

Mario Cerbone

Vaccinazione anti-Covid, autodeterminazione del lavoratore e riflessi sul rapporto di lavoro

**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*

Mario Cerbone

Vaccinazione anti-Covid, autodeterminazione del lavoratore e riflessi sul rapporto di lavoro

*aggiornato al 15 febbraio 2021

** Questo saggio è stato già pubblicato sulla Rivista *Diritti Fondamentali*, www.dirittifondamentali.it, 15 febbraio 2021, fascicolo n. 1/2021, p. 79 ss.

SOMMARIO: **1.** Un “dibattito istantaneo” con ricadute sugli equilibri del diritto del lavoro. – **2.** Il diritto alla salute del lavoratore tra libertà individuale di autodeterminazione e salvaguardia dell’interesse della collettività. – **3.** I limiti di un intervento legislativo statale. – **4.** L’inutilizzabilità dell’art. 2087 c.c. per fondare il potere datoriale di licenziare il lavoratore “resistente”. – **5.** L’incremento degli obblighi di comportamento dei lavoratori tra potere direttivo del datore di lavoro e apporto della contrattazione collettiva. – **6.** Le misure di sorveglianza sanitaria nella logica del rispetto della scelta del lavoratore. – **7.** L’impatto sulla sfera riservata del lavoratore. – **8.** Osservazioni conclusive.

1. Un “dibattito istantaneo” con ricadute sugli equilibri del diritto del lavoro

L’avvio della campagna di vaccinazione per il contrasto alle infezioni da *Coronavirus* ha contribuito ad innescare, come era prevedibile, un ampio ed interessante dibattito (anche) tra gli studiosi del diritto del lavoro, polarizzato principalmente sulla possibilità di riconoscere o meno al datore di lavoro la potestà di imporre ai propri dipendenti la suddetta pratica vaccinale¹.

Le posizioni interpretative hanno assunto finora sfumature differenziate, venendosi a raccogliere – beninteso, al netto dei rischi pur sempre ravvisabili di una eccessiva schematizzazione – intorno a due filoni a confronto. Su un primo versante, rileva la posizione di chi ritiene ammissibile, anche a prescindere dall’intervento del legislatore, l’imposizione del vaccino anti-Covid, traendo da questa considerazione l’effetto di sanzionare le eventuali ipotesi di rifiuto del lavoratore: innanzi a condotte “resistenti” dei dipendenti, il datore di lavoro sarebbe legittimato a risolvere il rapporto per il sopravvenire di un impedimento oggettivo alla sua prosecuzione². A supporto della tesi si porrebbe

¹ Prendo in prestito l’espressione del «dibattito istantaneo su vaccini anti-Covid e rapporto di lavoro» coniata dalla Rivista *Labor. Il lavoro nel diritto* per ospitare una serie di interventi di autorevoli studiosi del diritto del lavoro.

² Così P. Ichino, *Liberi di non vaccinarsi, ma non di mettere a rischio la salute altrui*, in www.pietroichino.it, 2020, ove si riporta il contenuto dell’intervista rilasciata al *Corriere della Sera* il 29 dicembre 2020; successivamente, lo stesso Autore, nell’illustrare più compiutamente la sua tesi, pur ribadendo che l’obbligo di vaccinazione possa nascere dal

la responsabilità del datore di lavoro in materia di sicurezza *ex art. 2087 c.c.*, sicché un attento bilanciamento tra il diritto alla salute e l'adempimento della prestazione lavorativa non potrebbe che ridondare a detrimento della libertà di autodeterminazione del singolo lavoratore, che si troverebbe ad arretrare innanzi alla necessità di salvaguardare, con la vaccinazione, la salute degli altri lavoratori e dei cittadini in generale. Ciò giustificerebbe la piena sanzionabilità del prestatore di lavoro subordinato inosservante del richiamato obbligo vaccinale, con l'adozione del provvedimento espulsivo³. Su un altro versante, si pongono le ricostruzioni che, in maniera più cauta, rifuggono dalla equazione fra il rifiuto della vaccinazione ed il licenziamento ed argomentano a partire dalla necessità di differenziare gli ambienti di lavoro⁴, in maniera da dedurne una «personalizzazione della valutazione dell'inadempimento»⁵ del prestatore di lavoro; o ancora ammettono, in una logica di progressività degli interventi, il ricorso, al limite, a misure temporanee di sospensione (non di estinzione) del rapporto di lavoro⁶. L'opzione interpretativa offerta si arricchisce in quelle tesi che adottano la prospettiva, in verità scivolosa, della qualificazione del rischio di contagio da Covid-19. Per gli ambienti di lavoro non sanitari, le soluzioni possono essere differenziate: se si considera il Covid-19 quale rischio di origine esogena all'organizzazione dell'impresa⁷ e si aderisce alla tesi che

contratto di lavoro, ritiene sconsigliabile per il datore di lavoro, nel caso gli venga opposto un rifiuto oggettivamente ingiustificato, l'irrogazione del licenziamento disciplinare, nonché del licenziamento per giustificato motivo oggettivo (quando sarà cessato comunque il relativo divieto congiunturale); la soluzione migliore sarebbe, dove possibile, la sospensione della prestazione fino alla fine della pandemia, senza decorso della retribuzione: in questi termini, P. Ichino, *Il dovere di vaccinarsi di fonte contrattuale*, in www.pietroichino.it, 2021; Id., *Perché e come l'obbligo di vaccinazione può nascere anche solo da un contratto di diritto privato*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2021. Anche S. Cassese, in una recente intervista a *Il Mattino*, ha avallato la ricostruzione di Ichino, riprendendo, tra l'altro, posizioni già esplicitate in passato: v., per esempio, quanto affermato nell'intervista a *Il Foglio* del 12 settembre 2017, ove rimarca come tutti i diritti, compresi quelli che appaiono inestricabilmente legati alla persona, «sono anche vincolati a interessi super-individuali, collettivi, a una funzione sociale». Può giungersi al licenziamento per giustificato motivo oggettivo a parere di A. Bottini, *Inidoneo e poi licenziabile chi non si vaccina*, in *Quotidiano del lavoro. Il Sole 24-Ore*, 2021, qualora l'assenza dal lavoro, per il suo prolungarsi e/o per l'indeterminatezza della sua durata, arrechi pregiudizio all'organizzazione aziendale; sulla stessa lunghezza d'onda, S. Bellomo, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l'opinione di Stefano Bellomo*, in *Labor. Il lavoro nel diritto*, in www.rivistalabor.it, 2021, il quale ritiene possibile il recesso al venir meno dell'interesse datoriale alla conservazione del rapporto di lavoro a motivo del dilatarsi dell'orizzonte temporale dei rischi sanitari e delle connesse limitazioni autoritativamente imposte; C. Cester, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l'opinione di Carlo Cester*, in *Labor. Il lavoro nel diritto*, in www.rivistalabor.it, 2021 valorizza il fatto che la posizione del singolo lavoratore non è isolata ma caratterizzata, in virtù del contratto e delle mansioni, da un «contatto sociale» con terzi soggetti sui quali la scelta personalistica di rifiuto potrebbe determinare significativi pregiudizi. Ne deduce pertanto la rilevanza disciplinare della condotta resistente del dipendente.

³ Sul punto, V. Ferrante, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l'opinione di Vincenzo Ferrante*, in *Labor. Il lavoro nel diritto*, in www.rivistalabor.it, 2021 ritiene che ricorra l'ipotesi della giusta causa di licenziamento, per grave violazione dell'obbligo di sicurezza di cui all'art. 20 d.lgs. n. 81/2001.

⁴ Secondo 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, occorre ragionare in base al contesto nel quale è resa la prestazione lavorativa, distinguendo tra ambienti di lavoro in cui il *coronavirus* sia introdotto intenzionalmente nel ciclo produttivo (laboratori) o in cui la presenza dello stesso non possa essere evitata (strutture sanitarie) ed altri ambienti di lavoro. Nella prima ipotesi, il vaccino costituisce senz'altro una misura precauzionale «adeguata e ragionevole», al fine di tutelare la salute dei lavoratori secondo l'esperienza e la tecnica. Nelle altre ipotesi, invece, in carenza di un intervento del legislatore, il contagio da *coronavirus* (SARS-CoV-2) può configurarsi quale «rischio generico di origine esogena», ed è pertanto da escludersi la possibilità di configurare l'obbligo vaccinale in capo al lavoratore.

⁵ O. Mazzotta, *Vaccino anti-Covid e rapporto di lavoro*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2021; Id., *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l'opinione di Oronzo Mazzotta*, in *Labor. Il lavoro nel diritto*, in www.rivistalabor.it, 2021; per una lettura che esclude, pur con opportuni distinguo, la sanzionabilità con il licenziamento del lavoratore che oppone un rifiuto al vaccino, v. ancora 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*, cit.

⁶ F. Scarpelli, *Rifiuto del vaccino e licenziamento: andiamoci piano!*, in www.linkedin.com, dicembre 2020.

⁷ L'art. 42, comma 2, d.l. n. 18/2020, conv. l. n. 27/2020 qualifica il rischio dell'infezione da Covid-19, contratta in occasione di lavoro, quale rischio di «infortunio sul lavoro»: questo elemento, secondo P. Ichino, *Il dovere di vaccinarsi di fonte contrattuale*, cit., elimina ogni dubbio circa la volontà del legislatore di considerare «il fatto stesso di lavorare in

siffatto rischio esuli dall'obbligazione di sicurezza, risulterebbe logico escludere l'imposizione del vaccino per i dipendenti; in senso contrario, se si sposa la tesi secondo la quale l'obbligazione di sicurezza ricomprenderebbe non soltanto i rischi endogeni ma anche quelli esogeni, si potrebbe arrivare ad affermare che il datore di lavoro sia tenuto ad adottare la misura del vaccino⁸.

Orbene, è evidente da quanto esposto che la questione dell'obbligo di vaccinazione per i lavoratori – al pari dell'altra questione originata dalla previsione del divieto di licenziamento⁹ – toccando, come si vedrà, aspetti fondamentali delle posizioni obbligatorie del lavoratore e del datore-imprenditore, a radicamento costituzionale, costringe la dottrina a misurare le ricadute sistemiche del diritto emergenziale sugli equilibri dell'intero diritto del lavoro¹⁰. Siffatto sforzo ermeneutico è necessario per evitare una disgregazione sistematica delle stesse norme che governano le relazioni di lavoro, soprattutto in una fase come quella attuale in cui – non va trascurato – al dibattito tra giuristi manca (ancora) un 'pezzo' importante dell'indagine medico-scientifica, che è quello legato alla pur necessaria fase di "follow-up" del medesimo vaccino anti-Covid (che in questi giorni è in distribuzione presso alcune fasce della popolazione, purtroppo con non pochi sopravvenuti problemi di gestione della distribuzione delle dosi). Sicché, in carenza di elementi cognitivi esaustivi sulla somministrazione, sulle categorie interessate in via prioritaria, sulle quantità distribuite, occorre adottare estrema cautela in ogni ricostruzione interpretativa. Così come, per altro verso, raccogliendo la premessa di metodo suggerita da autorevole dottrina¹¹, va coltivata una lettura "laica" del tema, che si incarichi di separare, per quanto possibile, gli aspetti e le valutazioni soggettive (espressione della propria "coscienza") dalla oggettività del dato tecnico-giuridico.

