

## La vaccinazione dei lavoratori, la dottrina e la pratica.

1. Il tema della vaccinazione dei lavoratori è sicuramente un tema di grande e fondamentale importanza, sia dal punto di vista della tutela della salute, sia da un punto di vista strategico per la sopravvivenza produttiva ed economica del paese.

L'argomento è stato già sviscerato ed analizzato, egregiamente, da molti studiosi, per tale ragione voglio dare a questo contributo un taglio pratico, che sia piuttosto uno spunto per riflessioni attorno alle diverse condizioni lavorative.

Partiamo in ogni caso da un punto imprescindibile, la salute è riconosciuta dall'art. 32 della Costituzione come bene d'interesse collettivo e nello stesso tempo come diritto assoluto della persona.

In materia di salvaguardia e tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori è ben noto che la disciplina ruota attorno al d. lgs n. 81/2008, alle norme contenute nella Legge n. 300/1970, c.d. Statuto dei Lavoratori, all'art. 2087 c.c. e alle specifiche norme contenute nei contratti collettivi. Invero, nell'analisi della questione occorre richiamare anche la disciplina giuslavoristica, le norme che riguardano il rapporto di lavoro, il potere direttivo del datore di lavoro, quello disciplinare, finanche giungendo ad esaminare la possibilità di una cessazione del rapporto stesso, dovuta ad una sorta di inottemperanza eventuale del lavoratore che ritenesse di non vaccinarsi.

Nella situazione attuale dovremmo forse contestualizzare maggiormente i concetti di tutela e salvaguardia della salute. La disciplina contenuta nel d. lgs n. 81/2008 richiama i rischi specifici che ciascun lavoratore corre rispetto all'attività lavorativa svolta. Nella situazione attuale, in realtà, il rischio che corre un lavoratore non è generato dal tipo di lavoro e/o mansione prestata in azienda ma piuttosto si tratta, potremmo dire, di un rischio *"aspecifico"*, determinato da fattori estranei al contesto lavorativo.

In assenza di un riferimento normativo specifico, il richiamo alla disciplina contenuta nel d. lgs n. 81/2008 in via analogica è del tutto naturale, ma è pur vero che le situazioni regolate dal d. lgs n. 81/2008 non sono interamente sovrapponibili alla gestione del rischio da contagio per Covid-19 nelle quali il pericolo è rappresentato dalla condizione di salute del lavoratore stesso e dai suoi comportamenti.

La definizione di pericolo<sup>1</sup> prevista all'art. 2, lettera r, del d. lgs n. 81/2008 lo indica come *"la proprietà o la qualità intrinseca di un determinato fattore avente il potenziale di causare danno"*. Il pericolo è una proprietà intrinseca (della situazione, oggetto, sostanza, soggetto ecc.) non legata a fattori **esterni** all'azienda. Sempre l'art. 2, lettera s, del d. lgs n. 81/2008 definisce il rischio<sup>2</sup> come *"la probabilità del raggiungimento del livello potenziale di danno nelle condizioni di impiego o di esposizione ad un determinato fattore o agente oppure alla loro combinazione."* Il rischio è un concetto probabilistico, è la probabilità che accada un certo evento capace di causare un danno alle persone. La nozione di rischio implica l'esistenza di una sorgente di pericolo e della possibilità che essa si trasformi in un danno. In tema di tutela della salute e sicurezza dei lavoratori prima ancora di analizzare gli obblighi del datore di lavoro e gli obblighi dei lavoratori, dovremmo focalizzare l'attenzione sul *"Rischio"*, e pertanto su quale sia la *"sorgente di pericolo"* in questa particolare situazione. La scienza ci dice che la fonte principale di pericolo è rappresentata dall'uomo. Il virus si alimenta e si diffonde negli ambienti, contagiando gli esseri umani tramite naturali comportamenti come parlare, starnutire, tossire, toccare.

2. Le attività lavorative sono inserite in contesti organizzativi differenti. Ci sono attività che comportano esclusivamente una organizzazione interna del personale e delle relative prestazioni, altre nelle quali il lavoro

---

<sup>1</sup> Definizione di "Pericolo" d. lgs n. 81/2008 art. 2, lett. r).

<sup>2</sup> Definizione di "Rischio" d. lgs n. 81/2008 art. 2, lett. s).

è proiettato verso l'esterno e il personale, oltre ad interagire per linee interne, ha rapporti con l'utenza esterna. A seconda dell'organizzazione aziendale, il rischio si diversifica e talvolta si amplifica, in questi casi il pericolo è rappresentato oltre che dagli occupati diretti anche da fattori "estrangei" come può essere il pubblico: consumatori, clienti, utenti, ecc.

