



Vaccinazione, *Green pass* e lavoro. Riflessioni a margine del rapporto tra violazione dell'obbligo, tutela assicurativa e tutela previdenziale^{**}

di Francesca Malzani*

SOMMARIO: 1. I decreti del periodo emergenziale: un dialogo a distanza con il d.lgs. n. 81/2008? – 1.1. La partecipazione. – 1.2. Il ruolo del medico competente, tra misure di prevenzione e di organizzazione. – 2. La configurazione del contagio come infortunio sul lavoro: il regime delle presunzioni – 3. Il trattamento dell'infortunio da Covid-19 da parte dell'Inail. – 4. La tutela previdenziale: il rapporto tra malattia sopravvenuta e carenza di *Green pass*.

1. I decreti del periodo emergenziale: un dialogo a distanza con il d.lgs. n. 81/2008?

I recenti interventi collegati all'emergenza pandemica e alla campagna vaccinale hanno determinato un sistema polarizzato, a seconda dei settori di riferimento: da un lato, l'obbligo vaccinale per il personale della sanità in senso ampio (d.l. n. 44/2021; d.l. n. 122/2021) e, dall'altro, l'obbligo del *Green pass* dapprima per il comparto scuola (d.l. n. 52/2021; d.l. n. 111/2021; d.l. n. 122/2021) e poi, dal 15 ottobre, per tutti gli ambiti lavorativi (d.l. n. 127/2021)¹.

L'obiettivo dei provvedimenti citati è quello di trovare una sintesi tra salute pubblica e salute dei lavoratori², mettendo in campo una normativa *ad hoc* che pare dimenticare, come ha sottolineato Pascucci (definendolo “convitato di pietra”)³, il d.lgs. n. 81/2008 (c.d. Testo Unico sulla sicurezza).

* Francesca Malzani è professoressa associata di Diritto del lavoro nell'Università degli Studi di Brescia. francesca.malzani@unibs.it

** Il saggio riproduce, con alcuni approfondimenti, la relazione dal titolo «*Vaccinazione, Green Pass e lavoro: violazione dell'obbligo e tutela assicurativa e previdenziale*» svolta al webinar sul tema «Vaccinazione anti Covid-19, Green Pass, lavoro: sanzioni e tutele, tra pubblico e privato», organizzato il 22 ottobre 2021 dal Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Verona e dall'Ordine degli Avvocati di Verona.

Il saggio è stato preventivamente assoggettato alla procedura di referaggio prevista dalle regole editoriali della Rivista.

¹ Per una ricostruzione del complesso assetto delle fonti, cfr. C. LAZZARI, *Obbligo vaccinale, Green pass e rapporto di lavoro*, in questa “Rivista”, 2021, n. 2, p. 4 ss.

² M. PERUZZI, *Covid-19 e sicurezza sul lavoro*, relazione al webinar sul tema «Vaccinazione anti Covid-19 e rapporto di lavoro» organizzato il 24 settembre 2021 dal Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Verona e dall'Ordine degli Avvocati di Verona.

³ P. PASCUCCI, *Relazione conclusiva* al webinar sul tema «Vaccinazione anti Covid-19 e rapporto di lavoro» organizzato il 24 settembre 2021 dal Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Verona e dall'Ordine degli Avvocati di Verona.

In realtà la *ratio* del decreto attraversa in filigrana le considerazioni svolte sull'ambiente di lavoro – non più inteso come mero luogo della prestazione⁴ – ma concetto che attiene all'organizzazione, che rendono necessaria una lettura sistematica delle norme e dei principi prevenzionistici anche laddove non siano espressamente richiamati dalla disciplina emergenziale.

Penso, in particolare, alle previsioni relative ai lavoratori autonomi già nei primi Protocolli dell'aprile 2020 e ora nelle norme sul *Green pass*; al ruolo dei Comitati per la sicurezza; al ruolo del medico competente nelle varie fasi dell'emergenza⁵ e nella gestione delle fragilità nella ripresa delle attività, dopo il *lockdown* della primavera del 2020⁶.

L'inclusione dei lavoratori autonomi, che gravitano nella sfera organizzativa del datore di lavoro, riecheggia le norme degli artt. 21 e 26 del d.lgs. n. 81/2008 e risponde, da un lato, alla vocazione universalistica della disciplina prevenzionistica e, dall'altro, sempre attingendo alla nozione di prevenzione contenuta nel decreto del 2008, all'esigenza di considerare il binomio interno-esterno (art. 2, comma 1, lett. *n*) come bidirezionale, sottoposto a forte tensione nel periodo emergenziale.

Si assiste, infatti, a una circolarità di temi, nel momento in cui si assume una nozione ampia di ambiente di lavoro, si ragiona sul tipo di rischio da contagio Covid-19 e salta ogni dicotomia dentro-fuori. Solo in alcuni casi, infatti, si è configurato un rischio (biologico) specifico, mentre nella maggior parte dei settori merceologici (non sanitari, *infra*) si è trattato di un rischio generico (condiviso dall'intera collettività)⁷ aggravato proprio dall'interazione con l'organizzazione lavorativa (recarsi nel luogo di lavoro, condividere spazi, interagire con personale esterno all'azienda o con la clientela/utenza, ecc.).

Al titolo X del decreto n. 81/2008 si è, invero, attinto per suffragare, in prima battuta, l'obbligo vaccinale, sancito dall'art. 279⁸ e presente in altre disposizioni di legge: l'antitetanica era prevista fin dalla legge n. 292/1963 ed è poi stata ripresa nei contratti collettivi dei metalmeccanici per specifiche mansioni (es. taglio di lamiera) con specifica sorveglianza sanitaria.

⁴ Cfr. F. MALZANI, *Ambiente di lavoro e tutela della persona. Diritti e rimedi*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 7 ss.

⁵ Si ricorda che il Protocollo del 24 aprile 2020 prevedeva che il medico competente segnalasse all'azienda situazioni di particolare fragilità e patologie attuali o pregresse dei dipendenti affinché l'azienda provvedesse nel rispetto della *privacy*. Cfr. A. MATTEI, *Obbligo vaccinale e rapporto di lavoro*, in "WP CSDLE 'Massimo D'Antona'.IT", 2021, n. 442, p. 21 ss.

