

Tribunale di Modena sez. lav., 23/07/2021, n. 2467

(omissis)

premesso che:

â?? il procedimento Ã stato trattato nelle forme â??cartolariâ?• ex art. 221, comma 8, L. n. 77/2020;

â?? le parti hanno depositato note scritte nel termine concesso; rilevato che:

â?? con ricorso ex art. 700 c.p.c. del 24.03.2021, (omissis) e (omissis) chiedevano dichiararsi la nullitÃ /invaliditÃ /illegittimitÃ del provvedimento di sospensione cautelativa dal servizio e dalla retribuzione â?? adottato dalla datrice di lavoro in data 27.01.2021 â?? e, per lâ??effetto, condannarsi (omissis) Soc. Coop. a riammetterle nel proprio posto di lavoro con le stesse mansioni e la stessa qualifica e a corrispondere le retribuzioni dovute dal giorno della sospensione allâ??effettiva ripresa dellâ??attivitÃ lavorativa;

â?? le ricorrenti deducevano: 1) di essere dipendenti e socie della cooperativa, con mansioni di fisioterapiste di livello D2, in servizio presso la Casa di Residenza per Anziani â??(omissis)â?• di Modena; 2) che la convenuta consegnava la documentazione relativa alla vaccinazione anti Sars-Cov-2 (modulo consenso informato, nota informativa allegata e modulo di valutazione anamnestica); 3) che in data 30.12.2020 restituivano il modulo di consenso â??sottoscrivendo il diniegoâ?•; 4) di avere partecipato a riunioni informative organizzate dalla datrice di lavoro in data 31.12.2020 e in data 04.01.2021; 5) che nel corso delle riunioni veniva trasmesso un intervento registrato del medico competente, dott.ssa (omissis); 6) di avere richiesto ulteriori informazioni sui rischi/benefici della vaccinazione e di non aver ricevuto alcun riscontro dalla datrice di lavoro; 7) che nellâ??esercizio dellâ??attivitÃ lavorativa utilizzavano i D.P.I. forniti dalla cooperativa; 8) che in data 27.01.2021 il responsabile delle Risorse Umane consegnava il provvedimento di sospensione dal lavoro e dalla retribuzione sino ad effettuazione completa della vaccinazione anti Covid-19;

rilevato che:

â?? la cooperativa (omissis) eccepiva lâ??inammissibilitÃ delle domande risarcitorie e lâ??infondatezza in fatto e in diritto del ricorso;

rilevato che:

â?? il ricorso cautelare veniva rigettato con ordinanza del 19.05.2021;

Il giudice di prime cure affermava la sussistenza di un dovere solidaristico a carico del prestatore di lavoro, implicante 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; lo stesso giudice, inoltre, evidenziava che la mancata vaccinazione del personale sanitario rendeva impossibile la fruizione della prestazione lavorativa da parte del datore di lavoro, quale soggetto civilmente responsabile, ai sensi degli artt. 2043 e 2087 cod. civ., per i danni patiti dal personale dipendente e dai terzi;

l'ordinanza reclamata escludeva l'applicazione della disciplina introdotta con il D.L. n. 44/2021;

rilevato che:

(omissis) e (omissis) proponevano tempestivo reclamo, ribadendo le precedenti doglianze e lamentando la contraddittorietà dell'ordinanza in punto alla questione dell'applicazione del D.L. n. 44/2021 (ora L. n. 76/2021); esse, infine, dichiaravano di rinunciare alla domanda di risarcimento danni.

1. Sul *periculum in mora*

considerato che:

È incontroverso in atti che: a) le ricorrenti sono dipendenti della Cooperativa (omissis) e lavorano presso la Casa di Residenza per Anziani (omissis) di Modena con mansioni di fisioterapista; b) le due lavoratrici non si sono sottoposte al trattamento sanitario della vaccinazione contro il virus Sars-Cov-2; c) con provvedimento del 27.01.2021 la cooperativa (omissis) ha disposto la sospensione cautelativa dal lavoro e dalla retribuzione delle ricorrenti (cfr. doc. ti 1,2, ricorrenti); d) la 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; e) le reclamanti non hanno documentato infermità o condizioni cliniche ostative all'inoculazione del vaccino;

considerato che:

in tema di tutela cautelare atipica, il provvedimento d'urgenza richiesto dal lavoratore ex art. 700 c.p.c. presuppone che ricorrano congiuntamente i requisiti del cd. *fumus boni iuris*, ossia l'evidente fondatezza della pretesa e del *periculum in mora*, costituito dal fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, e dunque non ristorabile per equivalente. Il provvedimento dev'essere rifiutato allorquando manchi anche uno solo dei predetti requisiti;

