

Roberto Riverso

**Vaccini e rapporto di lavoro:
obblighi, responsabilità e tutele.**

**Conversazioni sul lavoro dedicate
a Giuseppe Pera dai suoi allievi**

Virus, stato di eccezione e scelte tragiche.

**Le politiche del lavoro, economiche e sociali e la tutela
dei diritti fondamentali nei tempi incerti dell'emergenza
sanitaria e della crisi.**

La costruzione di un nuovo diritto del lavoro.

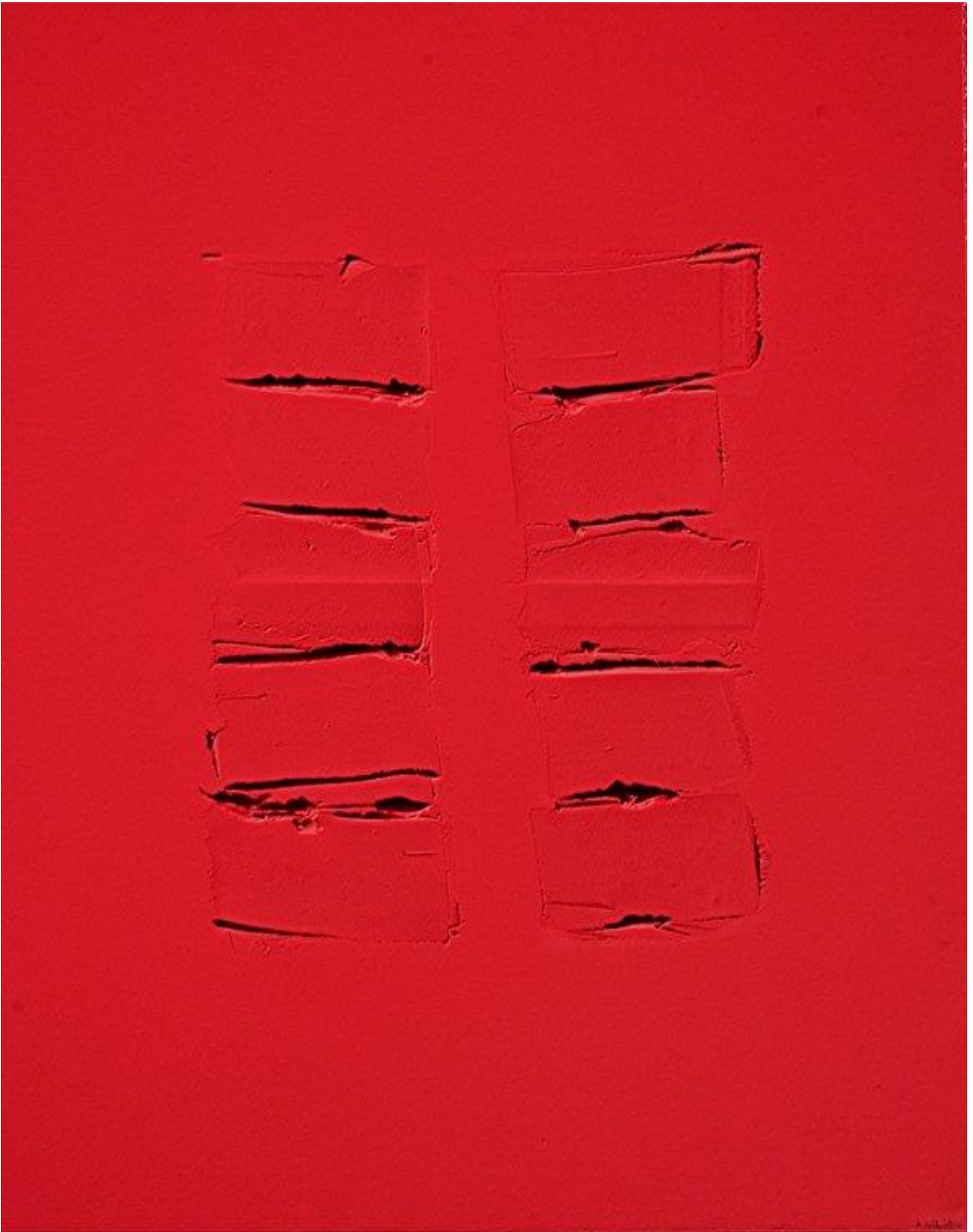
Conversazioni sul lavoro a distanza

da agosto 2020 a marzo 2021

promosse e coordinate da **Vincenzo Antonio Poso**

Gruppo delle Conversazioni sul lavoro del Convento di San Cerbone





Andrea Gabriellini, *Risonanze nell'intervallo*, 2003 (Ciclo Frantumazioni 2)

Roberto Rivero

Vaccini e rapporto di lavoro: obblighi, responsabilità e tutele.

*aggiornato al 15 marzo 2021

**Questo scritto, che riproduce, con gli opportuni adattamenti, l'intervento svolto nel Webinar del 12 marzo 2021: "La salute e sicurezza nei luoghi di lavoro ai tempi del Covid -19" (organizzato dall'Ordine distrettuale degli Avvocati di Catanzaro e e dall' UMG di Catanzaro "Centro di Ricerca Autonomie Negoziali e Rapporti di Lavoro"), sarà pubblicato prossimamente sulla Rivista *Il Lavoro nella Giurisprudenza*.

