

RGL 3/2021

PARTE II

RGL GIURISPRUDENZA ONLINE

NEWSLETTER N. 8-9/2021

APPROFONDIMENTI

I

[TRIBUNALE DI MILANO, 15.9.2021](#) – Est. Lombardi – C.E. (avv. Sandri) c. Mosaico Società Cooperativa a r.l. (avv.ti Costantino, Fusai).

Sicurezza sul lavoro – Vaccinazione anti Covid-19 – Personale sanitario – D.l. n. 44/2021 – Repêchage.

Ai fini della legittimità del provvedimento di sospensione dal servizio e dalla retribuzione del dipendente di una Rsa che rifiuti di sottoporsi al vaccino anti Covid-19 prima dell'entrata in vigore dell'obbligo normativo, il datore di lavoro deve verificare la possibilità di adibire il lavoratore ad altre mansioni disponibili non comportanti il rischio di diffusione del contagio. Incombe infatti sull'impresa un onere di repêchage analogo a quello previsto in caso di licenziamento economico, dovendosi operare un bilanciamento tra le esigenze di salvaguardia occupazionale e retributiva del personale e quelle di tutela della salute nell'ambiente di lavoro. (1)

II

[TRIBUNALE DI MODENA, 19.5.2021, ord.](#) – Est. Martinelli – A.D.D. e R.E.M. (avv. Seri) c. Gulliver Società Cooperativa Sociale (avv.ti Gragnoli, Zaccarelli).

Sicurezza sul lavoro – Vaccinazione anti Covid-19 – Personale sanitario – D.l. n. 44/2021 – Sospensione cautelare.

Il rifiuto di sottoporsi alla vaccinazione contro il Covid-19 da parte del personale sanitario, sebbene in assenza di un obbligo legislativo all'epoca dei fatti, è una circostanza sopravvenuta idonea ad incidere significativamente e in maniera oggettiva sul sinallagma contrattuale in quanto rende ipso iure irricevibile la prestazione lavorativa. È

dunque legittima la determinazione datoriale di sospendere dal servizio e dalla retribuzione due dipendenti di una Rsa, non potendo rimanere priva di conseguenze sul piano giuridico la mancata e ingiustificata collaborazione alla creazione di un ambiente di lavoro salubre e sicuro per sé e per gli altri. (2)

(1-2) IL FONDAMENTO DELL'OBBLIGO VACCINALE
PER IL PERSONALE SANITARIO PRIMA DEL D.L. N. 44/2021

1. — Dopo mesi di dibattiti sull'opportunità di prevedere un obbligo di vaccinazione anti Covid-19 in ambito sanitario e dopo l'intervento del legislatore in tal senso, sono sempre più numerose le pronunce giurisprudenziali relative a provvedimenti datoriali adottati nei confronti di tale categoria di lavoratori nel caso in cui questi abbiano ingiustificatamente rifiutato di sottoporsi al vaccino; ciò anche per episodi verificatisi prima dell'entrata in vigore dell'obbligo introdotto dall'art. 4 del d.l. n. 44/2021.

Tra queste, la sentenza del Tribunale di Milano del 15 settembre 2021 e, in precedenza, l'ordinanza del Tribunale di Modena del 19 maggio 2021, confermata in sede di reclamo dalla successiva ordinanza del 23 luglio 2021.

Il caso affrontato dall'ordinanza del Tribunale di Modena, prima in ordine temporale, riguarda la legittimità della determinazione datoriale di sospendere dal servizio e dalla retribuzione due fisioterapisti di una residenza per anziani sino all'avvenuto completamento del ciclo vaccinale, dalle stesse rifiutato nonostante l'assenza di condizioni cliniche incompatibili. Le lavoratrici, con ricorso *ex art.* 700 c.p.c., hanno impugnato il provvedimento *de quo* lamentandone l'illegittimità sotto vari profili e chiedendo l'immediata riammissione in servizio nelle medesime mansioni, oltre che il pagamento della retribuzione dovuta dalla data di sospensione all'effettiva ripresa dell'attività e il risarcimento dei danni non patrimoniali. La datrice di lavoro, invece, ha invocato il rigetto delle istanze avversarie e giustificato il proprio operato anche in ragione delle novità normative sopravvenute nelle more del giudizio.

Il giudice ha affermato la legittimità del provvedimento datoriale analizzando in un'ottica dinamica non solo il sistema normativo in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, ma anche l'intera disciplina privatistica del rapporto contrattuale.