⁶ L'Associazione nazionale dei medici d'azienda e competenti ha preso, invece, le distanze dalla gestione operativa delle procedure relativa al *Green pass*; Cfr. ANMA, *Certificazione verde e medico competente: non possumus*, 3 settembre 2021.

⁷ Questa seconda ricostruzione, a mio avviso, mostra più aderenza alle acquisizioni della dottrina e della giurisprudenza perché, sebbene il rischio di contagio riguardi la popolazione nel suo complesso, lo svolgimento di attività, in un determinato contesto lavorativo, opera da "occasione qualificata" come già avviene, a fini assicurativi e non solo, per l'infortunio *in itinere*. Basti pensare alla distribuzione al dettaglio dei generi alimentari, dove si sono riscontrati – nei primi mesi dell'emergenza – numerosi casi di contagio.

⁸ G. NATULLO, *Vaccini e rapporti di lavoro tra obblighi di sicurezza e diritto all'autodeterminazione*, in questa "Rivista", 2021, n. 1, *passim* e spec. p. 148.

Vero è che il campo di applicazione del titolo X è peculiare e l'estensione analogica della previsione mal si attaglia al caso concreto del Covid-19, complice anche la mancata disponibilità del vaccino da parte del datore di lavoro come invece indicato nell'art. 279 (comma 2, lett. a)⁹. Il titolo X è, inoltre, dedicato al rischio biologico come rischio specifico di certi ambienti di lavoro mentre l'obbligo vaccinale è stato destinato a una platea più ampia che si relaziona, come dicevo, con un rischio generico "aggravato" dalla frequentazione di ambienti lavorativi o strumentali all'accesso al lavoro: da qui la copertura del rischio di contagio anche nelle realtà lavorative non esposte a rischio biologico – per le quali si parla anche di rischio specifico improprio¹⁰ – (configurabilità dell'infortunio professionale: c.d. malattia-infortunio) e nel tragitto casa-lavoro-casa (configurabilità dell'infortunio *in itinere*) (*infra* § 2).

Le distinzioni sull'inquadramento del rischio hanno una ricaduta importante sull'obbligo prevenzionistico e, in particolare, sull'integrazione o meno del Documento di valutazione del rischio (Dvr)¹¹. La prevalente dottrina¹² ha ritenuto che le misure di contenimento della pandemia¹³, e le relative sanzioni, si collochino all'esterno dell'impianto del d.lgs. n. 81/2008¹⁴ – con l'eccezione dei servizi sanitari e ospedalieri, dei laboratori in cui si trattano materiali microbiologici – affiancandosi ad esso ma non incidendo sul sistema complessivo di valutazione del rischio e, quindi, sul Dvr¹⁵. L'obbligo generalizzato di integrazione/revisione del Dvr, secondo questa lettura, collocherebbe l'operato del datore di lavoro

⁹ Cfr. direttiva 2020/739/UE che ha incluso il Sars-Cov-19 tra gli agenti biologici che possono causare malattie infettive nell'uomo tali da dover integrare le norme sulla salute e sicurezza dei lavoratori.

¹⁰ Sulla progressiva estensione del concetto di occasione di lavoro Cass. civ., sez. lav., 22 maggio 2018, n. 12549; sul rischio improprio connesso ad attività prodromiche o strumentali allo svolgimento delle mansioni o, comunque, ricollegabile a esigenze lavorative, Cass. civ., sez. lav., 14 ottobre 2015, n. 20718.

¹¹ Cfr. F. MALZANI, *La sicurezza sul lavoro*, in A. BOSCATI (a cura di), *Il lavoro pubblico. Dalla contrattualizzazione al Governo Draghi*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2021, p. 628 ss.

¹² P. PASCUCCI, *Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro: novità e conferme nello ius superveniens del d.P.C.M. 22 marzo 2020 e soprattutto del d.l. n. 19/2020*, in questa "Rivista", 2020, n. 1, p. 131 ss. *Contra* A. INGRAO, *C'è il Covid-19, ma non adeguati dispositivi di prevenzione: sciopero o mi astengo?*, in "Giustizia civile.com?", 2020, che ritiene necessario l'aggiornamento del Dvr.

¹³ Il d.l. del 1° aprile 2021, n. 44 ha previsto l'obbligo vaccinale per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario, salvi i casi di accertato pericolo per la salute, da documentare, pena la sospensione dall'attività senza retribuzione o altro compenso (art. 4). Sul punto, Trib. Belluno, 6 maggio 2021, n. 238, sulla legittimità delle ferie forzate imposte dal datore di lavoro a fronte del rifiuto delle operatrici socio-sanitarie di sottoporsi al vaccino, a maggior ragione dopo l'espressa previsione del d.l. n. 44/2021; Trib. Modena, 23 luglio 2021, n. 2467, sulla legittima sospensione cautelativa dal servizio e dalla retribuzione di alcune fisioterapiste che avevano rifiutato il vaccino; *contra*, Trib. Milano, 15 settembre 2021, ma per ragioni procedurali. Sulla sospensione come misura che contempera principio di solidarietà R. RIVERSO, *L'obbligo del vaccino anti Covid nel rapporto di lavoro tra principio di prevenzione e principio di solidarietà*, in "Questione Giustizia", 18 gennaio 2021.

¹⁴ Cass. civ., sez. lav., 16 agosto 2019, n. 21428, sulla portata degli obblighi di informazione e formazione che si intende limitata ai rischi connessi alle attività svolte.

¹⁵ Cass. pen., sez. IV, 24 maggio 2021, n. 20416, secondo cui non configura il reato di epidemia colposa l'omessa integrazione del Dvr con le norme anti-Covid-19.

nell'ambito della precauzione (ossia dell'agire in un contesto di ignoto tecnologico/scientifico) invece che in quello, accolto dal legislatore, della prevenzione.

Nel caso della pandemia, una volta superato il momento iniziale di incertezza sulle misure di contenimento del contagio – mi riferisco alla carenza di alcuni dpi elementari nei primi mesi del 2020 – le acquisizioni, frutto dei Protocolli e della gestione concreta degli stessi, si possono ormai ritenere facenti parte dei sistemi di prevenzione, superando l'obiezione connessa al principio di precauzione.

