

Dibattito istantaneo su vaccini anti-Covid e rapporto di lavoro

promosso da **Oronzo Mazzotta**

su *Labor* - Il lavoro nel diritto www.rivistalabor.it (22 gennaio-10 febbraio 2021)¹

Le opinioni di

Pasqualino Albi, Stefano Bellomo, Carlo Cester, Jesús Cruz Villalón, Vincenzo Ferrante, Fabrizio Ferraro, Enrico Gragnoli, Arturo Maresca, Oronzo Mazzotta, Adalberto Perulli, Roberto Pessi e Antonio Dimitri Zumbo, Vincenzo Antonio Poso, Roberto Romei, Lorenzo Zoppoli.

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



¹ Il dibattito è da intendersi come astrattamente ancora aperto.



Toshio Enomoto, *Arlequin*

Pasqualino Albi

2 febbraio 2021

Il dibattito fra i giuristi del lavoro sulla possibile configurazione di un obbligo del lavoratore di sottoporsi alla vaccinazione anticovid-19 è esploso nelle ultime settimane con una complessa varietà di posizioni e con una velocità davvero impressionante.

Difficile esprimere un'opinione che non possa essere oggetto di ripensamenti e di correzioni, considerata la difficoltà del tema e la sua drammaticità, un tema che pone interrogativi etici prima che giuridici.

Con questa avvertenza si può muovere da due snodi fondamentali che sembrano porre una sorta di contraddizione irrisolvibile:

a) l'obbligo di vaccinazione presuppone, ai sensi dell'art. 32, comma 2, Cost., una espressa disposizione di legge che nella nostra specie manca del tutto.

b) l'obbligo di sicurezza che grava sul datore di lavoro (secondo la norma generale dell'art. 2087 cod. civ. e le norme speciali di cui al d.lgs. n. 81/2008) difficilmente consentirebbe che, a fronte di una misura cautelativa che sembra rivelarsi efficace, il lavoratore possa sottrarsi senza conseguenza alcuna; peraltro lo stesso lavoratore è portatore di obblighi di prevenzione, come dimostra l'art. 20 d.lgs. n. 81/2008 e dunque deve prendersi cura della propria salute e sicurezza e di quella delle altre persone presenti sul luogo di lavoro; si osservi che il lavoratore, secondo questa disposizione, deve prendersi cura non solo dei colleghi ma di chiunque sia presente sul luogo di lavoro (ad es: un cliente, un fornitore, lo stesso datore di lavoro).

Orbene se non vi è un obbligo di vaccinazione imposto per legge può avere spazio un obbligo del lavoratore di sottoporsi alla vaccinazione che, in chiave prevenzionale, derivi dal rapporto di lavoro e dunque dal contratto?

Se si risponde affermativamente a questa domanda la conseguenza è che, per effetto del rifiuto del lavoratore di vaccinarsi, è ipotizzabile, nel caso estremo, il licenziamento del lavoratore per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo.

Fatta eccezione per le ipotesi in cui una espressa disposizione di legge risolva in sé la questione, la risposta ad un così delicato interrogativo sembra negativa giacché la libertà di vaccinazione non può essere oggetto di una imposizione nell'ambito del rapporto di lavoro. Neanche l'obbligo prescritto dall'art. 20 d.lgs. n. 81/2008 può spingersi fino al punto da essere rappresentato in tal senso.

Al tempo stesso, occorre rimarcare che la scelta del lavoratore di non vaccinarsi ha importanti conseguenze sul rapporto di lavoro, incidendo profondamente sulle modalità attraverso le quali il datore di lavoro adempie all'obbligo di sicurezza.

Una siffatta scelta del lavoratore impone al datore di lavoro di valutare se la presenza fisica del lavoratore nel luogo di lavoro è tale da comportare un incremento del rischio di contagio e, per questa via, quali misure occorre adottare per prevenire o ridurre un siffatto rischio.

Su questo versante sembra di particolare importanza l'interazione del datore di lavoro con il medico competente e, ovviamente, con le altre figure prevenzionali individuate dal d.lgs. n. 81/2008.

Ci si addentra così necessariamente nella dinamica delle variegata concrete fattispecie dei rapporti di lavoro, nelle quali la vaccinazione del lavoratore potrebbe assumere il peso di una esigenza indifferibile e non eludibile, dovendo ritenersi che, allo stato delle attuali conoscenze scientifiche, sottoporsi al trattamento vaccinale sia la misura più efficace per ottenere l'immunità dal virus e ridurre notevolmente i contagi.

Nel dibattito sul tema viene spesso citato l'art. 279 d.lgs. n. 81/2008 come fondativo dell'obbligo di vaccinazione.

Tale disposizione, che offre importanti indicazioni per affrontare la questione, non prevede tuttavia un obbligo di vaccinazione per il lavoratore. In realtà tale disposizione, di cui occorrerebbe meglio verificare il campo di applicazione generale, prevede che il datore di lavoro debba mettere a disposizione il vaccino ("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") e non fa riferimento ad una vaccinazione in senso generale di tutti i lavoratori ma ad una possibile valutazione selettiva affidata al medico competente.

È appena il caso di notare che, al di là della configurazione giuridica del suddetto obbligo, per il datore di lavoro è in questo momento decisamente impraticabile mettere a disposizione il vaccino sia per la gestione centralizzata della somministrazione dei vaccini (che, da quanto consta, non sono disponibili per i privati) sia per i ritardi nelle forniture che si stanno registrando nelle ultime settimane.

Nel momento in cui una simile possibilità verrà alla luce, ci sarà certamente da riflettere sulla diretta applicabilità alla nostra specie dell'art. 279 del d.lgs. n. 81/2008 e, sciolto positivamente tale nodo, sulle modalità di realizzazione di un passaggio così delicato (in particolare, nel quadro della sorveglianza sanitaria: obbligo del datore di lavoro di informare adeguatamente il lavoratore, verifica delle particolari condizioni di salute del lavoratore e della sua eventuale ipersensibilità al vaccino).

Alla luce di tali brevi considerazioni l'ipotesi estrema che viene a configurarsi è che il datore di lavoro potrebbe vedersi costretto a rifiutare la prestazione del lavoratore non vaccinato al fine di garantire la sicurezza nel luogo di lavoro.

Una simile misura sarebbe coerente con l'obbligo di sicurezza gravante sul datore di lavoro ai sensi dell'art. 2087 cod. civ. e troverebbe un referente non trascurabile anche nell'art. 42 d.lgs. n. 81/2008, considerato che, nella specie, non sembra fuori luogo una assimilazione fra inidoneità alla mansione specifica e il caso del lavoratore che decide di non sottoporsi alla vaccinazione.

Il rifiuto del datore di lavoro di ricevere la prestazione del lavoratore è, a ben vedere, una misura finalizzata alla prevenzione antinfortunistica posto che l'infezione da Covid-19 può essere ricondotta ad un infortunio sul lavoro (art 42 del c.d. decreto Cura Italia).

Si avrebbe dunque una sospensione del rapporto di lavoro che potrebbe avere una durata significativa, visto che le ragioni della sospensione perdurerebbero fino al venire meno dell'esigenza cautelativa e non può escludersi che si possa giungere all'estremo del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, considerata la definitiva impossibilità di utilizzare la prestazione lavorativa del dipendente.

Può anche ritenersi che la sospensione del rapporto sarebbe senza diritto alla retribuzione giacché la libertà del lavoratore di non vaccinarsi non sembra possa essere fatta ricadere nella sfera del datore di lavoro, che ha l'obbligo di attuare efficaci misure di prevenzione e che dovrebbe altresì sopportare il costo organizzativo e finanziario di sopperire alle carenze conseguenti al venir meno della prestazione di lavoro.

Stefano Bellomo

Vaccinazione Covid-19 e rapporto di lavoro: quali conseguenze per gli “obiettori”?

23 gennaio 2021

Nella sentenza n. 218/1994, precedente assai significativo in quanto dedicata al tema della sottoposizione ad accertamenti sanitari anche ai fini dell'accesso al posto di lavoro o al suo mantenimento (così testualmente, la norma allora scrutinata, ossia l'art. 5 della legge n. 135 del 1990), la Corte Costituzionale ha rimarcato che “l'art. 32 della Costituzione prevede un contemperamento del coesistente diritto alla salute di ciascun individuo; implica inoltre il bilanciamento di tale diritto con il dovere di tutelare il diritto dei terzi che vengono in necessario contatto con la persona per attività che comportino un serio rischio, non volontariamente assunto, di contagio”.

Prendendo le mosse da questa impostazione come generale chiave di lettura delle diverse sottoquestioni connesse al tema generale dell'incidenza sul rapporto di lavoro delle scelte individuali in tema di vaccinazione COVID-19, l'ammissibilità innanzitutto degli accertamenti datoriali relativi alle scelte del lavoratore può trovare un fondamento nel combinato disposto dell'art. 8 St.lav. e dell'art. 83, comma 1, del d.l. n. 34 del 2020 – posto che indubbiamente la mancata vaccinazione determina una persistente maggiore esposizione al rischio di contagio – , oltre che sulla base del generale obbligo di sicurezza enunciato nell'art. 2087 c.c.

Il richiamo alle disposizioni del T.U. in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro ed in particolare all'art. 279 (il quale, comunque, non si presta ad essere letto come norma impositiva di un obbligo di vaccinazione ed anzi ne ribadisce, al comma 5, la generale facoltatività) e alle misure adottabili in applicazione di tale disposizione, vale a dire il mutamento di mansioni o l'allontanamento temporaneo previsti dall'art. 42 dello stesso D.Lgs. 81/08, appare pertinente con riferimento alle sole attività, come quelle dell'ambito sanitario, in cui la possibile esposizione al contagio virale sia configurabile come un rischio biologico specifico, come appare

confermato anche dalla dalla Dir. UE 2020/739 del 3 giugno 2020 e dalla disposizione attuativa contenuta nell'art. 17 del d.l. n. 149 del 2020.

Per ciò che concerne i rapporti di lavoro diversi da quelli rientranti nell'ambito di applicazione delle speciali disposizioni del T.U. sicurezza non appaiono ipotizzabili soluzioni univoche né tempistiche che non debbano necessariamente essere calibrate ad personam, con riferimento, per ora, alle scadenze fissate dai cronoprogrammi regionali e un domani, eventualmente, alla diretta disponibilità della somministrazione vaccinale da parte e a cura dei datori di lavoro.

Sino all'apertura di tali "finestre" individuali, le condotte giuridicamente doverose rimarranno quelle del rispetto delle misure di mero contenimento (e non risolutive come il vaccino, stando alle indicazioni delle autorità sanitarie internazionali e interne) imposte alla generalità della popolazione nonché, con riferimento agli specifici contesti lavorativi, definite sulla base del Protocollo condiviso Governo-Parti sociali del 24 aprile (alle quali rinvia l'art. 29-bis del d.l. n. 23 del 2020).

A partire dal momento in cui la scelta del lavoratore di fare esercizio della libertà costituzionalmente riconosciuta di non sottoporsi alla vaccinazione (libertà limitabile solo per espressa volontà del legislatore, come puntualizzato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 5/2018; cfr. anche C. Cost., n. 137/2019) diverrà attuale, competerà al datore di lavoro valutare caso per caso l'utilizzabilità della prestazione (declinabile nell'antitesi possibilità/impossibilità) in relazione alla persistente attitudine del lavoratore, a differenza dei vaccinati, a subire il contagio ovvero a veicolarlo potenzialmente ai colleghi di lavoro ovvero ai terzi (ad es. la clientela).

Le previsioni normative di riferimento si rinvencono, a tal proposito, nuovamente nell'art. 2087 c.c. nonché nell'art. 18, comma I, lett. c, del T.U. 81/08, che sancisce l'obbligo per i datori di lavoro nell'affidare i compiti ai lavoratori, "di tenere conto delle capacità e delle condizioni degli stessi in rapporto alla loro salute e alla sicurezza", nonché nelle previsioni degli artt. 41 e 42 in tema di sorveglianza sanitaria e di idoneità alla mansione.

Stante la specificità e la relatività di tale valutazione, l'omessa vaccinazione potrebbe essere ritenuta non incidente ad es. sulla prestazione dei lavoratori che al momento della possibile vaccinazione e del relativo diniego risultino già "remotizzati", sia in attuazione della normativa generale posta dalla legge n. 81 del 2017 sia delle disposizioni in materia di lavoro agile "emergenziale" (e limitatamente ai casi in cui l'attività lavorativa possa svolgersi integralmente al di fuori dei locali aziendali).

Per converso, tuttavia, ipotizzare che il rifiuto del vaccino possa far insorgere ex novo il diritto alla prosecuzione dell'attività in modalità agile a beneficio del "renitente" precedentemente adibito ad attività presenziali a mo' di diritto potestativo, oltre a

poter risultare in contrasto con la coscienza sociale, appare un'ipotesi in netto contrasto con la libertà organizzativa dell'imprenditore (oltre a sovvertire il principio di consensualità che è alla base della costruzione originaria dell'istituto); in argomento si v. recentemente Cass. 27502/2019. Ciò anche, va detto, quando tale eventualità sia astrattamente prospettabile quale *extrema ratio* per l'utilizzabilità della prestazione.

Al di là di queste specifiche ipotesi, spetterà al datore di lavoro la valutazione puntuale in merito alla sussistenza o meno, anche attraverso l'esercizio dello *ius variandi*, di un'impossibilità temporanea della prestazione correlata ai persistenti rischi potenziali di contagio derivanti dalla mancata vaccinazione, con conseguente sospensione delle obbligazioni derivanti dal contratto di lavoro, quanto meno sino al termine del "blocco" dei licenziamenti per gmo attualmente imposto sino al prossimo 31 marzo dall'art. 1, comma 310, della legge di bilancio 2021 nonché del possibile successivo recesso, laddove l'orizzonte temporale dei rischi sanitari e delle connesse limitazioni autoritativamente imposte si riveli esteso o nebuloso a tal punto da indurre a configurare ragionevolmente il venir meno dell'interesse datoriale alla conservazione del rapporto di lavoro, in applicazione di un principio di diritto più che consolidato nella giurisprudenza di legittimità.

Questa eventualità potrà manifestarsi, a valle dell'allontanamento temporaneo e in relazione all'andamento della pandemia, anche nei confronti dei lavoratori addetti ad attività rientranti nell'ambito di applicazione delle norme dei titoli speciali del T.U. sicurezza, come quelle relative ai rischi biologici specifici. Né può ritenersi, come ultima precisazione, che alla fattispecie concreta del rifiuto di vaccinazione possa trovare applicazione il divieto di licenziamento sancito dall'art. 83, comma 3, del d.l. n. 34 del 2020. Ciò in quanto tale disposizione, in ogni caso soggettivamente delimitabile ai soli lavoratori "fragili" individuati dal comma 1 dello stesso art. 83, deve essere comunque temporalmente contestualizzata nella fase anteriore alla messa a punto dei vaccini e non appare estensibile anche a situazioni nelle quali il rischio da contagio sia volontariamente perpetuato o accresciuto dal rifiuto di sottoporsi alla vaccinazione.

Carlo Cester

23 gennaio 2021

1. La questione se il datore di lavoro, in assenza di una disposizione di legge che renda obbligatoria la vaccinazione contro il Covid-19, possa ciononostante richiederla ed imporla ai suoi lavoratori dipendenti come misura per l'adempimento del proprio obbligo di sicurezza, coinvolge aspetti assai delicati dal punto di vista giuridico, in un problematico confronto fra i diritti e le garanzie individuali da un lato, e, dall'altro, gli interessi collettivi, naturalmente nella loro più vasta accezione. Non bisogna infatti dimenticare che la norma costituzionale di immediato riferimento (art. 32), qualifica la salute – bene messo in pericolo dal diffondersi dell'epidemia – come diritto fondamentale dell'individuo e, al contempo, come interesse della collettività, dove la tendenziale coincidenza fra le due prospettive non esclude che possano sorgere conflitti.

Ora, dalla stessa norma costituzionale, nel secondo comma, emerge come il bilanciamento, ove necessario, fra questi due centri di interesse è riservato alla legge. Ciò nel senso che è la legge – e solo quella – che può sacrificare la sfera di libertà individuale (anche di rifiutare le cure) per la tutela dell'interesse collettivo alla salute, prevedendo come obbligatorio un certo trattamento sanitario, come una vaccinazione (ma il discorso –per restare all'attualità – si potrebbe estendere a più semplici misure di controllo diagnostico, come il cosiddetto tampone). E mi pare del tutto condivisibile l'opinione che richiede un intervento normativo specifico circa il suddetto trattamento, non essendo di per sé sufficiente la norma (generale) dell'art. 2087 c.c. sull'obbligo di sicurezza. Con il che il quesito di partenza avrebbe una soluzione necessariamente negativa, e il datore di lavoro dovrebbe caricarsi di tutti i rischi dei possibili contagi e dei relativi effetti: basti pensare alla qualificazione dell'infezione da Covid-19 come infortunio sul lavoro, con tutto ciò che ne deriva in termini di responsabilità. Una soluzione, questa, tuttavia inappagante nella sua rigidità e forse anche riduttiva rispetto alle implicazioni ricavabili della stessa norma costituzionale.

2. Ed infatti, alla salute come “interesse della collettività” è forse possibile affidare un ruolo più ampio rispetto a quello, sopra delineato, di mero termine di riferimento per l'eventuale bilanciamento di interessi attuato dalla norma di legge impositiva del trattamento sanitario. Soccorre a tale proposito la stessa giurisprudenza costituzionale, che ha ricollegato ad una dimensione solidaristica – di interesse dell'intera collettività – la necessaria attribuzione di un adeguato indennizzo a favore di chi abbia subito effetti collaterali dannosi per effetto di una vaccinazione. E se ciò

ha fatto dapprima (e del tutto comprensibilmente) con riguardo a vaccinazioni obbligatorie (sentenze n. 118/1996, n. 27/1998, n. 107/2112), di recente si è spinta a ritenere costituzionalmente illegittima la mancata previsione di quell'indennizzo anche in un caso di vaccinazione oggetto di mera raccomandazione (sentenza n. 268/2017). Certo, la questione è diversa, ma, a mio parere, in quel modo viene individuato uno spazio per la tutela dei preminenti interessi della collettività anche al di là dell'imposizione legislativa del trattamento sanitario.

3. Una soluzione è quella proposta da Pietro Ichino, che si basa sulla disponibilità dei diritti fondamentali personali, anche se protetti da una riserva di legge. Il “contatto” che si crea per effetto della stipulazione del contratto di lavoro (ma non solo: ciò vale, ad esempio, anche per un contratto di trasporto) giustifica allora la limitazione – che è una autolimitazione – di quei diritti. Superata così la pregiudiziale costituzionale, è possibile riaprire il discorso sull'art. 2087 c.c. (obbligo di sicurezza a carico del datore di lavoro), oltre che sull'art. 20 del d. lgs. n. 81/2008 (obbligo di sicurezza a carico del lavoratore), per fondarvi l'adozione della vaccinazione come misura protettiva: misura che diventa per il lavoratore, oggetto, contestualmente, di pretesa nei confronti del datore e di obbligo verso il medesimo.

Il tema è troppo impegnativo per essere discusso a fondo in questo breve intervento, ma mi pare che nelle sue linee generali la soluzione appena descritta, con qualche precisazione, possa essere condivisa. Forse più che evocare un vero e proprio meccanismo dispositivo di diritti, mette conto evidenziare come nell'art. 32 Cost., primo comma, il diritto alla salute – che nel caso che ci occupa si declina come diritto a non curarsi, cioè anche a pregiudicarla – venga visto nella dimensione personalistica di autodeterminazione dell'individuo in sé e per sé considerato, a prescindere dalla sua proiezione sociale: una dimensione che cede solo a fronte dell'intervento legislativo, con il prevalere delle istanze collettive. Ma diversa mi sembra la situazione nella quale la posizione del singolo non è affatto isolata ma molto spesso caratterizzata, in virtù del contratto e del suo adempimento, da un “contatto sociale” con terzi soggetti sui quali la sua scelta personalistica di rifiuto della cura potrebbe determinare significativi pregiudizi. E si determinerebbe un vero e proprio cortocircuito nell'ordinamento e nella scala di valori da questo assunta, qualora, in assenza di un intervento legislativo ai sensi del secondo comma dell'art. 32 Cost., si consegnasse la soluzione del problema alle dinamiche risarcitorie di quei pregiudizi: dinamiche nelle quali, oltre tutto, il datore di lavoro potrebbe essere coinvolto sulla base di una vera e propria responsabilità oggettiva, che non troverebbe giustificazione neppure in base alla subordinazione in quanto tale, com'è nell'art. 2049 c.c.

Insomma, a me pare che la mancata previsione di un obbligo generalizzato di vaccinazione non sia argomento sufficiente per escludere qualunque responsabilità a carico del lavoratore. D'altra parte, non credo che le previsioni specifiche finora

adottate proprio in materia di lavoro, e cioè l'affidamento delle misure di prevenzione dal rischio di contagio ai protocolli di cui alla legislazione di emergenza della scorsa primavera, siano conclusive, da un lato perché sono state introdotte quando di vaccini ancora neppure si parlava, e dall'altro perché, anche a considerarne l'attitudine ad un adeguamento dinamico, altro non farebbero, ove continuassero ad escludere l'obbligo della vaccinazione, se non appunto confermare, come fonte delegata dalla legge, tale esclusione.

La lunghezza d'onda mi sembra allora essere quella dell'onere, che crea obblighi solo condizionati al conseguimento di un certo risultato, che nel caso è quello di una prosecuzione "ordinata" del rapporto, senza il carico di rischi eccedenti la relazione contrattuale, gravanti sugli altri lavoratori o su terzi soggetti. A ben guardare, già la nota sentenza della Corte costituzionale (n. 218/1994) sul necessario accertamento sanitario in merito all'infezione da HIV "come condizione per l'espletamento di attività che comportano rischi per la salute dei terzi", si muoveva in questa direzione.

