

# **Primi orientamenti giurisprudenziali sull'obbligo vaccinale**

**Cosima Ilaria Buonocore**

*Assegnista di ricerca dell'Università degli studi "Aldo Moro" di Bari*

**Il d.l. 1° aprile 2021, n. 44**, che ha introdotto l'obbligo vaccinale dapprima per gli operatori d'interesse sanitario e successivamente per altre categorie di lavoratori e di cittadini, **è entrato in vigore non appena pubblicato** (art. 12, d.l. n. 44/2021).

Pertanto è interessante verificare come si è regolata la giurisprudenza nelle **prime fasi emergenziali**, anticipando che si registrano alcune **incertezze iniziali sull'interpretazione dell'art. 4**, d.l. n. 44/2021:

- **TAR Puglia, sez. II, 19 novembre 2021, n. 1685**. Si discuteva dell'eccezione sollevata da un **medico di medicina generale** (l'unica a quanto consta sulla questione) che, sottrattosi all'obbligo vaccinale per scelta e pertanto sospeso dallo svolgimento della prestazione lavorativa, ha dedotto l'illegittimità del provvedimento di sospensione sostenendo, tra l'altro, che sulla sospensione dall'albo si sarebbe dovuto pronunciare **previamente il collegio arbitrale ai sensi dell'art. 30 dell'accordo collettivo nazionale per i rapporti con i medici di medicina generale (ACN del 23 marzo 2005)**. Il TAR Puglia, ha **rigettato** il ricorso sul presupposto che nel bilanciamento tra il valore dell'autodeterminazione individuale e quello della tutela della salute pubblica non v'è spazio per la c.d. esitazione vaccinale, ma non si è pronunciato su tale eccezione superandola implicitamente. Difatti, è il caso di rilevare che l'arbitrato disciplinato dall'art. 30 dell'ACN cit., rubricato «*responsabilità convenzionali e violazioni. Collegio arbitrale*» ha ad oggetto la procedura per l'adozione di sanzioni disciplinari, ma, per espressa previsione di legge, il provvedimento di sospensione degli operatori sanitari che si sottraggono all'obbligo vaccinale non è considerato illecito disciplinare; pertanto, la sospensione non retribuita di cui ai commi 6 e 8 dell'art. 4, d.l. n. 44/2021 non è una sanzione disciplinare e quindi non soggiace all'applicazione dell'art. 30.

- **TAR Friuli Venezia Giulia, 13 settembre 2021, n. 276**. È stata affrontata una fattispecie peculiare: l'ordine professionale di appartenenza del ricorrente ha posto in essere, sbagliando, un atto amministrativo di presa d'atto dell'accertamento operato dall'azienda ospedaliera, generando pertanto nel lavoratore «l'erronea convinzione che si tratti di un provvedimento in senso proprio, avente effetti ulteriori e distinti rispetto a quelli derivanti *ex lege* dall'accertamento, così onerandolo ingiustamente della proposizione di un separato ricorso».

**Prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 44/2021** e, con esso, dell'obbligo vaccinale, il **potere/dovere del datore di lavoro** di richiedere ai propri dipendenti di sottoporsi alla **vaccinazione** veniva ricavato dall'art. **2087 c.c. nonché dal più ampio sistema di prevenzione di cui al d.lgs. n. 81/2008** e, più precisamente, dall'art. 20 («obblighi dei lavoratori», dunque si tratta dell'obbligo di cooperazione alla sicurezza gravante sul lavoratore) e dall'art. 279 («prevenzione e controllo»), quest'ultimo

combinato con gli artt. 41 e 42 (rubricati rispettivamente «sorveglianza sanitaria» e «provvedimenti in caso di inidoneità alla mansione specifica»); dunque si tratta dell'adozione da parte del datore di misure speciali di protezione, su parere conforme del medico competente, nell'ambito delle attività di sorveglianza sanitaria relative ai rischi derivanti dall'esposizione ad agenti biologici). L'art. 42 del T.U. n. 81 cit., peraltro postula un principio speculare a quello contenuto nel testo originario dell'art. 4, d.l. n. 44/2021, prevedendo che «il datore di lavoro ... attua le misure indicate dal medico competente e qualora le stesse prevedano un'inidoneità alla mansione specifica adibisce il lavoratore, ove possibile, a mansioni equivalenti o, in difetto, a mansioni inferiori garantendo il trattamento corrispondente alle mansioni di provenienza» (1° comma, art. 42, T.U. cit.).

