

Marco Mocella

**Vaccini e diritti costituzionali:
una prospettiva europea**

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*

Marco Mocella

Vaccini e diritti costituzionali: una prospettiva europea

*aggiornato al 5 maggio 2021

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

Sommario:

1. Premessa: i diritti costituzionali in gioco, un cambio di prospettiva?
2. Che la diretta via era smarrita: il tentativo di aggirare la riserva di legge
3. Articolo 2087 c.c. e normativa in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro, una visione riduttiva del problema
4. Le conseguenze sul piano del rapporto di lavoro del rifiuto di sottoporsi alla vaccinazione: oltre il licenziamento
5. Obbligo di vaccinazione e diritto di non vaccinarsi: una visione europea
6. Una possibile soluzione: la vaccinazione come misura preparatoria alla prestazione in relazione alle mansioni espletate
7. Contromano in autostrada: il d.l. 1 aprile 2021 n. 44 tra profili di costituzionalità della norma e problemi irrisolti

1. Premessa: i diritti costituzionali in gioco, un cambio di prospettiva?

Il dibattito sull'obbligatorietà dei vaccini continua a interessare non solo i giuristi ma l'opinione pubblica, tra le prime sentenze di merito e l'altalenante stop and go delle vaccinazioni, dalle autorizzazioni concesse, sospese e poi rinnovate, all'efficacia, pericolosità e utilità degli stessi e al diritto del singolo di poterli rifiutare senza subirne conseguenze. In questo contesto, si inserisce da ultimo l'intervento legislativo, unico allo stato nel suo genere, che pone l'obbligo di vaccinazione in capo a talune categorie di soggetti in relazione alla loro attività professionale¹.

¹ Sul d.l. 1/4/2021 n. 44 vedi già P. PASCUCCI, C. LAZZARI, *Prime considerazioni di tipo sistematico sul d.l. 1 aprile 2021, n. 44*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2021, 1, I, 152 ss.; F. SCARPELLI, *Arriva l'obbligo del vaccino (solo) per gli operatori sanitari: la disciplina e i suoi problemi interpretativi*, in *Conversazioni sul lavoro a distanza da agosto 2020 a marzo 2021 promosse e coordinate da Vincenzo Antonio Poso*, 3/4/2021; M. VERZARO, *ECCE LEX! L'obbligo di vaccinazione per gli operatori sanitari*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2021, 2; V. A. POSO, *Dei vaccini e delle «pene» per gli operatori sanitari. Prime osservazioni sul D.L. 1° aprile 2021, n. 44 (G.U. n. 79 del 1 aprile 2021)*, in *Labor. Il lavoro nel diritto, Aggiornamenti*, 10 aprile 2021; R. RIVERSO, *Note in tema di individuazione dei soggetti obbligati ai vaccini a seguito del decreto-legge n. 44/2021*, in *Conversazioni sul lavoro a distanza da agosto 2020 a marzo 2021 promosse e coordinate da Vincenzo Antonio Poso*, 12/4/2021; A. DE MATTEIS, *Il decreto - legge sull'obbligo di vaccino del personale sanitario*, in *Conversazioni sul lavoro a distanza da agosto 2020 a marzo 2021 promosse e*

L'importanza della questione appare ancora maggiore considerando che i principi che si affermeranno nel diritto del lavoro avranno inevitabili conseguenze anche in ambiti diversi, coinvolgendo altre categorie di cittadini, cui potrebbe essere imposto un analogo obbligo per potersi spostare, partecipare a determinate attività non lavorative, a funzioni e spettacoli pubblici². Inoltre, il dibattito non sembra destinato ad esaurirsi rapidamente in quanto si prospetta la possibilità che, per una definitiva sconfitta del virus a livello mondiale, siano necessari ancora alcuni anni, rendendo quindi necessario ripetere periodicamente la vaccinazione.

L'imposizione dell'obbligo di vaccinazione si inserisce in un più generale contesto normativo emergenziale nel quale i diritti di libertà del singolo trovano una notevolissima compressione in un'ottica di tutela collettiva, inusuale al nostro ordinamento costituzionale. Se normalmente lo Stato acconsente a che ciascun cittadino decida di assumere su di sé i rischi che desidera, anche mettendo a repentaglio la propria salute o la propria vita, consentendo quindi al singolo di scegliere che valore dare alla propria esistenza, la normativa emergenziale limita, comprime e modula la libertà del singolo *“al fine di ridurre e contenere l'esposizione a pericolo di un «bene» diverso”*³. Viene così modificato il paradigma di riferimento, con la promessa di una temporaneità ed eccezionalità del momento: lo Stato impedisce *“l'esercizio della libertà (negativa) medesima, anche all'interno dei recinti de quibus, per preservare e per tutelare un bene e un valore ritenuti (per norma) superiori sia*

coordinate da Vincenzo Antonio Poso, 5/4/2021; C. PISANI, *Il vaccino per gli operatori sanitari obbligatorio per legge e requisito essenziale per la prestazione*, in *Conversazioni sul lavoro a distanza da agosto 2020 a marzo 2021 promosse e coordinate da Vincenzo Antonio Poso*, 7/4/2021, 3 ss. Sull'opportunità di un intervento normativo: AA.VV., *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 *Giustizia insieme*, 30 marzo 2021. Sulla questione dei vaccini in generale v. P. ICHINO, *Perché e come l'obbligo di vaccinazione può nascere anche solo da un contratto di diritto privato*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2021, n. 1, 4; P. PASCUCCI, A. DELOGU, *L'ennesima sfida della pandemia Covid-19: esiste un obbligo vaccinale nei contesti lavorativi?*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro, Rivista dell'Osservatorio Olympus*, 2020, I; M. CERBONE, *Vaccinazione anti-Covid, autodeterminazione del lavoratore e riflessi sul rapporto di lavoro*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2021, 79 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 *Lavoro Diritti Europa*, 2021/1; M. VERZARO, *Abundans cautela non nocet. A (s) proposito del c.d. licenziamento per mancata vaccinazione anti-coronavirus*, in *Federalismi.it*, 2021, f.6, 267 ss.; P. ALBI, S. BELLOMO, C. CESTER, J. C. VILLALÓN, V. FERRANTE, F. FERRARO, E. GRAGNOLI, A. MARESCA, O. MAZZOTTA, A. PERULLI, R. PESSI E A. D. ZUMBO, V. A. POSO, R. ROMEI, L. ZOPPOLI, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-Covid e rapporto di lavoro*, in *Labor - Il lavoro nel diritto* www.rivistalabor.it (22 gennaio-10 febbraio 2021); 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 *Lavoro Diritti Europa*, 2021/1; O. MAZZOTTA, *Vaccino anti-Covid e rapporto di lavoro*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2021/1, 1 ss.; L. MENGHINI, *Covid, sicurezza, vaccini: rappresentanze e partecipazione*, in *Conversazioni sul lavoro a distanza da agosto 2020 a marzo 2021 promosse e coordinate da Vincenzo Antonio Poso*, 1/2/2021; L. DE ANGELIS, *Ragionando a caldo su vaccinazioni e rapporto di lavoro*, *ivi*, 17/2/2021; P. IERVOLINO, *Vaccinazione e Pandemia tra diritto e etica*, in *Conversazioni sul lavoro a distanza da agosto 2020 a marzo 2021 promosse e coordinate da Vincenzo Antonio Poso*, 8/4/2021; R. RIVERSO, *Vaccini e rapporto di lavoro: obblighi, responsabilità e tutele*, in *Conversazioni sul lavoro a distanza da agosto 2020 a marzo 2021 promosse e coordinate da Vincenzo Antonio Poso*, 15/3/2021; L. PAPA, N.A. MAGGIO, *COVID 19: Il vaccino e le notti insonni del datore di lavoro. Quando finisce la libertà del lavoratore ed inizia quella del suo collega*, in *Lavoro, Diritti, Europa*, 2021, 1; A. DE MATTEIS, *Art. 32 della Costituzione: diritti e doveri in tema di vaccinazione anti-Covid*, in *Conversazioni sul lavoro a distanza da agosto 2020 a marzo 2021 promosse e coordinate da Vincenzo Antonio Poso*, 7/2/2021; ID., *Infermieri che rifiutano il vaccino anti-Covid: dove l'Inail sbaglia*, in *Conversazioni sul lavoro a distanza da agosto 2020 a marzo 2021 promosse e coordinate da Vincenzo Antonio Poso*, 7/3/2021; ID., *I trattamenti sanitari nelle obbligazioni contrattuali. A proposito di vaccino anti-Covid.*, *ivi*, 27/2/2021; G. CAZZOLA, *Un dibattito surreale*, in *Lavoro, Diritti, Europa*, 2021, 1; S. PUTINATI, A. KELLER, *Covid-19: scudo per i datori, ma residua un rischio di responsabilità penale per colpa generica*, in *Guida al lav.*, n. 29, 2020, 29 ss.; V. DE LUCA, A. IACOBELLIS, *Infortunio da Covid-19, profili critici*, in *Guida al lav.*, 20, 2020, 46 ss.; P. ICHINO, *L'obbligo di vaccinazione anti-Covid di fonte contrattuale*, in *Guida al lav.*, n. 3, 2021, 10 ss. In generale, sulla sicurezza del lavoro durante la pandemia M. MARAZZA, *L'art. 2087 nella pandemia COVID-19 (e oltre)*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, I, 267 ss.; A. PERULLI, *«Diritto riflessivo» e autonomia collettiva al tempo del COVID-19*, *ivi*, 2020, I, 299 ss.