2. Il diritto alla salute del lavoratore tra libertà individuale di autodeterminazione e salvaguardia dell'interesse della collettività

Ciò posto, a me pare che la paventata correlazione obbligo di vaccinazione/rifiuto del lavoratore/adozione di misure estintive del rapporto, vagliata in una prospettiva orientata ai valori della Carta costituzionale, faccia emergere non trascurabili punti di contrasto con principi fondamentali che entrano nel contratto di lavoro subordinato: un contratto – come noto – ove lo scambio sinallagmatico delle prestazioni offerte dalle parti deve raggiungere una composizione degli

un'azienda insieme ad altre persone come causa tipica del rischio di infezione da Covid-19. Che è quanto basta perché di questo rischio il datore di lavoro debba farsi pienamente carico»; nella stessa prospettiva, v. A. De Matteis, *Art. 32 della Costituzione: diritti e doveri in tema di vaccinazione anti-Covid*, in A.a.V.v., *Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi. Gruppo delle Conversazioni sul lavoro del Convento di San Cerbone*, in www.facebook.com, 2021.

⁸ Per la ricostruzione del dibattito, v. G. Benincasa, G. Pigliararmi, *Covid-19 e obbligo giuridico di vaccinazione per il dipendente*, *Working Paper*, in <http://salus.adapt.it>, 2021, anche per i riferimenti bibliografici.

⁹ Si allude al divieto di licenziare introdotto quale forma di contrasto dell'emergenza pandemica da Covid-19, originariamente con l'art. 46, d.l. n. 18/2020, poi esteso, *ex art.* 14, d.l. n. 104/2020, oltre la già prevista scadenza del 17 agosto 2020 (art. 80, d.l. n. 34/2020), nonché, almeno in determinati casi, fino al 31 dicembre 2020. Allo stato attuale, la legge di bilancio 2021 (l. 30 dicembre 2020, n. 178) ha prorogato fino al 31 marzo 2021 il divieto di licenziamento previsto in precedenza dall'art. 12, commi 9 e 10, d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, conv. l. 18 dicembre 2020, n. 176.

¹⁰ Significativo è il richiamo che si ritrova in M. Basilico, *Il vaccino anti Covid, scomoda novità per gli equilibri del rapporto di lavoro subordinato. Intervista di Marcello Basilico a Arturo Maresca, Roberto Rivero, Paolo Sordi, Lorenzo Zoppoli*, in *Giustizia Insieme*, 22 gennaio 2021. Nella prospettiva di riordinare il complesso materiale normativo che si è stratificato durante i mesi della pandemia e valutarne l'impatto sugli istituti del diritto del lavoro, v. O. Mazzotta (a cura di), *Diritto del lavoro ed emergenza pandemica*, Pacini Editore, Pisa, 2021, con contributi di M. Brollo, M.T. Carinci, C. Cester, S. D'Ascola, R. Del Punta, V. Ferrante, M. Forziati, A. Maresca, M. Pedrazzoli, A. Perulli, R. Pessi, R. Romei, F. Scarpelli, A. Sgroi, M. Verzaro, C. Zoli.

¹¹ O. Mazzotta, *Vaccino anti-Covid e rapporto di lavoro*, cit.

interessi coinvolti del tutto peculiare, in quanto radicata sulla considerazione della diretta implicazione della “persona che lavora” (art. 2094 c.c.)¹².

La prima e più rilevante ragione ostativa alla previsione di provvedimenti sanzionatori assunti dal datore di lavoro in reazione al rifiuto del vaccino¹³ deriva dal riconoscimento della libertà di autodeterminazione del singolo cittadino (e quindi anche del lavoratore) in materia di salute, alla stregua della previsione di cui al comma 1 (prima parte) dell’art. 32 Cost.¹⁴ Si tratta del riconoscimento di uno spazio di libertà del singolo *a contenuto individualistico*, attribuito cioè al singolo – si badi – *non in funzione* dell’interesse collettivo alla salute ma in modo tale che il suo godimento *non pregiudichi* il corrispondente interesse della collettività. Il riconoscimento costituzionale di una libertà individualistica, con riguardo ai comportamenti che il soggetto è abilitato a tenere, in un certo settore materiale, rende *ipso iure* logicamente incompatibile con tale riconoscimento la configurazione in termini di doverosità dei comportamenti medesimi¹⁵. È la stessa persona che può decidere la misura dell’accettabilità dell’intervento esterno, e la salvaguardia di questa prerogativa diviene, come vedremo, addirittura criterio per determinare la legittimità dell’intervento legislativo¹⁶.

Si tratta di una libertà individuale astretta da un vincolo di correlazione, da un lato, con la previsione dell’art. 2 Cost. (colto nella parte in cui riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo “come singolo”)¹⁷, dall’altro lato, e veniamo così alla parte giuslavoristica, con le limitazioni imposte alla libertà dell’imprenditore di esercitare la sua iniziativa economica solo se “compatibile” con il rispetto

¹² Non può non riprendersi la lezione di F. Santoro Passarelli, *Spirito del diritto del lavoro*, in Id., *Saggi di diritto civile*, Jovene, Napoli, 1071 ss.; per un’efficace ricostruzione di tali aspetti costitutivi del diritto del lavoro v. A. Trojsi, *Ragioni dell’economia e tutela della dignità e dei diritti fondamentali della “persona” del lavoratore*, in A.a.V.v., *Studi in memoria di Mario Giovanni Garofalo*, Cacucci, Bari, 2015, 973 ss.

¹³ Occorre riferirsi non solo all’ipotesi del rifiuto ma anche ad ogni altro comportamento del lavoratore che manifesti incertezza, critica, scetticismo, nell’adozione della decisione in ordine alla sottoposizione alla pratica vaccinale contro il *coronavirus*.

¹⁴ Sul carattere *fondamentale* del diritto all’autodeterminazione, con specifico riferimento alle decisioni individuali in tema di diritto alla salute, v. S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012, 265 ss. Nella prospettiva della ‘scomposizione’ del diritto alla salute in una pluralità di situazioni giuridiche soggettive, v. V. Baldini, *L’attuazione dei diritti fondamentali come scelta politica e come decisione giurisdizionale*, in *Rivista AIC*, 2011, 7 ss. Per la complessità valoriale della autodeterminazione e il suo interrogare i principi costituzionali in una pluralità di direzioni, v. S. Mangiameli, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, Relazione al IV Laboratorio Sublacense su “La comunità familiare e le scelte di fine vita” – Abbazia di Santa Scolastica – Subiaco, 3-5 luglio 2009; A. Gusmai, *Il diritto all’autodeterminazione: una libertà “perimetrata” dal sapere scientifico?*, in www.dirittifondamentali.it, 2019, 1 ss., ove si sottolinea come, nella giurisprudenza costituzionale italiana, sia stata la disciplina del c.d. consenso informato in ambito sanitario a consentire al giudice delle leggi di attribuire la qualifica di “fondamentale” al “diritto all’autodeterminazione” (v. Corte cost. n. 438/2008). Nella prospettiva della giurisprudenza costituzionale v. M. Cartabia, *La giurisprudenza costituzionale relativa all’art. 32, secondo comma, della Costituzione*, in *Quaderni Costituzionali*, 2012, 455 ss.; F. Minni, A. Morrone, *Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in *Rivista AIC*, 2013; G.U. Rescigno, *Dal diritto di rifiutare un trattamento sanitario secondo l’art. 32, co. 2, Cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Diritto Pubblico*, 2008, 85 ss. Per stare al dibattito attuale v. M. Ainis, *Obbligo vaccinale? La scelta tragica del nostro diritto. Intervista di Francesca Spasiano*, in www.ildubbio.news, 2021, il quale ribadisce il carattere fondamentale del diritto alla salute e la sua declinazione quale «barriera contro l’invadenza dei poteri pubblici e privati nella sfera di autodeterminazione dei singoli»; tra i giuslavoristi, C. Cester, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro*, cit., sottolinea i pregiudizi che la scelta personalistica di rifiuto potrebbe determinare a carico di terzi soggetti.

¹⁵ D. Morana, *La salute come diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2015, 39; deve considerarsi che il riconoscimento della libertà di autodeterminazione di ogni individuo in materia di salute, garantita dall’art. 32, comma 1, Cost., compare altresì nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (artt. 1, 2 e 3), ove si protegge «il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all’autodeterminazione della persona».

¹⁶ S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., 273.

¹⁷ L’art. 2 Cost. è posto in correlazione con l’art. 32 Cost. anche nel senso di valorizzare il richiamo ai «doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale». Non può tuttavia ritenersi che siffatto richiamo, così ampio, possa estendersi fino ad essere operante dall’interno anche in relazione ai singoli diritti di libertà. Ne deriverebbe una svalutazione dell’impronta liberale della Costituzione, che deriva anzitutto proprio dalla configurazione garantistica delle diverse libertà (in questi termini, v. ancora D. Morana, *La salute come diritto costituzionale*, cit., 40).

della sfera di libertà e dignità dei singoli lavoratori (art. 41, comma 2, Cost.). Le richiamate disposizioni costituzionali innescano una circolarità di valori della persona, che è fondativa della nostra comunità e che sicuramente serve a sottrarre al datore di lavoro il potere di “disporre” unilateralmente dello spazio di libera esplicazione dei lavoratori, spezzando la predetta circolarità¹⁸. Una decisione su tali prerogative – stimolata dall’esplosione dell’emergenza sanitaria – non può che scaturire dalla dialettica parlamentare e dalla composizione che il legislatore soltanto è capace ed è legittimato ad operare¹⁹. Soltanto la composizione degli interessi che deriva dal confronto parlamentare può delimitare infatti i confini e le forme di un obbligo per i cittadini (e quindi anche per i lavoratori) dagli effetti così penetranti per la sfera delle libertà costituzionali di ogni persona. Non è ammissibile affidare siffatta prerogativa al datore di lavoro in via unilaterale, versandosi in ipotesi di riserva di legge assoluta alla stregua del comma 2 dell’art. 32 Cost.²⁰ Ed infatti, il comma 2 dell’art. 32²¹, seconda parte, suggella questa impostazione là dove prevede una riserva di legge assoluta e “rinforzata”²²: la “materia” delle vaccinazioni è cioè non solo affidata all’intervento esclusivo del legislatore²³ ma, per giunta, con limitazioni all’operatività del legislatore medesimo, che compaiono già nel dettato costituzionale (la legge non può in nessun caso violare «i limiti imposti dal rispetto della persona umana»)²⁴. Ciò implica che la salvaguardia della prerogativa della persona di autodeterminarsi risulta appunto criterio per la legittimità dell’intervento

¹⁸ Molto dense le pagine di S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., 261 ss., ove si delinea il percorso che si snoda dall’art. 2 Cost., con il suo riconoscimento dei diritti fondamentali della persona, verso la libertà personale dell’art. 13 Cost. e la complessa ricostruzione di salute e vita operata dall’articolo 32 Cost.