4. Se dunque è possibile parlare di un onere di vaccinarsi, esso è naturalmente legato alle caratteristiche delle mansioni affidate al lavoratore e al contesto ambientale e topografico nel quale esse devono essere espletate. La delicatezza della situazione porta infatti ad escludere decisamente che esso sorga con la semplice stipulazione del contratto. E dunque, per quanto un tale accertamento possa essere foriero di controversie, solo lo svolgimento di mansioni comportanti il contatto sociale di cui sopra può determinare – secondo lo schema descritto – la necessità di vaccinazione; e ciò anche nel corso dell'ulteriore svolgimento del rapporto, per effetto dell'eventuale esercizio del potere datoriale di modifica delle mansioni ai sensi dell'art. 2103 c.c. (anche se non è facile pensare che il datore di lavoro sposti a mansioni, come dire, ad impatto sociale, un lavoratore che egli sa essere restio o non disponibile alla vaccinazione, salvo naturalmente che ciò avvenga per scopo illeciti, ovviamente da provare). La soluzione non sarà molto difficile allorché le mansioni affidate al lavoratore comportino il contatto esterno con soggetti terzi fruitori del servizio offerto dall'organizzazione, tanto più se i terzi sono soggetti fragili e particolarmente esposti al rischio (si pensi al settore sanitario e a quello della cura degli anziani). Maggiori problemi sorgeranno invece ove la "comunità di rischio" sia la stessa organizzazione di lavoro, cioè gli altri dipendenti; ma il criterio dovrebbe comunque essere quello della vicinanza e intensità del contatto.

5. A questo punto, però, occorre individuare con maggiore precisione la situazione giuridica nella quale si trova il lavoratore al quale siano affidate mansioni comportanti il sopra detto contatto sociale, posto che ne derivano significative conseguenze nel caso in cui il medesimo si rifiuti di vaccinarsi. A me pare – ne ho già fatto cenno – che si possa verificare una singolare sovrapposizione di contenuti fra obbligo a carico del datore di lavoro ex art. 2087 c.c. e obbligo a carico del lavoratore ex art. 20, d. lgs. n.

81/2008, entrambi aventi ad oggetto la vaccinazione in quanto tale. Ma la singolarità della situazione si spiega con il fatto che quel medesimo contenuto – la vaccinazione – non è strumento (di protezione e di autoprotezione) di cui le parti abbiano la diretta disponibilità, essendo di competenza dell'autorità sanitaria esterna all'organizzazione aziendale (dove l'inconferenza, anche a mio parere, del richiamo, da taluni fatto, all'art. 279, comma 2, lettera a del d.lgs. n. 81/2008, che allude alla messa a disposizione di vaccini efficaci da parte del datore di lavoro).

Diverso è, invece, il modo attraverso il quale si dà adempimento, rispettivamente, alle due norme sopra citate. Quanto al datore di lavoro, la mobilitazione dell'obbligo di sicurezza cui alcuni hanno fatto ricorso per risolvere il problema in oggetto, ho l'impressione che sia in eccesso, dato che l'unico comportamento che può essere richiesto al datore di lavoro – in assenza, per ora (ma probabilmente anche per il futuro) di un obbligo legale di vaccinazione – è quello della persuasione. Ciò vale nell'ottica del singolo rapporto, e ancora di più nell'ottica dell'insieme dei rapporti inseriti nell'organizzazione di lavoro, posto che quanto più alto è il tasso di vaccinazione, tanto maggiore sarà la sicurezza complessiva garantita dal datore di lavoro, nei confronti degli altri lavoratori e dei terzi.

Decisamente più significativo, invece, mi sembra l'obbligo a carico del lavoratore in base all'art. 20, d. lgs. n. 81/2008: norma, questa, che a ben guardare e a prescindere dalla pandemia Covid-19, introduce un obbligo che non appare in sintonia con una accezione rigida del diritto all'autodeterminazione di cui all'art. 32 Cost. Se infatti tale accezione rigida comporta che il singolo goda anche della libertà negativa di non curarsi, ebbene, l'art. 20 va in direzione esattamente contraria, imponendo al lavoratore di prendersi cura della propria salute (oltre che di quella delle altre persone presenti sul luogo di lavoro). Potrebbe giudicarsi frettoloso dedurre da ciò che l'art. 20 incorpori la riserva legale di cui alla norma costituzionale (magari per una sua innegabile genericità), ma esso mi pare possa costituire un valido supporto alla prospettiva, sopra formulata, dell'onere.

6. Se l'ultima osservazione è corretta, se dunque l'art. 20, d. lgs. n. 81/2008 fonda un obbligo di prendersi cura della propria salute che diventa imprescindibile ove si intenda stipulare o proseguire il rapporto di lavoro con mansioni, o in genere modalità, a rischio di contatto e dunque di contagio, mi pare inevitabile concludere che il mancato assolvimento di tale obbligo, cioè il rifiuto della vaccinazione (nel momento in cui la stessa sarà accessibile secondo il piano vaccinazioni), non possa non avere rilievo sul piano disciplinare. Naturalmente con tutte le necessarie gradazioni dettate dal principio di proporzionalità, sia in relazione al giudizio sulla gravità del comportamento (legato alle concrete mansioni e al contesto ambientale), sia in relazione al tipo di sanzione, che certo non può essere solo il licenziamento per giusta causa, come pure è stato da taluno sostenuto. Ed anche con le possibili cause di

giustificazione, costituite da eventuali e provate incompatibilità personali con il vaccino, mentre non mi sembra possano proprio avere rilievo semplici sospetti e diffidenze, quand'anche non tali da identificarsi con le classiche posizioni no-vax. Ciò quanto meno allorché l'avanzare della campagna di vaccinazione potrà rendere quest'ultima una misura protettiva scientificamente supportata, generalizzata e validata: il che evidenzia come il periodo transitorio di una vaccinazione selettiva e per fasi temporali diverse non sarà certo né breve, né facile, con ogni conseguenza sul consolidamento delle posizioni giuridiche sopra esaminate.

7. In una prospettiva diversa da quella disciplinare, la mancata vaccinazione del lavoratore è stata ricondotta da taluni ad una condizione di inidoneità alle mansioni tale da configurare una impossibilità temporanea della prestazione di lavoro (ovvero una impossibilità parziale *ratione temporis*). Se ne è dedotta, prima di tutto, la facoltà per il datore di lavoro di rifiutare, in quanto non utilizzabile, la prestazione di lavoro offerta senza lo scudo della vaccinazione, e ovviamente di rifiutarla senza corrispondere la retribuzione. Di seguito, venuto meno l'interesse del datore di lavoro medesimo alla prosecuzione del rapporto per una prestazione non utilizzabile, la possibilità di un licenziamento per giustificato motivo oggettivo, nella nota versione delle ragioni legate ad una condizione personale del lavoratore tale da incidere sul regolare funzionamento dell'organizzazione di lavoro; e ciò, ovviamente, solo dopo la scadenza del noto blocco dei licenziamenti per ragioni oggettive di cui alla legislazione di emergenza anti Covid-19.

Tale prospettazione costituisce una coerente conseguenza della tesi che tiene ferma la copertura costituzionale del rifiuto del lavoratore di vaccinarsi e cerca di rimediare in modo concreto alle problematiche conseguenze che da quel rifiuto derivano per l'organizzazione del datore di lavoro; anche se qualche criticità la presenta, nell'utilizzazione della categoria dell'impossibilità in una situazione nella quale sembra mancare il requisito della non imputabilità della stessa. Ma mi sembra che il rifiuto di una prestazione (forse non impossibile per causa non imputabile, ma comunque) non conforme a quanto il datore di lavoro ha ragione di attendersi in relazione al complessivo contesto della prestazione medesima in una generale situazione di rischio, sia da considerare comunque legittimo. Dopodiché, il licenziamento per ragioni oggettive esige, per essere legittimo, solo la dimostrazione che l'inutilizzabilità della prestazione offerta non ritualmente incide, per la sua durata e rilevanza, sull'organizzazione del complesso aziendale.

A ben guardare, prima della soluzione finale (il licenziamento) le due prospettive non confliggono necessariamente fra loro, e possono convivere. La qualificazione, a mio parere preferibile, in termini disciplinari del rifiuto della vaccinazione da parte del lavoratore (sia pure lungo un percorso cronologicamente ancora da definire), non esclude affatto che il datore di lavoro possa ricorrere anche alla sospensione del

rapporto, rectius, al rifiuto della prestazione di lavoro e alla sospensione dell'obbligazione retributiva; misure, queste, che possono aggiungersi all'applicazione di sanzioni disciplinari conservative, da considerarsi più appropriate finché l'attuazione del piano vaccinale non sia giunto a completamento.

Alla fine, però, si arriva ad un bivio. Da un lato il licenziamento disciplinare (per giusta causa, ma anche per giustificato motivo soggettivo, non essendo sempre facile dimostrare quando il rapporto è divenuto davvero improseguibile per mancata vaccinazione), dall'altro lato, come detto, il licenziamento per ragioni oggettive, in ragione del pregiudizio che il rifiuto di vaccinarsi provoca nell'organizzazione. La questione è se queste due strade siano fungibili, a discrezione del datore di lavoro, almeno per tutti quei rapporti per i quali l'esercizio stesso del potere disciplinare, anche di quello con effetto estintivo del rapporto, sia appunto rimesso alla scelta discrezionale del datore di lavoro; il che, sia detto per inciso, creerebbe qualche problema per quei rapporti (come quelli di pubblico impiego) nei quali si ritiene che quell'esercizio sia viceversa vincolato. Ed ancor più, la questione è se queste due strade siano cumulabili fra loro. La soluzione non mi pare tanto semplice. Verrebbe da sostenere quella negativa, magari sulla scorta di quella giurisprudenza che ha negato il cumulo in caso di scarso rendimento. Ma l'obiettivo incertezza, che si ha ragione di ritenere non durerà poco, circa la qualificazione giuridica della posizione del lavoratore renitente alla vaccinazione, mi pare orienti a consentire al datore di lavoro di percorrere contemporaneamente entrambe le vie.

Jesús Cruz Villalón

2 febbraio 2021

Despido por negativa a vacunarse.

Vaya por delante que soy un decidido defensor de las vacunas y que tengo plena confianza en la eficacia de las mismas, especialmente esperanzado de que la vacunación generalizada entre la población constituye la garantía última de superación de la pandemia que estamos sufriendo desde hace ya un año. En todo caso, la forma más eficaz de alcanzar ese objetivo de vacunación generalizada los es por la vía del convencimiento a la población y, por tanto, la extensión de una cultura favorable a la misma, lo que se logra de verdad por la vía de una transmisión de los fundamentos científicos que validan la eficacia de las vacunas y la ausencia de efectos negativos salvo para situaciones personales muy singulares. Incluso cualquier debate que se pueda plantear al efecto debe efectuarse sobre la premisa de que la población española ha sido tradicionalmente favorable a la vacunación, especialmente de las que se programan para la infancia. Dicho de otro modo, el porcentaje de población antivacunas es claramente marginal y más sobre la base del desconocimiento que de una desconfianza científicamente fundada. En definitiva, en términos generales es un asunto escasamente conflictivo. Prueba elocuente de ello es que las vacunas recomendadas para niños se atienden de manera casi universal, sin necesidad de haber impuesto ningún tipo de obligación jurídica al efecto. Esto mismo explica que el proceso de vacunación frente a la COVID se esté desarrollando con plena aceptación por el conjunto de la población, donde, si se manifiestan quejas, lo son sobre todo respecto de su lentitud. Teniendo presente que esta es la realidad en la que nos movemos, se explica que las autoridades sanitarias no hayan impuesto la obligatoriedad de la vacunación, porque es una medida en estos momentos de todo punto innecesaria. Diferente sería si se detectara una resistencia en ciertos sectores a la vacunación, que impidiese lograr la inmunidad de rebaño; pero la impresión es que esta resistencia va a ser marginal, por lo que se va a poder generalizar la vacunación con toda naturalidad.

Por ello, no deja de sorprender que en determinados ámbitos se haya pretendido abrir un amplio debate acerca de la vacunación obligatoria y, mucho menos que se haya querido plantear la posibilidad de que el empresario, en el marco de sus deberes de garantizar la seguridad y salud laboral, pueda despedir a un trabajador por negarse a vacunarse. En todo caso, a la vista de la extensión de ciertas conclusiones en este

terreno, creo que conviene expresar cual es el marco legal en el que nos movemos y, dentro de la categoría siempre de lo opinable, cual es mi personal criterio al respecto.

La premisa de partida a estos efectos es que en nuestro país no existe ninguna norma que imponga como obligatoria la vacunación y, específicamente ninguna que imponga la vacunación frente al coronavirus. En definitiva, en nuestra Ley General de Salud Pública la vacunación se contempla como un derecho de la ciudadanía, que no como un deber. Y ello es comprensible si se tiene en cuenta que desde el punto de vista constitucional se encuentra en juego el derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE). A pesar de ello, como ha señalado la alguna destacada constitucionalista, sería viable imponer con carácter obligatorio la vacunación de la población apelando a la protección de la salud de la ciudadanía (Ana Carmona Contreras). Sería posible con el fundamento debido que se procediera al establecimiento de la obligatoriedad de la vacunación, específicamente para concretos grupos sociales que, por su profesión o por sus relaciones sociales, potencialmente pueden transmitir el virus de manera más intensa. Ello sería posible en la medida en que con ello no se limitaría el contenido esencial de los referidos derechos fundamentales y libertades públicas. Eso sí, tal imposición necesariamente debería efectuarse de manera expresa y a través cuando menos de una norma con rango de Ley (art. 53 CE). Comoquiera que no existe norma alguna que lo prevea en tal sentido, ha de concluirse que en estos momentos no se puede obligar a la vacunación. Excepción sería la previsión legal que permite a las autoridades sanitarias competentes adoptar medidas de tratamientos “cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas (art. 2 Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas Especiales en Materia de Salud Pública). De ahí que los casos en los que se ha dictado una resolución judicial imponiendo la vacunación han sido de carácter marginal y ante situaciones muy excepcionales, de ausencia de capacidad decisoria por ancianos que han perdido sus capacidades volitivas por el deterioro personal y ante una resistencia injustificada para la administración de la vacuna por parte de los familiares.

El panorama no difiere si nos referimos al ámbito de la legislación laboral, donde por algunos se ha planteado la posibilidad de que el empleador pueda imponer la vacunación de sus trabajadores, o bien de algunos de ellos, en el marco de sus responsabilidades de prevención de riesgos laborales. Discrepo desde muy diversos puntos de vista de quienes han defendido tal posibilidad, por cuanto que no existe fundamento legal alguno para defender esta hipótesis de imposición empresarial. Para empezar, como principio general, ha de tenerse presente que en relación con el coronavirus nos enfrentamos a una pandemia, cuyo impacto trasciende el ámbito concreto de lo laboral, con riesgos de transmisión al conjunto de la población y no exclusivamente entre los trabajadores y en el ambiente de trabajo. De ahí que se trate de un asunto que se sitúa en el terreno estricto de la salud pública y no de la

prevención de riesgos laborales. Por ello, a quien le corresponde decidir la obligatoriedad o no de la vacuna frente al COVID es a la autoridad sanitaria y no al empleador. Más aún, es la autoridad sanitaria la que tiene el conocimiento científico y la capacidad política para decidir si se impone la obligatoriedad de la vacunación, conocimiento y capacidad de la que carece el empleador, mucho más para seleccionar si se deben vacunar unos u otros trabajadores.

Al final, este criterio viene confirmado por la concreta legislación vigente. En concreto, el Reglamento regulador de la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo prevé que cuando exista riesgo por exposición a agentes biológicos para los que haya vacunas eficaces, éstas deberán ponerse a disposición de los trabajadores, informándoles de las ventajas e inconvenientes de la vacunación. En concreto se prevé también que el ofrecimiento al trabajador de la medida correspondiente, y su aceptación de la misma, deberán constar por escrito (art. 8.3 RD 664/1997, de 12 de mayo). Es claro que, conforme a esta previsión legal, el empleador tiene la obligación del ofrecimiento de las vacunas, pero no su imposición, por cuanto que se está exigiendo la aceptación expresa por parte del trabajador a ser vacunado, que deberá constar por escrito. Es cierto que podría existir una cierta duda respecto de la aplicabilidad de este Reglamento al caso concreto del riesgo de contagio por coronavirus, dado que la norma podía dar la impresión de que se movía en el terreno de exposición a agentes biológicos derivados del proceso productivo y que los mismos podrían provocar riesgos de contagios al trabajador al que se le ofrece la vacunación; pero no al caso específico del coronavirus que tiene un origen externo al proceso productivo y el riesgo es no sólo del contagio del trabajador sino también de que este lo extienda a terceros. Sin embargo, tal duda ha quedado superada, cuando recientemente Una Directiva de la Unión Europea ha incluido el Coronavirus de síndrome respiratorio entre los nuevos agentes biológicos (Directiva 2020/739, de 3 de junio). A los efectos de transponer esta última Directiva se recientemente se ha aprobado una Orden que ha actualizado la lista de agentes biológicos para incluir dentro incluirlo dentro del anexo de agentes biológicos, con precisa explicación al efecto por parte de la exposición de motivos de la norma reformadora (Orden TES/1180/2020, de 4 de diciembre).

Sí que conviene señalar que se produce una cierta incoherencia legal en la imposición al empleador el deber de ofrecer la vacunación al trabajador, con lo que ello supone de asumir los costes derivados de ello. En la medida en que hemos defendido que se trata de una cuestión de salud pública, que no de prevención de riesgos laborales, a quien le debe corresponder la responsabilidad y coste de la vacunación debe ser a la autoridad sanitaria y no al empleador.

En definitiva, todo lo anterior deja meridianamente claro que el empleador no puede obligar a la vacunación, de modo que cualquier desobediencia a tal orden sería lícita, lo que desembocaría en que un posible despido basado en la negativa a vacunarse habría de calificarse como contrario a derecho, como igualmente sería ilícita cualquier otra medida sancionatoria de menor entidad.

Más aún, como quiera que con anterioridad hemos vinculado la posible negativa a vacunarse del trabajador con concretos derechos fundamentales y libertades públicas, tal despido habría de calificarse como nulo por lesivo a tales derechos (art. 55.5 ET), lo que comporta la necesaria condena a la reincorporación del trabajador a su puesto de trabajo.

Despido de trabajador contagiado.

Por otra parte, recientemente también se han producido en algunos casos despidos de trabajadores a resultas del conocimiento por parte del empleador de que se encuentran contagiados los propios trabajadores o personas de su entorno. Por contraste a ello, una de las primeras medidas adoptadas a resultas de la propagación del virus fue la de otorgar el tratamiento equivalente al accidente de trabajo a los períodos de aislamiento o contagio de los trabajadores provocados por el coronavirus, así como a quienes no puedan acudir a sus centros de trabajo desde sus domicilios a resultas de restricciones de la movilidad derivadas de la pandemia, la empresa mantenga abierto el centro de trabajo y no puedan realizar su trabajo de forma telemática (art. 5 Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, modificado por la disp. final 10 del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre).

En estas circunstancias, estos trabajadores se encontrarán con sus contratos suspendidos, lo cual como es obvio no justifica el despido. En principio, al tratarse de un despido no justificado procedería entender que ese despido debería calificarse como improcedente.

No obstante, en algunos supuestos singulares podría valorarse que la decisión resolutoria empresarial tiene el carácter de discriminatoria, derivada del contagio o de las restricciones impuestas por la autoridad sanitaria, en cuyo caso habría que declarar el despido como nulo, con el correspondiente efecto de la condena a la empresa a la reincorporación del trabajador a su puesto de trabajo a partir del instante en el que concluya la causa determinante de la suspensión de la relación laboral.

No se trata ni es posible reproducir aquí todo el debate desarrollado en los últimos años acerca de la posibilidad o no de identificar la enfermedad del trabajador con una discapacidad, bastando a tal efecto dos ideas básicas. Una primera, que el estado de enfermedad es diferente de la discapacidad como posible causa de discriminación, de modo que no cabe asimilar automáticamente un tratamiento peyorativo por la situación de enfermedad y suspensión de trabajo por este motivo con una conducta

discriminatoria, que merezca por tanto ser calificada como nula por lesiva de derechos fundamentales, tanto se contemple ello desde la perspectivas del derecho interno por parte de nuestro Tribunal Supremo (SSTS 3 de mayo de 2016, rec. 3348/2014, ECLI:ES:TS:2016:2351; 12 de julio de 2012, rec. 2789/2011, ECLI:ES:TS:2012:5912, con voto particular de contrario; 27 de enero de 2009, rec. 608/2008; 11 de diciembre de 2007, rec. 4355/2006, ECLI:ES:TS:2007:9075; 29 de enero de 2001, rec. 1566/2000, ECLI:ES:TS:2001:502), como desde el punto de vista europeo por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE de 11 de julio de 2006, asunto C-13/05, Chacón Navas, ECLI:EU:C:2006:456). Una segunda, complementaria de la precedente, que en ciertas ocasiones un tratamiento negativo de un trabajador, entre ellos un despido, derivado de un concreto estado de enfermedad puede ser percibido como un elemento de segregación por la estigmatización que lleva unida como tal dicha enfermedad (STC 62/2008, de 26 de mayo de 2008), bien cuando la enfermedad acarrea una limitación a largo plazo que, al interactuar con otras barreras, puedan impedir la participación plena y efectiva del trabajador (STJUE de 18 de diciembre de 2014, asunto C-354/13, Fago g Arbejde, ECLI:EU:C:2014:2463, en un caso de obesidad). De este modo, en la medida en que se pueda detectar que se despide a una persona contagiada por el coronavirus como portadora de una enfermedad altamente contagiosa, cuya potencialidad de contagio se presume incluso una vez que se vaya a superar el período de suspensión del contrato de trabajo, puede tener dicho carácter estigmatizante y, por ello, cabe vincularlo a la cláusula abierta de discriminación constitucionalmente vedada en base a cualquier otra circunstancia personal o social. Precisamente así lo ha entendido, a nuestro juicio con la suficiente argumentación, alguna sentencia de instancia, que ha procedido a declarar dicho despido como nulo (SJS Murcia núm. 9, de 10 de diciembre de 2020, núm. 231/2020, procedimiento 275/2020, Aranzadi, JUR2021\1928).

Vincenzo Ferrante

Rischio di contagio da Covid e doveri del datore di lavoro

22 gennaio 2021

1. La questione posta richiama un complesso normativo noto e abbastanza circoscritto, che va dalla previsione costituzionale (art. 32), alla regola posta in via generale dal codice civile (art. 2087 c.c.), al complesso di norme dettate dal c.d. testo unico sulla salute e sicurezza del lavoro, con particolare riferimento ai rischi che conseguono all'esposizione dei lavoratori ad agenti biologici (art. 266 segg., d. lgs. n. 81/2008).

