

**Marcello D'Aponte**

**Sulla configurabilità di un obbligo  
generale del lavoratore di  
sottoporsi alla vaccinazione  
nell'ordinamento giuridico vigente**

**Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi**

**Virus, stato di eccezione e scelte tragiche.**

**Le politiche del lavoro, economiche e sociali e la tutela dei diritti  
fondamentali nei tempi incerti dell'emergenza sanitaria e della crisi.**

**La costruzione di un nuovo diritto del lavoro.**

**Conversazioni sul lavoro a distanza**

**da agosto 2020 a marzo 2021**

*promosse e coordinate da* **Vincenzo Antonio Poso**

*Gruppo delle Conversazioni sul lavoro del Convento di San Cerbone*





**Toshio Enomoto, *Arlequin***

# Marcello D'Aponte

## Sulla configurabilità di un obbligo generale del lavoratore di sottoporsi alla vaccinazione nell'ordinamento giuridico vigente

\*aggiornato al 5 maggio 2021

\*\*Il presente contributo è stato già pubblicato sulla Rivista *dirittifondamentali.it*, n.2/2021

**SOMMARIO:** **1.** Obbligo di sicurezza e tutela della salute all'epoca della pandemia - **2.** Divieto di accertamenti sanitari *ex art. 5, l. 20.5.1970* e dovere di collaborazione del lavoratore. - **3.** Le ragioni del “*sì*” e le ragioni del “*no*” alla vaccinazione tra libertà del lavoratore e (ri)organizzazione del lavoro post-pandemia nell'impresa. - **4.** Le conseguenze in caso di rifiuto del lavoratore di sottoporsi alla vaccinazione. - **5.** Le peculiari disposizioni per gli operatori sanitari nel d.l. 1.4.2021, n. 44 e la giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Corte EDU come parametro di riferimento dell'obbligo di vaccinazione - **6.** La copertura INAIL in caso di contrazione del virus sul posto di lavoro - **7.** La legittimità del c.d. *pass* vaccinale nella valutazione del Garante della *Privacy*

**1. Obbligo di sicurezza e tutela della salute all'epoca della pandemia** – Le straordinarie trasformazioni imposte nel sistema del diritto del lavoro dall'imprevedibile esplosione della pandemia mondiale da Covid-19 a partire dai primi mesi del 2020, hanno inciso sensibilmente sulla maggior parte degli istituti giuslavoristici, ponendo l'interprete di fronte a inattese incertezze e a nuovi quesiti, che scaturiscono dall'adozione di numerosi provvedimenti di natura emergenziale, a vasto raggio: dall'esteso utilizzo

degli ammortizzatori sociali, normalmente destinati a offrire misure di sostegno al reddito ai lavoratori che abbiano perso il lavoro, ad una disciplina semplificata del lavoro a distanza, fino ad arrivare al blocco dei licenziamenti per un lungo periodo.

Tra le misure descritte, uno dei principali effetti dei profondi cambiamenti dell'organizzazione del lavoro è stato quello di aver anticipato consistenti revisioni della disciplina del lavoro a distanza, anche in ragione di una diversa percezione del suo ruolo e della rilevanza di tale modalità di svolgimento della prestazione nell'ambito del rapporto di lavoro, dimodoché le previsioni della l. n. 81/2017, pur recenti, si sono rivelate dopo poco tempo già inadeguate a regolare il fenomeno.<sup>1</sup>

I nuovi problemi che, quale scaturiscono della nuova organizzazione del lavoro imposta dall'emergenza sanitaria, comportano anche un profondo cambiamento del sistema di regole che sovrintendono alla gestione del rapporto di lavoro, così come l'abbiamo conosciuto nel secolo scorso, imponendo la necessità di adeguarlo alle nuove esigenze del sistema produttivo nel suo complesso, anche attraverso un.<sup>2</sup>

In tale prospettiva, emerge in misura sempre più massiccia la necessità di rivedere le regole del rapporto in molteplici direzioni: decisive implicazioni in questa direzione riguardano, infatti, proprio il sistema degli

---

<sup>1</sup> Cfr., per tutti, P. Albi, *Il lavoro agile fra emergenza e transizione*, in *Mass. giur. lav.*, 2020, I, 771 ss., ma anche M. Brollo, *Smart o emergency work? Il lavoro agile al tempo della pandemia*, in *Lav. giur.* 2020, 6, 553 ss.; M. Lamberti, *Dal lavoro agile al lavoro a distanza nell'emergenza sanitaria: le prospettive dello smart working*, in *Mass. giur. lav.*, 2020, 3, 615 ss.; M. Biasi, *Brevi spunti sul lavoro da remoto post emergenziale tra legge (lavoro agile) e contrattazione (smart working)*, in *Contrattazione collettiva e relazioni sindacali post Covid*, in V.A. Poso (promosse e coordinate da), *Conversazioni sul lavoro destinate a Giuseppe Pera dai suoi allievi. Virus, stato di eccezione e scelte tragiche. Le politiche del lavoro, economiche e sociali e la tutela dei diritti fondamentali nei tempi incerti dell'emergenza sanitaria e della crisi. La costruzione di un nuovo diritto del lavoro*, 2021, 3 ss.

<sup>2</sup> In argomento, cfr. M. Magnani, *Contrattazione collettiva e relazioni sindacali Post Covid*, in V.A. Poso, *Conversazioni sul lavoro*, cit., 3 ss.

ammortizzatori sociali, quello dei contratti c.d. atipici e la disciplina dei licenziamenti, individuali e collettivi, per citare soltanto i principali.<sup>3</sup>

Se è ancora prematuro ipotizzare se, all'esito della fase emergenziale, nella legislazione del lavoro prevarrà il modello di regolamentazione pre-pandemico, con un ritorno dunque alle disposizioni precedenti, ovvero troverà spazio una legislazione almeno in parte innovativa quale quella sperimentata nel corso di questo periodo, non vi è dubbio che si assista a un'epoca di straordinaria crisi, economica e sociale, che comporta l'adozione di nuove misure di protezione delle categorie più deboli e disagiate e, al contempo, di interventi di sostegno idonei a favorire lo sviluppo e la crescita economica delle imprese.

Che tale sia la direzione, d'altronde, lo dimostra la riflessione che tutti i principali Paesi del mondo e, in particolare, quelli europei, stanno facendo da alcuni mesi per individuare dove allocare le risorse necessarie a generare il processo di recupero della competitività delle imprese e promuovere iniziative di sostegno al reddito per le famiglie e lavoratori singoli, sia autonomi che subordinati.<sup>4</sup>

In questo quadro, il tema del diritto alla salute e della verifica dei nuovi obblighi del datore di lavoro rispetto alla originaria costruzione del d. lgs. n. 81/2008 e al sistema di regole in esso contenute, assume una rilevanza centrale, rendendo necessario verificare se le disposizioni ivi contenute siano adeguate e comunque compatibili con le nuove esigenze, da un lato, di tutela

---

<sup>3</sup> Sul blocco dei licenziamenti, al momento del presente scritto prorogato fino al 30 giugno 2021, si rinvia a A. Garilli, *Il "blocco" dei licenziamenti: profili storici e sistematici*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2020, 3, 585 ss.; F. Scarpelli, *Blocco dei licenziamenti e solidarietà sociale*, in *Riv. It. Lav.*, 2020, 1, I, 314 ss.; M. Verzaro, *Il divieto di licenziamento nel decreto "Cura Italia"*, in *giustiziacivile.com*, 2020, 5, 7 ss.

<sup>4</sup> Cfr., anche per le consistenti implicazioni di carattere sociale, D. Garofalo, *La dottrina giuslavorista alla prova del Covid 19: la nuova questione sociale*, in *Lav. Giur.*, 2020, 5, 429 ss. e V. Fili, *Diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica da Covid 19 e nuova "questione sociale"*, in *Lav. Giur.*, 2020, 5, 429 ss.; A. Sgroi, *Sicurezza sociale e epidemia Covid-19*, in V.A. Poso, *Conversazioni sul lavoro...*, cit., 3 ss. Per un'analisi generale delle prospettive di riforma del diritto del lavoro post-emergenziale, si v. G. Mari, *Un'idea di lavoro per un rinnovamento del discorso giuslavoristico*, in V.A. Poso, *Conversazioni...*, ult. cit., 2020, 3 ss.; A. Ichino, *Alcune proposte per affrontare (e superare) l'emergenza del Covid-19*, ivi, 2020, 3 ss.; P. Albi, *Sicurezza sul lavoro e pandemia*, in *Lav. giur.*, 2020, 1117 ss. Con riferimento al lavoro pubblico, si v. invece L. Zoppoli, *Riformare ancora il lavoro pubblico? L'"ossificazione" delle pubbliche amministrazioni e l'occasione post-pandemica del POLA*, ivi, 2021, 3 ss.

dell'imprenditore ad escludere la propria responsabilità rispetto a vicende difficilmente controllabili con gli strumenti ordinari e i mezzi finora conosciuti di prevenzione e protezione e, al contempo, del lavoratore a svolgere la propria attività lavorativa in un ambiente il più possibile salubre e sicuro, anche alla luce dei nuovi accadimenti e dell'insorgenza di patologie così invasive, pervasive e diffuse come quella da Sars-Cov.-2.

**2. Divieto di accertamenti sanitari ex art. 5, l. 20.5.1970 e dovere di collaborazione del lavoratore** – Nella prospettiva della gestione del rapporto di lavoro post-pandemia, assume così una rinnovata importanza anche il tema del divieto di accertamenti sanitari.

