

Paolo Iervolino
Vaccinazione e pandemia
tra diritto ed etica

**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.

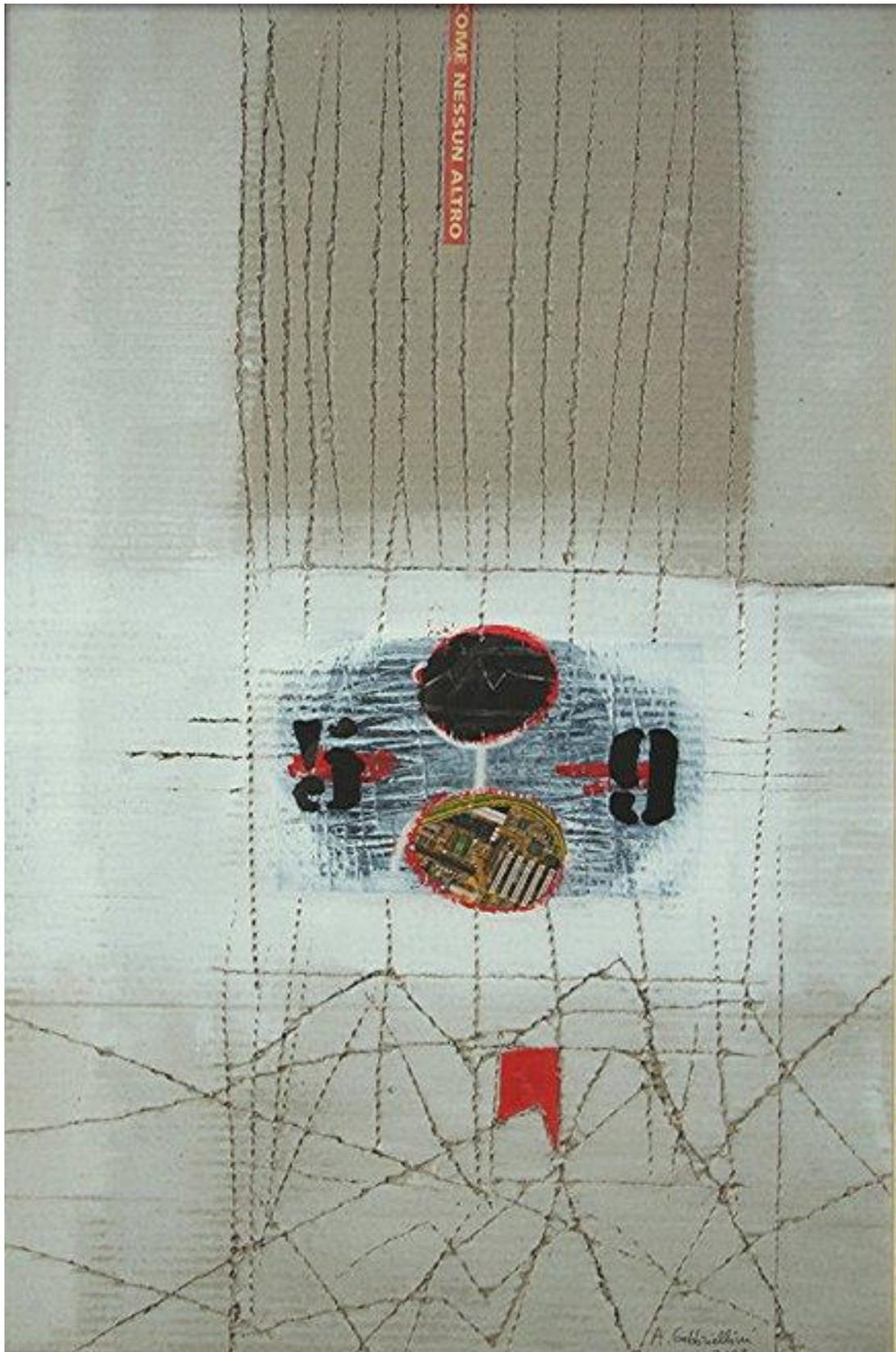
Conversazioni sul lavoro a distanza

da agosto 2020 a marzo 2021

promosse e coordinate da **Vincenzo Antonio Poso**

Gruppo delle Conversazioni sul lavoro del Convento di San Cerbone





Andrea Gabriellini, *Come nessun altro*, 2003 (Ciclo Cartoni graffiati)

Paolo Iervolino

Vaccinazione e pandemia tra diritto ed etica

*aggiornato all' 8 febbraio 2021

** Questo saggio costituisce il capitolo introduttivo di un eBook di prossima pubblicazione di *Lavoro e Previdenza Oggi*, intitolato “*Vaccinazione e rapporto di lavoro*” a cura di Paolo Iervolino.

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. Oggetto - 3. L'insuperabile riserva costituzionale - 4. *Privacy* - 5. Obblighi contrattuali - 6. Immunità di gregge - 7. (il)Legittimità del recesso - 8. Le assunzioni - 9. Conclusioni.

1. Premessa

Proprio nel momento in cui sembrava fosse arrivata per il diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica¹ “*l'ora che volge il disio*”², i giuslavoristi italiani si trovano messi, ancora una volta, alla prova dal COVID-19 sulla questione, dai più ritenuta risolutiva, della vaccinazione.

Va premesso che l'oggetto dell'obbligazione contrattuale nei rapporti di lavoro esula dal semplice risultato economicamente utile del datore di lavoro³, poiché – implicando la persona del debitore – la disciplina degli aspetti patrimoniali deve necessariamente coniugarsi anche con la tutela del prestatore.

Quest'ultima è particolarmente sentita quando il lavoro umano è reso “*alle dipendenze e sotto la direzione*” altrui ai sensi dell'art. 2094 c.c.

La prestazione di lavoro diviene pertanto utile, poiché eseguita in conformità alle esigenze organizzative del datore di lavoro, che si articolano sulla base dell'esercizio di poteri che originano dal contratto.

¹ La riflessione odierna si salda con un precedente lavoro di A. PILEGGI (a cura di), *Il Diritto del Lavoro dell'emergenza epidemiologica*, in *LPO*, (Supplemento), 3-4, 2020.

² La citazione di D. ALIGHIERI, *Inferno*, VIII, 1-6 si riferisce al fatto che al momento il 31 marzo 2021 dovrebbero scadere il blocco dei licenziamenti, la CIG in deroga e lo *smart working* semplificato, per i quali si rimanda, senza pretesa di esaustività, ai contenuti di A. PILEGGI (a cura di), *Il Diritto del Lavoro dell'emergenza epidemiologica*, *op.cit.*; O. BONARDI, U. CARABELLI, M. D'ONGHIA, L. ZOPPOLI (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, in *Consulta giuridica Cgil*, 2020.

³ Artt. 1174 e 1321 c.c.

Da questo squilibrio di poteri è derivata nel corso del tempo una superfetazione legislativa volta a tutelare il contraente debole del rapporto, ma prim'ancora v'è stata – poco dopo il codice civile – anche un'imprescindibile esigenza di protezione dei valori umani che ruotano (anche) intorno alla persona che lavora.

Quest'esigenza ha trovato fondamento nella nuova forma di Governo del Paese, quella di repubblica parlamentare ed è stata positivizzata nella Carta costituzionale, la quale ha però accolto al contempo un modello di società pluralista e capitalista, dove l'iniziativa economica è considerata “libera”, ai sensi dell'art. 41 Cost., potendo anche condizionare altri diritti, come l'occupazione, la retribuzione e – per quanto si dirà appresso – la salute.

Il diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica si scontra dunque oggi, ancora una volta, con questa seconda anima⁴ del diritto del lavoro, in ragione di un nuovo temperamento di valori, senza dimenticare però la lezione di Santoro Passarelli, il quale ammoniva che “se tutti gli altri contratti riguardano l'avere delle parti, il contratto di lavoro riguarda ancora l'avere per l'imprenditore, ma per il lavoratore riguarda e garantisce l'essere, il bene che è condizione dell'avere e di ogni altro bene”⁵. Non è infatti da escludersi che i valori umani posseggano – anche ai fini dell'analisi fin qui condotta – una dignità sovranazionale azionabile dinnanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo⁶.

2. Oggetto

Punto di partenza dell'analisi sono le affermazioni di due autorevoli giuristi, Guariniello⁷ ed Ichino⁸, ai quali va senza dubbio dato il merito di avere, per la prima volta in Italia, posto l'accento sul tema, anticipando opportunamente la riflessione su una questione che di qui a poco si rileverà nodale.

In coincidenza con l'arrivo dei primi vaccini, i due Autori hanno rilevato come sui luoghi di lavoro possano esservi dipendenti contrari alla vaccinazione e in un'ottica anticipatoria entrambi avrebbero

⁴ M. PERSIANI e G. PROIA, *Contratto e rapporto di lavoro*, CEDAM, 2003, p. 7: «Ond'è si può ritenere che il diritto del lavoro abbia due anime: una è quella tradizionale, ispirata alla necessaria tutela dei valori personali dell'uomo che lavora; l'altra è quella che tende a contemperare gli interessi patrimoniali e professionali dei lavoratori con l'efficienza e alla produttività delle imprese».

⁵ F. SANTORO PASSARELLI, *Spirito del diritto del lavoro*, in *Annuali del Seminario Giuridico dell'Università di Catania*, 1947 – 1948, p. 3

⁶ Come è successo per la Repubblica Ceca, dove alcuni cittadini hanno sollevato davanti alla CEDU una questione di legittimità in merito ad una legge sull'obbligo di vaccinazione per violazione degli artt. 8 e 9 della Convenzione Europea per i Diritti Umani (obiezione di coscienza e libertà di culto) ed art. 2 del Protocollo I della Convenzione (libertà educativa). Si rinvia allo scritto di Di Lollo nel presente volume.

⁷ R. GUARINIELLO, *Covid-19: l'azienda può obbligare i lavoratori a vaccinarsi?*, in *IPSOA Quotidiano*, 28 dicembre 2020.

⁸ P. ICHINO, *Vaccino Covid, Ichino: stop al contratto di lavoro se il dipendente si rifiuta*, in *Sky TG24*, 29 dicembre 2020, nonché *amplius*, *Vaccino anti-Covid: può il datore di lavoro imporlo e, in caso di rifiuto, licenziare il lavoratore?*, in *il Quotidiano Giuridico*, 8 gennaio 2021; ID., *Perché e come l'obbligo di vaccinazione può nascere anche solo da un contratto di diritto privato*, in *LDE*, 1, 2021.

risolto la questione pervenendo alla medesima soluzione: il datore di lavoro dovrebbe/potrebbe imporre loro il vaccino a pena di licenziamento⁹, perché il rifiuto metterebbe a rischio la salute di altre persone, la cui responsabilità sul luogo di lavoro è dell'imprenditore.

Ambedue fondando le proprie ragioni su disposizioni complementari, ma differenti.

Mentre Guariniello perviene all'esito in forza soprattutto del D.lgs. n. 81/2008, Ichino vi perviene principalmente sulla base dell'art. 2087 c.c.

Il primo infatti afferma che i datori di lavoro non avrebbero il potere di obbligare alla vaccinazione "se si pensa di poter disporre soltanto del generico art. 2087 c.c."¹⁰. L'obbligo deriverebbe invece dal combinato disposto dagli artt. 279 e 42, D.lgs. n. 81/2008 (c.d. Testo Unico della Sicurezza sul Lavoro)

In particolare, il comma 2, lett. a), del primo articolo impone al datore di lavoro di mettere a disposizione "vaccini efficaci per quei lavoratori che non sono già immuni all'agente biologico, da somministrare a cura del medico competente", mentre il secondo stabilisce che, laddove il medico competente esprima un giudizio di inidoneità del lavoratore alla mansione, il datore di lavoro è tenuto ad adibire "ove possibile" il lavoratore a mansioni equivalenti o, in difetto, a mansioni inferiori.