Se, quindi, il rischio rimane estraneo all'organizzazione aziendale, non assumendo il carattere della "professionalità" se non nei settori citati (sanitari in senso ampio), non possiamo ignorare che trovi nell'organizzazione occasione di circolazione o maggior diffusione. Quanto accaduto rinvia al parametro dell'esperienza contenuto nell'art. 2087 c.c. e diviene canale per incorporare nell'obbligo di sicurezza e nei sistemi di prevenzione aziendali le procedure, anche in divenire, di contrasto ai rischi biologici¹⁶. Pensando al supplemento di obblighi informativi (distanziamento, uso dei dpi, pulizia/igiene personale e degli spazi, ecc.)¹⁷, si comprende che, terminata l'emergenza, non sarà possibile tornare indietro, proprio perché si sono rivelate azioni primarie di lotta alla proliferazione del *virus*.

Fermo che il criterio della ragionevole praticabilità non opera nel sistema di prevenzione, nemmeno troverebbe albergo nel ragionamento sulla dismissione di interventi rivelatisi dirimenti e per di più, in molti casi, con un costo economico limitato. Una volta adottati i Protocolli, ancorché non richiamino espressamente il d.lgs. n. 81/2008, essi dialogano costantemente con le più generali norme di prevenzione; e non potrebbe essere diversamente, essendo l'obbligo prevenzionistico ampio e dinamico, a composizione progressiva nei suoi contenuti di dettaglio, sottoposto alla tensione delle misure cautelari nominate e innominate¹⁸.

Ciò deve essere tenuto a mente laddove si voglia collocare nella corretta prospettiva la previsione dell'art. 29 *bis* del d.l. n. 23/2020 che, in vista della ripresa delle attività in presenza, ha ritenuto l'adozione dei Protocolli Covid-19 esaustiva dell'adempimento dell'art. 2087 c.c. (c.d. scudo penale per i datori di lavoro). Sebbene motivata dall'esigenza di favorire le riaperture senza gravare in modo eccessivo sulle aziende, anche alla luce dell'incertezza – almeno nelle prime fasi –

¹⁶ Più in generale, cfr. M. VINCIERI, *L'integrazione dell'obbligo di sicurezza*, Bologna, Bononia University Press, 2017, p. 13 ss.

¹⁷ Cfr. L.M. PELUSI, *Tutela della salute dei lavoratori e Co-vid-19: una prima lettura critica degli obblighi datoriali*, in questa "Rivista", 2019, n. 2, p. 134 ss.

¹⁸ Cass. civ., sez. lav., 22 settembre 2021, n. 25597, sulle misure esigibili in ragione di regole di prudenza, perizia e diligenza; Cass. civ., sez. lav., 10 giugno 2019, n. 15562; Cass. pen., sez. IV, 11 agosto 2010, n. 31679; Cass. pen., sez. IV, 14 ottobre 2008, n. 38819. Con riferimento al Covid-19, M.T. CARINCI, *Obbligo di sicurezza e responsabilità datoriale: il rischio di contagio da Covid-19*, in "Labor - Il lavoro nel diritto", 2020, n. 4, p. 385 ss., proprio sul ricorso a misure innominate (ad es. test sierologici) per ottemperare al contenuto aperto dell'obbligo di sicurezza.

sulle modalità di diffusione dei contagi, tale disposizione mal si attaglia ai principi citati, perché cerca di cristallizzare l'ampiezza e la dinamicità dell'obbligo di sicurezza. Ritengo che questo sia rilevante anche sotto il profilo del riconoscimento dell'infortunio da parte dell'Inail e, soprattutto, dell'eventuale azione di regresso nei confronti del datore di lavoro, sempre nell'ottica di una applicazione sistematica dei principi vigenti in materia prevenzionistica.

1.1. *La partecipazione*

Per tornare ai principi prevenzionistici sottesi agli interventi emergenziali, l'attività di confronto e informazione assunta dai Protocolli per fronteggiare il contagio e ridisegnare gli spazi e gli assetti lavorativi – incluso il massiccio ricorso al lavoro da remoto (pressoché coincidente con il domicilio dei lavoratori) – si è collocata a pieno titolo nel prisma della partecipazione equilibrata, aprendo a soluzioni condivise¹⁹ tra le rappresentanze e la *line* aziendale sia sotto il profilo prevenzionistico²⁰ sia sotto quello del *welfare* aziendale²¹.

Nel Protocollo del 14 marzo 2020 era emersa la necessità di costituire gruppi di lavoro interni alle realtà aziendali²², poi estesi sul territorio tramite gli organismi paritetici (Protocollo del 6 aprile), con la partecipazione delle rappresentanze per la sicurezza aziendali (RIs) o territoriali (Rlst). Nel Protocollo del 24 aprile 2020, allegato al d.p.c.m. del 26 aprile (all. 6), sono state confermate dette previsioni²³.

I Protocolli non fanno riferimento alle altre figure rilevanti per la prevenzione (Rsp, medico competente) ma una lettura sistematica delle fonti non può che far propendere per un coinvolgimento di tali soggetti al fine di attuare in modo condiviso e programmatico le disposizioni emergenziali; nonostante, inoltre, i Protocolli parlino di *applicazione* e *verifica* delle misure in essi contenute, che parrebbe ridimensionare il ruolo dei Comitati²⁴, non si può omettere, ancora una volta, una lettura coordinata delle norme di prevenzione che consegnano un modello maturo di confronto continuo tra i principali attori della sicurezza; le

¹⁹ L. MENGHINI, *Covid, sicurezza, vaccini: rappresentanze e partecipazione*, in “Conversazioni sul lavoro a distanza”, 2021, che parla di un ritorno alla stagione della validazione consensuale (p. 5 ss.).

²⁰ B. DE SARIO, D. DI NUNZIO, S. LEONARDI, *Azione sindacale e contrattazione collettiva per la tutela della salute e sicurezza sul lavoro nella fase 1 dell'emergenza da pandemia di covid-19*, in “Rivista giuridica del lavoro e di previdenza sociale”, 2021, n. 1, p. 91 ss.

²¹ M. DALLA SEGA, S. SPATTINI, *Ruolo della contrattazione collettiva nel ricorso al welfare aziendale per fronteggiare le conseguenze dell'emergenza Covid-19*, in D. GAROFALO, M. TIRABOSCHI, V. FILI, F. SEGHEZZI (a cura di), *Welfare e lavoro nella emergenza epidemiologica*, Bergamo, Adapt, 2020, vol. V, p. 126 ss.