L'art. 5 della l. 20.5.1970, n. 300, nella sistemazione statutaria, a tutela della libertà e dignità del lavoratore, prevede tuttora, opportunamente, il divieto di indagini da parte del datore di lavoro sulla idoneità e sulla infermità per malattia o infortunio del lavoratore dipendente, con il riconoscimento della facoltà di far controllare la idoneità fisica del lavoratore da parte di enti pubblici ed istituti specializzati di diritto pubblico.<sup>5</sup>

Occorre dunque chiedersi se il divieto di accertamenti sanitari previsto dall'art. 5 sia compatibile con l'emergenza sanitaria in atto, ovvero possa essere letto in chiave evolutiva, allo scopo di tutelare l'esigenza di evitare la diffusione del contagio da Covid-19 e di realizzare il necessario bilanciamento tra lavoro in sicurezza e ripresa delle attività produttive.<sup>6</sup>

Si tratta invero di una situazione imprevista e presumibilmente imprevedibile all'epoca dell'approvazione della norma, che tuttavia rende indispensabile, nel contesto emergenziale, una interpretazione congiunta di tale norma con

---

<sup>5</sup> Sulla genesi dell'art. 5 (e dello Statuto, in generale), si v. L. Gaeta, *Lo Statuto dei Lavoratori: come nasce una legge. I lavori parlamentari articolo per articolo, minuto per minuto*, Napoli, 2021, 71 ss.

<sup>6</sup> Sul tema, D. Garofalo, *Lavorare in sicurezza versus ripresa delle attività produttive*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2020, 2, 325 ss.

ulteriori disposizioni: da un lato, con la previsione contenuta nel Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid 19 negli ambienti di lavoro, siglato il 14 marzo 2020, interamente recepito nel Dpcm 22 marzo 2020 e poi integrato il 24 aprile 2020, ove viene espressamente stabilito che *“il personale, prima dell’accesso al luogo di lavoro, potrà essere sottoposto al controllo della temperatura corporea. Se tale temperatura risulterà superiore ai 37,5°C l’ingresso ai luoghi di lavoro non sarà consentito”* e, dall’altro, con la previsione di cui all’art. 20 del d. lgs. n. 81/2008, che configura un vero e proprio *“dovere di collaborazione”* dei lavoratori con il datore di lavoro nell’attuazione delle misure di sicurezza all’interno dei luoghi di lavoro.<sup>7</sup>

In particolare, tale ultima norma prescrive espressamente che *“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”*, stabilendo poi che tra gli obblighi previsti al co. 2, lett. i) dell’art. 20, rientri anche quello di *“sottoporsi ai controlli sanitari previsti dal presente decreto legislativo o comunque disposti dal medico competente”*.

Ora, è chiaro che né l’art. 5, l. 300/1970, né il d. lgs. n. 81/2008 potevano prevedere il verificarsi di vicende eccezionali come quelle della pandemia mondiale e dell’emergenza sanitaria che ne è scaturita.

Tuttavia, dal momento le disposizioni del Testo unico sulla Sicurezza nei luoghi di lavoro hanno lo scopo di estendere ai lavoratori la responsabilità di

---

<sup>7</sup> Val la pena precisare che laddove il legislatore ha inteso prevedere il divieto di effettuare indagini preassuntive relativamente all’accertamento della sussistenza di specifiche patologie, lo ha fatto espressamente, stabilendo ad esempio per i lavoratori affetti HIV una garanzia assoluta di anonimato, sancita dall’art. 6 della l. 5 giugno 1990, n. 135, che ne contiene anche una tutela penale. La Corte Costituzionale, con sent. 2 giugno 1994, n. 218, ha tuttavia ritenuto ammissibile la deroga alle previsioni della l. 135/90 qualora questa sia rilevante per l’accertamento dell’idoneità professionale del lavoratore interessato, in considerazione del rischio contagio per le mansioni affidate. In argomento, si v. B. Caruso, *Le nuove frontiere del diritto del lavoro: AIDS e rapporto di lavoro*, in *Riv. It. Lav.*, 1998, 1, I, 105 ss.

partecipare alla gestione della sicurezza all'interno del complesso produttivo per allargare il livello di coinvolgimento dei diversi attori a vario titolo presenti all'interno dei luoghi di lavoro, la disciplina della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, consente di realizzare una trasformazione del lavoratore da soggetto passivo degli obblighi di sicurezza datoriali a soggetto attivo che prende parte alla programmazione della gestione della sicurezza all'interno del contesto produttivo e che come tale deve collaborarvi adottando ogni necessaria diligenza.<sup>8</sup>

Nello stesso tempo, il divieto di accertamenti sanitari disposto dall'art. 5 della l. 300/1970 incontra un limite oggettivo nella necessità di contestualizzare il divieto all'abuso di informazioni riservate di cui possa venire in possesso il datore di lavoro, con esclusione di tutte quelle fattispecie in cui gli accertamenti siano finalizzati a ridurre o limitare i rischi per la sicurezza e l'incolumità dei terzi.

La dottrina suole peraltro ricondurre tale obbligo di sicurezza dei lavoratori nei confronti di tutte le persone presenti nel luogo di lavoro e, dunque, anche, specificamente, degli altri lavoratori presenti nell'ambiente lavorativo, sul presupposto della sussistenza di una responsabilità diretta di natura contrattuale del lavoratore nei confronti di un collega di lavoro, che opera tuttavia su un piano diverso rispetto a quella facente capo al datore di lavoro.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> Cfr. Cass. Civ., sez. Lav., 14 ottobre 2008, in *Foro it.*, 2009, 4, II, 197, con nota di F. Amato, *La corretta rilevanza dell'«imprudenza» del lavoratore nella responsabilità del datore di lavoro*; Cass. Civ., sez. Lav., 17 aprile 2004, n. 7328, in *Riv. it. lav.*, 2005, 1, II, 103. In senso contrario, cioè per l'irrelevanza dell'assenza di un effetto esimente dell'eventuale concorso di colpa del lavoratore nella produzione di un evento dannoso, cfr. Cass. Civ., sez. Lav., 18 luglio 2016, n. 14629, in *Guida lav.*, 2016, 35, p. 46. In senso conforme, anche Cass. Civ., sez. Lav., 22 dicembre 2011, n. 733, in *Riv. It. Lav.*, 2012, 3, II, 733, con nota di A. Gabriele, *Responsabilità del datore di lavoro ex art. 2087 c.c. e irrilevanza della condotta imprudente del lavoratore*. In ordine alla responsabilità del datore di lavoro post-pandemia, cfr., F. Amendola, *Covid-19 e responsabilità del datore di lavoro*, Bari, 2021. Sul c.d. danno differenziale, per il quale non opera la regola dell'esonero dalla responsabilità civile del datore di lavoro, si v., in dottrina, A. Vallebona, *Sicurezza sul lavoro e insicurezza dell'impresa: le barriere del diritto*, *Mass giur. Lav.*, 1995, 790 ss.; M. Casola, *Esonero da responsabilità del datore di lavoro e conseguenze processuali in tema di danno differenziale*, in *Riv. It. Lav.*, 2009, I, 99 ss.; R. Del Punta, *Diritti e obblighi del lavoratore: informazione e formazione*, in L. Montuschi, (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza...*, cit., 157.

<sup>9</sup> Su tale tema, diffusamente, v. M. Corrias, *I lavoratori*, in M. Persiani-M. Lepore (diretto da), *Il nuovo diritto...*, cit., 221-225 ed *ivi* per ulteriori riferimenti.

Più specificamente, a norma dell'art. 20 del d. lgs. n. 81/08, che riproduce quasi integralmente il contenuto delle disposizioni già contenute all'art. 5 del d. lgs. n. 626/94 integrandolo ed ampliandolo,<sup>10</sup> i lavoratori devono osservare le disposizioni e le istruzioni impartite dal datore di lavoro, dai dirigenti e dai preposti per garantire una completa protezione collettiva e individuale;<sup>11</sup> utilizzare correttamente i macchinari, le apparecchiature, gli utensili, le sostanze e i preparati pericolosi, i mezzi di trasporto e le altre attrezzature di lavoro, nonché i dispositivi di sicurezza;<sup>12</sup> utilizzare in modo appropriato i dispositivi di protezione individuale messi a loro disposizione; segnalare immediatamente al datore di lavoro, al dirigente o al preposto le deficienze dei mezzi e dei dispositivi di cui utilizzati nello svolgimento dell'attività lavorativa, nonché le altre eventuali condizioni di pericolo di cui vengono a conoscenza, adoperandosi direttamente, in caso di urgenza, nell'ambito delle loro competenze e possibilità, per eliminare o ridurre tali deficienze o pericoli, dandone notizia al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza; non rimuovere o modificare senza autorizzazione i dispositivi di sicurezza o di segnalazione o di controllo;<sup>13</sup> 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; sottoporsi ai controlli sanitari previsti nei loro confronti<sup>14</sup>; contribuire, insieme al datore di lavoro, ai dirigenti, ai preposti, all'adempimento di tutti gli obblighi imposti

---

<sup>10</sup> Sul sistema degli obblighi dei lavoratori nel sistema previgente l'entrata in vigore del d. lgs. n. 81/2008, cfr. C. Zoli, *Gli obblighi ed i diritti individuali dei lavoratori dipendenti*, *Lav. giur.*, 1995, 805 e, dopo il d. lgs. 81/2008, ID., (a cura di), *I. Principi comuni*, in *La nuova sicurezza...*, cit., 85 ss.

<sup>11</sup> Segnala l'ampiezza della disposizione e la conseguente possibilità, riconosciuta dalla norma, di essere adattata a qualsiasi esigenza di sicurezza che si intenda perseguire, E. Balletti, *Art. 20, cit.*, 204.

<sup>12</sup> Cfr., ancora E. Balletti, *cit.*, 205 per la riconducibilità della disposizione al potere datoriale di fissare regole e principi organizzativi in materia di sicurezza indipendentemente dall'espressa previsione di legge.

<sup>13</sup> Sull'ampiezza ed i limiti del dovere del lavoratore di segnalazione al datore di inefficienze e pericoli rilevati nell'uso di mezzi e macchinari affidati in uso, si v. ancora E. Balletti, *cit.*, 207.

<sup>14</sup> La S.C. è giunta anche, in tale prospettiva, a configurare la sanzionabilità dello stesso datore di lavoro qualora non avesse imposto «ai lavoratori dipendenti di sottoporsi alle visite mediche obbligatorie mediante sanzioni disciplinari adeguate fino a giungere al licenziamento per giusta causa». Cfr. Cass., Pen., sez. III, 6 aprile 1993, n. 3160, *ined.*

dall'autorità competente o comunque necessari per tutelare la sicurezza e la salute dei lavoratori durante il lavoro.