² Come noto, inizia a parlarsi con maggiore frequenza di un pass vaccinale per potersi spostare liberamente al di fuori della propria regione o, addirittura, in ambito internazionale.

³ R. DI MARCO, *Breve nota a margine delle disposizioni emanate dallo Stato per contrastare la pandemia del coronavirus SARS-CoV-2. Spunti per alcune riflessioni gius-filosofiche*, in *Dirittifondamentali.it*, 2, 2020, 1501 ss.

alla «confinazione amministrativa», sia all'esercizio delle varie facoltà e prerogative lato sensu dominicali»⁴.

Conseguentemente, la scala dei valori dell'individuo perde rilievo di fronte a quella dello Stato, al cui vertice vi sono la vita e la salute delle persone, intese però non più come bene del singolo ma come requisito per il funzionamento delle strutture sociali (imprenditoriali, amministrative, istituzionali). In altre parole, il concetto di salute muta da diritto di ciascuno a non essere contagiato a bene del singolo come parte del corpo sociale, imprimendo un valore fondamentale al concetto di solidarietà espresso dalla nostra Costituzione, che finisce con avere un inedito ruolo limitativo dei diritti di libertà individuali⁵.

È stato però notato che tale mutamento dei valori della Costituzione, sebbene giustificata dall'emergenza da COVID-19, rischia di modificarne in modo permanente i tratti essenziali, grazie a quella che è stata correttamente definita una compensazione politica impropria, per cui il diffuso sostegno popolare alle misure emergenziali vale a compensare il sacrificio anche grave dei diritti di libertà e di altri diritti sociali⁶.

Appare quindi evidente l'importanza di ricondurre all'interno dell'alveo costituzionale la legislazione di emergenza, declinando la regolazione di eventi straordinari a fattispecie ordinaria, anche quando siano necessarie deroghe a diritti fondamentali⁷.

In tale ottica, si è evidenziato che la nostra Costituzione, seguendo l'esperienza di quella di Weimar, rinuncia “ad una specifica regolazione dell'emergenza costituzionale che potesse comportare deroghe e/o sospensioni dell'efficacia di norme costituzionali”⁸. Le uniche norme a disposizione del Governo per fronteggiare rapidamente sotto la propria responsabilità situazioni “straordinarie di necessità e urgenza” sono quelle dell'art. 77 Cost., che consentono l'emanazione di provvedimenti provvisori con forza di legge ad efficacia temporalmente limitata. Si tratta di una situazione diffusa in occasione dell'attuale pandemia, comune peraltro alla gran parte dei paesi europei, nei quali si è assistito ad un arretramento dell'azione politica delle Assemblee legislative a fronte di una centralità assoluta dell'Esecutivo.

2. Che la diretta via era smarrita: il tentativo di aggirare la riserva di legge

Venendo quindi al tema dei vaccini, il problema, fino al d.l. 1 aprile 2021 n.44 e successivamente per le categorie ivi non contemplate, è stato incentrato sulla riserva di legge dell'art. 32 Cost., e quindi sulla possibilità di considerare obbligatoria la vaccinazione o comunque di incentivarla fortemente anche in assenza di una specifica normativa impositiva.

⁴ R. DI MARCO, *op. cit.*, 1508, il quale evidenzia la differenza di impostazione ad esempio con il suicidio assistito, su cui G. PALMIERI, *Profili di legittimità per alcune ipotesi di suicidio medicalmente assistito. La soluzione della scriminante procedurale*, in *Dirittifondamentali.it*, 2, 2020, 597.

⁵ R. DI MARCO, *op. cit.*, 1508.

⁶ V. BALDINI, *La gestione dell'emergenza sanitaria: un'analisi in chiave giuridico-positiva dell'esperienza.....*, in *Dirittifondamentali.it*, 3, 2020, 432, secondo il quale “occorre evitare - come sollecita Bertold Brecht - l'errore grave, anche sul piano giuridico, di trovare “naturale” tutto ciò che accade perché ormai “succede ogni giorno”. Per ulteriori profili C. BERGONZINI, *Non solo privacy. Pandemia, contact tracing e diritti fondamentali*, in *Dirittifondamentali.it*, 2, 2020, 704. Per una comparazione V. BALDINI, *Emergenza sanitaria e stato di diritto: una comparazione Italia-Germania*, in *Dirittifondamentali.it*, 2, 2020, 597.

⁷ V. BALDINI, *La gestione dell'emergenza sanitaria, cit.*, e in particolare le note.17-18.

⁸ V. BALDINI, *La gestione dell'emergenza sanitaria, cit.*, 416.

È stato detto che “*chi vive del proprio lavoro accetta la possibilità che – pur in assenza di alcuna norma legislativa da cui derivi l’obbligo di una determinata vaccinazione per tutti – gli si chieda di vaccinarsi, perché il contratto gli impone di rispettare le direttive, purché rispondenti al requisito fondamentale della ragionevolezza, impartite dal datore di lavoro circa le misure di protezione*”⁹. E ciò in quanto il titolare di un diritto fondamentale ben può autolimitarsi nel suo esercizio, e farne oggetto di rapporti contrattuali¹⁰.

È stato però correttamente osservato che in tal modo si finisce con il confinare il datore di lavoro in una difficile posizione, esasperando il significato del secondo comma dell’art. 41 Cost.: da un lato lo *jus resistentiae* del lavoratore, basato su norme anche di rango costituzionale, che impedisce una valutazione disciplinare di tale comportamento; dall’altro, l’impossibilità di considerare la mancanza di vaccinazione un fattore impeditivo della prestazione, anche in ragione della presenza di misure alternative di protezione; dall’altro ancora, la possibile responsabilità civile e penale nei confronti di terzi e di altri lavoratori¹¹.

In mancanza di una chiara norma di legge che imponga l’obbligo vaccinale, appare oltremodo dubbio poter chiedere ai lavoratori di sottoporsi contro la propria volontà ad un trattamento medico del quale, al di là della sua efficacia, sono ovviamente sconosciuti gli effetti, soprattutto a lungo termine¹². Peraltro, anche alle persone vaccinate sono imposte le medesime misure di prevenzione (mascherine, distanziamento, sanificazione diffusa e così via), in quanto il vaccino non elimina con certezza il rischio di contagio, sebbene lo riduca fortemente, limitandone gli effetti.

Dunque, non sembra sostenibile che il datore di lavoro possa, se non debba, esigere la vaccinazione dalla generalità dei lavoratori anche in assenza di una specifica norma di legge, in ragione di una serie di disposizioni che impongono determinati obblighi al datore (artt. 2087 c.c. e art. 279, d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81) o al lavoratore (art. 20, d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81). Insomma, la responsabilità della mancata previsione di una norma legislativa che imponga la vaccinazione non può essere spostata sul piano del rapporto di lavoro ora su uno ora sull’altro soggetto del contratto, ponendola sul piano delle responsabilità, civili e in qualche caso anche penali¹³.

Né d’altra parte, pare sostenibile che la legge richiesta dall’art. 32 Cost. possa essere costituita da quella in tema di vaccino antiCovid, che è volta a regolamentare una serie di aspetti connessi con la vaccinazione ma non certo a stabilirne l’obbligo¹⁴. Soluzione che peraltro appare oggi ancor più difficile da sostenere, in presenza di una legge specifica che circoscrive tale obbligo solo a determinate categorie professionali.

D’altra parte, l’equiparazione tra la vaccinazione fortemente raccomandata e quella strettamente obbligatoria, postulata in alcune sentenze dalla Corte Costituzionale, avviene esclusivamente sotto un profilo finalistico sanitario¹⁵, sulla scorta di un principio di “irrinunciabile solidarietà”, al fine di equiparare chi avesse subito lesioni o infermità a seguito di vaccinazione obbligatoria o soltanto

⁹ P. ICHINO, *Perché e come l’obbligo di vaccinazione può nascere anche solo da un contratto di diritto privato*, cit., 5 ss.