Il lavoratore che decide di sottrarsi alla vaccinazione disposta dal datore di lavoro dovrebbe essere dunque giudicato inidoneo alla mansione e, in mancanza di collocazioni alternative, licenziato.

Ichino ritiene invece – in un primo momento – che l'articolo 2087 c.c. sia sufficiente ad imporre la vaccinazione sui luoghi di lavoro, perché "quando la scelta di non curarsi determina un pericolo per la salute altrui, prevale la tutela di questa", cosicché "il rifiuto costituirà un impedimento oggettivo alla prosecuzione del rapporto di lavoro"¹¹. La libertà personale di ciascun individuo di sottoporsi alla vaccinazione sui luoghi di lavoro dovrebbe pertanto soccombere di fronte alla protezione della collettività, essendo comunque l'imprenditore tenuto a "tutelare l'integrità fisica [...] dei prestatori di lavoro"¹².

Quest'ultima posizione ha trovato poi conferma in Pisani, il quale anche considera il licenziamento del lavoratore come un atto dovuto in virtù dell'obbligo previsto dall'art. 2087 c.c., ma partendo dal presupposto che la fattispecie debba essere inquadrata nella figura dell'onere e non in quella

⁹ Ritorna apparentemente poi sui suoi passi P. ICHINO, *Vaccino anti-Covid: può il datore di lavoro imporlo e, in caso di rifiuto, licenziare il lavoratore, op.cit.*; ID. *Perché e come l'obbligo di vaccinazione può nascere anche solo da un contratto di diritto privato, op.cit.*, il quale sostiene, coerentemente a quanto affermato dalla dottrina maggioritaria, che il lavoratore dovrebbe preliminarmente essere sospeso senza retribuzione.

¹⁰ R. GUARINIELLO, *Covid-19: l'azienda può obbligare i lavoratori a vaccinarsi?*, op.cit., secondo cui "lo stesso art. 279, comma 2, non si limita a prescrivere "la messa a disposizione di vaccini efficaci", ma impone, altresì, "l'allontanamento temporaneo del lavoratore secondo le procedure dell'articolo 42". E l'art. 42 stabilisce che il datore di lavoro 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."

¹¹ P. ICHINO, *Vaccino Covid, Ichino: stop al contratto di lavoro se il dipendente si rifiuta*, op.cit.

¹² Art. 2087 c.c.

dell'obbligo "in quanto l'essere vaccinato, nella situazione di estrema gravità della pandemia da Covid-19, assume rilevanza di un requisito essenziale per lo svolgimento in sicurezza della prestazione lavorativa." La vaccinazione rientrerebbe infatti a pieno titolo "nei requisiti soggettivi per il lavoratore addetto a determinate mansioni, la cui mancanza può integrare gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo"¹³.

La critica più significativa alle tesi precedenti è stata sollevata invece da Scarpelli, il quale ha, innanzitutto, rilevato l'inadeguatezza del D.lgs. n. 81/2008 e dell'art. 2087 c.c. a soddisfare la riserva di legge di cui all'art. 32 della Costituzione¹⁴, secondo cui «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge.», per poi porre eventualmente, in via subordinata, l'attenzione sull'indispensabilità del vaccino ai fini della prestazione. Secondo quest'ultimo però difficilmente potrebbe comunque essere provata l'inidoneità alla mansione del dipendente che rifiuta di vaccinarsi: 1) perché "sulla base dei protocolli raggiunti dalle maggiori associazioni sindacali con il sostegno del Governo, la situazione nei luoghi di lavoro è sotto controllo"; 2) perché "il datore di lavoro dovrebbe dimostrare che [...] per quelle determinate mansioni, il vaccino di ogni dipendente configura una misura indispensabile per la tutela della salute sua, dei colleghi ed eventualmente del pubblico e degli utenti, e che non vi sono misure alternative adeguate e ragionevolmente sufficienti, come quelle fino ad oggi adottate ed altre progressivamente attuabili (dispositivi di sicurezza, metodi di disinfezione, smart-working, ecc.), le quali consentano di mantenere il dipendente su quelle mansioni."; 3) perché poi "andrebbe valutata la collocabilità del dipendente su altri incarichi con minore rischio di contagio passivo e attivo (ad esempio non a diretto contatto col pubblico), o in forma di lavoro a distanza."¹⁵.

Solo alla fine di questa *probatio diabolica* il lavoratore potrebbe essere eventualmente considerato inidoneo, ma anche qui verrebbe a porsi una questione relativa alla durata di questa inidoneità, se definitiva ovvero temporanea, la cui risoluzione¹⁶ sarebbe strettamente connessa all'avvicinarsi della

¹³ C. PISANI, *Onere del lavoratore di vaccinarsi se non vuole incorrere nel licenziamento per motivo oggettivo*, in www.studiolegalepisani.it, 4 gennaio 2021, nonché, *amplius*, *Emergenza coronavirus, rifiuto del vaccino e licenziamento*, in *Guida al Lavoro*, 3, 19 gennaio 2021.

¹⁴ Dello stesso avviso anche A. PERULLI, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l'opinione di Adalberto Perulli*, in www.labor.it, 25 gennaio 2021; L. FAILLA, *Sconsigliabile imporre o proporre il vaccino*, in *Il quotidiano del lavoro – il Sole 24 h*, 14 gennaio 2021.

¹⁵ F. SCARPELLI, *Rifiuto del vaccino e licenziamento: andiamoci piano!*, in www.linkedin.it, 29 dicembre 2020.

¹⁶ Come affermano anche, non senza perplessità, per i tempi del raggiungimento, anche R. PESSI E D. ZUMBO, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l'opinione di Roberto Pessi e Antonio Dimitri Zumbo*, in www.labor.it, 23 gennaio 2021: « 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).»; sul carattere necessariamente temporaneo dell'eventuale sospensione anche G. GORRETTA, *Pandemia, vaccinazione e rapporto di lavoro*, in *LG*, n.2, 2021.

c.d. immunità di gregge, motivo per cui il lavoratore potrebbe legittimamente invocare una sospensione temporanea del rapporto e il datore di lavoro sarebbe tenuto a concedergliela.

Quest'ultima soluzione, a cui Scarpelli perviene ragionando 'per assurdo', è stata poi condivisa, ma muovendo dal lato datoriale anche da Albi, dopo aver constatato che non esiste alcun obbligo di legge: "se il lavoratore rifiuta di vaccinarsi possiamo immaginare che il datore di lavoro possa non consentirgli di accedere in azienda fino a quando non si vaccina. Può farlo come un'eccezione di inadempimento. Fino a quando non provvedi non ti retribuisco. Di fatto, ti sospendo. Non ti licenzio, ma devo garantire la sicurezza."¹⁷.

Un'ulteriore posizione mediana (rispetto a quelle, semplificando, di Ichino e Scapelli) non dissimile negli effetti però da quella di Albi, è stata poi sostenuta da Maresca¹⁸, il quale, pur negando che il datore di lavoro possa obbligare alla vaccinazione in ragione dell'art. 32 Cost., ha sostenuto che la reticenza del lavoratore possa "portare a una sospensione dovuta non a scelta del datore di lavoro"; il lavoratore che non si vaccina diviene, per causa a lui non imputabile, inidoneo alla prestazione lavorativa, sicché "nel momento di impossibilità di esecuzione della prestazione chi la deve eseguire si ferma e chi la deve remunerare può non pagare". Un'inidoneità che, aggiunge Mazzotta, non comporta però necessariamente un'impossibilità totale "perché l'agibilità del contratto di lavoro non è radicalmente compromessa" ma un "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"¹⁹.

Il punto di partenza della critica di Scarpelli a Guariniello ed Ichino è stato poi più ampiamente ripreso e specificato da Pellacani, secondo il quale, "la qualificazione, confermata nei protocolli, del contagio da Coronavirus quale "rischio generico" in quanto incombente indistintamente su tutta la popolazione e all'individuazione di precise prescrizioni precauzionali, induce a ritenere che l'adozione e la corretta

¹⁷ P. ALBI, «Il lavoratore rifiuta di vaccinarsi? Il datore può sospenderlo», in *il Tirreno*, 1 gennaio 2021, nonché *amplius* *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l'opinione di Pasqualino Albi*, in www.labor.it, 2 febbraio 2021; ma anche G. FALASCA, *Chi non si vaccina può finire in aspettativa senza retribuzione*, in *Il quotidiano del lavoro – il Sole 24 h*, 8 gennaio 2021 se per aspettativa intende sospensione.

¹⁸ In un'intervista A. MARESCA, *Vaccino e lavoro. Può arrivare il licenziamento per chi non lo fa?*, in www.vanityfair.it, 30 dicembre 2020, il quale poi conclude che possa essere anche licenziato il dipendente; ID., *Il vaccino anti Covid, scomoda novità per gli equilibri del rapporto di lavoro subordinato. Intervista di Marcello Basilico a Arturo Maresca, Roberto Rivero, Paolo Sordi e Lorenzo Zoppoli*, in www.giustizainsieme.it, 22 gennaio 2021; ID., *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l'opinione di Arturo Maresca*, in www.labor.it, 22 gennaio 2021.

¹⁹ O. MAZZOTTA, *Vaccino anti-Covid: può il datore di lavoro imporlo e, in caso di rifiuto, licenziare il lavoratore?*, in *Il Quotidiano Giuridico*, 8 gennaio 2021; ID., *Vaccino anti Covid e rapporto di lavoro*, in *LDE*, 1, 2021: «Come si sa in casi del genere (pensiamo alla carcerazione preventiva del lavoratore o, per le situazioni di impossibilità regolamentata, al comportamento 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.»

applicazione delle misure previste nei protocolli e nelle specifiche discipline di settore escluda la responsabilità datoriale, penale, contrattuale ed extracontrattuale”.

Quest’ultimo ritiene però, come anche Mazzotta²⁰, che si possa comunque “distinguere tra ambienti di lavoro in cui il Coronavirus-2 (SARS-CoV-2) sia introdotto intenzionalmente nel ciclo produttivo (laboratori) o in cui la presenza dello stesso non possa essere evitata (strutture sanitarie) dagli altri ambienti di lavoro”, perché per i primi soltanto sarebbe eventualmente possibile argomentare sull’obbligatorietà della vaccinazione ad opera del datore di lavoro²¹.

3. L’insuperabile riserva costituzionale

Al fine di avviare un complessivo percorso critico nei confronti delle costruzioni fin qui esaminate, è utile tornare per un attimo a quanto già osservato in relazione alla tesi di Ichino, secondo il quale

²⁰ O. MAZZOTTA, *Vaccino anti-Covid: può il datore di lavoro imporlo e, in caso di rifiuto, licenziare il lavoratore?*, *op.cit.*: « 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 rifiuto della vaccinazione e 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 nella “causa” del contratto.»

²¹ G. PELLACANI, *Vi spiego perché non si può licenziare chi non si vaccina contro Covid-19*, in www.startmag.it, 1 gennaio 2021; ID., *La vaccinazione contro il Coronavirus (SARS-CoV-2) negli ambienti di lavoro tra norme generali in tema di prevenzione e tutela della salute e sicurezza, disciplina emergenziale per la pandemia COVID-19 e prospettive di intervento del legislatore*, in *LDE*, 1, 2021; Dello stesso avviso anche R. PESSI E D. ZUMBO, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l’opinione di Roberto Pessi e Antonio Dimitri Zumbo*, *op.cit.*

l'obbligo di vaccinazione sui luoghi di lavoro dovrebbe trovare fondamento nella prevalenza dell'interesse collettivo rispetto a quello individuale²².

L'approccio alla tematica della vaccinazione sui luoghi di lavoro dovrebbe dunque essere articolata sulla base dello scopo che essa persegue: la tutela della comunità.