Obblighi generali di siffatto contenuto sono del resto stati sovente recepiti dalla stessa contrattazione collettiva alla quale è riservato il compito di *“tipizzare le varie infrazioni sanzionabili e le sanzioni ad esse correlate in modo meno generico che in passato, riducendo i margini di discrezionalità del datore di lavoro prima, del giudice poi; fermo restando che la rilevanza dei comportamenti in materia induce a propendere per quell’orientamento secondo cui sul datore di lavoro non grava l’onere di inserire nel codice disciplinare i fatti contrastanti con le norme penali sulla sicurezza”*<sup>15</sup>, che tuttavia è da ritenersi consigliabile quale elemento strumentalmente efficace a sanzionare i lavoratori che non collaborano allo svolgimento dei lavori secondo *standards* di igiene e sicurezza.

La violazione del dovere di collaborazione del lavoratore, soprattutto in relazione al contesto emergenziale, ad esempio nell’acceptare la misurazione della temperatura ovvero di accertare preventivamente il proprio stato di salute nel rispetto della propria riservatezza e delle sue convinzioni culturali o anche, ad esempio religiose, può dunque costituire fonte di specifica responsabilità in quanto idonea a porre a repentaglio la salute propria e quella dei colleghi di lavoro nello svolgimento dell’attività lavorativa.

Da tale punto di vista è certamente corretta la lettura di chi ritiene che le norme sul divieto degli accertamenti sanitari, in quanto contenute nel Titolo I della l. 300/1970, siano funzionali a garantire prioritariamente la libertà e dignità dei lavoratori di fronte a qualsiasi altra considerazione economica e produttiva,<sup>16</sup> ma la norma, che nasce in un diverso contesto e con altre finalità, deve essere necessariamente adeguata con le esigenze

---

<sup>15</sup> Cfr. ancora C. Zoli, *ult. cit.*, 806.

<sup>16</sup> Cfr. F. Santoro-Passarelli, *Il diritto del lavoro a cinquant’anni dallo Statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. lav.*, 2020, 2, I, 101 ss., ma spec. *sub.* 119-120.

dell'imprenditore di potere effettivamente rispettare gli obblighi sanciti nei suoi confronti dalle disposizioni vigenti proprio allo scopo di tutelare l'integrità fisica e la personalità morale del prestatore di lavoro, adempiendo all'obbligo scaturente dall'art. 2087 c.c.

Particolari cautele sul piano interpretativo, da questo punto di vista, vanno adottate rispetto a determinate categorie di lavoratori.

E' il caso ad esempio di coloro i quali esercitino una professione sanitaria (medici, infermieri e personale ausiliario) ovvero si trovino in condizioni di particolare esposizione per la salute propria e di coloro con cui essi vengano in contatto in ragione delle specifiche mansioni disimpegnate.

A tal riguardo sembra possibile configurare l'individuazione di specifici doveri di carattere deontologico, rinvenibili cioè nel Codice previsto per ciascuna categoria professionale, come ad esempio proprio per i medici.

Ora, se è vero che ragioni di buon senso ed etica individuale consiglierebbero di seguire determinate procedure allo scopo di ridurre il livello di esposizione a rischi specifici, è altrettanto necessario notare che tuttavia tali obblighi risultano difficilmente estensibili al rapporto di lavoro, salvo che non siano espressamente richiamati dal contratto collettivo.

Tuttavia, sotto tale punto di vista, in assenza di una specifica disposizione contrattuale, allo scopo di configurare la sussistenza di un obbligo sanzionabile potrebbe utilmente richiamarsi, sebbene in maniera piuttosto forzata in quanto comporta la violazione di fondamentali principi di libertà individuale, anche la lesione del vincolo fiduciario, richiamandosi a principi che la coscienza sociale consideri lesivi delle regole fondamentali del vivere sociale rispetto al sentimento di una comunità sociale, soprattutto in un

determinato momento storico e tuttavia le prime risposte della giurisprudenza di merito non sembrano procedere in tale direzione.<sup>17</sup>

**3. Le ragioni del “sì” e le ragioni del “no” alla vaccinazione tra libertà del lavoratore e (ri)organizzazione del lavoro post-pandemia nell’impresa** – Il discorso relativo all’obbligo della vaccinazione presenta taluni connotati comuni con il ragionamento appena completato, ma anche tratti sensibilmente diversi e merita dunque di essere approfondito anche alla luce del vivace dibattito sull’argomento che coinvolge un numero sempre più esteso di osservatori,<sup>18</sup> anche in ragione della peculiare novità rappresentata da quella che è stata efficacemente definita come una “*scomoda novità per gli equilibri del rapporto di lavoro subordinato*”.<sup>19</sup>

A distanza di alcune settimane dall’inizio della campagna vaccinale anti-Covid 19, la più imponente opera di sanità pubblica in epoca repubblicana, il dibattito in dottrina sulla possibilità del datore di lavoro di imporre o meno il vaccino al lavoratore dipendente risulta infatti tutt’altro che sopito e anzi acquista sempre nuovo vigore,<sup>20</sup> mentre si diffondono le preoccupazioni dell’opinione pubblica sulle prime *reazioni avverse* gravi attribuiti all’inoculazione e, di conseguenza, si registra un aumento dei casi di lavoratori che lo rifiutano.<sup>21</sup>

---

<sup>17</sup> Si v. ad es. Trib. Arezzo, 13.1.2021, in *Foro It.*, 2021, 2, I, 711 ss., secondo cui “è illegittimo il licenziamento per giusta causa irrogato al lavoratore che si rifiuta di servire un cliente sprovvisto di mascherina, posto che il dipendente può astenersi dallo svolgimento della prestazione che lo esponga ad un rischio per la propria salute”.

<sup>18</sup> Cfr. M. Cerbone, *Vaccinazione anti-Covid, autodeterminazione del lavoratore e riflessi sul rapporto di lavoro*, in *Dir. Fond.*, 2021, 1.; L. Menghini, *Covid, sicurezza, vaccini: rappresentanze e partecipazione*, ivi, 2021, 3 ss.; G. Pellacani, *La vaccinazione contro il Coronavirus (SARS-CoV-2) negli ambienti di lavoro tra norme generali in tema di prevenzione e tutela della salute e sicurezza, disciplina emergenziale per la pandemia COVID-19 e prospettive di intervento del legislatore*, in *Lav., Dir., Eur.*, n. 1/2021.

<sup>19</sup> Cfr., *Il vaccino anti Covid, scomoda novità per gli equilibri del rapporto di lavoro subordinato*. Intervista di M. Basilico a A. Maresca, R. Rivero, P. Sordi e L. Zoppoli, [www.giustizainsieme.it/it/leinterviste-di-giustizia-insieme/1508](http://www.giustizainsieme.it/it/leinterviste-di-giustizia-insieme/1508).

<sup>20</sup> Tra i contributi più recenti, G. Natullo, *Vaccini e rapporti di lavoro tra obblighi di sicurezza e diritto all’autodeterminazione*, in *Dir. sicur. lav.*, 2021, 1, I, 138 ss.; P. Pascucci-A. Delogu, *L’ennesima sfida della pandemia Covid-19: esiste un obbligo vaccinale nei contesti lavorativi?*, in *Dir. sicur. lav.*, 2020, 1, I, 81 ss.

<sup>21</sup> Il Comitato per i Medicinali per Uso umano (CHMP) dell’EMA ha espresso parere favorevole sull’utilizzo del vaccino anti-COVID-19 della casa farmaceutica AstraZeneca, dopo che la raccomandazione del Comitato di Valutazione dei rischi per la Farmacovigilanza (PRAC) ne aveva confermato il favorevole rapporto beneficio/rischio.

Ciò comporta, come si è detto, la necessità di interrogarsi sulla possibilità del datore di imporla e sulle conseguenze del rifiuto alla vaccinazione.

In favore della risposta affermativa si sono espressi numerosi Autori che hanno invocato in primo luogo la disposizione di cui all'art. 2087 c.c., anche alla luce delle recenti modifiche legislative che ne hanno rafforzato la portata con riferimento all'applicazione delle misure di sicurezza in ambito di lavoro.<sup>22</sup>

Con riferimento infatti agli obblighi dei datori di lavoro, l'art. 29-bis d.l. 8 aprile 2020, n. 23, conv., con modif., in l. 5 giugno 2020, n. 40 ha previsto infatti che i datori di lavoro pubblici e privati adempiono all'obbligo di cui all'art. 2087 c.c. mediante l'applicazione delle prescrizioni contenute nel Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del Covid-19 negli ambienti di lavoro, sottoscritto il 24 aprile 2020 tra il Governo e le parti sociali, e successive modificazioni e integrazioni, e negli altri protocolli e linee guida di cui all'art. 1, co. 14, del d.l. 16 maggio 2020, n. 33, nonché mediante l'adozione e il mantenimento delle misure ivi previste.<sup>23</sup>

Qualora non trovino applicazione le predette prescrizioni, rilevano le misure contenute nei protocolli o accordi di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, motivo per cui non è così agevole aggiornare i protocolli ricomprendendovi il vaccino.

---

<sup>22</sup> Cfr. A. De Matteis, *I trattamenti sanitari nelle obbligazioni contrattuali. A proposito di vaccino anti-covid in Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro*, in *Labor on-line*, 27.1.2021; P. Ichino, *Perché e come l'obbligo di vaccinazione può nascere anche solo da un contratto di diritto privato*, in *LavoroDirittiEuropa*, 1/2021; R. Rivero, *L'obbligo di vaccino anti Covid nel rapporto di lavoro tra principio di prevenzione e principio di solidarietà*, in *Questionegiustizia*, 18.1.2021; R. Guariniello, *Covid- 19: l'azienda può obbligare i lavoratori a vaccinarsi?*, in [www.ipsoa.it](http://www.ipsoa.it) 28.12.2020; V.A. Poso, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro*, in *Labor on-line*, 27.1.2021.

