

VACCINO E LICENZIAMENTO:

SALUTE PUBBLICA, NON (ANCORA) SICUREZZA SUL LAVORO

Avv. Giovanni Scudier



Sul vaccino anti-COVID e sulla possibilità di licenziamento del lavoratore che rifiuta il vaccino è esploso all'improvviso un dibattito acceso. La discussione, tutta incentrata sul piano giuslavoristico, ha per oggetto i rapporti contrattuali tra datore di lavoro e lavoratore, e le posizioni si dividono tra chi afferma un potere datoriale di reazione al rifiuto del lavoratore (reazione variamente individuata: licenziamento, sospensione non retribuita, aspettativa; ma anche cambiamento di mansioni o smart working) e chi nega questo potere.

La prospettiva che vogliamo qui esaminare riguarda il peculiare elemento di fondo di questo dibattito: esso è nato e si sta svolgendo su una base giuridica che è tutta costituita dalla normativa di sicurezza e igiene nei luoghi di lavoro, e per fondare le diverse conclusioni vengono richiamati ed applicati gli istituti più tipici di questa materia.

In particolare, la tesi che afferma il potere datoriale di licenziare/sospendere ed un corrispondente obbligo del lavoratore di vaccinarsi fa leva sulla ritenuta applicazione dell'art. 2087 c.c. e dell'art. 20 del Decreto 81/08, e inoltre sull'istituto della inidoneità alla mansione di cui all'art. 42 del Decreto.

Un'altra tesi perviene alle stesse conclusioni richiamando l'art. 279 del Decreto 81/08 e la disciplina dei rischi da esposizione lavorativa ad agenti biologici (l'art. 4 della legge n. 159/2020 ha inserito il SARS-CoV-2 tra le voci dell'Allegato XLVI al Decreto 81).

Secondo la prima tesi, l'art. 2087 c.c. è misura di prevenzione che soddisfa il massimo livello di tutela oggi suggerito dalla scienza e quindi il datore di lavoro ha il potere/dovere di pretenderlo; l'art. 20 impone al lavoratore di vaccinarsi in attuazione dell'obbligo del lavoratore di assicurare la tutela della salute propria e di chi gli sta vicino; il mancato vaccino rende il lavoratore inidoneo alla mansione.

La tesi che opta per l'art. 279 in tema di agenti biologici si basa sul fatto che questa norma menziona espressamente il vaccino come misura del datore di lavoro e prevede in alternativa al vaccino l'allontanamento temporaneo del lavoratore dalla sua mansione.

La questione che vogliamo porre, a fronte di questo dibattito, è una sola: si tratta davvero di una questione di sicurezza del lavoro? Le regole e gli istituti della sicurezza sul lavoro sono davvero uno strumento utilizzabile?

A nostro avviso la risposta è negativa, almeno in questo specifico momento della vicenda.

Salute pubblica

La prima considerazione è che siamo in una pandemia, cioè in una situazione epidemiologica diffusa a livello globale in cui la lotta al virus ha una dimensione che è assolutamente di **salute pubblica**. Nella prospettiva dei luoghi di lavoro, il rischio di contagio da COVID-19 è un **rischio non professionale**, che espone i lavoratori ad un rischio generico identico a quello cui sono esposti coloro che lavoratori non sono: deriva dal contatto con le altre persone. Ci sono naturalmente alcune categorie di lavoratori per i quali il contagio da COVID-19 può avere natura professionale, e per questi può e deve farsi un ragionamento diverso; ma per tutti gli altri lavoratori la gestione del rischio- contagio è stata fin da subito ed è tuttora una questione pubblica, di salute

pubblica¹. I datori di lavoro hanno doverosamente applicato le misure di prevenzione all'interno dei luoghi di lavoro; ma l'utilizzo degli strumenti del Decreto n. 81/08 è stato del tutto atipico e si è sviluppato nel rigoroso (potremmo dire pedissequo) rispetto delle prescrizioni imposte dallo Stato.

La storia di quest'ultimo anno è tutta in questo senso.

Da febbraio 2020 in poi, è lo Stato (termine usato qui in senso volutamente generale) che ha dettato le regole per i datori di lavoro.