Secondo la ricostruzione, dunque, se i pilastri sui quali è stata edificata la disciplina del diritto del lavoro sono entrati in crisi (a maggior ragione) a seguito dell'emergenza epidemiologica, questa materia dovrebbe anche trovare la forza di riarticolare i propri mezzi sulla base dei nuovi scopi che intende perseguire, poiché gli strumenti a disposizione non sono più soltanto quelli del passato, ma anche quelli derivanti dalla contaminazione con altre discipline. La fase di trasformazione del diritto del lavoro giustificerebbe pertanto un cambiamento di approccio alla materia, molto più aperto ed inclusivo delle altre materie che intercettano il rapporto tra capitale e lavoro.

Ichino muove dunque da quello che potrebbe definirsi un *reverse "purposive approach"*²³, in cui il diritto del lavoro ha una funzione implicitamente servente rispetto alle altre materie, prima tra tutte quella pubblicistica, che pone ai sensi dell'art. 32 Cost, una riserva di legge all'obbligo di vaccinazione. In considerazione della mancata presa di posizione del legislatore sarebbe dunque il diritto del lavoro a fungere da argine contro il rischio dell'emergenza epidemiologica perché "se sono un eremita sono liberissimo di non curarmi e non vaccinarli. Se rischio di contagiare familiari, colleghi o vicini di posto in treno, no: lo Stato può vietarmi questo comportamento"²⁴.

Lo Stato avrebbe pertanto già vietato questo comportamento, ma limitatamente ai rapporti di lavoro, nella norma di chiusura del sistema antinfortunistico, prevista dal legislatore fin dal 1942 e declinata nella realtà di oggi sotto forma di obbligo di vaccinazione sui luoghi di lavoro, onde evitare di mettere a rischio l'intera collettività.

Il diritto all'autodeterminazione troverebbe dunque ancora pieno fondamento nell'art. 32, comma 1, della Costituzione, e sarebbe pienamente rispettato nel limite però di quanto stabilito dall'art. 2087

²² P. ICHINO, *Vaccino anti-Covid: può il datore di lavoro imporlo e, in caso di rifiuto, licenziare il lavoratore?*, op.cit.: «È mia opinione che al quesito possa darsi risposta positiva; il che non implica necessariamente che la via dell'imposizione sia sempre la più opportuna sul piano pratico (su questo punto tornerò in sede di conclusioni). L'opinione è fondata su alcune norme che disciplinano il contratto di lavoro: due di carattere generale, che obbligano rispettivamente il datore e il prestatore di lavoro a realizzare le condizioni di massima sicurezza e igiene in azienda a beneficio di tutti coloro che in essa lavorano, e una di carattere specifico riferita all'eventuale necessità di una vaccinazione. Ma prima di esaminare il contenuto delle tre norme occorre chiarire l'affermazione secondo cui l'autonomia negoziale privata può disporre di diritti della persona protetti da una riserva di legge.

La intrinseca disponibilità dei diritti assoluti della persona. – È un errore assai diffuso quello di pensare che i diritti assoluti della persona siano, in quanto tali, invariabilmente sottratti all'autonomia negoziale della persona stessa. In alcuni casi lo sono: per esempio, il diritto all'integrità corporale è protetto da un divieto di atti di disposizione (che soffre la sola eccezione della possibilità della donazione di un organo ad altro soggetto). Ma nella maggior parte dei casi la possibilità per la persona di compiere atti di disposizione di un proprio diritto assoluto fa parte dell'essenza stessa di quel diritto, il quale altrimenti si trasformerebbe in una camicia di Nesso soffocante per il suo titolare.»

²³ G. DAVIDOV, *A Purposive Approach to Labour Law*, in Oxford University Press, 2016.

²⁴ P. ICHINO, *Vaccino Covid, Ichino: stop al contratto di lavoro se il dipendente si rifiuta*, op.cit.

c.c., perché il lavoratore avrebbe la completa titolarità di scegliere liberamente in ordine ad atti che coinvolgono solo il proprio corpo, ma quando il è datore obbligato a tutelare la salute degli altri dipendenti, il suo diritto troverebbe un ostacolo sui luoghi di lavoro, in virtù proprio del vincolo contrattuale²⁵. Anche perché come evidenziano Benincasa e Pigliararmi, nelle proprie conclusioni, l'art. 2087 c.c. imporrebbe la massima sicurezza tecnologicamente possibile, una c.d. sicurezza tecnica, che oggi può essere data soltanto dal vaccino, nel rispetto della direttiva quadro sulla SSL 89/391²⁶.

A tal proposito però, si è già detto in precedenza che, secondo Scarpelli, l'art. 2087 (anche in combinato con le disposizioni del T.U. Sicurezza sul lavoro) non soddisferebbe la riserva costituzionale posta dall'art. 32, perché la legge dovrebbe prevedere in maniera specifica il trattamento sanitario obbligatorio. Del resto – afferma quest'ultimo – “lo dicono i costituzionalisti”²⁷ come – aggiunge il sottoscritto – Mirabelli, Ainis e Clementi che “la Costituzione pone delle condizioni sui trattamenti sanitari obbligatori, tra cui rientrano anche i vaccini, ma li vincola alla fonte legislativa”²⁸.

Ed anche Celotto²⁹ ha affermato che la legge può obbligare a vaccinazioni di massa, ma con limiti ben precisi: 1) i trattamenti sanitari imposti non possono comportare conseguenze negative per la salute di chi vi è assoggettato, se non entro i limiti delle conseguenze temporanee e di scarsa entità³⁰; 2) la compressione della libertà di autodeterminazione deve variare a seconda delle esigenze della salute altrui, in base ad un rapporto di proporzionalità che si risolve in un giudizio di bilanciamento tra valori, anche rispetto a forme di obiezione di coscienza.

Tant'è vero che anche Scarpelli ha rilevato come un dipendente possa avere varie ragioni ostative al vaccino, ricollegabili non solo alle convinzioni personali, ma anche al proprio stato di salute, motivo per cui Pellacani richiede espressamente – ove dovesse esservi – un intervento del legislatore che

²⁵ P. ICHINO, *Vaccino anti-Covid: può il datore di lavoro imporlo e, in caso di rifiuto, licenziare il lavoratore?*, *op.cit.*: «Proprio il contratto di lavoro costituisce un esempio evidente della disponibilità di diritti personalissimi: con esso, infatti, chi vive del proprio lavoro accetta la limitazione della propria libertà e del right to be let alone che inevitabilmente deriva dal “contatto contrattuale”, oggetto essenziale della pattuizione. Impegnandosi nello stretto “contatto” tipicamente proprio di questa relazione contrattuale, ogni persona accetta non solo la ovvia limitazione della propria libertà di movimento, ma anche la possibilità di indagini dell'imprenditore sulle proprie attitudini e i propri precedenti professionali, la possibilità di essere sottoposta a visita medica domiciliare dal servizio ispettivo competente, e così via. Allo stesso modo chi vive del proprio lavoro accetta la possibilità che – pur in assenza di alcuna norma legislativa da cui derivi l'obbligo di una determinata vaccinazione per tutti – gli si chieda di vaccinarsi, perché il contratto gli impone di rispettare le direttive, purché rispondenti al requisito fondamentale della ragionevolezza, impartite dal datore di lavoro circa le misure di protezione (su questo punto torneremo nei paragrafi che seguono).»

²⁶ G. BENINCASA e G. PIGLIARARMI, *Covid-19 e obbligo giuridico di vaccinazione per il dipendente*, in Working Paper ADAPT, n. 1/2021.

²⁷ F. SCARPELLI, *Rifiuto del vaccino e licenziamento: andiamoci piano!*, *op.cit.*

²⁸ Intervista a C. MIRABELLI, M. AINIS e F. CLEMENTI, “*Sì all'obbligo del vaccino ma solo con una legge*”. *Il parere dei costituzionalisti.*, in www.agi.it, 2 dicembre 2020.

²⁹ A. CELOTTO, *Vaccino Covid, obbligo o patente di immunità?*, in www.huffingtonpost.it, 29 dicembre 2020.

³⁰ Come affermato dalla Corte Cost., sentenza 22 giugno 1990, n. 309.

chiarisca il proprio ambito di applicazione, delineando esplicitamente le ragioni che potrebbero giustificare un rifiuto alla vaccinazione “sulla scorta dell’orientamento che ammette siffatta possibilità in presenza di specifiche e certificate motivazioni mediche che rendano la vaccinazione sconsigliata o pericolosa per la salute”³¹.

Conclude pertanto Celotto, a tal proposito, che la vaccinazione anti COVID-19 deve essere imposta nel rispetto delle garanzie costituzionali, attraverso cioè una legge che coinvolga il Parlamento perché una scelta così importante presuppone un corretto bilanciamento dei valori in campo³².

Quanto affermato sembrerebbe essere stato in effetti già confermato dalla Corte Costituzionale, sentenza 20 giugno 1994, n. 258 in merito obbligatorietà della vaccinazione contro l'epatite virale B, la quale aveva riconosciuto la necessità della tutela del cittadino rispetto ai possibili effetti avversi derivanti da vaccinazione, senza dimenticare che la materia è comunque sottoposta a riserva di legge, perché “implicherebbe ineludibilmente l'intervento del legislatore, al quale questa Corte non potrebbe sostituirsi”; come ragionevolmente non potrebbe farlo nemmeno il datore di lavoro.

Il bilanciamento tra salute individuale e collettiva spetta dunque soltanto al Legislatore, perché dovrebbero essere individuati “in termini normativi, specifici e puntuali, ma sempre entro limiti di compatibilità con le sottolineate esigenze di generalizzata vaccinazione, gli accertamenti preventivi idonei a prevedere ed a prevenire i possibili rischi di complicanze”.

Il limite di cui all’art. 32 della Costituzione non potrebbe dunque essere superato dalle ragioni del diritto del lavoro.

La riserva di legge ha infatti una funzione di garanzia volta ad assicurare che le decisioni vengano prese dall'organo più rappresentativo del potere sovrano, nel pieno rispetto dell'articolo 70 Cost.

È corretto pertanto ritenere che per obbligare alla vaccinazione occorrerebbe necessariamente un atto normativo che sia diretta promanazione di quella volontà popolare capace di esprimersi esclusivamente attraverso la sola sovranità parlamentare, poiché altrimenti non vi sarebbe stato motivo per i Costituenti di riservare talune discipline alla garanzia ineludibile della legge³³.

Un modo brillante di *superare* – nella sua ricostruzione giuslavoristica, di *preservare* – la riserva di legge è stata offerta da Pigliararmi, il quale sviluppa la propria tesi muovendo dai Protocolli di sicurezza, capaci di garantire senza ragionevoli dubbi la *volutas legis* di cui al comma 2, art. 32, della Costituzione. Secondo l’Autore non esiste infatti al momento, ma solo al momento, un obbligo alla vaccinazione, poiché i Protocolli di sicurezza dovranno essere necessariamente aggiornati al “nuovo” stato della tecnica. La certezza di questa futura previsione deriverebbe dalla persuasione – come

³¹ G. PELLACANI, *Vi spiego perché non si può licenziare chi non si vaccina contro Covid-19*,

³² A. CELOTTO, *Vaccino Covid, obbligo o patente di immunità?*, op.cit.

³³ Ma questo aspetto verrà meglio approfondito nel capitolo 4 da Lucianò, dopo che Faiola avrà chiarito se l’Unione Europea abbia competenza in materia e possa eventualmente imporre l’obbligo di vaccinazione agli Stati membri.

anzidetto, secondo una visione ichiniana dell'art. 32 Cost. – che l'art. 2087 c.c. possa comunque soddisfare la riserva di legge in via interpretativa, imponendo così alle parti sociali di fare i conti con la vaccinazione sui luoghi di lavoro³⁴.

Pigliararmi ritiene dunque che i Protocolli condivisi siano diretta riproposizione di una chiara scelta del legislatore dell'emergenza epidemiologica, in cui il diritto non è (stato?) più soltanto quello posto in essere dallo Stato all'interno del Parlamento, ma quello negoziale, negoziato con altri portatori d'interesse, i sindacati, come ai tempi degli Accordi interconfederali.