E così, **ancor prima che entrasse in vigore il d.l. n. 44/2021**, l'atteggiamento datoriale, seppur caratterizzato da una certa prudenza (1), **è stato rispettoso della normativa prevenzionale disponendo l'«allontanamento»** del lavoratore non vaccinato dal luogo di lavoro, collocandolo alle volte in ferie, altre in aspettativa, oltre che in sospensione cautelativa dal servizio e dalla retribuzione; **il contenzioso che è scaturito da tali decisioni datoriali è approdato nelle aule di giustizia dopo l'entrata in vigore del d.l. 1° aprile 2021, n. 44, con provvedimenti non sempre univoci:**

- **Trib. Milano 16 settembre 2021, n. 2135**, che riguarda l'impugnativa di un provvedimento di aspettativa, di un **assistente socioassistenziale** operante presso una Rsa, ricevuto prima del mese di aprile dello scorso anno, cioè prima che entrasse in vigore l'obbligo vaccinale e l'iter procedurale di cui al d.l. n. 44/2021; tale provvedimento veniva adottato per violazione dell'art. 2087 c.c. La sospensione dal lavoro e dalla retribuzione, sotto la forma dell'aspettativa, veniva poi prolungata (sino al 31 dicembre 2021, termine previsto dal d.l. n. 44), venendo così ad impattare con le regole dettate dal d.l. n. 44. Il giudice del lavoro milanese ha sì accolto il ricorso nella parte in cui il datore non ha assolto l'onere del *repêchage* e non ha rispettato la procedura introdotta dal d.l. n. 44 del 2021, ma allo stesso tempo ha condizionato la riammissione in servizio all'adesione della campagna vaccinale.

- **Trib. Roma, decreto, 20 agosto 2021, n. 79835**, che prende le mosse dalla domanda di un **operatore socio-sanitario** che ha ricevuto dapprima un provvedimento di aspettativa non retribuita – emesso qualche giorno dopo il 1° aprile 2021 (data di entrata in vigore del d.l. n. 44), ma in base al giudizio di temporanea non idoneità emesso dal medico competente in data 31 marzo 2021 in ottemperanza a quanto disposto dal protocollo

---

(1) Nel senso che l'imposizione della vaccinazione avrebbe potuto generare denunce per estorsione (art. 629 c.p.).

sanitario aggiornato ex d.lgs. n. 81/2008, che prevede l'obbligo vaccinale "anti Covid" per il proprio personale sanitario, quindi in ossequio all'art. 2087 c.c. e al d.lgs. n. 81/2008 – e successivamente un provvedimento di sospensione ai sensi del d.l. n. 44/2021. Il giudice del lavoro, nel rigettare la domanda, ha precisato che «dal punto di vista del contratto, un requisito soggettivo essenziale per lo svolgimento della prestazione si configura infatti come un onere a carico di chi deve possederlo o acquisirlo, come può essere, ad esempio, il porto d'armi per la guardia giurata, una patente speciale per l'autotrasportatore, etc.» (§ 1 della motivazione, ult. cpv.).

- **Trib. Modena, ordinanza, 23 luglio 2021, n. 2467**, con cui il giudice del lavoro, in composizione collegiale ex art. 669 *terdecies* c.p.c. ha confermato il provvedimento ex art. 700 c.p.c., quest'ultimo proposto in data anteriore al d.l. n. 44/2021 da due **fisioterapiste**, in servizio presso una casa di cura per anziani, sospese in via cautelativa dal servizio e dalla retribuzione perché avevano sottoscritto il diniego sul modulo del consenso informato relativo alla vaccinazione contro il Covid, non supportando tale diniego con alcuna giustificazione da cause di esenzione e da specifiche condizioni cliniche. Il giudice nell'ordinanza, nel rilevare che è incontestabile che la società datrice di lavoro non dispone di posti liberi e strutture aziendali ove collocare le lavoratrici non vaccinate, né la stessa è in grado di affidare mansioni che non prevedano contatti con l'utenza, ha ricordato che «il datore di lavoro si pone come garante della salute e della sicurezza dei dipendenti e dei terzi che per diverse ragioni si trovano all'interno dei locali aziendali. L'art. 2087 cod. civ. quale diretta estrinsecazione dell'art. 32 Cost. impone al datore di lavoro di adottare tutte quelle misure di prevenzione e protezione che, secondo la migliore scienza ed esperienza, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica del prestatore di lavoro. Allo stato, la vaccinazione contro il Covid-19 costituisce la misura più idonea ad evitare, in modo statisticamente apprezzabile, il rischio di trasmissione della malattia e dell'infezione all'interno dell'azienda. La direttiva UE n. 2020/739 del 03.06.2020 (recepita con l'art. 4, D.L. n. 125/2020, conv. nella L. n. 159/2020) ha incluso il Covid-19 tra gli agenti biologici da cui è obbligatoria la protezione anche nell'ambiente di lavoro, estendendo le misure di prevenzione previste dalla direttiva 2000/54/CE, recepita dal D. Lgs. n. 81/2008. La disciplina emergenziale ha qualificato come infortunio il contagio da Covid nei luoghi di lavoro (art. 42, comma 2, D.L. n. 18/2020), prevedendo una presunzione semplice di origine professionale per gli operatori sanitari, in ragione del rischio biologico specifico e del costante contatto con l'utenza (cfr. Circolare INAIL 13/2020). Anche il Piano vaccinale conferma che gli ospiti delle residenze sanitarie assistenziali "sono ad alto rischio di malattia grave a causa dell'età avanzata, la presenza di molteplici comorbilità", soggetti "considerati ad elevata priorità per la vaccinazione", insieme agli operatori sanitari e

sociosanitari.

