

Spett.le

Confcooperative

Alla c.a.
Dott.ssa Sabina Valentini

Roma, 19 gennaio 2021

Oggetto: parere pro veritate

Ci è stato chiesto un parere *pro-veritate* avente ad oggetto le misure che possono essere adottate dalle imprese cooperative per stimolare l'adesione del personale alla campagna vaccinale contro il Covid, e quali azioni possono essere intraprese in caso di mancata partecipazione dei dipendenti a tale campagna.

Tale parere deve chiarire se è possibile esigere e imporre, ove possibile, l'adesione alla campagna vaccinale, e deve fornire indicazioni per gestire eventuali rifiuti del personale, con riferimento alle seguenti tipologie di imprese cooperative:

- imprese che svolgono interventi e servizi nel comparto socio-sanitario assistenziale educativo o affini;
- imprese che forniscono servizi volti a ridurre o attenuare, direttamente o indirettamente, il rischio di contagio sui luoghi di lavoro (es. servizi di sanificazione, attività di pulizia presso uffici e ospedali, ecc.);
- imprese che svolgono interventi diversi da quelli sopra descritti ma richiedono un costante contatto con il pubblico;
- imprese che svolgono attività di tipo artigianale, industriale, agricolo, commerciale e di servizi diverse da quelli descritti nei punti che precedono.

Esponiamo di seguito le nostre considerazioni, riservandoci sin d'ora di offrire tutti i chiarimenti che fossero ritenuti necessari.

1. Quadro normativo

La disciplina dei vaccini e l'assenza di un obbligo alla loro assunzione

La campagna vaccinale italiana per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19 è disciplinata nel "*Piano strategico per la vaccinazione anti-SARS-CoV-*

2/COVID-19” elaborato da Ministero della Salute, Commissario Straordinario per l’Emergenza, Istituto Superiore di Sanità, Agenas e Aifa, e illustrato dal ministro della Salute in Parlamento lo scorso 2 dicembre 2020.

Il Piano strategico nazionale per la vaccinazione contro il Covid-19 prevede che la vaccinazione sia gratuita e garantita a tutti (il “*vaccino è un bene comune*”), per adesione volontaria; identifica le categorie da vaccinare con priorità nella fase iniziale, caratterizzata da una disponibilità dei vaccini ancora limitata; definisce le strategie, i modelli organizzativi (compresa la formazione del personale), la logistica, l’approvvigionamento, lo stoccaggio ed il trasporto, le caratteristiche del sistema informativo, gli aspetti relativi alla comunicazione, alla sorveglianza e ai modelli di impatto epidemiologico e valutazione economica.

La *governance* del Piano è assicurata dal coordinamento tra il ministro della Salute, la struttura del Commissario straordinario per l’emergenza, le Regioni e Province Autonome.

Il Piano, aggiornato al 12 dicembre 2020, prende in considerazione sei vaccini, di cui l’Italia ha opzionato oltre 215 milioni di dosi: Astra Zeneca, Pfizer/BioNTech, Johnson&Johnson, Sanofi/GSK, CureVac e Moderna.

La distribuzione del vaccino, iniziata in data 27 dicembre 2020 (c.d. *Vaccine day*), è organizzata in quattro fasi, secondo un ordine di priorità che tiene conto del tipo di vaccino, della quantità di dosi disponibile e del rischio di malattia della popolazione.

Nel Piano strategico nulla è previsto in merito alla obbligatorietà della vaccinazione a tutela dell’interesse della collettività.

Inoltre, sulla pagina internet del Ministero della Salute dedicata alle “*FAQ – Covid-19, domande e risposte, Vaccini anti Covid-19*” alla domanda “*Sarà obbligatorio vaccinarsi?*” è stata fornita come risposta che al momento non è intenzione del Governo disporre l’obbligatorietà del vaccino anti Covid-19, ma che nel corso della campagna di vaccinazione sarà valutato il tasso di adesione dei cittadini.

L’obbligazione di sicurezza: l’art. 2087 c.c.

L’art. 2087 del codice civile pone in capo al datore di lavoro un obbligo di tutela delle condizioni di lavoro disponendo che: “*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*”.

Per l’attuazione di questi obblighi, il datore di lavoro è tenuto a identificare i rischi specifici e le conseguenti misure necessarie e idonee a evitarli e mitigare le conseguenze pregiudizievoli per il personale, applicando le più recenti conoscenze in ambito tecnico, organizzativo e procedurale, adottando tutte le misure di sicurezza effettivamente realizzabili.

L'art. 2087 c.c. ha un carattere generale e aperto e assolve una funzione di “adeguamento permanente” dell'ordinamento alla mutevole realtà socio-economica, al fine di supplire le lacune della normativa che non può prevedere ogni singolo fattore di rischio in ciascuna realtà aziendale.

Secondo la giurisprudenza, il datore di lavoro può considerarsi adempiente alla norma solo qualora appresti tutte le misure concretamente possibili e tecnicamente attuabili idonee a garantire la sicurezza dei lavoratori, secondo canoni di correttezza, buona fede, ragionevolezza, prudenza e perizia applicando il principio di “*massima sicurezza tecnologicamente fattibile*”¹.

L'art. 2087 c.c. è quindi una norma a contenuto aperto che impone al datore di lavoro di adattare di volta in volta le misure di sicurezza adottate in base alle innovazioni della scienza e della tecnica disponibili sul mercato in materia di salute e sicurezza sul lavoro. Parallelamente sussiste in capo al lavoratore l'obbligo di cooperare nell'attuazione delle misure di sicurezza adottate dal datore di lavoro (art. 20 del D.lgs. n. 81/2008).

Nel contesto della pandemia gli operatori del settore si sono chiesti se la dinamicità dell'art. 2087 c.c. possa portare a far ritenere che tra le misure che il datore di lavoro è tenuto ad adottare, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, necessarie a tutelare l'integrità fisica dei prestatori di lavoro, rientri o meno anche la vaccinazione dei lavoratori avverso il suddetto virus.

Per rispondere a questa domanda è necessario inquadrare la questione nel contesto dei principi costituzionali.

L'art. 32 della Costituzione prevede infatti che “*Nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge*”, e il vaccino è sicuramente da considerare un trattamento sanitario.

Nel nostro ordinamento non esiste al momento nessuna norma *ad hoc* sull'obbligo di vaccinazione avverso il Covid-19 e gli operatori del settore, salvo isolate eccezioni², sono concordi nel ritenere che in questo contesto normativo non ci possa spingere fino a porre a fondamento di tale obbligo il generico art. 2087 c.c.

Esclusa la possibilità di fondare l'obbligo di vaccinazione sull'art. 2087 c.c. il dibattito si è spostato sull'analisi delle norme contenute del Testo Unico sulla Sicurezza, con il quale il legislatore ha dato specifica attuazione al dettato del codice civile.

Il Testo Unico sulla Salute e Sicurezza sul Lavoro

Il legislatore ha dato attuazione ai principi dettati dall'art. 2087 c.c. attraverso il Testo Unico sulla Salute e Sicurezza sul lavoro, il D.lgs. n. 81 del 2008. Il cardine del Testo

¹ Cassazione 13 dicembre 2017, n. 29960 e Cassazione 12 ottobre 2018, n. 46392.

² Posizione espressa P. Ichino in una intervista al Corriere della Sera, nella quale ha ricondotto all'art. 2087 c.c. il fondamento normativo dell'obbligo di vaccinazione.

Unico è il principio di prevenzione, da realizzarsi attraverso una valutazione prodromica dei rischi presenti in azienda con l'obiettivo di eliminarli o ridurli al minimo.

In tale contesto si colloca l'art. 279 del Testo Unico rubricato “*prevenzione e controllo*” che al comma 2 dispone 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, fra le quali “*la messa a disposizione di vaccini efficaci per quei lavoratori che non sono già immuni dall'agente biologico presente nella lavorazione, da somministrare a cura del medico competente*” e “*l'allontanamento temporaneo del lavoratore secondo le procedure dell'art. 42*”.

In via preliminare deve essere rilevato che il Covid-19 è un virus a tutti gli effetti qualificabile come “*agente biologico*”, in base alla definizione fornita dall'art. 267 del Testo Unico.