2. In questo panorama, mi pare di poter dire che l'obbligazione di sicurezza di cui all'art. 2087 c.c. si configura nei termini di una ipotesi di vera e propria responsabilità contrattuale, imponendo al datore di conformarsi alla regola di legge, se vuole evitare di essere tenuto a risarcire i danni da inadempimento, a mente dell'art. 1218 c.c.

La diligenza dovuta, ai fini della liberazione dell'obligato, è quindi quella della massima sicurezza tecnologicamente possibile, che impone all'imprenditore di «adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro».

A mente di tanto, oggetto del debito che grava sull'imprenditore è proprio la tutela dell'integrità fisica e psichica del lavoratore. E solo può aggiungersi che tale debito, innanzi tutto per la collocazione della norma nell'ambito delle disposizioni del libro V del codice civile, si configura nei confronti di chiunque venga ad operare all'interno di un ambiente di lavoro organizzato dall'imprenditore, indifferentemente dalla natura del rapporto di lavoro posto in essere (autonomo o subordinato: e nello stesso senso v. ora ad es. art. 26 d. lgs. n. 81/2008).

La norma del codice individua, dunque, la prestazione cui è tenuto il datore, rinviando alla misura della diligenza, richiesta ai fini dell'esercizio delle attività professionali (art. 1176, co. II c.c.). Di più: la sua violazione, costituisce elemento di alcune fattispecie di reato colposo, definendo la condotta doverosa, con la precisione che è richiesta dal principio di tassatività.

Non si pone quindi, una questione che attiene propriamente all'art. 32 Cost., nel senso che non viene qui in rilievo uno spazio di libertà individuale, per la cui compressione è necessario ricercare una norma espressa, a tutela del principio di riserva di legge, contenuto nella disposizione costituzionale ora richiamata. Si pone semmai un problema di idoneità del lavoratore alle mansioni, che non solo attiene all'accertamento della condizione fisica di questi, ma che rinvia anche agli obblighi che su di esso gravano a mente dell'art. 20 d. lgs. n. 81/2008.

Tale disposizione impone ad ogni lavoratore di «prendersi cura della propria salute e sicurezza e di quella delle altre persone presenti sul luogo di lavoro, su cui ricadono gli effetti delle sue azioni o omissioni».

La salute è, quindi, diritto del singolo ed interesse (giuridicamente tutelato) della collettività, secondo la precisa formulazione tecnica adottata dal costituente.

In conclusione, può dirsi che, per rispettare il dettato dell'art. 2087 c.c., il datore non può ammettere sul luogo di lavoro soggetti che, rispetto al tipo di attività esercitata, possano costituire fonte di pericolo per gli altri lavoratori, sia che questa minaccia derivi dalla loro capacità attuale di farsi vettori di contagio, sia che si tratta di una condotta, conseguente a sventatezza o incuria, di particolare e rilevante gravità. Ovviamente la stessa regola deve applicarsi, quando il danno rischi di prodursi nei confronti dei soggetti che usufruiscono del servizio che costituisce oggetto della prestazione (si pensi all'autista di un bus di linea che si presenti a prendere servizio).

Ovvio, quindi, che ove il datore abbia notizia che il lavoratore sia affetto da Covid (malattia da corona virus) non possa che allontanarlo dal luogo di lavoro o, ancor prima, vietargli l'ingresso nei locali aziendali (così come sarebbe sua responsabilità ammetterlo al lavoro se affetto da altra malattia contagiosa, o affidargli la conduzione di un mezzo di trasporto, ove si presenti ubriaco a prendere servizio).

3. La premessa che si è fatta è necessaria per rispondere alla domanda che viene proposta, che attiene alla condotta che il datore deve tenere, a fronte di un lavoratore che rifiuti a priori la vaccinazione antiCovid, per evitare di incorrere in responsabilità per danni conseguenti a violazione dell'obbligo di protezione di cui

A tal fine si deve chiarire che, allo stato, il datore non può procedere ad imporre la vaccinazione al lavoratore, per il semplice fatto che il vaccino al momento non è in commercio, essendo somministrato solamente dal s.s.n., secondo un calendario governato da priorità ancora in via di definizione.

Il quesito a cui rispondere, quindi, diventa il seguente: può il datore riammettere in servizio (o assumere) lavoratori, senza prima essersi accertato del fatto che il lavoratore si sia vaccinato?

A mente di quanto sopra si detto, la risposta può essere positiva solo per quei pochi (o pochissimi) casi, nei quali il lavoratore non abbia contatti (neanche potenziali) né con i colleghi, né con la clientela (o con l'utenza): si pensi a chi lavori in locali separati dal resto degli altri dipendenti (a chi ad es. operi come manovratore di una gru) o ai lavoratori a domicilio. Anche in questi casi, peraltro, deve richiedersi di adottare particolari cautele: per es., per far riferimento ai lavoratori a domicilio, si dovrà chiedere di non avere contatto diretto con l'emissario dell'impresa che reca la materia prima e che riceve il prodotto finito.

In questa prospettiva, quindi, la prima questione che si pone è se il datore abbia titolo per chiedere direttamente al lavoratore la certificazione di vaccinazione o se, piuttosto, si tratti di accertamento che compete al medico "competente". Con l'avvertenza che seppure sia senz'altro più corretto ritenere che l'accertamento dello stato di salute spetti ad una figura tecnica (alla luce degli artt. 5 e 8 stat. lav. e degli artt. 41, 42 e 279 d. lgs. n. 81), devono apparire evidenti le difficoltà che la soluzione produca dal punto di vista pratico. Con la conseguenza che non sarebbe illogico se il legislatore intervenisse con una norma ad hoc, anche di efficacia transitoria, a regolare i diritti delle parti in questo particolare frangente storico.

4. Con il che si arriva finalmente al nocciolo della questione: cosa deve (o può) fare il datore, quando il lavoratore gli comunichi che vorrebbe tornare a lavorare, senza essersi vaccinato?

La soluzione dell'allontanamento temporaneo, prospettata dall'art. 279, comma 2, lett. b) d. lgs. 81/2008, è la più ovvia, ove si tratti tuttavia di una situazione transitoria, che verrà a cessare quando il ciclo vaccinale sarà stato completato (due somministrazioni dopo un intervallo di almeno 21 giorni, allo stato). Ed anche la più facile, fin tanto che sussista un ammortizzatore sociale capace di garantire tutela del reddito al lavoratore.

Diversa l'ipotesi in cui il lavoratore comunichi al datore di voler riprendere servizio, ma di non essere disponibile a farsi vaccinare, quando sarà chiamato dal s.s.n.

A mio parere, salve le ipotesi in cui il rifiuto può giustificarsi o con particolari condizioni di salute o con l'assenza totale di un rischio di contagio nei confronti di colleghi o terzi (nei termini rigorosi che tendono all'oggettiva insussistenza di un rischio, che sopra si sono brevemente accennati), non rimane altra soluzione che il licenziamento per giusta causa, per grave violazione dell'obbligo di sicurezza di cui all'art. 20 d. lgs. n. 81/2008, che sopra si è richiamato.

Né per certo si può ipotizzare un licenziamento per giustificato motivo (oggettivo o soggettivo) atteso che non può ammettersi una prestazione sia pure resa transitoriamente, per i motivi di cui sopra.

A riguardo, a mio parere, non serve invocare la disposizione specifica del d. lgs. n. 81/2008, relativa al rischio di contagio da agenti patogeni, ma bastano i principi generali.

E tanto non perché, come pure si è sostenuto, quella norma non sia applicabile in sé, ma a ragione del fatto che quella norma è dettata per ipotesi in cui il lavoratore accetti di sottoporsi a vaccinazione (e il vaccino possa essere inoculato dal medico competente stesso).

Mi spiego: non può accettarsi l'idea che possa distinguersi fra rischi che attengono propriamente all'attività produttiva e rischi che a questa siano estranei; ove si adottasse questa differenza, infatti, nel settore del credito il rischio da rapina non ricadrebbe nella responsabilità del datore. Mentre, al contrario, come è noto (Cass. sez. lav., 18/11/2019, n.29879; Cass. sez. lav., 5/1/2016, n.34; Cass. sez. lav., 28/10/2016, n.21901), il datore deve provvedere a tutelare i dipendenti addetti agli sportelli delle banche o addetti comunque ad una cassa dall'eventualità di un evento criminale.

In altri termini, la sola sussistenza di un rischio da contagio, sia che questa provenga dall'attività produttiva, sia che consegua alle condizioni materiali entro cui si iscrive la prestazione lavorativa, vale comunque a configurare il presupposto per l'applicazione delle disposizioni di legge di cui al d. lgs. n. 81/2008, in quanto i lavoratori siano, oggettivamente, «esposti ad agenti biologici».

Non a caso, fino a pochi anni fa, quando vi fosse stata una cassa o uno sportello, lo spazio lavorativo era organizzato in maniera che il pubblico fosse separato dal lavoratore da un vetro, utile a ridurre il rischio da contagio per tutte le malattie a trasmissione aerea.

Nello stesso senso, pare evidente come l'ipotesi della sospensione temporanea dal servizio pure prevista dall'art. 279 è collegata al tempo necessario all'evolversi della malattia, ove questa sia curata, e non può certo imporre al datore di attendere sine die, fin tanto che il lavoratore, all'esito dell'insorgere di un'immunità di gregge, si ritenga finalmente libero di presentarsi al lavoro senza correre il rischio di ammalarsi o di contagiarsi.

Fabrizio Ferraro

Rifiuto del vaccino anti-covid 19 e rapporto di lavoro subordinato

10 febbraio 2021

I. Premessa.

Il bisogno di salvaguardare la salute come diritto fondamentale e interesse della collettività è risultato prevalente nel bilanciamento realizzato, con diversi contenuti nel tempo ma con identica finalità, dal complesso della disciplina emergenziale in vigore dall'inizio della pandemia da Covid-19. La creazione e la successiva autorizzazione dei primi vaccini sta alimentando un dibattito sulle conseguenze sul rapporto di lavoro subordinato del rifiuto del lavoratore, giustificato oppure no, di immunizzarsi.

Da subito il rifiuto del vaccino è stato da alcune voci associato al licenziamento disciplinare del lavoratore riluttante, forse con eccessiva nettezza. Un più attento esame della questione porta a interrogarsi sulle possibili alternative. Si impongono però cinque, rapide ma necessarie, premesse.

La prima ha carattere normativo. Nel luogo di lavoro, come è noto, spetta al datore garantire la sicurezza a norma dell'art. 2087 c.c. e del d.lgs. 81/2008, ineluttabili parametri normativi di riferimento ai fini di ogni riflessione sul tema. Il Protocollo del 14 marzo 2020, come integrato in data 24 aprile dello stesso anno, è divenuto, per espressa volontà del legislatore ex art. 29-bis, DL 8 aprile 2020, n. 34, conv. L 5 giugno 2020, n. 40, il metro del rispetto dell'obbligazione generale di sicurezza con riferimento al rischio di contagio da Covid-19 («ai fini della tutela contro il rischio di contagio da COVID-19, i datori di lavoro pubblici e privati adempiono all'obbligo di cui all'articolo 2087 del codice civile mediante l'applicazione delle prescrizioni contenute nel protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del COVID-19 negli ambienti di lavoro, sottoscritto il 24 aprile 2020 tra il Governo e le parti sociali, e successive modificazioni e integrazioni, e negli altri protocolli e linee guida di cui all'articolo 1, comma 14, del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, nonché mediante l'adozione e il mantenimento delle misure ivi previste»). Le protezioni imposte dal protocollo

rappresentavano del resto la misura tecnologicamente disponibile più avanzata, prima della ideazione del vaccino.

In merito alla seconda premessa, si consideri che il rischio di contagio da Covid-19 è stato fin da subito qualificato come un rischio generico aggravato (ovverosia incrementato dalla peculiare promiscuità tra individui che può caratterizzare i luoghi del lavoro) e, nella maggior parte dei contesti lavorativi, esogeno. Ciononostante, il legislatore sembrerebbe aver favorito la concezione di un rischio “professionale” – rectius derivante dall’ambiente di lavoro – dacché, a norma dell’art. 42 del d.l. 18/2020, convertito in l. 27/2020, ha qualificato il contagio in occasione di lavoro come infortunio. A ciò si aggiunga che, di recente, la Direttiva UE 739 del 3 giugno 2020 ha inserito il SARS-CoV-2 nell’elenco degli agenti biologici che causano malattie infettive (allegato III della dir. 2000/54/CE), secondo alcune ricostruzioni (cfr. Guariniello R., Sul vaccino per i lavoratori contro il Covid-19 si applichi la legge!, su ipsoa.it) addirittura estendendo l’applicazione della Direttiva 2000/54/CE (relativa alla protezione dei lavoratori contro i rischi derivanti da un’esposizione ad agenti biologici durante il lavoro) e quindi del titolo X del d.lgs. 81/2008. Si tratta però di un punto controverso.

Le successive premesse hanno carattere metodologico. Innanzitutto, grande fermento si registra sull’effettiva efficacia dei vaccini contro il Covid-19. Si auspica sia non solo immunizzante, tale per cui non contrarrà più la malattia il soggetto cui il vaccino è somministrato, ma altresì si spera che sia in grado di neutralizzare l’infezione (capacità infettante) a vantaggio di tutti gli altri soggetti con i quali, in diversi contesti sociali, non ultimo il luogo di lavoro, il vaccinato entri in contatto. Nonostante, in assenza di specifici studi (probabilmente in arrivo nei prossimi mesi), non si abbiano assolute certezze in ordine alla capacità infettante del soggetto vaccinato, v’è la probabilità scientificamente rilevante che il vaccino impedisca anche la trasmissione del virus (v. le considerazioni dell’AIFA in un recente documento esplicativo, dove si spiega che è «plausibile che la vaccinazione protegga dall’infezione»). Si tratta di un dato da assumere quale presupposto del ragionamento sulle “responsabilità” dei soggetti del rapporto di lavoro e sulle relative conseguenze, difettando altrimenti ogni interesse alla trattazione del tema (infatti, se il vaccino non fosse in grado di limitare fortemente o annullare il contagio, non vi sarebbe alcuno specifico interesse prevenzionistico meritevole di tutela).

Il presupposto di ogni riflessione sulle conseguenze del rifiuto è l’effettiva disponibilità del vaccino. Da questo punto di vista è bene chiarire subito che il datore di lavoro, pur trattando in questo caso un dato sensibile, ben può domandare al lavoratore idonea certificazione che abbia rilievo per l’organizzazione del lavoro, ossia per valutare l’idoneità alla mansione (non si pone infatti un problema di art. 8, l. 300 del 1970 per Romei). Più dubbio è, almeno in via di fatto, attraverso quale via il datore

stesso possa sapere se la chiamata vaccinale sia stata effettuata dal S.S.N. e rifiutata dal lavoratore.

Poi, la riflessione deve riguardare non solo coloro che rifiutino il vaccino per mero sospetto o per scelta ideologica, ma anche quelle categorie fragili (casi di immunodeficienza o altra patologia) che, sulla base di attendibili valutazioni medico-scientifiche, si trovino impossibilitate a fruire di un vaccino teoricamente disponibile.

Un'ultima, necessaria, premessa: si consideri che i fenomeni di cui si discorre sono estremamente mutevoli e fluidi. Allo stato il vaccino è disponibile – e non obbligatorio in forza di una specifica legge (v. oltre) – solo per alcune categorie di lavoratori, principalmente afferenti al personale delle RSA e il personale ospedaliero. A breve le Regioni meglio organizzate procederanno con la vaccinazione di persone di età più avanzata e soggetti a rischio. Ad ogni buon conto, per lungo tempo ancora il vaccino non sarà disponibile sul mercato e, quindi, non potrà essere somministrato direttamente in azienda tramite prescrizione del medico competente e a spese dei datori di lavoro, ma solamente dalle autorità sanitarie (lo precisa anche Ferrante).

2. Inconfigurabilità di un obbligo vaccinale e irrilevanza disciplinare del rifiuto del vaccino.

Ciò premesso, ci si deve interrogare primariamente sulla configurazione di un obbligo vaccinale, ovviamente sul presupposto della disponibilità – id est il lavoratore è stato convocato dalle autorità sanitarie – e della possibilità dal punto di vista medico del vaccino – id est insussistenza di controindicazioni scientificamente attendibili alla somministrazione, per via di alcune “fragilità” specifiche dell’individuo.

Non si tratta di una ipotesi astratta. IL personale medico ha ricevuto il vaccino e quindi, si è posto il problema degli effetti sul rapporto di lavoro della mancata immunizzazione volontaria e, di conseguenza, della persistente, capacità infettante del soggetto.

Ebbene, la norma di riferimento è l’art. 32 Cost. Tale disposizione di rango primario, laddove stabilisce perentoriamente che “nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge”, contiene una stretta e rigorosa riserva di legge.

Il legislatore è, nei limiti dell’art. 32 Cost., abilitato a dettare forma di obbligatorietà di vaccini (cfr. l. 292/1963, sul vaccino obbligatorio contro il tetano, che proprio al comma 1 elenca categorie di lavoratori destinatari del vaccino stesso; e si legga la sentenza della C. cost. n. 262/2004; e 5/2018). Nonostante il vaccino contro il Covid-

19 rappresenti secondo la migliore scienza medica la strada maestra, la legge si astiene. Ciò, con ogni probabilità, per via dell'imprevedibilità del numero di dosi disponibili e di conseguenza per l'impossibilità di stilare un calendario chiaro fin dal principio, ma forse anche per la presenza di molte voci contrarie in seno al Parlamento.

Ad ogni buon conto, se il vaccino è solo fortemente raccomandato, la scelta se vaccinarsi o no è esercizio della libertà del singolo costituzionalmente garantita. Ciò, in linea generale, anche qualora l'interessato al vaccino sia un medico (che è dubbio, ma non implausibile, possa essere obbligato in forza del codice deontologico, ad esempio facendo valere la violazione del dovere di collaborazione alla prevenzione ex art. 5; cfr. anche art. 10 e 12 del codice deontologico delle professioni infermieristiche; questione diversa è se possa essere sanzionato il medico che non si limiti a rifiutare per precauzione il vaccino, bensì sostenga e diffonda notizie destituite di fondamento in merito al vaccino e ai propri effetti e se possa subire finanche un licenziamento).

Non è affatto agevole dedurre altrimenti un obbligo vaccinale a carico dei lavoratori che soddisfi la riserva di legge di fonte costituzione, né dalla norma generale e di chiusura dell'art. 2087 c.c., né dall'art. 279 del d.lgs. 81/2008.

La prima disposizione infatti non è abbastanza specifica da integrare la riserva di legge e superare quindi l'obiezione circa la resistenza della libertà costituzionale. Per la stessa ragione, non può neppure invocarsi l'obbligo di collaborazione in capo al lavoratore ai sensi dell'art. 20 del d.lgs. 81/2008 (in particolare comma 2 lett. a) che di quella norma del codice è appendice e che, se utilizzato come fondamento dell'obbligo, apparirebbe in contrasto con la scelta individuale garantita dall'art. 32 Cost. (Mazzotta O., intervento su quotidianogiuridico.it).

Non vale a mio avviso a superare il limite della riserva di legge la tesi secondo cui il contatto sociale particolarmente qualificato che si verifica nei luoghi comuni dell'attività lavorativa consente in linea generale di validare una sorta di "auto-limitazione" (di disponibilità parla espressamente Ichino, su quotidianogiuridico.it), di talché si giustificerebbero per i lavoratori imposizioni più pregnanti di quelle che riguardano la generalità dei cittadini.

In effetti l'art. 1 comma 4 della l. 210/1992 distingue tra "vaccinazioni obbligatorie" (obbligo) e "vaccinazioni necessarie" (onere), laddove estende i benefici del comma primo – l'indennizzo in caso di menomazione permanente della integrità psicofisica cagionata dal vaccino – alle «persone che, per motivi di lavoro o per incarico del loro ufficio o per potere accedere ad uno Stato estero, si siano sottoposte a vaccinazioni che, pur non essendo obbligatorie, risultino necessarie». E, si aggiunga, la Corte costituzionale ha in effetti in passato considerato necessari accertamenti sanitari in merito all'infezione da HIV «come condizione per l'espletamento di attività che comportano rischi per la salute dei terzi» (C. cost. n. 218/1994; coerentemente si

estende il diritto all'indennizzo anche a fronte di vaccini non obbligatori, come sanciscono C. cost. n. 268/2017 e C. cost. 107/2012). Ebbene, quanto detto non implica conseguenze sul piano disciplinare in presenza di una norma costituzionale che sancisce uno spazio di libertà, come l'art. 32 Cost. Proprio la condivisibile configurazione di un onere (cfr. Cester, il quale tuttavia ipotizza conseguenze disciplinari) consente di affermare che la mancata immunizzazione ha sì rilievo, ma sul diverso piano della obiettiva utilizzabilità e idoneità della prestazione (v. oltre).

La seconda disposizione sovente richiamata, ossia l'art. 279 del d.lgs. 81/2008), è sicuramente più specifica dell'art. 2087 c.c. Innanzitutto tale norma presuppone che il rischio da contagio del Covid-19 sia stato oggetto di valutazione ai sensi degli artt. 17 comma 1 lett. a e 28 ss. del d.lgs. 81/2008 (ciò che in effetti, secondo la tesi che sembra oramai affermarsi, dovrebbe in ogni caso avvenire: cfr. INAIL e Guariniello R., Sul vaccino per i lavoratori contro il Covid-19 si applichi la legge!, www.ipsoa.it). Inoltre, dalla prospettiva della norma in questione, il rischio è endogeno e non solamente esogeno (cfr. art. 266 comma 1, in apertura del Titolo X sulla «esposizione agli agenti biologici» per le «attività lavorative nelle quali vi è rischio di esposizione ad agenti biologici»), di talché mal si adatta al di fuori di determinati contesti (cfr. però art. 271 comma 4). Si consideri poi che il vaccino è, ai sensi del comma 1 lett. a, considerato una «misura protettiva particolare» ed è «messo a disposizione per i lavoratori che non sono già immuni», ma soprattutto somministrato «a cura del medico competente», circostanza impossibile a verificarsi in un contesto di gestione centralizzata (a livello statale e regionale) delle operazioni vaccinali. Merita anche menzione, entro lo schema dell'art. 279, la particolare misura dell'allontanamento temporaneo di cui alla lett. b dello stesso comma primo.