¹⁹ Il carattere *necessario* dell’intervento della Repubblica per tutelare il bene salute, attraverso il contemperamento tra i due profili (individuale e collettivo) indicati con chiarezza nella disposizione costituzionale dell’art. 32 Cost., discende dalla (pari) *fondamentalità* riferibile tanto al diritto quanto all’interesse della collettività. L’inerzia dei pubblici poteri, insomma, non sarebbe una strada percorribile nell’ottica costituzionale: così D. Morana, *Sulla fondamentale perdita (e forse ritrovata) del diritto e dell’interesse della collettività alla salute: metamorfosi di una garanzia costituzionale, dal caso Ilva ai tempi della pandemia*, in A.a.V.v., *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consulta online*, 30 aprile 2020; v. anche B. Caravita, *L’Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *www.federalismi.it*, 2020; A. Palma, *Il diritto-dovere alla salute*, tab edizioni, Roma, 2021.

²⁰ Secondo L. Zoppoli, *Il vaccino anti Covid, scomoda novità per gli equilibri del rapporto di lavoro subordinato*, cit.; Id., *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l’opinione di Lorenzo Zoppoli*, in *Labor. Il lavoro nel diritto*, in *www.rivistalabor.it*, 2021, il vaccino può rientrare nell’ambito dei comportamenti esigibili *ex contractu* se ha riflessi sull’idoneità del lavoratore a svolgere la sua prestazione. In questi casi, l’obbligo può essere ricondotto al codice deontologico del lavoratore, riflettendosi sull’obbligo di diligenza *ex art. 2104 c.c.*, da rapportarsi anzitutto alla «natura della prestazione dovuta».

²¹ In dottrina, cfr. D. Vincenzi Amato, *Art. 32, comma 2*, nonché L. Montuschi, *Art. 32, comma 1*, entrambi in G. Branca (a cura di), *Rapporti etico-sociali (arti. 29-34). Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1976.

²² R. Romboli (a cura di), *Manuale di diritto costituzionale italiano ed europeo*, Giappichelli, Torino, 2019, 205; v. inoltre P. Perlingieri, P. Pisacane, *Commento all’art. 32*, in P. Perlingieri, *Commento alla Costituzione italiana*, Esi, Napoli, 2009, p. 202 ss.; A. Simoncini, E. Longo, *Commento all’art. 32*, in A. Celotto, M. Olivetti, R. Bifulco (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Wolters Kluwer-Utet, Milano, 2006, tomo I; sul rapporto tra “riserva di legge” e “principio di legalità”, v. le sempre attuali indicazioni di V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1993, 61 ss.

²³ Sul riparto di potestà normativa tra legislatore statale e legislatore regionale in questa specifica materia, v. A. Morelli, *Vaccinazioni e Regioni: quale lezione trarre riguardo al sistema delle autonomie?*, in *Diritti Regionali*, 1/2021. Quanto alla potestà legislativa in materia di vaccinazioni la Corte costituzionale, in una pronuncia antecedente all’apertura della fase emergenziale determinata dal Covid-19, aveva già precisato che sono da ritenersi «chiaramente prevalenti i profili ascrivibili alle competenze legislative dello Stato»: così Corte costituzionale 18 gennaio 2018, n. 5, con nota di G. Boldi, *Il riparto di competenze legislative in materia di vaccinazioni*, in *www.federalismi.it*, 2018, ove vengono in rilievo segnatamente le potestà legislative dello Stato relative a principi fondamentali in materia di tutela della salute, livelli essenziali di assistenza, profilassi internazionale e norme generali sull’istruzione (quest’ultimo ambito viene invocato perché il d.l. n. 73/2017, art. 3, comma 3, aveva stabilito che, per i servizi educativi per l’infanzia e le scuole dell’infanzia, ivi incluse quelle private non paritarie, la presentazione della documentazione attestante la vaccinazione costituisce requisito di accesso); in tema, v. anche Corte costituzionale 6 giugno 2019, n. 137.

²⁴ S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., 257 sottolinea come i costituenti, dopo avere in un primo momento definito il limite invalicabile attraverso il riferimento alla *dignità*, abbiano poi ritenuto più forte quello della *personalità* umana, approdando alla formula, più diretta e non equivoca, del “rispetto della persona umana”.

legislativo²⁵. Anche quando l'interesse pubblico giunge al massimo grado di intensità, il nucleo essenziale della dignità, racchiuso proprio nella nozione di "rispetto", non può che rimanere intatto, in quanto sintesi di riconoscimento e di pari considerazione del valore dei singoli individui e delle formazioni sociali ove si sviluppa la loro personalità²⁶.

3. I limiti di un intervento legislativo statale

Quanto detto implica che lo stesso legislatore è costretto a muoversi in uno spazio angusto, nell'interstizio tra la libera esplicazione della persona umana e la necessità di far prevalere la componente "collettiva" del diritto alla salute (anch'essa ricavabile dall'art. 32 Cost. nei termini innanzi precisati). Nel realizzare un attento bilanciamento dei diritti, l'intervento non può che fondare la eventuale compressione della libertà dei singoli su dati scientifici e medici inoppugnabili o quantomeno consolidati²⁷. Il legislatore è chiamato ad esplicitare la "ragionevolezza" della misura adottata in via obbligatoria e la sua "proporzionalità" alle condizioni di fatto in cui l'obbligo viene deciso: deve sussistere un pericolo esterno e l'obbligo deve essere ad esso proporzionato²⁸.

I precedenti più vicini della giurisprudenza costituzionale in materia corroborano tali affermazioni. Nella nota vicenda originata dall'emanazione del d.l. 7 giugno 2017, n. 73, conv. l. 31 luglio 2017, n. 119, recante «Disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale», la Corte costituzionale ha avuto modo di vagliare in profondità le modalità dell'intervento del legislatore con la pronuncia n. 5/2018²⁹. Il legislatore del 2017, giova rammentare, aveva incrementato le vaccinazioni per i minori fino a sedici anni di età portandole a dieci (in origine dodici), con previsione di sanzioni amministrative e pecuniarie in caso di inadempimento e divieto di accesso ai servizi educativi per l'infanzia. L'intervento fu motivato con il richiamo alla necessità di perseguire il raggiungimento della soglia di copertura vaccinale contro malattie a rischio epidemico, secondo le raccomandazioni dell'Organizzazione Mondiale della Sanità per il conseguimento della immunità (o resistenza) collettiva a un patogeno da parte di una comunità o popolazione umana. Su queste premesse, si determinò il passaggio da una strategia vaccinale basata sulla convinzione ad una strategia fondata sulla coercizione, con effetti rilevanti anche sugli adempimenti incombenti alle istituzioni scolastiche per assicurare il diritto all'istruzione compatibilmente con il diritto alla salute.

La pronuncia richiamata è interessante ai fini del nostro ragionamento, per un duplice ordine di considerazioni.

Anzitutto, perché serve a ribadire la correlazione fra discrezionalità legislativa in materia vaccinale e contesto epidemiologico preso a riferimento. Il legislatore può esercitare la sua discrezionalità «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

²⁵ S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., 273.

²⁶ G. Silvestri, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità umana*, in *Rivista AIC*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2008.

²⁷ Le misure emergenziali volte a contrastare la diffusione del virus non possono debordare in illegittimi interventi lesivi della salute individuale: così D. Morana, *Sulla fundamentalità perduta (e forse ritrovata) del diritto e dell'interesse della collettività alla salute*, cit. V. altresì A. Morelli, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, in *Diritti Regionali*, 2020, 524 ss.

²⁸ Così M. Ainis, *Obbligo vaccinale? La scelta tragica del nostro diritto*, cit.

²⁹ Lo spettro dell'indagine potrebbe estendersi in una prospettiva più ampia (che, tuttavia, non è oggetto del presente scritto) alle questioni poste dalle disposizioni della l. 22 dicembre 2017, n. 219, recante «Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento» e alla elaborazione della giurisprudenza costituzionale: v. in particolare Corte costituzionale 25 settembre 2019, n. 242, ove i giudici costituzionali fanno riferimento in motivazione «alla libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost.».

guidare il legislatore nell'esercizio delle sue scelte in materia»³⁰. In particolare, la scelta a favore dell'obbligo non solo deve essere vagliata in rapporto al contesto di riferimento («è fortemente ancorata al contesto») ma è altresì «suscettibile di diversa valutazione al mutare di esso». Ed infatti, nella sua motivazione, la Corte costituzionale ha valorizzato l'aspetto della rivedibilità della scelta in rapporto all'andamento del dato epidemiologico, conferendo rilievo ad un importante aspetto di «flessibilizzazione della normativa», introdotto dal legislatore in sede di conversione del richiamato decreto-legge, con la previsione di «un sistema di monitoraggio periodico che può sfociare nella cessazione della obbligatorietà di alcuni vaccini».

La decisione è importante anche perché opera il contemperamento tra il diritto alla salute ed un diritto a contenuto sociale, quale quello all'istruzione, declinato in una pluralità di disposizioni della nostra Carta costituzionale (artt. 33 e 34 Cost., ma anche art. 31 Cost., per le implicazioni sui compiti della famiglia tra tutela della salute e diritto alla istruzione dei figli)³¹. E naturalmente l'affinità strutturale che è possibile instaurare fra diritto all'istruzione e diritto al lavoro³² rende ancor più interessante lo sviluppo seguito dai giudici costituzionali.

