

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO DI MODENA
TERZA SEZIONE CIVILE
SOTTOSEZIONE LAVORO
ORDINANZA

Nella causa n. r.g. .

tra

(C.F.) e

(C.F.), con il patrocinio dell'Avv. e con domicilio eletto in

RICORRENTI

e

(C.F.), in persona del

legale rappresentante *pro tempore*, con il patrocinio degli Avv.ti e

, con domicilio eletto in

RESISTENTE

CONCLUSIONI DELLE PARTI: come in atti.

RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

Con ricorso cautelare *ex art. 700 c.p.c.* depositato in data 24.3.2021, e

hanno convenuto in giudizio la propria datrice di lavoro

per l'accoglimento delle seguenti conclusioni: «**IN VIA PRINCIPALE,**
con decreto inaudita altera parte:

ACCERTATA E DICHIARATA, per le causali di cui alla superiore narrativa, la
NULLITA',INVALIDITA'/ILLEGITTIMITA' del provvedimento di sospensione cautelativa
dall'attività e dalla retribuzione della _____, disposto nei loro confronti con
comunicazione del 27/1/2021 e, per l'effetto:

CONDANNARE la _____ in persona del legale rappresentante
pro tempore a riammettere con effetto immediato la sig.ra _____ e _____

_____ nel proprio posto di lavoro presso la cooperativa _____ con le medesime mansioni e la
stessa qualifica e condannare la medesima _____ in persona del legale rappresentante pro
tempore, alla corresponsione di quanto dovuto alle ricorrenti a titolo di retribuzione ed oneri
accessori, a decorrere dalla data di sospensione e fino alla effettiva ripresa dell'attività
lavorativa nonché condannare la medesima _____ al risarcimento dei danni non patrimoniali
subiti dalla ricorrenti da liquidarsi in via equitativa ai sensi dell'art 1226 c.c. in euro _____,
per ciascuna di esse o in quella diversa somma maggiore o minore che sarà ritenuta di
giustizia, il tutto oltre interessi e rivalutazione monetaria;

CONDANNARE, altresì, la odierna Resistente in persona del legale rappresentante pro-
tempore al versamento dei contributi assistenziali e previdenziali, dalla data della sospensione
fino a quella dell'effettiva riammissione nel posto di lavoro; EMETTERE tutti i conseguenti
provvedimenti. Con vittoria di spese e competenze.

IN VIA SUBORDINATA, previa fissazione dell'udienza per la comparizione delle parti e
concessione del termine per la notifica del presente ricorso e del decreto:

ACCERTATA E DICHIARATA, per le causali di cui alla superiore narrativa, la NULLITA',
L'INVALIDITA'/ILLEGITTIMITA' del provvedimento di sospensione cautelativa dall'attività e

dalla retribuzione della _____, disposto con comunicazione del 27/1/2021 e, per l'effetto:

CONDANNARE la _____, in persona del legale rappresentante pro tempore a riammettere con effetto immediato la sig.ra _____ e

_____ nel proprio posto di lavoro presso la cooperativa _____ con le medesime mansioni e la stessa qualifica e condannare la medesima _____, in persona del legale rappresentante pro tempore, alla corresponsione di quanto dovuto alle ricorrenti a titolo di retribuzione ed oneri accessori, a decorrere dalla data di sospensione e fino alla effettiva ripresa dell'attività lavorativa nonché condannare la medesima _____ al risarcimento dei danni non patrimoniali subiti dalla ricorrenti da liquidarsi in via equitativa ai sensi dell'art 1226 c.c. in euro _____ per ciascuna di esse o in quella diversa somma maggiore o minore che sarà ritenuta di giustizia, il tutto oltre interessi e rivalutazione monetaria;

CONDANNARE, altresì, la odierna Resistente in persona del legale rappresentante pro tempore al versamento dei contributi assistenziali e previdenziali, dalla data della sospensione fino a quella dell'effettiva riammissione nel posto di lavoro; EMETTERE tutti i conseguenti provvedimenti. Con vittoria di spese e competenze.

In ogni caso condannare la _____, in persona del legale rappresentante pro tempore, al pagamento delle retribuzione in favore delle ricorrenti dalla data della sospensione e per tutta la durata delle medesima».

A sostegno del ricorso si è prospettato: 1) di rivestire al contempo la figura di dipendente e di socia della cooperativa convenuta, rispettivamente a partire dal 1.3.2002 (con riferimento alla Sig.ra _____) e dal 1.11.2014 (con riferimento alla Sig.ra _____); 2) di svolgere mansioni di fisioterapista, livello D2, presso la Casa di Residenza per Anziani