²² Comitati per l'applicazione e la verifica delle regole contenute nel Protocollo aziendale anti contagio.

²³ Sul carattere non obbligatorio dei Comitati, cfr. A. TARZIA, *Sulla obbligatorietà del “comitato” previsto dal protocollo condiviso anti Covid-19. Profili di legittimità e sanzionatori*, in “WP Adapt”, 2021, n. 3.

²⁴ C. FRASCHERI, *Il Comitato previsto dal Protocollo condiviso del 14 marzo, integrato 24 aprile. Dalla Fase 1... al futuro*, in “WP Adapt”, 2020, n. 10, p. 5 ss.

rappresentanze per la sicurezza (RIs) – ora inserite nel Comitato – sono, altresì, titolari di diritti peculiari di consultazione, informazione, formazione e controllo su cui si innestano le ulteriori regole emergenziali.

Altro aspetto che ritengo di primaria importanza ha riguardato, nell'immediatezza dell'emergenza e nella gestione della stessa nelle fasi di ripresa, la necessità di un'opera di alfabetizzazione dei lavoratori, proprio attraverso le rappresentanze – coadiuvate dal supporto tecnico degli attori della sicurezza – sull'importanza dell'uso dei dispositivi e sul rispetto delle misure di contenimento dei contagi; non solo in quanto adempimento dei più generali obblighi di informazione del datore di lavoro e del dirigente (art. 18 del d.lgs. n. 81/2008) e di utilizzo degli stessi da parte del lavoratore (art. 20 del d.lgs. n. 81/2008) ma in una prospettiva di sensibilizzazione e di promozione della cultura della sicurezza, con evidenti ricadute sulle condotte tenute fuori dagli ambienti di lavoro. Penso all'ostracismo per le mascherine²⁵, sicuramente non confortevoli se indossate per lungo periodo e nello svolgimento delle proprie mansioni (alcune rese ancora più gravose), che però si sono rivelate uno strumento fondamentale di fronteggiamento della circolazione del *virus*, come dimostrano i dati sulla ridotta diffusione delle altre patologie stagionali.

Gli interventi hanno toccato (o avrebbero dovuto), infine, il ricorso al lavoro agile – riconosciuto dai Protocolli²⁶ come strumento organizzativo per arginare la diffusione del *virus* e di mantenimento in essere dell'attività/dei servizi/della produttività – prima per tutta la popolazione di lavoratori, le cui mansioni fossero eseguibili da remoto, e poi per i più fragili²⁷, grazie alla sorveglianza sanitaria svolta dal medico competente. Anche in questo caso il contributo delle rappresentanze nella definizione di soluzioni condivise post-emergenza andrebbe mantenuto e valorizzato.

1.2. *Il ruolo del medico competente, tra misure di prevenzione e di organizzazione*

Come noto, nel d.lgs. n. 81/2008 il medico competente ha assunto una funzione centrale sia nella fase di individuazione e stima del rischio, legata alla valutazione e alla stesura del Dvr, sia in quella di attuazione della sorveglianza sanitaria, con specifico riguardo al giudizio di idoneità alla mansione. Nella redazione di tale giudizio, il medico competente può indicare al datore di lavoro

²⁵ Trib. Trento, 8 luglio 2021; Trib. Venezia, 4 giugno 2021, entrambe sulla legittimità della sanzione irrogata per mancato rispetto dell'uso delle mascherine (nel primo caso licenziamento disciplinare dell'insegnante e nel secondo sospensione per 3 giorni del rappresentante per la sicurezza).

²⁶ R. RAINONE, *La tutela della salute e della sicurezza nella contrattazione collettiva dell'emergenza*, in questa "Rivista", 2020, n. 2, p. 77 ss.

²⁷ Cfr. A. ZILLI, *Il lavoro agile per Covid-19 come "accomodamento ragionevole" tra tutela della salute, diritto al lavoro e libertà di organizzazione dell'impresa*, in "Labor - Il lavoro nel diritto", 2020, n. 4, p. 533 ss.

accorgimenti (le c.d. prescrizioni) che incidono sull'assetto organizzativo aziendale (periodicità o durata delle pause, riduzione dei pesi da movimentare, variazioni di reparti o compiti, ecc.) e costruire percorsi di riassegnazione dei carichi lavorativi²⁸.

Il ricorso al giudizio di inidoneità alla mansione è stato utilizzato come soluzione per calmierare l'applicazione delle norme sull'obbligo vaccinale ed evitare immediate sanzioni disciplinari anche espulsive²⁹; da qui la delicatezza del compito, che già emerge nelle norme e nell'applicazione del d.lgs. 81/2008, acuita nell'emergenza sanitaria.

Nel Protocollo dell'aprile 2020 è stato, infatti, da subito ritagliato un ruolo di primo piano per il medico competente, coinvolto, in collaborazione con il datore di lavoro e le rappresentanze: a) nella rilevazione di situazioni di particolare fragilità e patologie attuali o pregresse dei dipendenti a cui l'azienda deve provvedere nel rispetto della *privacy*³⁰; b) nell'applicazione delle indicazioni provenienti dalle autorità sanitarie, anche suggerendo l'adozione di eventuali mezzi diagnostici ritenuti utili al fine del contenimento della diffusione del *virus* e alla salute dei lavoratori (ad es. tamponi rapidi, test sierologici)³¹.

Nel Protocollo del 6 aprile 2021 si è precisato che la collaborazione tra azienda e autorità sanitarie per la definizione degli eventuali "contatti stretti" di una persona presente in azienda, che sia stata riscontrata positiva al tampone Covid-19, avviene anche con il coinvolgimento del medico in prima linea nella gestione dei contagi negli ambienti di lavoro.