Di fronte alla necessità di tenere aperte le attività produttive, ha "favorito" intese tra le Parti Sociali (i Protocolli) affinché venissero recepite misure di prevenzione già individuate dallo Stato; per tutte le altre attività lavorative le regole sono state date dalle Linee Guida della Conferenza delle Regioni assieme allo Stato.

I datori di lavoro non hanno compiuto una vera e propria Valutazione del Rischio in funzione anti-contagio; il Protocollo Aziendale o Piano di Intervento o Addendum al DVR che dir si voglia non è frutto dell'attività sancita negli artt. 28 e 29 del Decreto 81/08 ma ha solo preso atto dell'esistenza di un rischio già preventivamente valutato dallo Stato ed ha recepito in azienda le misure prescritte dallo Stato, modellandole per quanto l'organizzazione aziendale lo consentiva.

La dimensione di salute pubblica piuttosto che di sicurezza sul lavoro ha portato a conseguenze altrimenti impensabili, come l'introduzione nei luoghi di lavoro di modelli organizzativi etero-imposti (ad esempio lo smart working obbligatorio per la PA o quello unilateralmente deciso dal datore di lavoro) o la gestione collettiva dei rapporti di lavoro individuali (si pensi alla equiparazione al ricovero ospedaliero per i lavoratori "fragili" non compatibili con il lavoro in azienda né con lo smart working).

Ancora, poiché la qualificazione giuridica del contagio come infortunio sul lavoro ha posto seri problemi di responsabilità dei datori di lavoro, il rimedio è stato un'altra deroga al sistema di sicurezza sul lavoro: l'art. 29-bis della legge n. 40/2020 ha sancito che l'applicazione dei Protocolli/Linee Guida costituisce *ex lege* adempimento dell'obbligo di cui all'art. 2087 c.c., aprendo una parentesi di temporanea eccezione – solo per il COVID-19! - alla natura "aperta" dell'art. 2087 c.c.

Tutto quanto fin qui ricordato attesta che lo scenario che abbiamo fin qui conosciuto è di salute pubblica, non di sicurezza del lavoro; la lotta contro la diffusione del contagio è decisa nei suoi contenuti dallo Stato, non dai datori di lavoro. I datori di lavoro non hanno mai governato ciò che non sono mai stati né sono in grado di governare (perché non sono *capaci* di farlo, e perché non sono *autorizzati* a farlo). Essi sono stati esecutori.

E' uno scenario totalmente opposto a quello tipico della sicurezza sul lavoro, riferito per definizione ai rischi lavorativi propri di una organizzazione, imperniato sul principio dell'area di rischio, basato sulla presenza delle posizioni di garanzia. Nella sicurezza sul lavoro, il datore riveste una posizione di garanzia, in cui il dovere nasce dal potere; il datore di lavoro risponde perché esercita il potere decisionale e di spesa e da questo gli deriva il dovere di governare l'area di rischio per proteggere dai rischi lavorativi coloro che lavorano per lui.

Il Piano Strategico dei Vaccini

L'ingresso del vaccino nella scena non ha modificato lo scenario, anzi lo ha confermato. Anche rispetto al vaccino ed alla sua somministrazione, il datore di lavoro non ha ruolo né poteri; non ha **nessun potere né decisionale né di spesa**, né di valutazione né di organizzazione né di scelta.

¹ P.PASCUCCI, *Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro*, in *DSL*, n. 1-2020, p. 117; G.SCUДИER-L.CASELLA, *La "nuova" sicurezza sul lavoro post COVID-19*, in *Rivista* 231, n. 3-2020, p. 61.

La campagna vaccinale è una campagna di Stato. Le sue regole sono in questo momento contenute nei commi da 457 a 467 dell'art. 1 dell'ultima Legge di Bilancio, che rimanda al **Piano Strategico dei Vaccini**; questo risulta adottato con D.M. Sanità 2 gennaio 2021 in attesa di pubblicazione,² ma un suo primo contenuto è stato anticipato dal Documento di Programmazione del 12.12.2020 intitolato "Piano Strategico - Elementi di preparazione e di implementazione della strategia vaccinale"³.