La ricostruzione fonda dunque dall'affermazione³⁵ di Maresca, secondo cui “l'art. 1, comma 14, del d.l. n. 33/2020, vincolando i datori di lavoro all'osservanza dei Protocolli e, quindi, imponendone l'applicazione, ha (definitivamente) attribuito ad essi forza di legge, regolandone nel rispetto del pluralismo sindacale (art. 39 Cost.) la gerarchia e gli effetti, in combinato disposto con l'art. 29-bis, della l. n. 40/2020”³⁶, motivo per cui, secondo Pigliararmi, “non sarebbe necessario [...] che intervenga il legislatore; basterebbe, infatti, un intervento delle parti sociali che, modificando il Protocollo, renderebbero operativo *ex lege* un obbligo per via del rinvio operato dall'art. 29-bis del decreto-legge n. 23/2020.”³⁷

Senonché una tesi del genere comunque non supererebbe il limite della riserva di legge di cui all'art. 32 Cost., perché i (il) Protocolli condivisi non promanano da un atto legislativo, ma da un atto amministrativo, quale il d.P.C.M. 11 marzo 2020, che all'art. 1, comma 1, n.9, che non delega espressamente alle parti sociali la regolamentazione della sicurezza sui luoghi di lavoro, ma *favorisce* semplicemente “*intese tra organizzazioni datoriali e sindacali*”.

Il legislatore avrebbe dunque ammantato di valore legale il Protocollo condiviso solo *ex post*, quando i suoi ambiti erano già stati circoscritti il 14 marzo e meglio delineati il 24 aprile³⁸.

L'eventuale modificazione del Protocollo obbligherebbe dunque alla novazione della ‘*delega*’ necessaria per l'attribuzione di forza di legge al nuovo contenuto, poiché la legge è sovrana sempre e comunque, imponendo anche in questo caso una nuova cornice, nell'alveo della quale, le parti sociali si possono muovere. Una cornice chiara nella Legge n. 40/2020, la conversione del D.L. n. 23/2020, ove il legislatore ha infatti inteso dare fine al dibattito sollevato dall'art. 42, D.L. n. 18/2020 e dalla

³⁴ G. BENINCASA e G. PIGLIARMI, *Covid-19 e obbligo giuridico di vaccinazione per il dipendente*, op.cit.

³⁵ Ma già da tempo lo affermava P. PASCUCCI, *Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro: novità e conferme nello ius superveniens del d.P.C.M. 22 marzo 2020 e soprattutto del d.l. n. 19/2020*, in *DSL*, n.1, 2020.

³⁶ A. MARESCA, *Il rischio di contagio da COVID-19 nei luoghi di lavoro: obblighi di sicurezza e art. 2087 c.c. (prime osservazioni sull'art. 29-bis della l. n. 40/2020)*, in *DSL*, n. 2, 2020.

³⁷ G. BENINCASA e G. PIGLIARMI, *Covid-19 e obbligo giuridico di vaccinazione per il dipendente*, op.cit.

³⁸ Sul punto si veda la chiara ricostruzione di S. CASSAR, *Prime osservazioni in ordine ai Protocolli di sicurezza anti-contagio*, in A. PILEGGI, *Il diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica*, *LPO*, 2020, : «In questa prospettiva, vale annotare come la manifestazione dell'autonomia negoziale – di per sé priva di efficacia *erga omnes* – abbia subito acquisito un indiscutibile valore normativo per mezzo della sua sussunzione in atti pubblicitici.»

Circolare Inail n.13/2020, che consideravano il contagio avvenuto sui luoghi di lavoro come infortunio e non come malattia.

All'alba del Decreto Cura Italia si poneva infatti la necessità di comprendere quali responsabilità giuridiche avrebbe potuto avere il datore di lavoro nel caso in cui un lavoratore fosse risultato positivo al COVID-19, giacché i casi di infezione accertati in occasione di lavoro avrebbero dovuto essere trattati come infortunio e non come malattia. Di qui il timore che gli imprenditori avrebbero potuto incorrere in sistematiche violazioni delle norme in materia di sicurezza sul lavoro, con conseguente imputazioni penalistiche, trovando applicazione un sistema di presunzioni semplici generalizzato, che avrebbe attribuito ai datori di lavoro l'onere di provare che il virus non fosse stato contratto sul luogo di lavoro, una prova che sembrava però impossibile da raggiungere, vista la capacità diffusiva del virus.

Attraverso questa cornice veniva dunque chiarito, come Cupelli afferma, che “ciò che si può esigere dai datori di lavoro è soltanto l'adozione, l'applicazione e il mantenimento delle prescrizioni contenute nei protocolli espressamente richiamati (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”³⁹.

Ove si dovesse esigere dunque dai datori di lavoro più di quanto stabilito nel Protocollo condiviso (e nelle sue successive modificazioni) sarebbe allora necessario ampliare quella cornice di legalità per circoscrivere nuovamente il contenuto dell'art. 2087 c.c., novando gli effetti giuridici propri della delega.

Con ciò però non si finisce per ritenere – come nelle conclusioni di Benincasa e Pigliararmi – che le parti sociali debbano necessariamente aggiornare i protocolli al nuovo stato della tecnica⁴⁰, prevedendo l'obbligatorietà dei vaccini, poiché, coerentemente a quanto affermato, questi non avrebbero il potere di disporre oltre ciò che gli è stato permesso dalla legge. I penalisti lo sanno bene⁴¹, il rinvio operato dal legislatore non è mobile, ma fisso, poiché l'eventuale modifica – incidendo sulla responsabilità datoriale – andrebbe a violare anche la riserva di legge di cui all'art. 25 Cost.

La forza di legge del Protocollo non è infatti *ad libitum*, ma è manifestamente contenuta dalle ragioni degli artt. 1, comma 14, D.L. n. 33/2020 e 29-bis, L. n. 40/2020, secondo cui l'adozione e la corretta applicazione delle misure ivi previste esclude la responsabilità penale, contrattuale ed extracontrattuale del datore di lavoro.

³⁹ C. CUPELLI, *Obblighi datoriali di tutela contro il rischio di contagio da Covid-19: un reale ridimensionamento della colpa penale?*, in *sistemapenale.it*, 15 giugno 2020.

⁴⁰ A. PAVONE, *La sicurezza sul lavoro passerà dal vaccino*, in *Il quotidiano del lavoro – il Sole 24 h*, 9 gennaio 2021.

⁴¹ Ed infatti D'Agostino ne parlerà incidentalmente nel capitolo 8.

Quand'anche volesse trovarsi legittimazione della riserva di Legge di cui all'art. 32 della Cost. nel Protocollo condiviso, la legittimazione dovrebbe comunque promanare da un atto che vada nuovamente ad ammantare di legalità l'aggiornamento allo stato della tecnica.

Ma questo bilanciamento di interessi relativo all'obbligo di vaccinazione – che andrebbe ad incidere anche sulle responsabilità datoriali – non è di competenza delle parti sociali, come non era di loro competenza obbligare ai test sierologici⁴².

4. Privacy

Un altro tema centrale con riguardo all'obbligo di vaccinazione dei dipendenti, coerentemente a quanto affermato poc'anzi in relazione però ai limiti dei test sierologici sul luogo di lavoro, riguarda la *privacy* del lavoratore.

Quand'anche l'art. 2087 c.c. soddisfacesse, limitatamente ai luoghi di lavoro, la riserva di legge di cui all'art. 32, comma 2, della Costituzione, il datore di lavoro incontrerebbe comunque i limiti derivanti dalla normativa vigente in materia di trattamento dei dati personali.

Ad oggi quest'ultimo infatti non sembrerebbe aver beneficiato di alcuna previsione legislativa ovvero regolamentare che possa legittimare la raccolta ed il trattamento dei dati personali derivanti dal processo di vaccinazione. Secondo l'attuale apparato regolatore è invece il sistema sanitario nazionale a disciplinare il processo di somministrazione dei vaccini sulla base del piano di vaccinazione nazionale⁴³, il quale si fonda però non su provvedimenti di legge, poiché come anzidetto il vaccino anti COVID-19 non è obbligatorio, ma su mere coordinazioni funzionali a regolamentare l'intero procedimento di vaccinazione grazie al quale vengono individuati i soggetti attuatori del piano.

Parimenti nemmeno l'Autorità Garante per la protezione dei dati personali ha adottato, al momento, misure di garanzia *ex* articolo 2 *septies* del Codice Privacy per regolamentare nello specifico il trattamento dei dati “sensibili”⁴⁴ del processo di vaccinazione, ove richiesto dal datore di lavoro.

⁴² Sembrerebbe essere dello stesso avviso M. T. CARINCI, *Back to work al tempo del Coronavirus e obbligo di sicurezza del datore di lavoro. I test sierologici rapidi*, in *Working Paper ADAPT*, n. 3/2020, la quale chiaramente afferma che una eventuale modifica dei Protocolli in merito ai test sierologici debba trovare legittimazione del legislatore: «il legislatore potrebbe attribuire ai Protocolli sindacali anche l'ulteriore funzione di circoscrivere e precisare nel dettaglio le modalità del trattamento dei dati da parte del medico competente (con riferimento alle modalità di prelievo, alla conservazione del dato ed ai tempi di conservazione ecc.) – anche in questo caso in attuazione di un protocollo nazionale cornice di carattere generale (si veda § 4) – per attuare al meglio nello specifico contesto i principi del GDPR con lo specifico obbiettivo di tutelare il più possibile la dignità e la riservatezza dei lavoratori (si veda infatti l'art. 88, comma 2, del GDPR).»

⁴³ È la prima critica opposta alla tesi di Guariniello da parte di G. FALASCA, *Non si può licenziare il dipendente che rifiuta di vaccinarsi*, in *www.open.online.it*, 25 dicembre 2020

⁴⁴ Espressione pre-GDPR, che oggi è sostituita con “*particolari categorie di dati*”.

Quest'ultimo pertanto non potrebbe procedere al trattamento dei dati personali dei propri dipendenti, stante l'attuale mancanza di provvedimenti attuativi del legislatore e dell'autorità indipendente poc'anzi descritti.

Chi scrive ovviamente non dimentica che, in ragione della tutela della salute pubblica, l'art. 9 del GDPR potrebbe comunque legittimare il trattamento dei dati personali da parte del datore di lavoro come misura funzionale/servente⁴⁵ a contrastare l'emergenza COVID-19, ma bisognerebbe allora tornare a domandarsi ancora una volta se l'art. 2087 c.c. ed il T.U. sicurezza sul lavoro, siano disposizioni sufficientemente idonee a legittimare l'obbligo di vaccinazione sul luogo di lavoro⁴⁶.

D'altro canto si potrebbe anche ragionevolmente ritenere che tra gli obblighi di legge del datore di lavoro, ai sensi proprio dell'art. 18, comma 1, lett. c, D.Lgs. 81/2008, v'è anche quello di tenere conto delle capacità e delle condizioni dei lavoratori in rapporto alla loro salute ed alla sicurezza nell'affidare loro compiti per cui sarebbe possibile richiedere un certificato di idoneità alla mansione da parte del medico competente.

Ma questa possibilità dovrebbe passare prima da uno stringente vaglio circa la necessità del vaccino ai fini della prestazione lavorativa da parte di tutti i dipendenti, come sembrerebbe desumersi implicitamente anche da quanto sostenuto da Guariniello ed Ichino, permeando dal combinato disposto dagli artt. 279 e 42, D.lgs. n. 81/2008⁴⁷.

5. Obblighi contrattuali

Posti gli insuperabili limiti di cui ai precedenti paragrafi si ritiene che, in assenza di un intervento legislativo, sia centrale il tema dell'eventuale indispensabilità del trattamento sanitario sul luogo di lavoro, al fine di poter comunque escludere un potenziale obbligo generalizzato del vaccino.