In tal senso, una recentissima sentenza emessa da tribunale di Arezzo.

Infatti, con sentenza n. 9<sup>3</sup> del 13 gennaio 2021, il Tribunale di Arezzo ha ritenuto illegittimo il licenziamento di un lavoratore che si era rifiutato di svolgere il proprio lavoro di cassiere avanti ad un cliente che, seppur richiamato, aveva rifiutato di indossare la mascherina anti COVID.

Il datore di lavoro aveva proceduto al licenziamento dichiarando che il dipendente aveva disatteso le indicazioni aziendali e danneggiato gravemente l'immagine dell'impresa.

Il Tribunale ha ritenuto illegittimo il licenziamento affermando che l'azione del dipendente non era altro che l'esercizio del diritto a svolgere la prestazione di lavoro in sicurezza e che, di conseguenza, non è stato violato alcun obbligo di natura contrattuale.

La sentenza fa riferimento a principi cardine della disciplina in materia di sicurezza, in particolare fa riferimento al diritto per il lavoratore di svolgere la prestazione di lavoro in sicurezza. Nella circostanza specifica a "minare" la sicurezza del lavoratore non era un fattore "interno" all'azienda e/o all'organizzazione del lavoro ma il pericolo arrivava da fattori "esterni" all'organizzazione aziendale.

Sottolinea infatti il Tribunale che:

*"non è sufficiente per il datore di lavoro fornire i propri lavoratori di tutti i dispositivi di sicurezza previsti dai protocolli: occorre fare in modo che comportamenti non idonei da parte della clientela, come nel caso di specie, siano tollerati e, allo stesso tempo, non possano condurre a situazioni nelle quali, in un'ottica di tutela della c.d. 'immagine aziendale', il comportamento del dipendente venga disciplinarmente sanzionato, addirittura con un provvedimento espulsivo."*

Occorre inoltre sottolineare che – nella fattispecie – il lavoratore si era limitato ad esercitare il proprio diritto, costituzionalmente garantito, a svolgere la propria prestazione in condizioni di sicurezza. L'esimente dello stato di necessità gli consentiva del resto, pur in assenza di una specifica disposizione di legge, anche di astenersi dal lavoro poiché lo svolgimento della prestazione lo esponeva ad un rischio di danno alla persona<sup>4</sup>.

Prendendo come spunto di riflessione la sentenza emessa dal Tribunale di Arezzo si può tracciare una strada che possa essere valida, a questo punto, sia per il lavoratore che per il datore di lavoro. La sentenza ruota attorno ad un diritto fondamentale, quello di svolgere la prestazione di lavoro in sicurezza. Questo diritto è riconosciuto tanto al singolo quanto alla collettività. Per cui si può pacificamente affermare che tutti i lavoratori hanno il diritto di svolgere la propria prestazione in sicurezza. Il datore di lavoro ha l'obbligo di garantire la sicurezza per i suoi dipendenti.

Nel caso specifico, al fine di limitare il rischio di contagio, quanto è sottile il confine tra l'obbligo del datore di garantire la prestazione in sicurezza e la responsabilità personale del lavoratore nell'osservare le misure di prevenzione?

Per garantire una prestazione in sicurezza a tutto il personale, il datore di lavoro deve, senza dubbio, porre in essere tutte le misure precauzionali e disporre l'uso di tutti i migliori DPI, fare attività di informazione e formazione del personale e dettare le linee guida in caso di rapporti con l'utenza esterna. Tuttavia, pur ottemperando a tutti gli obblighi previsti dalla legge in materia di sicurezza e salvaguardia della salute, di fatto rimane sguarnito un aspetto, quello di fornire, in questo caso, al lavoratore, un DPI fondamentale, il vaccino

---

<sup>3</sup>Sentenza n. 9 del 13 gennaio 2021 Tribunale di Arezzo, sez. lavoro.

<sup>4</sup>Tribunale di Arezzo, sez. lavoro sentenza n.9 del 13/01/2021.

che rappresenta l'unico dispositivo di sicurezza valido a fronteggiare il pericolo “specifico” chiamato SARS-COV II.

Va tuttavia tenuto presente che questo “dispositivo” non può essere fornito o addirittura imposto dal datore e non può rappresentare una violazione contrattuale e/o una sorta di mancato rispetto dell'obbligo di garantire la sicurezza sul posto di lavoro.