Anche ricorrendo tutte le condizioni previste e ammesso che possa trovare applicazione generale, la norma non pare idonea a fondare un obbligo vaccinale la cui violazione esponga il lavoratore riluttante al licenziamento disciplinare (cfr. Albi). Infatti, l'art. 32 Cost. richiede che la legge preveda un trattamento determinato, mentre l'art. 279 è norma ancora di carattere più generale. Inoltre, il comma 5 dello stesso articolo 279, nel dettare le informazioni rese dal medico competente, sembra contemplare anche l'ipotesi della scelta negativa laddove si precisa che sono oggetto di informazione «vantaggi e inconvenienti della vaccinazione e della non vaccinazione». Del resto, l'art. 279 si connette nei suoi meccanismi alla sorveglianza sanitaria (cfr. oltre).

Riassumendo: v'è una libertà costituzionalmente garantita e non un obbligo di vaccinarsi. È dunque esclusa la rilevanza disciplina del rifiuto (in tal senso tra gli altri, fin da subito, Gragnoli). Può configurarsi però un onere, il cui mancato rispetto non comporta sanzioni disciplinari, ma funge, viceversa, da presupposto d'inidoneità alla

mansione da ricondurre al sistema della sicurezza sul lavoro e in particolare alla sorveglianza sanitaria (v. paragrafi successivi).

L'introduzione di uno specifico obbligo di legge relativo al vaccino contro il Covid-19, salva sempre l'effettiva disponibilità e il rispetto della condizione di chi si trovi, per accertate ragioni mediche, nella impossibilità di ricevere il trattamento vaccinale, potrebbe modificare i tasselli del ragionamento e, di conseguenza, le conclusioni. Ed è molto dubbio, se non altro per il rigore ermeneutico della Corte costituzionale sul punto (cfr. C. cost. 5/2018 e 137/2019), che l'obbligo specifico possa essere introdotto direttamente dai Protocolli citati, nel rispetto della riserva di legge dell'art. 32 Cost., in forza del richiamo all'art. 2087 c.c. contenuto nell'art. 29-bis del d.l. 34/2020 (cit.). Ad ogni modo, allo stato, non v'è traccia di simili obblighi.

3. Impossibilità della prestazione del lavoratore non vaccinato...

Esaurita, nei limiti del possibile, la riflessione sulla prospettiva "soggettiva", si deve ora assumere la diversa prospettiva della prevenzione del contagio in azienda quale interesse organizzativo del datore, valevole anche nei rapporti con i terzi. È bene chiarire, in altri termini, che esiste un interesse del datore di lavoro meritevole di protezione secondo l'ordinamento giuridico a utilizzare esclusivamente prestazioni di lavoratori vaccinati, ogni volta che sussista un reale rischio di contagio per terzi o altri lavoratori (su questa lunghezza d'onda cfr. Maresca e Bellomo). Interesse che, è ben precisarlo, emerge con chiarezza dalla complessiva disciplina della sicurezza del lavoro e, più nello specifico, dal sottosistema della sorveglianza sanitaria (cfr. artt. 18 comma 1 lett. a, art. 20 comma 2 lett. i, e 38 ss., d.lgs. 81/2008).

La riflessione svolta su questo diverso piano sembrerebbe assai più prolifica di risultati, ancorché non meno irta di insidie ricostruttive.

Secondo questa diversa ottica, la prestazione del lavoratore non vaccinato sarebbe non utilizzabile sotto il profilo oggettivo e, quindi, si verificherebbe una causa di impossibilità sopravvenuta ex art. 1256 c.c. (cfr. 1463 c.c.; ma anche art. 1464 c.c. che tuttavia, a rigore, riguarda ipotesi in cui l'adempimento possa essere «parziale», non quindi i contratti di durata in senso tecnico) che come noto potrebbe anche legittimare, ricorrendone tutti i presupposti, un licenziamento ancorato a un motivo di carattere oggettivo.

Il ragionamento, in punto di diritto, si snoda attraverso due passaggi.

Innanzitutto, occorre chiarire da cosa dipenda detta impossibilità-inutilizzabilità e, in conseguenza di ciò, comprendere quando ricorra e quando, poi, giustifichi il recesso

con conseguente estinzione dell'obbligazione; o se, in alternativa, possano essere pretese dal lavoratore altre soluzioni (mutamento di mansioni, sospensione, lavoro agile emergenziale, etc). A tal fine si procederà all'esame dell'art. 1256 c.c.

In secondo luogo, occorre definire meglio, rispetto a tale ottica, la posizione di coloro che (forse vogliono, ma in ogni caso) non possono essere vaccinati per comprovate ragioni medico-sanitarie. La posizione di costoro sarà affrontata nel parallelo con i riluttanti al vaccino, per rilevare meglio le differenze (par. 4).

Quanto al primo dei due snodi, l'art. 1256 c.c. prevede, al comma I, che «l'obbligazione si estingue quando, per una causa non imputabile al debitore, la prestazione diventa impossibile». Il comma secondo così recita: «Se l'impossibilità è solo temporanea, il debitore finché essa perdura, non è responsabile del ritardo nell'adempimento. Tuttavia, l'obbligazione si estingue se l'impossibilità perdura fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla».

In linea generale, la prestazione che oggettivamente non presenti, anche razione subiecti, requisiti ben determinati, in contrasto con gli interessi perseguiti dal datore del lavoro, può ricevere l'attributo sopravveniente della "inutilizzabilità". La prevenzione del contagio è infatti messa in discussione dalla incertezza "procurata" dal lavoratore che rifiuti un vaccino disponibile. Ciò, non tanto per i rischi insiti nella responsabilità del datore di lavoro per il fatto illecito del prestatore ex artt. 1228 e 2049 c.c., quanto per l'interesse positivo del datore di lavoro allo svolgimento ordinato dell'attività d'impresa nella massima sicurezza possibile (art. 2087 c.c.; d.lgs. 81/2008). Ferma la disciplina della sorveglianza sanitaria (v. oltre), in applicazione delle norme generali in materia di obbligazioni e in assenza di una disciplina speciale il lavoratore inidoneo può essere sospeso senza diritto alla retribuzione.

Si affaccia un dubbio nodale: può una causa procurata come il rifiuto – sicuramente in questa forma imputabile al prestatore di lavoro – essere fonte di impossibilità sopravvenuta? Ebbene a mio avviso la domanda è mal posta. Non è il fatto del rifiuto privo di giustificazione valida (che peraltro non è rivolto al datore di lavoro per ora, ma alle autorità sanitarie) a essere preso in considerazione quando si valuta l'utilità della prestazione, bensì la persistente idoneità del prestatore a realizzare, svolgendo le proprie mansioni, l'interesse della controparte negoziale. E non v'è dubbio che la causa consistente nella "capacità infettante per mancata vaccinazione" possa astrattamente fondare un'impossibilità rispetto all'interesse organizzativo alla prevenzione già preso in esame e filtrato attraverso le norme procedurali del d.lgs. 81/2008.

È evidente che all'ipotesi in esame (che il vaccino sia rifiutato o non somministrabile) non è applicabile l'art. 4 comma 4, l. 68/1999 concernente «i lavoratori che divengono inabili allo svolgimento delle proprie mansioni in conseguenza di infortunio o malattia». A fortiori, non s'applica l'art 10 comma 3, l. 68/1999, che contempla l'ipotesi di disabili che chiedano l'accertamento della compatibilità con lo stato di salute delle mansioni affidate. Ne seguirebbe l'insussistenza della pretesa di accomodamenti ragionevoli (ad es. la ricerca di altri luoghi di lavoro o altre mansioni o modalità a distanza) con fondamento su quelle disposizioni speciali. Tantomeno accomodamenti potrebbero fondarsi direttamente sulla libertà di scelta costituzionalmente garantita dell'art. 32 Cost.

Tuttavia, occorre sia considerare che alcune norme riconoscono ai lavoratori fragili diritti più avanzati tra cui il diritto al lavoro agile (cfr. già art. 90, d.l. 34/2020, conv. l. 77/2020, che peraltro cita la sorveglianza sanitaria eccezionale per i lavoratori più esposti al contagio di cui all'art. 83; e art. 26, commi 2 e 2-bis del d.l. 18/2020, conv. l. 27/2020, applicabile fino al 28 febbraio in forza del rinvio operato dall'art. 1, comma 481, della l. 178/2020), sia, più in generale, verificare l'applicabilità dell'art. 42 del d.lgs. 81/2008 al caso dei riluttanti al vaccino, sottoposti come ogni altro lavoratore a sorveglianza sanitaria, cioè a un giudizio di idoneità alla mansione (v. oltre).

4. (Segue): ... e dei lavoratori che non possono vaccinarsi.

È bene distinguere attentamente, anche rispetto al fondamento della condizione soggettiva discriminante, coloro che non vogliono e coloro che non possano vaccinarsi (e che, al contempo, non rientrino nelle tra i cosiddetti "fragili": v. sopra).

La situazione del lavoratore che "involontariamente" rifiuti il vaccino per il concorso di altra patologia incompatibile con gli effetti della somministrazione è assimilabile al caso in cui il lavoratore contragga (o scopra) una patologia che lo rende incompatibile con le mansioni (anch'essa da valutare in concreto).

Secondo alcune voci può accadere che, per scelta del lavoratore, il rapporto si sospenda per malattia, con conseguente conservazione dell'apposito trattamento economico per il periodo di comporto, ex art. 2110 c.c. E tuttavia la malattia presuppone il rilascio di un certificato del medico curante che, in questo caso, non potrà riscontrare alcun morbo che giustifichi l'incapacità al lavoro (Del Punta R., *Malattia del lavoratore*, Diritto online Treccani). Del resto, il rifiuto "giustificato" può trovare fondamento anche nel semplice fatto che la somministrazione sia sconsigliata dalle autorità per l'incertezza statistica dei trials clinici (ad es. persone soggette a particolari allergie o donne in stato di gravidanza).

Anche per coloro che non possono vaccinarsi il problema è dunque di giudicare l'idoneità alla mansione ai sensi dell'art. 42 del d.lgs. 81/2008. È doveroso verificare però se, in considerazione della meritevole esigenza di tutela della salute ex art. 3 e 32 Cost, l'impossibilità sia insuscettibile di divenire definitiva (fermo il più limitato divieto di licenziamento ex art. 83 comma 3 del d.l. 34/2020; v. par. 6). Ed è auspicabile in ogni caso che, dopo la fine del blocco dei licenziamenti, si tenga nella dovuta considerazione la posizione di questi lavoratori, per distinguerla dalla posizione di coloro che rifiutano senza apprezzabili motivi il vaccino.

5. La valutazione di inutilizzabilità presuppone un giudizio tecnico di idoneità.

L'inutilizzabilità si verifica a patto che anche le mansioni del lavoratore renitente al vaccino risultino, in concreto, incompatibili con l'organizzazione di lavoro, in quanto esponano altri (terzi o lavoratori) al rischio di contagio. Di talché, allo stato, sarebbe ancora utilizzabile la prestazione dei lavoratori in modalità agile-emergenziale, nonché di coloro che lavorano isolati, in aree separate, senza contatti con la clientela, i fornitori o altri lavoratori. La valutazione deve farsi caso per caso e nel rispetto dei presupposti individuati dalla giurisprudenza (cfr. T. Trani, sez. lav., 28/10/2019, n. 1948).

L'ipotesi del lavoratore contrario al vaccino non può però essere paragonata sic et simpliciter al caso eclatante della mera carenza di un'autorizzazione amministrativa, spesso e volentieri evocato ai fini di un parallelo esemplificativo. Il riscontro della mancanza di una necessaria autorizzazione (ad es. tesserini, patenti, porto d'armi etc.), pur influenzando sulla idoneità professionale e quindi sull'utilizzabilità della prestazione, non implica alcuna valutazione tecnica che esorbiti dalle competenze organizzative del datore di lavoro (trattasi di semplice "accertamento"). Viceversa, un parallelo appropriato sarebbe quello con il rifiuto di un esame a cura del S.S.N., non obbligatorio per legge, ma considerato necessario dal medico competente ai fini del giudizio di idoneità. Quando l'inidoneità attiene infatti allo stato di salute (necessità del vaccino per continuare a svolgere la mansione) si presuppongono competenze e conoscenze mediche non possedute dal datore di lavoro. Per tale ragione il potere del datore di lavoro viene appositamente proceduralizzato (art. 38 ss. d.lgs. 81/2008).

Ciò non porta a escludere che il datore stesso possa, in via precauzionale e solo medio tempore, e sempre considerando le circostanze, valutare in autonomia l'inutilizzabilità di una prestazione presumibilmente rischiosa e sospendere il lavoratore senza diritto alla retribuzione (cfr. appunto art. 1256 c.c.). Ma, è bene sottolinearlo meglio, la

valutazione circa l'idoneità alla mansione è sempre rimessa al vaglio tecnico previsto dalla sezione V, titolo I, del d.lgs. 81/2008 (art. 38 ss.). Occorre insomma dare seguito alle regole in materia di sorveglianza sanitaria, definita con formula ampia e comprensiva dall'art. 2 comma 1 lett. m del d.lgs. 81 cit. come «insieme degli atti medici, finalizzati alla tutela dello stato di salute e sicurezza dei lavoratori, in relazione all'ambiente di lavoro, ai fattori di rischio professionali e alle modalità di svolgimento dell'attività» (cfr. anche, ancorché limitatamente a soggetti fragili, l'art. 83 del d.l. 34/2020; e il punto 12 del Protocollo condiviso, cit.). Ragionando diversamente le scelte del datore rischiano di divenire gravemente arbitrarie.

È inevitabile allora che sia il medico competente, cooperando con il datore di lavoro e probabilmente nel contesto di una visita periodica (cfr. art. 41, comma 1, lett. b, d.lgs. 81/2008), a formulare l'eventuale giudizio di inidoneità in relazione alla mansione specifica (ma senza possibilità ad oggi di prescrivere un vaccino che non è sul mercato) alla particolare situazione dei luoghi e, perché no, la contemporanea vigenza e corretta applicazione di regole di contenimento con fonte nei protocolli. In merito a quest'ultimo aspetto, e più radicalmente, Perulli esclude che, sotto la vigenza dell'art. 29-bis, cit., e quindi senza che mutino le condizioni organizzative, possa dirsi inidoneo un lavoratore fino al giorno prima della disponibilità del vaccino pienamente idoneo; e tuttavia si potrebbe rispondere che l'evoluzione della scienza condiziona di riflesso, come noto, l'ampiezza dell'obbligo di prevenzione ex art. 2087 c.c., di talché una disposizione di un anno fa non può aver cristallizzato la norma di chiusura al punto da rendere ininfluenza una tecnica decisiva, se non potenzialmente risolutiva, per bloccare il contagio.

È superfluo ricordare che la visita medica non può essere rifiutata definitivamente dal lavoratore (Cass., 16 febbraio 2017, n. 4114).

All'esito della visita il datore di lavoro «attua le misure indicate dal medico competente» (art. 42, d.lgs. 81/2008) ovvero, se non le condivide, ricorre all'organo di vigilanza territorialmente competente ai sensi dell'art. 41, comma 9, d.lgs. 81/2008.

Non pare allora del tutto condivisibile che al datore di lavoro, prima che si sospenda l'obbligazione, non possa essere richiesto alcun "accomodamento ragionevole" (come afferma Maresca). È vero infatti che la fattispecie in esame è estranea alle categorie contemplate dalla l. 68/1999 (v. sopra), ma non anche all'ipotesi della valutazione di inidoneità in sede di sorveglianza sanitaria ex art. 42 d.lgs. 81/2008 ai sensi del quale «il datore di lavoro, anche in considerazione di quanto disposto dalla legge 12 marzo 1999, n. 68, in relazione ai giudizi di cui all'articolo 41, comma 6, attua le misure indicate dal medico competente e qualora le stesse prevedano un'inidoneità alla mansione specifica adibisce il lavoratore, ove possibile, a mansioni equivalenti o, in difetto, a mansioni inferiori garantendo il trattamento corrispondente alle mansioni di provenienza» (sull'applicabilità di tale disposizione cfr. Albi).

È bene chiarire innanzitutto che sono da escludere le mansioni equivalenti o inferiori che comportino analoghi contatti, in quanto riprodurrebbero in modo identico il problema; e, inoltre, è bene precisare che il datore di lavoro non potrà essere costretto a creare posizioni o condizioni lavorative prima inesistenti, con caratteristiche tali da rendere nuovamente idoneo il lavoratore (isolate, da remoto o in lavoro agile, etc). Si tratterebbe infatti di un “eccessivo accomodamento” – la norma precisa «ove possibile» – che peraltro, in particolare quando l’inutilizzabilità della prestazione dipende dalla mancata immunizzazione volontaria, asseconda esclusivamente bisogni egoistici del singolo (non supportati da argomenti scientificamente validabili), a discapito di esigenze prevenzionistico-organizzative di sicuro rilievo collettivo – infatti rivolte anche alla protezione della salute dei terzi – in coerenza con il giudizio di inidoneità del medico competente.

6. Impossibilità della prestazione, interesse del creditore e licenziamento.

Resta allora da capire quando il lavoratore per sua scelta non vaccinato e inidoneo possa essere definitivamente inutilizzabile e, di conseguenza, possa anche essere licenziato (e ai sensi di quale norma). Il criterio di valutazione è fornito, anche in questo caso dall’art. 1256 c.c.: «l’obbligazione si estingue se l’impossibilità perdura fino a quando, in relazione al titolo dell’obbligazione o alla natura dell’oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla». È specialmente la parte finale della disposizione che qui interessa: finché il creditore di lavoro ha interesse, l’obbligazione non si estingue, ma resta sospesa.

In casi analoghi, al fine di valutare l’interesse del datore, la giurisprudenza ricorre a parametri diversificati «come la collocazione del lavoratore nell’ambito del processo produttivo, le mansioni e la qualifica (un lavoratore più qualificato sarà meno facilmente sostituibile), la dimensione dell’impresa, etc.» (Mazzotta). Di talché il giudizio sulla definitività dell’impossibilità andrà calibrato sul caso specifico. Inoltre, per precauzione e in omaggio a canoni di buona fede e correttezza ex art. 1175 e 1375 c.c., il datore di lavoro dovrebbe avvisare il lavoratore in anticipo che il perpetuarsi dell’inutilizzabilità della prestazione determina una impossibilità definitiva (cfr. Cass., sez. lav., 17 giugno 2015, n. 12486, in merito alla necessità per il lavoratore di riacquistare, a proprie spese, i titoli e le abilitazioni necessari per lo svolgimento delle mansioni).

Ebbene, a fronte di un giudizio di inidoneità e dell’impossibilità di ricollocazione in mansioni anche inferiori, una impossibilità (ancora) temporanea è suscettibile di divenire definitiva, appena il rifiuto del vaccino si consolidi e si confermi nel tempo,

con una valutazione da svolgersi caso per caso (mi sembra tendenzialmente contra Scarpelli F., Il rifiuto del vaccino non legittima di per sé il licenziamento, www.collettiva.it). Può seguirne, eventualmente dopo un congruo periodo di attesa, un licenziamento per motivo di carattere oggettivo, se si dimostri l'impatto sull'organizzazione della prolungata indisponibilità del lavoratore inidoneo.

Occorre sempre tenere in considerazione il blocco dei licenziamenti, allo stato prorogato fino al 31 marzo 2021, e applicabile anche al licenziamento per inidoneità (cfr. nota INL n. 298/2020). Solo oltre questa data il datore potrà valutare il licenziamento per motivo oggettivo. Prima sarà possibile solamente la sospensione senza diritto alla retribuzione.

È bene pure chiarire che la flessione della curva dei contagi e la sempre minore pericolosità del virus, grazie all'immunoprofilassi collettiva, dovrebbe precauzionalmente condurre a una revisione del giudizio di inidoneità prima di procedere al licenziamento (in tal senso, osserva ancora Scarpelli, cit., «più saremo prossimi alla c.d. immunità di gregge e meno facilmente potrà affermarsi la natura indispensabile della misura vaccinale»).

Infine può essere utile precisare che non potrebbe trovare applicazione generale il divieto di licenziamento dell'art. 83 comma 3 del d.l. 34/2020, dacché (come ricorda Bellomo) si tratta di disposizione, non solo concernente i lavoratori "fragili" del comma 1, ma altresì «temporalmente contestualizzata nella fase anteriore alla messa a punto dei vaccini e non ... estensibile anche a situazioni nelle quali il rischio da contagio sia volontariamente perpetuato o accresciuto dal rifiuto di sottoporsi alla vaccinazione». E quindi, fermo il limite del comma primo, potrebbe forse ancora estendersi ai lavoratori che sono costretti a rifiutare per ragioni medico-sanitarie scientificamente comprovate.

7. (Segue): impossibilità definitiva e giusta causa "oggettiva".

Non è invece scontato che il licenziamento sia intimato, ex art. 3, l. 604/1966, per giustificato motivo oggettivo e quindi con preavviso. Benché si tratti di un punto solo di rado all'attenzione della giurisprudenza (cfr. Cass., 29 marzo 2010, n. 7531), anche la giusta causa può avere natura oggettiva (cfr. di recente Pisani C., Impossibilità sopravvenuta della prestazione e giusta causa, DRI, 2020, 2, I ss.), come è del resto confermato dall'ultimo comma dell'art. 2119 c.c., ai sensi del quale «non costituisce giusta causa di risoluzione del contratto la liquidazione coatta amministrativa dell'impresa» e «gli effetti della liquidazione giudiziale sui rapporti di lavoro sono regolati dal codice della crisi e dell'insolvenza» (cfr. art. 189, comma 5, 376 e 389,

comma 1, d. lgs. 14/2019, come succ. mod.). Residuano le ipotesi di impossibilità definitiva ex art. 1256 c.c. e assoluta o totale ex art. 1463 c.c. (Cass., n. 12373/2019). Tra queste ipotesi ricorre in potenza anche il caso in esame, atteso che il “preavviso lavorato” ex art. 2118 c.c. (sostituito da una indennità solo se il datore lo vuole) mal si concilia con un’inidoneità che comunque non potrebbe più consentire la permanenza in azienda, neppure temporanea: si ricordi che la definitività della causa di impossibilità è un presupposto dell’estinzione dell’obbligazione. L’inutilizzabilità per inidoneità alla mansione, che trae origine dalla persistente capacità infettante del lavoratore, corrisponderebbe in altri termini alla «causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto» di cui al primo comma dell’art. 2119 c.c.