¹⁰ P. ICHINO, *Perché e come l’obbligo di vaccinazione può nascere anche solo da un contratto di diritto privato*, cit., 5 ss.; A. DE MATTEIS, *Il decreto - legge sull’obbligo di vaccino del personale sanitario*, cit.

¹¹ M. CERBONE, *op. cit.*, 87; G. CAZZOLA, *op. loc. cit.*

¹² A. MARESCA, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-Covid e rapporto di lavoro*, in *Labor - Il lavoro nel diritto* www.rivistalavoro.it. Sulla difficoltà di analizzare i dati sull’efficacia dei vaccini anche in ragione dei dati non forniti in modo aperto alla comunità scientifica www.datibenecomune.it

¹³ M. CERBONE, *op. cit.*, 89.

¹⁴ In particolare, la legge di bilancio 30 dicembre 2020, n. 178, il cui articolo 1 commi 457 ss. che stabiliscono regole in tema di piano vaccinale, soggetti abilitati alla somministrazione, strutture ove effettuare le vaccinazioni e così via. Così R. RIVERSO, *Vaccino e rapporto di lavoro*, cit., 4.

¹⁵ R. RIVERSO, *Vaccino e rapporto di lavoro*, cit., 4.

fortemente raccomandata, riconoscendo un indennizzo in entrambi i casi, ma non per imporre di vaccinarsi in assenza di una norma di legge¹⁶.

Neppure pare corretto assimilare l'imposizione di tale obbligo a quello di utilizzare dispositivi di protezione individuale, sia in quanto questi ultimi vengono imposti solo nell'ambito lavorativo in adempimento degli obblighi specifici previsti a tutela della salute nei luoghi di lavoro, sia in quanto dagli stessi non può derivare alcuna controindicazione¹⁷.

In definitiva, l'esistenza di una norma che obbliga alla vaccinazione non può essere dedotta in modo indiretto, ma deve derivare da una legge specifica, come quella del d.l. 44/2021.

Una volta ammesso che tale obbligo non esista al di fuori dei casi individuati espressamente dalla legge, appare discutibile assumere che da tale mancanza possano derivarne conseguenze pregiudizievoli e finanche un licenziamento per motivi disciplinari ovvero per giustificato motivo oggettivo¹⁸.

Ulteriore profilo forse troppo facilmente superato è quello legato alle norme che garantiscono la riservatezza del datore di lavoro, sia sotto il profilo sanitario (art. 5 St. lav.) sia sotto quello della tutela delle opinioni personali (art. 8 e 15 St. lav.) e più in generale del trattamento dei dati personali in materia di privacy. Tali previsioni garantiscono il lavoratore da controlli unilaterali del datore di lavoro circa lo stato di salute dello stesso e in particolare sull'idoneità al lavoro, qualora si voglia considerare in tale ottica la vaccinazione; si tratta, inoltre, di una scelta derivante da un'opinione personale, pure tutelata a livello europeo e nazionale (*infra* par. 5).

Neppure può dirsi che il datore abbia diritto ad essere informato dal lavoratore circa l'effettuazione o meno della vaccinazione avendo la necessità di gestire il rischio di contagio da Covid-19 ovvero per verificarne l'idoneità alle mansioni, sia per ragioni di *privacy* del lavoratore sia in quanto non si può ritenere che il datore abbia l'obbligo, fuori dei casi previsti dalla legge, di richiedere ed imporre ai lavoratori misure ulteriori rispetto a quelle dei Protocolli condivisi¹⁹. Se il datore ha certamente l'obbligo di prevenzione e di esercitare il controllo sanitario ai sensi dell'art. 279 d.lgs. n. 81/2008, non pare che ciò possa consentirgli o imporgli di richiedere al lavoratore di provare l'avvenuta vaccinazione²⁰.

3. Articolo 2087 c.c. e normativa in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro, una visione riduttiva del problema

Va premesso che, a nostro avviso, la questione dell'obbligo vaccinale non può essere ricondotta al solo profilo della sicurezza sui luoghi di lavoro, il quale ne costituisce indubbiamente un aspetto importante, ma non esaustivo. Imporre la vaccinazione a chi lavora e non a chi, pur non lavorando, può liberamente circolare in luoghi aperti o chiusi quali mezzi pubblici, locali, spazi pubblici aperti e chiusi, risolve forse i problemi per datori e lavoratori, ma non quello dell'esposizione al virus della popolazione, che dovrebbe essere l'obiettivo primario del legislatore.

¹⁶ P. PASCUCCI, A. DELOGU, *L'ennesima sfida della pandemia Covid-19: esiste un obbligo vaccinale nei contesti lavorativi?*, cit., 16.

¹⁷ P. PASCUCCI, A. DELOGU, *L'ennesima sfida della pandemia Covid-19: esiste un obbligo vaccinale nei contesti lavorativi?*, cit., 15-16 e specialmente la nota 49; A. PERULLI, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-Covid e rapporto di lavoro*, cit., 53.

¹⁸ M. VERZARO, *Abundans cautela non nocet. A (s) proposito del c.d. licenziamento per mancata vaccinazione anti-coronavirus*, cit., 13.

¹⁹ A. PERULLI, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-Covid e rapporto di lavoro*, cit., 53.

²⁰ *Contra* V. POSO, *Per operatori sanitari e socioassistenziali è il momento dell'obbligo vaccinale?*, cit., 12.

Come detto, parte della dottrina ha ritenuto di poter ricavare dal disposto dell'art. 2087 c.c. la possibilità di imporre l'obbligo vaccinale, almeno relativamente a determinate categorie di soggetti, sia tramite il richiamo all'art. 20 del d.lgs. 81/08, che impone al lavoratore di prendersi cura della salute e sicurezza propria e delle altre persone presenti sul luogo di lavoro, sia tramite l'art. 279, secondo cui, ove il prestatore sia esposto ad agenti biologici, il datore di lavoro può disporre le più idonee misure sanitarie di protezione, ivi compresa «la messa a disposizione di vaccini»²¹.

La ricostruzione che pare avere maggiore possibilità di tenuta appare quella di chi, partendo dal presupposto innanzi condiviso dell'impossibilità di “*far scaturire dalle norme vigenti, e in particolare dall'art. 279 un obbligo dei predetti soggetti a vaccinarsi sia in quanto i vaccini costituiscono solo una delle misure speciali di protezione sia in quanto lo stesso art. 279, al comma 5, prevedendo che il medico competente fornisce ai lavoratori adeguate informazioni sui vantaggi ed inconvenienti della vaccinazione e della non vaccinazione, pare inquadrare l'intervento vaccinale più in termini di opportunità che di obbligo*”, ritiene indispensabile l'emanazione di una norma specifica, quale quella intervenuta con il d.l. 44/2021²². Ad avviso di tali Autori, neppure l'inserimento del SARS-CoV-2 nell'elenco degli agenti biologici di cui è noto che possono causare malattie infettive nell'uomo, pur rilevante, potrebbe obbligare i lavoratori alla vaccinazione, ma solo raccomandarla fortemente²³.

Pertanto, essi ricavano dalla normativa vigente non già un obbligo di vaccinazione, ma un ben preciso onere a vaccinarsi. Più precisamente, considerata la previsione dell'art. 29, comma 3, del d.lgs. n. 81/2008, che dispone che la valutazione dei rischi deve essere immediatamente rielaborata qualora si renda disponibile una nuova misura che incida sulla prevenzione e protezione dei lavoratori, essi ritengono che la disponibilità di un vaccino efficace possa rientrare tra tali misure. In tal modo, infatti, il rischio per la salute e sicurezza viene non solo contenuto, ma addirittura eliminato alla fonte, “*in una logica di prevenzione primaria*”. Pertanto, il datore di lavoro avrebbe l'onere aggiornare il piano di valutazione dei rischi, e successivamente, ai sensi dell'art. 41, comma 1, lett. b, del d.lgs. n. 81/2008, sottoporre a visita periodica i lavoratori per verificarne l'idoneità alla mansione specifica. In tale occasione, il medico competente dovrebbe valutare l'idoneità dei lavoratori alle mansioni, anche in relazione all'utilizzo di altri e diversi strumenti di contenimento del contagio²⁴.

La ricostruzione, sebbene estremamente suggestiva, non pare tuttavia risolvere definitivamente il problema. Da un lato, a ben vedere, ciò che accade è lo spostamento su un soggetto nuovo, il medico competente, dei ruoli e delle responsabilità che le precedenti ricostruzioni innanzi criticate addossavano al datore di lavoro o al lavoratore: una figura sicuramente più competente per definizione, ma sul quale viene a gravare un onere nuovo estremamente complesso.