In particolare, dal momento che le lavoratrici svolgevano mansioni di stretto contatto con soggetti fragili e maggiormente esposti alle conseguenze negative del virus, è stato ritenuto sussistente un dovere solidaristico di sottoporsi alla vaccinazione, seppure in assenza di un obbligo legislativo in tal senso, discendente dal generale dovere di collaborazione in materia di sicurezza. Ad avviso del Tribunale, inoltre, il rifiuto ingiustificato del vaccino costituisce un impedimento all'espletamento dell'attività lavorativa che rende il soggetto inidoneo allo svolgimento delle sue mansioni in un contesto peculiare come quello delle Rsa. Tale opinione è avallata, peraltro, anche dalla novella legislativa intervenuta in corso di causa, la quale, sebbene non applicabile al caso di specie poiché successiva alla sanzione contestata, suggerisce al giudicante una chiave di interpretazione imprescindibile per la definizione del giudizio.

L'ordinanza è stata in seguito reclamata dalle lavoratrici, le quali ne hanno lamentato

la contraddittorietà per l'indiretta applicazione del d.l. n. 44/2021. Anche in sede di reclamo, tuttavia, è stata confermata la legittimità del provvedimento datoriale in quanto adottato in via precauzionale per preservare l'incolumità degli ospiti della struttura, nonché degli altri lavoratori, ivi compresi i destinatari stessi della misura sospensiva.

Condivide e richiama la tesi appena esposta anche il Tribunale di Milano, che con una sentenza del 15 settembre 2021 è intervenuto su un caso analogo a quello oggetto delle pronunce modenesi, aggiungendo tuttavia che il provvedimento di sospensione possa considerarsi legittimo soltanto qualora il datore di lavoro dimostri l'impossibilità di ricollocare in altre posizioni il lavoratore che abbia rifiutato il vaccino. In particolare, il giudice meneghino, pur non potendo disporre la riammissione in servizio della dipendente vista la successiva entrata in vigore del d.l. n. 44/2021, ha dichiarato l'illegittimità della misura adottata dall'impresa a causa del mancato assolvimento da parte della stessa del c.d. onere di *repêchage*.

2. — Le motivazioni dei due tribunali si pongono in linea di continuità con le pronunce relative a casi analoghi pervenute nei mesi precedenti.

Il tema della vaccinazione nel rapporto di lavoro richiede agli operatori delle valutazioni che vadano oltre il classico bilanciamento tra il diritto del lavoratore all'autodeterminazione terapeutica e il diritto alla salute della collettività (nella sua particolare declinazione all'interno dei luoghi di lavoro), a cui va aggiunta l'ulteriore esigenza di confrontarsi con le nuove complesse questioni introdotte dalla situazione emergenziale (Maresca 2021, 6).

La prima pronuncia in ordine cronologico attribuisce particolare rilievo alla concezione codicistica *ex artt.* 2094 e 2087 del contratto di lavoro come contratto oneroso a carattere corrispettivo in cui il prestatore è personalmente e direttamente implicato e di cui l'imprenditore deve tutelare l'integrità fisica e la personalità morale. L'ordinanza evidenzia come il profilo personalistico risulti particolarmente accentuato a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 81/2008 e come, di conseguenza, il carattere di corrispettività (prestazione verso retribuzione) sia stato arricchito di contenuti. Il giudicante, infatti, ritiene che «il prestatore di lavoro sia astretto da ulteriori obblighi, tutti finalizzati a rendere la propria prestazione utile per il perseguimento dei fini propri dell'impresa datrice di lavoro (così come obiettivamente espressi nel contratto di lavoro) e alla effettiva realizzazione del sinallagma».

L'obbligo vaccinale, soprattutto in determinati contesti lavorativi, sarebbe dunque insito nelle obbligazioni nascenti dal contratto di lavoro in quanto con esso il lavoratore si è obbligato anche a rispettare le direttive impartite dall'impresa circa le misure di protezione (sul punto in dottrina già Ichino 2021, 3; Gragnoli 2021, 5).