È evidente che una «giusta causa» deve in un certo senso includere e superare i presupposti del giustificato motivo soggettivo ovvero oggettivo ex art. 3, l. 604/1966, in omaggio alla regola secondo cui “il più contiene il meno”. La ricorrenza di una giusta causa – almeno nei rapporti a tempo indeterminato – incide infatti essenzialmente sull’efficacia temporale del recesso e quindi esprime l’urgenza della cessazione del rapporto. Per questa ragione il licenziamento per giusta causa deve essere motivato da un comportamento più grave del notevole inadempimento (ma, come noto, anche una condotta esterna all’obbligazione atta ad incidere in modo drastico sulla fiducia reciproca e quindi sull’affidamento che ciascuna parte ha nella capacità dell’altra di adempiere in futuro); ovvero dal fatto economico-organizzativo più decisivo – *rectius* definitivo – della disfunzione organizzativa o della perdita economica (nel senso che non è sufficiente una riorganizzazione economica a rendere legittimo un recesso per giusta causa da un contratto a termine cfr. T. Cremona, sez. lav. , 27 maggio 2020, n. 33; cfr. anche T. Roma , sez. lav., 29 gennaio 2020, n. 934).

È vero che è riconducibile al giustificato motivo oggettivo anche il licenziamento per inidoneità (cfr. in ultimo la nota INL n. 298/2020), ma, se è corretto quanto sopra affermato, si tratterebbe di casi in cui è ancora astrattamente possibile, ancorché troppo onerosa, la prosecuzione del rapporto. Potrebbe viceversa integrare giusta causa “oggettiva”, in quanto causa di impossibilità definitiva con effetti estintivi dell’obbligazione (art. 1256 c.c.; Cass., 9 maggio 2019, n. 12373), l’inutilizzabilità totale della prestazione, con origine nel giudizio di inidoneità, per via della speciale considerazione di esigenze prevenzionistiche e a tutela della collettività. Ipotesi cui mal si adatta il preavviso.

Nell’ipotesi di un contratto a tempo determinato, dovendosi ipotizzare che l’interesse durevole a ricevere la prestazione investa un arco temporale predefinito per volontà delle parti, è verosimile che la stessa si riveli inutilizzabile fin da un primo momento e quindi legittimi un recesso per giusta causa. Non v’è infatti margine, in questa ipotesi,

per pretendere che il datore attenda che spira l'interesse, ai sensi del secondo comma dell'art. 1256 c.c.

Si ricordi che la giurisprudenza grava il datore, in ogni ipotesi di licenziamento per motivo di tipo oggettivo, dell'obbligo di repêchage (Cass., 18 novembre 2019, n. 29893). In questo caso, peraltro, l'obbligo di verificare l'esistenza di altre posizioni deve essere stato in precedenza assolto a norma dell'art. 42 del d.lgs. 81/2008, ma sembra doveroso ripetere la verifica al momento del licenziamento, se si tratti di momenti distinti.

Un rapido cenno meritano le tutele contro il licenziamento illegittimo. Mentre agli assunti prima del 7 marzo 2015 parrebbero applicabili, a seconda delle dimensioni dell'impresa, l'art. 8 della l. 604/1966 e l'art. 18 comma 7 della l. 300 del 1970 – quest'ultimo contiene infatti un più ampio riferimento al motivo oggettivo consistente nella “inidoneità” – per gli assunti a partire da quella data non può trovare applicazione, indipendentemente dal numero dei lavoratori, la reintegrazione ai sensi dell'art. 2 comma 4, d.lgs. 23/2015, atteso che la norma, subentrata in senso funzionale al primo periodo del settimo comma dell'art. 18, richiama oggi, con termine a mio avviso più specifico e in ogni caso inadattabile al caso di specie – la “disabilità”. Ne segue che al lavoratore assunto dal 7 marzo 2015 e illegittimamente licenziato, in quanto per esempio ancora utilizzabile in mansioni diverse (art. 42, d.lgs. 81/2008), spetta solamente un risarcimento del danno tra le 6 e le 36 mensilità della retribuzione utile ai fini del calcolo del t.f.r., a norma degli artt. 3 e 9 dello stesso decreto n. 23 (cfr. C. cost. n. 194 del 2018).

Enrico Gragnoli

L'epidemia, le vaccinazioni e il rapporto di lavoro in questa prima fase dell'epidemia

22 gennaio 2021

L'epidemia induce alla prudenza, non solo nei comportamenti, ma nelle valutazioni, per l'imprevedibilità delle situazioni, come hanno insegnato le vicende del 2020. Quindi, l'impatto del rifiuto del vaccino può essere esaminato solo nel contesto attuale, con tale farmaco riservato al personale sanitario e a quello delle strutture per anziani, senza ipotesi sul futuro. Nonostante varie valutazioni rese sugli organi di stampa, a quanto risulta, il trattamento è eseguito solo presso strutture pubbliche, le quali provvedono alla relativa informazione, al fine di acquisire il consenso informato. Quindi, non si vedono profili di possibile responsabilità dei datori di lavoro, cui spetta chiarire le mere conseguenze organizzative delle scelte, libere per vincolo costituzionale.

Il contratto individuale non può introdurre un obbligo, in carenza di un provvedimento normativo, con la connessa inesistenza di implicazioni disciplinari; del resto, l'art. 279, secondo comma, lett. a), del decreto legislativo n. 81 del 2018 impone di consentire la disponibilità di vaccini, ove possibile (e, per ora, non lo è, a fronte di una dichiarata riserva allo Stato), non di prescrivere la somministrazione come obbligatoria. Essa resta libera, non coercibile, né sanzionabile, neppure nell'ambito di un rapporto di lavoro, seppure caratterizzato da una dimensione di autorità privata; né possono essere diverse le conclusioni per le amministrazioni, a prescindere dall'applicabilità del decreto legislativo n. 165 del 2001.

Posizioni note hanno richiamato l'ipotesi del licenziamento per i dipendenti delle strutture sanitarie e assistenziali che rifiutino la vaccinazione. Se non mi inganno, ci si intendeva esprimere in termini generali e si voleva sostenere che, se non si mette nelle condizioni di svolgere le sue mansioni, il lavoratore non può contare sulla certa prosecuzione del rapporto, poiché potrebbe diventare inidoneo ai suoi compiti, con riferimento a scenari futuri. Per ora, il licenziamento non è pensabile, poiché sarebbe per sopravvenuta inidoneità, quindi per giustificato motivo oggettivo, ed è vietato, fino

al 31 marzo 2021. Il problema è futuro; lo stesso vale per attività diverse da quelle sanitarie e di cura di ospiti anziani, qualora si allarghi la platea dei destinatari delle vaccinazioni. Poiché è indeterminato con quali ritmi e tempi si estenderà la somministrazione dei farmaci e fino a quale punto sarà coinvolta l'intera popolazione italiana, è azzardato avanzare previsioni.

Allo stato, una impresa o una pubblica amministrazione si deve rivolgere in modo formale a tutti i suoi prestatori di opere coinvolti, mano a mano, quando si possano sottoporre a vaccinazione, sottolineando che essa non è oggetto di un obbligo, ma rileva ai fini dell'idoneità professionale, quindi dando notizie di carattere organizzativo, non clinico; chi rifiuti non può svolgere attività nei centri riservati agli anziani o nelle organizzazioni sanitarie, poiché sono così identificati i beneficiari attuali del trattamento. Il divieto è insito nella necessaria osservanza delle regole cautelari a protezione degli stessi lavoratori, dei loro colleghi e, a maggiore ragione, dei pazienti. A prescindere dalle convinzioni individuali e dal loro rilievo costituzionale, secondo le più accreditate tesi scientifiche, condivise dallo Stato e, anzi, propugnate da questo, l'adibizione alle descritte mansioni sanitarie e assistenziali di persone cui sia stato inoculato il vaccino corrisponde a principi di prudenza obbligatoria, ai fini della tutela della salute sia del personale, sia dei pazienti o, comunque, degli ospiti, così che la violazione espone a responsabilità quanto meno sul versante civile e, con ogni probabilità, non solo.

Nell'immediato, per i dissenzienti, occorre valutare l'assegnazione a mansioni o strutture diverse, nelle quali, allo stato, non si ponga il problema della vaccinazione, come, in imprese assistenziali articolate, quelle indirizzate a bambini o, comunque, non ad anziani; in difetto, l'unica soluzione è la sospensione. Il vero problema è se questa possa avere luogo con ricorso al trattamento di integrazione salariale o a quello del fondo di integrazione salariale o a simili forme di tutela del reddito, dal momento che la causa della sospensione potrebbe essere ritenuta dipendente dalla volontà del lavoratore. Non vi sono precedenti paragonabili. In difetto dell'integrazione salariale, la sospensione sarebbe senza retribuzione, con inevitabili controversie giudiziali. Comunque, sarebbe peggio adibire alle mansioni nei centri degli anziani o nelle strutture sanitarie persone che rifiutino il vaccino, poiché, quando disponibile, deve essere utilizzato, sulla base delle regole cautelari codificate alla stregua di quelle valutazioni scientifiche recepite dallo Stato persona e imposte a quello comunità, pena la violazione di un basilare criterio di prudenza, con ogni responsabilità nel caso di danni alla salute.

Arturo Maresca

Obblighi di prevenzione o di vaccinazione?

22 gennaio 2021

1. Il tema della vaccinazione dei lavoratori dipendenti e degli eventuali obblighi che ne derivano nell'ambito del rapporto di lavoro deve muovere dalla constatazione che il legislatore (art. 1, co. 457 ss., L 30 dicembre 2020, n. 178) ha varato "il piano strategico nazionale dei vaccini per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2" escludendone consapevolmente l'obbligatorietà sia per la generalità dei cittadini sia per specifiche categorie di lavoratori.

A comprovare l'assenza di un siffatto obbligo si può anche ricordare che chiunque intende sottoporsi alla vaccinazione deve necessariamente e preventivamente sottoscrivere un consenso informato molto impegnativo e complesso (consta di ben 14 pagine) che si apre con la formula "acconsento ed autorizzo la somministrazione della vaccinazione" e che prosegue, tra l'altro, con la dichiarazione "sono stato correttamente informato con parole a me chiare, ho compreso i benefici ed i rischi della vaccinazione, le modalità e le alternative terapeutiche" e si chiude esprimendo, con riferimento ai rischi della vaccinazione, la consapevolezza che "non è possibile al momento prevedere danni a lunga distanza".

2. Prendendo atto della posizione (sia essa condivisibile o meno) specificamente assunta dal legislatore sul vaccino Covid – ben diversa da quella adottata per altri tipi di vaccini (ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit) – è difficile desumere aliunde un obbligo di vaccinazione, facendolo discendere da norme con un ambito applicativo generale (artt. 2087 c.c. e 20 e 279, D. lgs., 9 aprile 2008, n. 81) che hanno ad oggetto le misure di sicurezza obbligatorie per il datore di lavoro e la necessaria cooperazione del dipendente che si correla alle predette misure.

Ad esempio l'art. 279, co. 2, lett. a), D. lgs. n. 81/2008 si limita a prevedere a carico del datore di lavoro "la messa a disposizione di vaccini efficaci" che non sembra prefigurare un obbligo per il lavoratore di sottoporsi al vaccino, ma una facoltà come viene chiarito dallo stesso art. 279, co. 5 che significativamente precisa "il medico competente fornisce ai lavoratori adeguate informazioni sul controllo sanitario cui

sono sottoposti... nonché sui vantaggi ed inconvenienti della vaccinazione e della non vaccinazione”.

Sembra, allora, doveroso riconoscere la prevalenza della normativa speciale – dettata, per di più, nell’ambito della legislazione emergenziale di contrasto al Covid per realizzare, senza renderlo obbligatorio, il “piano strategico nazionale dei vaccini” – rispetto alle prescrizioni contenute nelle norme generali che, peraltro, non si pronunciano sull’obbligo di vaccinazione in termini univoci, puntuali e sufficienti per consentire all’interprete di ritenere superata la riserva di legge di cui all’art. 32, co. 2, Cost.

L’argomentazione ora accennata appare, per di più, rafforzata dall’osservazione che il legislatore è specificamente intervenuto per rimettere il presidio dei rischi di contagio da Covid nei luoghi di lavoro ai protocolli (nazionali, settoriali, territoriali e aziendali) di cui all’art. 29-bis, DL 8 aprile 2020, n. 34, conv. L 5 giugno 2020, n. 40 ed alla loro capacità mirata e dinamica di adeguamento, affermando in proposito che “ai fini della tutela contro il rischio di contagio da COVID-19, i datori di lavoro pubblici e privati adempiono all’obbligo di cui all’articolo 2087 del codice civile mediante l’applicazione delle prescrizioni contenute nel protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del COVID-19 negli ambienti di lavoro, sottoscritto il 24 aprile 2020 tra il Governo e le parti sociali, e successive modificazioni e integrazioni, e negli altri protocolli e linee guida di cui all’articolo 1, comma 14, del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, nonché mediante l’adozione e il mantenimento delle misure ivi previste. Qualora non trovino applicazione le predette prescrizioni, rilevano le misure contenute nei protocolli o accordi di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale”.

Ciò significa, almeno e senza voler andar oltre, che l’interprete non deve dare prevalenza all’art. 2087 cod. civ. nell’individuazione degli obblighi che gravano sul datore di lavoro quanto alle “misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del COVID-19”, mentre spetterà ai Protocolli pronunciarsi in merito.

3. Quanto detto appare sufficiente ad escludere che il legislatore abbia voluto direttamente assoggettare il lavoratore all’obbligo di vaccinarsi, conseguentemente il suo rifiuto non può costituire infrazione disciplinare sanzionabile dal datore di lavoro.

Per quanto riguarda il datore di lavoro la questione merita un ulteriore approfondimento con riferimento alle iniziative che il datore di lavoro può decidere di assumere nell’alveo dell’art. 2087 cod. civ., anche quando esse non dovessero configurare una ottemperanza diretta a tale norma.

Questo specifico punto deve essere preceduto da un rapido cenno ad alcune osservazioni che servono a fissare i presupposti utili per i successivi passaggi.

In primo luogo si deve dare per scontato (e secondo le informazioni disponibili ciò appare molto probabile) che chi si sottopone al vaccino non solo viene preservato dal rischio di essere contagiato e di ammalarsi di Covid, ma non è più portatore di infezione per altri. Quindi si può affermare che il vaccino assolve anche ad una funzione preventiva rispetto alla diffusione del contagio nei luoghi di lavoro nei confronti della generalità dei lavoratori dipendenti e dei soggetti esterni con i quali, eventualmente, i lavoratori possono entrare in contatto.

In secondo luogo va considerato che il datore di lavoro non ha la disponibilità del vaccino e, quindi, non potrebbe provvedere direttamente alla sua somministrazione (ipotesi alla quale sembra riferirsi, come si è detto, l'art. 279, co. 2, lett. a), D. lgs. n. 81/2008 prevedendo "la messa a disposizione di vaccini efficaci" da parte del datore di lavoro), quindi dovrebbe limitarsi ad ordinare al lavoratore di sottoporsi alla vaccinazione eseguita dalle strutture sanitarie a ciò deputate.

Infine si deve precisare che, in questa sede, l'attenzione deve essere concentrata su uno degli interessi (quello principale) del datore di lavoro a che il proprio dipendente si sottoponga alla vaccinazione; vale a dire la prevenzione del rischio di contagio nei luoghi di lavoro, escludendo quindi la valutazione di altri e diversi aspetti che riguardano la posizione del datore di lavoro come creditore della prestazione lavorativa ed il suo interesse alla vaccinazione del personale dipendente per limitare le probabilità di assenze causate da Covid, ma anche per fornire alla propria clientela/utenza servizi resi da personale vaccinato.

Tutto ciò premesso, si deve però rilevare che l'ordine impartito dal datore al dipendente di sottoporsi alla vaccinazione, ancorché finalizzato a realizzare una maggior tutela dal rischio di contagio nei luoghi di lavoro, in mancanza di un obbligo legale in tal senso, violerebbe il limite posto dall'art. 32, co. 2, Cost., in quanto sarebbe finalizzato a rendere cogente l'assoggettamento del lavoratore "a un determinato trattamento sanitario".

Né si può dire che tale ordine trarrebbe la sua legittimità dalla responsabilità che l'art. 2087 cod. civ. addossa al datore di lavoro anche con riguardo alle c.d. misure di prevenzione atipiche, perché – anche prescindendo dalle questioni più sopra ricordate che si pongono con riferimento all'ambito applicativo della norma codicistica – l'esercizio della responsabilità del datore di lavoro quanto alla diffusione delle infezioni nei luoghi di lavoro può avvenire con modalità diverse – e che verranno nel prosieguo indicate – da quella che vincola il dipendente ad assoggettarsi, contro la sua volontà, "a un determinato trattamento sanitario".

Quanto detto implica che il rifiuto del lavoratore all'ordine del datore di lavoro di vaccinarsi non costituisce infrazione disciplinare costituendo esercizio di un diritto costituzionalmente garantito.

4. Il datore di lavoro ha, però, diritto di essere informato in ordine alla vaccinazione (effettuata o non dal lavoratore) perché si tratta di un dato (ancorché sensibile) necessario a gestire la prevenzione del rischio di contagio da infezione da Covid.

5. Si tratta, a questo punto e come si era anticipato, di verificare le conseguenze che il datore di lavoro può trarre dal rifiuto del dipendente di vaccinarsi, nella scontata consapevolezza che la gestione di un rapporto di lavoro non si esaurisce con l'esercizio del potere disciplinare.

Infatti la mancata vaccinazione del dipendente potrebbe incidere sul funzionamento del rapporto di lavoro ed una verifica in tal senso deve riguardare la prestazione del dipendente non vaccinato (ma che avrebbe potuto farlo) per stabilire se l'esercizio di essa si palesi oggettivamente impossibile, ancorché in via temporanea.

In questo caso (che, certamente, non può essere ricondotto alla malattia) troverebbero applicazione gli artt. 1218, 1256, co. 2 e 1463 cod. civ. con la conseguente liberazione del datore di lavoro dall'obbligo retributivo.

L'accertamento di tale impossibilità temporanea di esecuzione della prestazione deve essere effettuato non in astratto, ma con riferimento allo specifico ambito (unità produttiva, ufficio, reparto, ecc.) nel quale opera il dipendente non vaccinato, tenendo anche conto della compresenza di altri lavoratori vaccinati e non (cosa possibile in quanto la campagna di vaccinazione procede per fasi successive, anche collegate all'età, con la conseguenza inevitabile che in azienda potranno operare lavoratori vaccinati ed altri in attesa di vaccinazione) oppure degli eventuali contatti che il lavoratore deve intrattenere per motivi di servizio con soggetti terzi (utenti/clienti).

In tal modo dovrà essere stabilita, ammettendola o meno, la presenza in servizio di lavoratori non vaccinati avendo riguardo al rischio di contagio che il datore di lavoro ha l'obbligo di prevenire all'interno dei luoghi di lavoro.

Non credo, però, che il datore di lavoro abbia anche l'obbligo di modificare le mansioni o di trasferire ad un'altra unità produttiva il dipendente non vaccinato per consentire un suo residuale impiego. Tale obbligo, infatti, è previsto soltanto per i lavoratori affetti da patologie psico-fisiche che comportano una temporanea inidoneità parziale al lavoro (artt. 4, co. 4 e 10, co. 3, L 12 marzo 1999, n. 68 e art. 42, D. lgs. n. 81/2008) e non appare suscettibile di applicazione analogica.

Appare, invece, possibile per il datore di lavoro che abbia fatto ricorso alla CIG-Covid di sospendere il lavoratore non vaccinato e per il quale non sia possibile un utile impiego. Infatti la causa integrabile Covid riguarda tutte le ipotesi in cui non sia temporaneamente possibile avvalersi della prestazione del lavoratore dipendente e nel caso in esame ciò deriva da una situazione oggettiva, sebbene scaturita dalla

legittima condotta del lavoratore in quanto riconducibile all'esercizio di un diritto costituzionalmente garantito.

Né il dipendente, da parte sua, potrebbe lamentare che la sospensione costituisce un atto discriminatorio mirato a colpirlo per le sue "convinzioni personali" (art. 15, co. 2, L 20 maggio 1970, n. 300) in materia di vaccinazione, infatti tale sospensione avviene a fronte della temporanea inutilizzabilità della prestazione lavorativa, senza alcun intento punitivo, anche perché l'unica alternativa possibile sarebbe quella di lasciare il dipendente senza alcun reddito da lavoro.

6. L'ipotesi del licenziamento del lavoratore che non si è sottoposto alla vaccinazione si deve collocare e deve essere valutata nell'alveo del giustificato motivo oggettivo e si pone soltanto a seguito della perdurante mancanza della prestazione lavorativa del dipendente e dalle conseguenze che ne possono derivare sulla funzionalità dell'attività produttiva e dell'organizzazione del lavoro.

Anche in questo caso, però, la sussistenza del GMO deve essere valutata in concreto e non in astratto, avendo riguardo alla posizione professionale del lavoratore ed alla necessità della sua prestazione nel settore dove è impiegato, anche considerando come l'azienda provvede di norma alla sostituzione nel caso di assenze di altra natura (ad esempio per malattia). Soltanto all'esito di questa verifica si potrà stabilire se sussistano effettivamente condizioni tali da impedire il regolare funzionamento dell'attività produttiva ex art. 3, L 15 luglio 1966, n. 604.

7. Aggiungo che quanto più sopra accennato, non vuole affatto significare che al datore di lavoro è precluso sostenere e promuovere (cosa diversa dall'obbligare) la vaccinazione presso i propri dipendenti.

Ciò potrà avvenire anche agevolando il lavoratore in occasione della vaccinazione, ad esempio riconoscendo un giorno di permesso retribuito in coincidenza con la data fissata dall'autorità sanitaria per somministrare il vaccino.

Forse si potrebbe nutrire qualche dubbio se, invece, il datore di lavoro dovesse condizionare all'avvenuta vaccinazione (e non alla presenza al lavoro) l'accesso a premi o a trattamenti di miglior favore, in questo caso infatti potrebbe emergere l'intento di discriminare il lavoratore per la scelta che ha compiuto motivata dalle sue "convinzioni personali".

8. Naturalmente la questione fin qui esaminata si porrebbe in modo del tutto diverso se il legislatore dovesse prevedere un obbligo di vaccinazione generalizzato o limitato ai dipendenti (fatti salvi i casi di impedimento per motivi di salute) impiegati nelle attività essenziali, cioè quelle che nel primo lockdown (marzo/maggio 2020) furono esentate dalla chiusura generalizzata all'epoca disposta dal legislatore e, più in generale

(la nozione è, infatti, più ampia e non coincidente con la prima), quelle riconducibili nell'ambito applicativo della L 12 giugno 1990, n. 146.