Vaccini, sicurezza e principio di legalità.

La questione dell'obbligo del vaccino all'interno del rapporto di lavoro¹ non si situa all'interno di uno spazio giuridico vuoto, come suppone chi teme che, in mancanza di una legge specifica ex art. 32 Cost., si finisca per consegnare al datore di lavoro il potere di incidere sulla libertà e sulla salute individuale, di infrangere addirittura la barriera dell'inviolabilità del corpo del lavoratore.

¹ Esiste oramai una vasta letteratura in proposito, su cui un'ampia ricostruzione è effettuata da ultimo da Paolo Pascucci e Angelo Delogu, in *L'ennesima sfida della pandemia Covid-19: esiste un obbligo vaccinale nei contesti lavorativi?*, Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi. Inoltre, sulle varie opzioni dottrinali v. L. Zoppoli, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro*, in <http://www.rivistalabor.it/>, 22 gennaio 2021. Per una ricostruzione del dibattito anche. P. Iervolino, *Vaccinazione e pandemia tra diritto ed etica*, in "Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi", 8 febbraio 2021. Nonché le opinioni di C. Cester e Aldo De Matteis *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro*, in Labor on line infine R. Rivero, *L'obbligo del vaccino anti Covid nel rapporto di lavoro tra principio di prevenzione e principio di solidarietà*, in "Questione Giustizia", 2021 (nonché in "Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi").

Come se stessimo parlando di un vaccino sconosciuto, su cui non esista disciplina legale, o di un vaccino rimesso alla mera discrezionalità datoriale. Ma così non è.

Il vaccino antiCovid è oggetto di una legislazione specifica e di una campagna di vaccinazione di massa in cui lo Stato ha assunto monopolisticamente il compito di vaccinare quanto più possibile persone, partendo dai soggetti più a rischio.

La legge esiste: regola la sua efficacia, la sua somministrazione, la sua finalizzazione. In materia (oltre al d.l. n. 1 del 5 gennaio 2021) si veda la legge di bilancio 30 dicembre 2020, n. 178, ed in particolare gli artt. 1, commi 447-449; 452-453; 457-467; 471; culminati nel d.m. Ministro della Sanità del 2.1.2021 con cui viene adottato il *Piano strategico nazionale dei vaccini per la prevenzione delle infezioni anti Sars Cov 19 "finalizzato a garantire il massimo livello di copertura vaccinale nel Paese"*. Successivamente integrato dalle Raccomandazioni ad interim sui gruppi target della vaccinazione anti-SARS-CoV-2/COVID- del 10 marzo 2021.

Mai un vaccino è stato così tanto oggetto di attenzione e regolamentazione da parte delle pubbliche istituzioni e delle norme, primarie e secondarie, anche di livello comunitario. Essendo pure la Commissione Europea intervenuta più volte (fin dal 17 giugno 2020) presentando *"una strategia europea per i vaccini"* allo scopo di accelerare lo sviluppo, la produzione e la distribuzione di vaccini anti COVID-19 e soprattutto, sul lato commerciale e negoziale, *"sostenendo e coordinando o completando l'azione"* degli Stati membri.

Si dirà: non in termini di obbligo per la generalità. Certo, per la generalità delle persone ci muoviamo all'interno di una vaccinazione fortemente raccomandata.

Ma, come è noto, la Corte cost. (n. 118/2020, v. anche n. 268/2017) ha ripetutamente affermato che la distinzione tra vaccinazioni obbligatorie e vaccinazioni raccomandate non rileva sotto il profilo finalistico sanitario (per entrambi la migliore salvaguardia della

salute come interesse (anche) collettivo); non ha pregio sul piano scientifico (perché in ambito medico, raccomandare e prescrivere sono azioni percepite come egualmente doverose in vista di un determinato obiettivo); non ha rilievo neppure sul piano del principio di solidarietà (in nome del quale la legge riconosce un indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicazioni di tipo irreversibile, a prescindere dall'obbligatorietà).

Si obietta però che la distinzione tra vaccinazione obbligatoria e vaccinazione raccomandata, rilevi sul piano dell'obbligo di assoggettarsi alla medesima e delle relative sanzioni in caso di rifiuto. Questo è vero; ma solo in parte. Perché è necessario distinguere tra la generalità dei cittadini e le parti del rapporto di lavoro.

Anche con riferimento all'obbligo del vaccino in ambito lavorativo non ci muoviamo, infatti, su una *tabula rasa* dell'ordinamento.