Il pregio dell'analisi del Tribunale di Modena, tuttavia, va ricercato nel tentativo di interpretare la normativa in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro alla luce del contesto emergenziale. A tal fine, sulla scia della giurisprudenza prevalente sul tema, il giudice parte dal presupposto per cui, per garantire contemporaneamente la tutela del diritto alla salute *ex art.* 32 Cost. e la libertà di iniziativa economica *ex art.* 41 Cost., il datore di lavoro e il prestatore debbano cooperare attivamente per la realizzazione di un ambiente di lavoro salubre e sicuro, in una prospettiva di partecipazione

equilibrata in cui entrambe le parti sono destinatarie di diritti e doveri (sul tema Cass. S. pen. 6.12.2011, n. 4397 e Cass. S. pen. 10.2.2016, n. 8883, entrambe in *DeJure*). A tal proposito viene innanzitutto contemplato il contenuto dell'art. 20, d.lgs. n. 81/2008, in combinato disposto con l'art. 2087 c.c., norme finalizzate a responsabilizzare il lavoratore imponendogli di osservare precisi obblighi di cura per la tutela dell'integrità psico-fisica non solo propria, ma anche di tutti i soggetti terzi con cui entra in contatto nello svolgimento della propria attività (Natullo 2021, 158; Perulli 2021, 1). Vista la natura precettiva di dette disposizioni, il giudice deduce che un «contegno non pienamente collaborativo» del dipendente nell'attuazione delle misure di sicurezza concretizzi un inadempimento delle obbligazioni contrattuali che non può rimanere privo di conseguenze giuridiche, facendo venir meno l'interesse della controparte a ricevere la prestazione ed esponendo il datore di lavoro a responsabilità risarcitoria (sul tema si rimanda a Pisani 2021, 13). Tale responsabilità, infatti, non verrebbe meno per il semplice rispetto dei Protocolli condivisi, trattandosi di strumenti adottati quando il vaccino non era ancora disponibile (*contra* Marazza 2021, 9, ritiene che le misure di sicurezza a cui i Protocolli fanno rinvio debbano essere individuate alla luce delle esigenze aziendali e delle novità scientifiche).

3. — Uno dei profili di maggiore interesse delle due pronunce riguarda la possibilità di includere il vaccino tra le misure di sicurezza imponibili dal datore di lavoro, pur in assenza di un obbligo normativo in tal senso, e le conseguenze prospettabili a carico del lavoratore inadempiente.

La dottrina si è mostrata riluttante nel mettere sullo stesso piano le generali misure di sicurezza e i trattamenti sanitari, essendo questi ultimi coperti dalla riserva di legge *ex* art. 32, co. 2, Cost. (in senso negativo si sono espressi, tra i molti, Maresca 2021, 10; Natullo 2021, 157; Perulli 2021, 1; Scarpelli 2021, 2; *contra* Ichino 2021, 5).

Le decisioni in commento, invece, danno risposta positiva al quesito iniziale. Sebbene il rifiuto di sottoporsi alla vaccinazione sia riconducibile all'ambito della libertà di autodeterminazione individuale riconosciuta a livello costituzionale, secondo i giudici tale circostanza ha di fatto impedito la fruizione della prestazione di lavoro da parte delle società, soprattutto nel contesto emergenziale che impone di dare prevalenza alla tutela della salute collettiva e alle necessità organizzative dell'impresa (in linea con i principi offerti da C. cost. 23.5.1994, n. 218 in *www.cortecostituzionale.it*). Ed infatti, l'art. 32 Cost. assume rilevanza nella sua portata ultraindividuale e a beneficio della comunità, motivo per cui il provvedimento datoriale è ritenuto legittimo (e proporzionato, vista la sua durata limitata nel tempo).

In questa delicata operazione di bilanciamento il Tribunale milanese attribuisce particolare rilievo alla salvaguardia dei livelli occupazionali e retributivi, interesse dalla cui tutela dipende la solidità del mercato del lavoro.

4. — Ampio spazio viene poi dedicato ai riflessi sul caso di specie dell'entrata in vigore dell'obbligo vaccinale per il personale sanitario, introdotto dall'art. 4, d.l. n. 44/2021 (poi convertito in l. n. 76/2021).

Il legislatore ha stabilito che per coloro che esercitino professioni sanitarie la vac-

cinazione costituisca un requisito essenziale per lo svolgimento dell'attività, salvo il caso in cui sussista un accertato e documentato pericolo per la salute. Diversamente, qualora il datore di lavoro non possa adibire il dipendente non vaccinato a mansioni (anche inferiori) che non implicino rischi di diffusione del contagio, potrà disporre la sospensione dal servizio e dalla retribuzione «fino all'assolvimento dell'obbligo vaccinale o, in mancanza, fino al completamento del piano vaccinale nazionale e comunque non oltre il 31 dicembre 2021» (art. 4, cc. 8 e 9, d.l. n. 44/2021); ciò partendo dal presupposto, condiviso anche dalla comunità scientifica, che la vaccinazione rappresenti lo strumento più efficace per contrastare la pandemia in corso (per un'analisi critica della norma si rimanda a Gragnoli 2021, 7; Pisani 2021, 8).