Lo schema argomentativo della Corte costituzionale si fonda su due elementi: da un lato, una attenta valutazione delle caratteristiche dell'intervento legislativo del 2017, ritenuto ragionevole perché ispirato ad una logica volta a scomporre e differenziare le situazioni onde evitare interventi generalizzati. Basti citare le disposizioni del d.l. n. 73/2017 nella parte in cui si distingue, ai fini dell'accesso al sistema scolastico, la posizione degli alunni della scuola dell'infanzia rispetto a quella degli altri gradi (art. 3, comma 3), prevedendo percorsi differenziati pur all'interno della identica previsione dell'obbligo vaccinale (art. 1, comma 1)³³; dall'altro lato, una rigorosa considerazione del quadro storico-giuridico in materia vaccinale nelle fasi antecedenti alle disposizioni del 2017, del contesto in cui queste ultime hanno preso forma e dei contenuti³⁴.

Non c'è dubbio che siffatto “schema logico” – nella sua ispirazione di fondo – possa essere preso a riferimento e traslato in via interpretativa, per quanto possibile (come si tenterà di spiegare più diffusamente), all'ambito dei rapporti di lavoro, al fine di vagliare i limiti dell'azione del datore di lavoro in materia di vaccinazioni.

Il “precedente” della giurisprudenza costituzionale del 2018 se, da un lato, è utile a prefigurare limiti e spazi del legislatore in materia vaccinale, dall'altro lato, rivela, in controluce, la non comparabilità della situazione epidemiologica del 2017 con quella attuale sul Covid-19, soggetta a variabili (le cc.dd. varianti del *virus*) che sfuggono ancora ad una compiuta ed assestata valutazione scientifica soprattutto sul punto cruciale della assoluta e incontestata efficacia del vaccino anti-Covid a proteggere la collettività dalla potenziale e persistente contagiosità del soggetto pur vaccinato. L'Istituto Superiore di Sanità, infatti, chiarisce che, anche dopo essersi sottoposti alla vaccinazione, i cittadini dovranno comunque continuare a osservare misure di protezione nei confronti degli altri (come la mascherina, il distanziamento sociale e il lavaggio accurato delle mani). Ciò sarà necessario finché i dati sull'immunizzazione non mostreranno *con certezza* che oltre a proteggere sé stessi il vaccino impedisce anche la trasmissione del *virus* ad altri³⁵.

³⁰ Così Corte costituzionale 18 gennaio 2018, n. 5, cit., nel richiamo alla giurisprudenza costante fin dalla fondamentale sentenza n. 282 del 2002.

³¹ Le questioni sollevate nel giudizio costituzionale in riferimento agli articoli 31, 32, 34 e 97 Cost. tuttavia sono state dichiarate inammissibili per carenza di motivazione.

³² A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, Cedam, Padova, 2003, 141 ss. include il diritto al lavoro e il diritto allo studio nella categoria dei «diritti sociali».

³³ Le norme del legislatore – precisa la Corte costituzionale – mirano a garantire che la frequenza scolastica avvenga in condizioni sicure per la salute di ciascun alunno o addirittura (per quanto riguarda i servizi educativi per l'infanzia) non avvenga affatto in assenza della prescritta documentazione.

³⁴ Cfr. punto 3 del *Considerato in diritto*.

³⁵ Istituto Superiore di Sanità, *Speciale Covid-19 – Vaccini*, in *www.iss.it*. V. anche le «Raccomandazioni per l'organizzazione della campagna vaccinale contro SARS-CoV-2/COVID-19 e procedure di vaccinazione», formulate dal Ministero della Salute (Circolare del 24 dicembre 2020), ove si specifica chiaramente che, anche dopo la somministrazione di entrambe le dosi del vaccino, si raccomanda di continuare a seguire scrupolosamente le

Anche quando è stata chiamata, in passato, a scrutinare la legittimità di interventi legislativi di imposizione dei vaccini (per esempio, per quello contro la poliomelite) la giurisprudenza costituzionale ha sempre sottolineato il carattere eccezionale e “tragico” della scelta del diritto, in ragione delle conseguenze purtroppo negative (anziché positive) che (inevitabilmente) si determinarono allora (e possono sempre determinarsi statisticamente) a carico di alcuni soggetti ai quali è stato somministrato il vaccino³⁶.

Affidare al perimetro contrattuale di cui all’art. 2087 c.c. la scelta dell’obbligo aprirebbe una complicatissima questione in ordine alle conseguenze di un ‘trasferimento’ della responsabilità della scelta dal legislatore al singolo datore di lavoro: proprio argomentando dall’art. 2087 c.c., al datore di lavoro risulterebbe addossata la responsabilità per gli effetti avversi della vaccinazione³⁷. Per non parlare, sempre per restare sul terreno privatistico-contrattuale, della illogicità che si verrebbe a profilare tra l’imposizione della vaccinazione ai lavoratori e l’acquisizione del “consenso informato” dei medesimi: non si spiegherebbe un’eventuale coesistenza tra obbligo di vaccinazione e libera esplicazione della volontà rispetto alla medesima pratica vaccinale. L’eventuale consenso acquisito dal datore di lavoro, facendo sottoscrivere al dipendente l’apposito modulo, risulterebbe viziato *ab origine*.

4. L’inutilizzabilità dell’art. 2087 c.c. per fondare il potere datoriale di licenziare il lavoratore “resistente”

Se questo è il quadro di riferimento per l’eventuale intervento del legislatore, si intuiscono immediatamente le preclusioni in materia per la parte datoriale nel rapporto di lavoro.

Una misura di prevenzione obbligatoria, in grado di determinare una compressione così radicale delle libertà costituzionali degli individui, risulterebbe “sproporzionata” in relazione alle “altre” misure nella disponibilità del datore di lavoro per prevenire il contagio da Covid-19 nei luoghi di lavoro. L’esperienza applicativa degli ultimi mesi – radicatasi su un quadro normativo emergenziale – ha infatti dimostrato che il novero delle misure di prevenzione “disponibili” è ampio, muovendosi intorno alle misure di distanziamento sociale, di igiene e sanificazione degli ambienti, uso dei dispositivi di protezione individuale. In presenza di un apparato così articolato – rispetto al quale anche il controllo sindacale ha manifestato adesione dal punto di vista del metodo dell’intervento (si guardi alle previsioni del protocollo stipulato dalle organizzazioni sindacali e dalle associazioni datoriali il 24 aprile 2020) – l’imposizione della vaccinazione quale “ulteriore” misura obbligatoria per i dipendenti, combinato con la previsione di una eventuale clausola sanzionatoria del rifiuto degli stessi, sembrerebbe travalicare quel limite ritenuto funzionale a salvaguardare il bilanciamento tra il diritto al lavoro e il diritto alla salute. Si sposterebbe surrettiziamente l’equilibrio fra i diritti in un

raccomandazioni delle autorità locali per la sanità pubblica, al fine di prevenire la diffusione del COVID-19 (v. l’allegato 1 al modulo di consenso – nota informativa). Anche il «Piano strategico nazionale per la vaccinazione anti-SARS-CoV-2/COVID-19», elaborato da Ministero della Salute, Commissario straordinario per l’emergenza, Istituto Superiore di Sanità (ISS), Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali (Agenas) e Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA), dedica molto spazio alla fase del monitoraggio successivo alla somministrazione delle dosi, rafforzando l’attività di sorveglianza sia in termini di raccolta e valutazione delle segnalazioni spontanee di sospetta reazione avversa, che le iniziative di farmaco-vigilanza attiva e farmaco-epidemiologia.

³⁶ M. Ainis, *Obbligo vaccinale? La scelta tragica del nostro diritto*, cit.

³⁷ Affronta questo aspetto rilevante per le ricadute sul contratto di lavoro, L. Failla, *Sconsigliabile imporre o proporre il vaccino*, in *Quotidiano del lavoro. Il Sole 24-ore*, 14 gennaio 2021. Qui occorre considerare il riconoscimento economico, ai sensi della l. n. 210/1992, previsto a favore delle persone danneggiate irreversibilmente da complicazioni insorte a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni di sangue e somministrazione di emoderivati. Principio (quello del riconoscimento dell’indennizzo) esteso dalla Corte costituzionale anche alle ipotesi di vaccinazioni non obbligatorie ma fortemente “raccomandate” dalle autorità pubbliche: al riguardo, v. Corte costituzionale 14 dicembre 2017, n. 268.

punto ove la compressione dell'un diritto (diritto al lavoro) perderebbe quella strumentalità rispetto alla garanzia dell'effettività dell'altro diritto (diritto alla salute).

Ciò dovrebbe essere sufficiente a dimostrare la sostanziale inutilizzabilità dell'art. 2087 c.c. a svolgere la funzione richiesta dall'art. 32 Cost. per l'intervento sui diritti dei lavoratori.

Per giunta, la stessa struttura dell'art. 2087 c.c. ha in sé elementi che contribuiscono a corroborare ulteriormente la predetta non utilizzabilità³⁸. Non è irrilevante ricordare che la disposizione – nel cui impianto la componente “contrattuale” sembra prevalere (almeno nella elaborazione giurisprudenziale) sulla dimensione “pubblicistica”³⁹ – interviene sul “dovere”, e non sul “potere”, del datore di lavoro di assicurare le misure di protezione della salute dei lavoratori. Fondare un'estensione del potere datoriale su una norma che limita l'esercizio dei poteri medesimi con la previsione dell'obbligo di sicurezza appare una forzatura. In senso inverso, la norma in esame potrebbe essere utilizzata per valorizzare la libertà di autodeterminazione del singolo lavoratore e comprimere il potere datoriale per rispondere all'esigenza di tutela della “personalità morale” di cui allo stesso art. 2087 c.c.⁴⁰

5. L'incremento degli obblighi di comportamento dei lavoratori tra potere direttivo del datore di lavoro e apporto della contrattazione collettiva

Questo ragionamento non vuole naturalmente frustrare né tantomeno disconoscere la salvaguardia della dimensione collettiva della salute (e quindi della sicurezza nei luoghi di lavoro), sancita anch'essa dall'art. 32 Cost., né vuole svalutarne la dimensione solidaristica, radicata nell'art. 2 Cost. Si può rispondere a questa esigenza, pur essa condivisibile in linea di principio, adottando una diversa impostazione che faccia leva, da un lato, sull'esercizio del potere direttivo datoriale in funzione dell'adempimento dell'obbligo di sicurezza e, dall'altro lato, sul dovere di cooperazione/collaborazione e di diligenza nell'adempimento contrattuale del prestatore di lavoro⁴¹. Muovendo dalla considerazione della consapevole “astensione” del Parlamento⁴², l'istanza solidaristica può essere interpretata e accolta per il tramite della ordinaria dinamica contrattuale di svolgimento del rapporto di lavoro subordinato.