3) per la Sig.ra _____, di avere ricevuto in data 29.12.2020 (con richiesta di sollecita restituzione) documentazione relativa alla vaccinazione anti covid-19 consistente in: modulo

consenso informato, nota informativa allegata e modulo di valutazione anamnestica; 4) per la Sig.ra [REDACTED] e, di avere ricevuto analoga documentazione da consegnare alla collega [REDACTED], quest'ultima non in turno di lavoro al momento della consegna del plico; 5) di avere restituito, previa sottoscrizione, la documentazione *de qua* in data 30.12.2020; 6) di avere partecipato a riunioni informative organizzate dalla datrice di lavoro, rispettivamente in data 31.12.2020 (con riferimento alla Sig.ra [REDACTED]) e 4.1.2021 (con riferimento alla Sig.ra [REDACTED]); 7) che in quelle occasioni, in cui era presente il Presidente della cooperativa, è stato trasmesso un intervento registrato del medico competente, Dott.ssa [REDACTED], 8) di avere richiesto, dopo tali riunioni, di potere avere ulteriori colloqui informativi sul vaccino e sui rischi/benefici della vaccinazione e di non aver ricevuto alcun riscontro datoriale; 9) di avere proseguito la propria prestazione lavorativa mediante utilizzo dei DPI forniti dalla Cooperativa; 10) di avere spedito alla cooperativa – rispettivamente in data 21.1.2021 (con riferimento alla Sig.ra [REDACTED]) e 25.1.2021 (con riferimento alla Sig.ra [REDACTED]) – comunicazione PEC in cui sono state richieste dettagliate informazioni sul vaccino; 11) di essere state convocate singolarmente in data 27.1.2021 presso l'Ufficio della Responsabile Risorse Umane e di avere ricevuto in quella sede, senza chiarimenti ulteriori, missiva di sospensione dal rapporto di lavoro e dalla retribuzione sino ad effettuazione completa della vaccinazione anti covid-19; 12) di avere inviato in data 1.2.2021 comunicazione alla Cooperativa di impugnativa della sanzione inflitta.

Nel censurare per plurime ragioni la determinazione datoriale, hanno rassegnato le conclusioni di cui al ricorso.

Con tempestiva memoria si è costituita in giudizio la Cooperativa datrice di lavoro che, in primo luogo, ha eccepito l'inammissibilità delle domande risarcitorie *ex adverso* formulate.

Nel prendere specifica posizione avverso le doglianze avversarie e nel ribadire la legittimità del proprio operato anche in ragione delle sopravvenienze normative emerse in corso di causa, ha rassegnato le seguenti conclusioni: «*in via pregiudiziale, rilevare l'inammissibilità delle*

domande di condanna alla corresponsione di una somma di denaro, senza, dunque accogliere tali domande proposte contro la , Società cooperativa sociale; in subordine, salvo gravame, e in ogni caso, rigettare le domande cautelari proposte dalla Signora e dalla Signora contro la , Società cooperativa sociale, per la carenza sia del requisito del fumus boni iuris, sia di quello del periculum in mora».

All'udienza del 4.5.2021 le parti discutevano la causa ed il G.L., a scioglimento della riserva assunta all'esito della stessa, ritenuto superfluo ogni ulteriore approfondimento istruttorio, ha pronunciato la presente ordinanza.

Il *thema decidendum* della presente controversia ha, innanzitutto, ad oggetto l'esame della domanda volta alla declaratoria di illegittimità della determinazione datoriale con cui è stata disposta in data 27.1.2021 la sospensione delle ricorrenti dal servizio e dalla retribuzione (v. docc. 1 e 2 ricorso nonché docc. 18 e 19 memoria difensiva) e, conseguentemente, alla condanna della resistente sia alla riammissione in servizio delle ricorrenti medesime sia alla corresponsione delle retribuzioni *medio tempore* non percepite.

S'impongono delle considerazioni preliminari di ordine generale.

In esegesi anche del disposto di cui all'art. 2094 c.c. si è avuto modo di chiarire che, mediante la stipula di un contratto di lavoro subordinato, il prestatore, a fronte dell'incameramento di una retribuzione, si obbliga a mettere a disposizione del datore la propria attività di lavoro. Potendosi individuare nello scambio tra la retribuzione e l'attività lavorativa subordinata la funzione principale e generale assolta dal contratto in questione, quest'ultimo si configura come un contratto oneroso di scambio, a prestazioni corrispettive.

Tradizionalmente si ritiene che l'obbligazione principale cui è astretto il lavoratore sia da individuarsi quindi nella offerta della prestazione di lavoro, intesa come messa a disposizione delle proprie personali energie lavorative a favore del datore di lavoro (v. in proposito anche

Cass., 26.2.2002, n. 2842: *«Ai fini della distinzione fra rapporto di lavoro subordinato e rapporto di lavoro autonomo, assume comunque valore determinante - anche a voler accedere ad una nozione più ampia della subordinazione, con riferimento a sistemi di organizzazione del lavoro improntati alla "esteriorizzazione" di interi cicli del settore produttivo - l'accertamento della avvenuta assunzione, da parte del lavoratore, dell'obbligo contrattuale di porre a disposizione del datore di lavoro le proprie energie lavorative e di impiegarle con continuità, fedeltà e diligenza, secondo le direttive di ordine generale impartite dal datore di lavoro e in funzione dei programmi cui è destinata la produzione, per il perseguimento dei fini propri dell'impresa datrice di lavoro»).*

Tenuto conto dell'evoluzione normativa che ha interessato la materia; attesa l'esistenza di un solidaristico principio che impone a ciascuna parte contrattuale di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra; considerato che – a livello causale – il contratto costituisce la sintesi degli interessi reali perseguiti in concreto dalle parti e obiettivizzatisi nel regolamento negoziale, si ritiene che le considerazioni iniziali possano essere arricchite di contenuto.