Parte della dottrina si è spinta a ritenere che la disposizione di legge richiesta dall'art. 32 della Costituzione per giustificare l'obbligatorietà del trattamento sanitario, potrebbe essere individuata nell'articolo 279 del Testo Unico sopra riportato³.

Altri esperti sostengono, invece, che in detta norma possa trovare fondamento l'obbligatorietà del vaccino solo in relazione agli ambienti di lavoro che presentano dei rischi specifici di contagio da Covid-19, ma non per gli ambienti lavorativi in cui il rischio di contagio da Covid-19 è da considerarsi rischio generico⁴.

Altra parte della dottrina, al momento prevalente, ritiene al contrario che l'art. 279 del Testo Unico non possa in alcun modo essere posto a fondamento della obbligatorietà del trattamento sanitario, come richiesto dalla norma costituzionale, essendo invece necessaria una norma *ad hoc* che preveda l'obbligatorietà della vaccinazione⁵.

La disciplina del rischio biologico

Fra “*tutti i rischi*” per la salute che il datore di lavoro ha l'obbligo - non delegabile *ex art. 17, comma 1, del Testo Unico sulla Sicurezza*⁶ - di valutare ai fini dell'elaborazione del “*Documento di Valutazione dei Rischi*” rientrano anche quelli derivanti dall'esposizione agli agenti biologici presenti nell'ambiente lavorativo.

³ R. Guariniello, *Covid-19: l'azienda può obbligare i datori di lavoro a vaccinarsi?*, in www.ipsoa.it, nonché intervista rilasciata al Fatto quotidiano.

⁴ G. Benincasa e G. Pigliarini, *Covid-19 e obbligo giuridico di vaccinazione per il dipendente*, Working Paper n. 1/2021, Salus the future of EOSH, <http://salus.adapt.it>.

⁵ L. Failla, *HR On Line*, n. 1 2020, F. Scarpelli, *Rifiuto del vaccino e licenziamento, andiamoci piano!*, 29 dicembre 2020.

⁶ Secondo tale norma “*Il datore di lavoro non può delegare le seguenti attività:*

a) *la valutazione di tutti i rischi con la conseguente elaborazione del documento previsto dall'articolo 28;*

b) *la designazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione dai rischi*”.

Anche nella valutazione di questi rischi, nonché nell'elaborazione delle sezioni del DVR a essi dedicate, il datore di lavoro è chiamato ad agire in collaborazione con il responsabile del servizio di prevenzione e protezione e il medico competente, previa consultazione del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza (art. 29 del Testo Unico sulla Sicurezza).

A tale riguardo, l'art. 271, comma 1, del D.lgs. n. 81/2008 impone al datore di tenere conto *“di tutte le informazioni disponibili relative alle caratteristiche dell'agente biologico e delle modalità lavorative, ed in particolare:*

- a) della classificazione degli agenti biologici che presentano o possono presentare un pericolo per la salute umana quale risultante dall'allegato XLVI o, in assenza, di quella effettuata dal datore di lavoro stesso sulla base delle conoscenze disponibili e seguendo i criteri di cui all'articolo 268, commi 1 e 2;*
- b) dell'informazione sulle malattie che possono essere contratte;*
- c) dei potenziali effetti allergici e tossici;*
- d) della conoscenza di una patologia della quale è affetto un lavoratore, che è da porre in correlazione diretta all'attività lavorativa svolta;*
- e) delle eventuali ulteriori situazioni rese note dall'autorità sanitaria competente che possono influire sul rischio;*
- f) del sinergismo dei diversi gruppi di agenti biologici utilizzati”.*

Come chiarito dall'Inail, la valutazione diretta a definire l'entità del rischio da esposizione ad agenti biologici si compie effettuando le seguenti operazioni:

- identificazione dei pericoli (anche potenziali);
- stima della gravità delle conseguenze derivanti dall'esposizione a tali pericoli;
- identificazione e quantificazione dei soggetti esposti;
- misurazione dell'entità di tale esposizione⁷.

Al termine del processo di valutazione, in relazione ai rischi accertati il datore di lavoro deve adottare le misure protettive e preventive, *“adattandole alle particolarità delle situazioni lavorative”* (art. 271, comma 2, D.lgs. n. 81/2008).

Gli agenti biologici *“di cui è noto che possono provocare malattie infettive in soggetti umani”* sono classificati nell'Allegato XLVI del D.Lgs. n. 81/2008. Tale allegato è stato recentemente aggiornato dal D.L. n. 125/2020, dietro impulso della Direttiva Europea 2020/739/EU, che vi ha incluso quello della *“Sindrome respiratoria acuta grave da coronavirus 2 (SARS-CoV-2)”*⁸.

⁷ Cfr. <https://www.inail.it/cs/internet/attivita/prevenzione-e-sicurezza/conoscere-il-rischio/agenti-biologici/valutazione-del-rischio.html>

⁸ Anche gli allegati XLVII e XLVIII del D.Lgs. n. 81/2008 - contenenti le tabelle sull'esposizione ad agenti biologici e le relative procedure di contenimento, per le attività che si svolgono rispettivamente nelle strutture sanitarie e veterinarie e nei processi industriali - hanno subito recenti modifiche, da ultimo a opera dell'art. 13-sexiesdecies, comma 1, del D.L. n. 137/2020, convertito, con modificazioni, dalla Legge n. 176/2020. A seguito di tali interventi, secondo parte della dottrina tutti i datori di lavoro dovrebbero appurare la necessità o meno di aggiornare la valutazione dei rischi merito all'elaborazione del DVR.

Il coronavirus SARS-CoV-2 risulta ora classificato fra gli agenti biologici di gruppo di rischio 3.

L'art. 286 del Testo Unico sulla Sicurezza definisce agente biologico di gruppo di rischio 3 *“un agente che può causare malattie gravi in soggetti umani e costituisce un serio rischio per i lavoratori; l'agente biologico può propagarsi nella comunità, ma di norma sono disponibili efficaci misure profilattiche o terapeutiche”*.

Gli obblighi dei lavoratori

La normativa in materia di salute e sicurezza sul lavoro prevede un ruolo attivo anche dei lavoratori che in base all'art. 20 del Testo Unico devono *“prendersi cura della propria salute e sicurezza e di quella delle altre persone presenti sul luogo di lavoro, su cui ricadono gli effetti delle sue azioni o omissioni, conformemente alla sua formazione, alle istruzioni e ai mezzi forniti dal datore di lavoro”*.

In base al suddetto art. 20 del Testo Unico i lavoratori in particolare devono:

- a) contribuire, insieme al datore di lavoro, ai dirigenti e ai preposti, all'adempimento degli obblighi previsti a tutela della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro;
- b) osservare le disposizioni e le istruzioni impartite dal datore di lavoro, dai dirigenti e dai preposti, ai fini della protezione collettiva e individuale;
- c) utilizzare correttamente le attrezzature di lavoro, le sostanze e le miscele pericolose, i mezzi di trasporto, nonché i dispositivi di sicurezza;
- d) utilizzare in modo appropriato i dispositivi di protezione messi a loro disposizione;
- e) segnalare immediatamente al datore di lavoro, al dirigente o al preposto le deficienze dei mezzi e dei dispositivi di cui alle lettere c) e d), nonché qualsiasi eventuale condizione di pericolo di cui vengano a conoscenza, adoperandosi direttamente, in caso di urgenza, nell'ambito delle proprie competenze e possibilità e fatto salvo l'obbligo di cui alla lettera f) per eliminare o ridurre le situazioni di pericolo grave e incombente, dandone notizia al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza;
- f) non rimuovere o modificare senza autorizzazione i dispositivi di sicurezza o di segnalazione o di controllo;
- g) non compiere di propria iniziativa operazioni o manovre che non sono di loro competenza ovvero che possono compromettere la sicurezza propria o di altri lavoratori;
- h) partecipare ai programmi di formazione e di addestramento organizzati dal datore di lavoro;
- i) sottoporsi ai controlli sanitari previsti dal presente decreto legislativo o comunque disposti dal medico competente.