Dall'altro, gli stessi Autori precisano che la ricostruzione avanzata non renderebbe la somministrazione del vaccino indirettamente obbligatoria, ma costituirebbe un onere per il lavoratore per evitare che, in caso di mancata vaccinazione, possano determinarsi conseguenze sul rapporto di lavoro. In altri termini, il lavoratore che non scelga di vaccinarsi andrebbe incontro ad un giudizio di inidoneità da parte del medico competente, proprio perché le sue condizioni sono diverse rispetto a quelle di un collega vaccinato.

Infine, la questione torna al punto di partenza quando gli autori affermano che “*Qualsiasi ragionamento sul tema della vaccinazione non può dunque ignorare cosa ha rappresentato la*

²¹ P. PASCUCCI, A. DELOGU, *L'ennesima sfida della pandemia Covid*, cit., 12 ss.

²² P. PASCUCCI, A. DELOGU, *L'ennesima sfida della pandemia Covid*, cit., 17 ss.

²³ La direttiva della Commissione 2020/739 del 3 giugno 2020 ha modificato in tal senso l'allegato III della direttiva 2000/54/CE – già modificato dalla direttiva della Commissione 2019/1833 del 24 ottobre 2019. P. PASCUCCI, A. DELOGU, *L'ennesima sfida della pandemia Covid*, cit., 20.

²⁴ A. DE MATTEIS, *Infermieri che rifiutano il vaccino*, cit., 10.

pandemia per il mondo intero e quali sono state e sono ancora le terribili conseguenze umane ed economiche che ha determinato. Di fronte ad uno scenario così catastrofico, tutti devono sentirsi responsabili e parti di uno sforzo comune, pur mantenendo fermi gli imprescindibili principi dell'ordinamento“.

Che è poi la vera questione da affrontare, come visto innanzi: dobbiamo modificare i nostri parametri e i nostri principi fondanti piegandoli alle nuove esigenze imposte dalla pandemia, col rischio che sia difficile in seguito tornare indietro?

Alle medesime critiche si presta chi ha ritenuto che il lavoro prestato durante la fase pandemica costituisca di per sé fattore di aggravamento del rischio di contagio, derivante dall'aggregazione per ragioni lavorative, sia con colleghi sia con soggetti terzi. In tal senso, avendo l'art. 42, comma 2, d.l. 17 marzo 2020 n. 18, conv. l. 24 aprile 2020 n. 27, qualificato l'infezione da coronavirus come infortunio sul lavoro, si potrebbe fare riferimento alla scala dei rischi elaborata dall'Inail, per estendere l'obbligo alle categorie maggiormente a rischio, come il personale sanitario²⁵.

Non sembra però che questa possa rappresentare una valida soluzione al problema, in quanto la scala di rischio dell'INAIL identifica la probabilità che il lavoratore si infetti, non quella di infettare altri soggetti, e si applica infatti a persone che operano a contatto col pubblico. Seguendo tale criterio, quindi, si includerebbero in modo incoerente soggetti escludendone altri che pure potrebbero essere veicoli di diffusione del virus o, addirittura, che operino con soggetti fragili.

Ciò nonostante, le prime sentenze di merito sembrano, sia pure con notevole scioltezza, aderire apoditticamente all'ipotesi contraria ritenendo che, data per *“notoria l'efficacia del vaccino per cui è causa nell'impedire l'evoluzione negativa della patologia causata dal virus SARS -CoV-2, essendo notorio il drastico calo di decessi causati da detto virus, fra le categorie che hanno potuto usufruire del suddetto vaccino, quali il personale sanitario e gli ospiti di RSA, nonché, più in generale, nei Paesi, quali Israele e gli Stati Uniti, in cui il vaccino proposto ai ricorrenti è stato somministrato a milioni di individui”*, possa ritenersi che non vaccinarsi esponga anche i lavoratori vaccinati (per quelli non vaccinati il problema pare non essere rilevante, assumendo essi implicitamente una sorta di rischio elettivo?) al rischio di contagiarsi e contagiare altri soggetti, comportando quindi per il datore di lavoro la violazione dell'obbligo di cui all'art. 2087 c.c.²⁶.

L'evidente incongruenza di una simile affermazione, secondo cui vaccinarsi non protegge dall'infezione ma sarebbe comunque un atto dovuto nei confronti prima di tutto degli altri lavoratori vaccinati, oltre alla semplificazione del problema, non rendono giustizia al dibattito politico e dottrinario in corso.

²⁵ Circolare 3 aprile 2020 n. 13 reperibile in www.inail.it/cs/internet/docs/circolare-13-del-3-aprile-2020-testo.pdf. Nella circolare si fa espresso riferimento a determinate categorie “l'ambito della tutela riguarda innanzitutto gli operatori sanitari esposti a un elevato rischio di contagio, aggravato fino a diventare specifico”, ma anche “anche altre attività lavorative che comportano il costante contatto con il pubblico/l'utenza. In via esemplificativa, ma non esaustiva, si indicano: lavoratori che operano in front-office, alla cassa, addetti alle vendite/banconisti, personale non sanitario operante all'interno degli ospedali con mansioni tecniche, di supporto, di pulizie, operatori del trasporto infermi, etc.”. In dottrina A. DE MATTEIS, *Art. 32 della Costituzione: diritti e doveri in tema di vaccinazione anti-Covid*, cit., 5 ss.; ID., *Infermieri che rifiutano il vaccino anti-Covid: dove l'Inail sbaglia*, cit.; ID., *I trattamenti sanitari nelle obbligazioni contrattuali. A proposito di vaccino anti-Covid*, cit., 3 ss.

²⁶ Trib Belluno 29 marzo 2021 su cui R. RIVERSO, *Questioni applicative in tema di rifiuto di vaccinarsi: dalla circolare INAIL dell'1.3.2021 all'ordinanza del giudice di Belluno del 19.3.2021*, in *“Questione giustizia”*, cit. Si veda anche l'ordinanza emessa nell'ambito di un giudizio cautelare d'urgenza dal Tribunale di Messina, n. 23455 del 12 dicembre 2020 reperibile in olympus.uniurb.it.

4. Le conseguenze sul piano del rapporto di lavoro del rifiuto di sottoporsi alla vaccinazione: oltre il licenziamento

Le conseguenze lavorative del rifiuto del lavoratore di sottoporsi alla vaccinazione, indipendentemente da quale sia la fonte di tale obbligo, non sono peraltro riconducibili al solo licenziamento del lavoratore.

Ulteriori profili attengono infatti all'accesso al lavoro pubblico e privato, allo *jus variandi* del prestatore, al suo diritto ad essere adibito al lavoro agile, oltre naturalmente ai profili di sicurezza e salute sui luoghi di lavoro e a quelli della *privacy* del lavoratore.

Appare evidente che, anche nella fase di accesso al lavoro pubblico, o eventualmente ad alcune categorie di lavoro pubblico, potrebbe essere richiesto al candidato la disponibilità a vaccinarsi, qualora non lo avesse già fatto, quale condizione per l'accesso all'impiego. Situazioni che, allo stato, non si sono ancora verificate ma che sono evidentemente facilmente ipotizzabili. Con riguardo all'accesso alla sede concorsuale previa misurazione della temperatura, la giurisprudenza amministrativa ha evidenziato la necessità dell'amministrazione di individuare possibili meccanismi compensativi per garantire anche a chi avesse una temperatura superiore ai 37,5 gradi di poter accedere al concorso pubblico²⁷.

Ovviamente, analoghi problemi possono porsi in caso di accesso al lavoro privato, per il quale il divieto di indagini mediche e sulle opinioni personali sarebbero aggirabili in nome di un principio di salute collettiva non meglio identificato. Il datore di lavoro sarebbe legittimato a richiedere al lavoratore informazioni sulla vaccinazione, soprattutto qualora egli debba o possa essere adibito a mansioni che comportino contatti con determinate categorie esposte al rischio.

Ulteriori problemi derivano non soltanto dall'adibizione del lavoratore a mansioni inferiori, in caso di soggetti che non vogliono vaccinarsi e per i quali non sia reperibile una mansione di livello compatibile con il novellato art. 2103 c.c., ma anche in caso di adibizione a mansioni superiori, qualora queste ultime comportino contatti con categorie fragili. In tali casi, il datore potrebbe richiedere un tale obbligo vaccinale facendo dipendere da ciò la scelta del soggetto da promuovere.

Sotto altro aspetto, l'inquadramento del lavoro agile tra le misure di contenimento dei contagi, per coloro che non possano o vogliano vaccinarsi, comporterebbe la necessità del datore di provare l'impossibilità di far operare da remoto il lavoratore non vaccinato. La mancanza di vaccinazione, anche quando volontaria, finirebbe con l'essere uno dei criteri per selezionare i lavoratori da adibire al lavoro agile, particolarmente nel pubblico impiego dove ciò avviene tramite selezioni tra i dipendenti, da porre in lavoro agile, "premiando" così coloro che hanno deciso di rifiutare il vaccino.