Esistono non solo i principi di cui agli artt. 2, 32 e 41 Cost. (che in materia di salute e sicurezza sul lavoro impongono la solidarietà, l'obbligo di astensione, il divieto di offendere); non solo le sentenze della Corte cost. (in particolare la n. 218/1994 sulla necessità di accertamenti obbligatori per infezione da HIV, perché la tutela della salute "*implica e comprende il dovere dell'individuo di non ledere né porre a rischio con il proprio comportamento la salute altrui*"); ma esistono, soprattutto, le specifiche norme del TU 81/2008, quelle sul rischio biologico, all'interno del quale è stato inserito anche il Covid 19, alla luce della normativa europea, già recepita in Italia, che classifica la SARSCoV-2 come patogeno per l'uomo del gruppo di rischio 3.²

Sono le norme che impongono la valutazione del rischio e l'aggiornamento della valutazione (artt. 17 e 271); la sorveglianza sanitaria (art. 279) a cura del medico competente (*attraverso*

² Una vasta e recente ricostruzione delle prescrizioni impartite in materia dalla fitta trama normativa in R. Guariniello, *Decalogo Covid-19 dalla valutazione del rischio alla vaccinazione*, in Ipsoa, *Quotidiano giuridico*. E' impressionante vedere quante norme interne e comunitarie esistano a proposito del vaccino efficace contro l'agente biologico (e quindi anti Covid) e degli obblighi dei datori di lavoro, dei dirigenti e del medico competente (tenuti a mettere a disposizione i vaccini per quei lavoratori che non sono immuni all'agente biologico presente nella lavorazione svolta).

*protocolli sanitari definiti in funzione dei rischi specifici e tenendo conto in considerazione gli indirizzi scientifici più avanzati, come dice testualmente l'art. 25 lett b); l'adozione (mette a disposizione) di vaccini efficaci; vaccini beninteso "da somministrare a cura del medico competente" (come impone proprio l'art. 279); norme che prescrivono l'allontanamento dal rischio secondo le procedure dell'art. 42; la vigilanza, assai importante, in ordine all'adempimento degli obblighi stabiliti dal medico competente (art. 18, comma 3 bis). In materia di virus, vaccini e sorveglianza sanitaria l'ordinamento della sicurezza parla chiaro anzitutto agli artt. 266 e ss. del TU 81/2008 e contempla anche la doverosità dei *vaccini efficaci da somministrare*.³*

Inoltre, quando il rischio da coronavirus sia presente all'interno dell'ambiente di lavoro (quanto meno in termini di aggravamento del livello di esposizione sociale), anche l'art. 2087 c.c. obbliga il datore di lavoro a valutare il rischio e prescrivere (consigliare, raccomandare) la vaccinazione per tutti i lavoratori (ma anche per i terzi)⁴ che si trovano nell'ambiente di lavoro.

L'art.2087 c.c. - da sempre ritenuto idoneo a rispettare l'esigenza di tassatività della responsabilità penale - dovrebbe essere parimenti idoneo ad integrare l'obbligo vaccinale all'interno del sistema di prevenzione, nei termini già visti.

Ed anche a questo proposito non pare che la doverosità derivi da una mera discrezionalità datoriale, o dal contratto di lavoro, ma discende pur sempre dall'ordinamento che pone un obbligo legale ed ha ad oggetto un vaccino regolato dalla legge, di cui lo Stato si fa promotore a fronte di una pandemia, per tutelare la salute individuale e collettiva in base alla legge.

Dinanzi alla cogenza delle norme ed alla loro reciproca interrelazione (valutazione del rischio, prescrizione della vaccinazione, sorveglianza

³ V. R. Guariniello, cit. nota precedente

⁴ Cfr. R. Guariniello, Sorveglianza sanitaria: vaccino obbligatorio per i lavoratori?, in DPL, 2021, n. 1.

sanitaria, adozione delle misure suggerite dal medico competente, vigilanza) sembrano poco persuasive le obiezioni sollevate da chi – attraverso una disamina frammentaria - osserva che non possano esistere obblighi di questo tipo perché il datore non dispone dei vaccini, perché il TU si limita ad affermare che debba mettere a disposizione, perché la legge non prevede esplicite sanzioni, perché la misura non è prevista testualmente come obbligatoria.

Ma, nell'ottica della prevenzione del rischio biologico da Covid normato dal TU e dall'art.2087 c.c., cosa può mutare se il "vaccino efficace" venga messo a disposizione dallo Stato piuttosto che dal datore? E cosa può cambiare se venga somministrato da strutture sanitarie autorizzate invece che dal medico competente?

Si tratta di differenze che non potranno comunque sollevare il datore dagli obblighi già menzionati in materia di valutazione del rischio, prescrizione dei vaccini e sorveglianza sanitaria. Perciò, sebbene non potrà mettere a disposizione e tanto meno somministrare i vaccini attraverso il medico competente, il datore non potrà comunque ignorare la natura di misura di sicurezza del vaccino e non potrà fare a meno di integrarne la profilassi all'interno del proprio piano di sicurezza.

E' obbligato a farlo, beninteso; potendo subirne altrimenti conseguenze civili e penali, come vedremo. Ovviamente nei limiti in cui può farlo: con la valutazione del rischio, la sorveglianza sanitaria, il giudizio di idoneità del medico competente, la prescrizione dei vaccini in presenza del rischio; l'allontanamento dal rischio, la vigilanza sulle misure del medico competente. All'interno di un percorso segnato, passo dopo passo, con il rispetto del principio di legalità: nessuno sta perciò consegnando al datore un potere discrezionale unilaterale di somministrare i vaccini di cui nulla si sa. Sulla doverosità di queste misure, nei termini appena indicati, non pare possano esserci soverchi dubbi. Ed anche chi esclude possa parlarsi di obblighi vaccinali, in mancanza di una legge specifica ex art 32 Cost., valorizza l'apparato prevenzionale stabilito proprio dal

TU 81/2008 ed alla fine sostiene comunque che il datore debba attivare le misure citate ed adeguarsi alla sorveglianza sanitaria ed alle prescrizioni del medico competente.

