio per la loro stessa salute e per la salute degli altri individui con cui dovranno inevitabilmente entrare in contatto.

È per tale ragione che il datore di lavoro - inteso come colui che *"secondo il tipo e l'assetto dell'organizzazione nel cui ambito il lavoratore presta la propria attività, ha la responsabilità dell'organizzazione stessa o dell'unità produttiva in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa"* - non potrà certo obbligare (il termine è in realtà improprio poiché più corretto sarebbe parlare di onere) il lavoratore alla vaccinazione se non in seguito da una corretta ed attenta valutazione da svolgersi attraverso i seguenti passaggi, relativi, per un verso, al settore delle risorse umane e, per l'altro, a quello della logistica:

(i) l'organizzazione lavorativa prevede il contatto fisico o vicinanza tra diversi lavoratori? Tali contatti possono essere evitati rimodulando l'organizzazione lavorativa?

(ii) la struttura ove vengono erogate le prestazioni di lavoro prevede spazi comuni ove si riscontra un rischio di contagio tra soggetti? Tali spazi comuni possono essere utilizzati in modo da neutralizzare le



possibilità di contagio?

È evidente che, nell'ipotesi, volutamente estremizzata, in cui il datore di lavoro sia tenuto a dover gestire la prestazione di un unico dipendente (ovvero anche di diversi dipendenti) che lavora (ovvero lavorano) in un contesto isolato senza entrare in contatto né con colleghi né con terzi soggetti, non potrà certamente essere imposto il trattamento vaccinale.

Nel più frequente caso in cui, per contro, non sia possibile evitare le possibilità di contagio tra lavoratori, ovvero tra lavoratori e terzi soggetti comunque presenti nel luogo di lavoro, è opinione di chi scrive che il dovere del datore di lavoro di porre il lavoratore di fronte all'alternativa rappresentata dal vaccino ovvero dall'allontanamento dal posto di lavoro sia ineluttabile.

Massimiliano Oggiano