³⁸ La «persona costituzionalizzata» fonda la regola giuridica su di una antropologia diversa da quella dei codici civili, la cui caratteristica era proprio quella di disciplinare l'insieme delle relazioni personali e sociali «in relazione alla proprietà»: così S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., 263.

³⁹ Per l'inquadramento sistematico v. G. Natullo, *Sicurezza del lavoro* (Voce), in *Enciclopedia del diritto*, Annali IV, 2011, 1079; nonché L. Montuschi, *Art. 32, comma 1*, in G. Branca (a cura di), *Rapporti etico-sociali (artt. 29-34). Commentario della Costituzione*, cit., 146 ss.

⁴⁰ Spunti in tal senso in A. Tarzia, *Vaccino anti-Covid e facoltà datoriali*, in *Bollettino Adapt*, 21 dicembre 2020, n. 47.

⁴¹ Nel senso di valorizzare gli obblighi di collaborazione del lavoratore v. R. Rivero, *L'obbligo del vaccino anti Covid nel rapporto di lavoro tra principio di prevenzione e principio di solidarietà*, in corso di pubblicazione in *Questione Giustizia*, 2021.

⁴² Nel varare “il piano strategico nazionale dei vaccini per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2” (art. 1, comma 457, l. n. 178/2020), il legislatore ha escluso consapevolmente l'obbligatorietà sia per la generalità dei cittadini sia per specifiche categorie di lavoratori, come sottolineato da A. Maresca, *Il vaccino anti Covid, scomoda novità per gli equilibri del rapporto di lavoro subordinato. Intervista di Marcello Basilico a Arturo Maresca, Roberto Rivero, Paolo Sordi, Lorenzo Zoppoli*, in *Giustizia Insieme*, 22 gennaio 2021. Anche in ambito europeo, una recentissima risoluzione dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa del 27 gennaio 2021 – fondandosi sulla Convenzione sui Diritti dell'Uomo e la biomedicina (Convenzione di Oviedo 1997) – vieta agli Stati membri di rendere obbligatoria la vaccinazione anti-covid e sollecita ad evitare che i cittadini che decidono di non vaccinarsi siano sottoposti a pressioni politiche, sociali o di altro tipo per la scelta assunta: cfr. Parliamentary Assembly, Resolution 2361 about “Covid-19 vaccines: ethical, legal and practical considerations, dove si legge che «... the Assembly thus urges member States and European Union to: ... with respect to ensuring high vaccine uptake: ensure that citizens are informed that the vaccination is not mandatory and that no one is politically, socially, or otherwise pressured to get themselves vaccinated, if they do not wish to do so themselves» (punto 7.3.1). A questo riguardo, va considerato quanto stabilito dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, e cioè che «... il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve

Agendo sul perimetro dell'adempimento contrattuale, il datore di lavoro – compulsato da una lettura, come accennato, “aggravata” dell’art. 2087 c.c. a motivo del contesto emergenziale segnato dalla pandemia – può sicuramente (anzi deve) incrementare il novero delle misure di prevenzione e dei comportamenti richiesti ai lavoratori, sia sul piano quantitativo sia sul piano qualitativo, introducendo obblighi di comportamento “ulteriori”. La misura della vaccinazione, proprio perché non resa obbligatoria dal legislatore, non è l’unica e risolutiva misura di contrasto delle infezioni da *Coronavirus*. Esistono misure alternative al vaccino, efficaci nel perseguire l’obiettivo di riduzione e di monitoraggio della contagiosità dei soggetti verso i terzi (si pensi a tutti gli strumenti di diagnosi rapida dell’infezione, quali i tamponi rino-faringei, i test molecolari, i test antigenici, i test sierologici). Abbandonata perciò la logica dell’imposizione generalizzata, l’argine ai possibili rischi per la collettività scaturenti da comportamenti “resistenti” dei singoli lavoratori negli ambienti di lavoro non può che derivare da un’attenta valutazione operata, caso per caso, dal datore di lavoro e dalla conseguente adozione delle misure di prevenzione ritenute più appropriate: in rapporto, da un lato, alla specificità dell’organizzazione del lavoro e, dall’altro lato, al rischio di infezione da Covid-19 in relazione anche a quei lavoratori che scelgono di non vaccinarsi. Sicché il datore di lavoro, sulla base delle norme sulla sorveglianza sanitaria (su cui si tornerà, v. *infra*), ben potrà mettere a disposizione dei dipendenti i vaccini anti-Covid, dovendosi preoccupare però di prevedere, contestualmente, per i lavoratori renitenti, misure suppletive ed “aggravate”, che i lavoratori stessi dovranno osservare rigorosamente in ossequio al dovere di obbedienza (per esempio, esecuzione di tamponi settimanali). Ciò in ragione del fatto, incontestabile, che il vaccino in sé non è condizione per l’adempimento della prestazione lavorativa e pertanto dal rifiuto del lavoratore non possono trarsi conseguenze sul rapporto di lavoro⁴³. Possono trarsi conseguenze dal lato del potere direttivo datoriale che, esprimendosi in funzione dell’adempimento dell’obbligo di sicurezza, potrà senz’altro ampliare l’area del debito contrattuale dei lavoratori ovvero dei comportamenti dovuti dai lavoratori renitenti. Siffatto ampliamento – giova precisare – non va a toccare, beninteso, gli aspetti individualistici della scelta del lavoratore, nella cui sfera non potrà che ricadere ogni eventuale conseguenza negativa: il lavoratore assumerà *in toto* la responsabilità della sua decisione e sarà il datore a poter richiedere al dipendente formale dichiarazione “liberatoria” in ordine alla responsabilità nella (successiva ed eventuale) contrazione della infezione da *coronavirus*. Potrebbe pertanto integrarsi, in questo caso, la fattispecie del “rischio elettivo”, con conseguente esclusione dell’indennizzabilità quale infortunio sul lavoro (in difformità rispetto alla richiamata previsione del d.l. n. 18/2020)⁴⁴.

essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l’origine nazionale o sociale, l’appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione» (art. 14). In dottrina, per il riferimento alle tutele antidiscriminatorie, v. L. Menghini, *Covid, sicurezza, vaccini: rappresentanze e partecipazione*, in A.a.V.v., *Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi*, cit., nonché in corso di pubblicazione negli *Scritti in onore di Oronzo Mazzotta*.

⁴³ A questo riguardo, può essere utile il richiamo a Corte costituzionale 23 maggio 1994, n. 218, per comprendere le differenti ed eccezionali situazioni in cui invece il trattamento sanitario può assurgere a condizione per l’adempimento lavorativo: nel caso sottoposto alla Corte costituzionale, si operava in un contesto di riconoscimento legislativo (l. 5 giugno 1990, n. 135, recante «Programma di interventi urgenti per la prevenzione e la lotta contro l’AIDS») dell’esistenza di «attività e servizi che comportano rischi per la salute dei terzi, derivanti dall’essere gli operatori addetti portatori di una malattia diffusiva quale l’AIDS». Pertanto, i giudici costituzionali ammettevano, in ottica estensiva a tutela della salute dei destinatari delle prestazioni, la necessità di accertare preventivamente l’assenza di sieropositività per verificare l’idoneità dei lavoratori all’espletamento dei servizi che comportano questo rischio. Sulla non pertinenza dell’argomento ricavabile dalla sentenza del 1994, v. A. Perulli, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l’opinione di Adalberto Perulli*, in *Labor. Il lavoro nel diritto*, in www.rivistalabor.it, 2021, il quale ritiene non comparabili le due situazioni: nel caso dell’infezione da HIV, si trattava di eseguire un semplice controllo ematologico, qui si tratta di un trattamento farmacologico potenzialmente rischioso per la salute della persona (soprattutto a lungo termine, posto che gli effetti del vaccino non possono ovviamente essere stati né previsti né testati).

⁴⁴ V. *supra* nota 7.

Su questo ambito può essere di aiuto l'apporto della contrattazione collettiva, nel solco già tracciato dal «Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e per il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro», sottoscritto il 14 marzo 2020 (ed integrato il 24 aprile 2020) dal Governo e dalle parti sociali⁴⁵.

Mantenendo ferma la premessa della intangibilità della sfera individuale del singolo lavoratore⁴⁶, la contrattazione collettiva, che peraltro già fornisce riferimenti in tal senso, potrà senza dubbio procedere ad un inasprimento quali-quantitativo del novero delle ipotesi di condotte rilevanti sul piano disciplinare.

L'abbandono della logica dell'obbligo di vaccinazione potrebbe agevolare siffatta attività contrattuale collettiva nella direzione di una differenziazione delle misure disciplinari in parallelo con le misure di prevenzione, distinguendo le situazioni non soltanto in base alla tipologia delle mansioni e al settore di riferimento (per esempio, ambienti sanitari e non)⁴⁷ ma anche in rapporto alla maggiore o minore proiezione all'esterno delle attività lavorative prese a riferimento (il rischio del contagio è maggiore in quelle attività a contatto con il pubblico).

Siffatta ricognizione delle condotte "aggravate", operata *per via contrattuale collettiva*, non potrà che determinare un ampliamento della "pretesa" datoriale di comportamenti rispettosi delle misure di sicurezza anti-contagio da Covid-19 e si concretizzerà per il tramite del dovere di diligenza di cui all'art. 2104 c.c., che incombe su ogni prestatore di lavoro in base alla natura della prestazione dovuta e all'interesse dell'impresa⁴⁸. È presumibile ritenere che il rischio di infezione da Covid-19 imporrà – per tutta la fase temporanea di persistenza dei livelli di contagio su scala nazionale – un utilizzo molto più penetrante dei parametri di misurazione dell'adempimento contrattuale anche e soprattutto nella fase preparatoria, con un conseguenziale ampliamento dell'ambito su cui insiste il potere disciplinare del datore di lavoro. Esso potrà così indirizzarsi a sanzionare quelle condotte che dimostreranno di non essere ispirate al nuovo e più serrato livello di responsabilità nell'adempimento della prestazione⁴⁹. Al contrario, se si dovesse propendere per la soluzione unica e generalizzata dell'imposizione della vaccinazione (con la sanzione in caso di rifiuto), si potrebbero aprire non facili questioni specie quando l'opposizione provenga da lavoratori che ricoprono posizioni professionali cruciali nell'organizzazione del lavoro, non "sostituibili" (almeno non nell'immediatezza): un eventuale allontanamento del lavoratore renitente, in questi casi, potrebbe ridondare in termini negativi sulla effettività della salvaguardia dell'interesse della collettività (specie quando si parla di

⁴⁵ Il Protocollo è imperniato sulla logica del coinvolgimento, della condivisione e della partecipazione delle parti sociali e delle rappresentanze sindacali presenti nei luoghi di lavoro, al fine di «coniugare la prosecuzione delle attività produttive con la garanzia di condizioni di salubrità e sicurezza degli ambienti di lavoro e delle modalità lavorative» (v. la «Premessa»).