Una scelta del legislatore che sarebbe, a mio avviso, coerente con i principi enunciati dalla Corte costituzionale nella sentenza 2 giugno 1994, n. 218 che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 5, co. 3 e 5, L 5 giugno 1990, n. 135 “nella parte in cui non prevede accertamenti sanitari dell'assenza di sieropositività all'infezione da HIV come condizione per l'espletamento di attività che comportano rischi per la salute dei terzi” ed in quella immediatamente successiva del 23 giugno 1994, n. 258 che ha messo in evidenza il “necessario bilanciamento ... che concerne la salvaguardia del valore... della salute collettiva, alla cui tutela – oltre che, (non va dimenticato) a tutela della salute dell'individuo stesso – sono finalizzate le prescrizioni di legge relative alle vaccinazioni obbligatorie”.

Oronzo Mazzotta

28 gennaio 2021

I. Dopo aver lanciato il tema sulle colonne di Labor, non mi sottraggo alla responsabilità di esprimere anche la mia opinione, compiacendomi della variegata ed impegnata messe di contributi che la rivista ha ricevuto.

Il panorama che deriva dai contributi pubblicati fino a questo momento, pur nella varietà degli itinerari, dà conto della complessità della questione e della necessità di affrontarla senza trascurare alcun particolare, per piccolo che possa apparire. Prevale in linea di massima un atteggiamento prudente che non cede alle lusinghe di mannaie tranchant, auspicabili magari per ragioni extra-giuridiche, ma assai poco rispondenti ai pesi e contrappesi che propone il panorama dell'ordinamento.

La delicatezza della discussione deriva dal fatto, pressoché ovvio, per cui il retroterra delle opinioni giuridiche è caricato dai tanti pre-giudizi, nel senso letterale di giudizi precostituiti, che tutti noi abbiamo maturato nel lunghissimo, interminabile anno appena trascorso, sulla pandemia, sui suoi effetti e sui comportamenti – virtuosi o irresponsabili – dei nostri connazionali.

Per non incorrere in fraintendimenti sulla mia posizione o sul mio pre-giudizio faccio mio il pensiero espresso recentemente da Michele Serra, nella sua rubrica su la Repubblica. Serra risponde così al conformismo individualista di “quelli che non la bevono”: «l'anno appena trascorso, così duro e insolito, ci ha aiutato a capire che in certi momenti bisogna... essere gregge, accettare le fatiche dell'uguaglianza, ammettere di essere legati a doppio filo a un destino collettivo. Per questo, soprattutto per questo vaccinarsi è non solo utile. È anche giusto».

Ecco allora che per affrontare il discorso da un punto di vista giuridico, anche volendo fornire una prima lettura degli eventi, occorre sgombrare il campo da quei presupposti/pregiudizi ed accostarsi ad una discussione condotta al lume del diritto che ci governa.

Anzitutto proviamo a formulare esattamente il quesito che ci interessa: in un contesto ordinamentale nel quale la vaccinazione non è obbligatoria può il datore di lavoro imporla ai propri dipendenti per ragioni di sicurezza e, conseguentemente, sanzionare con il licenziamento per giusta causa chi non si adegua a tale disposizione?

I parametri di riferimento per impostare una risposta sono anzitutto l'art. 32 Cost. e l'art. 2087 cod. civ.

Il primo, come è noto, al secondo comma, prevede che «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge». Il secondo impegna il datore di lavoro ad «adottare le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale del prestatore di lavoro».

Secondo una lettura davvero radicale della vicenda il combinato disposto, come si diceva un tempo, delle due norme dovrebbe condurre all'affermazione della perfetta ammissibilità della scelta datoriale di imporre la vaccinazione obbligatoriamente ai proprio dipendenti “senza se e senza ma”. Non solo i diritti assoluti della persona – si assume in questa prospettiva – sarebbero perfettamente disponibili da parte dell'interessato, ma il lavoratore, tramite la sottoscrizione del contratto di lavoro, avrebbe in qualche modo accettato a priori siffatta limitazione dei suoi diritti.

Francamente non vedo come una prospettiva del genere possa accordarsi con una corretta visualizzazione delle obbligazioni delle parti del rapporto di lavoro. In primo luogo è seriamente discutibile la premessa, secondo cui vi sarebbe una obbligazione “implicita” assunta dal lavoratore diretta a veder limitati i propri diritti assoluti. Vero è proprio il contrario e cioè che sono i diritti assoluti che condizionano l'amministrazione del contratto di lavoro, costituendo proprio un limite all'autonomia privata, che, come sappiamo, non può porsi in conflitto con norme imperative di legge. Così come è altrettanto indiscutibile che le ipotesi di disposizione dei diritti assoluti all'interno del rapporto di lavoro (pensiamo alla riservatezza) sono rigidamente regolate dalla legge, che costruisce intorno alla persona del lavoratore una serie di garanzie proprio allo scopo di evitare che il rapporto possa essere fonte tali limitazioni.

In realtà, nella prospettiva qui avversata, si scrive “contratto di lavoro”, ma si deve leggere “poteri unilaterali del datore di lavoro”. Intendo dire che qui stiamo ragionando non di spazi di libera autonomia che dovrebbero riguardare il contratto e cioè libere scelte (semmai esplicite) di ambedue le parti, ma di spazi di libertà ed autonomia che dovrebbero caratterizzare il potere direttivo del datore di lavoro, cioè il potere di una parte del contratto di imporre limitazioni ai diritti assoluti dell'altro contraente.

Il che mi pare francamente un po' troppo in controtendenza rispetto a quello che grandi Maestri chiamavano “lo spirito del diritto del lavoro”.

Ciò posto, se si esce fuori dalla dimensione generalissima (ed alquanto ardita) appena criticata non può che prendersi atto, nei rapporti fra art. 32 Cost. e art. 2087 cod. civ., che quest'ultima disposizione non può di certo essere considerato la “disposizione di legge” cui allude la riserva formulata dalla prima, dovendo questa

consistere in una normazione ad hoc, specificamente diretta ad imporre la vaccinazione.

D'altra parte è sì vero che il rispetto dell'obbligo di cui all'art. 2087 impone al datore di conformarsi al criterio della "massima sicurezza possibile", ma il rispetto di tale criterio è pur sempre ancorato a dati scientifici dedotti dall'"esperienza e la tecnica". Sennonché nel nostro caso poco o nulla si sa sul vaccino ed i suoi effetti, ma soprattutto gli scienziati si dividono anche sui mezzi di propagazione del virus. Mancherebbero quindi quei dati di acquisita "esperienza e tecnica", che potrebbero imporre al datore l'adozione di tale misura. Così come il lavoratore potrebbe addurre, se non il rispetto della riservatezza, particolari condizioni personali che possono sconsigliare di sottoporsi alla vaccinazione.

Si dice ancora che, secondo l'art. 20 del d.lgs. 81/2008 (il testo unico in materia di sicurezza sul lavoro), è fatto obbligo allo stesso lavoratore di prendersi cura della propria salute e sicurezza e di quella delle altre persone presenti sul luogo di lavoro. Si tratta però di un precetto che può essere astrattamente invocato rispetto alle misure che impongono di indossare la mascherina e/o rispettare il distanziamento o, ancora, farsi misurare la temperatura all'ingresso dei luoghi di lavoro (misure del resto previste da fonti sovraordinate), ma non per quelle che, come la vaccinazione, incontrano un limite che deriva da una norma costituzionale.

Altrettanto discutibile è il richiamo dell'art. 279 del Testo unico, secondo cui, ove il lavoratore 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 efficaci per quei lavoratori che non sono già immuni all'agente biologico presente nella lavorazione». È evidente infatti che in questo caso la vaccinazione è imposta a protezione dello stesso lavoratore esposto ad un rischio che comunque promana dall'ambiente lavorativo.

D'altra parte questa disposizione costituisce la migliore conferma del fatto che solo con una esplicita previsione legislativa si può superare il divieto previsto dall'art. 32 Cost. Con il corollario che, trattandosi di norma di stretta interpretazione, non se ne possono allargare le maglie estendendola a situazioni diverse e non previste.

2. Ciò detto spostiamo ora il focus del discorso sulla posizione del lavoratore e sui suoi obblighi contrattuali. Si può ritenere che non aderire alla direttiva del datore possa costituire una violazione di tali obblighi, cioè un inadempimento passibile di licenziamento per giusta causa?

Non dobbiamo dimenticare che la valutazione dell'inadempimento non può essere condotta una volta per tutte ed in astratto, come pretenderebbe chi formula la facile equazione fra il rifiuto della vaccinazione ed il licenziamento.

Il giudizio sull'inadempimento non può che essere condotto sul piano del singolo rapporto; è un giudizio che va individualizzato.

E qui si entra in quel delicato territorio in cui vengono in conflitto le obbligazioni contrattuali del lavoratore con la sua vita privata. Bisogna quindi chiedersi – fermo per il lavoratore l'ovvio rispetto delle obbligazioni relative alla sua prestazione – fino a che punto il comportamento complessivo incide sulla agibilità della prestazione e la permanenza dell'interesse del creditore di lavoro alla prosecuzione del rapporto.

Basta porsi questo interrogativo per avere una bussola che può orientare la discussione.

Stiamo qui mettendo in campo quegli obblighi che hanno a che fare con l'affidamento che il datore ripone sull'adempimento della prestazione del lavoratore.

Ora in questa vasta categoria rientrano anzitutto i cc.dd. obblighi preparatori all'adempimento, entro i quali vanno inquadrati i comportamenti del lavoratore estranei alla prestazione ma che possono incidere sul rapporto (ad es. il caso di un lavoratore che, mentre è assente per malattia, presta lavoro per altri).

Vi rientrano poi i cosiddetti doveri di protezione, altra categoria fecondissima, che ci consente di sottoporre a valutazione tutti quegli inadempimenti da contatto sociale, posti in essere in occasione di lavoro (pensiamo al furto sul luogo di lavoro o alla rissa, ma anche alla lesione dell'interesse dell'impresa a non subire pregiudizi sul mercato con danni all'immagine, etc.).

Ed allora se osserviamo la nostra specie alla luce di tali direttive è facile dedurre che la personalizzazione della valutazione dell'inadempimento non può che condurci ad operare importanti distinzioni fra rapporto e rapporto e fra ambiente ed ambiente. È fin troppo ovvio che i doveri di protezione richiesti ad un dipendente bancario sono ben diversi da quelli pretesi nei confronti della prestazione di un semplice manovale nell'edilizia.

Ma soprattutto la distinzione appena evocata ci consente di personalizzare gli inadempimenti in relazione ai contesti lavorativi nell'ambito dei quali si verificano.

Ne deve conseguire che legittimamente un ospedale o una casa di cura privata possono pretendere la vaccinazione da medici ed infermieri, anche perché sarebbero esposti a responsabilità risarcitoria nei confronti di chi, ricoverato per curarsi, abbia contratto il virus in conseguenza di un comportamento inadempiente di un dipendente. È evidente però che con riferimento a tali specifici rapporti la protezione della salute degli assistiti è proprio l'oggetto della prestazione richiesta agli addetti del settore. In qualche modo – lo dico consapevole della scarsa precisione giuridica dell'espressione – la tutela della salute altrui entra in nella “causa” del contratto.

Infine, una volta che, caso per caso ed in relazione ai diversi “ambienti” lavorativi, si sia considerata esigibile la richiesta di vaccinazione, resta la questione della sanzione applicabile al comportamento deviante del lavoratore.

Il licenziamento, come si sa, presuppone o un “notevole inadempimento degli obblighi contrattuali” (giustificato motivo soggettivo) o, addirittura, una “causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto” (giusta causa).

Anche nelle situazioni appena descritte non è detto che la più corretta reazione datoriale debba essere considerato il licenziamento.

Intanto potrebbe esservi per il datore l’opzione di adibire il lavoratore, che abbia scelto di non vaccinarsi, a posizioni compatibili (o meno incompatibili) con tale scelta, in attuazione del suo potere direttivo, un potere oggi dalle maglie assai più larghe in conseguenza della riforma renziana che ha modificato l’art. 13 dello statuto dei lavoratori (e per esso l’art. 2103 cod. civ.).

Residuerrebbe infine la possibilità di configurare il comportamento del lavoratore come un oggettivo impedimento alla prestazione di lavoro, in ragione di una impossibilità sopravvenuta. Anche se riguardata la questione in questa luce il licenziamento potrebbe non essere una conseguenza automatica.

Come si sa in casi del genere (pensiamo alla carcerazione preventiva del lavoratore o, per le situazioni di impossibilità regolamentata, al comporto per malattia) ci collochiamo non nella sfera della impossibilità totale, perché l’agibilità del contratto di lavoro non è radicalmente compromessa, ma in quella della impossibilità parziale *ratione temporis* (art. 1464 cod. civ.) o temporanea (art. 1256, 2° co. cod. civ.): l’inquadramento nell’una o nell’altra categoria dipende per così dire dal gusto costruttivo dell’interprete.

Prescindo nel presente intervento dal prendere posizione sullo strumento tecnico che il datore dovrebbe adoperare per sancire la rottura del vincolo. Come è ben noto se si opta per l’impossibilità parziale lo strumento è quello del recesso, mentre se si inquadra la specie entro l’impossibilità temporanea il punto di caduta è la risoluzione *ipso iure*.

Conta piuttosto ricordare che sia l’una che l’altra ipotesi di impossibilità non abilitano il contraente adempiente ad una rottura immediata del vincolo negoziale, ma attribuiscono al datore-creditore il potere di risolvere il contratto solo quando non è più rinvenibile un «apprezzabile interesse» all’adempimento parziale (o temporaneo) dell’altra parte.

Ed in situazioni del genere la giurisprudenza, per calcolare il tempo necessario per il venir meno di tale interesse, fa riferimento ad un complesso di parametri come la collocazione del lavoratore nell’ambito del processo produttivo, le mansioni e la

qualifica (un lavoratore più qualificato sarà meno facilmente sostituibile), la dimensione dell'impresa, etc. I nostri giudici tendono così a scivolare sul terreno delle ragioni oggettive, descritte dall'art. 3 della l. 604/66, prendendo in considerazione le conseguenze disorganizzative del comportamento del lavoratore sull'assetto dell'impresa.

Resta fermo comunque che, così facendo, la giurisprudenza opera un adeguato bilanciamento fra l'interesse del datore alla cessazione del rapporto e quello del lavoratore alla conservazione del posto e ritiene che alla scelta di licenziare si possa giungere solo dopo un certo periodo di tempo. Nel frattempo il rapporto di lavoro si trova quindi in una situazione di sospensione fino al momento in cui venga a cessare l'impedimento o si esaurisce l'interesse datoriale all'adempimento parziale.

Come si vede dalla rapida ricognizione effettuata la soluzione del problema non è affatto né semplice né immediata, ma è sottoposta ad una lunga serie di valutazioni intermedie che mettono in discussione sia il potere di imporre la vaccinazione che quello di disporre necessariamente il licenziamento all'inadempiente.

Certo, in una situazione di tale incertezza e su una materia così delicata, sarebbe auspicabile che intervenisse il legislatore, ma la politica purtroppo latita.

Adalberto Perulli

Obbligo di vaccinazione contro il Covid-19 e rapporto di lavoro

25 gennaio 2021

La questione posta è di una complessità disarmante, mentre l'indicazione di contenere il dibattito in uno spazio così limitato rende possibile non una compiuta "argomentazione" ma solo una serie di assertive enunciazioni, le quali, per quanto mi concerne, esprimono un generale favore per un intervento del legislatore *in subiecta materia* e un altrettanto generale scetticismo sulla fondazione per via interpretativa di un obbligo di vaccinazione, ovvero di una imposizione di tale preteso obbligo vaccinale da parte del datore di lavoro, o ancora di un onere in capo al prestatore di eseguirla.

Non mi pare anzitutto sia possibile valorizzare l'art. 20, d. lgs. 81/2008, ai sensi del quale ogni prestatore deve prendersi cura della propria salute e sicurezza e di quella delle altre persone presenti sul luogo di lavoro, su cui ricadono gli effetti delle sue azioni o omissioni, conformemente alla sua formazione, alle istruzioni e ai mezzi forniti dal datore di lavoro. E' abbastanza evidente, infatti, che tale obbligo 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, al cui interno le situazioni di potenziale rischio per la salute e sicurezza devono venire affrontate dal prestatore nel rispetto delle regole tecniche effettivamente sussistenti e codificate, ed in adempimento degli obblighi specifici previsti a tutela della salute nei luoghi di lavoro. Una tale interpretazione del disposto è confermata dalla lettura del comma 2, laddove vengono elencati una serie di comportamenti ed obblighi strettamente pertinenti a disposizioni e istruzioni ricevute relative al corretto utilizzo delle attrezzature di lavoro, all'impiego di sostanze e prodotti pericolosi, all'utilizzo dei dispositivi di protezione messi a disposizione, ecc. Non è quindi possibile ritenere che il lavoratore, rifiutando la vaccinazione, violi tale norma, o comunque ponga in essere un comportamento disciplinarmente rilevante², autorizzando – o addirittura imponendo – il suo licenziamento per giusta causa³.

² C. Cester, *Vaccinazione anti Covid-19 e rapporto di lavoro*, in questa Rivista.

³ In tal senso, invece, V. Ferrante, *Rischio di contagio da Covid e doveri del datore di lavoro*, in questa Rivista.

Men che meno sembra utile il richiamo all'art. 2087 c.c., in funzione di giustificazione di un obbligo di vaccinazione che il datore di lavoro deve rispettare (e far rispettare), e ciò nella misura in cui il legislatore stesso ha previsto che, ai fini della tutela contro il rischio di contagio da Covid-19, il datore di lavoro pubblico e privato adempie alle obbligazioni previste dalla norma codicistica “mediante l'applicazione delle prescrizioni contenute nel protocollo condiviso di regolamentazione sottoscritto dalle parti sociali il 24 aprile 2020 (e successive modificazioni e integrazioni). Orbene, come è ovvio, tale Protocollo, tutt'ora in vigore, nulla prevede in merito all'impiego del vaccino come misura di protezione individuale e di prevenzione del contagio, onde, da una parte, il datore non potrà in adempimento dell'art. 2087 c.c. imporre al lavoratore di sottoporsi a vaccinazione, e ciò non solo perché violerebbe l'art. 32 Cost, ma in quanto tale imposizione non è prevista tra le misure attualmente in vigore per la prevenzione del rischio di contagio da Covid-19 nei luoghi di lavoro, dall'altro non potrà ritenersi responsabile il datore di lavoro per il contagio eventualmente avvenuto sul luogo di lavoro e causato da un lavoratore non vaccinato, o che si è rifiutato di vaccinarsi, se egli ha correttamente adempiuto alle prescrizioni previste dal Protocollo condiviso. Né può dirsi che il datore abbia un diritto ad essere informato dal lavoratore circa il fatto di essersi vaccinato o meno, trattandosi di un dato necessario a gestire la prevenzione del rischio di contagio da Covid-19, non solo e non tanto perché si tratta di informazioni protette dalla *privacy*, ma soprattutto per la medesima ragione già esposta in merito all'adempimento datoriale degli obblighi di protezione, e cioè che, allo stato attuale della normativa, il datore di lavoro adempie alle prescrizioni ex art. 2087 c.c. attenendosi al Protocollo condiviso, ovvero ad altre disposizioni successive, che, allo stato, tuttavia, non sono state emanate. Né infine può dirsi che il lavoratore non vaccinato sia considerato inidoneo alle mansioni, e possa per questo venire sospeso (o addirittura licenziato per GMO) a causa della “inutilizzabilità” della sua prestazione⁴, e ciò nella misura in cui la sua idoneità deve essere valutata in concreto ed oggettivamente in base allo stato di salute del lavoratore, alla condizione organizzativa della prestazione, e al quadro normativo vigente in materia di prevenzione del rischio di contagio, onde non pare che la mancata vaccinazione possa comportare alcuna inidoneità posto che il prestatore, impiegando le cautele e i dispositivi prescritti dal Protocollo, è stato sinora ritenuto “idoneo” al lavoro e non può, oggi, essere ritenuto inidoneo se la sua condizione soggettiva è esattamente la medesima di ieri, o di sei mesi fa, null'altro essendo mutato sul piano organizzativo, su quello delle sue condizioni soggettive, e su quello della normativa anti-Covid 19 nei luoghi di lavoro.

Non si vede quindi su quale solida base il datore di lavoro possa legittimamente imporre, come condizione per la prosecuzione del rapporto, che venga assolto un

⁴ A. Maresca, *Obbligo di prevenzione o di vaccinazione?*, in questa Rivista

asserito “obbligo” di vaccinazione⁵, posto che da nessuna delle norme richiamate un tale obbligo può dirsi scaturire. Anche il richiamo agli obblighi preparatori all’adempimento e ai doveri di protezione⁶, non pare affatto decisiva, posto che, da una parte, l’art. 2087 c.c. costituisce già, in sé, una specificazione di tali doveri, onde non si comprende il vantaggio di “moltiplicare” tali obblighi se – come si è visto - neppure il rispetto della norma codicistica è tale da fondare l’obbligo vaccinale, e, dall’altro, che un tale obbligo autonomo di protezione potrebbe, al più, rilevare non in via preventiva, ma solo *ex post*, sulla base di una avvenuta lesione dell’integrità psico-fisica di cui dovrà essere accertato il nesso di causalità tra l’evento dannoso e l’espletamento della prestazione lavorativa⁷. Lo stesso ordine di argomenti può opporsi alla tesi che fonda un “onere” di vaccinarsi in ragione del “contatto sociale” tipico del rapporto di lavoro; né a fornire maggiore forza a tale prospettazione è utile il parallelismo con l’accertamento sanitario previsto in materia di HIV da Corte Cost 218/1994, per la semplice ragione che mentre in quel caso 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 tali effetti del vaccino non possono ovviamente essere stati né previsti né testati).