Sia il Tribunale di Milano che il Tribunale di Modena, ben consapevoli dell'inapplicabilità della menzionata disposizione in quanto successiva ai fatti di causa, la tengono in ogni caso in considerazione quale elemento idoneo a corroborare sul piano meramente interpretativo la propria ricostruzione (in linea con gli orientamenti assunti dalla più recente giurisprudenza, la quale propende per un'interpretazione giuridica che tenga conto anche del diritto successivo rispetto alla disciplina vigente all'epoca dei fatti di causa; cfr. Cass. S.U. 28.1.2021, n. 2061 in *DeJure*). Ed infatti, nonostante i giudici facciano derivare l'obbligo vaccinale dal generale onere di collaborazione in materia di sicurezza e dai doveri di cura dell'integrità propria e dei terzi, la novella legislativa viene vista come un elemento idoneo a rafforzare ulteriormente il sistema predisposto dal combinato degli artt. 32 Cost. e 2087 c.c.

Quanto, invece, alle conseguenze derivanti dal rifiuto di sottoporsi alla vaccinazione, alle stesse viene attribuita una natura meramente oggettiva, con un'incidenza temporanea sulla prosecuzione del rapporto di lavoro (in dottrina dello stesso parere Ichino 2021, 8; Maresca 2021, 15; Natullo 2021, 159; *contra* Cerbone 2021, 101. La natura disciplinare è stata esclusa anche da Trib. Roma 28.7.2021, in www.bollettinoadapt.it). In particolare, vista la sussistenza di un dovere giuridico di collaborazione nell'attuazione delle misure di sicurezza, la sospensione dal servizio diviene un effetto connesso al carattere vincolante delle disposizioni a tutela della salute nei luoghi di lavoro e si giustifica a fronte dell'impossibilità per la parte datoriale di ricevere una prestazione conforme a quanto stabilito in sede contrattuale, oltre che potenzialmente fonte di danno e di responsabilità per l'impresa stessa.

Si potrebbe tuttavia obiettare che, guardando al risultato, si determini un effetto analogo a quello che si otterrebbe qualora si ravvisasse una responsabilità di tipo disciplinare, con l'unica differenza, di certo non trascurabile, dell'applicazione di una misura *lato sensu* sanzionatoria in assenza delle garanzie procedurali ex art. 7 St. lav. Tale circostanza viene giustificata alla luce della natura oggettiva delle conseguenze del rifiuto, aggiungendo che neppure la procedura prevista dall'art. 4 del d.l. n. 44/2021 preveda un coinvolgimento del medico aziendale per la declaratoria di inidoneità alle mansioni e per la conseguente sospensione del rapporto (diversamente in dottrina Pascucci, Lazzari 2021, 161; Verzaro 2021, 11, ritengono che l'applicazione di una sanzione rappresenti un effetto legale da ricondurre all'inadempimento nascente dal rifiuto di sottoporsi alla vaccinazione).

A sostegno della propria tesi, inoltre, il Tribunale modenese ricorda la giurisprudenza formatasi per casi analoghi in data anteriore all'introduzione dell'obbligo vacci-

nale, ad avviso della quale nel caso delle professioni sanitarie forma oggetto della prestazione esigibile anche la salvaguardia della salute degli altri dipendenti e soprattutto dell'utenza, assicurabili mediante la sottoposizione al vaccino anti Covid-19 sulla scorta di principi di prudenza obbligatoria (Trib. Belluno 6.5.2021, in *DeJure*; in dottrina Gragnoli 2021, 10).

Si rende noto, peraltro, che la giurisprudenza successiva condivide il *modus operandi* improntato a criteri di gradualità e proporzionalità che le imprese stanno utilizzando nei confronti dei lavoratori del settore sanitario che abbiano rifiutato il vaccino prima della sua obbligatorietà, ammettendo misure più drastiche come la collocazione in ferie forzate o in aspettativa non retribuita (Trib. Pavia 20.7.2021, in *www.bollettinoadapt.it*; Trib. Verona 24.5.2021, in *www.ilgiuslavorista.it*; Trib. Milano 22.7.2021, in *LDE*; in dottrina Marazza 2021, 7).

Pur condividendo la ricostruzione sistematica degli orientamenti appena richiamati, la pronuncia del Tribunale milanese del 15 settembre 2021 introduce un elemento ulteriore, ossia l'onere in capo al datore di lavoro di verificare la possibilità di adibire il dipendente ad altre mansioni implicanti un minor rischio di diffusione del contagio (come previsto, peraltro, anche dal successivo art. 4, d.l. n. 44/2021, su cui v. *supra*). Ad avviso del giudice, infatti, le esigenze di tutela della salute nei luoghi di lavoro devono necessariamente confrontarsi con la generale necessità di preservare l'occupazione e la retribuzione dei lavoratori, rappresentando il provvedimento di sospensione il rimedio ultimo a cui ricorrere.