E' possibile ritenere infatti che il prestatore di lavoro sia astretto da ulteriori obblighi, tutti finalizzati a rendere la propria prestazione utile per il perseguimento dei fini propri dell'impresa datrice di lavoro (così come obiettivamente espressi nel contratto di lavoro) e alla effettiva realizzazione del sinallagma.

A conforto dell'assunto, e per quanto oggi interessa, si ritiene pertinente il richiamo al disposto di cui all'art. 20 D. Lgs. 81/2008: *«1. Ogni lavoratore deve prendersi 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, conformemente alla sua formazione, alle istruzioni e ai mezzi forniti dal datore di lavoro.*

2. I lavoratori devono in particolare:

- a) contribuire, insieme al datore di lavoro, ai dirigenti e ai preposti, all'adempimento degli obblighi previsti a tutela della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro;*
- b) osservare le disposizioni e le istruzioni impartite dal datore di lavoro, dai dirigenti e dai preposti, ai fini della protezione collettiva ed individuale;*
- c) utilizzare correttamente le attrezzature di lavoro, le sostanze e le miscele pericolose, i mezzi di trasporto, nonché i dispositivi di sicurezza¹;*
- d) utilizzare in modo appropriato i dispositivi di protezione messi a loro disposizione;*
- e) segnalare immediatamente al datore di lavoro, al dirigente o al preposto le deficienze dei mezzi e dei dispositivi di cui alle lettere c) e d), nonché qualsiasi eventuale condizione di pericolo di cui vengano a conoscenza, adoperandosi direttamente, in caso di urgenza, nell'ambito delle proprie competenze e possibilità e fatto salvo l'obbligo di cui alla lettera f) per eliminare o ridurre le situazioni di pericolo grave e incombente, dandone notizia al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza;*
- f) non rimuovere o modificare senza autorizzazione i dispositivi di sicurezza o di segnalazione o di controllo;*
- g) non compiere di propria iniziativa operazioni o manovre che non sono di loro competenza ovvero che possono compromettere la sicurezza propria o di altri lavoratori;*
- h) partecipare ai programmi di formazione e di addestramento organizzati dal datore di lavoro;*
- i) sottoporsi ai controlli sanitari previsti dal presente decreto legislativo o comunque disposti dal medico competente.*

3. I lavoratori di aziende che svolgono attività in regime di appalto o subappalto, devono esporre apposita tessera di riconoscimento, corredata di fotografia, contenente le generalità del lavoratore e l'indicazione del datore di lavoro. Tale obbligo grava anche in capo ai

lavoratori autonomi che esercitano direttamente la propria attività nel medesimo luogo di lavoro, i quali sono tenuti a provvedervi per proprio conto».

Da una piana lettura della disposizione in esame si evince che il prestatore di lavoro, nello svolgimento della prestazione lavorativa, è tenuto (non solo a mettere a disposizione le proprie energie lavorative ma anche) a osservare precisi doveri di cura e sicurezza per la tutela dell'integrità psico-fisica propria e di tutti i soggetti terzi con cui entra in contatto.

Si ritiene che la disposizione in esame rivesta natura precettiva, con conseguente sanzionabilità giuridica di comportamenti difformi dalla medesima.

Tanto per plurime ragioni.

A livello testuale si evidenzia che il Legislatore, nel corpo della disposizione, abbia fatto ricorso in plurime occasioni al verbo “dovere”, prescrivendo o proibendo poi specifici comportamenti utili a garantire la sicurezza sul luogo di lavoro.

Contegni a carattere attivo od omissivo che la giurisprudenza di legittimità ha individuato, in linea generale e tendenziale, quali regole cautelari di condotta: *«Anche il lavoratore è destinatario iure proprio della normativa antinfortunistica. In particolare, è imposto al lavoratore l'obbligo di prendersi cura della propria salute e sicurezza e di quella delle altre persone presenti sul luogo di lavoro, su cui possono ricadere gli effetti delle sue azioni od omissioni (art. 20, comma 1, d.lg. n. 81/08), nonché quello di osservare le disposizioni e le istruzioni impartite dal datore di lavoro (art. 20, lett. b) e di utilizzare i dispositivi di protezione messi a disposizione (art. 20, lettera d). Si tratta di obblighi cautelari "specifici", la cui violazione integra un addebito a titolo di "colpa specifica", che incidono nella determinazione del concorso di colpa della vittima»* (v. *ex multis*, Cass., 6.12.2011, n. 4397).

Il prestatore di lavoro è quindi titolare di precisi doveri di sicurezza e, pertanto, deve essere considerato soggetto responsabile a livello giuridico dei propri contegni.

Si osserva poi che, a opinare diversamente e così ad escludere un obbligo (giuridicamente rilevante) di collaborazione da parte del prestatore di lavoro in materia di sicurezza sul lavoro, si depotenzierebbe in misura più che significativa l'obbligo di sicurezza cui il datore di lavoro è sicuramente astretto ai sensi dell'art. 2087 c.c.