<sup>23</sup> Sul punto sia consentito il rinvio a M. D'Aponte, *Covid-19, salute e responsabilità del datore di lavoro in azienda: l'adozione dei protocolli anti-contagio costituisce adempimento degli obblighi sanciti dall'art. 2087 c.c.*, in R. Cogliandro-F. Fimmanò (a cura di), *Il Diritto e l'Economia ai tempi del Covid*, 2021, 436 ss.

Si è ritenuto che l'art. 2087 c.c. in quanto norma aperta e dinamica, così come interpretata anche dall'art. 29-bis cit., imponga al datore di lavoro di adottare anche quelle misure preventive che la scienza, l'esperienza e la tecnica dovessero individuare in epoca successiva alla sottoscrizione dei protocolli, che non prevedevano il vaccino; senonché, una volta trovato il vaccino, questo rientra nella previsione dinamica dell'art. 2087, in ragione quindi della sua funzione di colmare le possibili lacune della legislazione prevenzionistica che non può prevedere ogni fattore di rischio<sup>24</sup>.

Il tessuto normativo in favore di un obbligo vaccinale si arricchisce poi di ulteriori precetti rinvenibili nella legislazione esistente.

In particolare, dell'art. 279, d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, che impone al datore di lavoro di tenere a disposizione vaccini *efficaci* da somministrare da parte del medico competente per quei lavoratori che non siano immuni all'agente biologico, endogeno ed esogeno, presente nella lavorazione.<sup>25</sup>

La norma precisa che si tratta di vaccini efficaci ma non (necessariamente) obbligatori e quindi anche solo raccomandati, tant'è che il co. 5 prevede l'obbligo di informazione in capo al medico competente dei “*vantaggi ed inconvenienti della vaccinazione e della non vaccinazione*”.<sup>26</sup>

Da questa norma deriverebbe quindi per il datore di lavoro l'obbligo di vaccinare i propri dipendenti in conformità con il programma di vaccinazione nazionale, prevedendosi, in difetto, l'allontanamento

---

<sup>24</sup> Cass., 6.9.1988 n. 5048, in *Riv. giur. lav.* 1988, II, 297. A tal proposito, A. De Matteis, *Art. 32 della Costituzione: diritti e doveri in tema di vaccinazione anti-Covid*, in V.A. Poso, *Conversazioni sul lavoro...*, cit.. Si v. inoltre le osservazioni di C. Lazzari, *Per un (più) moderno diritto della salute e della sicurezza sul lavoro: primi spunti di riflessione a partire dall'emergenza da Covid-19*, in *Dir. Sicur. Lav.*, 2020, I, 136, che attribuisce rilevanza decisiva alla valutazione dei rischi nell'ambito delle prerogative del datore di lavoro funzionali ad una piena applicazione del generale precetto dell'art. 2087 c.c., proprio con particolare riferimento ai rischi derivanti da agenti biologici. Di diverso avviso, 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. 19/20*, in *Dir. Sicur. Lav.*, 2020, I, 128 ss.

<sup>25</sup> La Direttiva UE della Commissione 3 giugno 2020 n. 2020/739, recepita in Italia con l'art. 4 d.l. 7 ottobre 2020 n. 125, conv. in l. 27 novembre 2020 n. 159, ha incluso espressamente il SARS-CoV-2 tra gli agenti biologici da cui è obbligatoria la protezione.

<sup>26</sup> R. Rivero, *ult. cit.*, 5.

temporaneo del lavoratore, secondo le procedure dell'art. 42 del d.lgs. n. 81/2008.

È stato osservato, al riguardo, che l'art. 279 è norma da leggere ormai alla luce della direttiva europea già recepita in Italia, che classifica la SARSCoV-2 come patogeno per l'uomo del gruppo di rischio 3, ovverosia *“un agente che può causare malattie gravi in soggetti umani e costituisce un serio rischio per i lavoratori; l'agente biologico può propagarsi nella comunità, ma di norma sono disponibili efficaci misure profilattiche o terapeutiche”*.<sup>27</sup> Ancora, l'art. 42, co. 2, del d.l. 17.3.2020, n. 18, conv. in l. n. 24 aprile 2020, n. 27, che qualifica l'infezione da coronavirus SARS- CoV-2 contratta in occasione di lavoro come infortunio sul lavoro, con connesso obbligo di prevenzione e responsabilità previste dalla legislazione sulla sicurezza sul lavoro.

Tuttavia, una così articolata e pluralità di riferimenti normativi non sarebbe sufficiente, secondo coloro i quali argomentano l'insussistenza dell'obbligatorietà del vaccino, a superare l'ostacolo insormontabile dell'art. 32 Cost. che prevede una riserva assoluta di legge in tema di obbligo di sottoposizione ad un determinato trattamento sanitario.<sup>28</sup>

Al riguardo, come evidenziato dalla Corte Costituzionale, *“l'introduzione dell'obbligatorietà per alcune vaccinazioni chiama in causa prevalentemente i principi fondamentali in materia di «tutela della salute», pure attribuiti alla potestà legislativa dello Stato ai sensi dell'art. 117, terzo comma, Cost.”*, sulla scorta del principio *“che il diritto della persona di essere curata efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell'arte medica, e di essere rispettata nella propria integrità fisica e psichica (sentenze n. 169 del 2017, n. 338 del 2003 e 11. 282 del 2002) deve essere*

---

<sup>27</sup> R. Guariniello, *Sorveglianza sanitaria: vaccino obbligatorio per i lavoratori?*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2021, n. 1.

<sup>28</sup> O. Mazzotta, *Vaccino anti-Covid e rapporto di lavoro*, in *LavoroDirittiEuropa*, n. 1/2021; A. Perulli, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro*, in *Labor on-line*, 27.1.2021; F. Amendola, *Per operatori sanitari e socioassistenziali è il momento dell'obbligo vaccinale? Intervista di M. Basilico a F. Amendola, R. De Luca Tamajo e V.A. Poso*, in [www.giustiziainsieme.it/it/le-interviste-di-giustizia-insieme](http://www.giustiziainsieme.it/it/le-interviste-di-giustizia-insieme), 3.

*garantito in condizione di eguaglianza in tutto il paese, attraverso una legislazione generale dello Stato basata sugli indirizzi condivisi dalla comunità scientifica nazionale e internazionale”.*

*Secondo il giudice delle leggi, infatti, “il principio vale non solo (come ritenuto nelle sentenze appena citate) per le scelte dirette a limitare o a vietare determinate terapie o trattamenti sanitari, ma anche per l'imposizione di altri. Se è vero che il «confine tra le terapie ammesse e terapie non ammesse, sulla base delle acquisizioni scientifiche e sperimentali, è determinazione che investe direttamente e necessariamente i principi fondamentali della materia» (sentenza 11. 169 del 2017), a maggior ragione, e anche per ragioni di eguaglianza, deve essere riservato allo Stato - ai sensi del 'art. 117, terzo comma, Così. - il compito di qualificare come obbligatorio un determinato trattamento sanitario, sulla base dei dati e delle conoscenze medico-scientifiche disponibili. Nella specie, poi, la profilassi per la prevenzione della diffusione delle malattie infettive richiede necessariamente l'adozione di misure omogenee su tutto il territorio nazionale. Secondo i documenti delle istituzioni sanitarie nazionali e internazionali, l'obiettivo da perseguire in questi ambiti è la cosiddetta “immunità di gregge”, la quale richiede una copertura vaccinale a tappeto in una determinata comunità, al fine di eliminare la malattia e di proteggere coloro che, per specifiche condizioni di salute, non possono sottoporsi al trattamento preventivo. Pertanto, in questo ambito, ragioni logiche, prima che giuridiche, rendono necessario un intervento del legislatore statale e le Regioni sono vincolate a rispettare ogni previsione contenuta nella normativa statale, incluse quelle che, sebbene a contenuto specifico e dettagliato, per la finalità perseguita si pongono in rapporto di coesistenza e necessaria integrazione con i principi di settore”<sup>29</sup>.*

---

<sup>29</sup> V. Corte Cost., 192/2017; 11.301/2013, 11.79/2012 e n. 108/2010, nonché, da ultimo, 18.1.2018, n. 5, in *Dir. & Giust.*, 2018, 4, con nota di G. Marino, *Vaccini: obbligo o raccomandazione è il legislatore che decide*.

Dunque, in materia di imposizione di trattamenti sanitari vi è la riserva di legge statale, che può essere anche delegata e può contenere sia un obbligo coercitivo sia una raccomandazione.<sup>30</sup>

Come la Corte Costituzionale ha infatti chiarito anche di recente, *“entrambe le tecniche legislative (obbligo e raccomandazione) perseguono nella profilassi delle malattie infettive ..il comune scopo di garantire e tutelare la salute (anche) collettiva, attraverso il raggiungimento della massima copertura vaccinale. In questa prospettiva, incentrata sulla salute quale interesse (anche) obiettivo della collettività, non vi è differenza qualitativa tra obbligo e raccomandazione: l'obbligatorietà del trattamento vaccinale è semplicemente uno degli strumenti a disposizione delle autorità sanitarie pubbliche per il perseguimento della tutela della salute collettiva, al pari della raccomandazione”*.<sup>31</sup>

Si è altresì osservato che la l. 30 dicembre 2020, n. 178, che agli artt. 457 ss. contiene il piano strategico nazionale dei vaccini per la prevenzione delle infezioni in questione, non prevede l'obbligatorietà della vaccinazione per i cittadini e per specifiche categorie di lavoratori.<sup>32</sup>

Quindi, finchè l'obbligo vaccinale non venga introdotto da una legge statale, il datore non può imporlo ai propri dipendenti.