Nella fase di ripresa delle attività, dopo il *lockdown* della primavera 2020, il ruolo del medico competente è risultato ancora strategico: il decreto Rilancio (d.l. n. 34/2020) ha, infatti, rimesso a questa figura, nell'ambito della sorveglianza sanitaria, l'individuazione delle categorie ritenute fragili per patologie pregresse, e non per il solo fattore età, per cui si è posticipato il rientro in presenza³², consacrando quell'idea della valutazione sartoriale dei rischi – calata a pieno nel

²⁸ Con riguardo a un caso di inidoneità legato a disabilità, F. MALZANI, *Inidoneità alla mansione e soluzioni ragionevoli: oltre il repêchage*, in "Argomenti di diritto del lavoro", 2020, n. 4, p. 965 ss. Sulle soluzioni ragionevoli, C. ALESSI, *Disabilità, accomodamenti ragionevoli e oneri probatori*, in corso di pubblicazione in "Rivista italiana di diritto del lavoro", 2021, n. 3. Sullo specifico ruolo dell'Inail nel reinserimento lavorativo, M. DE FALCO, *L'accomodamento per i lavoratori disabili: una proposta per misurare ragionevolezza e proporzionalità attraverso l'INAIL*, in "Lavoro, diritti, Europa", 2021, n. 3.

²⁹ Cfr. Trib. Roma, 3 agosto 2021, n. 18441, sulla inidoneità parziale della lavoratrice che non voleva sottoporsi a vaccino e che quindi non poteva essere posta a contatto con la clientela del villaggio turistico; in questo caso siamo fuori dal campo di applicazione dell'obbligo vaccinale e la misura trova la sua *ratio* nell'art. 42 del d.lgs. n. 81/2008, volta a presidiare la salute del lavoratore (nel caso di specie c'era anche un problema nella movimentazione di carichi).

³⁰ GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Il ruolo del "medico competente" in materia di sicurezza sul luogo di lavoro, anche con riferimento al contesto emergenziale*, 2021.

³¹ M.T. CARINCI, *Back to work al tempo del Coronavirus e obbligo di sicurezza del datore di lavoro. I test sierologici rapidi*, in "WP Adapt", 2020, n. 3, p. 8 ss.

³² Circolare congiunta del Ministero del lavoro e del Ministero della salute del 4 settembre 2020 sul ruolo del medico competente nell'individuazione di categorie ritenute fragili per patologie pregresse e non per il solo fattore età.

singolo contesto di riferimento – che si legge nella filigrana del decreto del 2008 e, con espressa pregnanza, nel testo degli artt. 28 e 29.

L'art. 29, comma 3, dispone, infatti, l'aggiornamento del Dvr qualora «i risultati della sorveglianza sanitaria ne evidenzino la necessità»: questa potrebbe essere l'occasione per mettere in campo delle azioni correttive basate sulle vulnerabilità riscontrate dal medico competente e che possano assurgere a buone pratiche di innalzamento degli *standard* di sicurezza. In tal modo, pur configurando il rischio come esogeno e non professionale, si restituirebbe alla sorveglianza sanitaria il valore di pilastro e di promotrice del sistema di prevenzione.

In particolare, dinnanzi ai c.d. nuovi rischi – e allo spettro di soluzioni atte a eliminarli/contenerli – la discrezionalità del medico che indica al datore di lavoro le prescrizioni da adottare assume rilevanza centrale, soprattutto nelle ipotesi in cui si riscontrino soglie non definite di rischio (si pensi ai termini quali rischio moderato, rischio irrilevante). In questi casi la formazione e l'aggiornamento del medico competente sono dirimenti per poter delineare soluzioni di breve e lungo periodo, in stretta connessione con la finalità di perseguire il benessere lavorativo quale risultato trasversale e di sintesi del rispetto degli *standard* tecnici di sicurezza e della costruzione di ambienti di lavoro di qualità rispettosi di tutte le dimensioni della persona.

2. La configurazione del contagio come infortunio sul lavoro: il regime delle presunzioni

Negli ultimi mesi una parte della stampa ha veicolata, provocatoriamente, l'idea del congelamento di alcune tutele (tra cui l'addebito delle cure ospedaliere e, sotto il profilo lavoristico, la mancata erogazione delle provvidenze Inail, ecc.) a fronte di mancata vaccinazione; ciò ha indotto l'Istituto assicuratore a intervenire con una nota del marzo 2021 che ha confermato la tenuta del sistema di coperture (*infra* § 3)³³.

È proprio da questo aspetto che vorrei partire per comprendere come l'impianto di norme/prassi/orientamenti giurisprudenziali, nel suo complesso, si relazioni con le vicende figlie del periodo emergenziale, tra cui quella del rifiuto di vaccinarsi o del mancato possesso del *Green pass*. Ovvero se con l'introduzione dell'obbligo vaccinale per il comparto sanità – salvo gli esenti da vaccinazione dietro certificazione medica – e dell'obbligo di *Green pass* per gli altri settori si possano invocare, o introdurre surrettiziamente, forme di sanzione indiretta o se, invece, le considerazioni di sistema, che affondano le loro ragioni nell'art. 38 Cost.³⁴, prevalgano rendendo intangibile il consolidato *plafond* di garanzie.

³³ P. PASCUCCHI, C. LAZZARI, *Prime considerazioni di tipo sistematico sul d.l. 1 aprile 2021, n. 44*, in questa "Rivista", 2021, n. 1, spec. p. 163 ss.

³⁴ Alla medesima *ratio* sono riconducibili le prestazioni rese per la Cassa integrazione in deroga (CIGD) riconosciute a tutti i datori di lavoro che «sospendono o riducono l'attività

Il tema della copertura assicurativa mostra una riflessione più matura anche con riguardo ai profili connessi al Covid-19³⁵, mentre per quanto concerne altri istituti previdenziali non ci sono stati interventi specifici, dovendo pertanto attingere all'elaborazione giurisprudenziale pregressa per suffragare la necessità di un approccio olistico ai principi che governano la materia. Anticipo da subito che la lettura sistemica degli istituti e la *ratio* ad essi sottesa, fa propendere per una tenuta delle tradizionali tutele offerte dagli Enti preposti.

Occorre, tuttavia, fare un passo indietro e ricordare il tipo di inquadramento riconosciuto dall'Inail al contagio da Covid-19³⁶. Si fa riferimento alla categoria della c.d. malattia-infortunio nella quale la causa violenta/virulenta non va identificata con il trauma iniziale (ferita, puntura d'ago ecc.) ma con la tossicità/virulenza dei germi che, a causa dello stesso, sono penetrati nell'organismo. Nei casi citati, l'evento contagioso può verificarsi anche in assenza di un meccanismo lesivo iniziale, laddove l'ingresso dei microorganismi nell'individuo avviene attraverso l'apparato respiratorio e digerente con i normali atti del respiro o della ingestione.