⁴⁶ Non si condivide la tesi che vorrebbe riconoscere ai protocolli sindacali il potere di introdurre l'obbligo della vaccinazione, per le assorbenti ragioni innanzi esposte in ordine alla natura assoluta e rinforzata della riserva di legge di cui all'art. 32 Cost. Più articolata la posizione di G. Pellacani, *La vaccinazione contro il Coronavirus (SARS-Cov-2) negli ambienti di lavoro*, cit., che si condivide nell'impostazione di fondo, volta a distinguere la rilevanza del rischio a seconda degli ambienti di lavoro, ma non nella conclusione, che ricava l'obbligo di vaccinazione, a quadro normativo invariato e quindi senza l'intervento di una legge *ad hoc*, per i lavoratori che operano nelle strutture sanitarie, dove la presenza del *coronavirus* è ritenuta non evitabile.

⁴⁷ La questione assume differenti sfumature per le prestazioni lavorative dei medici, per i quali il discrimine tra comportamenti dovuti e comportamenti ritenuti espressione della libera autodeterminazione è ancor più complesso in quanto è da vagliare anche in rapporto agli ordini professionali di riferimento (per la sua specificità, tale indagine esula da questa trattazione).

⁴⁸ In questo caso, il richiamo al dovere di diligenza *ex art. 2104 c.c.*, giova precisare, non è in rapporto alla libertà di autodeterminazione del singolo lavoratore e quindi quale fondamento del potere datoriale di imporre il vaccino.

⁴⁹ La contrattazione collettiva dell'area dirigenziale sanità, per esempio, contiene già molte prescrizioni rivolte al personale sanitario, che possono attagliarsi alla materia vaccinale anche nella peculiare impostazione finora seguita del riconoscimento della libera autodeterminazione dei lavoratori. Il prestatore di lavoro deve assicurare i comportamenti prescritti dalle disposizioni contrattuali e si espone a responsabilità disciplinare (da ritenere grave) nelle ipotesi in cui contravviene alle misure ivi previste: v., ad esempio, l'art. 59, comma 1, lett. g), Ccnl area sanità del 19 dicembre 2019, dal quale si evince che è richiesto al dirigente medico, in ogni caso, capacità «di promuovere, diffondere, gestire ed implementare linee-guida, protocolli e raccomandazioni diagnostico-terapeutiche aziendali».

organizzazioni che erogano servizi pubblici essenziali). Per questa ragione, soluzioni differenziate che tengano conto dell'interesse dell'impresa – ispirate beninteso alla massima sicurezza possibile – paiono preferibili.

Tale assestamento interpretativo risulterebbe coerente con i principi espressi dalla giurisprudenza di legittimità sulla massima sicurezza tecnologicamente possibile e andrebbe ad incrociare altresì quella altrettanto importante giurisprudenza che guarda alla responsabilità *esclusiva* del lavoratore in materia di sicurezza, punendo le condotte abnormi e imprevedibili da questi adottate nei luoghi di lavoro⁵⁰.

6. Le misure di sorveglianza sanitaria nella logica del rispetto della scelta del lavoratore

In coerenza con la direzione interpretativa tracciata, si pone il versante normativo ricavabile dalle disposizioni di cui al d.lgs. n. 81/2008, nel capo dedicato alla “sorveglianza sanitaria”.

Qui si stabilisce che il datore di lavoro, su conforme parere del medico competente, adotta misure protettive “particolari” per quei lavoratori per i quali, anche per motivi sanitari individuali, si richiedono misure speciali di protezione, fra le quali: 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; b) l'allontanamento temporaneo del lavoratore secondo le procedure dell'art. 42 (art. 279, comma 2, d.lgs. n. 81/2008).

Questo dato normativo ha condotto alcuni studiosi a sostenere – privilegiando una lettura combinata con la Direttiva UE 2020/739 del 3 giugno 2020⁵¹ – che non potrà che essere il medico competente ad esprimere un giudizio di inidoneità rivolto al lavoratore nelle ipotesi in cui il datore di lavoro abbia messo a disposizione il vaccino ed il lavoratore medesimo lo abbia rifiutato⁵². Ciò determinerebbe l'allontanamento temporaneo del lavoratore e la sua adibizione ad altra mansione, ma solo ove possibile. Da anni la giurisprudenza di legittimità – sempre secondo questa tesi – ritiene che l'obbligo di “*repechage*” non possa ritenersi violato quando l'ipotetica possibilità di ricollocazione del lavoratore nella compagine aziendale non sia compatibile con il concreto assetto organizzativo stabilito dalla parte datoriale⁵³.

⁵⁰ R. Rivero, *L'obbligo del vaccino anti Covid nel rapporto di lavoro tra principio di prevenzione e principio di solidarietà*, cit. ritiene di “superare” il diritto di libertà di cura dell'individuo facendo leva, in chiave solidaristica, sulla disposizione dell'art. 20 del d.lgs. n. 81/2008. Opportunamente, F. Scarpelli, *Rifiuto del vaccino e licenziamento: andiamoci piano!*, cit., sottolinea come neanche questa disposizione (l'art. 20) possa consentire di trasformare una possibilità in obbligo, in quanto il vaccino è sicuramente una misura consigliabile per ridurre il rischio dei contagi nel luogo di lavoro, ma non è l'unica; nella stessa direzione, A. Perulli, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l'opinione di Adalberto Perulli*, cit. esclude una violazione di tale norma nell'ipotesi in cui il lavoratore rifiuti la vaccinazione, sottolineando come l'obbligo di cui all'art. 20 d.lgs. n. 81/2008 «... non riguarda in assoluto il prendersi cura della propria salute e sicurezza e di quella delle altre persone, ma solo in relazione, e quindi nei limiti, di quanto accade nell'ambito dell'organizzazione del lavoro».

⁵¹ La suddetta Direttiva è stata già recepita dall'art. 4, d.l. 7 ottobre 2020, n. 125, conv. l. 27 novembre 2020, n. 159 e dall'art. 17, d.l. 9 novembre 2020, n. 149, inserito nell'art. 13-*sexiesdecies* del c.d. decreto ristori (d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, conv. l. 18 dicembre 2020, n. 176), che classifica la SARS-Cov-2 come patogeno per l'uomo del gruppo di rischio 3.

⁵² La «messa a disposizione» dei vaccini, in ogni caso, giova precisare, è formulazione normativa che non sembrerebbe di per sé sola rendere obbligatoria per i lavoratori la sottoposizione a tale vaccino (in questi termini v. anche R. Guariniello, *Sorveglianza sanitaria: vaccino obbligatorio per i lavoratori?*, in *Diritto e Pratica del lavoro*, 2021, 31).

⁵³ R. Guariniello, *Covid-19: l'azienda può obbligare i lavoratori a vaccinarsi?*, in A.a., V.v., *Coronavirus: come ripartire. Dossier*, Wolters Kluwer-Ipsos, Milano, 2020; di tutt'altro avviso è G. Falasca, *Non è così facile licenziare un dipendente che non vuole vaccinarsi. Sosteniamo la scienza senza perdere la certezza del diritto*, in *www.open.online.it*, 2021, secondo il quale la richiamata disposizione (l'art. 279, d.lgs. n. 81/2008) fa riferimento al rischio biologico che nasce nell'ambiente di lavoro, caso diverso dall'epidemia da Covid-19, che ha un'origine e una diffusione di carattere generale (e come tale va considerato un rischio generico).

Orbene, se da un lato è condivisibile la lettura che vede nelle citate norme la strada per gestire i casi più difficili, giungendo alla adozione, per il tramite del giudizio del medico competente, della misura dell'allontanamento del lavoratore che si oppone alla vaccinazione, dall'altro lato, non può non rimarcarsi come l'applicazione degli strumenti della sorveglianza sanitaria non possa comunque giungere alla estinzione del rapporto di lavoro. E ciò per varie ragioni.

Anzitutto, su un piano generale, va ribadito che le richiamate disposizione di legge (in generale, il d.lgs. n. 81/2008 come l'art. 2087 c.c.) devono stare pur sempre all'interno del sistema costituzionale ed essere declinate nella prospettiva della proporzionalità delle misure di prevenzione adottate dal datore di lavoro. Non può certo invertirsi l'ordine logico da seguire nella interpretazione delle norme, antepoendo il dettato normativo del codice civile e della legislazione ordinaria quale parametro o criterio per orientare la interpretazione delle norme costituzionali.

Nello specifico, poi, vanno considerate la progressività e la gradualità (con l'attribuzione al medico competente di un ruolo assolutamente decisivo)⁵⁴ quali elementi che devono connotare le descritte determinazioni datoriali: esse scattano soltanto quale *extrema ratio*. Proprio la lettura in chiave costituzionale in materia sembrerebbe vincolare la stessa valutazione del medico competente, il quale non può portarsi oltre la dichiarazione di una inidoneità *temporanea del lavoratore*, che è tale in quanto segue le caratteristiche e l'andamento della pandemia⁵⁵. Ragion per cui non sembrerebbe conferente in questo caso tutta la richiamata (e restrittiva) elaborazione giurisprudenziale sull'obbligo di "*repechage*".

Semmai in via interpretativa può valorizzarsi una lettura estensiva dell'art. 279, comma 2 – in coerenza con quanto detto a proposito dell'esercizio del potere direttivo – affidando al datore di lavoro, con l'ausilio del medico competente, l'individuazione di misure particolari, alternative alla vaccinazione, misure suppletive *ad hoc*, adottate proprio per quei lavoratori che decidono di non vaccinarsi (in questo consisterebbero i «motivi sanitari individuali»). In tal guisa, si supererebbe quel che appare come il punto debole delle riportate ricostruzioni e cioè la erronea riferibilità di un istituto, nel caso di specie, la sorveglianza sanitaria – che risponde all'adempimento di un dovere di protezione del datore nei confronti *di tutti i lavoratori* (appunto dell'obbligo di sicurezza e tutela della salute) – all'esercizio di un potere datoriale (nel caso di specie, il potere di recedere dal contratto in presenza di un rifiuto di vaccinarsi *di alcuni lavoratori*)⁵⁶.