Attivazione che a noi pare avvenga, appunto in forza di obblighi legali, rafforzati dalla comminazione di sanzioni penali ed amministrative stabilite nel TU (ad es. art. 18, comma 1, lett. g) e h); art. 55, comma 5, lett. g) e h); artt. 18, comma 3-bis, e 25, in materia di vigilanza).

L'art.29 bis della legge 5 giugno 2020, n. 40.

Tanto meno per escludere gli obblighi di cui sopra, potrà mai argomentarsi dall'art. 29-bis della legge 5 giugno 2020, n. 40, (di conversione, del d.l. n. 23 del 2020): la norma manifesto che, sotto una tambureggiante campagna mediatica, fondata sul niente, condotta in prima persona da Confindustria (che reclamava addirittura il c.d. scudo penale)⁵, il Governo è stato costretto ad emanare per placare le polemiche sollevate dopo l'introduzione dell'infortunio Covid a fini INAIL; e per affermare quindi che "*ai fini della tutela contro il rischio di contagio da COVID-19*", con il rispetto dei protocolli concordati dalle parti sociali, il datore adempie alle prescrizioni dell'art. 2087 c.c. ai fini della responsabilità civile e penale.

Si tratta di una norma dal contenuto ridondante e pleonastico,⁶ con una finalità di mera rassicurazione, ma rispetto alla quale nondimeno si è innescato il dibattito circa la pretesa esaustività del suo tenore nel momento in cui rinvia ai protocolli in vigore. Ovvio che la norma per un verso nulla aggiunga all'art. 2087 c.c. e per altro verso nulla possa cristallizzare in materia di precetti prevenzionali i quali, in virtù degli artt. 32 e 41 della Cost., devono, per superiore precetto costituzionale, essere dinamici ed aperti alle innovazioni della scienza

⁵ Su cui, anche con riferimento al c.d. piano Colao, S. Giubboni, *Rilancio con lo scudo (a proposito della prima scheda di lavoro del piano Colao)*, in Menabò n. 129/2020.

⁶ Giubboni, cit. nota precedente

e della tecnica. Come accade oggi appunto con i vaccini, di cui né l'art. 29 bis, né i protocolli possono impedire di imporre l'adozione ai datori di lavoro.

Ed anche chi difende il valore precettivo dell'art. 29 bis cit. è comunque costretto ad ammettere che la norma non impedisca le integrazioni né le innovazioni, con una argomentazione evidentemente contraddittoria, che convalida il giudizio sull'inutilità della stessa o che altrimenti conduce alla sua incostituzionalità.⁷

Gli obblighi del lavoratore.

Per quanto attiene poi il versante del comportamento del lavoratore, si rileva che, se il vaccino è misura di prevenzione di cui il datore è obbligato a tener conto, nei termini già visti, all'interno della pianificazione del sistema di protezione e sicurezza (in base al TU o all'art. 2087 c.c.), anche il lavoratore è del pari obbligato a prestare la propria collaborazione nell'esecuzione della misura. Ed anche qui, a nulla può rilevare, sotto il profilo della doverosità, che il vaccino venga eseguito dalle strutture sanitarie pubbliche e non dal medico competente come prevede il TU.

Non sembra ipotizzabile, senza mettere in crisi il sistema di sicurezza, l'esistenza di uno scarto. In materia, agli obblighi del datore fanno riscontro quelli del lavoratore, la cui regolamentazione si ritrova nell'art. 20 del TU 81/2008 che li ricomprende all'interno di un amplissimo catalogo. Tra l'altro, la norma prevede proprio *l'obbligo di contribuire all'adempimento degli obblighi previsti a tutela della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro; osservare le disposizioni e le istruzioni impartite dal datore di lavoro. E per quanto qui riguarda, soprattutto quello di prendersi cura della propria salute e di quelli dei colleghi e di tutti gli altri soggetti presenti sul luogo di lavoro, su cui ricadono gli effetti delle sue azioni o omissioni.* Ivi compreso, quindi,

⁷ Luigi Menghini , *Covid, sicurezza, vaccini: rappresentanze e partecipazione* Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi.

l'obbligo di assumere i vaccini necessari, secondo la legge, a impedire la diffusione di un virus mortale nei luoghi di lavoro.

Sono norme di legge anch'esse, integrative del contenuto del contratto ed impongono obblighi legali. E vanno prese sul serio: perché valgono a trasformare il lavoratore da semplice creditore della sicurezza nei confronti del datore a suo compartecipe nell'applicazione del dovere di sicurezza. Il lavoratore è anch'egli garante dell'obbligo di sicurezza. E di questa complessità partecipa anche l'art. 2087 c.c. laddove prevede sì un'obbligazione datoriale, ma avuto riguardo alla tutela della integrità fisica e della dignità *dei prestatori di lavoro* al plurale,⁸ che presuppone perciò l'adempimento e la cooperazione del creditore all'interno della comunità dei soggetti protetti nell'ambiente di lavoro.