Di fatto, in tali fattispecie, la ricostruzione eziologica si realizza attraverso una diagnosi medico-legale *ex post*, che interviene solo nel momento in cui compare la manifestazione clinica connessa al contagio³⁷.

Nella ricostruzione dell'esposizione al *virus* durante la pandemia, sono stati operati dei distinguo a seconda del tipo di attività/ambiente di lavoro, a cui è stato associato un diverso regime presuntivo sull'eziologia professionale del contagio.

Si è, perciò, distinto tra: 1) *contagio in ambienti sanitari* (ospedali, ambulatori, farmacie), dove la presunzione dell'origine lavorativa è così grave da raggiungere quasi la certezza ovvero, affinché si abbia una presunzione giuridicamente valida, non occorre che i fatti su cui essa si fonda siano tali da far apparire l'esistenza del fatto ignoto come l'unica conseguenza possibile del fatto noto, bastando che il primo possa essere desunto dal secondo come conseguenza ragionevolmente possibile e verosimile secondo un criterio di normalità. Per il personale sanitario, ai fini dell'accertamento del nesso tra il lavoro e le malattie infettive e parassitarie (ivi comprese le epatiti virali, l'AIDS, ecc.), è ritenuto legittimo il ricorso a presunzioni semplici *ex art. 2729 c.c.*; 2) *contagio in altri ambienti lavorativi*, dove deve essere offerta la prova presuntiva del rapporto di occasionalità della patologia da

lavorativa per eventi riconducibili all'emergenza epidemiologica da Covid-19» (art. 19 del d.l. n. 18/2020 e successive proroghe). L'art. 16 del d.l. n. 41/2021 ha inoltre sancito che per l'erogazione della Naspi resta sospeso fino al 31 dicembre 2021 il requisito delle 30 giornate lavorative nell'anno precedente l'inizio della disoccupazione che, quindi, non viene meno a causa della sospensione dell'attività legata alla pandemia (c.d. meccanismo di neutralizzazione).

³⁵ S. GIUBBONI, *Covid-19: obblighi di sicurezza, tutele previdenziali, profili riparatori*, in "WP CSDLE 'Massimo D'Antona'.IT", 2020, n. 417, p. 12 ss.

³⁶ Cfr. art. 42, comma 2, del d.l. Cura Italia e Circolare Inail 3 aprile 2020, n. 13.

³⁷ Cfr. Circolare Inail 23 novembre 1995, n. 74. Per un inquadramento giurisprudenziale, ormai consolidato: Cass. civ., sez. lav., 13 marzo 1992, n. 3090; Cass. civ., sez. lav., 19 luglio 1991, n. 8058; Cass. civ., sez. lav., 3 novembre 1982, n. 5764.

Covid-19 con l'attività lavorativa. In tali ipotesi non c'è presunzione di sussistenza del nesso eziologico con l'attività svolta e i lavoratori possono avvalersi di presunzioni gravi, precise e concordanti derivanti dalla specificità delle mansioni e del lavoro svolto, dalla diffusione del *virus* nel territorio o nell'azienda, da altri fatti noti; 3) infine, per l'infortunio *in itinere*, occorso nel tragitto casa-lavoro-casa (o lavoro-luogo di consumo dei pasti-lavoro), serve la prova presuntiva del rapporto di occasionalità della patologia da Covid-19 con l'attività lavorativa in quanto il rischio strada è ritenuto un rischio generico, aggravato dall'occasione lavorativa. Anche qui (come nel punto 2) non vi è una presunzione di sussistenza del nesso eziologico con l'attività e i lavoratori possono avvalersi di presunzioni gravi, precise e concordanti derivanti da altri fatti noti (es. uso di mezzi pubblici affollati in zona ad alto rischio, viaggio con un compagno di lavoro infetto, etc.).

3. Il trattamento dell'infortunio da Covid-19 da parte dell'Inail

Da inizio pandemia al 31 agosto 2021 l'Inail ha ricevuto 179.992 denunce di infortunio, di cui 32.277 dal gennaio all'agosto 2021; i dati sono in continua evoluzione, e si dovrà attendere per una fotografia definitiva³⁸.

Nella prima fase pandemica l'Inail ha trattato in *bonam partem* i casi pervenuti alla sua attenzione; la Circolare del 20 maggio 2020, n. 22 ha stabilito che l'indennità per inabilità temporanea assoluta copre anche il periodo di quarantena o di permanenza domiciliare fiduciaria – sempre che il contagio sia riconducibile all'attività lavorativa – con la conseguente astensione dal lavoro³⁹.

Come anticipato nel § 2 è stata avanzata l'ipotesi di esclusione della copertura Inail in relazione al contagio nei casi di mancata vaccinazione, a cui dovrebbe seguire un'ulteriore distinzione tra le ipotesi in cui sussiste un obbligo vaccinale *tout court* e quelli in cui l'obbligo riguarda solo il *Green pass*.

Nella Nota operativa emanata il 1° marzo 2021, l'Istituto prendeva in considerazione il caso del personale infermieristico che non si fosse sottoposto a vaccino, puntualizzando che: la tutela assicurativa non può essere sottoposta a condizioni che non siano previste dalla legge che la regola; la tutela (assicurativa e risarcitoria) opera anche nei casi di colpa dell'infortunato; solo il rischio elettivo interrompe il nesso eziologico, ossia un atto volontario, arbitrario, diretto a soddisfare impulsi personali e avulso dall'attività lavorativa⁴⁰; il rifiuto di vaccinarsi

³⁸ INAIL, *Scheda nazionale infortuni sul lavoro da Covid 19*, n. 19, 2021.

³⁹ È stato altresì specificato che gli oneri degli eventi infortunistici del contagio non incidono sull'oscillazione del tasso medio per andamento infortunistico, ma sono posti a carico della gestione assicurativa, a tariffa immutata, e quindi non comportano maggiori oneri per le imprese.

⁴⁰ Cass. civ., sez. lav., 15 maggio 2020, n. 8988, che esclude il rischio elettivo e, quindi, la corresponsabilità del lavoratore qualora il datore di lavoro risulti inadempiente agli obblighi prevenzionistici, confermando, pur senza richiamarlo esplicitamente, il principio dell'affidamento spesso utilizzato in sede penale.

non può essere considerato rischio elettivo; l'esclusione non è configurabile a maggior ragione non sussistendo un obbligo vaccinale espresso o ricavabile in via interpretativa.