La disposizione in esame contempla infatti un obbligo di prevenzione che: *«impone al datore di lavoro di adottare non solo le particolari misure tassativamente imposte dalla legge in relazione al tipo di attività esercitata, che rappresentano lo standard minimale richiesto dal legislatore per la tutela della sicurezza del lavoratore, ma anche tutte le altre misure che in concreto siano richieste dalla specificità del rischio, atteso che la sicurezza del lavoratore costituisce un bene di rilevanza costituzionale (art. 41 Cost., comma secondo, che espressamente prevede limiti all'iniziativa privata per la sicurezza) che impone - a chi si avvalga di una prestazione lavorativa eseguita in stato di subordinazione - di anteporre al proprio legittimo profitto la sicurezza di chi tale prestazione esegua»* (Cass., 30.8.2004, n. 17314).

Obbligo di sicurezza e di prevenzione di centrale importanza per l'ordinamento tanto che la sua trasgressione da parte del datore di lavoro lo espone, sul piano civilistico, a responsabilità risarcitoria (di natura colposa e non già oggettiva, v. in proposito *ex multis* Cass., 29.3.2019, n. 8911) sia nei confronti del prestatore di lavoro che di terzi in virtù del disposto di cui agli artt. 1218 e 2043 c.c.

Viste le disposizioni sin qui richiamate, è evidente che il Legislatore abbia inteso concepire sia il datore di lavoro che il prestatore di lavoro quali soggetti attivi, tenuti a collaborare fattivamente alla realizzazione di un ambiente di lavoro salubre e sicuro. Il tutto per garantire il soddisfacimento e la tutela di beni di primaria rilevanza costituzionale (v. combinato disposto di cui agli artt. 32 e 41 Cost).

Con la conseguenza per cui la mancata osservanza ad opera di una parte del contratto del dovere di sicurezza non può che riverberarsi, in ragione della reciprocità delle obbligazioni cui sono astrette le parti contrattuali, in termini negativi sul sinallagma e sull'interesse della controparte a ricevere la prestazione *ex adverso* offerta.

A fronte di un contegno non pienamente collaborativo sul versante della sicurezza a cura del prestatore di lavoro può ritenersi quindi ragionevole – in base alle circostanze del caso concreto e all'entità della mancanza – una reazione datoriale, anche in termini di inibizione nella prosecuzione del rapporto.

Del resto, specularmente: *«In caso di violazione da parte del datore di lavoro dell'obbligo di sicurezza di cui all'art. 2087 cod. civ., è legittimo, a fronte dell'inadempimento altrui, il rifiuto del lavoratore di eseguire la propria prestazione, conservando, al contempo, il diritto alla retribuzione in quanto non possono derivargli conseguenze sfavorevoli in ragione della condotta inadempiente del datore»* (Cass., 1.4.2015, n. 6631).

Il caso oggi in esame impone di verificare se il dovere di collaborazione in materia di sicurezza, a cura del prestatore di lavoro impegnato nello svolgimento di mansioni a carattere prettamente sanitario, sia esigibile anche nell'ipotesi in cui la misura precauzionale da adottare sia costituita dalla sottoposizione al vaccino contro il *virus* Sars- Cov-2 (quest'ultimo da intendersi quale agente patogeno che può causare patologie infettive per l'uomo, rientrante nel gruppo di rischio n. 3 secondo la Direttiva UE 2020/739 – così come recepita nel nostro ordinamento dall'art. 4 D.L. 125/2020 e poi dall'art. 13 *sexdecies* D.L. 137/2020 – la cui contrazione costituisce, ai sensi dell'art. 42, co. 2, D.L. 18/2020, ipotesi di infortunio sul lavoro).

E quali siano le eventuali conseguenze prospettabili a carico del lavoratore che non abbia inteso sottoporsi a tale trattamento sanitario.

Trattamento sanitario la cui obbligatorietà non era, all'epoca dei fatti per cui è causa, prevista da alcuna espressa norma di legge (rilevante ai sensi dell'art. 32, co. 2, Cost.) ma che, al

contempo, costituiva e ancora ad oggi costituisce misura sanitaria utile a depotenziare la diffusione dell'agente patogeno di rischio (v. es. art. 1, co. 457, L. 178/2020 *“per garantire il piu' efficace contrasto alla diffusione del virus SARS-CoV-2, il Ministro della salute adotta con proprio decreto avente natura non regolamentare il Piano strategico nazionale dei vaccini per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2, finalizzato a garantire il massimo livello di copertura vaccinale sul territorio nazionale”*; v. Decreto Ministero della Salute del 2.1.2021).

La soluzione al problema non può prescindere dall'esame di un fondamentale intervento normativo, sopravvenuto nelle more del processo.

In particolare, l'art. 4 del D. L. 44/2021 stabilisce quanto segue: *“1. In considerazione della situazione di emergenza epidemiologica da SARS-CoV-2, fino alla completa attuazione del piano di cui all'articolo 1, comma 457, della legge 30 dicembre 2020, n. 178, e comunque non oltre il 31 dicembre 2021, al fine di tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza, gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario che svolgono la loro attività nelle strutture sanitarie, sociosanitarie e socio-assistenziali, pubbliche e private, nelle farmacie, parafarmacie e negli studi professionali sono obbligati a sottoporsi a vaccinazione gratuita per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2. La vaccinazione costituisce requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative rese dai soggetti obbligati. La vaccinazione è somministrata nel rispetto delle indicazioni fornite dalle regioni, dalle province autonome e dalle altre autorità sanitarie competenti, in conformità alle previsioni contenute nel piano.*

2. Solo in caso di accertato pericolo per la salute, in relazione a specifiche condizioni cliniche documentate, attestate dal medico di medicina generale, la vaccinazione di cui al comma 1 non è obbligatoria e può essere omessa o differita.