Il Documento, che non contiene una disciplina speciale per i luoghi di lavoro, né nomina mai i datori di lavoro, è in tutto e per tutto un documento di sanità pubblica, fin dalla definizione degli obiettivi:

*"La **strategia di sanità pubblica** per questa fase si focalizzerà inizialmente sulla riduzione diretta della morbilità e della mortalità, nonché sul mantenimento dei servizi essenziali più critici. Successivamente, qualora uno o più vaccini si mostrino in grado di prevenire l'infezione, si focalizzerà l'attenzione anche sulla riduzione della trasmissione, al fine di ridurre ulteriormente il carico di malattia e le conseguenze sociali ed economiche".*

Ai fini della scelta delle categorie prioritarie (operatori sanitari e sociosanitari, residenti e personale delle RSA, persone di età avanzata) il Piano Strategico guarda al rischio più elevato di contrarre l'infezione e di trasmetterla a pazienti vulnerabili, unitamente all'esigenza di garantire la resilienza del servizio sanitario (operatori sanitari e sociosanitari); considera l'alto rischio di malattia grave a causa dell'età avanzata, la presenza di molteplici comorbidità, e la necessità di assistenza (residenti e personale RSA); mira infine alla maggiore copertura vaccinale, alla tutela delle persone con fattori di rischio clinici, a ridurre la probabilità di ricoveri in terapia intensiva o sub-intensiva (persone di età avanzata).

Le altre categorie prioritarie, che seguiranno all'aumentare della disponibilità del vaccino, sono indicate secondo criteri parimenti di salute pubblica, tra cui l'appartenenza a servizi pubblici essenziali (personale della scuola, forze dell'ordine, personale delle carceri e dei luoghi di comunità, ecc.) per gli stessi motivi.

La salute pubblica è l'unico paradigma di riferimento, e nello scenario che ne deriva non c'è (per ora) un ruolo per il datore di lavoro.

La prima conseguenza è che non appare applicabile l'**art. 2087 c.c.** già solo per il fatto che il vaccino si configura come strumento di salute pubblica, e non come misura di prevenzione dei rischi lavorativi.

Il superamento dell'art 29-bis non solo non è consentito dal quadro normativo⁴, ma anzi proprio questa norma ne esce rafforzata nel suo significato più profondo: in materia di COVID-19 è lo Stato che detta la linea e non ci sono spazi per norme "aperte" né per iniziative del datore di lavoro.

Inoltre, il vaccino non sarebbe comunque una misura di prevenzione governata e governabile dal datore di lavoro. L'art. 2087 c.c. costituisce l'espressione più alta del ruolo del datore di lavoro in quanto titolare di posizione di garanzia: egli **può** e per questo **deve** perseguire la massima sicurezza anche oltre quello che prescrivono le specifiche regole prevenzionali esistenti. Come potrebbe il datore di lavoro assolvere un tale

² Il Decreto del Ministro della Sanità 2 gennaio 2021 è espressamente citato all'art. 1 comma 3 del D.L. n. 2/2021; ad oggi peraltro non consta sia stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale, né si trovano riferimenti ad esso nel sito del Ministero della Salute.

³ http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_2986_allegato.pdf, ultima consultazione il 22 gennaio 2021.

⁴ La tesi che valorizza l'art. 2087 c.c. ritiene non più vincolante l'art. 29-bis affermando che il datore di lavoro dovrebbe prendere atto del superamento delle misure di sicurezza dei Protocolli, oramai vecchie, e della nuova frontiera data dal vaccino; e dovrebbe ricorrere ad essa proprio perché lo richiede la norma aperta dell'art. 2087 c.c. Ma, fermo restando che la norma è vigente, il datore di lavoro dovrebbe dare per abrogato l'art. 29-bis proprio sulla base di quella forza espansiva dell'art. 2087 c.c. che quella norma gli dice di non applicare in queste condizioni straordinarie.

obbligo, rispetto ad una misura che è totalmente, completamente ed assolutamente fuori da ogni sua possibilità di intervento?

Applicare l'art. 2087 c.c. significherebbe anche, per il datore di lavoro, decidere che il vaccino non solo è una norma di prevenzione, ma è *la* norma di prevenzione che integra in questo momento (secondo il lavoro, l'esperienza e la tecnica) la massima sicurezza possibile; il datore di lavoro dovrebbe cioè compiere in proprio una valutazione che neppure lo Stato ha fatto espressamente, o quantomeno non ha fatto ancora.