Qualora il lavoratore non rispetti le misure di sicurezza individuate dall'azienda e indicate nel DVR, tale violazione rileva sul piano disciplinare e, a seconda della gravità, può portare fino al licenziamento del lavoratore, come previsto dai principali contratti collettivi di categoria e affermato dalla giurisprudenza di legittimità⁹.

⁹ Tra le molte Cassazione Civile, sezione lavoro, n. 25392 del 2103 secondo cui: *“Nell'ambito di un rapporto di lavoro subordinato, è illegittimo il rifiuto del lavoratore di eseguire la*

Pertanto il lavoratore che rifiuti di utilizzare i dispositivi di protezione individuale, come nel contesto pandemico attuale la mascherina, può essere perseguito disciplinarmente.

I Protocolli di sicurezza anti Covid-19

Il datore di lavoro ha l'obbligo generale di tutelare l'integrità fisica e morale dei suoi dipendenti sul luogo di lavoro.

Tale obbligazione, rinvenibile nell'art. 2087 del c.c. e nella normativa specialistica in materia di sicurezza sul lavoro, è stata ulteriormente specificata nell'ambito della legislazione di emergenza emanata dal governo per arginare l'attuale pandemia da Covid-19 sui luoghi di lavoro.

Più in particolare, dal momento in cui è iniziata la crisi sanitaria nel nostro paese, si sono succedute una serie di disposizioni finalizzate a garantire la tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori impegnati in quelle attività che, per loro natura, non potevano essere temporaneamente sospese.

Tra queste, il DPCM dell'11 Marzo 2020, all'art. 1, Comma 9, ha richiesto alle aziende impegnate in tali attività produttive di adottare degli specifici protocolli di sicurezza per prevenire il contagio.

Sulla scorta di tale disposizione, le parti sociali hanno sottoscritto un “*Protocollo condiviso di regolazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid – 19 negli ambienti di lavoro*” (in prima battuta, siglato il 14 Marzo 2020 e poi aggiornato al 24 Aprile 2020, di seguito, per brevità, il “Protocollo”) che ha permesso la prosecuzione di alcune attività economiche e produttive ritenute necessarie e non più sospensibili per il nostro paese, introducendo delle specifiche disposizioni a cui i datori di lavoro sono tenuti ad uniformarsi per garantire adeguati livelli di protezione anti contagio Covid-19 ai propri dipendenti.

A fronte delle indicazioni legislative e sulla scorta di questo Protocollo sono stati adottati protocolli anti contagio specifici per le diverse realtà produttive.

prestazione lavorativa nei modi richiesti dal datore di lavoro quando quest'ultimo adempia a tutti gli obblighi derivanti dal contratto (pagamento retribuzione, copertura previdenziale, etc.), risultando il suddetto rifiuto giustificato solo se l'altra parte è totalmente inadempiente (confermata la legittimità del licenziamento intimato ad un lavoratore, colpevole di avere ripetutamente rifiutato di indossare gli occhiali protettivi, il cui uso era prescritto dal documento unico di valutazione dei rischi predisposto dalla società e da quest'ultima a più riprese ordinatogli).” Cass. civile, sez. lav., 23 marzo 2010, n. 7345 secondo cui: “È suscettibile di licenziamento disciplinare il lavoratore che viola le norme di sicurezza mettendo il datore a rischio-responsabilità verso i terzi... (nella specie, la Corte ha confermato la legittimità del licenziamento disciplinare nei confronti del conducente di un mezzo, addetto alla consegna di benzina ai distributori, che, dopo aver compiuto uno scarico abusivo presso un punto vendita non previsto dal programma, temendo gli ispettori aziendali, era scappato con il portellone dell'autobotte ancora aperto)”.

Successivamente, l'articolo 29 bis della Legge 40 del 2020 (con cui è stato convertito in legge il c.d. "Decreto Liquidità")¹⁰, ha sancito un importantissimo principio, ovvero che l'obbligo di cui all'art. 2087 del c.c. può ritenersi correttamente adempiuto nel momento in cui il datore di lavoro ha rispettato e messo in pratica tutte le disposizioni contenute nel Protocollo, anche tenendo in considerazione le sue eventuali successive integrazioni e modificazioni, statuendo altresì che qualora per particolari attività non trovino applicazione le disposizioni in esso contenute, bisognerà attenersi alle misure contenute nei protocolli o negli accordi di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

L'effetto innovativo di tale articolo è stato, dunque, quello di riempire di contenuto l'art. 2087 c.c. con previsioni già fissate dal Protocollo, non estendendosi l'obbligo del datore di lavoro a qualsiasi misura che possa essere ragionevolmente adottata secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza o la tecnica secondo l'originario disposto codicistico.

Ad oggi, comunque, il Protocollo non prevede l'obbligo in capo ai datori di lavoro di somministrare il vaccino contro il Covid-19 ai dipendenti come condizione per consentire loro di svolgere la loro ordinaria attività lavorative, di conseguenza tale misura non è richiesta al fine di ritenere adempiuto l'obbligo di cui all'art. 2087 c.c.

Non si può tuttavia escludere che le parti sociali, con un aggiornamento del sistema di prevenzione e protezione attualmente in vigore, introducano questo obbligo.

In tal caso, siffatta modifica potrebbe essere considerata sufficiente per dare copertura alla riserva di legge contenuta nell'art. 32, comma 2, della Costituzione, secondo cui "[...] nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge".

Più nello specifico, la tenuta di tale obbligo, anche se previsto in un atto normativo secondario (peraltro prodotto da un ordinamento diverso da quello statale), potrebbe reggere ad eventuali dubbi di costituzionalità se la riserva di legge di cui all'art. 32, comma 2, della Costituzione si considerasse una riserva di legge relativa e non assoluta, di modo che sarebbe legittimo che una fonte secondaria come il Protocollo possa dettare disposizioni attuative e integrative.

Ad ogni modo, eventuali dubbi sulla sua costituzionalità potrebbero essere superati anche considerando che l'obbligo di adottare tutte le misure previste dal Protocollo trae origine in una norma di legge (D. L. 23/2020 convertito con la L. 40/2020) e, comunque, è destinato ad esplicare effetti solo in ambienti di lavoro. Inoltre, non si deve dimenticare che è la stessa Costituzione che, nel riconoscere la libertà sindacale

¹⁰ Articolo 29-bis. (Obblighi dei datori di lavoro per la tutela contro il rischio di contagio da COVID-19): "Ai fini della tutela contro il rischio di contagio da COVID-19, i datori di lavoro pubblici e privati adempiono all'obbligo di cui all'articolo 2087 del codice civile mediante l'applicazione delle prescrizioni contenute nel protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del COVID-19 negli ambienti di lavoro, sottoscritto il 24 aprile 2020 tra il Governo e le parti sociali, e successive modificazioni e integrazioni, e negli altri protocolli e linee guida di cui all'articolo 1, comma 14, del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, nonché mediante l'adozione e il mantenimento delle misure ivi previste. Qualora non trovino applicazione le predette prescrizioni, rilevano le misure contenute nei protocolli o accordi di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale".

all'art. 39, conferisce espressa dignità alle norme dell'ordinamento intersindacale, conferendogli il rango di vera e propria fonte del diritto.

Misure di riduzione del rischio di contagio da Covid-19: lavoro agile, distanziamento sociale e DPI

Il Protocollo del 24 Aprile 2020 prevede che la prosecuzione dell'attività produttiva possa avvenire solo se il datore di lavoro sia in grado di assicurare ai suoi dipendenti degli adeguati livelli di protezione dal rischio contagio da Covid-19.

Più nello specifico, le principali misure richieste dal Protocollo per consentire la riduzione del rischio contagio coinvolgono formazione e informazione dei dipendenti, modalità di accesso ai locali aziendali, sanificazioni straordinarie degli stessi, utilizzo di dispositivi di protezione individuali, distanziamento sociale e, ove possibile, ricorso al lavoro agile.

La prima e più importante misura volta a contrastare il contagio da Covid-19 sui luoghi di lavoro è l'utilizzo del lavoro agile per tutte quelle attività che, per loro natura, possono essere svolte anche al di fuori dei locali aziendali¹¹.

Per lavoro agile, si intende – ai sensi dell'art. 18 della legge del 22 Maggio 2017, n. 81 - una modalità di esecuzione della prestazione lavorativa eseguita, in tutto o in parte, al di fuori dei locali aziendali, nel rispetto dei soli limiti di durata massima dell'orario giornaliero e settimanale.