3. Entro cinque giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, ciascun Ordine professionale territoriale competente trasmette l'elenco degli iscritti, con l'indicazione del luogo di rispettiva residenza, alla regione o alla provincia autonoma in cui ha sede. Entro il medesimo termine i datori di lavoro degli operatori di interesse sanitario che svolgono la loro attività nelle strutture sanitarie, sociosanitarie, socio-assistenziali, pubbliche o private, nelle farmacie, parafarmacie e negli studi professionali trasmettono l'elenco dei propri dipendenti con tale qualifica, con l'indicazione del luogo di rispettiva residenza, alla regione o alla provincia autonoma nel cui territorio operano.

4. Entro dieci giorni dalla data di ricezione degli elenchi di cui al comma 3, le regioni e le province autonome, per il tramite dei servizi informativi vaccinali, verificano lo stato vaccinale di ciascuno dei soggetti rientranti negli elenchi. Quando dai sistemi informativi vaccinali a disposizione della regione e della provincia autonoma non risulta l'effettuazione della vaccinazione anti SARS-CoV-2 o la presentazione della richiesta di vaccinazione nelle modalità stabilite nell'ambito della campagna vaccinale in atto, la regione o la provincia autonoma, nel rispetto delle disposizioni in materia di protezione dei dati personali, segnala immediatamente all'azienda sanitaria locale di residenza i nominativi dei soggetti che non risultano vaccinati.

5. Ricevuta la segnalazione di cui al comma 4, l'azienda sanitaria locale di residenza invita l'interessato a produrre, entro cinque giorni dalla ricezione dell'invito, la documentazione comprovante l'effettuazione della vaccinazione, l'omissione o il differimento della stessa ai sensi del comma 2, ovvero la presentazione della richiesta di vaccinazione o l'insussistenza dei presupposti per l'obbligo vaccinale di cui al comma 1. In caso di mancata presentazione della documentazione di cui al primo periodo, l'azienda sanitaria locale, successivamente alla scadenza del predetto termine di cinque giorni, senza ritardo, invita formalmente l'interessato a sottoporsi alla somministrazione del vaccino anti SARS-CoV-2, indicando le modalità e i termini entro i quali adempiere all'obbligo di cui al comma 1. In caso di presentazione di

documentazione attestante la richiesta di vaccinazione, l'azienda sanitaria locale invita l'interessato a trasmettere immediatamente e comunque non oltre tre giorni dalla somministrazione, la certificazione attestante l'adempimento all'obbligo vaccinale.

6. Decorsi i termini di cui al comma 5, l'azienda sanitaria locale competente accerta l'inosservanza dell'obbligo vaccinale e, previa acquisizione delle ulteriori eventuali informazioni presso le autorità competenti, ne dà immediata comunicazione scritta all'interessato, al datore di lavoro e all'Ordine professionale di appartenenza. L'adozione dell'atto di accertamento da parte dell'azienda sanitaria locale determina la sospensione dal diritto di svolgere prestazioni o mansioni che implicano contatti interpersonali o comportano, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio da SARS-CoV-2.

7. La sospensione di cui al comma 6, è comunicata immediatamente all'interessato dall'Ordine professionale di appartenenza.

8. Ricevuta la comunicazione di cui al comma 6, il datore di lavoro adibisce il lavoratore, ove possibile, a mansioni, anche inferiori, diverse da quelle indicate al comma 6, con il trattamento corrispondente alle mansioni esercitate, e che, comunque, non implicano rischi di diffusione del contagio. Quando l'assegnazione a mansioni diverse non è possibile, per il periodo di sospensione di cui al comma 9, non è dovuta la retribuzione, altro compenso o emolumento, comunque denominato.

9. La sospensione di cui al comma 6 mantiene efficacia fino all'assolvimento dell'obbligo vaccinale o, in mancanza, fino al completamento del piano vaccinale nazionale e comunque non oltre il 31 dicembre 2021.

10. Salvo in ogni caso il disposto dell'articolo 26, commi 2 e 2-bis, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, per il periodo in cui la vaccinazione di cui al comma 1 è omessa o differita e comunque non oltre il 31 dicembre 2021, il datore di lavoro adibisce i soggetti di cui al comma 2 a mansioni anche diverse, senza

decurtazione della retribuzione, in modo da evitare il rischio di diffusione del contagio da SARS-CoV-2.

11. Per il medesimo periodo di cui al comma 10, al fine di contenere il rischio di contagio, nell'esercizio dell'attività libero-professionale, i soggetti di cui al comma 2 adottano le misure di prevenzione igienico-sanitarie indicate dallo specifico protocollo di sicurezza adottato con decreto del Ministro della salute, di concerto con i Ministri della giustizia e del lavoro e delle politiche sociali, entro venti giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto.”.