Gli ultimi punti meritano una breve riflessione.

Il rischio elettivo, nella ricostruzione della nutrita casistica giurisprudenziale, è assimilabile al profilo del dolo, mentre il rifiuto di vaccinarsi è più vicino al profilo della colpa che non interrompe il nesso causale e, quindi, non vanifica l'operatività dell'intervento dell'Ente assicuratore.

L'ultimo punto, relativo quello all'inesistenza di un obbligo vaccinale, e utilizzato dall'Istituto a chiusura della comunicazione dell'Inail, è venuto meno per alcuni settori nei mesi successivi, per le previsioni a tutti note.

Tuttavia, proprio una ricostruzione sistematica, basata sugli altri punti enunciati, sugli orientamenti consolidati e sulla loro *ratio* complessiva, fa prevalere una lettura garantista dei diritti dei lavoratori a vedersi riconosciuta l'indennità, semmai rilevando, il rifiuto di vaccinarsi, in un eventuale contenzioso sulla responsabilità del datore di lavoro per una riduzione del risarcimento, secondo le consuete considerazioni in ordine al rilievo del concorso di colpa del lavoratore nell'infortunio.

4. *La tutela previdenziale: il rapporto tra malattia sopravvenuta e carenza di Green pass*

I decreti n. 9/2020 (per il settore pubblico) e n. 18/2020 (per il settore privato) hanno equiparato l'assenza dal lavoro per quarantena o permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva, rispettivamente, al ricovero ospedaliero e alla malattia⁴¹, escludendo l'opzione più *tranchant* dell'impossibilità sopravvenuta che avrebbe comportato il venir meno dei trattamenti economici e previdenziali⁴². La medesima previsione è stata estesa ai lavoratori affetti da grave disabilità ovvero esposti al rischio per immunodepressione o esiti di patologie oncologiche o terapie salvavita; in tali ipotesi è risultato fondamentale l'apporto del medico competente (*supra* § 1.2.).

Il d.l. Fisco ha confermato fino al 31 dicembre 2021 l'indennità per quarantena Covid-19 (sia nel caso di sorveglianza attiva che di permanenza domiciliare fiduciaria) equiparandola alla malattia ai fini del trattamento economico previsto dalla normativa di riferimento e non computabile nel periodo di comporto.

⁴¹ L'assenza non è computata ai fini del comporto (art. 26 del d.l. n. 18/2020).

⁴² E.E. BOCCAFURNI, M. FATIGATO, *Covid-19 e infortuni sul lavoro: l'equiparazione tra causa violenta e causa virulenta nelle malattie professionali ai fini dell'accesso al relativo trattamento economico nella conversione in legge del c.d. d.l. "Cura Italia"*, in questa "Rivista", 2020, n. 1, p. 152 ss.; al lavoratore viene erogato, a carico dello Stato, l'intero trattamento previsto dai contratti collettivi, inclusa l'integrazione imposta al datore.

Il discorso però cambia nel caso di malattia (o fattispecie equiparata) insorta durante la “sospensione” – a vario titolo (ferie, permessi, aspettative non retribuite, giudizio di inidoneità, cassa integrazione, a cui si aggiungono le nuove disposizioni dei decreti emergenziali) – della prestazione lavorativa a fronte di mancata vaccinazione, nei settori in cui vige l’obbligo, o di mancato possesso del *Green pass*; entrambe (vaccino e certificazione) integrano condizioni essenziali e abilitanti per l’accesso ai luoghi di lavoro e l’esecuzione della prestazione⁴³.

In linea di principio l’impossibilità di rendere la prestazione esclude anche l’erogazione del trattamento per malattia⁴⁴, sebbene residuino dei dubbi sull’adempimento degli obblighi contributivi per le ragioni su cui tornerò tra poco; va, tuttavia, da subito operata una distinzione che vede nel 15 ottobre 2021 uno spartiacque fondamentale.

Per i soggetti sottoposti all’obbligo vaccinale tale data opera come termine ultimo per conseguire l’idoneità all’esecuzione della mansione con almeno una prima dose di vaccino (o un’unica soluzione di vaccino mono-dose); la malattia insorta dopo tale data non dovrebbe dar luogo a indennità.

Per i soggetti non sottoposti all’obbligo vaccinale il termine è, invece, mobile perché l’idoneità tramite *Green pass* è acquisibile in momenti successivi (con tampone, anche reiterato, con vaccinazione oppure a seguito di contagio e guarigione da Covid-19) e fino al 31 dicembre 2021 (salvo ulteriore proroga delle disposizioni).

Pertanto, con riguardo alla specifica disciplina del *Green pass*, si può ragionare sulle sorti delle misure previdenziali nell’ipotesi di sospensione (nel pubblico impiego e nelle aziende con meno di 15 dipendenti) e di assenza ingiustificata.

Un nodo rilevante riguarda, infatti, il rapporto tra malattia sopravvenuta e possesso della Certificazione verde. Non è, invero, passato inosservato il picco di assenze per malattia a ridosso dell’entrata in vigore dell’obbligo del *Green pass* il 15 ottobre 2021.

I dubbi sollevati dagli operatori giuridici hanno riguardato le assenze per eventi morbigeni successivi al 15 ottobre nel caso in cui il lavoratore fosse già risultato assente ingiustificato per mancato possesso del *Green pass*.

Secondo alcuni l’assenza ingiustificata prevale sull’assenza per malattia sopravvenuta e non sarebbe, quindi, dovuto il relativo trattamento, inclusa la c.d. carenza a carico del datore di lavoro. Tale lettura appare eccessivamente *tranchant* rispetto alla tenuta del sistema, in presenza di documentazione medica che – per

⁴³ Restano esclusi i lavoratori in modalità agile per cui non sia previsto il rientro in azienda, sebbene il lavoro agile non possa costituire un *escamotage* per sottrarsi alle disposizioni indicate nel testo.