Potrebbe legittimamente obiettarsi, a tal proposito, che il datore di lavoro sia tenuto a rispettare solo gli obblighi circoscritti dal Protocollo di sicurezza, i quali vanno a permeare il contenuto dell'art. 2087 c.c., ma come già rilevato poc'anzi da Benincasa e Pigliararmi questa obiezione verrebbe ragionevolmente superata dalla necessità di aggiornarsi allo stato della tecnica, poiché i vaccini non erano disponibili al 24 aprile⁴⁸.

⁴⁵ Perché ovviamente il trattamento dei dati personali non può di per sé essere inteso quale strumento idoneo a contrastare l'emergenza epidemiologica.

⁴⁶ Ma di questo tema riguardante i limiti al trattamento dei dati personali parlerà più approfonditamente Nicotra nel capitolo 6.

⁴⁷ R. GUARINIELLO, *Covid-19: l'azienda può obbligare i lavoratori a vaccinarsi?*, *op.cit.*

⁴⁸ G. BENINCASA e G. PIGLIARARMI, *Covid-19 e obbligo giuridico di vaccinazione per il dipendente*, *op.cit.*; ma anche, più di recente, A. DE MATTEIS, *Art. 32 della Costituzione: diritti e doveri in tema di vaccinazione anti-Covid*, di prossima pubblicazione in *Il Giuslavorista*, anticipato su *Conversazioni sul lavoro a distanza*.

Posto quanto sopra, bisognerebbe allora domandarsi se questa indispensabilità sussista per tutti gli ambienti lavorativi.

Ad avviso di chi scrive, infatti, sussisterebbero comunque dei limiti e questi stessi sarebbero contenuti proprio nelle medesime disposizioni da cui muovono le tesi favorevoli all'obbligatorietà del vaccino sul lavoro. Gli artt. 279 e 42 D.lgs. n.81/2008 sono norme impositive anche di un limite al datore di lavoro, giacché trovano applicazione solo nei casi in cui “*l'agente biologico [sia] presente nella lavorazione*”.

È allora forse il caso di distinguere tra gli ambienti in cui il rischio di contagio è generico, da quelli in cui è invece specifico, poiché solo da questa distinzione si potrebbe (più ragionevolmente) comprendere quando il vaccino possa essere considerato quale misura indispensabile ai fini della prestazione lavorativa. Ai sensi dell'art. 279, D.lgs. n. 81/2008, si adottano infatti misure speciali di protezione – peraltro attraverso la semplice “*messa a disposizione di*” non “*obbligando ai*” vaccini – solo se il medico competente ritiene che sussista per quel determinato ambiente un rischio biologico, ma come rilevato da Benincasa “negli ambienti di lavoro non sanitari, il rischio Covid-19 si caratterizza per essere un rischio biologico generico (e non specifico) di origine esogena all'organizzazione dell'impresa”⁴⁹. Motivo per cui, conclude anche Mazzotta, “legittimamente un ospedale o una casa di cura privata possono pretendere la vaccinazione da medici ed infermieri, 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”⁵⁰.

Sarebbe dunque possibile tutt'al più considerare – o meglio “argomentare”, secondo la ricostruzione di Pellacani⁵¹ – indispensabili i vaccini solo negli ambienti sanitari, poiché il COVID-19 avrebbe ragione di essere “*presente nella lavorazione*”⁵² degli ospedali (e probabilmente nemmeno ogni reparto), delle farmacie (solo quelle che fanno i tamponi), dei laboratori di analisi e dei centri di ricerca batteriologica⁵³.

⁴⁹ G. BENINCASA e G. PIGLIALARMI, *Covid-19 e obbligo giuridico di vaccinazione per il dipendente*, op.cit.

⁵⁰ O. MAZZOTTA, *Vaccino anti-Covid: può il datore di lavoro imporlo e, in caso di rifiuto, licenziare il lavoratore?*, op.cit.

⁵¹ G. PELLACANI, *Vi spiego perché non si può licenziare chi non si vaccina contro Covid-19*, op.cit.

⁵² Muovendo dall'art. 279, D.lgs. n. 81/2008 perviene a questa stessa conclusione anche S. BELLOMO, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l'opinione di Stefano Bellomo*, in www.labor.it, 23 gennaio 2021: « 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 Dir. UE 2020/739 del 3 giugno 2020 e dalla disposizione attuativa contenuta nell'art. 17 del d.l. n. 149 del 2020.»

⁵³ Come anche confermato dalle statistiche INAIL, per le quali si rimanda al commento di G. PIGLIALARMI, *Covid-19 e infortunio sul lavoro: arrivano le prime statistiche fornite dall'INAIL*, in *Bollettino ADAPT*, 26 ottobre 2020, n. 39.

Si potrebbe allora concludere che il datore di lavoro avrebbe il potere di imporre il trattamento sanitario solamente a quegli ambienti lavorativi, poiché solo in essi il vaccino si renderebbe indispensabile ai fini della prestazione lavorativa⁵⁴.

Orbene, una volta precisato che il datore di lavoro possa tutt'al più imporre il vaccino solo quando questo si rende indispensabile, è altresì necessario chiarire un ulteriore aspetto relativo ad alcune tesi precedentemente richiamate: il lavoratore viene implicitamente obbligato al trattamento sanitario, se chi non si vaccina diviene inidoneo alla prestazione. Autorevoli dottrine⁵⁵ sembrerebbero invece ritenere – collocandosi apparentemente nel mezzo⁵⁶ – che il datore non possa obbligare i propri dipendenti al vaccino in virtù del limite di cui all'art. 32 Cost., per poi concludere che, (solo alcuni esplicitamente in questi termini) ai sensi dell'art.1256 c.c., il lavoratore possa essere sospeso senza retribuzione per impossibilità sopravvenuta.

Come se la vaccinazione potesse essere un onere⁵⁷ dalle conseguenze pregiudizievoli.

L'onere semmai viene tipicamente assolto solo per il conseguimento di un effetto favorevole. Ove non venisse adempiuto pertanto, non si conseguirebbe l'effetto favorevole, ma nemmeno quello pregiudizievole.

Negare però l'obbligatorietà in virtù dell'art. 32 Cost, ammettendone la sospensione ed eventualmente il licenziamento, sarebbe contraddittorio, perché si finirebbe per qualificare la vaccinazione come un onere dalle conseguenze pregiudizievoli.

⁵⁴Non è ovviamente dello stesso avviso P. ICHINO, *Vaccino anti-Covid: può il datore di lavoro imporlo e, in caso di rifiuto, licenziare il lavoratore?*, *op.cit.*: «Si osservi, a questo proposito, che la sostanza del discorso non cambia se, invece che a un ospedale o casa di cura, esso è riferito a un'impresa alberghiera, di ristorazione, o di trasporto, dove gli utenti esposti al rischio del contagio, invece che pazienti, sono avventori o viaggiatori. Ma non cambia neppure se si riferisce a un'impresa manifatturiera: anche in questo caso, in presenza di un rischio ben conosciuto, qualificato esplicitamente dalla legge – come si è visto – come rischio da lavoro tipico, cioè rischio cui è tipicamente esposto chiunque lavori in un'azienda insieme ad altre persone, la responsabilità del datore di lavoro per la sicurezza di ciascuno dei dipendenti è la stessa che grava sul titolare dell'ospedale, della casa di cura, dell'albergo, o del servizio di trasporto.

I sostenitori della tesi secondo cui il datore di lavoro non potrebbe, in linea generale, richiedere ai dipendenti la vaccinazione anti-Covid ammettono che la vaccinazione possa essere invece richiesta ai medici e infermieri di un ospedale o casa di cura; ma non spiegano in che cosa si differenzi la responsabilità del titolare di ospedale o casa di cura nei confronti dei dipendenti o dei terzi rispetto alla responsabilità del titolare di qualsiasi altra impresa: la particolare intensità del rischio di contagio da contatto tra persone nel luogo di degenza e/o cura non toglie che un rischio della stessa natura – forse meno intenso per il meno diretto contatto tra le persone, ma pur sempre molto elevato nel caso del Covid-19 e in particolare delle sue mutazioni più recenti – sussista anche in un albergo, in un luogo di ristorazione, in un centro commerciale e in qualsiasi altra azienda nella quale diverse persone operino continuamente ed entrino in contatto fra di loro in un ambiente chiuso. La severità della giurisprudenza consolidatasi nell'ultimo trentennio in materia di responsabilità dell'imprenditore per la sicurezza e igiene degli ambienti di lavoro non sembra lasciare dubbi al riguardo.»

⁵⁵ P. ALBI, *«Il lavoratore rifiuta di vaccinarsi? Il datore può sospenderlo»*, *op.cit.*; C. PISANI, *Onere del lavoratore di vaccinarsi se non vuole incorrere nel licenziamento per motivo oggettivo*, *op.cit.*; A. MARESCA, *Vaccino e lavoro. Può arrivare il licenziamento per chi non lo fa?*, *op.cit.*; O. MAZZOTTA, *Vaccino anti-Covid: può il datore di lavoro imporlo e, in caso di rifiuto, licenziare il lavoratore?*, *op.cit.*

⁵⁶ Le premesse sarebbero apparentemente le stesse di Scarpelli, ma le conclusioni sarebbero le medesime di Ichino.

⁵⁷ Esplicitamente in questi termini C. PISANI, *Onere del lavoratore di vaccinarsi se non vuole incorrere nel licenziamento per motivo oggettivo*

Né potrebbe dirsi che l'emergenza epidemiologica sia fatto, estraneo alle due parti del contratto di lavoro e non imputabile a nessuna di esse, che, in determinati casi, può rendere impossibile l'esecuzione della prestazione senza vaccinazione, perché le attività lavorative in questi mesi sono proseguite prima, dopo e durante il *lockdown*⁵⁸.

Se il COVID-19 fosse stato un fatto impeditivo della prestazione, lo sarebbe stato fin da subito.

Il lavoratore, dunque, così come era idoneo al lavoro prima della scoperta del vaccino, dovrebbe continuare necessariamente ad esserlo anche dopo il suo eventuale rifiuto⁵⁹.

Non è pertanto ammissibile una via terza.

Non si può cioè premettere che nessuno possa essere obbligato, nemmeno da un datore di lavoro, a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge, se poi si perviene agli effetti della sospensione del lavoratore senza retribuzione ed eventuale licenziamento per g.m.o., poiché si finirebbe implicitamente col ritenere il vaccino quale elemento indispensabile ai fini della prestazione, divenendone elemento imprescindibile – e dunque, nel caso concreto, obbligatorio – per la soddisfazione della pretesa creditoria datoriale.

Solo nel caso di indispensabilità, infatti, poiché è lavoratore subordinato chi si obbliga a rendere una prestazione sotto la direzione del datore di lavoro, quest'ultimo potrebbe imporre quale misura di sicurezza il vaccino ed il lavoratore sarebbe tenuto a osservarla, a pena di conseguenze pregiudizievoli.

Nel caso in cui non fosse indispensabile, invece, il datore non potrebbe, poiché il potere direttivo esercitato sarebbe sproporzionato rispetto al fine di garantire la sicurezza individuale e collettiva sui luoghi di lavoro e, probabilmente, esorbiterebbe anche dalla prestazione lavorativa, nel senso che si tradurrebbe nell'imposizione al lavoratore di un obbligo ulteriore e autonomo rispetto a quello di prestare il proprio lavoro.

Orbene, poste queste imprescindibili premesse, è allora necessario distinguere, come già rilevato, tra chi non si vaccina per motivi di salute e chi non si vaccina per convinzioni personali.

Ad avviso di chi scrive, infatti, una volta circoscritti i limiti all'eventuale potere di imposizione datoriale, è altresì doveroso distinguere – per comprendere le conseguenze sanzionatorie derivanti dal rifiuto – tra *chi non può* e *chi non vuole* vaccinarsi⁶⁰.