3. Agli aspetti finora considerati si aggiunge il profilo assicurativo del problema. Al riguardo l'Inail ha pubblicato **l'istruzione operativa del 1° marzo 2021**, con la quale fornisce risposta all'Ospedale Policlinico San Martino di Genova, in merito a:

*“se e quali provvedimenti debbano essere adottati riguardo al personale infermieristico che non abbia aderito al piano vaccinale anti-Covid-19, considerato che, pur in assenza di una specifica norma di legge che stabilisca l'obbligatorietà della vaccinazione, la mancata adesione al piano vaccinale nazionale potrebbe comportare da un lato responsabilità del datore di lavoro in materia di protezione dell'ambiente di lavoro (sia per quanto riguarda i lavoratori, che i pazienti) e dall'altro potrebbe esporre lo stesso personale infermieristico a richieste di per danni civili, oltre che a responsabilità per violazione del codice deontologico.”<sup>5</sup>.*

Nel quesito si chiedeva in particolare se la malattia-infortunio sia ammissibile o meno alla tutela Inail nel caso in cui il personale infermieristico (ma non solo), che non abbia aderito alla profilassi vaccinale, contragga il virus.

La risposta è stata positiva. L'assicurazione gestita dall'Inail ha la finalità di proteggere il lavoratore da ogni infortunio sul lavoro, anche da quelli derivanti da colpa, e di garantirgli i mezzi adeguati allo stato di bisogno derivante dalle conseguenze che ne sono derivate.

In particolare, il quesito concerneva la rilevanza da attribuire alla volontà del personale infermieristico di non sottoporsi alla profilassi vaccinale con riguardo all'operatività della tutela in caso di avvenuto contagio in occasione di lavoro.

La risposta va inquadrata nella questione più generale se siano indennizzabili gli infortuni derivanti da comportamenti colposi del lavoratore (a cui si ricondurrebbe la violazione dell'obbligo di utilizzare i dispositivi di protezione individuale, ammesso che il vaccino si possa considerare tale), ovvero da comportamenti qualificabili come rischio elettivo (sempre ammesso che il rifiuto di vaccinarsi possa qualificarsi in tal modo).

Sotto il profilo assicurativo, per giurisprudenza consolidata il comportamento colposo del lavoratore non comporta di per sé, l'esclusione dell'operatività della tutela prevista dall'assicurazione gestita dall'Inail.

Il comportamento colposo del lavoratore può invece ridurre oppure escludere la responsabilità del datore di lavoro, facendo venir meno il diritto dell'infortunato al risarcimento del danno nei suoi confronti, così come il diritto dell'Inail ad esercitare il regresso nei confronti sempre del datore di lavoro, ma non comporta l'esclusione della tutela assicurativa apprestata dall'Istituto in caso di infortunio.

In merito ai comportamenti colposi per violazione delle norme di sicurezza sul lavoro, secondo la giurisprudenza, sebbene ovviamente la violazione di norme antinfortunistiche da parte del lavoratore debba essere considerata un comportamento sicuramente illecito (tanto che la legislazione più recente, al fine di responsabilizzare il lavoratore, prevede sanzioni anche a carico di questi quando non osservi i precetti volti alla tutela della salute nei luoghi di lavoro), l'illiceità del comportamento non preclude comunque in alcun modo la configurabilità dell'infortunio come evento indennizzabile; in quanto la colpa dell'assicurato

---

<sup>5</sup>INAIL, istruzione operativa del 01 marzo 2021.

costituisce una delle possibili componenti causali del verificarsi dell'evento (insieme al caso fortuito, alla forza maggiore, al comportamento del datore di lavoro ed al comportamento del terzo).

Non appare nemmeno ipotizzabile nel caso del rifiuto di vaccinarsi, l'applicazione del concetto di *"rischio elettivo"*, elaborato dalla giurisprudenza per delimitare sul piano oggettivo l'occasione di lavoro e, dunque, il concetto di rischio assicurato o di attività protetta.

Secondo la giurisprudenza consolidata, l'infortunio derivante da rischio elettivo è quello che è conseguenza di un rischio collegato ad un comportamento volontario, volto a soddisfare esigenze meramente personali e, comunque, indipendente dall'attività lavorativa, cioè di un rischio generato da un'attività che non abbia rapporto con lo svolgimento dell'attività lavorativa o che esorbiti in modo irrazionale dai limiti di essa.

In sintesi, il rischio elettivo ricorre quando per libera scelta il lavoratore si ponga in una situazione di fatto che l'ha indotto ad affrontare un rischio diverso da quello inerente l'attività lavorativa.

Per quanto sopra il rifiuto di vaccinarsi non può configurarsi come assunzione di un rischio elettivo, in quanto il rischio di contagio non è certamente voluto dal lavoratore e mentre la tutela assicurativa opera se e in quanto il contagio sia riconducibile all'occasione di lavoro, nella cui nozione rientrano tutti i fatti, anche straordinari ed imprevedibili, inerenti l'ambiente, le macchine, le persone, compreso il comportamento dello stesso lavoratore, purché attinenti alle condizioni di svolgimento della prestazione<sup>6</sup>.