Naturalmente, la ricaduta finale di una scelta fondata sull'art. 2087 c.c. sarebbe il venir meno dello scudo protettivo rappresentato dall'art. 29-bis; rivendicando il potere datoriale di assicurare la massima sicurezza possibile tramite il vaccino, si riconoscerebbe l'esistenza di un dovere datoriale di garantire al lavoratore la tutela della sua vita e della sua salute contro il rischio di contagio da COVID-19.

Per gli stessi e per ulteriori motivi appare altrettanto inapplicabile anche l'art. 20 del Decreto 81.

Quanto alla dimensione "collettiva" della norma, valorizzata da chi richiama l'obbligo ivi contenuto del lavoratore di "prendersi cura della salute delle persone presenti sul luogo di lavoro su cui ricadono gli effetti delle sue azioni o omissioni", ci sembra che in questa fase di conoscenza scientifica la visione del vaccino come strumento di tutela dei non vaccinati sia un dato non acquisito. Secondo il Piano Strategico, il vaccino allo stato ha una funzione di "riduzione diretta della morbilità e della mortalità" e non ancora di "riduzione della trasmissione", per la quale si attendono evidenze che il vaccino possa "prevenire l'infezione". AIFA⁵ e ISS⁶ lo confermano. E' dichiarata dunque la necessità di ulteriori studi.

Ma va poi considerato che l'obbligo, che l'art. 20 pone in capo al lavoratore, è di prendersi cura della sua salute e di quella degli altri "conformemente alla sua formazione, alle istruzioni e ai mezzi forniti dal datore di lavoro": il lavoratore cioè ha l'obbligo di attuare le misure che il datore di lavoro gli prescrive, e non un obbligo di individuare da sé le misure da attuare: questo vale naturalmente anche per la misura di prevenzione costituita dal vaccino, per la quale non si potrà mai affermare che il lavoratore ha un autonomo dovere di vaccinarsi in forza di una propria autodeterminazione, quando manchi una specifica previsione normativa o una specifica regola di sicurezza aziendale⁷.

⁵ AIFA, Domande e Risposte - Meccanismi d'azione e protezione dei vaccini Pfizer e Moderna – FAQ n. 4: *"gli studi clinici condotti finora hanno permesso di valutare l'efficacia dei vaccini mRNA sulle forme clinicamente manifeste di COVID-19, ma è necessario più tempo per ottenere dati significativi per dimostrare se i vaccinati si possono infettare in modo asintomatico e contagiare altre persone. Sebbene sia plausibile che la vaccinazione protegga dall'infezione, i vaccinati e le persone che sono in contatto con loro devono continuare ad adottare le misure di protezione anti COVID-19"*. Testo disponibile in <https://www.aifa.gov.it/web/guest/domande-e-risposte-su-vaccini-mrna>, ultima consultazione il 22 gennaio 2021.

⁶ ISS, Domande e risposte sui vaccini contro il SARS-CoV-2: *"Quanto dura la protezione? Una volta fatto il vaccino posso tornare alla vita di prima della pandemia? ... Non è ancora chiaro, ma sono in corso studi in merito, se il vaccino protegge solo dalla malattia o impedisce anche l'infezione. Almeno in un primo momento anche chi è vaccinato dovrebbe mantenere alcune misure di protezione"*. Testo disponibile in <https://www.iss.it/covid19-faq>, ultima consultazione il 22 gennaio 2021.