Anche la giurisprudenza di merito ha avuto modo di chiarire recentemente, anche se relativamente alla campagna vaccinale antinfluenzale, che non sussiste alcuna legge statale che consenta l'imposizione del vaccino antinfluenzale nei confronti del personale sanitario, né, in difetto, la previsione della inidoneità alla mansione e la conseguente decurtazione degli emolumenti stipendiali<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> Un esempio di legislazione delegata in materia di vaccini è stato il d.l. 7 giugno 2017 n.73, convertito, con modificazioni, nella l. 31 luglio 2017 n. 119 e recante *“Disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale, di malattie infettive e di controversie relative alla somministrazione di farmaci”*.

<sup>31</sup> Corte Cost., 23 giugno 2020, n. 118.

<sup>32</sup> L. De Angelis, *Ragionando a caldo su vaccinazioni e rapporto di lavoro*, in *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro*, in *Labor on-line*, 27.1.2021

<sup>33</sup> Così, Trib. Messina, 12.12.2020, in [www.olympus.uniurb.it](http://www.olympus.uniurb.it).

L'orientamento innanzi riportato e per così dire più “*formalista*”, perché appunto basato sull'inesistenza di una legge o di un provvedimento ad esso equiparato che preveda l'obbligo di vaccinazione sembra però tralasciare il cd. principio di solidarietà: il lavoratore ha sì diritto alla libertà di cura, costituzionalmente tutelato, ma deve essere altresì garantita la salute e l'incolumità altrui, parimenti tutelata dalla Carta Costituzionale *ex art. 2*. Si tratta della salute e della sicurezza dei colleghi, dei terzi che non possono sottoporsi al vaccino o per i quali il vaccino non è ancora accessibile.

Diritto alla salute individuale *versus* tutela della salute collettiva: *querelle* connessa alla riserva di legge o, come anche si è detto proprio nell'ambito dei vaccini resi obbligatori, alla *immunità di legge* <sup>34</sup>.

#### ***4. Le conseguenze per il lavoratore in caso di rifiuto del lavoratore di sottoporsi alla vaccinazione –***

Diverse sono anche le posizioni assunte in tema di conseguenze per il lavoratore che non si sottoponga alla vaccinazione anti covid-19 ovvero che la rifiuti ingiustificatamente, dovendosi escludersi tale circostanza laddove egli sia affetto da patologie ovvero manifestata intolleranza a determinanti componenti farmacologici che la sconsiglino per ragioni di tutela della propria salute.

Nel consistente dibattito dottrinario che va sviluppandosi in argomento, vi è così chi propende per soluzioni più drastiche, ritenendo possibile il licenziamento disciplinare o per giusta causa ovvero il licenziamento per giustificato motivo oggettivo da irrogare una volta terminato il blocco dei licenziamenti, a quelle certamente più caute e comunque conservative, come la preventiva adibizione del lavoratore a mansioni differenti anche ai sensi

---

<sup>34</sup> Cfr. P.P.Dal Monte-S. Mantegazza, *Immunità di legge. I vaccini obbligatori tra scienza al governo e governo della scienza*, Bologna, 2018.

dell'art. 42 del d.lgs. 81/2008, e pure inferiori, ma con conservazione della retribuzione e della qualifica.<sup>35</sup>

Ove il reperimento di altra mansione non sia possibile in tal caso, resterebbe la possibilità della sospensione dalla prestazione lavorativa con conseguente sospensione dell'obbligo retributivo, nel rispetto della natura sinallagmatica del rapporto di lavoro e per mancanza oggettiva della idoneità del lavoratore a svolgere il lavoro in condizioni di sicurezza.

Nel caso perduri il rifiuto del lavoratore a sottoporsi alla vaccinazione, il licenziamento potrebbe essere intimato, come si è argomentato in precedenza, solo come misura estrema per definitiva lesione del vincolo fiduciario, inteso come scarso affidamento nel corretto futuro adempimento del contratto ed assenza di interesse apprezzabile alla sua prosecuzione.<sup>36</sup>

Si è così osservato che in questi casi, la mancanza di vaccinazione, benché imputabile ad una condotta, comunque volontaria e lecita, del lavoratore, rileva, in ogni caso, oggettivamente: sotto il profilo dell'organizzazione del lavoro e dell'inidoneità del lavoratore ad operare nell'ambiente in condizioni di sicurezza, anche sulla scorta del giudizio del medico competente, al pari di quanto accade in caso perdita della idoneità psico-fisica o della capacità lavorativa o, ancora, di titoli soggettivi abilitanti.

Quindi, si profilerebbe un'ipotesi di impossibilità sopravvenuta temporanea (art. 1464 c.c.), rapportabile alla durata del rischio pandemico, che richiede una valutazione datoriale dell'interesse residuale, rapportata alla durata della incompatibilità rispetto al lavoro, all'effettiva e dimostrabile assenza di

---

<sup>35</sup> Cfr. P. Ichino, *Liberi di non vaccinarsi, ma non a rischio degli altri*, in *lavoce.info*, 31 dicembre 2020; G. Falasca, *Non si può licenziare il dipendente che rifiuta di vaccinarsi*, in *www.open.online.it*, 25 dicembre 2020; F. Scarpelli, *Rifiuto del vaccino e licenziamento: andiamoci piano!*, in *www.linkedin.com*, 29 dicembre 2020.

<sup>36</sup> R. Rivero, *L'obbligo di vaccino anti Covid nel rapporto di lavoro tra principio di prevenzione e principio di solidarietà*, in *Questionegiustizia*, 18.1.2021; V. anche O. Mazzotta, *Vaccino anti-Covid: può il datore di lavoro imporlo e, in caso di rifiuto, può licenziare il lavoratore*, in *il Quotidiano giuridico.it*.

alternative e all'eventuale rifiuto da parte del dipendente ad una valida ricollocazione.

Non va poi trascurata l'ipotesi dell'avvio di un procedimento disciplinare a carico del lavoratore esposto che rifiuti il vaccino, con una sanzionabilità parametrata ai profili soggettivi, alla proporzionalità della condotta ed a tutte le circostanze concrete, ricordando che il divieto di licenziamento non opera in questi casi.

Tale soluzione è sostenuta in alternativa alla fattispecie dell'impossibilità temporanea sopravvenuta della prestazione da inidoneità del lavoratore alla mansione affidatagli a seguito del rifiuto del vaccino, con la conseguente sospensione non retribuita del rapporto ed il licenziamento per giustificato motivo oggettivo come *extrema ratio*, previo obbligo di ripescaggio perché è stato osservato che è forzato ravvisare l'inidoneità in un fatto che dipende dall'esclusiva volontà del lavoratore e dall'esercizio del “*diritto fondamentale dell'individuo*”<sup>37</sup>.

A questo punto non può che auspicarsi, unitamente a un tempestivo intervento della giurisprudenza, un intervento normativo chiarificatore che sgombri il campo da equivoci e incertezze in una materia che ne presenta già di notevoli e che, alla luce dell'attuale quadro normativo, non consente di valutare a pieno e con adeguata approssimazione tutti gli effetti giuridici che ne derivano, con la conseguente necessità di una particolare cautela nell'adozione di soluzioni che potrebbero rivelarsi affrettate.<sup>38</sup>

Invero, la prima pronuncia resa in sede cautelare sulle conseguenze del rifiuto del vaccino anti COVID-19 ha riguardato gli operatori sanitari di una

---

<sup>37</sup> Così, L. De Angelis, *Ragionando a caldo su vaccinazioni...*, cit.

<sup>38</sup> Cfr. M. Verzaro, *Abudans cautela non nocet. A (s) proposito del c.d. licenziamento per mancata vaccinazione anti-coronavirus*, in V.A. Poso, *Conversazioni sul lavoro...*, cit., 3 ss.

RSA che non si erano sottoposti alla vaccinazione, ritenendo legittima la condotta datoriale per aver imposto le ferie.<sup>39</sup>

L'ordinanza, resa prima dell'emanazione del d.l. n. 44/2021, ha invocato la rigorosa applicazione dell'art. 2087 c.c., da cui deriverebbe per il datore di lavoro, secondo tale interpretazione, l'obbligo di adottare tutte le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità psico-fisica dei propri dipendenti, in cui non può non essere incluso il vaccino anti-COVID, *“la cui efficacia è ormai notoria nell'impedire l'evoluzione negativa della patologia causata dal virus SARS-CoV-2, dimostrata anche dal drastico calo di decessi causati dal coronavirus fra le categorie”*, che vi hanno avuto finora accesso.

Sicché, la permanenza sul luogo di lavoro dei lavoratori, le cui mansioni comportano un contatto continuo con altre persone e quindi l'esposizione degli stessi a un elevato rischio di essere contagiati e contagiare, determinerebbe a carico del datore di lavoro la violazione dell'art. 2087 c.c.

Seguendo tale ragionamento, il Tribunale ha ritenuto che l'osservanza dell'obbligo di adottare tutte le necessarie misure di sicurezza prevale sull'eventuale interesse del prestatore di lavoro ad usufruire di un diverso periodo di ferie e che non è stata affatto dimostrata in giudizio *“l'intenzione del datore di lavoro di procedere alla sospensione dal lavoro senza retribuzione e al licenziamento”*.

Sebbene non vi sia stata, nella pronuncia citata, una valutazione della legittimità dell'eventuale adozione della sospensione dal lavoro e dalla retribuzione in caso di perdurante rifiuto al vaccino, è importante evidenziare che essa propende per la tesi secondo cui non possano permanere sul luogo di lavoro i dipendenti che si rifiutino di sottoporsi alla vaccinazione.

---

<sup>39</sup> V. Trib. Belluno, ord. 19.3.2021, n. 12; con nota di E. Erario Boccafurni, *Legittima la sospensione da lavoro se i sanitari rifiutano il vaccino*, in *www.lpo.it*, 2021,3.

Tuttavia, pur sussistendo l'obbligo datoriale di garantire un ambiente di lavoro sicuro, al tempo stesso appare difficile attribuire adeguato valore alla sussistenza dell'obbligo del lavoratore di cooperare con il datore per garantire la tutela della salute e sicurezza di quell'ambiente.