D'altra parte, non si rileva allo stato dell'attuale legislazione in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, un obbligo specifico di aderire alla vaccinazione da parte del lavoratore; infatti il decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81 all'articolo 279 riguardante Prevenzione e controllo, stabilisce che:

*"il datore di lavoro, su conforme parere del medico competente, adotta misure protettive particolari (...)" tra cui "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"*<sup>7</sup>,

ma non prevede l'obbligo del lavoratore di vaccinarsi.

In materia di trattamenti sanitari opera, tra l'altro, la riserva assoluta di legge di cui all'articolo 32 della Costituzione, secondo cui nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana.

Per quanto sopra, il rifiuto di vaccinarsi, configurandosi come esercizio della libertà di scelta del singolo individuo rispetto ad un trattamento sanitario, ancorché fortemente raccomandato dalle autorità, non può costituire una ulteriore condizione a cui subordinare la tutela assicurativa dell'infortunato.

Resta inteso, infine, che quanto chiarito non comporta l'automatica ammissione a tutela del lavoratore che abbia contratto il contagio e non si sia sottoposto alla profilassi vaccinale in quanto, come precisato nella circolare n. 13/2020, occorre comunque accertare concretamente la riconduzione dell'evento infortunistico all'occasione di lavoro<sup>8</sup>.

L'evento straordinario che stiamo vivendo ha abbattuto ogni forma di confine tra il rischio lavorativo e quello extralavorativo e circoscrivere l'evento dannoso, rappresentato in questo caso dal contagio durante la prestazione di lavoro, diventa quasi una *probatio diabolica*. Tuttavia, nell'ottica di una maggiore tutela riservata ai consociati l'INAIL è pervenuto a classificare il contagio da COVID 19 nell'alveo degli eventi riconoscibili come infortunio di lavoro.

---

<sup>6</sup>Da "Istruzione operativa INAIL del 01 marzo 2021".

<sup>7</sup>D. lgs n. 81/2008 art. 279.

<sup>8</sup>Da "Istruzione operativa INAIL del 01 marzo 2021".

4. Tornando ai profili più propriamente prevenzionistici, un ruolo importante, a questo punto, gioca soprattutto l'attività di informazione e formazione (ex artt. 36 e 37 del d. lg n. 81/2008) diretta ai dipendenti allo scopo di sensibilizzare il personale sulla necessità di adottare comportamenti responsabili e rispettosi dei colleghi e dell'importanza di sottoporsi a vaccinazione per salvaguardare la propria salute e preservare l'incolumità altrui.

Le parti sociali, nell'aprile 2020, hanno stipulato i noti Protocolli di sicurezza, che la legge ha reso obbligatori e integrativi delle previsioni dell'art. 2087 c.c., per consentire la ripresa in sicurezza delle attività lavorative: in quei Protocolli non si fa menzione del vaccino anti covid-19, comprensibilmente dal momento che i vaccini sono stati realizzati in un momento successivo alla stipula dei Protocolli stessi, tuttavia resta di fatto che le procedure e i dispositivi di protezione anti contagio sono entrati così a far parte dell'obbligo di sicurezza gravante tanto sui datori di lavoro quanto sui lavoratori. Dal canto suo, il Garante sulla Protezione dei Dati, con nota del 17 febbraio 2021 FAQ GPDP ha chiarito che: *“in attesa di un intervento del legislatore nazionale che eventualmente imponga la vaccinazione anti Covid-19 quale condizione per lo svolgimento di determinate professioni, attività lavorative e mansioni - nei casi di esposizione diretta ad “agenti biologici” durante il lavoro, come nel contesto sanitario, si applicano le disposizioni vigenti sulle “misure speciali di protezione” previste per tali ambienti lavorativi (art. 279 del d.lgs. n. 81/2008).”*<sup>9</sup>.

5. Le varie argomentazioni fin qui avanzate intorno alla questione dell'obbligatorietà vaccinazione dei lavoratori, se trovano certamente un qualche fondamento, tuttavia imbastiscono una serie di osservazioni che vanno a comporre un *puzzle*, nel quale però alla fine manca l'ultimo tassello, che è poi quello più importante per completare in maniera idonea il quadro, parliamo dell'assenza di una norma di legge di rango primario che renda obbligatorio il vaccino. Senza una specifica regolamentazione legislativa, l'inoculazione non può essere resa obbligatoria. Questo principio non vale solo per l'Italia ma è condiviso con molti altri Stati. Regno Unito, Stati Uniti, Brasile, Francia, Olanda hanno previsto la facoltà dei datori di impedire ai dipendenti non vaccinati di accedere fisicamente al luogo di lavoro concordando però con gli stessi lavoratori una modalità alternativa per svolgere la prestazione, per esempio in lavoro agile o mutando mansioni, oppure usufruendo di un congedo. In Polonia, Austria e Germania si è invece consentito il trasferimento temporaneo del dipendente in un luogo più sicuro<sup>10</sup>.