La legislazione di emergenza ha promosso fortemente l'utilizzo del lavoro agile, da un lato, attuando una semplificazione momentanea delle modalità di accesso a tale forma di lavoro e, dall'altro, raccomandandone l'utilizzo ai datori di lavoro per tutte le attività lavorative che possano essere svolte da remoto.

Quanto alle modalità di accesso a tale forma di lavoro, la normativa straordinaria ha previsto, in via temporanea, una semplificazione delle procedure amministrative e gestionali finalizzate ad attivarlo.

In particolare, fino alla data di cessazione dello stato di emergenza epidemiologica, comunque, è prevista la facoltà per le imprese di disporre unilateralmente il lavoro agile anche senza il preventivo accordo individuale con il dipendente, sempre nel rispetto dei principi generali dettati dalle disposizioni di legge ordinaria, restando fermo il solo obbligo del datore di lavoro di comunicare telematicamente alle autorità competenti i nominativi dei lavoratori interessati.

Inoltre, sempre per tutto il periodo in cui sussisterà lo stato di emergenza, gli obblighi di informativa relativi ai rischi per la salute e la sicurezza del lavoratore di cui all'art. 22 della legge 81/2017 possono essere svolti anche in via telematica, utilizzando un

¹¹ Il DPCM del 10 Aprile 2020, attuativo del Decreto Legge 25 Marzo 2020, prevede al punto ii) dell'art. 1 in relazione alle attività professionali, la raccomandazione che “sia attuato il massimo utilizzo di modalità di lavoro agile per le attività che possano essere svolte al proprio domicilio o in modalità a distanza”. Già il DPCM del 1° Marzo e, successivamente, il DL 19/2020, alla lettera f) dell'art. 2 prevedeva la predisposizione di modalità di lavoro agile “in deroga alla disciplina vigente”.

modello di informativa fornito dall'istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro.

Ovviamente, non tutte le prestazioni lavorative possono essere eseguite da remoto.

Pertanto, il legislatore ha individuato alcune categorie particolari di lavoratori cui riservare prioritariamente lo svolgimento del lavoro agile. In particolare, è stato previsto a favore di lavoratori disabili o che abbiano all'interno del proprio nucleo familiare un disabile un vero e proprio diritto al lavoro agile, a condizione che l'attività sia compatibile con lo svolgimento a distanza. Per i lavoratori affetti da gravi e comprovate patologie con ridotta capacità lavorativa è, invece, sancita una priorità nell'accesso alla modalità di lavoro agile.

Nel caso in cui la prestazione lavorativa non possa essere svolta da remoto, il datore di lavoro è tenuto, in via preliminare, ad evitare assembramenti e a permettere il distanziamento sociale tra i suoi dipendenti, attraverso una corretta rimodulazione degli spazi aziendali e degli orari di lavoro.

Rispetto agli spazi di lavoro, la prima misura di prevenzione dei rischi da attuare riguarda la distanza interpersonale, che dovrebbe essere di almeno un metro ove possibile, utilizzando a tal fine, se necessario, una segnaletica atta a individuare gli spazi riservati a ciascuno.

Inoltre, al fine di promuovere quanto più possibile la distanza interpersonale all'interno dei locali aziendali, il datore di lavoro può stabilire degli accessi contingentati, la definizione di orari diversi di ingresso e uscita dei dipendenti, la rimodulazione dei turni di lavoro delle pause, favorendo così una riduzione del numero di dipendenti presenti nello stesso momento in un determinato locale aziendale.

Ferma restando la necessità che il datore di lavoro riduca quanto più possibile la possibilità di assembramenti nei locali aziendali, ulteriore misura di contrasto al contagio da Covid-19 è rappresentata dall'obbligo del datore di lavoro di mettere a disposizione per i dipendenti presenti in azienda i dispositivi di protezione individuali (c.d. DPI) necessari ed idonei a prevenire il diffondersi del virus.

La legislazione di emergenza individua come DPI idonei a prevenire il rischio di contagio le mascherine chirurgiche, che l'INAIL suggerisce di indossare non solo quando non possa essere garantita la distanza interpersonale con altri colleghi (nel qual caso è obbligatorio il loro utilizzo) ma in tutti i casi di presenza nei locali aziendali.

In ogni caso, al fine di individuare i DPI adeguati nello specifico contesto aziendale, deve essere tenuto conto dei rischi individuati nel DVR, come – eventualmente – rielaborato o integrato in ragione del rischio di contagio da Covid-19.

L'inidoneità alla mansione

All'interno del quadro normativo delineato e in assenza di un obbligo specifico per la popolazione di sottoporsi al vaccino anti Covid-19, ci si chiede come debba comportarsi il datore di lavoro di fronte ad un proprio dipendente che rifiuta di essere sottoposto a tale trattamento sanitario.

In particolare, va analizzata la possibilità per il datore di lavoro di perseguire la via della sospensione per inidoneità alla mansione, qualora si dimostri che tale trattamento di profilassi sia indispensabile per poter proseguire nello svolgimento delle ordinarie attività lavorative e che il rifiuto del dipendente di sottoporsi a tale vaccino possa pregiudicare in maniera eccessiva l'attività produttiva.

In tale ipotesi, si potrebbe ritenere il dipendente “obiettore” temporaneamente ovvero definitivamente inidoneo a rendere la sua prestazione lavorativa in sicurezza, sia per i colleghi che per gli eventuali soggetti con cui, per la natura del suo incarico, è tenuto ad interfacciarsi quotidianamente, giustificandosi in tal modo un suo temporaneo allontanamento dal luogo di lavoro.

Un eventuale accertamento sulla inidoneità del dipendente a svolgere le sue mansioni dovrebbe necessariamente passare attraverso il giudizio di idoneità del medico competente; è questo ultimo, infatti, ad avere il compito di formulare un eventuale giudizio di idoneità o inidoneità alla mansione e ciò nell'ambito della c.d. “sorveglianza sanitaria” che ogni azienda è tenuta ad attuare per verificare, appunto, l'idoneità o meno dei suoi dipendenti alle mansioni a cui sono assegnati.

Una volta ottenuti i risultati delle visite mediche svolte nell'ambito della sorveglianza sanitaria, il medico competente esprime un giudizio in merito alla compatibilità delle condizioni fisiche del dipendente rispetto alla mansione specifica cui è/sarà assegnato.

Il giudizio così espresso potrà essere di:

- idoneità alla mansione;
- idoneità parziale, temporanea o permanente, con prescrizioni o limitazioni;
- inidoneità temporanea;
- inidoneità permanente.

A questo punto, il datore di lavoro deve attenersi scrupolosamente alle indicazioni fornite dal medico competente e il lavoratore potrà presentare ricorso avverso il giudizio del medico entro 30 giorni davanti all'organo di vigilanza territorialmente competente (ovvero la ASL del luogo in cui ha sede l'azienda), che potrà confermare, modificare o revocare il giudizio espresso dal medico.

Nel caso di specie, il medico competente potrebbe giudicare inidoneo alla mansione un dipendente che ha scelto di non sottoporsi al vaccino da Covid-19 applicando l'art. 279 del D. Lgs. 81/2008, la norma secondo cui il datore deve “*mettere a disposizione*” vaccini efficaci per quei lavoratori che non sono già immuni all'agente biologico presente nella lavorazione, da somministrare a cura del medico competente.

Tale norma, dunque, prevede la possibilità di somministrare vaccini a cura del medico competente, sempre che tale trattamento sanitario sia stato considerato una misura di prevenzione e protezione, tipizzata all'interno del DVR.

Conseguenze dell'inidoneità alla mansione

Abbiamo visto che i giudizi di inidoneità alla mansione del medico competente potrebbero avere natura temporanea o definitiva: le conseguenze di questi giudizi sarebbero differenti.

Nel caso di inidoneità temporanea, il datore di lavoro si troverebbe di fronte alla necessità di adibire il lavoratore (almeno per il momento) ove possibile, a mansioni equivalenti o, in mancanza, di livello inferiore con il mantenimento del medesimo trattamento economico (cd. onere di repêchage).