il pregiudizio irreparabile, richiesto dall'art. 700 c.p.c., deve essere inteso non solo nel senso di irreversibilità del danno alla situazione soggettiva di cui si invoca la cautela ma anche

come insuscettibilit  di ottenere tutela piena ed effettiva della situazione medesima all'esito del giudizio di merito. Tale requisito non pu  ricorrere con riferimento ai diritti derivanti dai rapporti obbligatori, essendo questi per loro natura suscettibili in ogni caso di riparazione economica. L'esistenza del *periculum in mora* deve essere accertata caso per caso in relazione all'effettiva situazione socio economica del lavoratore, talch  il ricorrente   tenuto ad allegare e provare circostanze (in ordine alla sua situazione familiare, alla necessit  di affrontare spese indilazionabili, alla compromissione del suo equilibrio psico fisico) dalle quali emerga che la perdita del posto di lavoro o la mancata assunzione e quindi la conseguente perdita (o mancata acquisizione) della retribuzione possa configurarsi come fonte di pregiudizio irreparabile, cos  da permettere alla controparte l'esercizio di un'effettiva difesa ed al giudice di operare una verifica finalizzata alla tutela di un pregiudizio concretamente e non teoricamente irrimediabile, non potendo il *periculum in mora* reputarsi esistente *in re ipsa* neppure nel fatto stesso della disoccupazione (Tribunale S. Maria Capua V., sez. lav., 13/05/2010);

la mera perdita della retribuzione non concretizza di per s  il pregiudizio imminente ed irreparabile di cui all'art. 700 c.p.c., trattandosi di danno sempre risarcibile *ex post*. Siffatto presupposto si realizza, per contro, allorch  la perdita della fonte di reddito incida su diritti essenziali del lavoratore, tali da richiedere un immediato soddisfacimento, quali il diritto ad un'esistenza libera e dignitosa, il diritto alla salute ovvero altri diritti insuscettibili di risarcimento per equivalente, come, ad esempio, il diritto alla formazione, all'elevazione professionale o all'immagine. Ne discende che il lavoratore che agisce in via d'urgenza deve allegare le circostanze di fatto in relazione alle quali il provvedimento datoriale produce in concreto effetti lesivi di carattere irreparabile che non possono reputarsi insiti nella mera circostanza della perdita della retribuzione.

rilevato che:

parte ricorrente afferma che *nel caso che ci occupa   pienamente integrata la lesione del diritto al lavoro quale effetto della sospensione illegittima e contra legem a cui si lega il venir meno della retribuzione che ha privato le reclamanti di una fonte importante di sostentamento per la loro famiglia. [ !] Dalla data della sospensione (27/01/2021) ad oggi, le reclamanti sono state private di quattro mesi di retribuzione: 4 mesi che hanno inciso e incideranno negativamente anche nella loro sfera patrimoniale. Privare la loro famiglia di una fondamentale fonte di reddito   motivo di pregiudizio sia imminente sia irreparabile. Il periculum in mora, nel caso di perdita della retribuzione va considerato in re ipsa*;

ritenuto che:

l'allegazione attorea   lacunosa. La documentazione versata in atti non consente di ricostruire la situazione patrimoniale e reddituale del nucleo familiare delle due lavoratrici. Esse

hanno dichiarato che le rispettive famiglie sono state private *di una fondamentale fonte di reddito*• ma non vi Ã prova in atti della retribuzione mensile percepita dai congiunti. Non sono state prodotte le attestazioni ISEE e le dichiarazioni dei redditi dei componenti della famiglia, nÃ© documentazione equipollente (es. buste paga) comprovante il reddito complessivo del nucleo familiare o la disponibilitÃ di risorse economiche idonee a garantire una vita dignitosa. EÃ quindi impossibile verificare se il provvedimento datoriale abbia creato una situazione di indigenza economica, impedendo alle ricorrenti di far fronte ai bisogni della vita quotidiana, propri e dei componenti del nucleo familiare.

Non vi Ã neppure la prova della lesione irreversibile di un diritto di natura non patrimoniale. Il pregiudizio deve essere connotato dalla irreperabilitÃ e non puÃ² ritenersi *in re ipsa* per il solo fatto dell'interruzione temporanea della prestazione lavorativa. EÃ necessario che la sospensione dal lavoro determina una compromissione irreversibile di posizioni soggettive di carattere assoluto, con ripercussioni negative nella sfera personale e psico-fisica del lavoratore. Difetta lâ allegazione dei danni alla sfera professionale, in termini di mancata progressione di carriera o di dequalificazione professionale, correlati alla temporanea inibizione all'espletamento delle mansioni di fisioterapista.