All'origine dei pur differenti, ma alla fine dei conti convergenti, approcci sta quindi il rischio a cui corrisponde il principio di prevenzione, al quale tutto deve essere subordinato nell'analisi di istituti che ad esso sono teleologicamente ispirati. Dai dati resi disponibili dal Ministero della Salute, non emergono evidenze scientifiche che confermino con certezza che oltre a proteggere sé stessi il vaccino impedisca anche la trasmissione del virus agli altri. I dati scientifici riguardanti l'efficacia e la validità del vaccino sono ancora molto pochi, altrettanto scarse sono le informazioni circa gli effetti indesiderati o quelli su soggetti fragili e a rischio; per cui nessun Governo, innanzi ad una incertezza ancora molto forte, ha finora optato per l'obbligatorietà del vaccino.

Questo aspetto, a mio modesto avviso, è di fondamentale importanza e non può essere trascurato nella discussione. Insistendo il ragionamento sulle norme che obbligano il datore di lavoro ad adottare tutte le misure idonee e necessarie a tutelare la salute dei lavoratori e ritenendo di dover far rientrare in queste misure anche l'adozione del vaccino, si pone un datore di lavoro nella posizione di assumersi un onere che, invece, la classe dirigente del Paese non ha ancora ritenuto di assumersi.

In questa situazione il Governo italiano, diversamente da quanto aveva già deciso in passato, per situazioni meno drammatiche rispetto alla pandemia in corso, non ha (ancora) prescritto l'obbligatorietà del vaccino,

---

<sup>9</sup>Nota GPDP del 17 febbraio 2021, in FAQ.

<sup>10</sup>NT+ 24 Il sole 24 ore “Obbligo di vaccinazione per i lavoratori e licenziamento”.

ma, in conformità al comune sentire tipicamente europeo, riscontrabile nella Risoluzione dell'Assemblea del Parlamento n. 2361 del 27 gennaio 2021, ha optato per la via della raccomandazione, confidando che la persuasione costituisca il percorso migliore per raggiungere *“una diffusione sufficiente alla sua efficacia”*, ed attuare per tale via il precetto dell'art. 32 Cost. sulla tutela della salute collettiva.

Far derivare l'obbligo di vaccinazione dall'art. 2087 del Codice Civile, che, come è noto, impone al datore di lavoro di *“adottare le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale del prestatore di lavoro”* pare un po' azzardato, mentre certamente l'art. 2087 c.c. rimane la guida che il datore di lavoro deve seguire, anche in questa occasione, cercando di adottare tutte le misure e le precauzioni che possano limitare il contagio.

In questa particolare circostanza anche il comportamento del lavoratore deve essere maggiormente ispirato alla diligenza e alla prudenza. Per cui, a parere di chi scrive, il dettato dell'art. 2087 c.c. dovrebbe essere inteso nel senso dell'adozione da parte del datore e dei lavoratori, di tutte le misure di prevenzione che la scienza ha indicato per arginare la diffusione e limitare il contagio, come: l'uso dei DPI specifici (mascherina, visiera, guanti, tute, ecc.), l'igiene delle mani ecc.

Anche il vaccino potrebbe, in teoria, essere annoverato nella lista dei DPI ma questo dispositivo presenta, in ogni caso, dei limiti nella sua adozione, sia di carattere tecnico-organizzativo, perché non può essere fornito direttamente dal datore, sia per la caratteristica intrinseca di costringere il lavoratore a sottoporsi ad una profilassi sanitaria non obbligatoria e soprattutto non direttamente connessa con l'attività lavorativa prestata.

6. Il dibattito aperto in questo periodo sull'art. 2087 c.c. si è sviluppato soprattutto su una analisi sistematica andando in qualche maniera a ricercare la portata della disposizione. Nella gestione della problematica, un posto primario dovrebbe avere la ricerca del risultato pratico ovvero dello scenario che ci si potrebbe trovare ad affrontare in caso di sospensione o licenziamento del lavoratore che ritenga di non vaccinarsi e che venga in qualche maniera pregiudicato e/o allontanato dal posto di lavoro.

