

Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l'opinione di Vincenzo Ferrante

di V. Ferrante - 22 gennaio 2021

Rischio di contagio da Covid e doveri del datore di lavoro.

1. La questione posta richiama un complesso normativo noto e abbastanza circoscritto, che va dalla previsione costituzionale (art. 32), alla regola posta in via generale dal codice civile (art. 2087 c.c.), al complesso di norme dettate dal c.d. testo unico sulla salute e sicurezza del lavoro, con particolare riferimento ai rischi che conseguono all'esposizione dei lavoratori ad agenti biologici (art. 266 segg., d. lgs. n. 81/2008).

2. In questo panorama, mi pare di poter dire che l'obbligazione di sicurezza di cui all'art. 2087 c.c. si configura nei termini di una ipotesi di vera e propria responsabilità contrattuale, imponendo al datore di conformarsi alla regola di legge, se vuole evitare di essere tenuto a risarcire i danni da inadempimento, a mente dell'art. 1218 c.c.

La diligenza dovuta, ai fini della liberazione dell'obbligato, è quindi quella della massima sicurezza tecnologicamente possibile, che impone all'imprenditore di «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».

A mente di tanto, oggetto del debito che grava sull'imprenditore è proprio la tutela dell'integrità fisica e psichica del lavoratore. E solo può aggiungersi che tale debito, innanzi tutto per la collocazione della norma nell'ambito delle disposizioni del libro V del codice civile, si configura nei confronti di chiunque venga ad operare all'interno di un ambiente di lavoro organizzato dall'imprenditore, indifferentemente dalla natura del rapporto di lavoro posto in essere (autonomo o subordinato: e nello stesso senso v. ora ad es. art. 26 d. lgs. n. 81/2008).

La norma del codice individua, dunque, la prestazione cui è tenuto il datore, rinviando alla misura della diligenza, richiesta ai fini dell'esercizio delle attività professionali (art. 1176, co. II c.c.). Di più: la sua violazione, costituisce elemento di alcune fattispecie di reato colposo, definendo la condotta doverosa, con la precisione che è richiesta dal principio di tassatività.

Non si pone quindi, una questione che attiene propriamente all'art. 32 Cost., nel senso che non viene qui in rilievo uno spazio di libertà individuale, per la cui compressione è necessario ricercare una norma espressa, a tutela del principio di riserva di legge, contenuto nella disposizione costituzionale ora richiamata. Si pone semmai un problema di **idoneità del lavoratore alle mansioni**, che non solo attiene all'accertamento della condizione fisica di questi, ma che rinvia anche agli obblighi che su di esso gravano a mente dell'art. 20 d. lgs. n. 81/2008.

Tale disposizione impone ad ogni lavoratore di «prenderci 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».

La salute è, quindi, diritto del singolo ed interesse (giuridicamente tutelato) della collettività, secondo la precisa formulazione tecnica adottata dal costituente.

In conclusione, può dirsi che, per rispettare il dettato dell'art. 2087 c.c., il datore non può ammettere sul luogo di lavoro soggetti che, rispetto al tipo di attività esercitata, possano costituire fonte di pericolo per gli altri lavoratori, sia che questa minaccia derivi dalla loro capacità attuale di farsi vettori di contagio, sia che si tratta di una condotta, conseguente a sventatezza o incuria, di particolare e rilevante gravità. Ovviamente la stessa regola deve applicarsi, quando il danno rischi di prodursi nei confronti dei soggetti che usufruiscono del servizio che costituisce oggetto della prestazione (si pensi all'autista di un bus di linea che si presenti a prendere servizio).

Ovvio, quindi, che ove il datore abbia notizia che il lavoratore sia affetto da Covid (malattia da corona virus) non possa che allontanarlo dal luogo di lavoro o, ancor prima, vietargli l'ingresso nei locali aziendali (così come sarebbe sua responsabilità ammetterlo al lavoro se affetto da altra malattia contagiosa, o affidargli la conduzione di un mezzo di trasporto, ove si presenti ubriaco a prendere servizio).

3. La premessa che si è fatta è necessaria per rispondere alla domanda che viene proposta, che attiene alla condotta che il datore deve tenere, a fronte di un lavoratore che rifiuti *a priori* la vaccinazione antiCovid, per evitare di incorrere in responsabilità per danni conseguenti a violazione dell'obbligo di protezione di cui

A tal fine si deve chiarire che, allo stato, il datore non può procedere ad imporre la vaccinazione al lavoratore, per il semplice fatto che il vaccino al momento non è in commercio, essendo somministrato solamente dal s.s.n., secondo un calendario governato da priorità ancora in via di definizione.

Il quesito a cui rispondere, quindi, diventa il seguente: può il datore riammettere in servizio (o assumere) lavoratori, senza prima essersi accertato del fatto che il lavoratore si sia vaccinato?