Dunque, il datore di lavoro in un primo momento deve procedere a verificare se esistono altre mansioni disponibili a cui adibire il dipendente e in secondo luogo accertare se tali mansioni siano compatibili con la sua inidoneità.

Secondo gli insegnamenti della Sezione Unite della Suprema Corte, il datore di lavoro è tenuto ad attivarsi per verificare se sia possibile ricollocare il dipendente in altre mansioni, anche inferiori senza però dover stravolgere l'organizzazione aziendale (cfr. Cass. SS.UU., 7 agosto 1998, n. 7755)¹².

In altre parole, il tentativo di ricollocare il lavoratore giudicato inidoneo alla mansione deve essere svolto nei limiti della possibilità e della ragionevolezza, senza che tuttavia debba attuarsi alcuno stravolgimento dell'organizzazione aziendale, ad esempio, attraverso la creazione di una mansione *ad hoc*, oppure lo spostamento di un altro lavoratore, oppure l'adozione di misure organizzative e tecniche per garantire comunque la permanenza nella mansione.

La questione implica quindi un bilanciamento tra l'interesse del lavoratore a conservare il posto di lavoro e quello del datore di ricevere una prestazione lavorativa concretamente utilizzabile secondo l'assetto organizzativo insindacabilmente stabilito dall'imprenditore¹³.

¹² Al riguardo, la giurisprudenza è granitica nel ritenere che tale verifica debba essere effettuata tenendo conto che la diversa attività deve essere: compatibile con lo stato di salute del dipendente, disponibile ed esistente nell'ambito dell'assetto organizzativo aziendale insindacabilmente stabilito dall'imprenditore, in ossequio al principio di libertà di iniziativa economica garantita dall'art. 41 della Costituzione, il cui nucleo essenziale risiede nell'autodeterminazione circa il dimensionamento e la scelta del personale da impiegare nell'azienda ed il conseguente profilo dell'organizzazione interna della stessa (cfr. *ex multis* Corte Cost. nn. 78/1958, 356/1993, 316/1990).

¹³ Infatti, "la tutela dei singoli lavoratori da parte dell'imprenditore, anche con riguardo al diritto al lavoro e dalla salute, che sono interessi costituzionalmente tutelati, non può spingersi fino ad ingerire in merito a scelte organizzative preordinate al perseguimento di finalità assistenziali, restando quindi escluso che il datore sia obbligato a creare una figura professionale ad hoc ed ex novo per consentire l'adibizione del lavoratore inabile a mansioni confacenti al suo stato di salute" (Tribunale Roma, Ordinanza 17 marzo 2014). Analogamente, è stato affermato che "la tutela di singoli lavoratori, anche con riguardo ad interessi costituzionalmente rilevanti (diritto al lavoro, alla salute), non può spingersi fino a determinare scelte organizzative preordinate al perseguimento di finalità assistenziali, eventualmente incidenti sulla posizione di altri dipendenti" dovendosi escludere che il datore di lavoro sia tenuto a creare "ex novo un nuovo profilo professionale" (nella fattispecie, "di operatore che non si occupa dello scarico dei bagagli e della zavorra, determinando altresì una modificazione della composizione dei turni di

Qualora non fosse possibile rinvenire tali mansioni, sussisterebbe la possibilità per il datore di lavoro di sospendere il lavoratore dal servizio, anche senza retribuzione (cfr. sentenza Tribunale di Asti del 10.11.2006 e sentenza Tribunale di Verona del 2.11.2015); la giurisprudenza ha riconosciuto che, qualora non vi sia la possibilità di ricollocare momentaneamente il lavoratore all'interno dell'organizzazione aziendale, sussiste la facoltà al datore di lavoro di sospendere il dipendente dal servizio e dalla retribuzione, fino al momento in cui la situazione troverà una sua definizione.

Nel caso di inidoneità definitiva, la giurisprudenza di legittimità ha evidenziato che per poter procedere all'intimazione di un licenziamento il datore di lavoro deve essere in grado di dimostrare che la sopravvenuta impossibilità della prestazione lavorativa è tale da non consentire la persistenza dell'interesse datoriale a ricevere le ulteriori prestazioni consentite al dipendente e ciò con riferimento anche alla natura e importanza delle mansioni del lavoratore temporaneamente inidoneo, alla durata ragionevolmente prevedibile della sua inidoneità, all'impossibilità di affidare temporaneamente ad altri dipendenti i compiti da lui svolti senza ricorrere a nuove assunzioni e, più in generale, ad ogni altra circostanza rilevante ai fini della determinazione della misura della tollerabilità dell'assenza¹⁴.

Il divieto di licenziamento

L'emergenza sanitaria causata dalla diffusione del Covid-19 ha reso necessario un intervento legislativo volto a tutelare i lavoratori da quella che avrebbe potuto essere, nella crisi economica, la prima reazione dei datori lavoro: il licenziamento economico.

Il legislatore, pertanto, ha introdotto con l'art. 46 del D.L. n. 18/2020 (meglio noto come Decreto Cura Italia), convertito con modificazioni dalla legge n. 27/2020, e come modificato dall'art. 80 del D.L. n. 34/2020 (meglio noto come Decreto Rilancio), il c.d. divieto di licenziamento. Tale misura è stata poi prorogata con alcune modifiche con il Decreto Agosto (D.L. n. 104/2020) ed il Decreto Ristori (D.L. n. 137/2020) fino ad arrivare alla Legge di Bilancio 2021 (Legge n. 178/2020).

lavoro e riflessi diretti sul contenuto delle prestazioni degli altri operatori": cfr. Cass. n. 10339/2000). In senso conforme, la Suprema Corte ha evidenziato che l'adibizione di un lavoratore a mansioni diverse compatibili con le sopravvenute esigenze di salute può avvenire solo ove "tale diversa attività sia utilizzabile nell'impresa, secondo l'assetto organizzativo insindacabilmente stabilito dall'imprenditore. Peraltro, nel bilanciamento di interessi costituzionalmente protetti (art. 4, 32, 36 cost.) non può pretendersi che il datore di lavoro, per ricollocare il dipendente non più fisicamente idoneo, proceda a modifiche delle scelte organizzative escludendo, da talune posizioni lavorative, le attività incompatibili con le condizioni di salute del lavoratore" (Cass. 7 marzo 2005, n. 4827). Per ricollocare il dipendente non più fisicamente idoneo, il datore di lavoro non è tenuto ad attuare modifiche del proprio assetto organizzativo escludendo, da talune posizioni lavorative, le attività incompatibili con lo stato di salute di questi (si vedano, tra le tante, Cass. nn. 18535/2013; 23330/2012; 21710/2009; 15500/2009 6552/2009).

¹⁴ Non costituisce valido motivo di licenziamento per impossibilità sopravvenuta della prestazione lo stato di custodia cautelare del dipendente, protrattosi per un periodo di due mesi e mezzo, quando la dimensione dell'organizzazione aziendale e le mansioni del dipendente consentano di gestire senza significativi contraccolpi l'assenza del lavoratore e possa ragionevolmente prevedersi, in riferimento all'entità della pena applicabile e all'assenza di precedenti penali, che il lavoratore possa usufruire di benefici incidenti sullo stato di privazione della libertà (Trib. Milano 24/12/96, pres. Mannacio, est. Sbordone, in *D&L* 1997, 637)

In particolare, i commi 309 e 310 dell'art. 1 della legge n. 178/2020 hanno esteso fino al 31 marzo 2021 il divieto a tutti i datori di lavoro di procedere ai licenziamenti collettivi e a licenziamenti individuali per giustificato motivo oggettivo, salvo delle specifiche eccezioni individuate al successivo comma 311.

Il comma 309 stabilisce che resta precluso l'avvio delle procedure di licenziamento collettivo di cui agli artt. 4, 5 e 24 della Legge n. 223/1991: le procedure avviate dalle imprese che siano state ammesse al trattamento straordinario di cassa integrazione e che nel corso del periodo di sospensione ritengano di non essere in grado di garantire il rimpiego di tutti i lavoratori sospesi e di non poter ricorrere a misure alternative; le procedure avviate da imprese che occupano più di 15 dipendenti e che, in conseguenza di una riduzione o trasformazione di attività o di lavoro, intendano effettuare almeno 5 licenziamenti nell'arco di 120 giorni, in ciascuna unità produttiva, o in più unità produttive nell'ambito del territorio di una stessa provincia.