⁵ R. Romei, *Vaccinazione e licenziamento*, in questa Rivista

⁶ O. Mazzotta, *Vaccino anti-Covid: può il datore di lavoro imporlo e, in caso di rifiuto, licenziare il lavoratore?*, in il *Quotidiano giuridico*

⁷ Cfr. Cass. 24 febbraio 2006, n. 4184

Roberto Pessi e Antonio Dimitri Zumbo

Covid-19, vaccinazione e rapporto di lavoro

23 gennaio 2021

1. L'epoca in cui si colloca la redazione del presente contributo, cioè l'avvio (peraltro con alcune incertezze) della campagna vaccinale mirante a mitigare gli effetti della pandemia da Covid 19, motiva l'inevitabile prudenza che ne caratterizza i relativi contenuti e le conclusioni cui si intende pervenire. La prospettiva di partenza vede, come noto, la mancata previsione, da parte del legislatore, dell'obbligatorietà della vaccinazione (né generalizzata, né involgente coorti definite) e, quindi, la necessità dell'interprete di operare a legislazione vigente, traendo dalla disciplina specifica in materia di sicurezza sul lavoro e dalle norme e principi generali applicabili al rapporto di impiego, delle possibili, ed iniziali, regole di ingaggio rispetto all'indisponibilità dei lavoratori a sottoporsi alla vaccinazione.

2. In merito, si prende atto dell'estrema difficoltà ad offrire una soluzione generalizzata. E ciò perché la soggettivizzazione della valutazione sembra divenire un'opzione obbligata in un ambito in cui la mancata vaccinazione del lavoratore può avere effetti completamente differenti sotto il profilo del rispetto degli obblighi prevenzionistici e, al contempo, dell'utilizzabilità della relativa prestazione; ciò tenendo in considerazione tanto le mansioni concrete cui il lavoratore sia adibito, quanto il contesto organizzativo ed operativo in cui le stesse siano rese. In tale ottica, è arduo assimilare la posizione di un medico operante in una R.S.A. a diretto e costante contatto con ospiti anziani e/o con gravi patologie a quella di un medico che, invece, si limiti a svolgere attività di tele-medicina; parimenti, è difficile equiparare la posizione di un infermiere operante in un c.d. reparto Covid a quella di impiegato che svolga ordinariamente la propria prestazione in smart working e senza contatti con la clientela. Al contempo, la soggettivizzazione non può non tenere in considerazione anche la situazione clinica del singolo lavoratore e, quindi, la sussistenza di condizioni che ostino alla vaccinazione (come, per esempio, lo stato di gravidanza o di immunodeficienza).

3. La concreta gestione della fattispecie in esame presuppone, pertanto, un esame concreto delle singole posizioni, involgente una valutazione degli effetti della mancata

vaccinazione tanto in termini prevenzionistici riferibili allo stesso lavoratore interessato ed alle sue interazioni con i relativi colleghi di lavoro, quanto in termini di aggravamento del rischio cui siano esposti i clienti e/o gli utenti del datore di lavoro e, quindi, in ultima analisi, della possibile responsabilità di quest'ultimo in relazione agli effetti di un contagio riconducibile ad un dipendente che sia stato scientemente ammesso a svolgere la propria prestazione in assenza di preventiva vaccinazione. Se, a seguito di questa valutazione, e dell'attivazione delle misure di salvaguardia di cui si dirà a breve, emerga che la prestazione del dipendente sia obiettivamente inutilizzabile, allora difficilmente si potrà sostenere che il datore di lavoro possa essere forzato ad accettare la stessa.

4. Come accennato, però, l'eventuale provvedimento espulsivo – per il quale sarebbe comunque necessario attendere il superamento del blocco dei licenziamenti per motivo oggettivo – dovrebbe essere anticipato da misure miranti a preservare il rapporto di impiego, quali, se concretamente realizzabili, l'adibizione a mansioni diverse (compatibili con la mancata vaccinazione) o lo svolgimento dell'attività lavorativa in regime di smart working. Si condivide, quanto meno in astratto, anche la possibilità di prevedere una sospensione del rapporto di impiego; a tal riguardo, se da un lato è ragionevole immaginare che tale sospensione non sia retribuita per i lavoratori che rifiutino la vaccinazione, rispetto a quelli che, invece, non siano in condizioni di vaccinarsi, è auspicabile un intervento legislativo ad hoc che liberi il datore di lavoro dall'onere economico conseguente al mantenimento, in tale ipotesi, della retribuzione. Ma sull'opzione della sospensione sorge un interrogativo di cui è ardua la risposta: qual è il limite massimo di ragionevole durata della stessa? Si potrebbe sostenere sino al termine della pandemia o sino al momento in cui si sia creata la c.d. immunità di gregge. Ma entrambi tali eventi sono fortemente incerti, atteso che non è detto che le autorità sanitarie possano “certificare” il dies ad quem della pandemia, né che concretamente possa pervenirsi ad una effettiva immunità di gregge, certamente non favorita da logiche no-vax e, comunque, messa in forse dalle mutazioni del virus (che, infatti, per esempio, nel caso dell'influenza, determinano l'inoculazione di vaccini con formule di anno in anno sempre diverse, a seconda dei ceppi virali che si ritiene saranno prevalenti). Quanto al collocamento in cassa integrazione (con causale emergenziale) dei lavoratori che non intendano sottoporsi alla vaccinazione, benché tale soluzione potrebbe sicuramente evitare la frizione organizzativa correlata alle opzioni appena descritte e pur consapevoli che, nell'identificare la predetta causale, il legislatore rinvia genericamente ad “eventi riconducibili all'emergenza epidemiologica da COVID-19” (art. 19 del d.l. n. 18/2020), si nutre qualche dubbio in ordine alla compatibilità di tale misura con la natura dell'istituto che, comunque, pur nel regime di eccezione, si innerva sul trattamento ordinario di integrazione salariale, il cui riconoscimento è correlato ad «eventi transitori e non imputabili all'impresa e/o ai dipendenti» (art. 11 del d.lgs. n. 148/2015).

5. Peraltro se, sul piano legislativo, non è stato previsto l'obbligo di sottoporsi al vaccino anti Covid 19, non può negarsi che la scelta di vaccinarsi risponda ad un principio di solidarietà tra i consociati, che dovrebbe essere certamente valorizzato a livello dell'organizzazione aziendale, con piani di informazione e sensibilizzazione che portino i lavoratori dissenzienti ad un consapevole e condiviso mutamento delle proprie opzioni. Ma tale valorizzazione dovrebbe occorrere anche e soprattutto sul piano sindacale, nell'ambito del quale le organizzazioni esponenziali degli interessi dei lavoratori, potrebbero (e forse dovrebbero) operare attivamente per favorire un'ampia adesione alla campagna vaccinale, da cui dipende, in ultima analisi, la ripartenza dell'economia.

6. Quanto sin qui riferito, peraltro, consente di condurci ad una, forse provocatoria, considerazione conclusiva, in particolare riferita alla presente fase iniziale della campagna vaccinale, che prende spunto da notizie di fonte giornalistica, per cui un'ampia porzione del personale, medico ed infermieristico, non intenderebbe aderire alla vaccinazione (uno su cinque)[1]. Ora, è chiaro che in un simile quadro di defezioni, adottare misure quali il mutamento delle mansioni o la sospensione del rapporto riferite al venti per cento della forza lavoro core risulti impossibile; così come è organizzativamente impensabile (soprattutto in considerazione della scarsità di medici ed infermieri sul mercato del lavoro nazionale) che lo stesso datore sia disposto a privarsi di una così ampia aliquota del proprio personale. Ed ecco quindi che quest'ultimo possa divenire il "vaso di coccio" di manzoniana memoria, essendo di fatto costretto, per mantenere l'attività aziendale (di pubblico interesse), a proseguire nell'impiego di dipendenti non vaccinati, con correlata assunzione di elevati rischi risarcitori nei confronti dei propri lavoratori e dell'utenza. Ovviamente questo rischio potrebbe essere eliminato dall'intervento del legislatore, che potrebbe legittimamente stabilire l'obbligo della vaccinazione, quanto meno riferito alle categorie di lavoratori più esposte al contagio (in senso attivo e passivo). Ma, come condivisibilmente indicato dal Direttore di questa Rivista, «la politica purtroppo latita, forse perché ancora alle prese con il pallottoliere dei sondaggi» o, peggio ancora, con la VAR dei lavori parlamentari.

Vincenzo Antonio Poso

**Il bene del singolo e il bene di tutti. E le
«chiacchiere» dei politici (e dei giuristi)
a proposito del vaccino anti Covid -19
tra obbligo e libertà**

25 gennaio 2021

«La bioetica delle vaccinazioni ci impone [...] di ragionare in una prospettiva di ampio respiro, nella quale il bene di cui si va alla ricerca è insieme il bene del singolo e il bene di tutti. Questa naturalmente non è una formula magica, in grado di risolvere tutti i complessi problemi che sorgono dalla pratica delle vaccinazioni: problemi di facoltatività, di obbligatorietà e di coattività, problemi di rapporto costi-benefici, problemi di consenso, problemi di alternatività... L'essenziale, comunque, è che l'opinione pubblica acquisti la consapevolezza che mai, come nel caso delle vaccinazioni, l'atto del singolo acquista significanza solo se collocato nel quadro generale di un'azione collettiva. Ed è in questo nesso, in questa reciproca coappartenenza tra il singolo uomo e la comunità degli uomini, che il problema delle vaccinazioni, come problema bioetico, acquista tutto il suo spessore».

Sono, queste, alcune parole della presentazione del parere del 22 settembre 1995 su "Le vaccinazioni" del Comitato Nazionale per la Bioetica.

Il problema etico delle vaccinazioni è tutto qui, ma la questione è anche, e soprattutto, giuridica, di fronte al rifiuto della singola persona di vaccinarsi e all'opzione dell'obbligo di vaccinarsi imposto dalla Stato, soprattutto in una situazione epidemiologica mondiale della gravità del Covid-19 che stiamo attraversando, senza sicure prospettive di positiva soluzione.

Nel parere del 1995 il Comitato aveva affermato il dovere dello Stato « di promuovere le vaccinazioni considerate essenziali dalla comunità scientifica internazionale non solo attraverso campagne di informazione ed educazione sanitaria, ma anche, se necessario, con altre modalità più incisive», tra le quali anche la coercizione esplicita, proponendosi lo scopo di una protezione vaccinale sufficientemente estesa da

proteggere sia i singoli soggetti, sia l'intera popolazione da rischi significativi di contagio.

Nella mozione su "L'importanza delle vaccinazioni" del 24 aprile 2015, il Comitato Nazionale per la Bioetica, di fronte all'allarme suscitato dalla recrudescenza del morbillo, anche in conseguenza della diminuzione della copertura vaccinale, ritorna su questo tema, richiamando, in maniera più incisiva, la responsabilità personale e sociale per assicurare una copertura adeguata per le vaccinazioni obbligatorie e per quelle solo raccomandate, senza escludere l'obbligatorietà della vaccinazione in caso di emergenza.

Questa posizione è richiamata nel recente parere del 27 novembre 2020 "I vaccini e Covid-19: aspetti etici per la ricerca, il costo e la distribuzione", espresso sempre dal Comitato Nazionale per la Bioetica, che, pur ribadendo il rispetto dell'autonomia individuale e della spontanea adesione, non esclude un'imposizione autoritativa del vaccino, ove il diffondersi di un senso di responsabilità individuale e le condizioni complessive della diffusione della pandemia lo consentano, ritenendo legittimi i trattamenti sanitari obbligatori in caso di necessità e pericolo per la salute delle singole persone e della collettività (sul punto si possono richiamare le sentenze di Corte Cost. 22 giugno 1990, n. 307 e 23 giugno 1991, n. 258).

Questo il punto centrale, che qui interessa: «Pertanto, nel caso in cui questa pandemia, che mette a rischio la vita e la salute individuale e pubblica, tanto più qualora non si disponga di nessuna cura, il Comitato ritiene eticamente doveroso che vengano fatti tutti gli sforzi per raggiungere e mantenere una copertura vaccinale ottimale attraverso l'adesione consapevole. Nell'eventualità che perduri la gravità della situazione sanitaria e l'insostenibilità a lungo termine delle limitazioni alle attività sociali ed economiche, il Comitato ritiene inoltre che – a fronte di un vaccino validato e approvato dalle autorità competenti – non vada esclusa l'obbligatorietà, soprattutto per gruppi professionali che sono a rischio di infezione e trasmissione di virus. Tale obbligo dovrebbe essere discusso all'interno delle stesse associazioni professionali e dovrà essere revocato qualora non sussista più un pericolo per la collettività».

Il perimetro costituzionale, come è noto, è segnato dall'art. 32, comma 2, Cost., ma merita richiamare anche la l. 22 dicembre 2017, n. 219, sul consenso informato e le disposizioni anticipate di trattamento (sul diritto alla libertà di cura v., tra le ultime, le sentenze di Corte Cost. 22 novembre 2019, n. 242 e 16 novembre 2018, n. 207).

Il vaccino, validato e approvato dalle autorità competenti, ora c'è, ma non c'è l'obbligo di effettuarlo, allo stato delle cose, che il governo e il legislatore non considerano una priorità.

L'obbligo di somministrare il vaccino non è (più) un problema "etico", nemmeno per il Comitato, nei limiti sopra indicati; residua, però, il problema politico e giuridico.

A mio avviso, nella grave situazione data, il vaccino anti Covid -19 dovrebbe essere imposto obbligatoriamente, con le sole eccezioni che ne giustificano l'esenzione per motivi di salute (non ne vedo altri, francamente, nemmeno sul piano delle convinzioni personali), anche per consentire la ripresa delle attività sociali, in senso lato, non ultima quella scolastica, a tutti i livelli, ed economiche.

Sembra davvero contraddittorio, nel comportamento governativo e parlamentare, mantenere restrizioni rilevanti, senza disporre l'obbligo della somministrazione del vaccino che ripetutamente viene salutato come la via d'uscita auspicata (e necessitata) dalla pandemia.

Quanto meno il legislatore dovrebbe porsi il problema di rendere obbligatoria la vaccinazione per i dipendenti e gli addetti alle attività essenziali che, con estrema semplificazione, sono state esentate dalla chiusura generalizzata nella prima fase, quella più acuta, della diffusione del virus.

Una scelta del legislatore che, giustamente, alcuni hanno considerato coerente con i principi enunciati dalla Corte costituzionale nelle sentenze 2 giugno 1994, n. 218 e 23 giugno 1994, n. 258, proprio nella prospettiva di evitare rischi per la salute dei terzi e per realizzare un virtuoso bilanciamento tra la salute del singolo individuo e la salute collettiva, realizzata anche, e soprattutto, dalle prescrizioni di legge relative alle vaccinazioni obbligatorie.

Ovviamente nessun obbligo può essere imposto senza l'intervento del legislatore, come pure qualcuno ha ritenuto possibile richiamando le norme fondamentali sulla sicurezza del lavoro, prime fra tutte l'art. 2087 c.c. e del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, nel perimetro degli obblighi non solo del datore di lavoro (art. 18), ma anche dei lavoratori (art. 20).

Peraltro l'intervento del legislatore, necessitato anche dalla previsione costituzionale dell'art. 32, c.2, Cost., porterebbe nell'alveo nazionale una scelta che, anche su questo specifico punto, non può essere di rango regionale.

Come è noto restano in gran parte irrisolti i nodi della tutela della salute nel conflitto delle competenze tra lo Stato e le Regioni in base agli artt. 32 e 117, Cost., ma anche di recente la Corte Costituzionale, con l'inedita ordinanza cautelare n. 4 pronunciata il 14 gennaio 2021, con la quale ha sospeso, per la prima volta, l'efficacia della legge "aperturista" della Regione autonoma della Valle d'Aosta (l. 9 dicembre 2020, n. 11, che dispone misure di contenimento della diffusione del virus Sars-Cov.2 nelle attività sociali ed economiche della regione in relazione allo stato di emergenza), ha confermato che la materia della profilassi internazionale, sancita dall'art. 117, c.2, lett. q, Cost., non spetta alle Regioni, nemmeno a statuto autonomo, ma rientra nella competenza esclusiva dello Stato.

Leggeremo la sentenza che sarà pronunciata a definizione del giudizio di attribuzione, ma la Corte Costituzionale, allo stato, afferma la clausola di supremazia dello Stato (contenuta nella fallita riforma costituzionale del 2016 e riproposta in alcuni progetti di riforma dell'attuale governo), congelando l'autonomia della Regione Valle d'Aosta di derogare alle misure governative anti Covid-19, con la prospettiva di un rischio di pregiudizio irreparabile all'interesse pubblico a una gestione unitaria dell'epidemia a livello nazionale.

È quanto mai opportuno che (anche) su questo fronte, quello dell'obbligo di somministrazione del vaccino anti Covid-19, non si apra un (nuovo e inedito) fronte di contrapposizione tra lo Stato e le Regioni, per l'affermazione delle rispettive competenze, a Costituzione invariata.

Ho letto una recente ordinanza cautelare del Tribunale del Lavoro di Messina del 12 dicembre 2020 (pronunciata nella causa R.G. n. 4505/2020 promossa da alcuni sanitari ausiliari), che ha disapplicato il decreto assessorale regionale siciliano e le note aziendali ospedaliere di sua conseguente applicazione, che, proprio per evitare la concomitanza della "ordinaria" influenza con il contagio pandemico, avevano imposto al personale sanitario l'obbligo della vaccinazione antinfluenzale e anti pneumococcica, sul presupposto, incontestabile, che la tutela della salute è materia che la Costituzione, con l'art. 32, riserva alla legge statale. Anche di recente, con la sentenza 6 giugno 2019, n. 137, la Corte Costituzionale ha considerato legittima solo la normativa regionale sull'organizzazione sanitaria (l. della Regione Puglia 19 giugno 2018, n. 27, sull'esecuzione degli obblighi di vaccinazione degli operatori sanitari, impugnata dal Presidente del Consiglio dei Ministri), nella parte in cui si limita a disporre la vaccinazione del personale sanitario come condizione di accesso ad alcuni reparti, al fine di evitare il contagio anche dei pazienti; esprimendo, tuttavia, una valutazione di incostituzionalità delle vaccinazioni, solo raccomandate a livello nazionale, rese, di fatto obbligatorie a livello regionale (sul punto richiamando la precedente sentenza 18 gennaio 2018, n. 5 che ha riaffermato la competenza statale sulla determinazione dei principi fondamentali sulla tutela della salute, con riferimento alle disposizioni del d. l. 7 giugno 2017, n. 73, conv., con mod., in l. 31 luglio 2017, n. 119, sulle vaccinazioni obbligatorie per i minori fino a 16 anni di età).

Peraltro, sul punto, occorre rimarcare, come già affermato dalla Corte Costituzionale nelle sentenze n. 137/2019 e n. 5 del 2018, che «nell'orizzonte epistemico della pratica medico-sanitaria la distanza tra raccomandazione e obbligo è assai minore di quella che separa i due concetti nei rapporti giuridici. In ambito medico, 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: si veda, da ultimo la sentenza n. 268 del 2017)».

Ci si chiede quali possano essere le conseguenze sul rapporto di lavoro, in caso di rifiuto di vaccinarsi opposto da un dipendente, in ragione degli obblighi che il datore di lavoro ha non solo nei confronti di quest'ultimo, ma anche degli altri dipendenti e della collettività.

Prima di dare una risposta a questa domanda, ci dobbiamo però chiedere se e in quali limiti il datore di lavoro possa imporre al proprio dipendente l'obbligo della vaccinazione.

Sembra del tutto evidente che non possa farlo se non violando il principio stabilito dall'art. 32, c.2, Cost, che vieta l'assoggettamento del lavoratore a un determinato trattamento sanitario che diventerebbe, in tal modo, obbligatorio per volontà di una parte contrattuale e non della legge statale alla quale questa scelta è riservata in maniera esclusiva, come abbiamo più volte detto.

Questo, però, non risolve il problema della responsabilità del datore di lavoro e degli obblighi del dipendente nei suoi confronti.

Qualcuno ha coniugato il principio della prevenzione con quello della solidarietà, ma è indubbio che la solidarietà, se non è imposta dalla legge, resta un mero postulato, un problema di coscienza individuale (e collettiva). Parafrasando un celebre passaggio letterario manzoniano possiamo dire: "la solidarietà, uno, se non ce l'ha, mica se la può dare".

Sul piano degli obblighi della prevenzione, però, la situazione è diversa.

L'art. 2087 c.c., che, come norma residuale, ha un ambito di applicazione esteso, non arriva ad imporre al datore di lavoro di adottare misure di prevenzione, a tutela di tutti i dipendenti, non previste dalla legge e in contrasto con la Costituzione che tutela i diritti della persona; e tuttavia il datore di lavoro deve adottare misure adeguate ed efficaci, per prevenire e limitare il rischio del contagio, imposte dalla scienza medica e dalla tecnica.

Il datore di lavoro, a mio avviso, può, anzi deve pretendere dai suoi dipendenti e collaboratori una certificazione attestante la loro avvenuta vaccinazione, assumendo le necessarie informazioni, nel rispetto della privacy sui lavoratori vaccinati e non vaccinati, per accettare la loro prestazione, in attuazione del rapporto obbligatorio in cui si realizza l'esecuzione del contratto di lavoro.

L'attività di prevenzione e controllo è prevista espressamente dall'art. 279, d.lgs. n. 81/2008, che affida la sorveglianza sanitaria al medico competente (ex art. 41), e al datore di lavoro, anche con la messa a disposizione di vaccini efficaci e con le informazioni necessarie sui vantaggi e gli inconvenienti delle vaccinazioni.

Il comportamento del lavoratore non collaborativo, ostativo, assume indubbiamente un connotato disciplinare, con tutto ciò che ne consegue, sul piano fisiologico o patologico del rapporto di lavoro.

Altra cosa è la valutazione datoriale del comportamento di chi non ha effettuato il vaccino e rifiuta la sua somministrazione. Non è di natura disciplinare, ma non è immune da conseguenze. È un comportamento che non può integrare gli estremi dell'infrazione disciplinare perché è esplicazione di un diritto coperto dalla massima tutela, quella costituzionale.

Valgano, in proposito, tutte le argomentazioni spese da chi ha parlato di sospensione del rapporto di lavoro, impossibilità temporanea sopravvenuta della prestazione, inadempimento, che consentono al datore di lavoro di non corrispondere la retribuzione (e non versare la relativa contribuzione previdenziale ed assistenziale), escludendo la misura estrema del licenziamento, per motivi disciplinari, che, frettolosamente, qualcuno ha pure avanzato all'inizio del dibattito su questo tema.

In buona sostanza il datore di lavoro può eccepire l'inadempimento del lavoratore all'obbligo di sicurezza del lavoratore e pertanto rifiutarsi di ricevere la sua prestazione e non retribuire il lavoratore fino a quando questi non provveda a vaccinarsi.