A mente di quanto sopra si detto, la risposta può essere positiva solo per quei pochi (o pochissimi) casi, nei quali il lavoratore non abbia contatti (neanche potenziali) né con i colleghi, né con la clientela (o con l'utenza): si pensi a chi lavori in locali separati dal resto degli altri dipendenti (a chi ad es. operi come manovratore di una gru) o ai lavoratori a domicilio. Anche in questi casi, peraltro, deve richiedersi di adottare particolari cautele: per es., per far riferimento ai lavoratori a domicilio, si dovrà chiedere di non avere contatto diretto con l'emissario dell'impresa che reca la materia prima e che riceve il prodotto finito.

In questa prospettiva, quindi, la prima questione che si pone è se il datore abbia titolo per chiedere direttamente al lavoratore la certificazione di vaccinazione o se, piuttosto, si tratti di accertamento che compete al medico "competente". Con l'avvertenza che seppure sia senz'altro più corretto ritenere che l'accertamento dello stato di salute spetti ad una figura tecnica (alla luce degli artt. 5 e 8 stat. lav. e degli artt. 41, 42 e 279 d. lgs. n. 81), devono apparire

evidenti le difficoltà che la soluzione produca dal punto di vista pratico. Con la conseguenza che non sarebbe illogico se il legislatore intervenisse con una norma *ad hoc*, anche di efficacia transitoria, a regolare i diritti delle parti in questo particolare frangente storico.

4. Con il che si arriva finalmente al nocciolo della questione: cosa deve (o può) fare il datore, quando il lavoratore gli comunichi che vorrebbe tornare a lavorare, senza essersi vaccinato?

La soluzione dell'allontanamento temporaneo, prospettata dall'art. 279, comma 2, lett. b) d. lgs. 81/2008, è la più ovvia, ove si tratti tuttavia di una situazione transitoria, che verrà a cessare quando il ciclo vaccinale sarà stato completato (due somministrazioni dopo un intervallo di almeno 21 giorni, allo stato). Ed anche la più facile, fin tanto che sussista un ammortizzatore sociale capace di garantire tutela del reddito al lavoratore.

Diversa l'ipotesi in cui il lavoratore comunichi al datore di voler riprendere servizio, ma di non essere disponibile a farsi vaccinare, quando sarà chiamato dal s.s.n.

A mio parere, salve le ipotesi in cui il rifiuto può giustificarsi o con particolari condizioni di salute o con l'assenza totale di un rischio di contagio nei confronti di colleghi o terzi (nei termini rigorosi che tendono all'oggettiva insussistenza di un rischio, che sopra si sono brevemente accennati), non rimane altra soluzione che il licenziamento per giusta causa, per grave violazione dell'obbligo di sicurezza di cui all'art. 20 d. lgs. n. 81/2008, che sopra si è richiamato.

Né per certo si può ipotizzare un licenziamento per giustificato motivo (oggettivo o soggettivo) atteso che non può ammettersi una prestazione sia pure resa transitoriamente, per i motivi di cui sopra.

A riguardo, a mio parere, non serve invocare la disposizione specifica del d. lgs. n. 81/2008, relativa al rischio di contagio da agenti patogeni, ma bastano i principi generali.

E tanto non perché, come pure si è sostenuto, quella norma non sia applicabile in sé, ma a ragione del fatto che quella norma è dettata per ipotesi in cui il lavoratore accetti di sottoporsi a vaccinazione (e il vaccino possa essere inoculato dal medico competente stesso).

Mi spiego: non può accettarsi l'idea che possa distinguersi fra rischi che attengono propriamente all'attività produttiva e rischi che a questa siano estranei; ove si adottasse questa differenza, infatti, nel settore del credito il rischio da rapina non ricadrebbe nella responsabilità del datore. Mentre, al contrario, come è noto (Cass. sez. lav., 18/11/2019, n.29879; Cass. sez. lav., 5/1/2016, n.34; Cass. sez. lav., 28/10/2016, n.21901), il datore deve provvedere a tutelare i dipendenti addetti agli sportelli delle banche o addetti comunque ad una cassa dall'eventualità di un evento criminale.

In altri termini, la sola sussistenza di un rischio da contagio, sia che questa provenga dall'attività produttiva, sia che consegua alle condizioni materiali entro cui si iscrive la prestazione lavorativa, vale comunque a configurare il presupposto per l'applicazione delle disposizioni di legge di cui al d. lgs. n. 81/2008, in quanto i lavoratori siano, oggettivamente, «esposti ad agenti biologici».

Non a caso, fino a pochi anni fa, quando vi fosse stata una cassa o uno sportello, lo spazio lavorativo era organizzato in maniera che il pubblico fosse separato dal lavoratore da un vetro, utile a ridurre il rischio da contagio per tutte le malattie a trasmissione aerea.

Nello stesso senso, pare evidente come l'ipotesi della sospensione temporanea dal servizio pure prevista dall'art. 279 è collegata al tempo necessario all'evolversi della malattia, ove questa sia curata, e non può certo imporre al datore di attendere *sine die*, fin tanto che il lavoratore, all'esito dell'insorgere di un'immunità di gregge, si ritenga finalmente libero di presentarsi al lavoro senza correre il rischio di ammalarsi o di contagiarsi.

Vincenzo Ferrante, professore ordinario nell'Università Cattolica del Sacro Cuore