La mancata vaccinazione, pur non assumendo rilievo disciplinare, comporta conseguenze in ordine alla valutazione oggettiva dell'idoneità alle mansioni» (§ 2 della motivazione).

- **Trib. Verona, ord., 24 maggio 2021, n. 446**, che riguarda l'ipotesi della collocazione in aspettativa non retribuita per l'inidoneità temporanea allo svolgimento delle mansioni di un'**operatrice sociosanitaria** (presso una casa di riposo che ospita circa 60 anziani), notificata alla lavoratrice prima che entrasse in vigore il d.l. n. 44/2021, ma il ricorso è stato depositato successivamente a tale data. I profili di illegittimità costituzionale dell'obbligo vaccinale e del provvedimento di sospensione dalla prestazione lavorativa ex art. 4, d.l. n. 44/2021 per violazione degli artt. 3 e 32 Cost. non sono stati ritenuti meritevoli di accoglimento da parte del giudice del lavoro.

- **Trib. Modena, III sez. civ, ord., 19 maggio 2021**, che riguarda un'ipotesi di sospensione cautelativa dall'attività e dalla retribuzione disposta nel mese di gennaio 2021, dichiarata legittima dal giudice di Modena, che ha tuttavia rilevato la non necessità del giudizio di inidoneità reso dal medico competente.

Non vanno inoltre trascurate le variegate **soluzioni datoriali** che sono state **assunte nella primissima fase della pandemia e vagliate in sede giudiziaria prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 44/2021:**

- **Trib. Belluno, sez. lav., 19 marzo 2021, n. 12**, che ha rigettato il ricorso d'urgenza ex art. 700 c.p.c. proposto da 10 operatrici sociosanitarie, operanti presso una Rsa, le quali, rifiutatesi di vaccinarsi, sono state collocate in ferie.

- **Trib. Roma, sez. lav., 8 marzo 2021**, che ha sì rigettato la domanda (anche in tal caso proposta in via d'urgenza ex art. 700 c.p.c.) di un lavoratore non vaccinato che aveva chiesto di lavorare in smart working perché disabile, ma il rigetto è stato conseguente alla mancata dimostrazione della suddetta disabilità.

Infine si evidenziano peculiari fattispecie, quali ad esempio:

- **Trib. Messina, sez. lav., 12 dicembre 2020, n. 23455** che ha accolto il ricorso d'urgenza ex art. 700 c.p.c. proposto da un'infermiera dell'Azienda ospedaliera Universitaria Policlinico "G. Martino" di Messina che si era rifiutata di aderire all'**obbligo vaccinale antinfluenzale disposto dall'assessorato regione Sicilia**.

- **Trib. Roma, sez. lav., 21 gennaio 2021, n. 5961** che ha accolto il ricorso ex art. 700 c.p.c. proposto da una lavoratrice in quanto il datore di lavoro ha negato alla stessa di svolgere la prestazione lavorativa secondo la modalità c.d. "**agile**", richiesto perché lei era affetta da **patologie**

**documentate** che le impedivano di utilizzare mezzi pubblici e inoltre assisteva la madre disabile.

- **Trib. Trento, sez. lav., 8 settembre 2020, n. 333** che ha disposto l'annullamento del licenziamento comminato ad una lavoratrice, che si era assentata dal lavoro **per assistere la figlia minore, di nove anni, che frequentava nel mese di aprile 2020 la scuola a distanza**. Il licenziamento è stato annullato perché privo di giusta causa per un fatto giuridicamente inesistente in quanto disciplinarmente irrilevante.

- **Trib. Rovigo 7 settembre 2021, n. 159** con cui il giudice del lavoro ha disposto la parziale illegittimità del provvedimento del marzo 2020 emanato dall'ente provinciale che ha disposto la collocazione in ferie dei dipendenti dell'ente e, nello specifico, ferie sia maturate sia maturande, quando invece la normativa vigente all'epoca dei fatti – **DPCM dell'8 marzo 2020 e dell'11 marzo 2020**, emanati sulla base del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 – si limitava ad autorizzare lo svolgimento del lavoro agile ovvero la fruizione delle ferie pregresse e dunque maturate.