A meno che, lo ripetiamo, il legislatore non adegui il decalogo delle vaccinazioni obbligatorie con riferimento alla generalità dei prestatori di lavoro o ad alcuni di essi, in considerazione della gravità della situazione epidemiologica, intervenendo, eccezionalmente, anche sulle persone adulte e capaci di intendere e di volere.

È indubbio che, nella grave contingenza nella quale ci troviamo, il datore di lavoro ha interesse non solo a che il proprio dipendente si sottoponga alla vaccinazione, così da fare tutto il possibile per realizzare la prevenzione del rischio di contagio nei luoghi di lavoro, ma deve porsi anche il problema interno alla sua organizzazione di lavoro, per evitare e limitare, nei limiti del possibile, le probabilità di assenze causate dal Covid-19, e, all'esterno, per fornire a clienti e utenti prestazioni e servizi resi da personale vaccinato, tendenzialmente immunizzato, per evitare i rischi del contagio.

Peraltro non è detto che la vaccinazione risolva ogni problema, potendo sussistere gli obblighi, a mio avviso concorrenti con il vaccino, del referto del tampone negativo e della quarantena, nelle situazioni date (qui dovrebbero intervenire il legislatore e le parti sociali, anche con l'adeguamento dei protocolli in essere, in base a direttive e accordi-quadro).

Ma la mancata valutazione disciplinare del rifiuto del vaccino, nei termini sopra riferiti, non esclude, certamente, le implicazioni, e le conseguenti valutazioni, sul piano oggettivo della organizzazione del lavoro.

Il datore di lavoro non può essere costretto ad adeguare la sua organizzazione, anche in termini di organico dei lavoratori dipendenti (ad esempio con un lavoratore a termine o somministrato), per consentire l'esercizio di un diritto, seppure di rilevanza costituzionale, ad un suo dipendente che non intende vaccinarsi.

Certamente il problema dovrà essere valutato nell'ambito concreto del luogo di lavoro, dell'impresa e della specifica unità di lavoro, ma il datore di lavoro potrebbe arrivare alla determinazione del recesso per motivi oggettivi e ad anche per inidoneità all'esercizio delle mansioni assegnate o assegnabili.

Diventa difficile immaginare il trasferimento del lavoratore in altro luogo di lavoro (quale?) immune da ogni possibilità di contagio o l'assegnazione di mansioni compatibili con l'assenza del vaccino (quali?) nella condizione di non contagiare. Innanzitutto perché solo per alcune patologie esiste questo diritto; e comunque perché altrove (se non in regime di smart working o in luogo isolato da tutti) il problema della diffusione del contagio agli altri si porrebbe in ogni caso, non può essere evitato. È difficile, anche, potere immaginare mansioni, espletate nel luogo di lavoro, immuni dal contagio, sebbene inferiori.

E allora, in questo contesto, il datore di lavoro dovrà valutare, attentamente, la rilevanza nel caso concreto dell'art. 42, d.lgs. n. 81/2008, sull'inidoneità alla mansione specifica espressa dal medico competente, per verificare se e a quali condizioni possa anche arrivare al licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

Ovviamente parliamo di una situazione che dovrà essere valutata, nelle sue implicazioni oggettive, quando la campagna di vaccinazione (che sta procedendo per gradi, per territori, per età e categorie ritenute a rischio) sarà completata e a regime, a meno che già oggi, risultando acquisito il rifiuto di sottoporsi alla vaccinazione o di fornire le informazioni utili, il datore di lavoro non sia in grado di assumere le determinazioni conseguenti in ordine al comportamento assunto dal lavoratore. Perché oggi chi non ha avuto ancora la possibilità di vaccinarsi non può essere legittimamente allontanato dal posto di lavoro (tutto deve procedere necessariamente come prima, in base anche ai protocolli sottoscritti e alle disposizioni, anche datoriali, impartite).

È discutibile, invece, a mio avviso la soluzione, pure prospettata con argomenti rilevanti, di consentire, in regime di sospensione del rapporto di lavoro, la CIG-Covid-19, perché la situazione di temporanea impossibilità della prestazione, per quanto possa essere definita oggettiva, deriva, pur sempre, da una scelta del lavoratore, legittima, magari apprezzabile, anche sul piano delle personali convinzioni di ognuno (ma su questo aspetto non è da escludere da parte di qualche lavoratore una censura di discriminatorietà), che, se non risulta giustificata sulla base di presupposti oggettivi

che impongano l'esenzione dal vaccino, non può certamente essere messa sul conto della collettività.

Ovviamente su questo punto il legislatore può assumere una diversa determinazione, ponendosi, responsabilmente, il problema di chi, vaccinato e quasi sicuramente immunizzato è costretto a non lavorare per evitare occasioni di diffusione del contagio e per tutelare i preponderanti interessi collettivi nel rispetto delle misure restrittive adottate dalle autorità competenti e di chi, invece, per assecondare la libertà della sua scelta, è autorizzato a non prestare la sua attività di lavoro, percependo il trattamento economico integrativo.

È il tempo della responsabilità.

Della politica, tutta, non solo del governo e del parlamento, che devono adottare scelte, anche tragiche, se necessario, nell'interesse della collettività.

Ma anche dei giuristi, che devono sapere individuare le soluzioni più appropriate, evitando di enfatizzare le libertà individuali in un contesto che richiede solidarietà e bilanciamento degli interessi.

Roberto Romei

Vaccinazione e licenziamento

23 gennaio 2021

I. Si è aperto nel nostro Paese un dibattito – definito da Giuliano Cazzola sull’ultimo numero di “Europa, Lavoro Diritti” (non senza una qualche ragione) un po’ “surreale” – sulla possibilità di licenziare il lavoratore che rifiuti di vaccinarsi. Dibattito che per ora si pone su coordinate del tutto astratte, sia perché ad oggi casi non ve ne sono stati, sia perché non ve ne potevano essere, dato che fino alla fine di marzo sussiste un blocco dei licenziamenti per ragioni oggettive che in ogni caso impedirebbe il licenziamento del lavoratore che rifiuti di vaccinarsi, a meno di non ritenere che il rifiuto concretizzi un inadempimento sanzionabile.

Ma è questione che una volta venuto meno divieto di licenziamento potrebbe porsi concretamente.

Al quesito occorre dare un risposta che proceda per gradi.

Il primo nodo da sciogliere è se vi sia un obbligo di vaccinazione.

E la risposta, in linea generale, non può che essere negativa, in considerazione dell’ostacolo rappresentato dall’art. 32 Cost. È indubbio infatti che non esista un obbligo di vaccinazione imposto specificamente dalla legge, e che quindi il singolo non sia soggetto ad un obbligo di questo genere.

Altro discorso è se un tale obbligo possa scaturire non da una norma generale, rivolta appunto a tutti i cittadini, ma da norme particolari che riguardino solo i lavoratori.

Da più parti si è richiamato l’art. 279 del D.lgs. n. 81/2008 che impone al datore di lavoro di mettere a disposizione dei lavoratori dei “vaccini efficaci per quei lavoratori che non sono già immuni all’agente biologico presente nelle lavorazioni”. Dunque la disposizione contiene un obbligo per il datore di lavoro, e non un dovere per i lavoratori; e fa riferimento a fattori di rischio endogeni alle lavorazioni e non esogeni come il Covid-19. Certo, potrebbe sempre interpretarsi la norma in via di analogia, estendendone il contenuto anche al caso di specie; ma occorrerebbe almeno porsi il problema del se esista davvero una identità di ratio, e se sia lecita un’ interpretazione che crei una norma che incida nella sfera privata di una persona, ambito questo tanto delicato che lo stesso legislatore costituente ha vincolato la obbligatorietà dei

trattamenti sanitari ad una specifica riserva di legge. E tanto che lo stesso art. 279, all'ultimo comma, implicitamente fa salva la libertà del singolo di non sottoporsi alla somministrazione del vaccino.

Anche l'art. 2087 c.c. impone un obbligo al datore di lavoro, quello cioè di adottare ogni misura che secondo l'esperienza e la tecnica sia necessaria a preservare la salute dei propri dipendenti.

Dando per scontato che la vaccinazione determini una copertura molto alta contro l'infezione da Covid-19, ciò potrebbe costituire un elemento sufficiente per far sì che il datore di lavoro imponga – emanando delle disposizioni “per l'esecuzione e la disciplina del rapporto di lavoro” ai sensi dell'art. 2104 c.c.- un obbligo di vaccinazione.

Sotto questo aspetto il datore di lavoro sarebbe quindi obbligato ad imporre la vaccinazione, rientrando quest'ultima tra le misure che secondo la tecnica e l'esperienza sarebbero necessarie onde preservare la salute dell'intera compagine aziendale. E la eventuale trasgressione integrerebbe una infrazione disciplinare sanzionabile anche con il licenziamento.

Ma anche in questo caso l'impressione è che in tal maniera si finisca con il far dire troppo alla norma del Codice. La legge cui fa riferimento l'art. 32 Cost. è una legge specifica, che cioè imponga come obbligatorio un determinato trattamento sanitario, e non una norma generica, ancorché a contenuto aperto, come l'art. 2087 c.c. La disposizione del Codice civile impone un obbligo generale di adottare determinate misure a tutela della salute dei lavoratori, ed è un obbligo che per di più ha natura contrattuale e che, attuato attraverso l'emanazione di atti unilaterali da parte di un soggetto privato. E dunque per tal via si finirebbe con l'imporre al singolo un trattamento sanitario che deriva da un atto unilaterale e non direttamente da una legge.

Insomma, sia pur rapidissimamente esaminato, il fondamento normativo di un obbligo generalizzato in capo ai lavoratori alla vaccinazione, e, corrispondentemente, di un dovere del datore di lavoro di imporla, sembra essere fin troppo claudicante ed incerto per poter fondare con una certa sicurezza l'obbligatorietà di un trattamento così intrusivo nella sfera personale del lavoratore.

Semmai ci si potrebbe chiedere se una risposta egualmente negativa potrebbe essere data anche ove fossero le stesse parti sociali ad inserire l'obbligo di vaccinazione nei protocolli che contengono le prescrizioni per le misure di contrasto ed il contenimento della diffusione del Covid-19. Come è noto l'art. 29 bis del d.l. n. 34/2020 individua proprio nelle misure inserite in tali protocolli il criterio per l'adempimento dell'obbligo di sicurezza imposto dall'art. 2087 c. c. In tal caso, grazie al sistema dei rinvii a cascata, si potrebbe giungere a sostenere che la obbligatorietà sia imposta dalla legge per il tramite della contrattazione collettiva. Ma ovviamente si

tratta di una prospettiva che necessiterebbe di ben altro approfondimento, e comunque appare di assai difficile realizzabilità.

2. Ciò però non vuol dire che il rifiuto a vaccinarsi sia privo di ogni conseguenza.

Innanzitutto va tenuto presente che, anche se non è di ampiezza tale da sorreggere l'imposizione del vaccino, sussiste comunque l'obbligo per il datore di lavoro di adottare tutte le misure necessarie a tutela della salute dei propri dipendenti, non solo applicando le misure contenute nei protocolli, ma anche ricorrendo alle misure vaccinali. È indubbio infatti che, allo stato delle conoscenze scientifiche attuali, il vaccino possa costituire un valido ausilio onde evitare il contagio della persona e la propagazione del virus verso gli altri.

Ne consegue che il datore di lavoro può legittimamente richiedere, come condizione per lo svolgimento della prestazione di lavoro, che venga assolto l'obbligo di vaccinazione.

Quanto si è appena detto non deve suonare a contraddizione di ciò che si è invece sostenuto nel paragrafo che precede.

Occorre infatti distinguere tra il potere/dovere del datore di lavoro – fondato sull'art. 2087 c.c. e realizzato tramite l'art. 2104 c.c. – di impartire un ordine che obblighi tutti i suoi dipendenti a vaccinarsi. E il potere che lo stesso datore di lavoro ha, sempre fondato sull'art. 2087 c.c., di adottare le misure necessarie alla tutela della salute dei propri dipendenti tra cui può rientrare anche l'obbligo di vaccinazione.

La distinzione può apparire sottile, ma non è inesistente.

Un conto infatti è ritenere che il datore di lavoro possa imporre un obbligo di vaccinazione in esecuzione del suo potere di impartire delle disposizioni per la esecuzione e la disciplina del rapporto di lavoro. Altro conto è che possa determinare le condizioni alle quali la prestazione di lavoro può essere resa, così come accade quando il datore di lavoro prescrive l'utilizzo di determinati dispositivi per la sicurezza (ad es. mascherine). E ciò vale tanto più nel caso della infezione da Covid-19 dove il datore di lavoro ha non solo la responsabilità dei propri dipendenti, ma anche di eventuali terzi con i quali essi possano venire a contatto, come potrebbe accadere nelle strutture sanitarie o di ricovero.

Naturalmente è necessario che l'obbligo, o meglio, la prescrizione del datore di lavoro di vaccinarsi, risponda a criteri di ragionevolezza. Il rifiuto del lavoratore potrebbe essere legittimo ove non sussista pericolo alcuno di contagio, perché il singolo svolge la propria prestazione senza entrare in contatto con nessuno, come potrebbe avvenire ad esempio ove la prestazione di lavoro fosse prestata con modalità agile, e fino a che tale modalità perduri. O svolge la propria prestazione in solitudine.

Ma a parte eventualità del genere, se non può parlarsi di obbligo, sembra invece possa parlarsi di un onere del lavoratore a soddisfare le condizioni che sono determinate dal datore di lavoro per lo svolgimento della prestazione di lavoro.

Ne deriva che in mancanza di tali condizioni la prestazione diviene impossibile per fatto del lavoratore con conseguente sospensione dell'obbligo retributivo.

3. Con il che però non ogni incertezza viene appianata.

Innanzitutto ci si può domandare se il datore di lavoro possa essere informato sull'adempimento dell'obbligo vaccinale, eventualmente richiedendone la dimostrazione.

E la risposta sembra essere positiva.

Non è di ostacolo l'art. 8 della L. n. 300/1970. Innanzitutto perché non ci sono delle "indagini", ma la notizia viene portata a conoscenza del datore di lavoro dal diretto interessato. In secondo luogo perché si tratta appunto di "fatti" rilevanti ai fini dell'attitudine professionale del lavoratore, espressione questa che va intesa in senso ampio, come riferita al possesso delle condizioni necessarie per l'esecuzione della prestazione, del tutti simili ad esempio al possesso di una patente per la guida di un TIR o di un autobus di una linea urbana. In terzo luogo perché incombe sul lavoratore l'onere, appunto, di dimostrare di essere in regola con le prescrizioni che disciplinano l'esecuzione della prestazione di lavoro.

Ma il punto di maggiore interesse riguarda la possibilità di licenziamento, ovviamente per giustificato motivo oggettivo. E la risposta è che non è possibile dare una risposta valida sempre e comunque, ma solo con riferimento in singoli casi. Trovano infatti applicazione le normali regole in tema di licenziamento per gmo.

E dunque il licenziamento sarà possibile ove l'assenza determini il verificarsi delle condizioni richieste dall'art. 3 della L. n. 604/1966: come potrebbe avvenire in tutti i casi in cui la mancata esecuzione della prestazione determini un intralcio al regolare funzionamento dell'attività produttiva. L'assenza di un impiegato addetto ad attività amministrativa può bene essere sopportata se l'organizzazione del lavoro è sufficientemente ampia da poter assorbire il suo carico di lavoro. Non così ad esempio nel caso di una piccola agenzia bancaria con soli due addetti alla cassa. L'assenza dell'uno finirebbe con il concentrare tutto il lavoro sul secondo, determinando inevitabili ritardi con conseguenze negative sulla clientela. Il che legittimerebbe il licenziamento.

Con il che si risponde anche al quesito se il datore di lavoro abbia un obbligo di modificare le mansioni del lavoratore onde renderle compatibili con il rifiuto di vaccinazione. O di esperire altre soluzioni come la collocazione in integrazione salariale.

Sul primo quesito la risposta è negativa in generale, ma positiva in caso di licenziamento, dato il noto orientamento giurisprudenziale che subordina la legittimità del licenziamento alla dimostrazione della inesistenza di altre mansioni cui adibire il lavoratore.

Sul secondo c'è invece una certa perplessità.

La Cassa per Covid-19 fa certo riferimento ad ipotesi in cui non sia possibile avvalersi della prestazione del lavoratore dipendente, ma a motivo di una situazione oggettiva, dovuta appunto alla pandemia ed ai riflessi che da ciò derivano sull'andamento dell'impresa. Ma in questo caso l'impossibilità non è oggettiva, ma dovuta ad una scelta del lavoratore, che esercita certamente un diritto garantito dalla Costituzione, ma non fruendo di provvidenze pubbliche.

Lorenzo Zoppoli

22 gennaio 2021

I problemi giuslavoristici sollevati dall'arrivo dei primi vaccini anti-Covid – obbligatorietà del vaccino, almeno in alcuni contesti, e conseguenze del rifiuto del lavoratore – non si prestano a soluzioni semplici e assertive.

In assenza di una specifica norma di legge, il datore di lavoro, in linea generale, non ha il potere di imporre a un proprio dipendente un trattamento sanitario personale come il vaccino anti-Covid, rientrando tale scelta nella sfera strettamente privata con conseguente tutela costituzionale della libertà individuale comprimibile solo ad opera del legislatore (art. 32 Cost.). Bisogna però considerare come si riflette la somministrazione del vaccino sulle specifiche competenze professionali del lavoratore dedotte nel contratto di lavoro subordinato. Infatti tale contratto si caratterizza perché di norma deve essere eseguito in una comunità di soggetti organizzata dal datore di lavoro, che ne ha la responsabilità e dalla quale egli si attende un risultato utile. Il vaccino può dunque rientrare nell'ambito dei comportamenti esigibili *ex contractu* se ha riflessi sull'idoneità del lavoratore a svolgere la sua prestazione; oppure sugli standard di sicurezza che il datore di lavoro deve garantire negli ambienti di lavoro. In queste due ipotesi, a mio parere, il lavoratore ha un obbligo di vaccinarsi che deriva da regole vincolanti che integrano le obbligazioni contrattuali, sempreché le condizioni di salute del lavoratore consentano la somministrazione del vaccino. Nella prima ipotesi l'obbligo di vaccinarsi 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” (esempio medico o infermiere in situazioni ad elevatissimo rischio di contagio). In questa ipotesi, se, potendolo fare, non ci si vaccina, possono persino venir meno i requisiti di idoneità professionale, il lavoratore non è più abilitato a svolgere la propria attività e può essere anche licenziato; comunque il rifiuto di vaccinarsi può costituire una violazione dell'obbligo di eseguire diligentemente la prestazione con conseguenze sanzionatorie da apprezzare nello specifico (*v. artt. 2104 e 2106 c.c.*). La seconda ipotesi ricorre quando il vaccino può apparire una misura necessaria a tutelare l'integrità psico-fisica del lavoratore stesso (*art. 2087 c.c.*), ma anche la salute degli altri lavoratori che con lui entrino in contatto o dei clienti/utenti o, comunque, degli altri soggetti nei confronti dei quali il datore di lavoro e il lavoratore hanno l'obbligo di garantire la sicurezza negli ambienti di lavoro (*artt. 18-20 del d.lgs. 81/08*). Il ricorso al vaccino può infatti

rientrare nella nozione di massima sicurezza tecnologicamente possibile o praticabile che anzitutto il datore è tenuto ad assicurare già in virtù della disciplina codicistica.

In tutte e due le ipotesi richiamate i margini di apprezzamento soggettivo delle specifiche situazioni sono però alquanto elevate. Infatti le norme citate si prestano a diverse letture. La “natura della prestazione dovuta”, in mancanza di un obbligo legale a vaccinarsi come condizione per lo svolgimento di una data professione, è suscettibile di svariate interpretazioni, anche in relazione al contesto in cui la prestazione viene erogata (si pensi ad un medico con funzioni dirigenziali di tipo amministrativo che non ha alcun contatto con malati di alcun tipo). Lo stesso può dirsi in ordine alla qualificazione del vaccino come “misura necessaria” a garantire la sicurezza negli ambienti di lavoro: tante possono essere le variabili da prendere in considerazione (efficacia ed effetti dello specifico vaccino; disponibilità dello stesso; specifica collocazione della prestazione nell’organizzazione del lavoro; possibilità di variare i compiti del lavoratore o di utilizzare modalità di erogare la prestazione in totale sicurezza, come ad esempio con il sempre più diffuso smart working). E anche i meccanismi sanzionatori possono essere variamente accessibili e graduati, sia in considerazione della gravità specifica del rifiuto del lavoratore di vaccinarsi sia in ordine alle tutele antidiscriminatorie, che, in presenza di tutti i presupposti legali che il lavoratore deve provare, coprono anche le convinzioni personali, come quella di ritenere il vaccino lesivo della propria identità biogenetica o pericoloso sotto l’aspetto del controllo biopolitico del cittadino.

Credo dunque che – come spesso dinanzi alle dinamiche della realtà – sarebbero utili nuovi interventi volti a dettare norme più specifiche nel rispetto dei principi generali. Il legislatore potrebbe intervenire essenzialmente per meglio definire quando l’obbligo del vaccino anti Covid entri nel codice deontologico di talune professioni, garantendo ovviamente il diritto ad essere vaccinati. Per quanto riguarda invece l’obbligo di vaccinarsi correlato al dovere datoriale di garantire la sicurezza sul lavoro – correlato in quanto il lavoratore è tenuto a collaborare alla sua realizzazione- ritengo che nel d.lgs. 81/08 ci siano già tutte le regole necessarie a modulare anche l’obbligo di vaccinarsi con la finalità di garantire le misure di sicurezza più efficaci. Potrebbero però predisporre regole pattizie o buone prassi, come già si è fatto per adeguare le misure di sicurezza alla prima fase della pandemia. Inoltre il d.lgs. 81/08 (art. 279.2 lett. b e art. 42) prevede la possibilità di ricorrere al temporaneo allontanamento del lavoratore inidoneo a mansioni specifiche con attribuzione di mansioni anche inferiori seppure con conservazione della retribuzione in godimento. In una prospettiva di medio periodo, senza pensare immediatamente al licenziamento, si potrebbero eventualmente modulare le sanzioni tramite la contrattazione collettiva, prevedendo quelle ipotesi più gravi ed estreme in cui il rifiuto del vaccino può anche giustificare il licenziamento per violazione degli obblighi contrattuali connessi alla sicurezza degli ambienti di lavoro.