### ***5. Le peculiari disposizioni per gli operatori sanitari nel d.l. 1.4.2021, n. 44 e la giurisprudenza della Corte Costituzionale della CEDU come parametro di riferimento dell'obbligo di vaccinazione -***

Per gli operatori sanitari, tuttavia, il legislatore è di recente intervenuto con il d.l. 1 aprile 2021, n. 44, che detta specifiche disposizioni proprio in ordine alle conseguenze nell'ambito del rapporto di lavoro nell'ipotesi di rifiuto di sottoposizione alla vaccinazione.<sup>40</sup>

Secondo quanto prevede l'art. 4, comma 1, “*al fine di tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza*”, la vaccinazione gratuita per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2 costituisce requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative rese dai soggetti obbligati.

Soggetti obbligati, a condizione che svolgano la loro attività “*nelle strutture sanitarie, sociosanitarie e socio-assistenziali, pubbliche e private, nelle farmacie, parafarmacie e negli studi professionali*” sono “*gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario*”, come individuati dalle diverse disposizioni di legge vigenti succedutesi nel tempo che identificano tali categorie, mentre sono esclusi dall'obbligo, in quanto non rientranti in tali categorie, coloro i quali esercitino le arti ausiliarie delle

---

<sup>40</sup> Per un primo commento, si v. C. Pisani, *Vaccino anti-Covid: oneri e obblighi del lavoratore alla luce del decreto per gli operatori sanitari*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2021, 1, 71 ss.; P. Pascucci-C. Lazzari, *Prime considerazioni di tipo sistematico sul d.l. 1 aprile 2021, n. 44*, in *Dir. secur. lav.*, 2021, 1, 152 ss.; M. Verzaro, *ECCE LEX! L'obbligo di vaccinazione per gli operatori sanitari*, in V.A. Poso, *Conversazioni sul lavoro...*, cit., 3 ss.

professioni sanitarie e degli operatori di interesse sanitario, in cui sono inclusi i massaggiatori capi bagnini degli stabilimenti idroterapici, gli ottici, gli odontotecnici, le puericultrici.

Sono altresì esclusi coloro che, in collaborazione e/o alle dipendenze degli esercenti le professioni sanitarie e degli operatori di interesse sanitario, svolgono prestazioni/mansioni di tipo diverso come quelle di carattere amministrativo ovvero commerciale.

Come stabilito dal legislatore l'obbligo persisterà fino alla completa attuazione del piano strategico nazionale dei vaccini, ai sensi di quanto previsto dall'art. 1, co. 457 della l. 30 dicembre 2020, n. 178 e comunque sarà valido fino alla conclusione dell'anno solare 2021.

E' tuttavia prevista l'esenzione dall'obbligo ovvero comunque il suo differimento, qualora ne ricorrano le condizioni, secondo quanto previsto dal co. 2, per coloro per i quali il sussista un *“pericolo per la salute, in relazione a specifiche condizioni cliniche documentate, dal medesimo medico attestate”*.

Il legislatore ha dunque individuato gli *“operatori sanitari”* quali unici destinatari, nell'ambito dei servizi pubblici essenziali, dell'obbligo vaccinale, mentre in sede di conversione del decreto potrebbe ipotizzarsi l'estensione di siffatte previsioni ad ulteriori categorie in funzione degli obiettivi di salvaguardia della salute collettiva nazionale, in relazione al livello di esposizione delle relative categorie.

Senonchè, a tale proposito, appare ipotizzabile che la soluzione più idonea, allo scopo di individuare le categorie a maggior rischio, potrebbe rinvenirsi in relazione alla previsione di quelle categorie per le quali la circ. INAIL 23 febbraio 2020 prevede l'indennizzabilità del rischio da infortunio per intervenuto contagio da Covid-19 ovvero comunque nell'ambito dei parametri fissati dalla Corte Costituzionale con la recente sent. 18.1.2018, n.

5 che, intervenuta prima dell'esplosione dell'emergenza epidemiologica, aveva stabilito, tra l'altro, che *“rientri nella discrezionalità – e nella responsabilità politica – degli organi di governo apprezzare la sopraggiunta urgenza di intervenire, alla luce dei nuovi dati e dei fenomeni epidemiologici frattanto emersi, anche in nome del principio di precauzione che deve presidiare un ambito così delicato per la salute di ogni cittadino come è quello della prevenzione”*<sup>41</sup>, seguita dalla Corte EDU che, con sent. 16 aprile 2021, n. 116 ha riconosciuto come *“necessaria in una società democratica”* la vaccinazione obbligatoria, indicando, al contempo, i criteri che la legislazione nazionale deve rispettare per essere conforme al principio di non ingerenza nella vita privata del singolo sulla base di quanto previsto dall'art. 8 della Convenzione.

Orbene, trascurando il procedimento, descritto dai commi da 3 a 6 della norma, per quanto riguarda i profili lavoristici, peculiare attenzione meritano le disposizioni di cui al co. da 7 a 11, relativi agli effetti sul rapporto di lavoro, con la previsione di specifici adempimenti che incombono sui datori di lavoro e sugli Ordini professionali.

In particolare, per quanto riguarda il rapporto di lavoro, sulla scorta di quanto adesso sancito dal co. 8, con una previsione che non ha precedenti nella legislazione in materia, che lo prevede soltanto per ipotesi legate a vicende connesse al funzionamento stesso del rapporto e comunque certamente eccezionali, viene stabilito che, all'esito della sospensione adottata dal competente Ordine professionale, i datori di lavoro sono tenuti ad adibire i lavoratori a mansioni diverse, corrispondente riduzione della retribuzione, che comunque non implicino il rischio di contagi e con facoltà, in caso di impossibilità di provvedere a ciò, di sospendere il rapporto senza provvedere

---

<sup>41</sup> Cfr. Corte Cost., 18.1.2018, n. 5, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

nemmeno alla corresponsione dei relativi compensi per tutta la durata della sospensione.

Occorre dunque chiedersi se tale previsione normativa, così concepita, rientri nel perimetro di legittimità, anche costituzionale, che tuttavia potrebbe trovare la propria giustificazione nella eccezionalità dell'emergenza epidemiologica: ciò che appare discutibile, tuttavia, è che mentre relativamente alla previsione di allontanamento dai luoghi di lavoro disposta dalla normativa precedente, è prevalsa la preventiva verifica della possibilità di consentire al dipendente di avvalersi tutti gli istituti conservativi e protettivi previsti dalla legge e dal contratto, quali ferie, congedi e permessi, allo scopo di “*ritardare*” anche la collocazione in cassa integrazione e quindi gli istituti sospensivi della prestazione, in caso di mancato assolvimento dell'obbligo vaccinale, si impone il demansionamento quale principale misura pur prevedendo la norma stessa la cessazione di efficacia della misura al 31 dicembre 2021.

A tale disposizione fa tuttavia eccezione quanto previsto dai commi 2 e 2-*bis* del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni dalla l. 24 aprile 2020, n. 27, in quanto il co. 2-*bis* dispone che “*i lavoratori fragili (...) svolgono di norma la prestazione lavorativa in modalità agile, anche attraverso l'adibizione a diversa mansione ricompresa nella medesima categoria o area di inquadramento, come definite dai contratti collettivi vigenti, o lo svolgimento di specifiche attività di formazione professionale anche da remoto*”, mentre il co. 2 riguarda le ipotesi in cui la prestazione lavorativa non possa essere resa in modalità agile ai sensi del co. 2-*bis* e fa riferimento ai “*lavoratori dipendenti pubblici e privati in possesso di certificazione rilasciata dai competenti organi medico-legali, attestante una condizione di rischio derivante da immunodepressione o da esiti da patologie oncologiche o dallo svolgimento di relative terapie salvavita, ivi inclusi i lavoratori in possesso del riconoscimento di disabilità*

*con connotazione di gravità ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 10”.*

Per tali categorie, la norma prevede anche che *“il periodo di assenza dal servizio è equiparato al ricovero ospedaliero ed è prescritto dalle competenti autorità sanitarie, nonché dal medico di assistenza primaria che ha in carico il paziente, sulla base documentata del riconoscimento di disabilità o delle certificazioni dei competenti organi medico-legali di cui sopra”.*

Il co. 11 stabilisce invece, a sua volta, i casi di esenzione dall'obbligo vaccinale, ma relativamente alle attività libero-professionali, stabilendo che i professionisti sono tenuti ad adottare *“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”.*

## ***6. La copertura INAIL in caso di contrazione del virus sul posto di lavoro***

Tra i numerosi problemi applicativi che il rifiuto del vaccino comporta, si pone il problema della verifica della copertura assicurativa contro il rischio infortuni derivante dalla contrazione del virus in ambiente di lavoro.

Concretamente, tra le prime applicazioni concrete della vicenda, si è verificato il caso di un'azienda del SSN che ha chiesto direttamente all'INAIL, in ragione dei compiti affidatigli dalla legislazione emergenziale di contrasto alla pandemia *«se e quali provvedimenti debbano essere adottati riguardo al personale infermieristico che non abbia aderito al piano vaccinale anti-Covid-19...e se la malattia infortunio sia ammissibile o meno alla tutela Inail nel caso in cui detto personale abbia contratto il virus».*<sup>42</sup>

---

<sup>42</sup> Art. 10 d.l. 18/2020, conv. in l. 27/2020.

Il quesito nasce dal fatto che l'art. 42, co. 2, del d.l. 18/2020 conv. in l. 27/2020 e la Circ. INAIL 3 aprile 2020 n. 13, hanno previsto che l'accertata infezione da Covid-19 sul luogo di lavoro sia riconosciuta come infortunio sul lavoro, con la relativa tutela per l'infortunato.