Per chi si trova a dover gestire la questione da un punto di vista pratico, in seguito ad esempio ad una impugnazione di un licenziamento o di un provvedimento pregiudizievole tanto per il lavoratore quanto per lo stesso datore di lavoro, è oggi di primaria importanza conoscere le pronunce e gli orientamenti in precedenza assunti dalla suprema Corte. In tal senso la Corte di Cassazione negli anni si è espressa sulla portata dell'art. 2087 c.c., in particolare:

Cass. Sez. L, **Sentenza** n. 13887 del 23/07/2004 (Rv. 574937 – 01):

*“L'art. 2087 cod. civ. non configura un'ipotesi di responsabilità oggettiva, in quanto la responsabilità del datore di lavoro va collegata alla violazione degli obblighi di comportamento imposti da norme di legge o suggeriti dalle conoscenze sperimentali o tecniche del momento. Pertanto, ai fini dell'accertamento della responsabilità del datore di lavoro, grava sul lavoratore che lamenti di aver subito, a causa dell'attività lavorativa svolta, un danno alla salute, l'onere di provare l'esistenza di tale danno, la mancata adozione di determinate misure di sicurezza specifiche o generiche, e il nesso causale tra questi due elementi. Quando il lavoratore abbia provato tali circostanze grava sul datore di lavoro l'onere di dimostrare di aver adottato tutte le cautele necessarie ad impedire il verificarsi del danno.”*

Cass. Sez. L, **Sentenza** n. 16881 del 24/07/2006 (Rv.592089 – 01):

*“Per quanto l'art. 2087 cod. civ. non configuri un'ipotesi di responsabilità oggettiva, ai fini dell'accertamento della responsabilità del datore di lavoro, al lavoratore che lamenti di aver subito, a causa dell'attività lavorativa svolta, un danno alla salute incombe l'onere di provare l'esistenza di tale danno, la nocività dell'ambiente di lavoro e il nesso causale fra questi due*

*elementi. Quando il lavoratore abbia provato tali circostanze, grava sul datore di lavoro l'onere di dimostrare di avere adottato tutte le cautele necessarie ad impedire il verificarsi del danno.”.*

Cass. Sez. I, **Sentenza** n. 8855 del 11/04/2013 (Rv.626149 – 01):

*“In tema di responsabilità del datore di lavoro per violazione delle disposizioni dell'art. 2087 cod. civ., la parte che subisce l'inadempimento non deve dimostrare la colpa dell'altra parte - dato che ai sensi dell'art. 1218 cod. civ. è il debitore-datore di lavoro che deve provare che l'impossibilità della prestazione o la non esatta esecuzione della stessa o comunque il pregiudizio che colpisce la controparte derivano da causa a lui non imputabile - ma è comunque soggetta all'onere di allegare e dimostrare l'esistenza del fatto materiale ed anche le regole di condotta che assume essere state violate, provando che l'asserito debitore ha posto in essere un comportamento contrario o alle clausole contrattuali che disciplinano il rapporto o a norme inderogabili di legge o alle regole generali di correttezza e buona fede o alle misure che, nell'esercizio dell'impresa, debbono essere adottate per tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro.”.*

Dalla lettura delle massime giurisprudenziali si può ricavare che nel rispetto dell'applicazione dell'art. 2087 c.c. il datore di lavoro ha l'obbligo di applicare in azienda misure di sicurezza e comportamenti imposti da norme di legge o suggeriti dalle conoscenze sperimentali o tecniche del momento. Questo significa che l'adozione del vaccino rientra tra le misure di sicurezza che il datore deve prevedere e indicare. E' onere del lavoratore provare il danno mentre è onere del datore di lavoro dimostrare di aver adottato tutte le cautele necessarie ad impedire il verificarsi del danno. Al fine di andare esente da responsabilità si richiede al datore una misura della diligenza ritenuta esigibile, nella predisposizione delle indicate misure di sicurezza, imponendosi, di norma, al datore di lavoro l'onere di provare l'adozione di comportamenti specifici che, ancorché non risultino dettati dalla legge (o altra fonte equiparata), siano suggeriti da conoscenze sperimentali e tecniche, dagli *"standards"* di sicurezza normalmente osservati o trovino riferimento in altre fonti analoghe.

Pertanto, alla luce delle pronunce della Cassazione circa la portata dell'art. 2087 c.c. pare pacifico che il datore di lavoro, anche nella circostanza riguardante la pandemia da Covid 19, debba adottare le misure e i comportamenti indicati sia da fonti legislative che da fonti diverse come la sperimentazione scientifica, la tecnica e l'esperienza. Si ricava quindi la necessità di rivedere il DVR elaborando le strategie e le misure di sicurezza da adottare per limitare il rischio. Il rischio *"contagio"* deve essere previsto e indicato e di conseguenza devono essere organizzate le misure di prevenzione e sicurezza comprensive della formazione e informazione. Non si chiede pertanto al datore di somministrare il vaccino che non potrebbe nemmeno avere a disposizione, bensì di prescrivere l'adozione anche attraverso il medico competente nell'ambito della sorveglianza sanitaria e di regolare l'organizzazione della sicurezza in base alla necessità della stessa vaccinazione.