Sicuramente il profilo maggiormente analizzato dalla dottrina è stato quello della possibilità per il datore di licenziare i soggetti che non intendessero vaccinarsi. Parte della dottrina ha inquadrato il rifiuto del lavoratore di sottoporsi al vaccino come un inadempimento tale da giustificare un licenziamento disciplinare²⁸, ma la prevalente dottrina ritiene, più correttamente, che esso potrebbe al più integrare la fattispecie di un licenziamento per giustificato motivo oggettivo, con conseguente

²⁷ Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia, Sez. I, 1° dicembre 2020, n. 416, inedita a quanto consta, secondo cui "Non può ritenersi giustificata, nemmeno dalle cautele imposte dalla straordinarietà dell'emergenza pandemica in atto, la decisione di escludere dalla selezione pubblica i candidati che non risultino in linea con il parametro della temperatura corporea inferiore a 37,5 gradi. Una tale decisione si palesa gravemente sproporzionata atteso che l'irreparabile pregiudizio arrecato ai destinatari in termini di sacrificio del diritto al lavoro non trova giustificazione nel fine di massima precauzione perseguito per esigenze di tutela della salute collettiva (art. 32 Cost.) e sui luoghi di lavoro (art. 2087 cod. civ.)".

²⁸ C. CESTER, *op. cit.*, 12.

necessità per l'imprenditore di verificare la presenza di soluzioni alternative al recesso, in relazione all'obbligo di *repechage*. Si è anche evidenziato come il datore di lavoro non potrebbe comunque effettuare alcun licenziamento giusta il blocco degli stessi e quindi eventualmente avrebbe la sola possibilità, in assenza di soluzioni alternative, di sospendere il rapporto di lavoro²⁹.

Per tale profilo, l'emanazione del d.l. 44/2021 non è certamente privo di rilevanza anche sotto il profilo sistematico, come appreso si dirà (*infra* § 7). In ogni caso, l'equiparazione tra chi non voglia vaccinarsi e chi non possa farlo non può essere irrilevante, in quanto occorrerebbe prevedere degli strumenti di integrazione del reddito per i secondi, onde evitare di alimentare situazioni di sostanziale ingiustizia sociale, penalizzando peraltro proprio le categorie maggiormente fragili non solo fisicamente anche economicamente e socialmente³⁰.

5. Obbligo di vaccinazione e diritto di non vaccinarsi: una visione europea

Come noto, nessuno dei paesi dell'Unione Europea ha, allo stato, disposto l'obbligo vaccinale, anzi a livello europeo viene ribadita l'importanza dell'autonoma determinazione dei soggetti a vaccinarsi.

Deve ricordarsi che, tra i fattori protetti dalle norme eurocomunitarie e quindi nazionali vi sono anche le convinzioni personali dei lavoratori, come espressamente indicato dall'art. 1 della direttiva 2000/78/CE.

Non appare revocabile *in dubio* che la scelta di non vaccinarsi corrisponda ad una opinione personale legata a convinzioni dell'individuo meritevoli di attenzione da parte dello Stato. Chi non intende vaccinarsi lo fa per una consapevole e precisa scelta personale, ritenendo invero che i benefici del vaccino non corrispondano ai rischi dello stesso, vuoi per una scarsa sperimentazione dovuta al tempo, vuoi per una scelta più radicale contro tale obbligo. Si tratta dunque di una precisa "convinzione personale" che, come noto, rientra tra le cause di discriminazione tutelate dalla normativa europea e della Convenzione EDU, nonché dall'art. 3 della Carta di Nizza (Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea). Potrebbe anche richiamarsi un più generale principio di libertà di ricerca, tutelata anche dall'art. 33 Cost., ritenendo che i benefici del vaccino non siano (ancora) tali da compensare gli effetti negativi³¹. Anche l'art. 15 dello Statuto dei Lavoratori alla lettera b) stabilisce la nullità di qualsiasi atto o patto volto a recare pregiudizio a dei lavoratori sulla base della loro attività sindacale ovvero della partecipazione ad uno sciopero, nonché sulle convinzioni personali. La tutela di queste ultime discende direttamente dalla libertà di pensiero e la giurisprudenza nazionale ha chiarito come la convinzione personale debba essere intesa in senso ampio, in quanto la dizione della norma europea e nazionale con riguardo "*in particolare le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, non è esauriente, ma costituisce solo un tentativo di esemplificazione espresso dalla formula "in particolare". Esso comprende quindi categorie che vanno dall'etica, alla filosofia, dalla politica (in senso lato) alla sfera dei rapporti sociali e*

²⁹ Su cui da ultimo P. PASSALACQUA, *Il contratto di lavoro a tempo determinato e il divieto di licenziamento nella legislazione emergenziale da COVID-19*, in *Dir. Merc. Lav.*, 2021, 246.

³⁰ L. MENGHINI, *Covid, sicurezza, vaccini: rappresentanze e partecipazione*, cit., 19.

³¹ Principi di libertà di ricerca che sembrano difficili da negare quando provenienti da soggetti altamente qualificati che esprimano però un'opinione dissenziente da quella ufficiale.

*comprende pertanto anche l'affiliazione sindacale in quanto occasione per manifestare una concezione del lavoro e della dignità umana in esso realizzata*³².

Anche la Carta di Nizza, all'articolo 3, stabilisce il diritto all'integrità della persona fisica e psichica e, al secondo comma, lettera a), nell'ambito della medicina e della biologia, il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge.

Più specificamente, in relazione all'emergenza pandemica, l'Unione Europea è intervenuta con la Risoluzione 2361 (2021), intitolata "*Vaccini contro il covid-19: considerazioni etiche, giuridiche e pratiche*" che, oltre ad una serie di previsioni in tema di categorie da vaccinare prioritariamente, di controllo sull'efficacia e sui dati relativi ai vaccini, ha previsto una serie di garanzie per i soggetti che non vogliono vaccinarsi.

Il punto 7.3.1 dispone infatti che gli Stati membri devono assicurarsi che i cittadini siano informati che "*la vaccinazione non è obbligatoria e che nessuno è politicamente, socialmente o altrimenti sottoposto a pressioni per farsi vaccinare, se non lo desiderano farlo da soli*" mentre il punto 7.3.2 prevede che gli Stati debbano "*garantire che nessuno sia discriminato per non essere stato vaccinato, a causa di possibili rischi per la salute o per non voler essere vaccinato*". Sotto il profilo della *privacy*, inoltre, il punto 7.5.2 si prevede che gli Stati membri possano "*utilizzare i certificati di vaccinazione solo per lo scopo designato di monitorare l'efficacia del vaccino, i potenziali effetti collaterali e gli eventi avversi*".

Orbene, pur trattandosi di un atto di natura non vincolante, appare difficile non attribuire alcun valore neppure programmatico a tali norme.

Tuttavia, una più accurata analisi della direttiva 2000/78/CE consente di individuare meglio l'ambito nel quale il diritto interno può e deve muoversi, evitando di stravolgere principi faticosamente raggiunti a causa di necessità o situazioni temporanee che possono portare ad un arretramento di tutele poi difficilmente recuperabili.

In primo luogo, il ventitreesimo considerando dispone che, in casi strettamente limitati, una disparità di trattamento può essere giustificata quando una caratteristica collegata alle convinzioni personali costituisca un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, a determinate condizioni.

Coerentemente, l'articolo 4 della direttiva prevede che gli Stati membri possono stabilire che una differenza di trattamento basata su una caratteristica correlata a uno dei motivi di cui all'articolo 1 non costituisca discriminazione laddove, per la natura di un'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, essa costituisca un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, purché la finalità sia legittima e il requisito proporzionato.

Sulla scorta di tali principi deve dunque essere ricercata la soluzione al problema dell'obbligo vaccinale.

³² Cass. 2/1/2020 n. 1, inedita a quanto consta. In dottrina, con specifico riferimento al tema dei vaccini L. BUSCEMA, *Emergenza sanitaria, leale collaborazione e (limiti alla) libertà di manifestazione del pensiero*, in *Dirittifondamentali.it – Attualità*, 3/4/2020.

6. Una possibile soluzione: la vaccinazione come misura preparatoria alla prestazione in relazione alle mansioni espletate

Si è visto come, anche prima dell'emanazione del d.l. 44/2021, parte della dottrina aveva evidenziato che, almeno per determinate categorie professionali, si sarebbe dovuto ritenere esistente un obbligo di vaccinazione³³.