La carenza del periculum in mora conduce al rigetto del ricorso, venendo meno uno dei requisiti della tutela invocata.

2. Sul *fumus boni iuris*

ritenuto che:

Ã si appalesa insussistente anche il requisito del *fumus boni iuris*. Il Collegio condivide la ricostruzione sistematica proposta dal giudice di prime cure, rispondente ad un ragionevole ed equo contemperamento dei contrapposti interessi, tutti di rilevanza costituzionale.

Nell'ordinanza reclamata si evidenzia chiaramente come la determinazione datoriale non abbia in alcun modo conculcato il diritto delle ricorrenti di rifiutare la somministrazione del vaccino anti Sars Covid-2. Il diritto alla libertÃ di autodeterminazione, che trova copertura costituzionale negli artt. 2 e 32, deve essere bilanciato con altri diritti di rilevanza costituzionale. L'inserimento del lavoratore nel contesto sociale *id est* microcosmo lavorativo impone un bilanciamento con il diritto alla salute dei pazienti della struttura sanitaria (soggetti fragili, con pregresse e invalidanti patologie) e degli altri dipendenti, nonchÃ con il principio di libera iniziativa economica ex art. 41 Cost. La Corte Costituzionale ha confermato la natura ambivalente della tutela costituzionale della salute, da una lato quale diritto all'autodeterminazione del singolo e dall'altro quale interesse della collettivitÃ : *art. 32 Cost. postula il necessario contemperamento del diritto alla salute del singolo (anche nel suo contenuto di libertÃ di cura) con il coesistente e reciproco diritto degli altri e con l'interesse della collettivitÃ (da ultimo sentenza n. 268 del 2017) [â?]* Dunque, i valori costituzionali coinvolti nella problematica delle

vaccinazioni sono molteplici e implicano, oltre alla libertà di autodeterminazione individuale nelle scelte inerenti alle cure sanitarie e la tutela della salute individuale e collettiva (tutelate dall'art. 32 Cost.) (Sent. n. 5/2018, analogamente Sent. n. 267/2017); analogamente Sent. n. 258/1994: «Tali considerazioni meritano attenta riflessione ma non possono essere correttamente apprezzate se non in necessario bilanciamento con la considerazione anche del parallelo profilo che concerne la salvaguardia del valore (compresente come detto nel precetto costituzionale evocato) della salute collettiva, alla cui tutela oltre che, (non va dimenticato) a tutela della salute dell'individuo stesso sono finalizzate le prescrizioni di legge relative alle vaccinazioni obbligatorie.»

A fronte del principio di solidarietà collettiva, gravante sulla generalità dei consociati (compresi i lavoratori), deve ritenersi legittima la scelta datoriale che, nel contemperare i suddetti principi, disponga la temporanea sospensione dal lavoro e dalla retribuzione del dipendente, in luogo dell'interruzione del rapporto di lavoro (tutelato dall'art. 4 Cost.), onde preservare l'incolumità degli utenti della struttura sanitaria e del personale dipendente (compresa la salute del lavoratore attinto dal provvedimento di sospensione). Trattasi di misura connotata da una evidente finalità precauzionale, in quanto diretta a prevenire la diffusione del contagio all'interno della RSA. 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. dalla 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. Leg. 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 comorbidità, 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. In ragione della tipologia delle mansioni espletate (cura e assistenza a persone anziane e con molteplici patologie) e della

specificità del contesto lavorativo e dell'utenza della RSA, è possibile sostenere che l'assolvimento dell'obbligo vaccinale inerisca alle mansioni del personale sanitario. Il rifiuto della somministrazione, non giustificato da cause di esenzione e da specifiche condizioni cliniche, costituisce impedimento di carattere oggettivo all'espletamento della prestazione lavorativa. Tale opzione esecutiva è avallata dallo *jus superveniens*, poiché l'art. 4, comma 1 del D.L. n. 44/2021 (conv. L. n. 76/2021) stabilisce che *«La vaccinazione costituisce requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative rese dai soggetti obbligati»*. La novella legislativa (obbligo legale di vaccinazione e sospensione dalla retribuzione in caso impossibilità di *repechage*) corrobora, sul piano meramente interpretativo, la ricostruzione sistematica testè esposta.