L'assetto normativo in tema di sorveglianza sanitaria spinge il datore di lavoro a compiere ogni sforzo per ampliare e aggravare il novero delle misure di prevenzione, includendo ogni sua determinazione organizzativa funzionale ad escludere il rischio (per inciso, anche un temporaneo "demansionamento" del lavoratore renitente, se ritenuta misura non evitabile). Non consente tuttavia di spingersi fino alla conclusione secondo la quale sia il datore, per il tramite del medico competente, a poter prescrivere al lavoratore l'adozione di un trattamento sanitario (nella specie un trattamento farmacologico così rilevante quale il vaccino anti-Covid, al pari della prescrizione di ogni altro farmaco), né, per l'effetto, a deciderne il licenziamento, nel caso di rifiuto, pena il contrasto con l'impostazione costituzionale innanzi esposta. Le specifiche disposizioni del Testo Unico sulla sicurezza (d.lgs. n. 81/2008 s.m.i.) non possono disporre, sacrificandola, della libertà di autodeterminazione dei singoli lavoratori.

A me pare che il datore di lavoro finisca per essere confinato in una posizione da cui è difficile adottare provvedimenti a carico dei lavoratori renitenti. Ed infatti, da un lato, deve prendere atto che la condotta del prestatore di lavoro, in caso di resistenza, è sicuramente scervra da elementi soggettivi di rilevanza disciplinare, perché si attua nell'esercizio di una libertà costituzionale; dall'altro lato, non può nemmeno qualificarla quale impedimento oggettivo alla prosecuzione del rapporto di lavoro: mi pare difficile inferire una ragione "organizzativa" dell'impresa da una scelta "soggettiva" di un dipendente. Anche perché il fatto in sé della vaccinazione, come detto, sussistendo misure alternative,

⁵⁴ Il medico competente, all'esito degli accertamenti, dovrà esprimere per iscritto il giudizio di idoneità, di idoneità parziale, temporanea o permanente con prescrizioni o limitazioni ovvero di inidoneità temporanea, nel qual caso deve precisare i limiti temporali di validità, o permanente del lavoratore alla mansione specifica.

⁵⁵ Così F. Scarpelli, *Rifiuto del vaccino e licenziamento: andiamoci piano!*, cit.

⁵⁶ A. Trojsi, *Il diritto del lavoratore alla protezione dei dati personali*, Giappichelli, Torino, 2013, 198.

non può ritenersi fattore in grado di decidere la “possibilità” oggettiva della prestazione di lavoro quale era da considerare prima della fase pandemica ed è quindi logico escludere che la mancata vaccinazione determini l’“impossibilità” oggettiva della prestazione.

Ciò implica che la (eventuale) sospensione del lavoratore, per inidoneità temporanea, come innanzi precisato, dovrà essere regolarmente retribuita, non configurandosi elementi che possano consentire di imputare al lavoratore, che esercita un proprio diritto, l’impossibilità della prestazione di lavoro⁵⁷. Qui semmai potrebbe discutersi in ordine alla possibilità per il datore di lavoro di fare ricorso, facendo leva su una lettura estensiva del dato normativo, all’istituto della cassa integrazione guadagni ordinaria per l’emergenza Covid-19 (introdotta dal d.l. 17 marzo 2020, n. 18, conv. l. 24 aprile 2020, n. 27)⁵⁸, trattandosi di determinazione imprenditoriale (la sospensione dell’attività lavorativa dei lavoratori contrari al vaccino) in ogni caso riconducibile alla emergenza epidemiologica da Covid-19 (come richiede l’art. 19 del citato d.l. n. 18/2020)⁵⁹.

Del resto, mi sembra ragionevole pervenire ad una interpretazione che – in assenza di un obbligo generalizzato di vaccinarsi – non finisca per divaricare i “trattamenti” riservati ai lavoratori subordinati rispetto a tutti gli altri cittadini: si deve cioè prendere atto che la scelta ordinamentale a favore della libertà in materia vaccinale non ammette “restrizioni” per la sfera di autodeterminazione dei cittadini-lavoratori, in quanto, come sottolineato, misure di prevenzione, alternative al vaccino, possono comunque consentire l’adempimento della prestazione di lavoro.

Pertanto, qualora il datore di lavoro decidesse materialmente di irrogare un licenziamento fondato sul rifiuto del lavoratore di vaccinarsi contro il Covid-19, verrebbe a porsi la questione dell’inquadramento giuridico del licenziamento e del regime di tutela invocabile dal lavoratore licenziato. A mio parere, ci troveremmo innanzi ad un licenziamento viziato da un motivo illecito determinante⁶⁰, tale dovendosi ritenere il recesso datoriale adottato in reazione all’esercizio di un diritto costituzionale (alla libera autodeterminazione in materia sanitaria) da parte del lavoratore⁶¹. Il licenziamento sarebbe assistito pertanto – alla luce dell’assetto normativo vigente (per il settore

⁵⁷ In senso contrario, P. Ichino, *Il dovere di vaccinarsi di fonte contrattuale*, cit., secondo il quale la sospensione potrà avvenire senza retribuzione, come in qualsiasi altro caso di impossibilità sopravvenuta temporanea imputabile al prestatore; P. Albi, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l’opinione di Pasqualino Albi*, in *Labor. Il lavoro nel diritto*, in www.rivistalabor.it, 2021.

⁵⁸ Nel campo di applicazione della cassa integrazione guadagni non rientrano le pubbliche amministrazioni, lasciandosi così una grossa fetta dei rapporti di lavoro sforniti di una soluzione normativa *ad hoc*.

⁵⁹ Pone la questione 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; è favorevole alla riconducibilità della fattispecie in esame all’ipotesi di cassa integrazione Covid-19 A. Maresca, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l’opinione di Arturo Maresca*, in *Labor. Il lavoro nel diritto*, in www.rivistalabor.it, 2021; esprime dubbi al riguardo V.A. Poso, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l’opinione di Vincenzo Antonio Poso*, in *Labor. Il lavoro nel diritto*, in www.rivistalabor.it, 2021, ritenendo che «... la situazione di temporanea impossibilità della prestazione, per quanto possa essere definita oggettiva, deriva, pur sempre, da una scelta del lavoratore»; perplessità anche per R. Romei, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l’opinione di Roberto Romei*, in *Labor. Il lavoro nel diritto*, in www.rivistalabor.it, 2021.

⁶⁰ In generale, sul licenziamento per motivo illecito v. M. Biasi, *Saggio sul licenziamento per motivo illecito*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2017; F. Marinelli, *Il licenziamento discriminatorio e per motivo illecito*, Giuffrè, Milano, 2017.

⁶¹ Il motivo illecito si identificherebbe, nel nostro caso, con una «finalità vietata dall’ordinamento perché contraria a norma imperativa», di rango costituzionale ex art. 32, comma 2, Cost. (cfr. Cass. 22 aprile 2014, n. 9090; Cass. 4 ottobre 2010, n. 20576; sul carattere «determinante» ed «esclusivo» del motivo illecito addotto ex art. 1345 c.c., v. Cass. 25 gennaio 2021, n. 1514). Le tre norme del codice civile (artt. 1343, 1344, 1345) costituiscono facce dello stesso dogma, e cioè che la nullità del negozio deriva dalla illiceità del suo presupposto, e sono «norme strumentali per tutelare gli interessi protetti dall’ordinamento giuridico attraverso norme imperative» (così V. Bavaro, M. D’Onghia, *Profilo costituzionale del licenziamento nullo*, in *WP C.S.D.L.E., “Massimo D’Antona”*.it, n. 305/2016); per un inquadramento generale del tema (e per le distinzioni e sovrapposizioni tra licenziamento per motivo illecito e licenziamento discriminatorio), v. M.T. Carinci, *Il licenziamento nullo perché discriminatorio, intimato in violazione di disposizione di legge o in forma orale*, in M.T. Carinci, A. Tursi (a cura di), *Jobs Act. Il contratto a tutele crescenti*, Giappichelli, Torino, 2015, 27 ss.; F. Marinelli, *I licenziamenti ingiustificato, discriminatorio e per motivo illecito: nozioni e sovrapposizioni*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2017.

privato, d.lgs. n. 23/2015 e l. n. 92/2012⁶², per le pubbliche amministrazioni, art. 63 d.lgs. n. 165/2001) – in ogni caso dalla tutela reintegratoria.

Insomma, se il fine ultimo della ricostruzione interpretativa che ammette l'obbligo vaccinale è la garanzia della effettività della protezione dal contagio, il datore può già disporre di adeguati strumenti sanzionatori attivabili in ogni ipotesi di condotte dei dipendenti negligenzi: il circuito della responsabilità è adeguatamente definito.

La logica del contemperamento finalizzata alla garanzia della sicurezza nei luoghi di lavoro pone, su un altro versante, il tema dello "spazio incrementale" della tutela della sicurezza per il tramite di "ulteriori" limitazioni e/o riduzioni della sfera di operatività dei poteri datoriali, *in primis* quello organizzativo, quale sviluppo del comma 2 dell'art. 41 Cost.

Se si dovesse ritenere non adeguatamente salvaguardato il diritto alla salute e alla sicurezza nei luoghi di lavoro, con la predisposizione delle attuali misure di prevenzione normativamente introdotte (distanziamento, uso delle mascherine, etc.) e si volesse incrementare il livello di protezione, ben si giustificerebbero ulteriori ipotesi di limitazione del potere organizzativo datoriale, rafforzando, per esempio, le misure che impongono al datore di lavoro la programmazione obbligatoria – questa sì – della "remotizzazione" delle attività lavorative (con il ricorso al lavoro agile), con eccezione di quelle non svolgibili a distanza⁶³.

La compressione verrebbe cioè a consumarsi, ancora una volta, dal lato delle prerogative datoriali, quale sviluppo del comma 2 dell'art. 41 Cost. e, anche in questo caso, con l'apporto imprescindibile della contrattazione collettiva, alla quale potrebbe affidarsi il compito di individuare modalità e forme della suddetta limitazione, nonché le misure di intervento sostitutivo in caso di inerzia datoriale. Sicché il lavoratore potrebbe invocare l'adozione di misure organizzative adeguate e proporzionate ad assicurare l'effettività del sistema di protezione della salute e della sicurezza negli ambienti di lavoro.

7. L'impatto sulla sfera riservata del lavoratore

Non trascurabile infine è l'impatto negativo che l'imposizione del vaccino potrebbe avere con riguardo ad altre disposizioni normative, centrali nel diritto del lavoro.