Inoltre, il comma 309 specifica che rimangono sospese, fino al 31 marzo 2021, le procedure pendenti avviate dopo la data del 23 febbraio 2020. Sono fatte salve le ipotesi in cui il personale interessato dal recesso, già impiegato nell'appalto, sia riassunto a seguito di subentro di nuovo appaltatore in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro o di clausola del contratto di appalto.

Il successivo comma 310 prevede che resta preclusa fino alla medesima data anche la facoltà dei datori di lavoro di recedere dal contratto per giustificato motivo oggettivo prevista dall'art. 3 della Legge n. 604/1966, indipendentemente dal numero dei dipendenti. Tale tipologia di licenziamento è determinata da un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro ovvero da ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa.

Fino al 31 marzo 2021, restano altresì sospese le procedure di licenziamento per giustificato motivo oggettivo in corso *ex art. 7* della Legge 604/1966.

È in ogni caso consentito alle aziende intimare tutte le altre tipologie di licenziamento individuale diverse da quelle espressamente vietate di cui all'art. 3 della Legge n. 604/1966, nel rispetto delle norme di legge di riferimento.

Le sospensioni e le preclusioni riguardanti i licenziamenti non trovano applicazione altresì in determinate ipotesi individuate espressamente dalla legge di Bilancio 2021 al comma 311 dell'art. 1.

In primo luogo, il divieto di licenziamento non si applica ai licenziamenti motivati dalla cessazione definitiva dell'attività di impresa, conseguenti alla messa in liquidazione della società senza continuazione, anche parziale, dell'attività, nel caso in cui nel corso della liquidazione non si configuri la cessione di un complesso di beni od attività che possano configurare un trasferimento d'azienda o di un ramo di essa ai sensi dell'art. 2112 c.c.¹⁵

¹⁵ Articolo 2112 c.c. (Mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda): *"In caso di trasferimento d'azienda, il rapporto di lavoro continua con il cessionario ed il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano.*

Inoltre, il divieto non si applica nelle ipotesi di accordo collettivo aziendale, stipulato dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale, di incentivo alla risoluzione del rapporto di lavoro, limitatamente ai lavoratori che aderiscono al predetto accordo. Ai lavoratori che aderiscono al predetto accordo sindacale è comunque riconosciuto il trattamento di cui all'art. 1 del D.lgs. n. 22/2015, cioè l'indennità di disoccupazione, denominata «Nuova prestazione di Assicurazione Sociale per l'Impiego (NASpI)», avente la funzione di fornire una tutela di sostegno al reddito ai lavoratori con rapporto di lavoro subordinato che abbiano perduto involontariamente la propria occupazione.

Il divieto non si applica, infine, ai licenziamenti intimati in caso di fallimento quando non sia previsto l'esercizio provvisorio dell'impresa o ne sia disposta la cessazione.

Nell'ipotesi in cui l'esercizio provvisorio sia disposto per uno specifico ramo dell'azienda, sono esclusi dal divieto i licenziamenti riguardanti i settori non compresi nello stesso.

2. Nostre considerazioni

Sulla scorta dei rilievi svolti ai paragrafi che precedono è possibile formulare le seguenti considerazioni conclusive.

Assenza di una norma legale che impone l'obbligatorietà del vaccino

Allo stato attuale, non essendo rinvenibile nel nostro ordinamento una disposizione avente forza di legge, che imponga l'obbligatorietà del vaccino anti-Covid (per i lavoratori in generale ma anche per quei lavoratori addetti a specifiche e più delicate mansioni), deve ritenersi che il datore di lavoro non sia legittimato a imporre al dipendente l'obbligo di sottoporsi a vaccinazione (salvo casi specifici che vedremo in seguito).

Il cedente ed il cessionario sono obbligati, in solido [1292], per tutti i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento. Con le procedure di cui agli articoli 410 e 411 del codice di procedura civile il lavoratore può consentire la liberazione del cedente dalle obbligazioni derivanti dal rapporto di lavoro.

Il cessionario è tenuto ad applicare i trattamenti economici e normativi previsti dai contratti collettivi nazionali, territoriali ed aziendali vigenti alla data del trasferimento, fino alla loro scadenza, salvo che siano sostituiti da altri contratti collettivi applicabili all'impresa del cessionario. L'effetto di sostituzione si produce esclusivamente fra contratti collettivi del medesimo livello.

Ferma restando la facoltà di esercitare il recesso ai sensi della normativa in materia di licenziamenti [2118, 2119], il trasferimento d'azienda non costituisce di per sé motivo di licenziamento. Il lavoratore, le cui condizioni di lavoro subiscono una sostanziale modifica nei tre mesi successivi al trasferimento d'azienda, può rassegnare le proprie dimissioni con gli effetti di cui all'articolo 2119, primo comma [2558].

Ai fini e per gli effetti di cui al presente articolo si intende per trasferimento d'azienda qualsiasi operazione che, in seguito a cessione contrattuale o fusione, comporti il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità a prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base del quale il trasferimento è attuato ivi compresi l'usufrutto o l'affitto di azienda. Le disposizioni del presente articolo si applicano altresì al trasferimento di parte dell'azienda, intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento".

Tale approdo ci appare imposto anzitutto dalla “riserva di legge” già menzionata: la nostra Carta Costituzionale (all’art. 32) prevede infatti che l’obbligo di sottoporsi a un determinato trattamento sanitario (come appunto un vaccino) possa essere imposto esclusivamente da una norma di legge, senza lasciare spazio a interpretazioni estensive (che farebbero venire meno la certezza del diritto).

Del resto, la “*disposizione di legge*” a cui fa rinvio l’art. 32 dovrebbe essere una norma specificamente volta a imporre la somministrazione del vaccino in questione¹⁶; norma che, come detto, a oggi manca.

In tale contesto, riteniamo eccessivamente forzati e dunque non condivisibili i recenti tentativi dottrinali di individuare la “*disposizione di legge*” richiesta dalla Costituzione in una norma già esistente.

Ci riferiamo, in particolare, *in primis* alla tesi di alcuni giuristi secondo i quali la norma, ritenuta in grado di autorizzare il trattamento sanitario obbligatorio, potrebbe identificarsi con l’art. 2087 c.c.. Risulta infatti difficile ricavare in questa disposizione un obbligo generalizzato di vaccinazione per il lavoratore.

È vero che l’art. 2087 c.c. impone al datore di lavoro il dovere di tutelare l’integrità fisica e morale dei dipendenti sul luogo di lavoro; d’altro canto, questo precetto non può essere letto come se contenesse anche l’obbligo di farsi inoculare un vaccino a oggi non obbligatorio (come anche correttamente rilevato da autorevole dottrina)¹⁷.

Tuttalpiù, tale norma potrebbe determinare in capo al datore di lavoro l’obbligo di incrementare il sistema di sicurezza per conformarsi al criterio della “*massima sicurezza possibile*”, per esempio favorendo l’accesso alla vaccinazione ai propri dipendenti, ma non certo un obbligo di vaccinazione gravante sui singoli lavoratori¹⁸.

Peraltro sottolineiamo, al riguardo, come appaia arduo sostenere che in relazione al vaccino anti-Covid a oggi il datore di lavoro abbia sviluppato quella “*esperienza*” e quella “*tecnica*” cui fa riferimento l’art. 2087 c.c.; d’altro canto, è innegabile che le informazioni attualmente disponibili, riguardanti gli effetti a medio e lungo termine del vaccino, siano ancora scarse e insufficienti¹⁹.

A ciò si devono aggiungere due ulteriori questioni, di carattere pratico ma non solo:

¹⁶ Cfr. Cass. Pen., Sez. III, n. 1728/2005. In questo senso, si veda anche O. Mazzotta, *Non vaccinati licenziabili solo se il proficuo impiego diventa impossibile*, in *Il Quotidiano del Lavoro – Il Sole 24 Ore*, 13 gennaio 2021. L’Autore, prendendo parte al dibattito dottrinale che si è acceso in queste settimane, osserva che “*la «disposizione di legge» cui allude l’articolo 32 deve consistere in una normazione ad hoc, specificamente diretta a imporre la vaccinazione*”.