La disciplina del citato D.L. non è applicabile al caso di specie, perché successiva all'adozione del provvedimento di sospensione qui contestato. La legge n. 76/2021 non è retroattiva, sicché la fattispecie in esame resta assoggettata al principio *tempus regit actum*. Vanno quindi respinte tutte le doglianze relative alla mancata adozione e violazione della procedura amministrativa prevista dal citato art. 4, affidata ad una apposita autorità pubblica (Azienda sanitaria locale). Non si ravvisano violazioni della privacy, atteso che le ricorrenti hanno restituito alla cooperativa il modulo del consenso informato, sottoscrivendo il diniego alla vaccinazione, come dalle stesse riconosciuto a pagina 3 del ricorso ex art. 700 c.p.c. (punto n. 6).

L'efficacia del vaccino anti-Covid è attestata dalla normativa primaria (art. 1, comma 457, L. n. 178/2020) e dal Piano strategico nazionale adottato con Decreto del ministro della Salute del 02.01.2021. La profilassi vaccinale, infatti, viene considerata dal legislatore e dalle autorità sanitarie efficace e fondamentale misura di contenimento del contagio. È fatto notorio che la vaccinazione per cui è causa costituisce strumento idoneo ad evitare l'evoluzione della malattia. Nel rapporto del Gruppo di lavoro dell'ISS si legge: *«Gli studi clinici condotti finora hanno permesso di dimostrare l'efficacia dei vaccini nella prevenzione delle forme clinicamente manifeste di COVID-19, anche se la protezione, come per molti altri vaccini, non è del 100%. Inoltre, non è ancora noto quanto i vaccini proteggano le persone vaccinate anche dall'acquisizione dell'infezione. È possibile, infatti, che la vaccinazione non protegga altrettanto bene nei confronti della malattia asintomatica (infezione) e che, quindi, i soggetti vaccinati possano ancora acquisire SARS-CoV-2, non presentare sintomi e trasmettere l'infezione ad altri soggetti. Ciononostante, è noto che la capacità di trasmissione da parte di soggetti asintomatici è inferiore rispetto a quella di soggetti con sintomi, in particolare se di tipo respiratorio»* (cfr. pag. 11; doc. 12 ricorrente).

Le autorità regolatorie hanno autorizzato la somministrazione vaccinale per larghe fasce di popolazione, circostanza che esclude l'asserita natura sperimentale del vaccino anti-Covid. Allo stato non vi sono evidenze scientifiche che comprovino l'inadeguatezza dei vaccini attualmente in uso e il rischio di danni irreversibili a lungo termine. Le reazioni avverse pi

frequenti (dolore in sede di iniezione, stanchezza, cefalea, mialgia e brividi) sono generalmente di lieve o moderata intensità e si risolvono entro pochi giorni dalla vaccinazione (cfr. doc. 11 ricorrente; caratteristiche vaccino Pfizer Biontech).

Per tutte le ragioni esposte deve essere rigettato il ricorso di A.DD. e R.E.M. .

3. Sulle spese di lite

La novità delle questioni affrontate e le incertezze interpretative giustificano la compensazione integrale delle spese di lite, ai sensi dell'art. 92 c.p.c.

P.Q.M.

- 1) **RIGETTA** il reclamo;
- 2) **DICHIARA** integralmente compensate le spese di lite.

Modena, 23 luglio 2021

Campi meta

Massima :

Il datore di lavoro si pone come garante della salute e della sicurezza sia dei dipendenti che dei soggetti terzi che per diverse ragioni si trovano all'interno dei locali aziendali e ha quindi l'obbligo ai sensi dell'art. 2087 c.c. di adottare tutte quelle misure di prevenzione e protezione che sono necessarie a tutelare l'integrità fisica dei predetti soggetti.

Supporto Alla Lettura :

SOSPENSIONE

La sospensione del rapporto di lavoro si ha quando l'attività che il lavoratore deve eseguire viene sospesa solo per un certo periodo a causa di eventi che gli impediscono di lavorare. È una situazione temporanea, terminata la quale il lavoratore può riprendere il suo lavoro. Le cause di sospensione del rapporto di lavoro sono varie e possono dipendere da questioni legate allo stesso datore di lavoro, come necessità dell'organizzazione aziendale oppure cause di forza maggiore (es. terremoti, incendi alluvioni, ecc.). Nella maggior parte dei casi, però, la sospensione è provocata dallo stesso lavoratore.