Si pensi all'art. 5 l. n. 300/1970, che vieta, come noto, gli accertamenti sanitari condotti direttamente dal datore di lavoro sulla idoneità fisica del lavoratore. In carenza dell'intervento della legge, il rischio è quello di aprire la strada a possibili interventi datoriali che arrivino a tradursi in una sorta di

⁶² L'art. 18, comma 1, della l. n. 300/1970, come modificato e integrato dalle disposizioni della l. n. 92/2012, annovera espressamente il «motivo illecito determinante ai sensi dell'articolo 1345 del codice civile» tra le ipotesi rientranti nel regime sanzionatorio della "reintegrazione piena". Nel d.lgs. n. 23/2015 non compare l'espresso richiamo al «motivo illecito determinante», ma è da ritenere che siffatta ipotesi sia da ricondurre «agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge» (art. 2, comma 1), assistiti anch'essi dalla tutela reintegratoria piena (in tale senso, in dottrina, v. R. Santucci, *"Quel che resta" della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro: un colpo mortale all'effettività del diritto leso*, in *Diritto del mercato del lavoro*, 2016, 243; M. Biasi, *Il licenziamento per motivo illecito: dialogando con la giurisprudenza*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2018). Per il lavoro pubblico "privatizzato", il regime sanzionatorio (a seguito della modifica apportata dal d.lgs. n. 75/2017) è unico e stabilisce in ogni caso la tutela reintegratoria con il tetto massimo delle ventiquattro mensilità per il calcolo dell'indennità risarcitoria relativa al periodo dal giorno del licenziamento fino a quello delle effettiva reintegrazione (art. 63, comma 2, d.lgs. n. 165/2001).

⁶³ La l. 30 dicembre 2020, n. 178 (art. 1, comma 481) – nell'apportare modifiche all'attuale assetto normativo – ha prorogato al 28 febbraio 2021 la previsione del comma 2-bis dell'art. 26 d.l. n. 18/2020, che stabilisce, per i lavoratori, pubblici e privati, particolarmente a rischio per specifiche patologie (c.d. fragili), lo svolgimento di norma della 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 da remoto. Anche questo intervento legislativo, per quanto settoriale, contribuisce a consolidare l'idea della "remotizzazione" delle prestazioni lavorative quale misura senz'altro da privilegiare nella strategia di prevenzione del contagio da Covid-19: al riguardo, cfr. il recente messaggio Inps 15 gennaio 2021, n. 171.

“controllo sanitario” del dipendente, per esempio allargando in via unilaterale il novero delle vaccinazioni richieste obbligatoriamente. Si correrebbe il rischio, in tale maniera, di una indebita sovrapposizione dell’ambito dell’accertamento sanitario e di quello della tutela della salute nei luoghi di lavoro.

Qualche problema si porrebbe altresì con riguardo all’art. 8 l. n. 300/1970 e alle previsioni del Regolamento generale sulla protezione dei dati (Regolamento UE n. 2016/679), dal momento che l’imposizione del vaccino anti-Covid determinerebbe giocoforza un’intrusione datoriale nella sfera di riservatezza in ambito sanitario del lavoratore, il quale sarebbe obbligato ad esplicitare la sua condizione sanitaria personale, al fine di accettare il vaccino o, se del caso, per opporvi un giustificato rifiuto (per esempio, per altre patologie che ne sconsigliano l’adozione)⁶⁴. È chiaro che l’obbligo di vaccinarsi contribuirebbe, per questa strada, alla “rivelazione” al datore di lavoro, per il tramite del medico competente, di dati sanitari personali, non rilevanti ai fini dell’attitudine professionale, in contrasto con il principio di “minimizzazione dei dati” fissato dal Regolamento UE n. 2016/679 (art. 5, comma 1, lett. c).

Il rischio è anche dal lato delle “opinioni personali” del lavoratore, sfera anch’essa coperta da garanzie costituzionali: di fronte ad un obbligo imposto dal datore, il prestatore di lavoro, sia nel caso osservi l’ordine, sia nell’ipotesi del rifiuto, verrebbe “controllato” nell’esercizio della sua libertà costituzionale di manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.) su un aspetto (anche in questo caso) non rilevante ai fini dell’attitudine professionale.

8. Osservazioni conclusive

È possibile, in via conclusiva, fissare gli esiti più rilevanti della nostra riflessione.

Una lettura interpretativa costituzionalmente orientata impedisce di affidare alla dinamica della relazione contrattuale di lavoro, e segnatamente al potere del datore di lavoro, l’imposizione della misura vaccinale in questione, in ragione della disponibilità di misure “alternative” che lo stesso datore è chiamato a valutare nel suo adempimento dell’obbligo di sicurezza *ex art. 2087 c.c.* Al datore di lavoro compete, nella logica dell’esercizio del potere direttivo in funzione della massima sicurezza tecnologicamente possibile, l’individuazione di misure precauzionali “suppletive”, che tengano conto, da un lato, della specificità dell’organizzazione del lavoro e del livello di rischio in rapporto all’ambiente di lavoro e, dall’altro lato, della scelta di quei lavoratori che, nell’esercizio di un diritto costituzionale all’autodeterminazione, decidano di non vaccinarsi.

Si tratta di misure che, anche con l’apporto della contrattazione collettiva, possono muoversi in più direzioni: sul perimetro dell’adempimento diligente del prestatore di lavoro *ex art. 2104 c.c.*, nel senso di incrementare il novero dei comportamenti dovuti dai lavoratori renitenti; sul piano organizzativo, nella direzione di rafforzare la programmazione delle attività lavorative svolgibili “da remoto”, con il ricorso al lavoro agile; nell’ambito della sorveglianza sanitaria, ove il datore di lavoro, fondandosi sul parere del medico competente, può adottare provvedimenti di sospensione del lavoratore per inidoneità temporanea allo svolgimento della prestazione, quale esito conseguente alla sua volontà di non sottoporsi al vaccino.

Sulla premessa della intangibilità della scelta del lavoratore di autodeterminarsi in materia sanitaria, e della conseguenziale carenza di legittimazione del datore di lavoro nell’adottare misure estintive del rapporto di lavoro in caso di rifiuto, le richiamate misure riescono a comporre adeguatamente il fascio degli interessi coinvolti. Nel limitare l’autonomia negoziale delle parti del contratto di lavoro in funzione della effettiva garanzia della libera espressione della volontà del prestatore, le soluzioni

⁶⁴ Sui limiti per il datore di lavoro derivanti dalla normativa vigente in materia di trattamento dei dati personali v. P. Iervolino, *Vaccinazione e pandemia tra diritto ed etica*, in A.a.V.v., *Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi*, cit.

giuridiche proposte assicurano un equilibrio soddisfacente nella logica del contemperamento tra il diritto all'autodeterminazione del lavoratore e le esigenze dell'impresa. Si lascia in tal guisa la delicatissima valutazione in ordine al trattamento sanitario in oggetto opportunamente "al di fuori" del perimetro del contratto di lavoro, nella piena disponibilità delle autorità sanitarie competenti, che al riguardo hanno il compito di gestire non solo la distribuzione ma anche la informazione, e delle scelte dei cittadini.

Questa delimitazione dei campi di pertinenza potrebbe dare risalto – con una forza persuasiva della popolazione forse maggiore del dibattito su obbligo/non obbligo – al valore medico-sanitario della "raccomandazione" di sottoporsi al vaccino anti-Covid, proveniente dalle autorità sanitarie, di pari passo, come accennato, con un auspicabile consolidamento della informazione e comunicazione in materia⁶⁵. In ambito medico, la distanza tra raccomandazione e obbligo è assai minore di quella che separa i due concetti nei rapporti giuridici: "raccomandare e prescrivere sono azioni percepite come egualmente doverose in vista di un determinato obiettivo (tanto che sul piano del diritto all'indennizzo le vaccinazioni raccomandate e quelle obbligatorie non subiscono differenze)"⁶⁶.

Allora, pure a considerare il vaccino nella veste non di obbligo ma di mera misura da raccomandare ai lavoratori (come a tutti i cittadini), il quadro normativo vigente consente di trovare un punto di equilibrio: le conseguenze giuridiche di una mancata adesione del lavoratore al "comportamento raccomandato" implicherebbero anch'esse un aggravamento del grado di diligenza richiesto in riferimento ai comportamenti "alternativi" da assumere nelle ipotesi di non vaccinazione.

Ogni tendenza interpretativa orientata invece ad imporre la misura vaccinale in via obbligatoria per i lavoratori non può che rivelarsi estremamente fragile ed in grado di alterare profondamente l'equilibrio degli interessi che appartengono alla struttura del contratto di lavoro subordinato. La valenza costituzionale degli interessi coinvolti implica che la decisione del singolo datore di lavoro debba inevitabilmente radicarsi sul presupposto di una mediazione politica condotta in ambito parlamentare (e, presumibilmente, con un successivo scrutinio del giudice costituzionale), cioè nell'unica sede capace di assicurare il confronto ampio delle posizioni e la necessaria sintesi politica che ne deriva. Non si può superare, in via interpretativa, siffatta "condizione procedimentale": essa è posta con lo scopo di fissare logiche e categorie dello Stato costituzionale di diritto⁶⁷, che è bene tenere salde anche in periodi di emergenza sanitaria.

⁶⁵ Secondo A. Mastromarino, *Perché il vaccino obbligatorio rispetta la Costituzione*, in *L'Incontro*, www.lincontro.news, 2021 il vaccino può divenire un momento importante, a partire dal quale «ritrovarsi comunità». Per farlo è necessario che l'atto sia volontario, perché è dalla decisione maturata da ciascuno che si può ricostruire l'unità. La fiducia non è mai frutto di un atto obbligato. Dunque «le istituzioni facciano quello che sono per natura chiamate a fare. Costruiscano fiducia, consenso, conoscenza e consapevolezza».

⁶⁶ Sul valore della "raccomandazione in ambito sanitario" si è espressa chiaramente la stessa Corte costituzionale (sentenza n. 5/2018, cit.), quando è stata chiamata a giudicare la legittimità costituzionale dell'intervento legislativo statale del 2017, che ha «innovato il titolo giuridico in nome del quale alcune vaccinazioni sono somministrate, avendo reso obbligatorio un certo numero di vaccinazioni che in precedenza erano, comunque, già raccomandate». I giudici costituzionali hanno ritenuto ragionevole la scelta legislativa proprio sulla base dell'orizzonte della pratica medico-sanitaria e della richiamata connotazione peculiare che "raccomandazione" e "obbligo" assumono in ambito medico.

⁶⁷ Così V. Baldini, *Prendere sul serio il diritto costituzionale ... anche in periodo di emergenza sanitaria*, in www.dirittifondamentali.it, 2020, 1283.