Per quanto oggi interessa, la disposizione in esame evidenzia che la vaccinazione costituisce requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative dei soggetti di cui al primo comma.

Trattamento sanitario la cui mancata sottoposizione comporta, salvo l'ipotesi derogatoria di cui al co. 2 e salva l'adibizione a cura del datore di lavoro a mansioni diverse e in luoghi in cui non si verifichi il rischio di contagio, la sospensione dal diritto di svolgere prestazioni o mansioni che implicano contatti interpersonali e dal diritto a percepire la retribuzione.

La mancata e non giustificabile collaborazione del prestatore di lavoro alla creazione di un ambiente di lavoro salubre e sicuro per sé e per gli altri (mediante non sottoposizione ad un trattamento sanitario utile a contingentare gli effetti negativi scaturenti dall'emergenza pandemica in atto) costituisce pertanto un contegno che incide in misura significativa sul sinallagma, tanto da comportare o una modifica delle mansioni in concreto affidabili o addirittura la sospensione temporanea del rapporto.

Conseguenze di natura squisitamente oggettiva (non è prevista a carico del prestatore di lavoro l'apertura di un procedimento disciplinare, con le guarentigie assicurate dall'art. 7 L. 300/1970), legate anche all'impossibilità – nell'ipotesi estrema di temporanea sospensione del rapporto – per il datore di lavoro di ricevere una prestazione di lavoro per vero imperfetta (poiché carente

di un requisito essenziale) e concretamente inutile (poiché potenziale fonte di danno e di responsabilità in capo al datore di lavoro stesso).

Si ritiene che tale assetto di interessi si ponga in linea di continuità con un importante principio offerto dalla Corte Costituzionale con pronuncia del 23.5.1994, n. 218: *«La tutela della salute non si esaurisce tuttavia in queste situazioni attive di pretesa. Essa implica e comprende il dovere dell'individuo di non ledere né porre a rischio con il proprio comportamento la salute altrui, in osservanza del principio generale che vede il diritto di ciascuno trovare un limite nel reciproco riconoscimento e nell'eguale protezione del coesistente diritto degli altri»*.

Pur essendo dato normativo sopravvenuto, si ritiene che la novella di cui si è dato conto costituisca un elemento esegetico utile ai fini della definizione della controversia (v. in proposito anche Cass., SS. UU., 28.1.2021, n. 2061, punto 4.3 della motivazione).

Deve darsi atto poi di un apprezzabile orientamento, maturato precedentemente all'avvento della novella, che aveva raggiunto conclusioni equiparabili a quelle cui è pervenuto il Legislatore.

E' stato precisato che nell'ambito di un rapporto di lavoro contrassegnato dal disimpegno di mansioni a contenuto sanitario (specialmente, come nel caso di specie, ove il prestatore di lavoro entra in contatto con soggetti fragili, deboli che, in ragione dell'evento pandemico, risultano notoriamente esposti con maggiore probabilità alle conseguenze negative del *virus*), la protezione e la salvaguardia della salute dell'utenza rientri nell'oggetto della prestazione esigibile. Tutela della salute dell'utenza, penetrata nella struttura del contratto tanto da qualificare la prestazione lavorativa, che non può che attuarsi (anche) mediante la sottoposizione al trattamento sanitario del vaccino contro il *virus* Sars Cov-2.

Con la conseguenza per cui un ingiustificato contegno astensivo rende la prestazione (ove tramontata la possibilità di ricollocamento *aliunde*) inutile, irricevibile da parte del datore di

lavoro poiché inidonea al soddisfacimento dell'interesse creditorio e alla realizzazione del sinallagma, così come obiettivizzatosi nel regolamento contrattuale.

A fronte di una sopravvenuta irrealizzabilità del contratto per fattori sopravvenuti, è stata così ritenuta ragionevole la scelta datoriale di adottare una determinazione cautelativa, finalizzata ad una sospensione temporanea del rapporto contrattuale.

Spostando le considerazioni al caso di specie, costituisce circostanza pacifica e non controversa tra le parti che le due ricorrenti fossero adibite allo svolgimento di mansioni a carattere sanitario-fisioterapico, all'interno della Casa di Riposo per Anziani , i cui ospiti sono costituite da persone anziane, non autosufficienti.

E' ragionevole ritenere quindi che, fin dagli esordi del rapporto, la salvaguardia e il miglioramento delle condizioni di salute degli ospiti della struttura rientrassero nell'oggetto della prestazione richiesta alle ricorrenti. In altre parole si ritiene che la tutela della salute dell'utenza della RSA costituisca un elemento penetrante nella struttura del contratto, qualificando la prestazione cui le ricorrenti sono astrette.

Parimenti non si controverte in ordine alla circostanza per cui le ricorrenti non si siano sottoposte al trattamento sanitario della vaccinazione contro il virus Sars Cov-2.

Non costituisce oggetto di controversia tra le parti l'incollocabilità *aliunde* delle due lavoratrici (parte resistente ha in ogni caso evidenziato dell'impossibilità di "ripescare" le ricorrenti, tenuto conto dell'impossibilità di adibirle a mansioni di contatto con l'utenza e dell'impossibilità all'epoca di adibirle a servizi ausiliari presso le strutture – in cui la cooperativa opera – che offrono servizi educativi a bambini fino a tre anni in ragione dei provvedimenti interdittivi applicati a livello nazionale e locale).