5. — La linea interpretativa adottata dalle pronunce in commento porterebbe di fatto a ritenere l'introduzione dell'obbligo vaccinale per il personale sanitario un intervento opportuno, ma non del tutto indispensabile, potendosi desumere la necessità di tale misura di protezione dal preesistente impianto normativo predisposto, oltre che a livello costituzionale, dal Codice civile e dalla successiva legislazione in materia di salute e sicurezza. I due tribunali tentano di riempire di contenuto le clausole generali previste dall'attuale sistema, con uno sforzo non trascurabile considerata anche l'incertezza scientifica (prima che legislativa) del momento e la delicatezza degli interessi in gioco. In tale operazione i giudici di entrambi i giudizi appaiono, tuttavia, fortemente condizionati dalle continue evoluzioni del contesto emergenziale, legislativo e giurisprudenziale del periodo storico che stiamo vivendo.

Tale approccio, peraltro, potrebbe avere delle ripercussioni di rilievo anche sulla giurisprudenza successiva, soprattutto vista la volontà del legislatore di estendere l'obbligo del possesso del c.d. *green pass* a tutti i luoghi di lavoro (d.l. n. 127/2021). Proprio questa connessione, peraltro, evidenzia una possibile contraddizione del quadro di disciplina risultante dalla eventuale prevalenza della tesi interpretativa in commento: ci troveremmo infatti in una situazione nella quale per le professioni per le quali il legislatore ha introdotto l'obbligo di vaccinazione (dove dunque, presumibilmente, l'esigenza di sicurezza ad esso collegata è certa e più rilevante), sono previste specifiche procedure di garanzia affidando alla sola amministrazione sanitaria (e non al datore di lavoro) il compito di accertare lo stato vaccinale del lavoratore, le eventuali legittime ragioni di sottrazione e le ricadute sulla condizione lavorativa; laddove per i

lavoratori «comuni», per i quali l'assenza di un obbligo legislativo deve far presumere una minore gravità della mancata vaccinazione (almeno nella volontà ad oggi espressa dal legislatore), la gestione delle sue ricadute (xe prima ancora dei relativi accertamenti e dati personali) è priva di specifica disciplina e sembra affidata al solo datore di lavoro, con non irrilevanti dubbi applicativi anche in relazione alla disciplina generale di tutela dei dati personali.

Riferimenti bibliografici

- Cerbone M. (2021), *Vaccinazione anti-Covid, autodeterminazione del lavoratore e riflessi sul rapporto di lavoro*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1, 79 ss.
- Gragnoli E. (2021), *L'epidemia, la vaccinazione, il rifiuto e l'ultimo provvedimento normativo*, in *LDE*, n. 2.
- Ichino P. (2021), *Perché e come l'obbligo di vaccinazione può nascere anche solo da un contratto di diritto privato*, in *LDE*, n.1.
- Lazzari C., Pascucci P. (2021), *Prime considerazioni di tipo sistematico sul d.l. 1° aprile 2021*, n. 44, in *DSL*, n. 1, 152 ss.
- Marazza M. (2021), *Gli effetti giuslavoristici della mancata vaccinazione*, in *GC.com*.
- Maresca A. (2021), *La vaccinazione volontaria anti Covid nel rapporto di lavoro*, in *Federalismi.it*, n. 8.
- Natullo G. (2021), *Salute e ambienti di lavoro nell'emergenza Covid-19*, in *Federalismi.it*, n. 8.
- Perulli A. (2021), *Dibattito istantaneo su vaccini anti-Covid e rapporto di lavoro: l'opinione di Adalberto Perulli*, in *www.rivistalabor.it*.
- Pisani C. (2021), *Il vaccino per gli operatori sanitari obbligatorio per legge è requisito essenziale per la prestazione*, in *LDE*, n. 2.
- Scarpelli F. (2020), *Rifiuto del vaccino e licenziamento: andiamoci piano!*, intervento del 29.12.2020 su *www.linkedin.com*.
- Verzaro M. (2021), *Eccè lex! L'obbligo di vaccinazione per gli operatori sanitari*, in *LDE*, n. 2.

Irene Crisci
Dottoranda di ricerca
presso l'Università «Bicocca» di Milano