Nei settori non coperti dal decreto 44/2021, il fondamento giuridico di un obbligo vaccinale era stato ricercato prevalentemente utilizzando la normativa in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro³⁴. Nonostante le critiche a tale impostazione innanzi ricordate (*supra* par.3), appare interessante lo spunto offerto dagli Autori che rinviengono nel Titolo X del d.lgs. n. 81/2008 altre previsioni che parrebbero assecondare una lettura più limitata dell'espressione "attività lavorative", circoscrivendone il campo di applicazione alle sole ipotesi in cui il rischio biologico rivesta natura professionale, evidenziando come la stessa direttiva quadro 89/391/CEE si riferisca essenzialmente agli specifici "rischi professionali" che emergono nell'organizzazione predisposta dal datore di lavoro³⁵.

Muovendoci nella medesima direzione, sia pure per altro percorso, a noi pare di poter condividere e ampliare la tesi di chi ritiene che, nel caso di specie, debba essere ricercato un equilibrio, certamente delicato, tra le obbligazioni contrattuali del lavoratore con la sua vita privata³⁶.

La rilevanza del comportamento extralavorativo del dipendente, con riferimento alla lesione della futura capacità di adempiere, è stata ampiamente analizzata da dottrina e giurisprudenza³⁷. In particolare, per la malattia e la gravidanza, l'osservanza o meno dei trattamenti terapeutici e il comportamento del lavoratore durante tali periodi possono essere causa di prolungamenti della patologia e addirittura dell'insorgere di nuove cause di sospensione. In tali casi, occorre contemperare da un lato la libertà del prestatore fuori dal luogo di lavoro, dall'altro l'interesse del datore a che il dipendente sia successivamente in grado di adempiere.

Oltre a limiti specifici imposti in relazione a particolari tipi di rapporti (per il lavoro sportivo v. già l'art. 4 l.23 marzo 1981 n.91 e dal 1 luglio 2022 il d.lgs.28 febbraio 2021, n. 36, art. 27 c.7), ne sono stati individuati altri generali che il prestatore di lavoro è tenuto a osservare, tra cui il dovere preparatorio all'adempimento del contratto. In sintesi, per la dottrina e la giurisprudenza prevalente, il lavoratore è libero di tenere qualunque comportamento purché non sia in contrasto con specifici doveri legali e contrattuali e non impedisca o ritardi una ripresa dell'attività lavorativa³⁸.

³³ V. per tutti G. PELLACANI, *op. cit.* 7. Per chi eserciti una determinata professione, come il personale sanitario, ovvero si trovi in condizioni di particolare esposizione per la salute propria e di coloro con cui essi vengano in contatto in ragione delle specifiche mansioni disimpegnate, potrebbero in primo luogo insorgere doveri di carattere deontologico, rinvenibili cioè nei Codici etici di ciascuna categoria professionale. Tuttavia, un simile obbligo potrebbe avere effetti esclusivamente disciplinari da parte degli Ordini, e non del datore di lavoro, salvo che nel contratto sia previsto un espresso riferimento a tale codice.

³⁴ *Contra* O. MAZZOTTA, *Vaccino anti-Covid e rapporto di lavoro, cit.*, secondo cui nel primo caso, non pare che si possa imporre al lavoratore un obbligo per il quale la norma costituzionale richiedere un preciso onere del Legislatore; nel secondo caso la vaccinazione è posta a protezione dello stesso lavoratore e non dei terzi

³⁵ P. PASCUCI, A. DELOGU, *L'ennesima sfida della pandemia Covid, cit.*, 3 ss.

³⁶ O. MAZZOTTA, *Vaccino anti-Covid e rapporto di lavoro, cit.*, 2 ss.

³⁷ Tra i tanti R. DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro*, in *Commentario al Codice civile* diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1992, 557; A. TORRICE, *Licenziamento per condotta extralavorativa nelle imprese di servizio pubblico in regime privatistico*, in *Ilgiuslavorista.it*, 17 marzo 2015. In giurisprudenza Cass. 16/02/2011, n. 3822, in *Riv. it. dir. lav.* 2012, I, II, 29 con nota di CASCIANO; Cass. 24/11/2016, n. 24023, in *Diritto & Giustizia*, 2016, ma già Cass. 14 dicembre 1991, n. 13490, in *Giust. Civ.*, 1992, I, 2752.

³⁸ C. DE MARCO, *Gli ammortizzatori sociali tra vecchie e nuove proposte*, in *Riv. It. Dir. Lav.* 2009, 555; M. FERRARESI, *Disponibilità e reperibilità del lavoratore: il tertium genus dell'orario di lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.* 2008, I, 93; R. DEL PUNTA, *op. cit.*, 558. La dottrina più risalente riteneva esistere un vero e proprio obbligo del lavoratore di preservarsi in buona salute U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto di lavoro*, Milano 1984, II, 81; C. SMURAGLIA, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Milano 1967, 99ss. *Contra*, F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957, 155 ss.; E. BETTI, *Teoria*

In talune ipotesi, operare tale distinzione può essere difficile, in particolare quando il comportamento, pur se effettivamente in grado di ritardare la guarigione, venga tenuto per motivazioni anch'esse tutelate dall'ordinamento. Può farsi il caso del rifiuto di sottoporsi a determinati trattamenti sanitari per motivi religiosi, come le trasfusioni di sangue per i testimoni di Geova, o della partecipazione ad attività religiose, politiche o sociali che possano effettivamente mettere a repentaglio la ripresa dell'attività lavorativa, come uscire di casa per partecipare ad una funzione religiosa o per votare nonostante le cattive condizioni atmosferiche, o per partecipare ad attività di volontariato.

Il diritto del datore di lavoro ad una celere ripresa della capacità lavorativa contrasta in queste ipotesi con il diritto del prestatore, anch'esso costituzionalmente garantito, di seguire un dato comportamento per motivi moralmente e giuridicamente apprezzabili, per cui il mero ricorso ai principi di fedeltà o di buona fede e correttezza può risultare insoddisfacente per l'esistenza di un diritto di grado pari o superiore del lavoratore.

Il bilanciamento tra tali diritti non può che essere fatto con riguardo al caso concreto e, in tal modo, è possibile personalizzare le soluzioni in relazione agli specifici contesti lavorativi. Pertanto, anche in assenza di una specifica norma come quella del d.l. 44/2021, sarebbe stato comunque possibile sostenere che, ad esempio, per il personale sanitario e assistenziale che opera in una struttura pubblica o privata, sia possibile pretendere la vaccinazione, anche al fine di evitare responsabilità risarcitoria nei confronti di pazienti contagiati³⁹.

D'altra parte, anche le sentenze costituzionali richiamate da più parti paiono poter essere interpretate in questo senso. In particolare, la sentenza 2 giugno 1994, n. 218, ha ritenuto legittima l'imposizione di accertamenti (in quel caso non quindi vaccinazioni ma controlli di sieropositività) per coloro che svolgono determinate attività: *«In tal caso le attività che, in ragione dello stato di salute di chi le svolge, rischiano di mettere in pericolo la salute dei terzi, possono essere espletate solo da chi si sottoponga agli accertamenti necessari per escludere la presenza di quelle malattie infettive o contagiose, che siano tali da porre in pericolo la salute dei destinatari delle attività stesse. Non si tratta quindi di controlli sanitari indiscriminati, di massa o per categorie di soggetti, ma di accertamenti circoscritti sia nella determinazione di coloro che vi possono essere tenuti, costituendo un onere per poter svolgere una determinata attività, sia nel contenuto degli esami. Questi devono essere funzionalmente collegati alla verifica dell'idoneità all'espletamento di quelle specifiche attività e riservati a chi ad esse è, o intende essere, addetto»*.

Principi quindi che ben sembrano potersi adattare all'interpretazione innanzi proposta.

7. Contromano in autostrada: il d.l. 1 aprile 2021 n. 44 tra profili di costituzionalità della norma e problemi irrisolti

Sebbene buona parte della dottrina ritenesse non necessaria una siffatta imposizione legale, potendosi ricavare tale soluzione da fonti già in essere⁴⁰, il Governo, sotto la spinta dell'opinione pubblica, ha

generale delle obbligazioni, vol. I, Milano, 1953, 96. In giurisprudenza Cass.18/07/2016, n.14621 in *Diritto & Giustizia* 2016; Cass. 7 giugno 1995, n.6399, in *Lav. Giur.*, 1996, 254.

³⁹ O. MAZZOTTA, *Vaccino anti-Covid e rapporto di lavoro, cit.*, 1 ss.

⁴⁰ R. DE LUCA TAMAJO, *Per operatori sanitari e socioassistenziali è il momento dell'obbligo vaccinale?*, *cit.*, 1 ss.

emanato il decreto legge 1 aprile 2021 n. 44 che impone a determinate categorie di lavoratori (medici, operatori sanitari in genere e operatori di RSA) di vaccinarsi contro il contagio da COvid 19⁴¹.