Si tratta di una norma cardine dell'ordinamento, che si può dire costituzionalizzata ai sensi degli artt. 2, 32 e 41 della Cost. citati, che dettano, nell'ordine, il dovere della solidarietà, l'obbligo di astensione, il divieto di offendere la salute.

Perciò, anche a questo proposito, non è il datore, né il contratto, che obbligano il lavoratore a vaccinarsi, ma è pur sempre la legge ad assoggettarlo, nella sua funzione di protezione dal rischio nei luoghi di lavoro: che qui va assicurata attraverso l'adempimento necessario del lavoratore, ed anche contro la sua volontà.

Né si tratta di ammettere un'indebita funzionalizzazione della salute individuale al raggiungimento di un fine altro, ancorché utile e di natura collettiva. Perché l'obbligo del lavoratore ex art. 20 TU (di non offendere e prendersi cura della salute altrui) non nasce qui dal perseguimento di uno scopo pubblico esterno al bene da tutelare; ma deriva dal primo comma dell'art. 32 Cost. in forza del quale il principio di autodeterminazione e di libertà di cura cede quando entra in conflitto con il diritto di un altro soggetto a non vedersi contagiato sul luogo di lavoro. Quando al primo comma parla del diritto alla salute come diritto fondamentale dell'individuo, l'art. 32 non sta

⁸ Paolo Pascucci e Angelo Delogu, in *L'ennesima sfida della pandemia Covid-19: esiste un obbligo vaccinale nei contesti lavorativi?* Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi.

esaltando, una concezione individualistica assoluta della salute, come libertà illimitata di non curarsi (come si dice talvolta in questi giorni); perché se così fosse introdurrebbe una contraddizione insanabile ed il diritto individuale di ciascuno potrebbe entrare in potenziale conflitto con quello dell'altro; e quindi con la stessa proclamazione della tutela come diritto fondamentale.

Anche queste indicazioni, che pure provengono dalla Corte cost. cit., sono assai importanti ed andrebbero prese sul serio; perché, se davvero ci trovassimo nella situazione di carenza di prescrizione vaccinale per le attività lavorative a rischio, dovremmo sostenere che l'ordinamento lavoristico attuale (sia in materia di legislazione anti Covid, sia in materia di lavoro) si trovi in stato di plateale contrasto con la Carta costituzionale che reclama come necessari - sono parole della Corte cost. n. 218/1994 - i trattamenti obbligatori "*in particolare nell'assistenza e cura della persona, come condizione per espletare mansioni che comportano rischi per la salute dei terzi, a tutela del diritto alla salute dei destinatari delle prestazioni*" (e qui anche dei colleghi di lavoro).

E non vale che in quel caso si parlasse di meri accertamenti sanitari e non di vaccini, perché non solo l'impianto della pronuncia si fonda su premesse e argomenti perfettamente estensibili ai vaccini, ma anche perché la Corte parla degli accertamenti sanitari come trattamenti sanitari obbligatori.

C'è quindi, in mancanza di obbligo per le parti del rapporto di lavoro, il rischio di un'incostituzionalità che dovrebbe muovere il giurista all'interpretazione conforme; a mobilitare tutti i concetti, a valorizzare tutti gli strumenti e gli *inputs* normativi idonei a scongiurare questo rischio di rottura ordinamentale; attraverso una interpretazione sistematica volta a rafforzare - già de iure condito - gli obblighi rispetto al vaccino per entrambe le parti del rapporto di lavoro, sacrificando la sola libertà di autodeterminazione individuale in vista della tutela degli altri beni costituzionali coinvolti.

In tempo di pandemia, con oltre 100.000 morti, questo conflitto non può rimanere irrisolto ma si risolve, anche ai sensi dell'art. 2 della Cost., attraverso il dovere inderogabile di solidarietà: al diritto si sostituisce il dovere, alla libertà l'obbligo (e non solo l'onere come altri preferiscono).

Anche perché la Corte cost. non ha mai dichiarato che per imporre l'obbligo di un vaccino occorra una legge *ad hoc*; e pertanto la riserva di legge può essere rispettata anche sulla base del diritto positivo e di un sistema normativo, come quello del TU e dell'art. 2087 c.c., improntato alla doverosità, che non lascia spazio alcuno alla discrezionalità dei soggetti del rapporto (riconosciuta invece a chi non rientri nell'ambito del TU).

Rispetto all'ordinamento in vigore non appare invece coerente trattare il lavoratore come un qualsiasi cittadino. Il principio di prevenzione attinge la causa del contratto di lavoro; abbiamo un sistema di sicurezza improntato alla doverosità per entrambe le parti del rapporto (con previsione di sanzioni amministrative e penali) e che prevede una regolamentazione della vaccinazione anti Covid come presidio indispensabile per uscire da questa immane tragedia. In una situazione del genere occorre propendere per il massimo possibile di solidarietà, responsabilità, doveri, obblighi, anche in chiave disciplinare.