Con nota dell'1.3.2021, l'INAIL ha osservato che in caso di concreta riconduzione dell'evento infortunistico all'occasione di lavoro, la tutela assicurativa operi comunque, anche in caso di volontaria mancata adesione al piano vaccinale e quindi per colpa del lavoratore, in quanto *“è un'attività vincolata sottratta alla disponibilità delle parti, intendendosi con ciò non solo il lavoratore e il datore di lavoro, ovvero il soggetto assicurante su cui grava l'obbligo di versare i premi assicurativi, ma lo stesso Istituto assicuratore..... L'art. 67 del d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124 stabilisce che «Gli assicurati hanno diritto alle prestazioni da parte dell'Istituto assicuratore anche nel caso in cui il datore di lavoro non abbia adempiuto agli obblighi stabiliti nel presente titolo (principio di automaticità delle prestazioni)»*.<sup>43</sup>

Ne deriva che la tutela assicurativa non possa essere sottoposta a ulteriori condizioni oltre quelle previste dalla legge.<sup>44</sup>

Ciò, inoltre, e sul presupposto che l'art. 2 del decreto stabilisce che *«l'assicurazione comprende tutti i casi di infortunio avvenuti per causa violenta in occasione di lavoro, da cui sia derivata la morte o un'inabilità permanente al lavoro, assoluta o parziale, ovvero un'inabilità temporanea che importi l'astensione dal lavoro per più di tre giorni»*, ad esclusione, precisa l'art. 65, dei casi di infortunio doloso per cui la tutela è esclusa, allorquando cioè *«l'assicurato abbia simulato un infortunio o abbia*

---

<sup>43</sup> Cfr. C. Pisani, *Tutela Inail e rifiuto del vaccino anti Covid-19 del personale infermieristico poi contagiato*, in *Guida Lav.*, 2021, 12, 27 ss.

<sup>44</sup> Cfr. Cass. 19.3.2019, n. 7649, in *Foro it.* 2019, 7-8, I, 2386, con nota di V. Ferrari.

*dolosamente (con coscienza e volontà) aggravato le conseguenze di esso, la tutela è esclusa soltanto per l'infortunio doloso;*

Il comportamento colposo del lavoratore, consistente ad es. nel mancato utilizzo dei DPI, *«può ridurre oppure escludere la responsabilità del datore di lavoro, facendo venir meno il diritto dell'infortunato al risarcimento del danno nei suoi confronti, così come il diritto dell'Inail ad esercitare il regresso nei confronti sempre del datore di lavoro, ma non comporta l'esclusione della tutela assicurativa apprestata dall'Istituto in caso di infortunio».*

Sul punto, l'INAIL si preoccupa di separare nettamente la questione giuridica, ma anche etica, degli obblighi di prevenzione del datore di lavoro e di collaborazione del prestatore (*ex art. 2087 cod. civ. e artt. 266, 279 e 20 d. lgs. n. 81/2008*), da quelli riguardanti la tutela del lavoratore che ha contratto il contagio da SARS-CoV-2 in occasione di lavoro richiamandosi alla giurisprudenza di legittimità in merito ai comportamenti colposi per violazione delle norme di sicurezza sul lavoro, applicando al caso di specie il principio secondo cui *«sebbene ovviamente la violazione di norme antinfortunistiche da parte del lavoratore debba essere considerata un comportamento sicuramente illecito (tanto che la legislazione più recente, al fine di responsabilizzare il lavoratore, prevede sanzioni anche a carico di questi quando non osservi i precetti volti alla tutela della salute nei luoghi di lavoro), l'illiceità del comportamento non preclude comunque in alcun modo la configurabilità dell'infortunio come evento indennizzabile; in quanto la colpa dell'assicurato costituisce una delle possibili componenti causali del verificarsi dell'evento (insieme al caso fortuito, alla forza maggiore, al comportamento del datore di lavoro ed al comportamento del terzo)»*<sup>45</sup>;

---

<sup>45</sup> Cfr. Cass. 20.7.2017, n.17917, in *Dir. & Giust.*, fasc. 124, 2017, pag. 62, con nota di Scofferi, *Ai fini della risarcibilità dell'infortunio non rileva la colpa del lavoratore.*

Nel caso del rifiuto di vaccinarsi non trova applicazione il concetto di “*rischio elettivo*”, elaborato dalla giurisprudenza per delimitare sul piano oggettivo l'occasione di lavoro e, dunque, il concetto di rischio assicurato o di attività protetta.

Secondo la giurisprudenza richiamata dallo stesso Istituto, l'infortunio derivante da rischio elettivo è quello che è conseguenza di un rischio collegato ad un comportamento volontario, volto a soddisfare esigenze meramente personali e, comunque, indipendente dall'attività lavorativa, cioè di un rischio generato da un'attività che non abbia rapporto con lo svolgimento dell'attività lavorativa o che esoriti in modo irrazionale dai limiti di essa.<sup>46</sup>

Perché ricorra il rischio elettivo occorre un atto volontario (in contrapposizione agli atti automatici del lavoro, spesso fonte di infortuni), e *arbitrario*, nel senso di illogico ed estraneo alle finalità produttive, diretto a soddisfare impulsi meramente personali (il che esclude le iniziative, pur incongrue, ed anche contrarie alle direttive datoriali, ma motivate da finalità produttive) e che affronti un rischio diverso da quello lavorativo al quale l'atto stesso sarebbe assoggettato, per cui l'evento non ha alcun nesso di derivazione con lo svolgimento dell'attività lavorativa.

In sintesi, il rischio elettivo ricorre quando per libera scelta il lavoratore si ponga in una situazione di fatto che l'ha indotto ad affrontare un rischio diverso da quello inerente l'attività lavorativa.

Per tale ragione, secondo l'INAIL, il rifiuto di vaccinarsi non può configurarsi come assunzione di un rischio elettivo, in quanto il rischio di contagio non è voluto dal lavoratore e la tutela assicurativa opera se e in

---

<sup>46</sup> Cass., 18.5.2009, n. 11417, *ined.*, secondo cui in materia di assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro, costituisce rischio elettivo la deviazione, puramente arbitraria ed animata da finalità personali, dalle normali modalità lavorative, che comporta rischi diversi da quelli inerenti le usuali modalità di esecuzione della prestazione.

quanto il contagio sia riconducibile all'occasione di lavoro, nella cui nozione rientrano tutti i fatti, anche straordinari ed imprevedibili, relativi all'ambiente, le macchine, le persone, compreso il comportamento dello stesso lavoratore, purché attinenti allo svolgimento della prestazione.

A giudizio dell'INAIL non è dunque configurabile un obbligo specifico di vaccinarsi nell'attuale legislazione in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro in quanto *“il d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 all'art. 279 riguardante prevenzione e controllo, stabilisce che “il datore di lavoro, su conforme parere del medico competente, adotta misure protettive particolari (...)” tra cui “a) la messa a disposizione di vaccini efficaci per quei lavoratori che non sono già immuni all'agente biologico presente nella lavorazione, da somministrare a cura del medico competente”, ma non prevede l'obbligo del lavoratore di vaccinarsi e che in materia di trattamenti sanitari opera, tra l'altro, la riserva assoluta di legge di cui all'articolo 32 Cost. ...Per quanto sopra, il rifiuto di vaccinarsi, configurandosi come esercizio della libertà di scelta del singolo individuo rispetto ad un trattamento sanitario, ancorchè fortemente raccomandato dalle autorità, non può costituire una ulteriore condizione a cui subordinare la tutela assicurativa dell'infortunato”*.

Quindi, come è stato osservato prima dell'entrata in vigore del d.l. 44/2021, *infermieri vaccinati e non vaccinati pari sono* ed hanno egualmente diritto alle prestazioni indennitarie, nonostante solo il lavoratore che abbia scelto di non vaccinarsi costituisca un rischio concreto per l'ambiente lavorativo in cui potrebbe contrarre il virus<sup>47</sup> per inosservanza delle normali regole di prudenza e buon senso, con atti volontari, illogici ed estranei alle attività

---

<sup>47</sup> A. De Matteis, *Infermieri che rifiutano il vaccino anti-Covid: dove l'Inail sbaglia*, in V.A. Poso, *Conversazioni sul lavoro...*, cit.

produttive, ad esempio non indossando i DPI, in tal modo assumendo, proprio per aver scelto di non vaccinarsi, un rischio elettivo.

Sul punto, occorre dunque ribadire che, secondo quanto previsto dall'art. 20 del d.lgs n. 81/2008 “*ogni lavoratore deve prendersi cura della propria salute e sicurezza e di quella delle altre persone presenti sul luogo del 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*” e quindi, quando a poter entrare in contatto con i terzi sia proprio un operatore sanitario la cui prestazione ha ad oggetto la cura e la guarigione degli altri, ciò implica la necessità di evitare il rischio che la loro salute possa subire pregiudizio dalla prestazione medesima<sup>48</sup>.

Da tale punto di vista appare opportuno il richiamo alla categoria della figura dell'*onere*, in antitesi a quella dell'*obbligo*, allo scopo di configurare la sussistenza di un dovere, inteso nel senso di un vincolo, comunque sussistente sul lavoratore, e ciò indipendentemente dalla sua libertà di non vaccinarsi, allo scopo di evitare che il suo comportamento e le scelte effettuare possano influenzare negativamente il rapporto di lavoro e l'organizzazione datoriale.<sup>49</sup>

**7. La legittimità del c.d. pass vaccinale nella valutazione del Garante della Privacy** - Particolari e delicate questioni sorgono nel rapporto tra accertamenti sanitari aziendali finalizzati all'adozione di misure di contrasto ai fenomeni di contagio e tutela della riservatezza del lavoratore, alla luce

---

<sup>48</sup> L. De Angelis, *ult. cit.*

<sup>49</sup> In argomento, C. Pisani, *Emergenza coronavirus, rifiuto del vaccino e licenziamento*, in *Guida lav.*, 2021, 3, 13 ss., spec. sub. 14. Per una riflessione sul punto si v. anche M. Cerbone, *Vaccinazione anti-Covid... cit.*, 79 ss.

delle stringenti disposizioni previste dal Reg. UE n. 679/2016, in vigore in Italia dal maggio 2018.<sup>50</sup>

I problemi principali riguardano l'individuazione dei limiti alle misure consentite al datore di lavoro, allo scopo di verificare se, quelle previste dalle principali disposizioni introdotte nell'ambito delle prime norme emergenziali, quali ad esempio misurazione della temperatura corporea e acquisizione dei dati di carattere sanitario, finalizzati a consentire la presenza in servizio, siano idonee a garantire il bilanciamento tra le opposte esigenze di tutela della salute e ripresa delle attività interrotte per effetto delle misure di c.d. “*confinamento*”.<sup>51</sup>

A tal proposito è stato tuttavia opportunamente osservato che, se gli accertamenti sanitari aziendali non possono prescindere dalle regole previste in materia di tutela della *privacy*, la circostanza che essi siano richiamati dai Protocolli sottoscritti tra Governo e parti sociali, la cui efficacia è legittimata dall'art. 2, co. 6 del d.P.C.M. 26 aprile 2020, ne legittima l'effettuazione da parte del datore di lavoro.<sup>52</sup>

Ulteriori implicazioni riguardano invece, con riferimento a tale aspetto, il problema della vaccinazione del lavoratore.