Le ricorrenti non hanno documentato di versare in una condizione clinica incompatibile con la vaccinazione.

Tenuto conto delle considerazioni espresse in apertura di motivazione; tenuto conto della particolare qualifica rivestita dalle ricorrenti (fisioterapiste); tenuto conto dell'ambiente di lavoro in cui le stesse operavano (Casa di Riposo per Anziani -); considerato che l'aggiornamento del 12.12.2020 al piano strategico nazionale (v. doc. 3 memoria difensiva) contemplava, per la prima fase della campagna vaccinale, la vaccinazione in via prioritaria (tra l'altro) degli operatori sanitari e sociosanitari (poiché *“hanno un rischio più elevato di essere esposti all'infezione da Covid-19 e di trasmetterla a pazienti suscettibili e vulnerabili in contesti sanitari e sociali”*) nonché ai residenti e al personale dei presidi residenziali per anziani (poiché *“un'elevata percentuale di residenze sanitarie assistenziali (RSA) è stata gravemente colpita dal Covid-19. I residenti di tali strutture sono ad alto rischio di malattia grave a causa dell'età avanzata”*); preso atto della incollocabilità aliunde delle ricorrenti, si ritiene corretto l'impugnato provvedimento adottato dalla resistente.

Il contegno omissivo serbato dalle ricorrenti (non rimproverabile a livello soggettivo per inserirsi, nel difetto di espressa previsione legislativa contemplante l'obbligo di vaccinazione, nell'alveo di libertà riconosciuto dall'art. 32 della Carta Fondamentale) ha inciso in maniera oggettiva, sopravvenuta e significativa sul sinallagma, rendendo di fatto impossibile la fruizione della prestazione da parte della convenuta. Società cooperativa, datrice di lavoro che ha visto frustrato il proprio interesse individuale (così come obiettivizzato nel contratto di lavoro) e che quindi si è legittimamente risolta nel sospendere temporaneamente (fino a vaccinazione completata, v. docc.18 e 19 memoria difensiva) il rapporto di lavoro.

Determinazione, scevra da ogni giudizio sui convincimenti personali delle lavoratrici, che si ritiene adeguata e proporzionata, nella misura in cui non elide istantaneamente e in via irrecuperabile il rapporto ma si limita temporaneamente (e con un limite certo, per vero poi individuato anche dal Legislatore) a sospendere l'efficacia del rapporto.

Le considerazioni sin qui esposte, si ritengono non essere sovvertite dalle indicazioni di segno contrario esposte in ricorso.

Con un primo motivo di doglianza parte ricorrente prospetta come, all'epoca dei fatti, non vi fosse un obbligo legale di vaccinazione in capo al personale sanitario (con conseguente impossibilità di sanzionare il contegno astensivo serbato) e che la condotta datoriale non si pone in linea di continuità con il disposto di cui all'art. 279 D. Lgs. 81/2008 (norma che, là dove prescrive l'obbligo in capo al datore di lavoro di "mettere a disposizione" il vaccino, subordinerebbe la realizzazione del trattamento sanitario *de quo* ad una fattispecie consensuale tra datore di lavoro e prestatore di lavoro, per vero assente nel caso di specie).

Si ritiene eccentrico il riferimento normativo evocato dalle ricorrenti, poiché non applicabile al caso di specie.

Ed infatti, allo stato degli atti, il vaccino costituisce bene *extra commercium*, sottratto alla disponibilità dei privati (e così anche da parte dell'odierna resistente), il cui acquisto e la cui gestione compete esclusivamente – nel rispetto delle reciproche competenze – allo Stato e agli Enti territoriali. Con conseguente impossibilità per il datore di mettere a disposizione il vaccino a favore dei propri dipendenti.

La mancanza di un obbligo legale di vaccinazione all'epoca in cui si è sviluppata la vicenda per cui oggi è causa costituisce dato non oggetto di discussione.

Tuttavia, contrariamente a quanto prospettato in ricorso, per le ragioni esposte deve ritenersi che il contegno serbato dalle ricorrenti non possa ritenersi privo di conseguenze giuridiche.

Pur non concretando un inadempimento soggettivamente rimproverabile, si è evidenziato infatti come la mancata sottoposizione al trattamento sanitario abbia comportato, su un piano oggettivo, l'irrealizzabilità temporanea del sinallagma e il sopravvenuto, legittimo, temporaneo disinteresse per la Cooperativa a ricevere la prestazione.

La prospettazione di parte ricorrente appare non particolarmente condivisibile poiché, nell'affermare l'assoluta primazia del proprio diritto di libertà, tratteggia un assetto di interessi (non condiviso nemmeno successivamente dal Legislatore con il proprio intervento normativo del 1.4.2021) che non contempera il contestuale interfacciarsi di istanze di libertà di autodeterminazione individuale nelle scelte inerenti le cure sanitarie, di esigenze di tutela della salute collettiva nonché di esigenze organizzative datoriali anche in punto di esigibilità della prestazione lavorativa, nei cui confronti non possono ricadere – in termini negativi, di eventuale responsabilità nei confronti del prestatore di lavoro stesso e di soggetti terzi – le scelte altrui.