L'alternativa è oggettivare il tema e guardare al vaccino come mero requisito di idoneità al lavoro, valutando la questione all'interno della organizzazione aziendale, della trama del giustificato motivo oggettivo. Riesce difficile però giustificare, alla luce dell'ordinamento, che un deliberato rifiuto di adempiere una essenziale misura di sicurezza della salute in presenza del rischio, possa rilevare in chiave solo oggettiva, in relazione all'interesse del creditore della prestazione; ed essere rimesso ad un'incerta valutazione circa la durata dell'interesse all'esecuzione della prestazione.

Questo potrebbe accadere in una materia differente dalla salute e sicurezza; ma non alla luce del TU che nulla ha di volontaristico e che obbliga il lavoratore a prendersi cura della salute propria e altrui.

Da queste basi legali ed intreccio normativo deriva quindi la legittimità di un obbligo a vaccinarsi per il lavoratore, per poter svolgere determinate attività rischiose, anche quando per gli altri cittadini, in generale, il legislatore imponga la vaccinazione nella forma della raccomandazione.

Dopo di che, in mancanza della previsione nell'ordinamento di misure coercitive dirette, il lavoratore rimane ovviamente libero di non vaccinarsi e di rifiutare il vaccino, salvo però sopportarne le conseguenze che sono già previste dall'ordinamento sul piano del rapporto di lavoro.

Le conseguenze della mancata vaccinazione.

In mancanza della vaccinazione da parte del lavoratore il datore potrebbe, infatti, lamentare in chiave disciplinare la violazione di un obbligo legale di adempimento integrativo del contratto; o, in ogni caso, la mancanza oggettiva della idoneità del lavoratore a svolgere il lavoro in condizioni di sicurezza (anche per il protrarsi della assenza in caso di sospensione).

Il provvedimento adottabile dal datore, col concorso del medico competente, che in questa fase meglio si adatta alla situazione pare essere, in base all'ordinamento, l'allontanamento dal rischio e, se del caso, la sospensione del lavoratore e la valutazione di ulteriori provvedimenti organizzativi, ma conservativi del rapporto. Fermo restando che, vigente il blocco dei licenziamenti per giustificato motivo oggettivo, un provvedimento risolutivo con la stessa causale non sarebbe oggi comunque possibile⁹.

⁹ Sulle conseguenze nel rapporto di lavoro si rinvia alla dottrina citata alla nota n. 1 ed a R.Riverso, *L'obbligo del vaccino anti Covid nel rapporto di lavoro tra principio di prevenzione e principio di solidarietà*, in *Questione Giustizia*, 2021, (nonché in "Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi", 18 gennaio 2021).

La responsabilità civile e penale del datore in caso di rifiuto della vaccinazione antiCovid.

Oltre alla accesa disputa sull'esistenza di un obbligo vaccinale per le parti del rapporto di lavoro, due ulteriori questioni si pongono in questi giorni in ambito lavorativo e riguardano le tutele in caso di rifiuto del vaccino da parte del lavoratore.

Ci si chiede se chi ha rifiutato il vaccino, e successivamente si ammali di Covid 19 in ambito di lavoro, possa chiamare a rispondere civilmente il datore di lavoro e possa essere tutelato dall'INAIL.

Può succedere che, dopo il rifiuto di un vaccino al quale poteva avere accesso, il permanere del lavoratore in un ambiente di lavoro potenzialmente pericoloso lo porti a contrarre la malattia.

Va premesso che, come già detto, a prescindere dalla soluzione preferibile sul tema dell'obbligo vaccinale del lavoratore, in caso di rifiuto del lavoratore di sottoporsi al vaccino disponibile, in presenza di rischio Covid, il datore non possa e non debba tollerare la presenza nell'ambiente di lavoro di un lavoratore potenzialmente fonte di contagio ed a rischio di ammalarsi (ed infatti deve con l'ausilio del medico competente valutare la sua idoneità lavorativa ed allontanarlo dall'ambiente di lavoro, metterlo in condizioni di non nuocere, cambiargli il lavoro e, se non è possibile, sospenderlo ai sensi dell'art.41 del TU 81/2008).

Attraverso queste misure il datore adempie ai propri obblighi in materia di rischio Covid. La mancata adozione di queste doverose misure rende il datore responsabile in sede civile e penale degli eventuali eventi morbosi cagionati dal Covid, non solo nei confronti dei terzi, ma anche dello stesso lavoratore renitente, nonostante il rifiuto di assumere il vaccino. Ovviamente se esiste il rischio previsto dal TU e se il vaccino deve essere considerato una doverosa misura di prevenzione.

E ciò, nonostante l'art. 29 bis cit. secondo cui il datore ottempera all'art. 2087 c.c. con il rispetto dei protocolli di sicurezza; norma "sedativa", che tutto può essere meno che un salvacondotto (vale per i contenuti dei protocolli, ma non per quanto nei protocolli non c'è). E qui si discute non di cautele innominate ma di applicazione di principi cogenti e misure tipiche previste dal TU in presenza di rischio biologico Covid. Ed ovviamente il datore risponde in base alle norme generali del codice civile e penale (Grandi e Rocco); non certo perché il Governo Conte abbia riconosciuto l'infortunio da Covid ai fini INAIL, come polemicamente si è sostenuto e si continua a sostenere, contro ogni regola e logica, in molti ambienti datoriali.