Invero, con una comunicazione dell'1.3.2021, il Garante della Privacy ha richiamato l'attenzione dei decisori pubblici e degli operatori privati italiani sull'obbligo di rispettare la disciplina in materia di protezione dei dati personali, rilevando che sarebbe illegittimo l'utilizzo di applicazioni e patenti di accessibilità agevolata allo scopo di rendere informazioni sui soggetti che abbiano ricevuto o meno la vaccinazione, al fine di rendere fruibili alcuni servizi (es. cinema e teatri, alberghi, aeroporti, stazioni).

---

<sup>50</sup> Cfr. C. Ogriseq, *Il Regolamento UE n. 2016/679 e la protezione dei dati personali nelle dinamiche giuslavoristiche: la tutela riservata al dipendente*, in *Labour&Law Issues*, 2016, 2 (2), R. 27 ss.

<sup>51</sup> Si v. E. Dagnino, *La tutela della privacy ai tempi del coronavirus: profili giuslavoristici*, in *Giust. Civ. comm.*, 2020.

<sup>52</sup> Cfr., ancora D. Garofalo, *Lavorare in sicurezza...*, cit., 334.

Va detto che l’Autorità aveva già dato parere negativo<sup>53</sup> in tema di diffusione dei dati vaccinali affermando che il datore di lavoro non può chiedere ai propri dipendenti di fornire informazioni sul proprio stato vaccinale ovvero copia di documenti che comprovino l’avvenuta vaccinazione anti Covid-19, in quanto non previsto dalle disposizioni emergenziali e dalla disciplina in materia di tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro; né il consenso del dipendente può costituire una valida condizione di liceità in ragione dello squilibrio del rapporto tra titolare e interessato nel contesto lavorativo.

La stessa Autorità Garante ha poi chiarito che il datore di lavoro non può chiedere al medico competente i nominativi dei dipendenti vaccinati perché solo il medico competente può trattare i dati sanitari dei lavoratori e tra questi, se del caso, le informazioni relative alla vaccinazione, nell’ambito della sorveglianza sanitaria e in sede di verifica dell’idoneità alla mansione specifica (artt. 25, 39, co. 5, e 41, co. 4, d.lgs. n. 81/2008), sebbene vi è chi argomenta che proprio sulla scorta di quanto previsto dall’art. 9.2 del Reg. UE 2016/679, che fa riferimento alle ipotesi in cui il trattamento sia *“necessario per la salvaguardia degli interessi vitali dell’interessato o di un’altra persona fisica”* ovvero anche dall’art. 46, relativo invece, espressamente, alla possibilità che *“...alcuni tipi di trattamento possono rispondere sia a rilevanti motivi di interesse pubblico sia agli interessi vitali dell’interessato, per esempio se il trattamento è necessario a fini umanitari, tra l’altro per tenere sotto controllo l’evoluzione di epidemie e la loro diffusione...”*, il che dovrebbe far propendere per la legittimità dell’acquisizione di tali informazioni.<sup>54</sup>

Il datore di lavoro può invece acquisire, in base al quadro normativo vigente, i soli giudizi di idoneità alla mansione specifica e le eventuali prescrizioni

---

<sup>53</sup> V. <https://www.garanteprivacy.it/temi/coronavirus/faq#vaccini>.

<sup>54</sup> Cfr. R. Zallone-A. Stanchi, *Vaccinazione dei dipendenti, il datore tra i due fuochi di legge e garante*, in *Guida lav.*, 2021, 17, 14 ss. ma spec. 15 s.

e/o limitazioni in essi riportati (es. art. 18, co. 1, lett. c), g) e bb), d.lgs. n. 81/2008).

Invero proprio tale circostanza, e cioè che il datore possa acquisire notizie che rilevano ai fini dell'attitudine del lavoratore all'esecuzione della prestazione lavorativa potrebbe legittimare il datore di lavoro a chiedere ad un proprio dipendente se si sia vaccinato o meno.

In tal caso, tuttavia, la valutazione negativa del Garante sul c.d. *pass* vaccinale si basa sulla considerazione che la diffusione dei dati relativi allo stato vaccinale, essendo particolarmente delicati e sensibili, potrebbe dar luogo a trattamenti poco corretti tali da favorire forme più o meno estese di discriminazione: si pensi infatti a tutti coloro i quali non possano vaccinarsi per problemi di salute di carattere immunitario o a chi non lo voglia in assenza di un obbligo legale in tal senso ovvero, ancora, a chi pur volendo vaccinarsi, non ne abbia avuto la possibilità, attesa la mancanza di una opportunità generalizzata aperta a chiunque ne faccia richiesta in ragione del numero limitato di dosi disponibili, con la violazione di libertà costituzionalmente tutelate.

Ne consegue che, in assenza di una norma nazionale di rango primario in materia di protezione dei dati personali, compatibile con il Regolamento UE 2016/679 e, secondo la valutazione del Garante che sia anche *“rispettosa dei principi di proporzionalità, limitazione delle finalità e di minimizzazione dei dati, in modo da realizzare un equo bilanciamento tra l'interesse pubblico che si intende perseguire e l'interesse individuale alla riservatezza”*, l'utilizzo *“in qualsiasi forma, da parte di soggetti pubblici e di soggetti privati fornitori di servizi destinati al pubblico, di applicazione e pass destinati a distinguere i cittadini vaccinati dai cittadini non vaccinati è da considerarsi illegittimo”*.

Del resto, il trattamento dei dati tramite l'App "*Immuni*", inizialmente creata per il tracciamento digitale dei contatti dei contagiati da Covid 19 è stato autorizzato dall'Autorità per la protezione dei dati personali con provvedimento del 1° giugno 2020 dopo che la stessa è stata disciplinata dall'art. 6 del d.l. 30 aprile 2020, n. 28, che ha istituito il Sistema nazionale di allerta Covid uniformando, a livello nazionale, il quadro di garanzie poste a tutela degli interessati ed osservando i requisiti previsti dal Regolamento (UE) 2016/679 (artt. 6, par.1, lett. e) e 9, par. 2, lett. g) e, in particolare, lett. i) e dal Codice (artt. 2-ter e 2-sexies).

Invero, la decisione del Garante appare certamente in linea con il monito dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, contenuto nelle linee guida dello scorso 15 gennaio 2021 "*di non introdurre requisiti di prova della vaccinazione o immunità per i viaggi internazionali come condizione di ingresso, in quanto vi sono ancora delle incognite e delle criticità riguardo all'efficacia della vaccinazione nel ridurre la trasmissione del virus e la disponibilità limitata di vaccini. La prova della vaccinazione non dovrebbe esentare i viaggiatori internazionali dal rispettare altre misure di riduzione del rischio di viaggio*".<sup>55</sup>

Le motivazioni poste a base delle due decisioni sono tuttavia diverse: di natura giuridica, quella del Garante della Privacy, non essendo obbligatorio il vaccino in Italia e comunque non ancora disponibile per tutta la popolazione ed in quanto tale foriero di discriminazioni e di un'ingiustificata compromissione della libertà individuale; di natura sanitaria quella dell'OMS, essendo noto che il vaccino non garantisce un'immunità totale e

---

<sup>55</sup> *Statement on the sixth meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee regarding the coronavirus disease (COVID-19) pandemic* in [https://www.who.int/news/item/15-01-2021-statement-on-the-sixth-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-coronavirus-disease-\(covid-19\)-pandemic](https://www.who.int/news/item/15-01-2021-statement-on-the-sixth-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-coronavirus-disease-(covid-19)-pandemic).

quindi non è escluso che chi si sia vaccinato possa comunque contrarre il virus, nonostante le ridotte percentuali, ovvero contagiare altre persone.

Di contrario avviso è invece l'Unione Europea, che il 17 marzo 2021 ha proposto il *Digital Green Pass* al fine di incentivare gli spostamenti tra gli Stati e quindi di rilanciare il turismo: un *pass* attraverso cui acquisire la prova che un determinato individuo sia stato vaccinato ovvero recuperare l'esito del tampone negativo per chi non ha potuto ancora vaccinarsi o, peggio ancora, i dati sulla guarigione dal coronavirus.

Una sorta di patentino di immunità che dovrebbe comportare una più ampia adesione alla campagna vaccinale per i “*vantaggi*” che derivano dal suo utilizzo, ma soprattutto una rinascita dell'economia mondiale.

La proposta legislativa della Commissione Ue avrà verosimilmente la forma di un regolamento, che ciascuno Stato recepirà, in linea quindi con la richiesta del Garante, ed utilizzerà “*una serie di dati minimi... pertinenti a livello transfrontaliero*”, con la funzione di avviare un percorso di progressiva ripresa delle attività aperte al pubblico allo scopo di rilanciare il sistema produttivo e recuperare un sistema di vita ordinario.

E tanto, anche al fine di *sviluppare un approccio europeo* al sistema dei passaporti vaccinali, piuttosto che lasciarli a iniziative territoriali ovvero dei colossi globali come *Google* o *Apple*, evitando in tal modo che la pandemia possa costituire una nuova occasione per la marginalizzazione dei soggetti più deboli, finendo con l'avvantaggiare i giganti dell'economia mondiale, piuttosto che favorire un ripensamento dell'organizzazione sociale e dei sistemi economici strutturandola efficacemente attorno ai valori fondamentali di protezione dell'individuo.