¹⁷ Sul punto, cfr. F. Scarpelli, *Rifiuto del vaccino e licenziamento: andiamoci piano!*, in *www.linkedin.com*, 29 dicembre 2020.

¹⁸ Cfr. O. Mazzotta, *Non vaccinati licenziabili solo se il proficuo impiego diventa impossibile*, in *Il Quotidiano del Lavoro – Il Sole 24 Ore*.

¹⁹ Sul punto, cfr. A. Paone, *Vaccino e licenziamento: attenzione a commettere errori troppo costosi*, ne *Il Mattino*, 31 dicembre 2020.

- la procedura di somministrazione del vaccino anti-Covid, come previsto dal Piano vaccinale, è interamente rimessa all'autorità sanitaria (nessuno può richiedere o prenotare il vaccino, per sé o per i propri dipendenti);

- attualmente nessun cittadino (e dunque nessun lavoratore) è tenuto a dichiarare pubblicamente (men che meno al proprio datore di lavoro) di essersi sottoposto alla vaccinazione.

Un obbligo generalizzato di vaccinazione contro il Covid-19 non sembra rinvenibile nemmeno nel Testo Unico della Sicurezza sul Lavoro (D.lgs. 81/2008).

L'art. 279 del Testo Unico impone al datore di “*mettere a disposizione*” vaccini efficaci per quei lavoratori che non sono già immuni all'agente biologico presente nella lavorazione, da somministrare a cura del medico competente; tale norma fa riferimento a situazioni nelle quali il rischio di contagio è connesso alle specifiche lavorazioni aziendali e, quindi, può essere riferita solo ad alcuni datori di lavoro (quelli che operano nel campo socio-sanitario e attività connesse), ma non è sufficiente, nemmeno in queste strutture, a determinare l'insorgenza di un obbligo.

Nei casi di applicabilità della norma, infatti, il Testo Unico prevede una specifica conseguenza per il lavoratore che scelga di non sottoporsi alla vaccinazione: l'art. 42 prevede infatti che il datore di lavoro allontani temporaneamente il dipendente in caso di inidoneità alla mansione su indicazione del medico competente, ove ciò sia possibile.

Nel caso del rifiuto del vaccino si tratterebbe, almeno inizialmente, di una inidoneità temporanea e non certo definitiva (il dipendente potrebbe, ad esempio, cambiare idea), per cui qualora non fosse possibile assegnarlo a mansioni diverse, il datore di lavoro dovrebbe, innanzitutto, disporre la sua temporanea sospensione dal lavoro e dalla retribuzione.

Solo nell'ipotesi in cui sia in grado di dimostrare l'assenza di un apprezzabile interesse alla prosecuzione del rapporto di lavoro, basata sull'incertezza del termine di tale situazione e sulla sua intollerabilità ai fini dell'organizzazione aziendale, il datore di lavoro potrebbe ipotizzare un licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

Inoltre, sarebbe necessario considerare che esistono soggetti che, a causa di pregresse patologie, potrebbero avere effetti negativi dalla somministrazione del vaccino e, in tali ipotesi, il rifiuto sarebbe sicuramente giustificato e il datore di lavoro non potrebbe forzare tale decisione, poiché, in caso contrario, sarebbe considerato responsabile di eventuali pregiudizi subiti dal lavoratore.

Imprese che svolgono attività nel comparto socio-sanitario, assistenziale ed educativo

Per poter dare una risposta completa al quesito posto, occorre capire come si applica la ricostruzione appena operata nelle diverse tipologie di imprese cooperative operanti nel mercato.

Presso alcune realtà aziendali peculiari, infatti, la possibilità per il datore di lavoro di esigere la vaccinazione potrebbe assumere un carattere diverso, proprio a causa del contesto in cui si colloca la prestazione lavorativa.

Ci riferiamo, in particolare, a laboratori, cliniche, case di cura e residenze sanitarie assistenziali (c.d. R.S.A.) e alle imprese che operano nel comparto assistenziale ed educativo.

Al riguardo, sono in primo luogo ipotizzabili contesti aziendali in cui il contagio da Covid19 deve senz'altro essere considerato dal datore di lavoro, nell'ambito della valutazione dei rischi per la salute e la sicurezza, quale rischio biologico "specifico", in quanto connesso e presente nella lavorazione.

Si pensi alla struttura in cui operi personale in assistenza a pazienti malati affetti da Covid-19.

In tali ipotesi, l'azienda potrà pretendere la vaccinazione del personale dipendente, in forza del disposto di cui all'art. 279 del D.lgs. n. 81/2008 che, come sopra illustrato, impone al datore di lavoro di mettere a disposizione dei lavoratori, che non siano già immuni, vaccini efficaci contro l'agente biologico presente nella lavorazione.

Diversi Autori, che hanno preso posizione sull'argomento, appaiono sostanzialmente concordi nel ritenere che, per le aziende che svolgono attività di natura socio-sanitaria, la innegabile possibilità astratta di propagazione dell'infezione da Sars-CoV-2 in ambito aziendale renda di per sé esigibile la vaccinazione²⁰, anche a prescindere dalla natura endogena/esogena del rischio.

Il ragionamento, per alcuni, si fonda sulla considerazione che la prestazione richiesta al datore di lavoro e - di riflesso - al lavoratore ha per oggetto proprio la tutela della salute dei terzi assistiti²¹ e, dunque, sulla necessità di una maggior sicurezza, a beneficio dei pazienti della struttura, oltre che dei dipendenti stessi²².

²⁰ Cfr. O. Mazzotta, *Vaccino anti-Covid: può il datore di lavoro imporlo e, in caso di rifiuto, licenziare il lavoratore?*, ne *Il Quotidiano Giuridico*, Wolters Kluwer, 8 gennaio 2021. Nello stesso senso, A. Bottini, *Inidoneo e poi licenziabile chi non si vaccina*, in <https://ntplusdiritto.ilsole24ore.com/art/inidoneo-e-poi-licenziabile-chi-non-si-vaccina-ADPtSpCB>, 12 gennaio 2021.

²¹ In merito alla tutela dei terzi che si trovino nell'ambiente di lavoro, cfr. R. Guariniello, *Covid-19: l'azienda può obbligare i lavoratori a vaccinarsi?*, in www.ipsoa.it, 28 dicembre 2020.

²² Cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 26 febbraio 2019, n.13583, per cui: "In linea generale, questa sezione ha già definitivamente chiarito che il datore di lavoro che, con una propria condotta, abbia determinato l'insorgere di una fonte di pericolo, è titolare di una posizione di garanzia inerente ai danni provocati non soltanto ai propri dipendenti, ma anche ai terzi che frequentano le strutture aziendali (cfr. sez. 4 n. 38991 del 10/06/2010, Quagliari e altri, Rv. 248850). Ed infatti, la configurabilità della circo-stanza aggravata della violazione di norme antinfortunistiche esula dalla sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato, atteso che il rispetto di tali norme è imposto anche quando l'attività lavorativa venga prestata anche solo per amicizia, riconoscenza o comunque in situazione diversa dalla prestazione del lavoratore subordinato, purché detta prestazione sia stata posta in essere in un ambiente che possa definirsi di "lavoro" (cfr. sez. 4 n. 7730 del 16/01/2008, Musso, Rv. 238757). Tale principio è stato anche successivamente ribadito, precisandosi che le norme antinfortunistiche non sono dettate soltanto per la tutela dei lavoratori nell'esercizio della loro attività, ma sono dettate anche a tutela dei terzi che si trovino nell'ambiente di lavoro, indipendentemente dall'esistenza di un rapporto di dipendenza con il titolare dell'impresa."

L'opinione di chi ritiene che una clinica o una R.S.A. possano pretendere la vaccinazione dei propri collaboratori²³ è ragionevole e quindi condivisibile.

Tale soluzione peraltro potrebbe giocare un ruolo importante anche sul terreno della possibile responsabilità risarcitoria della struttura assistenziale²⁴ per eventuali contagi in ambito aziendale.