Ed egli risponde, in base alle stesse norme, non per il fatto che si sia verificato un danno, come se si trattasse di una ipotesi di responsabilità oggettiva; ma soltanto se sia venuto meno ai propri obblighi in materia di sicurezza. Con l'avvertenza che il datore di lavoro vi adempie non soltanto adottando le misure di prevenzione prescritte, magari sulla carta, ma adempiendo anche a taluni obblighi preliminari e strumentali rivolti a garantire l'effettivo adempimento delle misure (specialmente l'informazione, la formazione, l'addestramento, la vigilanza ed il controllo: artt. 36 e 37 d.lgs. n. 81/08).

Non basta perciò il rifiuto di vaccinarsi e nemmeno richiamare il concorso di colpa del lavoratore, per sollevare il datore da responsabilità civile e penale. Essendo pure noto che l'omessa adozione di una misura di prevenzione da parte del lavoratore non esonera mai il datore dai propri autonomi obblighi prevenzionali.

Il lavoratore va protetto anche e soprattutto dalle proprie negligenze; ed anche contro la propria volontà, proprio attraverso misure oggettive e la messa in atto delle misure strumentali ed accessorie. E secondo la giurisprudenza (Cass. n.1716/2012), la responsabilità dell'imprenditore è esclusa solo in caso di rischio elettivo del lavoratore, ossia di un rischio generato da un'attività estranea alle mansioni lavorative o esorbitante da esse in modo irrazionale.

Oppure quando esista un comportamento che si dice *abnorme, eccezionale ed imprevedibile* (ma tale non può essere considerato il mero rifiuto del vaccino che deve essere oggetto di monitoraggio attento, attraverso la sorveglianza sanitaria del medico competente). Si afferma che l'ipotesi tipica di comportamento "abnorme" sia quella del lavoratore che violi "con consapevolezza" le cautele impostegli, ponendo in essere in tal modo una situazione di pericolo che il datore di lavoro non può prevedere e non può evitare; venendosi a configurare una situazione di dolo, ma anche di colpa assorbente (in quanto esclusiva del lavoratore).

Questa formula giurisprudenziale tralaticciamente ripetuta va però declinata all'interno della fattispecie concreta rappresentata da un contagio Covid 19 avvenuto in ambito lavorativo, dove la situazione che porta all'esonero della responsabilità del datore potrebbe configurarsi solo se, al rifiuto di un vaccino disponibile, venga a sommarsi la violazione delle altre necessarie prescrizioni adottate dal datore (informazione e raccomandazione del vaccino, sorveglianza sanitaria, allontanamento dal rischio, vigilanza sull'adempimento delle misure indicate dal medico competente).

Solo in questo caso il datore potrebbe non rispondere civilmente e penalmente; e solo in questo caso lo stesso lavoratore renitente non avrà diritto ad alcun risarcimento del danno. Non basta perciò il solo rifiuto del vaccino ad esonerare il datore dalla propria responsabilità.

La copertura assicurativa Inail del rifiuto di vaccinarsi.

Nella stessa ipotesi di rifiuto del vaccino e di violazione delle ulteriori prescrizioni cautelari il lavoratore potrà tuttavia avere diritto alla copertura assicurativa indennitaria INAIL. Il che è possibile per la diversità funzionale e strutturale che esiste tra responsabilità civile e copertura assicurativa: due regimi riparatori che hanno perimetri e fondamenti, anche costituzionali, differenti; l'uno fondato sul bisogno del lavoratore e l'altro sulla responsabilità risarcitoria del datore.

In questo senso si è espressa la recente circolare INAIL del primo marzo 2021 con cui è stata riconosciuta la tutela per gli infermieri che non intendano vaccinarsi.

Per l'operatività dell'assicurazione INAIL in ipotesi di contagio Covid-19 – ricompreso dalla legge nella tutela ampia dell'infortunio sul lavoro - è sufficiente ai sensi del TU 1124/1965 *l'occasione di lavoro* ossia il nesso funzionale tra il fatto ed il lavoro; basta che il contagio abbia un collegamento funzionale con l'attività di lavoro, a prescindere da qualsiasi coincidenza cronologica e topografica, ed è tutelato anche l'infortunio in itinere.

L'INAIL ha emanato sul punto una importante circolare applicativa¹⁰. E nell'ambito della assicurazione obbligatoria gestita dall'INAIL si prescinde dalla colpa, anche esclusiva del lavoratore, che fa venire meno la responsabilità civile. Infatti il lavoratore è assicurato all'INAIL anche in ipotesi di rimozione volontaria di presidi antinfortunistici ed anche se il lavoratore viola un obbligo di astensione dal lavoro.

Per il riconoscimento dell'infortunio Covid ai fini della concessione delle prestazioni assicurative erogate dall'INAIL al lavoratore o agli eredi, non è necessario che il fatto da cui sia derivato il decesso del dipendente sia imputabile al datore di lavoro, bensì che esso sia ricollegabile al lavoro, nel senso ampio riconosciuto dalla giurisprudenza (v. ad es. Cass. n. 17917/2017).