Responsabilità datoriale che non può essere esclusa *de plano* per il rispetto del Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del Covid-19, considerato che lo stesso è stato adottato in un momento storico (aprile 2020) in cui non era ancora disponibile il vaccino.

Passando al secondo motivo di doglianza, parte ricorrente lamenta la violazione da parte della resistente del principio del consenso informato.

Evidenzia in particolare di essere stata costretta a sottoscrivere a stretto giro, un modulo di consenso informato, attestando fatti non ancora verificatisi (es. illustrazione della nota informativa, esame scheda anamnestica con personale sanitario, ricezione di risposte esaurienti da parte di professionisti sanitari). Evidenzia poi che, pur a fronte di formali richieste, il datore di lavoro non avrebbe fornito loro esaurienti delucidazioni circa la sicurezza del vaccino.

Si ritengono i rilievi non persuasivi.

La somministrazione del vaccino è esclusiva prerogativa – nei limiti e nel raccordo delle rispettive competenze – del S.S.N. e del Servizio Sanitario Regionale. Si ritiene che costoro – nella veste di soggetti che acquistano, gestiscono e concretamente inoculano il vaccino – siano le figure astrette dal dovere informativo di cui si discute, cui devono pertanto essere rivolte eventuali doglianze.

Il datore di lavoro è un soggetto privo di particolari poteri di intervento nella vicenda e, pertanto, non risulta titolare di particolari informazioni, aggiuntive rispetto a quelli attingibili da qualunque consociato attraverso gli ordinari canali di informazione.

Come terzo motivo di censura, parte ricorrente evidenzia che la determinazione datoriale è stata assunta senza previo giudizio di inidoneità, a cura del medico competente.

Si è già avuto modo di evidenziare che la mancata sottoposizione al trattamento sanitario vaccinale (misura idonea ad arginare la diffusione del contagio della malattia infettiva e ritenuta dal Legislatore del 1.4.2021 requisito essenziale per lo svolgimento della mansione sanitaria) comporta *ipso iure*, senza bisogno di accertamenti ulteriori, l'irricevibilità della prestazione originaria. Con conseguente adibizione a mansioni diverse da quelle pattuite e sino ad allora espletate oppure, ove ciò non è possibile (come nel caso di specie), con conseguente sospensione del rapporto. Non vi è prova in atti di riscontri medici idonei a dimostrare l'esistenza di condizioni cliniche delle ricorrenti incompatibili con la sottoposizione al trattamento vaccinale.

Si evidenzia poi che nella procedura tratteggiata dall'art. 4 del D.L. 44/2021 non è previsto, per l'ipotesi di sospensione del rapporto, un coinvolgimento del medico aziendale per la declaratoria di inidoneità alla mansione.

Le argomentazioni sin qui espresse escludono la fondatezza del quarto motivo di doglianza, ove si lamenta il mancato rispetto da parte della Cooperativa delle guarentigie di cui all'art. 7 L. 300/1970 in sede di adozione dell'impugnato provvedimento di sospensione.

La genericità delle doglianze (non corredate da istanze probatorie); l'impossibilità di applicare retroattivamente, ai fatti di causa, gli oneri strettamente procedurali previsti dall'art. 4 D. L. 44/2021 escludono la fondatezza del quinto rilievo, fondato su una prospettata violazione della *privacy* da parte della cooperativa.

La riscontrata carenza del requisito del *fumus boni iuris* a supporto della domanda di accertamento di invalidità dell'impugnato provvedimento di sospensione esime lo scrutinio delle deduzioni espresse dalla ricorrente in punto di *periculum in mora*.

Ed infatti, per condivisibile orientamento giurisprudenziale e dottrinale, la tutela cautelare atipica presuppone che ricorrano congiuntamente i requisiti del cd. "*fumus boni iuris*" e del "*periculum in mora*", con preclusione della concessione del provvedimento interinale richiesto allorquando manchi anche uno solo dei predetti requisiti (v. *ex multis*: Tribunale Roma, 27.1.2017; v. Tribunale Bari, 4.10.2016; Tribunale Avellino, 21.4.2016).

La domanda interinale volta al risarcimento del pregiudizio patito dalle ricorrenti in conseguenza della condotta datoriale è da ritenersi infondata non solo per la riscontrata legittimità della determinazione datoriale ma anche perché priva del requisito del *periculum in mora* (*sub specie* esistenza di un pregiudizio irreparabile) poiché il danno lamentato potrà trovare *in thesi* ristoro, all'interno di un ordinario procedimento di cognizione, tramite tecniche di tutela di risarcimento per equivalente.

La novità della questione, la natura delle parti, la sopravvenienza in corso di causa di un importante intervento legislativo, costituiscono tutte cause che giustificano una compensazione integrale delle spese di lite *ex art. 92, co. 2, c.p.c.*

P.Q.M.

Il Tribunale di Modena, in funzione di Giudice del Lavoro, così provvede:

- 1) Rigetta il ricorso;
- 2) Compensa integralmente le spese di lite fra le parti.

Modena, 19.5.2021

Il Giudice del Lavoro

Dott. Edoardo Martinelli