Attualmente, a quanto consta, con l'esclusione dell'Italia, nessun paese ha reso obbligatoria la vaccinazione contro il Covid 19, sia pure per determinate categorie, presumibilmente in quanto tali vaccini hanno ricevuto esclusivamente un'autorizzazione cd. condizionata, stante l'eccezionalità del momento, non essendo stato possibile completare la fase di sperimentazione per ragioni di tempo⁴².

Si tratta, ovviamente, di un brusco cambio di paradigma, in quanto, almeno per tali categorie, il dibattito si sposta dalla possibilità di imporre l'obbligo in mancanza di una legge, alla legittimità di una legge che lo imponga. È stato peraltro osservato come il D.L. 44/2021, pur estremamente rilevante anche sotto il profilo sistematico, non eliminerà i problemi legati all'obbligo di vaccinazione per gli altri lavoratori non inclusi nel decreto ma che svolgono mansioni ad alto rischio contagio per sé e per gli altri, e che non rientrano nell'ambito soggettivo di applicazione di tale decreto⁴³.

In generale, l'imposizione di un vaccino obbligatorio è stato considerato legittimo dalla Corte costituzionale sul presupposto che *“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.)”,* anche altri interessi *“il contemperamento di questi molteplici principi lascia spazio alla discrezionalità del legislatore nella scelta delle modalità attraverso le quali assicurare una prevenzione efficace dalle malattie infettive, potendo egli selezionare talora la tecnica della raccomandazione, talaltra quella dell'obbligo, nonché, nel secondo caso, calibrare variamente le misure, anche sanzionatorie, volte a garantire l'effettività dell'obbligo. Questa discrezionalità deve essere esercitata alla luce delle diverse condizioni sanitarie ed epidemiologiche, accertate dalle autorità preposte (sentenza n. 268 del 2017), e delle acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica, che debbono guidare il legislatore nell'esercizio delle sue scelte in materia (così, la giurisprudenza costante di questa Corte sin dalla fondamentale sentenza n. 282 del 2002)”*⁴⁴.

Ciò premesso, l'inevitabile compressione della libera scelta dell'individuo non può essere imposta dal legislatore in maniera indiscriminata e invero la dottrina costituzionalistica ha da tempo identificato i limiti che le norme emanate in ossequio al precetto dell'art. 32 Cost. devono rispettare.

In particolare, occorre garantire il principio di proporzionalità, per cui il sacrificio imposto deve essere il minimo possibile, nonché tenere conto delle risultanze della ricerca e della sperimentazione medica; si deve altresì prevedere che le conseguenze per la salute siano temporanee e di scarsa entità, o comunque ordinarie e, in ogni caso, deve essere comunque assicurato il diritto all'indennizzo per il danno eventualmente subito⁴⁵.

⁴¹ Si tratta di una norma assolutamente unica, allo stato e a quanto consta, nel panorama giuridico internazionale: A. DE MATTEIS, *Il decreto - legge sull'obbligo di vaccino del personale sanitario*, cit.; si vedano anche gli interventi al Webinar *Vaccinazione anti-covid, precauzioni alternative e rapporti di lavoro: i contemperamenti tra obblighi e diritti nel ginepraio di regole*, 31/3/2021, a cura di R. SANTUCCI E M. CERBONE di A. SARTORI, *Vaccinazioni anti-Covid e diritto del lavoro: uno sguardo comparato* e S. BOLOGNA, *Covid, obbligo vaccinale dei lavoratori e comparazione. Spagna, Francia e Usa a confronto*. Forse anche questo profilo avrebbe dovuto far riflettere l'Esecutivo: come mai nessun Paese ha emanato analoga norma, lasciando il compito alla giurisprudenza? In altre parole, se ci sono tante auto che vengono verso di me, può venire il dubbio che sia io ad andare nella direzione sbagliata?

⁴² Come si può leggere sul sito dell'ISS ([Sviluppo, valutazione e approvazione dei vaccini contro COVID-19 \(iss.it\)](https://www.iss.it)), l'EMA può raccomandare un'autorizzazione condizionata all'immissione in commercio: un tipo di approvazione per i farmaci che rispondono a esigenze medico-sanitarie non ancora soddisfatte, in particolare in situazioni di emergenza come appunto nel caso della pandemia da SARS-CoV-2.

⁴³ C. PISANI, *Il vaccino per gli operatori sanitari obbligatorio per legge e requisito essenziale per la prestazione*, cit., 5 ss.

⁴⁴ Corte Cost. n. 18 gennaio 2018, n. 5, in *Giur. Cost.*, 2018, 1, 38 con nota di PINELLI. G. PELLACANI, *La vaccinazione contro il Coronavirus (SARS-CoV-2) negli ambienti di lavoro*, cit., 2 ss.

⁴⁵ P. IERVOLINO, *op. cit.*, 10 e specialmente la nota 29.

Può quindi esaminarsi la normativa emanata per verificarne il rispetto di siffatti principi.

La norma del d.l. 1 aprile 2021, n. 44 rilevante ai nostri fini è ovviamente quella dell'art. 4, sebbene parzialmente attinenti sia anche la disposizione dell'art. 3, che esclude la responsabilità penale ai sensi degli artt. 589 e 590 c.p. dei soggetti che somministrano i vaccini purché abbiano seguito le prescrizioni previste per l'uso degli stessi, e quella dell'art. 5, che colma una possibile lacuna del sistema con riferimento al consenso al trattamento sanitario del vaccino anti SARS-CoV-2 per i soggetti che versino in condizioni di incapacità naturale, modificando l'articolo 1-quinquies del d.l. 18 dicembre 2020, n. 172, conv. l. 29 gennaio 2021, n. 6.

La dottrina ha da un lato rilevato le non poche incongruenze della normativa, al fine di una correzione in fase di conversione del decreto, dall'altro ha integrato le evidenti carenze interpretandola al fine di colmarne le lacune e renderla maggiormente coerente. In ogni caso, è stato ben evidenziato che la norma, impattando sul diritto di cui all'art. 32, comma 2, Cost., deve essere interpretata restrittivamente⁴⁶.

Sebbene non sia prevista la comunicazione dei soggetti esentati dall'obbligo vaccinale⁴⁷, deve ritenersi che essi non possano essere adibiti comunque a mansioni che comportino contatti interpersonali con soggetti magari fragili, ma piuttosto essere adibiti a mansioni non pericolose per sé e per gli altri⁴⁸. Analoga soluzione sembra doversi adottare per chi è in attesa di vaccinazione, e potrebbe quindi infettare terze persone senza rischiare alcuna conseguenza. In tali ipotesi, lo *ius variandi* deve però attuarsi con il mantenimento del trattamento retributivo integrale, senza alcuna perdita economica⁴⁹.

Senza entrare in questa sede nell'analisi del campo di applicazione della norma, può rilevarsi come essa sia indirizzata a due categorie di soggetti (esercenti le professioni sanitarie, operatori di interesse sanitario), ma con riferimento al luogo dove essi operano (strutture sanitarie, sociosanitarie e socio-assistenziali, pubbliche e private, farmacie, parafarmacie, studi professionali).

Da un lato, non si comprende l'imposizione dell'obbligo di vaccinarsi per quei soggetti che, pur appartenendo alle categorie indicate nel decreto, siano addetti a prestazioni prive di rischio, cioè non a contatto con pazienti. Dall'altro, per rendere coerente e razionale la normativa, occorre valorizzare il riferimento "oggettivo" del luogo di lavoro, esponendosi diversamente la norma a censure di irrazionalità di non poco conto: in questo senso, potrebbe essere opportuno un intervento in sede di conversione⁵⁰. In tal modo, sarebbe possibile estendere la previsione anche ai rapporti di lavoro autonomo o di altra natura, che abbiano ad oggetto l'esercizio della professione sanitaria, per i quali la dottrina ha provato ad estendere l'obbligo vaccinale, non senza difficoltà⁵¹.

⁴⁶ P. PASCUCCI, C. LAZZARI, *Prime considerazioni di tipo sistematico sul d.l. 1 aprile 2021, n. 44*, cit., 152 ss.

⁴⁷ F. SCARPELLI, *Arriva l'obbligo del vaccino (solo) per gli operatori sanitari*, cit., 3 ss.

⁴⁸ Sembrerebbe orientato in tal senso C. PISANI, *Il vaccino per gli operatori sanitari obbligatorio per legge e requisito essenziale per la prestazione*, cit., 5 ss.

⁴⁹ M. VERZARO, *ECCE LEX! L'obbligo di vaccinazione per gli operatori sanitari*, cit., 5 ss.