Ciononostante, anche in questo specifico ambito riteniamo che il datore di lavoro, dinanzi al rifiuto del lavoratore di sottoporsi al vaccino contro il Covid-19, in assenza di un obbligo legale di vaccinazione debba astenersi dal percorrere la strada del recesso e ricorrere ai rimedi "alternativi" descritti in precedenza.

Dunque, oltre all'opzione del lavoro agile (che in un contesto socio-sanitario potrebbe non essere praticabile), il datore di lavoro può adibire il dipendente a mansioni diverse e, se non è possibile, può sospendere temporaneamente dal servizio il lavoratore.

Per il momento, il rimedio del licenziamento deve rimanere l'*extrema ratio*, anche in ragione dell'attuale vigenza del noto divieto di licenziamento per motivo oggettivo, recentemente prorogato sino al 31 marzo 2021.

Fermo quanto sino ad ora rilevato, preme comunque precisare che le considerazioni svolte sono calate nel contesto normativo, politico e giuridico attuale e, pertanto, sono da ritenersi valide per il periodo in cui permarrà una carenza normativa in merito all'obbligo vaccinale.

Nel caso in cui fosse approvata una norma che rendesse obbligatoria la somministrazione del vaccino anti-Covid, ogni opportuna valutazione o iniziativa del datore di lavoro potrebbe essere riconsiderata e rivalutata, lasciando lo spazio per ragionare anche sull'eventuale risvolto disciplinare del rifiuto del lavoratore "obiettore".

Imprese che erogano servizi accessori all'applicazione delle misure di prevenzione anti-Covid (sanificazione ambienti, pulizie, ecc.)

²³ Sul punto, cfr. G. Pellacani, *Vi spiego perché non si può licenziare chi non si vaccina contro Covid-19*, in www.startmag.it, 1° gennaio 2021. L'autore osserva che "Dall'esame della disciplina vigente si ricava dunque che la vaccinazione rientra senz'altro tra le misure che possono essere adottate negli ambienti di lavoro in cui il Coronavirus-2 (SARS-CoV-2) sia introdotto intenzionalmente nel ciclo produttivo, come nei laboratori di ricerca, di didattica o di diagnostica, o quando la sua presenza non possa essere impedita, come nelle strutture sanitarie dove siano ricoverati e sottoposti a cure pazienti affetti da Coronavirus-2 (SARS-CoV-2). Nelle predette situazioni è pertanto possibile argomentare che la vaccinazione costituisca una misura precauzionale adeguata e ragionevole che il datore di lavoro può decidere di adottare ed anche imporre al proprio personale e che in tal caso il lavoratore che decida di non vaccinarsi, possa essere adibito ad altre mansioni, se disponibili, oppure trasferito o persino anche licenziato. Ma si tratta pur sempre di un'interpretazione, ragionevole quanto si vuole, ma pur sempre opinabile".

²⁴ Cfr. O. Mazzotta, *op cit.*.

Fra le imprese che effettuano lavorazioni a maggior rischio di esposizione al Covid-19 possono annoverarsi anche quelle che cooperano nell'applicazione delle misure di prevenzione anti-Covid.

Tra queste possiamo citare, a titolo esemplificativo, le aziende che svolgono attività di pulizia e di sanificazione degli ambienti.

Come intuibile, anche gli addetti a queste lavorazioni hanno un rischio - ove non certo - più elevato, rispetto alla generalità dei lavoratori, di essere esposti all'infezione²⁵.

Inoltre, anche l'oggetto della prestazione di questi lavoratori può ricondursi alla più generale categoria della tutela della salute e della sicurezza e, come tale, può anch'essa ragionevolmente ritenersi assoggetta a un più intenso dovere di adottare tutte le precauzioni necessarie per scongiurare il rischio di trasmissione del virus a soggetti terzi.

Pertanto, riteniamo che anche i datori di lavoro operanti in tali settori possano esigere la profilassi dai propri dipendenti e ricorrere poi, in caso di loro refrattarietà, ai rimedi già illustrati al precedente paragrafo in riferimento alle imprese socio-sanitarie.

Imprese a costante contatto con il pubblico o che svolgono attività di tipo artigianale, industriale, agricolo, commerciale

Allargando il campo di osservazione alle imprese non rientranti nelle categorie sopra richiamate, notiamo come di regola l'eventuale esposizione dei relativi addetti al Covid-19 non dovrebbe avvenire per ragioni connesse con la specifica lavorazione ovvero con l'organizzazione dell'impresa.

In queste organizzazioni il rischio dovrebbe essere giudicato come "generico", perché di origine esogena all'organizzazione dell'impresa, con la conseguenza che la valutazione sulle misure di applicare al dipendente che rifiuta la vaccinazione dovrà essere eseguita in relazione al singolo caso, sulla scorta dei rilievi effettuati di concerto con il medico competente e il sistema di prevenzione e protezione aziendale (inclusi gli RLS) e confluiti nel DVR.

L'esigibilità (o meno) della vaccinazione dovrà, quindi, essere valutata in concreto caso per caso, tenendo conto dello specifico ambiente lavorativo e della specifica attività svolta dal dipendente²⁶, fermo restando che, in generale, e fatti salvi casi specifici di esposizione diretta a un rischio di contagio superiore a quello ordinario, non si potrà esigere o imporre la vaccinazione.

²⁵ D'altronde, non manca l'interpretazione dottrinale che si spinge fino a ritenere che il rischio Sars-CoV-2 sia da considerare in ogni caso come rischio (anche) aziendale. Sul punto si riporta la tesi di G. Natullo, *op. cit.*, per cui "Ciò, a partire da quanto già chiarito circa la natura del rischio Covid-19: e cioè che, pur essendo certamente un rischio (biologico) non (direttamente e strettamente) aziendale (salvo ovviamente che per le aziende del settore sanitario), ma esterno/generale, si trasforma in rischio (generico, ma aggravato) "interno" per i lavoratori che possono esserne esposti e, di conseguenza, va valutato dal datore come rischio (anche) aziendale e, in questo senso, specifico".

²⁶ Cfr. G. Pellacani, *Vi spiego perché non si può licenziare chi non si vaccina contro Covid-19*, in *www.startmag.it*, 1° gennaio 2021. Nel ribadire l'importanza della valutazione del contesto in cui si colloca l'attività lavorativa, l'autore differenzia le lavorazioni "coronavirus esposte" da tutte le altre.

Con la conseguenza che le misure eventualmente adottabili dal datore di lavoro nei confronti del dipendente che rifiuti il trattamento saranno differenti: in presenza di mansioni che consentano di esigere la vaccinazione, potrebbero applicarsi le misure viste nei paragrafi precedenti. In assenza di tale situazione, e comunque nella generalità dei casi, la mancata vaccinazione non potrà determinare conseguenze specifiche sul lavoratore.

3. Conclusioni

Sulla base delle considerazioni sopra esposte, si può concludere come segue:

- le imprese operanti nel settore socio sanitario, assistenziale ed educativo, e quelle direttamente impegnate in attività di supporto alla prevenzione del contagio da Covid-19 possono esigere la partecipazione dei dipendenti alla campagna vaccinale in corso;
- l'eventuale rifiuto dei lavoratori di farsi somministrare il vaccino può comportare, da parte delle imprese di cui sopra, l'adozione di provvedimenti di natura organizzativa volti a ridurre il rischio (smart working, cambio mansioni);
- ove l'adozione di tali misure non fosse possibile, i datori di lavoro potranno sospendere dal lavoro e dalla retribuzione i dipendenti, previo accertamento (a cura del medico competente) della loro inidoneità temporanea allo svolgimento delle mansioni;
- fuori dai casi sopra considerati, i datori di lavoro non potranno esigere la partecipazione alla campagna vaccinale, con l'eccezione di mansioni e attività che, a giudizio del medico competente, determinano un'esposizione specifica al rischio di contagio da Covid-19;
- i datori di lavoro non possono richiedere l'inclusione dei propri dipendenti nella campagna vaccinale: il calendario è definito dall'autorità pubblica ed è inderogabile.

Restiamo a disposizione per ulteriori chiarimenti e richieste di approfondimento.

Cordiali saluti,

Avv. Giampiero Falasca

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Giampiero Falasca'.