7. La Corte Costituzionale, già nel 2018, con la sentenza n. 5/2018 (*Ricorso della regione Veneto contro il decreto Lorenzin*) ha ricordato come l'obbligo delle vaccinazioni non contrasta con l'articolo 32 Costituzione, ricordando che *"la giurisprudenza di questa Corte in materia di vaccinazioni è salda nell'affermare che l'articolo 32 Costituzione postula il necessario temperamento del diritto alla salute del singolo (anche nel suo contenuto di libertà di cura) con il coesistente e reciproco diritto degli altri e con l'interesse della collettività"*<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup>Da *Filodiritto*, rivista giuridica on line del 26 febbraio 2021 Corte Costituzionale, sentenza n. 5/2018.

Altri commentatori rintracciano il fondamento dell'obbligo del datore di lavoro di imporre il vaccino contro il Coronavirus nell'articolo 279 del Testo Unico della Sicurezza sul Lavoro. Invero, secondo questi giuristi, il SARS-CoV-2 sarebbe un agente patogeno per l'uomo del gruppo di rischio 3. In base all'articolo 279, comma 2, il datore di lavoro, su conforme parere del medico competente, deve adottare misure protettive particolari per quei lavoratori per i quali, anche per motivi sanitari individuali, si richiedono misure speciali di protezione, fra 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”*. Ne deriverebbe, secondo tali autori, che il datore di lavoro avrebbe l'obbligo di vaccinare i propri dipendenti e richiedere quindi la vaccinazione degli stessi in conformità con il programma di vaccinazione nazionale. Nel caso di rifiuto di vaccinarsi si pone, per il datore di lavoro, il problema dell'inserimento del dipendente in azienda.

In primo luogo, credo che la fattispecie certamente non possa essere affrontata nell'ambito disciplinare prevedendo il rifiuto alla vaccinazione come una violazione di norme disciplinari ma piuttosto, possa trovare, in qualche maniera, una risposta nella ricollocazione del lavoratore, ove questa sia possibile e non comporti notevoli difficoltà all'organizzazione del lavoro.

*“Le aziende hanno l'obbligo di salvaguardare la salute e la sicurezza dei propri dipendenti e molte, come per esempio ospedali, supermercati e trasporti, hanno anche una responsabilità verso terzi. In quest'ottica, se il vaccino è considerato una misura di protezione sia personale che per la collettività, il datore di lavoro può considerare il lavoratore che non si sottopone alla profilassi temporaneamente non idoneo allo svolgimento della sua mansione perché impossibilitato a renderla in sicurezza, per sé e per gli altri” (Osservatorio sul diritto del lavoro)<sup>12</sup>.*

Pertanto, il dipendente che rifiuta il vaccino potrebbe essere spostato a lavorare da remoto o in totale isolamento, se la mansione glielo consente, oppure sospeso dalla prestazione, senza diritto alla retribuzione. Questo è un primo orientamento. Vero è che il datore di lavoro non può essere costretto ad adeguare la sua organizzazione, anche in termini di organico dei lavoratori dipendenti, per consentire l'esercizio di un diritto, seppure di rilevanza costituzionale, ad un suo dipendente che non intende vaccinarsi, ma l'adozione di una soluzione non conservativa del rapporto appare, allo stato incauta e pericolosa (*Osservazioni Osservatorio sul diritto del lavoro*).

Comunque, nell'esame delle opzioni disponibili in caso di lavoratori che rifiutano di vaccinarsi deve tenersi conto anche della posizione delle OO.SS. Queste hanno già espresso pareri contrari alle diverse interpretazioni fino ad oggi esaminate dalla dottrina circa la sospensione dal lavoro senza retribuzione o la collocazione a mansioni diverse. Lo scenario che si profila all'orizzonte non è certo dei più semplici. La premessa da cui muovere per svolgere in modo equilibrato e logicamente costruito un ragionamento sulla obbligatorietà del vaccino anti-Covid e sulle conseguenze di un rifiuto a sottoporvisi nel rapporto di lavoro deve necessariamente consistere nella consapevolezza dell'assenza di una normativa generale di rango primario sul punto e dell'assoluta opportunità che il Legislatore si preoccupi di questi aspetti e si esprima in modo chiaro, colmando la lacuna. Le ragioni di una tale esigenza sono fin troppo evidenti: la materia chiama in causa l'equilibrio tra le istanze generali di tutela della salute collettiva e la garanzia della libera autodeterminazione in relazione ai trattamenti sanitari, tra la posizione giuridica del datore di lavoro, garante della salute e della sicurezza psicofisica dei propri dipendenti oltre che di tutti i terzi che si trovino ad instaurare rapporti e contatti con i suoi preposti e con i locali aziendali, e la libertà del singolo di non sottoporsi a vaccinazioni contro la sua volontà.