⁵⁸ Sono condivisibili a proposito le considerazioni sul *lockdown* quale impedimento oggettivo alla prestazione di A. PILEGGI, *Una riflessione sul diritto del lavoro alla prova dell'emergenza epidemiologica*, in A. PILEGGI (a cura di), *Il Diritto del Lavoro dell'emergenza epidemiologica*, in *LPO* (Supplemento), 3-4, 2020: «Quel *factum principis* di cui dicevamo (la sospensione di tutte le attività produttive e commerciali), è di portata tale da esonerare il datore di lavoro dall'obbligo retributivo nei confronti di dipendenti impossibilitati a rendere la prestazione lavorativa per fatto a lui, ed a loro, non imputabile²⁹, e determinerebbe, comunque, la sospensione del rapporto di lavoro (e non solo del lavoro)».

⁵⁹ Come avrà modo di argomentare Alessandri nel capitolo 7.

⁶⁰ Implicitamente anche V. FERRANTE, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l'opinione di Vincenzo Ferrante, op.cit.*: «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

In un'ottica puramente civilistica del contratto di lavoro subordinato, infatti, la distinzione assume un ruolo fondamentale, perché: 1) chi rifiuta per convinzioni personali potrebbe essere *anche* licenziato per motivi disciplinari; 2) chi rifiuta per motivi di salute potrebbe essere *solo* licenziato per motivi oggettivi.

Se è vero che l'art. 279, D.lgs. n. 81/2008, è una disposizione indirizzata al datore di lavoro e non al prestatore, ponendo al primo (e non al secondo) un obbligo quando si rende indispensabile, è anche vero che questa norma non attribuisce poteri ulteriori rispetto a quelli direttivi desumibili dal codice civile.

Quando dunque ai fini dell'obbligazione si renderebbe necessaria la misura di sicurezza del vaccino il lavoratore sarebbe tenuto a rispettarla in virtù degli obblighi che originano dall'art. 2094 c.c. Ma non solo, poiché il T.U. sicurezza sul lavoro impone ulteriori obblighi anche in capo al prestatore.

Ai sensi dell'art. 20, comma 2, lett b), D.lgs. n. 81/2008, grava infatti proprio sul lavoratore sia l'obbligo di prendersi cura della propria salute, sia della salute "*delle altre persone presenti sul luogo di lavoro su cui ricadono gli effetti delle sue azioni od omissioni*". Motivo per cui, come rilevato da Ichino, "le direttive impartite dal datore di lavoro in materia di sicurezza e igiene dell'ambiente di lavoro, se ragionevoli (cioè conformi alle indicazioni che si traggono da scienza ed esperienza), contribuiscono a determinare il contenuto dell'obbligazione contrattuale del dipendente"⁶¹.

Il datore di lavoro dovrebbe pertanto comprendere i motivi dell'eventuale rifiuto del proprio dipendente alla vaccinazione per valutare le possibili conseguenze sanzionatorie, perché se l'impossibilità della prestazione fosse attribuibile al prestatore, non vi sarebbe estinzione dell'obbligazione, se non per una mera (mancanza di) volontà di quest'ultimo⁶².

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.»

⁶¹ P. ICHINO, *Vaccino anti-Covid: può il datore di lavoro imporlo e, in caso di rifiuto, licenziare il lavoratore?*, op.cit.

⁶² R. RIVERSO, *Il vaccino anti Covid, scomoda novità per gli equilibri del rapporto di lavoro subordinato. Intervista di Marcello Basilio a Arturo Maresca, Roberto Rivero, Paolo Sordi e Lorenzo Zoppoli*, in www.giustiziainsieme.it, 22 gennaio 2021: «Tutti coloro che si occupano della questione, anche quando escludono obblighi per le parti del contratto di lavoro, ammettono comunque il licenziamento oggettivo per inidoneità professionale, salvo le alternative praticabili, decorso un periodo di sospensione. Propendo, invece, per un'interpretazione costituzionalmente orientata che miri a responsabilizzare al massimo le parti del rapporto, a fronte della drammatica pandemia. Anche perché mi pare elusivo, sul piano sistematico, far scadere il rifiuto di una misura di sicurezza come il vaccino – pregnante questione contrattuale, imputabile alla volontà di una parte – a mera inidoneità professionale: come se il lavoratore fosse malato, o incapace a svolgere le mansioni, mentre è renitente agli obblighi di protezione citati. E' una tesi che, a ben vedere, indebolisce anche le tutele, conservative e retributive, modulabili meglio sul piano soggettivo, col principio di proporzionalità, piuttosto che attraverso la fattispecie dell'impossibilità sopravvenuta fondata esclusivamente sulla valutazione del residuo interesse alla prestazione del creditore»; ma anche C. CESTER, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l'opinione di Carlo Cester*, in www.labor.it, 23 gennaio 2021: «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,

Ove il lavoratore declinasse la richiesta di vaccinazione, la condotta potrebbe infatti assumere rilevanza disciplinare⁶³ qualora il motivo posto alla base del rifiuto fosse meramente arbitrario. In questo caso infatti il dipendente *potrebbe* vaccinarsi, perché non avrebbe alcuna ragione oggettiva ostativa al trattamento sanitario imposto ai fini dell'obbligazione, ma deciderebbe comunque di non farlo sulla base delle proprie convinzioni personali, le quali tuttavia non rilevano ai fini del rapporto lavorativo⁶⁴.

A chi scrive ovviamente non sfugge che le convinzioni possano essere di qualsivoglia natura. Ove allora il rifiuto si fondasse su motivi ragionevoli, il datore di lavoro non potrebbe fare altro che rispettarli, in virtù dei principi contrattuali di correttezza e buona fede, ma qualora si fondassero su motivi discutibili, il lavoratore potrebbe ragionevolmente andare in contro ad un *notevole* inadempimento contrattuale.

In questo secondo caso, infatti, opponendosi arbitrariamente alla vaccinazione, in violazione degli obblighi imposti dagli artt. 2094 c.c. e 20, D.lgs. n. 81/2008⁶⁵, il prestatore potrebbe essere licenziato

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.»; ma anche V. FERRANTE, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l'opinione di Vincenzo Ferrante*, in www.labor.it, 22 gennaio 2021 che arriva ad ammettere anche la giusta causa per il rifiuto.

⁶³ Sarebbe dello stesso avviso, ma conclude varie ragioni sulla impossibilità oggettiva (ad avviso dello scrivente superabili) P. ICHINO, *Vaccino anti-Covid: può il datore di lavoro imporlo e, in caso di rifiuto, licenziare il lavoratore?*, *op.cit.*: «Se, sulla base di tutto quanto esposto sopra, in una situazione di perdurante pandemia si riconosce la legittimità della scelta del datore di richiedere ai propri dipendenti la vaccinazione contro il Covid-19 (in ipotesi concretamente disponibile), si deve riconoscere che la renitenza del dipendente alla vaccinazione è in astratto suscettibile di essere trattata allo stesso modo del rifiuto di una qualsiasi altra misura di sicurezza, che nei casi più gravi può portare al licenziamento disciplinare. Senonché è ragionevole ritenere che l'intensità del dibattito politico in corso negli ultimi anni sull'obbligo delle vaccinazioni in generale, e su quello della vaccinazione contro il Covid-19 in particolare, possa avere un'incidenza sull'elemento psicologico indispensabile per il configurarsi della mancanza disciplinare grave: donde un'indicazione nel senso della preferibilità della qualificazione, semmai, della renitenza alla vaccinazione come impedimento di carattere oggettivo alla prosecuzione della prestazione, piuttosto che come mancanza disciplinare.»; ma anche più esplicitamente G. CAZZOLA, *Il vaccino anti Covid e il licenziamento del dipendente*, in www.startmag.it, 2 gennaio 2021, secondo cui «il datore potrebbe avvalersi del suo potere disciplinare e, alla fine, risolvere il rapporto» e A. PAVONE, *La sicurezza sul lavoro passerà dal vaccino*, *op.cit.*

⁶⁴ Cass. sentenza 12 Novembre 2013 n. 25392, in Pluris CEDAM, secondo cui "*all'interno del rapporto di lavoro subordinato, non è legittimo il rifiuto del lavoratore di eseguire la prestazione lavorativa nei modi e nei termini precisati dal datore di lavoro in forza del suo potere direttivo, quando il datore di lavoro da parte sua adempia a tutti gli obblighi derivantigli dal contratto (pagamento della retribuzione, copertura previdenziale e assicurativa etc.), essendo giustificato il rifiuto di adempiere alla propria prestazione, ex art.1 460 Cc, solo se l'altra parte sia totalmente inadempiente, e non se via sia una potenziale controversia su una non condivisa scelta organizzativa aziendale, che non può essere sindacata dal lavoratore, ovvero sull'adempimento di una sola obbligazione, soprattutto ove essa non incida (come avviene per il pagamento della retribuzione) sulle sue immediate esigenze vitali*".

⁶⁵ Si sconta a livello genetico che l'art. 2087 c.c. preservi la riserva di legge di cui all'art. 32, comma 2, della Costituzione, perché come rileva in merito all'articolo menzionato anche O. MAZZOTTA, *Vaccino anti-Covid: può il datore di lavoro imporlo e, in caso di rifiuto, licenziare il lavoratore?*, *op.cit.*: «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»

anche per giustificato motivo soggettivo, mentre nel primo caso dovrebbe considerarsi ‘semplicemente’ inidoneo alla mansione e seguire l’*iter* previsto dal giustificato motivo oggettivo, il quale però, come è noto e come si noterà, è abbastanza tortuoso.

Senonché si è detto in precedenza che l’obbligo di vaccino potrebbe essere tutt’al più imposto all’interno degli ambienti sanitari, dove le motivazioni poste alla base del rifiuto sarebbero – specie per un non esperto della materia⁶⁶ – quasi sempre ragionevoli, in quanto fondate su motivi scientifici e non arbitrari; motivo per cui il licenziamento disciplinare per motivi soggettivi sarebbe una strada che richiederebbe una labile distinzione tra motivazioni ragionevoli ed arbitrarie di opposizione al vaccino⁶⁷. Tutto troppo complicato.

Non pare però cogliere nel segno l’obiezione di Bottini quando considera incerto l’esito di un licenziamento per motivo soggettivo “in presenza di un diritto costituzionale a rifiutare un trattamento sanitario non specificamente imposto per legge”, perché una considerazione del genere andrebbe a stridere con le conclusioni del proprio ragionamento che porta a ritenere invece possibile il recesso per giustificato motivo oggettivo⁶⁸. Si è detto infatti che (in questo paragrafo) si muove già dall’assunto di una eventuale legittimità dell’imposizione sui luoghi di lavoro del vaccino in ragione del combinato disposto dall’art. 2087 c.c. e dalle disposizioni del T.U. sicurezza sul lavoro. Molto più condivisibile è pertanto la posizione di Ichino, il quale tenderebbe ad escludere il motivo soggettivo poiché le polemiche di questi anni relative ai vaccini potrebbero “avere un’incidenza sull’elemento psicologico indispensabile per il configurarsi della mancanza disciplinare grave”⁶⁹.

Vi sono però dei casi in cui, ad avviso del solo scrivente, si potrebbe comunque incorrere – senza complicazioni – nell’elemento psicologico tipico della mancanza disciplinare grave⁷⁰.

A) Il lavoratore a cui venga imposta la vaccinazione, potrebbe opporre un fittizio motivo di salute al trattamento sanitario.

Anticipando sinteticamente il contenuto di quello che seguirà, un lavoratore che rifiuti di vaccinarsi per motivi di salute, dovrebbe essere considerato inidoneo alla mansione in virtù anche di quanto

⁶⁶ L’organo giudicante dovrebbe servirsi di una CTU, ma sul punto si ritornerà nel prosieguo.