⁵⁰ P. PASCUCCI, C. LAZZARI, *Prime considerazioni di tipo sistematico sul d.l. 1 aprile 2021, n. 44*, cit., 152 ss. Su campo di applicazione M. VERZARO, *ECCE LEX! L'obbligo di vaccinazione per gli operatori sanitari*, cit., 4 ss.; R. RIVERSO, *Note in tema di individuazione dei soggetti obbligati ai vaccini a seguito del decreto-legge n. 44/2021*, cit., 3 ss.; F. SCARPELLI, *Arriva l'obbligo del vaccino (solo) per gli operatori sanitari*, cit., 3 ss. che evidenzia alcune irrazionalità. Sulla stessa linea A. DE MATTEIS, *Il decreto - legge sull'obbligo di vaccino del personale sanitario*, cit., che evidenzia la necessità di ricomprendere anche lavoratori autonomi, parasubordinati, artigiani, tirocinanti, dipendenti da imprese esterne che bazzicano per gli ospedali per ragioni professionali.

⁵¹ Soprattutto a causa della necessità di dover interpretare estensivamente la disposizione che tale obbligo non pone esplicitamente in capo a tali soggetti. In tal senso v. A. DE MATTEIS, *Il decreto legge sull'obbligo di vaccino*, cit., 4; F. SCARPELLI, *Arriva l'obbligo vaccinale*, cit., 6; Per i problemi legati ai rischi di interferenza P. PASCUCCI, C. LAZZARI, *op. cit.*, 6.

Con riguardo al risarcimento dei danni subiti in ragione della vaccinazione obbligatoria, il comma 12 dell'art. 4, prevedendo che non possano derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, potrebbe far ritenere che non possa essere richiesto alcun risarcimento del danno. Anche l'esonero da responsabilità penale di cui all'art. 3 del decreto ha indotto taluni a ritenere possibile un meccanismo esonerativo da responsabilità anche sotto il profilo civilistico, che tuttavia appare difficilmente compatibile con i principi generali innanzi evidenziati⁵². Per le ragioni innanzi dette, non potendosi negare il diritto all'indennizzo a quei soggetti, obbligati o non, che riportino danni permanenti a seguito della vaccinazione anti-coronavirus, sarebbe preferibile un chiarimento in sede di conversione⁵³.

Analoghe perplessità derivano poi dall'accertamento e dalle conseguenze della mancata vaccinazione, demandate entrambe al datore di lavoro. Quest'ultimo, accertato presumibilmente in sede di aggiornamento della valutazione dei rischi il mancato assolvimento dell'obbligo legale, prima di procedere alla sospensione dal servizio senza retribuzione, dovrà valutare la possibilità di adibizione a mansioni diverse, anche inferiori, anche eventualmente in modalità lavoro agile, peraltro senza la garanzia retributiva della mansione di provenienza prevista invece dall'art. 2103 c.c. o dall'art. 42 d.lgs 81/2008⁵⁴. È stato correttamente osservato come per coloro che, prima dell'emanazione della norma, avevano rifiutato la vaccinazione, si apre un pericoloso vuoto normativo, non essendo per essi previsto una sorta di diritto di ripensamento, in presenza di una norma di legge che impone oggi la vaccinazione.

In ogni caso, la normativa introdotta non ha solo un effetto diretto, quello di imporre a determinati soggetti la vaccinazione a certe condizioni, ma indirettamente pone dei limiti alla possibilità di prescriverla alla generalità dei lavoratori e soprattutto alle conseguenze che questi potrebbero subire, indicando una diversa sanzione rispetto al recesso, la sospensione senza retribuzione⁵⁵. Pertanto, anche ritenendo che, in assenza di tale norma, sarebbe stato possibile per il datore di lavoro prima sospendere quindi eventualmente licenziare il lavoratore, il d.l. 44/2021 introduce un correttivo a favore del prestatore, una sorta di periodo di comporto, durante il quale il lavoratore non vaccinato potrà essere sospeso ma non licenziato⁵⁶.

Parte della dottrina ha ritenuto che dalla normativa in esame non si possa ricavare che, in contesti lavorativi differenti, il rifiuto a vaccinarsi non produrrebbe conseguenza alcuna, in quanto indirettamente il d.l. n. 44/2021, pur non menzionandolo, nel derogare parzialmente ad alcune previsioni del d.lgs. n. 81/2008, rimanderebbe ad esso in alcune disposizioni⁵⁷. In particolare, sarebbe necessario che la valutazione circa l'adibizione a mansioni "non di contatto" sia effettuata dal datore di lavoro con l'apporto del medico competente, per cui le due normative si porrebbero in rapporto di genere a specie⁵⁸. Tuttavia, anche questi Autori sono poi costretti ad ammettere l'importanza sistematica del d.l. 44/2021 nel momento in cui si debbono determinare le conseguenze della mancata

⁵² C. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile e modelli indennitari nella prospettiva della pandemia Covid – 19*, in *Conversazioni sul lavoro a distanza da agosto 2020 a marzo 2021 promosse e coordinate da Vincenzo Antonio Poso*, 12/4/2021, 3 ss.

⁵³ M. VERZARO, *ECCE LEX! L'obbligo di vaccinazione per gli operatori sanitari*, cit., 5 ss.

⁵⁴ A. DE MATTEIS, *Il decreto - legge sull'obbligo di vaccino del personale sanitario*, cit., 4 ss.

⁵⁵ Favorevole a tale soluzione già rima della norma di legge, tra gli altri, E. GRAGNOLI, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l'opinione di Enrico Gragnoli*, in *Labor. Il lavoro nel diritto*, in www.rivistalabor.it, 2021; M. CERBONE, *Vaccinazione anti-Covid, autodeterminazione del lavoratore e riflessi sul rapporto di lavoro*, cit., 79 ss.

⁵⁶ F. SCARPELLI, *Arriva l'obbligo del vaccino (solo) per gli operatori sanitari*, cit., 3 ss.; M. VERZARO, *ECCE LEX! L'obbligo di vaccinazione per gli operatori sanitari*, cit., 3 ss.; contra A. DE MATTEIS, *Il decreto - legge sull'obbligo di vaccino del personale sanitario*, cit., 3 ss.; C. PISANI, *Il vaccino per gli operatori sanitari obbligatorio per legge e requisito essenziale per la prestazione*, cit., 6 ss.

⁵⁷ In particolare, l'art. 4 del d.l. n. 44/2021. P. PASCUCI, C. LAZZARI, *Prime considerazioni di tipo sistematico sul d.l. 1 aprile 2021, n. 44*, cit., 152 ss.

⁵⁸ P. PASCUCI, C. LAZZARI, *Prime considerazioni di tipo sistematico sul d.l. 1 aprile 2021, n. 44*, cit., 152 ss.

vaccinazione per i soggetti non obbligati per legge, escludendo implicitamente il licenziamento, tanto disciplinare, che per giustificato motivo oggettivo⁵⁹.

Ulteriore profilo è se la vaccinazione possa considerarsi requisito indispensabile ai fini dell'assunzione per le categorie per le quali il decreto ha introdotto l'obbligo vaccinale e se il datore possa quindi richiedere al lavoratore tale requisito prima dell'assunzione, superando quindi i divieti posti dalle norme statutarie nonché da quelle in tema di privacy del lavoratore anche in fase di assunzione⁶⁰.

Per quanto attiene alla data finale di vigenza dell'obbligo, questa coinciderebbe con l'attuazione del piano vaccinale e comunque con il 31/12/2021, per cui successivamente non potrebbe imporsi il vaccino obbligatoriamente: tuttavia, come l'esperienza insegna, non c'è nulla di più definitivo delle norme temporanee⁶¹.

In conclusione, la norma emanata pare aver avuto un effetto opposto a quello inteso dall'Esecutivo, da un lato rendendo maggiormente complesso imporre l'obbligo vaccinale per coloro che non rientrano nelle categorie indicate dalla norma, dall'altro indicando un percorso ed una sanzione per la sua inosservanza che non potranno essere maggiori per chi tale obbligo non ha. In aggiunta, la frettezza dell'emanazione del decreto espone lo stesso a diverse critiche di irrazionalità che potranno certamente essere corrette in sede di conversione del decreto legge ma che, in mancanza, potrebbero comportarne l'illegittimità costituzionale.

Tuttavia, lo scopo della norma sembra essere di persuadere chi non intendeva vaccinarsi, pur appartenendo a categorie per le quali tale obbligo sembrava comunque inevitabile: un obiettivo comunque raggiunto in quanto, anche qualora dovesse arrivare una pronuncia di incostituzionalità della normativa, ovviamente con effetto ex tunc, il piano vaccinale sarà già stato completato.

⁵⁹ P PASCUCI, C. LAZZARI, *Prime considerazioni di tipo sistematico sul d.l. 1 aprile 2021, n. 44, cit.*, 152 ss.

⁶⁰ In tal senso C. PISANI, *Il vaccino per gli operatori sanitari obbligatorio per legge e requisito essenziale per la prestazione, cit.*, 6 ss.

⁶¹ M. VERZARO, *ECCE LEX! L'obbligo di vaccinazione per gli operatori, cit.*, 4.