⁴⁴ Per orientamento ormai pacifico la malattia insorta durante le ferie o il congedo parentale prevale, con connesso trattamento economico normativo, mentre ciò non accade nel caso di cassa integrazione, aspettativa non retribuita.

quanto sospetta nella tempistica – si deve ritenere valida, salvo casi eclatanti di assenze di massa, e comunque da accertare caso per caso nella sua veridicità⁴⁵.

Altro aspetto concerne il versamento dei contributi in caso di sospensione o assenza ingiustificata in quanto le norme dei decreti prevedono la non erogazione della retribuzione né di altro compenso o emolumento comunque denominato (art. 9 *septies*, comma 6, del d.l. n. 52/2021)⁴⁶, ferma l'esclusione di sanzioni disciplinari⁴⁷ e il diritto alla conservazione del posto.

Su tale profilo si riscontra una giurisprudenza abbastanza consolidata – che muove dalla premessa che il reddito imponibile ai fini previdenziali è quello che scaturisce dalla retribuzione dovuta al lavoratore in forza della normativa legislativa e collettiva – secondo cui gli eventi esterni non riconducibili alle casistiche contemplate dalla legge o dalla contrattazione collettiva (ad es. malattia, maternità, infortunio, aspettativa, permessi, cassa integrazione) non sono idonei a ridurre l'onere previdenziale che potrà essere oggetto di recupero per la parte omessa⁴⁸.

La Cassazione, nella sentenza del 3 giugno 2019, n. 15120⁴⁹, ha sancito che le assenze dal lavoro non contrattualmente giustificate non esonerano il datore di lavoro dal pagamento dei premi assicurativi e dai contributi previdenziali⁵⁰. Una sospensione consensuale della prestazione che derivi da una libera scelta del datore di lavoro, e costituisca il risultato dell'accordo tra le parti, non può determinare l'esenzione contributiva⁵¹.

Le Sezioni Unite del 2002⁵², richiamate nella sentenza, hanno infatti ribadito che «l'importo della retribuzione da assumere come base di calcolo dei contributi previdenziali non può essere inferiore all'importo di quella che ai lavoratori di un

⁴⁵ Cass. pen., sez. II, 7 dicembre 2015, n. 48328, secondo cui se esiste il fondato sospetto che l'azione di protesta sia stata realizzata con metodi illeciti (di fatto uno sciopero mascherato da malattia collettiva) è necessario un accertamento penale dell'abuso (nel caso di specie l'ipotesi delittuosa era quella di truffa e di interruzione di pubblico servizio).

⁴⁶ Si pensi alle ipotesi di indennità connesse alla mansione e buoni pasto. Con riguardo ai premi di produttività andrebbe verificato l'ancoraggio all'effettiva presenza e rimodulati *pro rata temporis* per evitare effetti sproporzionati.

⁴⁷ Con l'eccezione dei casi di accesso ai luoghi di lavoro senza *Green pass* o con documentazione alterata (art. 9 *septies*, comma 8, del d.l. n. 52/2021) che prevede l'irrogazione di sanzione amministrativa pecuniaria e sanzione disciplinare, in ragione del codice aziendale, con esclusione della misura espulsiva del licenziamento.

⁴⁸ Cfr. l'art. 29 del d.l. 23 giugno 1995, che nel settore edile individua una specifica ipotesi di esclusione del minimale contributivo; la norma prevede l'obbligo di calcolare la contribuzione previdenziale su una retribuzione minima (retribuzione virtuale) non inferiore a quella che si ottiene moltiplicando la retribuzione oraria contrattuale per un numero di ore settimanali pari all'orario di lavoro normale stabilito dal CCNL e dai contratti integrativi territoriali, con esclusione delle assenze per malattia, infortuni, scioperi, sospensione o riduzione di attività per intervento della Cigs.

⁴⁹ La fattispecie riguardava un verbale di accertamento dell'Inail nel quale l'Istituto aveva contestato a un datore di lavoro l'omesso versamento dei premi rapportati alle retribuzioni relative a periodi di assenza dal lavoro dei dipendenti dovute a cause diverse da ferie, malattia e altre ipotesi previste dalla legge o dal contratto collettivo di sospensione dell'attività lavorativa.

⁵⁰ La tutela offerta al lavoratore trova conferma nel principio di automaticità, cfr. D. CASALE, *L'automaticità delle prestazioni previdenziali. Tutele, responsabilità e limiti*, Bologna, Bononia University Press, 2017.

⁵¹ Cass. civ., sez. IV, 4 maggio 2011, n. 9805; Cass. civ., sez. lav., 13 ottobre 2009, n. 21700.

⁵² Cass. civ., SS.UU., 29 luglio 2002, n. 11199.

determinato settore sarebbe dovuta in applicazione dei contratti collettivi stipulati dalle associazioni sindacali più rappresentative su base nazionale (c.d. minimale contributivo)». Ciò in quanto la regola del minimale, prosegue la Corte nel 2019, deriva dal principio di autonomia del rapporto contributivo rispetto alle vicende dell'obbligazione retributiva⁵³, ben potendo l'obbligo contributivo essere parametrato a importo superiore a quanto effettivamente corrisposto dal datore di lavoro⁵⁴.

Nei casi citati la funzione welferistica soddisfatta dagli istituti assicurativi (indennità per infortunio professionale o *in itinere*) e previdenziali (indennità per malattia, obbligazione contributiva) va oltre la mera corrispettività, recuperando la vocazione sociale e solidale che attraversa e innerva la nostra Carta costituzionale.

Abstract

Il contributo vuole analizzare, in una prospettiva sistematica, il rapporto circolare tra disciplina emergenziale e disciplina prevenzionistica, con una specifica attenzione alle tutele ascrivibili, in senso ampio, al regime di sicurezza sociale.

The essay analyzes, in a systematic perspective, the circular relationship between the emergency pandemic discipline and the prevention of health in the workplace, with specific attention to the protections offered, in a broad sense, by the social security system.

Parole chiave

Pandemia, vaccino, salute, sicurezza, obblighi, previdenza

Keywords

Pandemic, vaccine, health, safety, obligations, social security

⁵³ Cass. civ., sez. lav., 3 ottobre 2018, n. 24109.

⁵⁴ Laddove, infatti, siano retribuite meno ore rispetto al normale orario di lavoro e su tale retribuzione venga calcolata la contribuzione non viene garantito il minimo contributivo previsto nell'art. 1 del d.l. 9 ottobre 1989, n. 338.