⁶⁷ La distinzione tra ragionevole ed arbitrario sarebbe ovviamente meno labile ove, coerentemente alla tesi di Ichino, dovrebbe considerarsi l’obbligatorietà del vaccino come strumento necessario per tutti gli ambienti lavorativi, perché come verrà specificato nel paragrafo n.7 la CTU andrebbe a disvelare la totale irragionevolezza del rifiuto.

⁶⁸ Sia chiaro che l’autore non lo esclude aprioristicamente, ma le ragioni per cui ritiene incerta la legittimità del recesso potrebbero valere anche per il giustificato motivo oggettivo. A. BOTTINI, *Inidoneo e poi licenziabile chi non si vaccina*, in *Il quotidiano del lavoro – il Sole 24 h*, 12 gennaio 2021

⁶⁹ P. ICHINO, *Vaccino anti-Covid: può il datore di lavoro imporlo e, in caso di rifiuto, licenziare il lavoratore?*, *op.cit.*

⁷⁰ Secondo V. FERRANTE, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l’opinione di Vincenzo Ferrante*, *op.cit.*, sarebbe sempre legittimante la giusta causa: «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.»

stabilito dall'art. 42, D.lgs. n. 81/2008. Quest'ultimo articolo si ricollega però al precedente art. 41, il quale prevede che l'inidoneità debba essere accertata dal medico, su richiesta del lavoratore.

In questo caso però il medico andrebbe a disvelare i reali motivi soggettivi posti alla base del rifiuto, perché il dipendente, come anzidetto, aveva invece precedentemente opposto l'impossibilità di vaccinarsi per motivi di salute.

Il lavoratore avrebbe potuto allora essere fin da subito idoneo alla mansione, ove previamente vaccinato, ma aveva preferito mentire.

Così facendo, il dipendente, fittiziamente dichiarato impossibilitato a vaccinarsi per motivi di salute, andrebbe in contro ad inadempimento contrattuale talmente grave da potersi legittimamente configurare una *giusta causa* di licenziamento.

B) Il lavoratore a cui venga imposta la vaccinazione, potrebbe opporre di essersi già vaccinato, anche quando non lo fosse.

Ove si superassero i limiti relativi al trattamento dei dati personali, il datore di lavoro verrebbe infatti a conoscenza della falsa attestazione del proprio dipendente riguardo al trattamento sanitario richiesto come indispensabile ai fini dello svolgimento della prestazione.

In questo caso si andrebbe dunque a ledere inequivocabilmente il vincolo fiduciario con il datore di lavoro al punto da legittimare un licenziamento *ex art. 2119 c.c.*

Comunque tutti gli autori precedentemente menzionati – anche quelli che non ritengono possa obbligarsi al trattamento sanitario sul luogo di lavoro⁷¹ – ritengono che l'eventuale reticenza del lavoratore al vaccino debba essere considerata come impedimento oggettivo all'esecuzione della prestazione⁷², che da un punto di vista squisitamente civilistico va ricollegato, come anzidetto, all'art. 1256 c.c. e dal punto di vista giuslavoristico all'art.3, L. n. 604/1966⁷³.

⁷¹ Lo ritiene sempre, in assenza di un intervento legislativo, ma vi perviene ragionando per assurdo, F. SCARPELLI, *Rifiuto del vaccino e licenziamento: andiamoci piano!*, *op.cit.*; ritengono che possano essere fatte valutazioni del caso G. PELLACANI, *Vi spiego perché non si può licenziare chi non si vaccina contro Covid-19*, *op.cit.* e O. MAZZOTTA, *Vaccino anti-Covid: può il datore di lavoro imporlo e, in caso di rifiuto, licenziare il lavoratore?*, *op.cit.*, anche se quest'ultimo ritiene che comunque il vaccino non sia un obbligo. Dello stesso avviso di Mazzotta, senza specificare se possano essere fatte distinzioni, anche P. ALBI, «*Il lavoratore rifiuta di vaccinarsi? Il datore può sospenderlo*», *op.cit.*; C. PISANI, *Onere del lavoratore di vaccinarsi se non vuole incorrere nel licenziamento per motivo oggettivo*; A. MARESCA, *Vaccino e lavoro. Può arrivare il licenziamento per chi non lo fa?*, *op.cit.* i quali esplicitamente negano l'obbligo, ma implicitamente lo ammettono; L. ZOPPOLI, *Il vaccino anti Covid, scomoda novità per gli equilibri del rapporto di lavoro subordinato. Intervista di Marcello Basilio a Arturo Maresca, Roberto Roverso, Paolo Sordi e Lorenzo Zoppoli*, in www.giustiziainsieme.it, 22 gennaio 2021; ID., *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l'opinione di Lorenzo Zoppoli*, www.labor.it, 22 gennaio 2021; V. POSO, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l'opinione di Vincenzo Antonio Poso*, in www.labor.it, 25 gennaio 2021; R. ROMEI, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l'opinione di Roberto Romei*, in www.labor.it, 23 gennaio 2021; E. GRAGNOLI, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l'opinione di Enrico Gragnoli*, in www.labor.it, 23 gennaio 2021.

⁷² P. ICHINO, *Vaccino anti-Covid: può il datore di lavoro imporlo e, in caso di rifiuto, licenziare il lavoratore?*, *op.cit.*; R. GUARINIELLO, *Covid-19: l'azienda può obbligare i lavoratori a vaccinarsi?*, *op.cit.*;

⁷³ Il che non significa che siano due vie distinte.

L'obbligazione si estingue, i sensi dell'art. 1256, comma 1, c.c., quando la prestazione diviene impossibile per causa non imputabile al debitore.

La reticenza del lavoratore che *non possa* vaccinarsi per motivi di salute, dovrebbe però essere configurata solo quale *possibile* impossibilità oggettiva della prestazione richiesta.

In questo caso bisognerebbe infatti quantificarsi il pregiudizio arrecato dall'impossibilità sopravvenuta all'organizzazione aziendale, giacché potrebbe anche essere eccessivamente rigoroso il ricorso alla categoria dell'impossibilità definitiva della prestazione, potendo invece inquadrarsi la reticenza del lavoratore nell'ambito dell'impossibilità temporanea di cui all' art. 1256, comma 2, c.c.⁷⁴

È noto infatti che il licenziamento per giustificato motivo oggettivo deve essere considerato come un'*extrema ratio*, essendo preventivamente necessario dimostrare che non sia possibile ricollocare il lavoratore ad altre mansioni. Ma anche laddove fosse possibile dimostrarlo, non vi sarebbe comunque la certezza che questa inidoneità debba necessariamente comportare il recesso del rapporto di lavoro, poiché l'impossibilità potrebbe anche non essere permanente⁷⁵. È bene ricordare, infatti, che una persona che decide di non vaccinarsi è solo potenzialmente idonea a contrarre il *virus* e quand'anche dovesse risultare positivo al COVID-19 dovrebbe essere considerato solo temporaneamente in infortunio. Cosicché, una volta eventualmente superata la convalescenza, il lavoratore potrebbe anche ragionevolmente essere equiparato a coloro che si sono vaccinati.

Motivo per cui, come già segnalato nel paragrafo 3, sarebbe forse più ragionevole procedere, alla sospensione senza retribuzione del lavoratore fin quando il vaccino sarà considerato indispensabile⁷⁶, anziché procedere ad un licenziamento, perché «nel contratto di lavoro – ove le prestazioni sono corrispettive, in quanto all'obbligo di lavorare dell'una corrisponde l'obbligo di remunerazione dell'altra – ciascuna parte può valersi dell'eccezione di inadempimento prevista dall'art. 1460 c.c.

⁷⁴ Tema che pone nelle proprie conclusioni anche O. MAZZOTTA, *Vaccino anti-Covid: può il datore di lavoro imporlo e, in caso di rifiuto, licenziare il lavoratore?*, *op.cit.*: «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.

Ciò che conta è che sia l'una che l'altra ipotesi di impossibilità non abilitano il contraente adempiente al recesso immediato, 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.»

⁷⁵ . SCARPELLI, *Rifiuto del vaccino e licenziamento: andiamoci piano!*, *op.cit.*; O. MAZZOTTA, *Vaccino anti-Covid: può il datore di lavoro imporlo e, in caso di rifiuto, licenziare il lavoratore?*, *op.cit.*

⁷⁶ F. SCARPELLI, *Rifiuto del vaccino e licenziamento: andiamoci piano!*, in www.linkedin.it, 29 dicembre 2020.

⁷⁶ F. SCARPELLI, *Rifiuto del vaccino e licenziamento: andiamoci piano!*, *op.cit.*; P. ALBI, «*Il lavoratore rifiuta di vaccinarsi? Il datore può sospenderlo*», *op.cit.*; O. MAZZOTTA, *Vaccino anti-Covid: può il datore di lavoro imporlo e, in caso di rifiuto, licenziare il lavoratore?*, *op.cit.*; G. FALASCA, *Chi non si vaccina può finire in aspettativa senza retribuzione*, *op.cit.*; ma anche, come fase prodromica al licenziamento, P. ICHINO, *Vaccino anti-Covid: può il datore di lavoro imporlo e, in caso di rifiuto, licenziare il lavoratore?*, *op.cit.* ed A. BOTTINI, *Inidoneo e poi licenziabile chi non si vaccina*, *op.cit.*

dovendosi escludere che alla inadempienza del lavoratore il datore di lavoro possa reagire solo con sanzioni disciplinari o, al limite, con il licenziamento, oppure col rifiuto di ricevere la prestazione parziale a norma dell'art. 1181 cod. civ. e con la richiesta di risarcimento. Ne consegue che, nel caso di inadempimento della prestazione lavorativa il datore di lavoro non è tenuto al pagamento delle retribuzioni ove ricorrano le condizioni dell'art. 1460 cod. civ.”⁷⁷.

Ciò in ragione proprio del fatto che il lavoratore dovrebbe comunque essere considerato inidoneo alla mansione per un periodo di tempo circoscritto: 1) a quando i ragionevoli motivi per cui non aveva ritenuto necessario vaccinarsi saranno stati confutati dalla scienza; 2) a quando il medico abbia rilevato che lo stato di salute non escluda più la vaccinazione; 3) a quando si sarò arrivati alla c.d. immunità di gregge.

Purtuttavia non può comunque escludersi radicalmente che “qualora l'assenza dal lavoro, per il suo prolungarsi e/o per l'indeterminatezza della sua durata”⁷⁸ ovvero “per l'impossibilità della sostituzione temporanea”⁷⁹ possa rendere ipoteticamente legittimo un licenziamento per giustificato motivo oggettivo⁸⁰.

6. Immunità di gregge

V'è poi un altro tema che depone a favore della circoscrizione – tutt'al più – della problematica alle sole professioni sanitarie: il piano della vaccinazione è chiaro al momento solo per queste determinate categorie di soggetti.

Secondo la campagna vaccinale del Ministero, infatti, solo gli operatori sanitari, gli operatori sociosanitari, il personale RSA anziani, gli anziani nelle RSA e gli ultraottantenni devono essere considerati “categorie prioritarie”, ma queste due ultime si presuppone che non siano lavoratori. La c.d. “vaccinazione di massa” – ove tutto andasse bene – si avrebbe invece solo dopo la vaccinazione delle categorie maggiormente a rischio.

E con la vaccinazione di massa dovrebbe anche raggiungersi la c.d. immunità di gregge, la quale andrebbe inevitabilmente anche ad incidere sull'indispensabilità del vaccino degli altri ambienti lavorativi, nonché sull'inidoneità del lavoratore eventualmente sospeso, che verrebbe ragionevolmente meno anche negli ambienti sanitari.

Ciò perché, a prescindere dal fatto che tutti i pazienti abbiano potuto vaccinarsi, il dipendente potrà essere sicuramente ricollocato in un reparto in cui non vi sarà il rischio di contagiare, anche solo

⁷⁷ Cass., sentenza 4 luglio 2017, n. 16388, in *Pluris CEDAM*.