⁷ Il tema della auto-regolamentazione del lavoratore dovrà essere oggetto di discussione in prospettiva, in un mondo del lavoro dove l'innovazione tecnologica ed organizzativa comporta forme crescenti di autonomia e responsabilizzazione del lavoratore, anche subordinato; ma è un approdo non compatibile con l'attuale assetto del sistema di sicurezza, in cui *valutazione dei rischi/formazione-informazione/attuazione delle misure* sono obblighi posti in capo al datore di lavoro e di cui il lavoratore è creditore, non debitore: il debito di sicurezza del lavoratore riguarda il rispetto delle misure che gli vengono indicate. Anche il più recente orientamento della giurisprudenza (dopo un timido affaccio dell'auto-responsabilità) conferma la tradizionale impostazione che esclude qualsiasi rilevanza alle determinazioni ed agli stati soggettivi del lavoratore sicché l'errore, la negligenza, perfino la violazione consapevole degli obblighi di sicurezza da parte del lavoratore non sono mai considerati causa esclusiva dell'infortunio. Per affermare che un lavoratore, ritenuto bisognoso di essere protetto financo da se stesso, abbia un obbligo di decidere da sé di vaccinarsi, occorrerebbe prima affrontare nel profondo il tema della auto-responsabilità del lavoratore.

L'art. 20 dunque in tanto potrebbe essere richiamato, in quanto ci fosse, a monte dell'obbligo del lavoratore, una esplicita prescrizione del datore di lavoro che prevede il vaccino come misura di prevenzione da adottare: ma questa ad oggi, come si è detto, non c'è e non ci può essere.

In conclusione, il vaccino non è una "misura di prevenzione" riconducibile ai principi e alle regole della sicurezza sul lavoro, ma è questione di salute pubblica.

Consegue ulteriormente a questa conclusione la inapplicabilità degli strumenti tipici del sistema di sicurezza del lavoro declinati nel Decreto 81/08.

Le tesi affermative di un potere datoriale, poste di fronte alla necessità di giustificare la natura "prevenzionale" del vaccino in un contesto di lavoro privato in luogo della sua collocazione in una dimensione di salute pubblica, hanno ritenuto di trovare nelle figure della sicurezza aziendale e nelle loro attività la chiave di lettura.

Si è quindi affermato che la necessità del vaccino deve scaturire dalla Valutazione del Rischio, frutto della collaborazione del RSPP e del Medico Competente con il datore di lavoro; ulteriormente si è affermato che i provvedimenti datoriali conseguenti al rifiuto della prestazione lavorativa (licenziamento o altro, a questi fini non rileva) dovrebbero derivare dal giudizio di inidoneità del lavoratore alla mansione, espresso dal MC ai sensi dell'art. 42 del Decreto 81.

Queste conclusioni si scontrano a nostro avviso, ancora una volta, con il fatto che il rischio di contagio non è un rischio lavorativo e non è gestito né gestibile con gli strumenti tipici dei rischi lavorativi.

La natura generica del rischio osta ad un DVR in cui qualificare il rischio di contagio da SARS-COV 2 come rischio lavorativo (cosa che addosserebbe peraltro al datore di lavoro tutte le conseguenze del contagio come infortunio sul lavoro tout court).

Ma se il rischio non è lavorativo, non si può sostenere la tesi della inidoneità alla mansione: quest'ultima infatti è inidoneità rispetto al rischio lavorativo, e non una generica inabilità o una mancanza di requisiti soggettivi predeterminati (da chi?) rispetto ad un rischio genericamente inteso.

Se invece la gestione aziendale rimane quella di un rischio generico– come, si badi, è accaduto finora – non è consentito, nel quadro normativo attuale, esprimere una inidoneità alla mansione basata sulla mancata adesione all'invito di somministrazione del vaccino.

Del resto, ma non si può in questa sede dilungarsi oltre, ci si deve domandare quale sarebbe a quel punto la sorte delle misure di prevenzione fino ad oggi adottate e in generale dei Protocolli aziendali: i quali diventerebbero immediatamente strumenti pressoché inutili, nel momento in cui si ritenesse che sono inadeguati a tutelare il lavoratore a tal punto, che senza vaccino non si può più lavorare.

L'art. 279 e il rischio professionale

Un discorso a parte è necessario per la tesi che riconduce l'obbligo di vaccino alla disciplina del Decreto 81 sulla esposizione al rischio da agenti biologici (nella fattispecie, il SARS-CoV-2).