---

<sup>12</sup>Da Osservatorio sul diritto del lavoro di Toffoletto, De Luca Tamajo e Ius Laboris *Obbligo di vaccinazione per i lavoratori e licenziamento: una indagine globale*.

Il principio costituzionale di solidarietà e il principio di prevenzione, su cui è imperniato l'intero sistema di sicurezza sul lavoro, si scontrano con il divieto di sottoporre a vaccinazione obbligatoria, con il principio di libertà in materia di salute e con il divieto di discriminazione per motivi personali e di salute nell'ambito lavorativo, sia in sede di assunzione sia nel corso dell'intero rapporto e all'atto della sua cessazione. Le conseguenze della mancata vaccinazione da parte di alcuni dipendenti e delle misure che il datore si troverà a dover applicare condizioneranno indubbiamente il rapporto di lavoro.

In definitiva ritengo che il rifiuto della vaccinazione debba essere inquadrato come un impedimento di carattere oggettivo alla prosecuzione della prestazione, piuttosto che come mancanza disciplinare.

Concludo con un caso concreto: Decisione della direzione sanitaria dell'ospedale "A. Perrino" di Brindisi *"Richiesto l'allontanamento degli operatori sanitari non vaccinati contro il Covid. Il medico competente dell'ospedale "A. Perrino" ha disposto la richiesta di allontanamento di medici, infermieri e operatori socio sanitari che non si sono sottoposti alla vaccinazione anti Covid. Si tratta dell'applicazione di un provvedimento regionale (Puglia) per la tutela della salute dei lavoratori sul posto di lavoro, ma anche per garantire la sicurezza delle cure ai pazienti. Per dare seguito alla richiesta del medico competente, il direttore sanitario dell'ospedale "A. Perrino" ha inviato una lettera ai primari dei reparti affinché dispongano ferie d'ufficio a tutto il personale non vaccinato. Si tratta in particolar modo di reparti delicati quale il blocco operatorio e la Rianimazione. Intanto la Direzione generale dispone di coprire le turnazioni con una nuova organizzazione del lavoro. Un provvedimento che però non piace alla Funzione Pubblica Cgil. "Le missive inviate a molti infermieri, impegnati in reparti a rischio come la S.A.R. e il blocco operatorio, invitava i primari a disporre ferie d'ufficio per i soggetti interessati, in quanto non ritenuti idonei a lavorare nei reparti Covid – Le OO.SS. contestano fermamente il contenuto di questi ordini di servizio. La legge Gelli – Bianco (l. 24/2017) ha differenziato la responsabilità della struttura sanitaria da quella degli operatori, prevedendo una responsabilità a titolo contrattuale per le strutture sanitarie e una responsabilità di tipo extracontrattuale per gli operatori. Il rifiuto di vaccinarsi, non è paragonabile al TSO, altrimenti sarebbe stato normato dalla legge italiana, a tal proposito si precisa che le disposizioni in materia sanitaria appartengono unicamente alla normativa nazionale e non possono essere derogate da disposizioni non aventi carattere di norma primaria. A nulla può valere la disposizione punitiva di porre in ferie forzate il dipendente anche perché cade in piena contraddizione con il lavoro effettuato da tutti i dipendenti dell'Asl dal febbraio 2020". La Cgil chiede "l'immediata revoca degli ordini di servizio con il relativo reintegro del personale nei reparti di appartenenza. In un momento come questo, con una grande pandemia in atto, perdere professionisti addestrati è un palese eccesso di potere non giustificato da norme di legge".*

Nel caso sopra riportato, il datore di lavoro ha ritenuto di ricorrere alle ferie forzate per il personale non vaccinato non potendo evidentemente utilizzare altre forme di impiego. Questo è lo scenario che, in assenza di una normazione di rango superiore ci troveremo ad affrontare in tutti i tribunali italiani. Le danze sono aperte<sup>13</sup>.

**Avv.to Simona Maniscalco**

---

<sup>13</sup>Brindisi Cronaca, nota emessa dalla CGIL sede di Brindisi del 8 marzo 2021.