È per questo che gli allarmi e gli "alti lai" elevati in occasione della norma che ha riconosciuto la tutela assicurativa per il Covid, alla stregua di un infortunio, devono ritenersi privi di fondamento. In ambito Inail la tutela è esclusa solo in due occasioni. Anche qui in presenza di rischio elettivo (ossia di rischio estraneo all'attività di lavoro), ed inoltre in caso di dolo (inteso come dolo intenzionale,

¹⁰ Su cui vedi ampiamente le giuste note illustrative elaborate, per le patologie contratte in occasione di lavoro, da Guglielmo Corsalini, in *La tutela dell'Inail in caso di contagio del lavoratore*, in *Questione Giustizia*, 2020.

dell'evento e come autolesionismo e simulazione volontaria, come risulta dagli artt. 11, comma 3, 64 e 65 TU 1124/1965).

Ma a differenza della responsabilità civile, in ambito INAIL il lavoratore, salvo il dolo intenzionale dell'evento, è tutelato anche in caso di violazione volontaria e consapevole delle misure di protezione adottate dal datore; come pure in caso di comportamento abnorme (imprevedibile) rispetto alla ordinaria esecuzione della mansione ed alla prassi lavorativa. E la protezione dovrebbe operare perciò non solo per il caso di rifiuto del vaccino, ma anche per l'inottemperanza all'ordine di allontanamento quando il lavoratore rimanga comunque a lavorare nell'ambiente di lavoro.

La circolare dell'Inail che ha riconosciuto la copertura assicurativa agli infermieri che non si vaccinano è stata già autorevolmente criticata da Aldo De Matteis¹¹, il quale ha affermato che l'INAIL sbaglia perché in caso di rifiuto si dovrebbe parlare di rischio elettivo ed escludere la tutela. Si ritiene, invece, sommessamente, che, pur essendo criticabili alcune argomentazioni utilizzate, la conclusione della circolare INAIL sia da condividere perché il rischio elettivo è quello che non ha alcun nesso con il lavoro, mentre qui si discute pur sempre di lavoratori che (come si è detto) devono aver contratto il virus per essere rimasti al lavoro, nell'ambiente di lavoro ed in connessione con lo stesso (per poter reclamare la tutela assicurativa). Né può parlarsi di rischio elettivo in caso di mero aggravamento del rischio da parte del lavoratore, ancorché imputabile a colpa, sia essa lieve o grave.

Il comportamento colposo o anche abnorme del lavoratore potrebbe influire sulla responsabilità civile del datore nel senso di escluderla o limitarla; ed esclude o limita, quindi, anche lo stesso diritto dell'Inail all'azione di regresso. Ma non va confuso col rischio elettivo.

Ecco perché la protezione dell'INAIL va accordata anche in ipotesi di rifiuto del vaccino e di volontaria inottemperanza all'ordine di

¹¹ A. De Matteis, Infermieri che rifiutano il vaccino e tutela INAIL, Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi

allontanamento del lavoratore che rimanga a lavorare nell'ambiente di lavoro (dove contragga il virus).

Non si tratta di rischio elettivo, né di dolo inteso come volontà dell'evento; e tale protezione va accordata non perché il rifiuto del vaccino anti Covid sia *un atto di libertà*, come afferma la circolare dell'INAIL, ponendosi qui in contraddizione con gli artt. 2, 32 e 41 della Cost. e con la giurisprudenza della Corte Cost. cit. che invece in caso di pandemia per l'attività di lavoro reclamano l'adempimento del dovere di solidarietà e postulano il contemperamento tra i diritti individuali, con prevalenza del diritto alla protezione della salute rispetto alla *libertà di non curarsi*.

Quella protezione indennitaria va accordata, invece, perché – come ricorda la citata sentenza della Cassazione n. 17917 del 2017, in una ipotesi di violazione del divieto di lavorare, che l'INAIL richiama nella circolare - il lavoratore deve essere tutelato anche quando violi volontariamente una regola precauzionale e si ponga in una situazione di pericolo volontario (salvo il dolo dell'evento).

Il rifiuto del vaccino e l'inottemperanza all'obbligo di allontanarsi o di astenersi dal lavoro in mancanza di vaccino, configurano perciò violazione di una regola precauzionale (al pari di quella del lavoratore che infili volontariamente la mano dentro una macchina pericolosa per recuperare un attrezzo da lavoro); ma di per sé non possono valere ad interrompere il nesso finalistico con l'attività di lavoro. Perché, se si escludesse la tutela per ogni infortunio derivante da un rischio che il lavoratore avrebbe dovuto e potuto evitare, o che assume volontariamente, la tutela INAIL non opererebbe mai o quasi mai.

Sebbene la violazione di norme antinfortunistiche da parte del lavoratore debba essere considerata non *un atto di libertà* ma un comportamento illecito (tanto che la legislazione più recente, al fine di responsabilizzare il lavoratore, prevede sanzioni anche a suo carico quando non osservi i precetti volti alla tutela della salute nei luoghi

di lavoro), la stessa illiceità del comportamento non preclude di per sé la configurabilità dell'infortunio come evento indennizzabile.

E ciò in quanto (salvo il dolo intenzionale dell'evento) nel sistema assicurativo INAIL la violazione di una regola precauzionale - volontaria o involontaria - da parte dell'assicurato 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).