Senza poter trattare qui il tema diffusamente, la principale differenza è rappresentata dal fatto che l'art. 279 è inserito nel Titolo X del Decreto 81 che riguarda specificamente il rischio lavorativo: si pone dunque la questione della sua applicazione, in tutti i casi in cui il rifiuto del vaccino venga opposto dal lavoratore in un luogo di lavoro avente le caratteristiche previste dagli artt. 266 e seguenti del Decreto; in particolare, il problema potrebbe riguardare in questo momento storico i servizi sanitari, menzionati dall'Allegato XLIV tra

le attività che (anche al di fuori di un utilizzo intenzionale dell'agente biologico) possono implicare il rischio di esposizione dei lavoratori.

Peraltro, va osservato che l'art. 279 non prevede un obbligo di vaccino del lavoratore quanto invece la adozione di misure speciali di protezione, ove necessarie anche per motivi individuali, tra le quali la "messa a disposizione" del vaccino e l'allontanamento temporaneo del lavoratore.

Qui si entrano in gioco le figure del sistema di sicurezza aziendale, tra cui soprattutto il MC sia per la valutazione del rischio, sia per la procedura di cui all'art. 42 del Decreto; qui appare più pertinente la discussione fondata sulle norme di sicurezza del lavoro, che peraltro andrà debitamente rimodulata – rispetto allo schema tipico dell'art. 279 - nella misura in cui esiste un vaccino, ma non esiste ancora una disponibilità di esso in capo al datore di lavoro.

Conclusioni

E' assolutamente evidente anche a chi scrive la finalità del tutto condivisibile di qualsiasi tesi che punti a perseguire il risultato ultimo di una vittoria sul virus.

Ma se lo strumento che si ritiene di utilizzare è la normativa di sicurezza sul lavoro, appare inevitabile sottolineare che il Decreto n. 81/08 riguarda la tutela del lavoratore dal rischio lavorativo e su questo costruisce un sistema articolato di poteri e doveri rispetto ai quali il COVID-19 e il vaccino rappresentano una questione di salute pubblica in cui i soggetti decisori sono altri.

Il rischio è rivedere quanto accaduto nella prima fase della pandemia: allora fu attribuita al datore di lavoro la responsabilità per il contagio della persona, solo perché lavoratore; ora si attribuirebbe al datore di lavoro la responsabilità delle conseguenze della mancata vaccinazione della persona (o delle conseguenze di un vaccino "imposto"), solo perché lavoratore.

Cosa fare dunque?

Innanzitutto occorre prendere atto del punto fondamentale: in un mondo stravolto dalla più grande pandemia dell'era moderna, azzerato nella salute, nell'economia, nell'ordine sociale, lo Stato in questo momento ritiene che il vaccino non debba essere un obbligo. Se lo Stato deciderà diversamente, lo scenario cambierà completamente. Ma per ora, l'esercizio di poteri datoriali è una strada non percorribile, se non per il limitato ambito in cui sia ravvisabile un rischio professionale.

In secondo luogo, se il vaccino non è obbligatorio, si deve accettare l'idea di un mondo in cui convivono persone vaccinate e non vaccinate. Fino a che non cesserà la pandemia (con l'immunità di gregge, secondo la scienza) continueranno quindi le regole di prevenzione basate sull'igiene personale, sul distanziamento sociale, sulla protezione delle vie respiratorie.

Qui possono fare la loro parte tutti i soggetti anche collettivi che sono espressione del mondo del lavoro e della sicurezza, ad esempio adeguare (appena lo Stato lo disporrà) i Protocolli/Linee Guida alla nuova situazione (non appena lo Stato lo disporrà) e adattare le regole al mutamento di scenario determinato dall'aumento delle persone vaccinate. Potranno giocare un ruolo anche i protagonisti della sicurezza aziendale, gli RSPP, i MC, gli RLS, gli HSE Manager, perché molto si può e si deve fare: gestire la compresenza di vaccinati e non vaccinati; fissare i criteri di individuazione prima e di tutela poi dei lavoratori non vaccinabili; ma anche gestire le forti implicazioni di trattamento dei dati, di riservatezza, di non discriminazione. C'è forse una azione, che le organizzazioni possono compiere fin da subito: ragionare sulla formazione e informazione dei lavoratori, affinché il vaccino sia accettato per persuasione e non per timore di perdere il lavoro.

La strategia, le scelte di fondo, sono però e saranno sempre dello Stato, fintantoché la questione riguarderà la salute pubblica.