⁷⁸ A. BOTTINI, *Inidoneo e poi licenziabile chi non si vaccina*, *op.cit.*

⁷⁹ P. ICHINO, *Vaccino anti-Covid: può il datore di lavoro imporlo e, in caso di rifiuto, licenziare il lavoratore?*, *op.cit.*

⁸⁰ C. PISANI, *Onere del lavoratore di vaccinarsi se non vuole incorrere nel licenziamento per motivo oggettivo*, *op.cit.*; A. MARESCA, *Vaccino e lavoro. Può arrivare il licenziamento per chi non lo fa?*, *op.cit.*

potenzialmente, altre persone. I pazienti infatti – eccezion fatta per chi appunto non abbia potuto per motivi di salute – saranno vaccinati e non correranno il rischio di essere contagiati, se gli addetti al proprio reparto saranno tutti vaccinati.

Lo stesso dicasi a maggior ragione in caso di eventuale estensione dell'indispensabilità del vaccino per altri ambienti lavorativi, con la conseguente inidoneità del lavoratore sospeso.

Un domani – da identificarsi nel momento in cui si avrà l'immunità di gregge – in un'azienda chi avrà ritenuto opportuno vaccinarsi, si sarà vaccinato, mentre chi, per varie ragioni, non lo avrà ritenuto opportuno non metterà a rischio nessuno.

Questo discorso ovviamente non cambia se riferito a quegli ambienti lavorativi in cui il dipendente è a stretto contatto con i clienti, perché anche qui, chi, sempre per varie ragioni, non lo avrà ritenuto necessario non metterà a rischio i clienti dato che ragionevolmente saranno tutti vaccinati. E quando anche ci fossero clienti che contagiati dal lavoratore non vaccinato la colpa sarebbe imputabile al solo cliente, il quale avrebbe avuto le medesime ragioni del dipendente a non vaccinarsi.

7. (il)Legittimità del recesso

Il licenziamento è un atto unilaterale recettizio rimesso alla sola volontà datoriale. Ciò che è determinante ai fini della sua legittimità è la sua giustificazione.

Per esemplificare, sebbene il diritto del lavoro emergenziale abbia espressamente vietato i licenziamenti per g.m.o.⁸¹, v'è chi, nonostante la moratoria, abbia intimato questo tipo di recesso. Il licenziamento è stato però poi dichiarato illegittimo⁸², perché contrario a norma imperativa.

Chiarito quanto sopra, nulla vieterebbe allora ad un datore di lavoro di licenziare il dipendente che decida di non vaccinarsi, ma bisognerebbe poi domandarsi se quel recesso sia legittimo o meno. E per legittimo non si intende il licenziamento che non comporta la reintegrazione del lavoratore, ma quello immune da colpe datoriali⁸³ che si conclude con una pronuncia di rigetto.

È infatti legittimo il solo licenziamento che, secondo il giudice, non presenta né vizi formali né vizi sostanziali.

Si rende dunque necessario a tal proposito ripercorrere nuovamente, ma in ordine processuale, gli eventuali profili di (il)legittimità da cui potrebbe essere afflitto il licenziamento del lavoratore che decide di non vaccinarsi.

⁸¹ Sia consentito, su tutti, ma solo per il contesto in cui si inserisce la nota P. IERVOLINO, *Il licenziamento ai tempi del Covid-19*, in *Labor*, n.5, 2020.

⁸² Tribunale di Mantova 11 novembre 2020 n. 490, in banche dati *LPO*; Tribunale di Ravenna 7 gennaio 2021, in banche dati *LPO*.

⁸³ Per un'articolata disamina dei tipi di illegittimità, *pre e post Jobs Act*, si veda su tutti A. PILEGGI, L'art. 18, oggi, in *LPO*, n. 11-12, 2020.

Il dipendente licenziato potrebbe infatti addurre a fondamento del proprio ricorso la violazione dell'art. 32 Cost., perché il datore di lavoro non può imporre alcun trattamento sanitario che non sia previsto dalla legge come obbligatorio. Il licenziamento potrebbe allora essere nullo, come se non fosse mai avvenuto, ove il datore di lavoro non riuscisse a dimostrare il fondamento di tale potere di imposizione.

Anche ove si superasse questo problema preliminare (e centrale nell'odierna riflessione) il licenziamento non sarebbe però certamente immune da profili di illegittimità.

Il ricorso del dipendente potrebbe infatti anche fondarsi sulla natura ritorsiva ovvero discriminatoria del licenziamento, avendo il datore di lavoro usato il vaccino come scusa per estromettere il dipendente dal lavoro. Il licenziamento potrebbe allora essere ancora inficiato da nullità, ove il datore di lavoro non riuscisse a dimostrare di non aver imposto il trattamento sanitario a tutti i propri dipendenti, senza distinzioni, avendo ritenuto il vaccino indispensabile ai fini della prestazione lavorativa.

Anche in questo caso però, ove si superasse il problema non sarebbe certa la legittimità del licenziamento.

Il lavoratore metterebbe infatti in dubbio l'indispensabilità del vaccino, dimostrando che sia sufficiente ai fini della prestazione il rispetto datoriale del Protocollo condiviso, così come previsto dal legislatore ai sensi, dell'art. 29-*bis*, Decreto Liquidità, il quale non prevede il vaccino. Il datore di lavoro dovrebbe allora dimostrare l'indispensabilità del vaccino (eventualmente, ove si trattasse di un licenziamento circoscritto all'ambiente sanitario, sulla base dei dati INAIL).

Ove non riuscisse invece a dimostrare l'indispensabilità per il suo ambiente lavorativo il licenziamento sarebbe illegittimo, con conseguente tutela reintegratoria più un massimo di dodici mensilità.

Solo dopo aver superato gli ostacoli menzionati il giudice andrebbe a vagliare la sussistenza del motivo posto alla base del licenziamento.

A) Ove il licenziamento sia stato intimato per notevole inadempimento, la legittimità del rifiuto dovrebbe essere vagliata sulla base, come anzidetto, dei motivi della reticenza. Il *discrimen* starebbe dunque nella ragionevolezza delle motivazioni, le quali dovrebbero però essere analizzate da un Consulente tecnico d'Ufficio. Ma anche qui, il CTU darebbe un parere che deriva delle proprie convinzioni: ove fosse favorevole alla vaccinazione, il giudizio potrebbe potenzialmente concludersi a favore del datore di lavoro, mentre ove fosse contrario, il giudizio potrebbe concludersi a favore del lavoratore.

Ed anche se l'istruttoria dovesse propendere a favore del datore di lavoro, non sarebbe comunque certa la legittimità del licenziamento, perché – come rilevato da Ichino – il giudice potrebbe ritenere

manca l'elemento psicologico necessario. Motivo per cui un eventuale licenziamento per giustificato motivo soggettivo, quand'anche la CTU dovesse riscontrare la totale arbitrarietà delle ragioni poste alla base del rifiuto di vaccinazione, dovrebbe ragionevolmente essere dichiarato comunque illegittimo, con conseguente applicazione però di una tutela indennitaria forte e non reintegratoria, perché se il giudice è arrivato a vagliare il motivo del licenziamento, significa che ha già considerato giuridicamente possibile imporre il vaccino: il fatto sarebbe dunque sussistente sia da un punto di vista materiale che giuridico, ma dovrebbe essere considerato come una delle *altre ipotesi*.

B) Ove il licenziamento sia stato intimato per giusta causa però, una volta provate le false attestazioni (dei casi A e B del paragrafo 5) del dipendente attraverso prova documentale ed istruttoria del medico aziendale competente, il recesso potrebbe essere invece legittimo.

C) Ove il licenziamento sia stato intimato per motivo oggettivo (una volta caduto ovviamente il blocco dei licenziamenti), dovrebbe essere provato in giudizio che il lavoratore non avrebbe potuto essere adibito ad altre mansioni, una prova eventualmente facile ove il datore di lavoro avesse già dimostrato di aver imposto il trattamento a tutti i dipendenti, quale misura indispensabile.

Dovrebbe però essere anche dimostrato che l'eventuale sospensione ad oltranza del lavoratore avrebbe arrecato un pregiudizio all'organizzazione aziendale tale da dover necessariamente determinare il recesso, perché magari il lavoratore non poteva essere temporaneamente sostituito nell'esercizio delle proprie funzioni da altri lavoratori.

C1) Ove il licenziamento sia stato intimato, prescindendo dall'obbligo di vaccinazione, per impossibilità totale della prestazione lavorativa, il lavoratore dovrebbe dimostrare che la prestazione è impossibile, come si desume peraltro dal termine, soltanto quando non può essere più eseguita: se poteva eseguirla prima della vaccinazione, potrà eseguirla anche dopo. La posizione del lavoratore carcerato ovvero che in malattia – che un datore di lavoro potrebbe eventualmente equiparare a fondamento del recesso – non potrebbe dunque essere assimilata a quella del soggetto che tiene un comportamento puramente omissivo, perché questo non andrebbe ad incidere sulla sua capacità lavorativa. L'impossibilità sorge infatti solo nel caso in cui il lavoratore non vaccinato contragga il COVID-19 ed anche in quel caso non troverebbe applicazione la disciplina generale sull'impossibilità della prestazione, ma l'art. 2110 c.c.

Una volta provati gli elementi suesposti – sempre che il lavoratore non dimostri di essere stato sospeso per un lasso temporale così breve da disvelare la mancanza e buona fede datoriale – il licenziamento potrebbe essere sia legittimo che illegittimo, con conseguente applicazione di una tutela indennitaria forte.

Il problema di quest'ultimo motivo di licenziamento risiede infatti nella quantificazione del pregiudizio arrecato all'organizzazione aziendale da parte del lavoratore reticente eventualmente sospeso.

Una quantificazione però che è troppo da caso concreto, estremamente sfuggente per teorizzare criteri ai fini della sua determinazione.

8. Le assunzioni

Un altro aspetto da tenere debitamente in conto è la possibilità genetica di orientare l'assunzione dei propri dipendenti sulla base della loro sottoposizione al vaccino.

Come infatti rilevato da Benincasa “è dubbio se il datore di lavoro possa chiedere al lavoratore che sta assumendo se si è sottoposto alla vaccinazione; come è dubbio se la stipulazione o meno del contratto potrebbe essere condizionata da questo aspetto”⁸⁴. Potrebbe però essere data risposta ad un tema del genere solo alla fine di una completa disamina delle problematiche relativa all'obbligatorietà della vaccinazione.

Ed è necessario anche distinguere tra assunzioni nel privato ed assunzioni nel pubblico⁸⁵, essendo di competenza del giudice amministrativo parte dei problemi concorsuali. Non va dimenticato infatti che rimangono comunque di competenza del giudice del lavoro le controversie relative alle assunzioni non anticipate da procedura concorsuale, nonché quelle relative a questioni poste dopo l'approvazione della graduatoria, come quelle che, appunto, ben potrebbero capitare nelle vicende in esame, ove la documentazione relativa alla vaccinazione COVID-19 venisse essere richiesta dalla P.A. dopo la conclusione delle operazioni concorsuali⁸⁶.

Per quel che rileva al diritto del lavoro privatistico, invece, ai sensi dell'art. 8, L. 300/1970, “è fatto divieto al datore di lavoro, ai fini dell'assunzione, come nel corso dello svolgimento del rapporto di lavoro, di effettuare indagini, anche a mezzo di terzi, sulle opinioni politiche, religiose o sindacali del lavoratore, nonché su fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore”.

A questo limiti però Benincasa avrebbe già dato soluzione, sulla base delle affermazioni di Salimbeni⁸⁷, ritenendo cioè che si possano fare indagini qualora la mansione richieda necessariamente la vaccinazione del dipendente⁸⁸.

⁸⁴ G. BENINCASA e G. PIGLIALARMÌ, *Covid-19 e obbligo giuridico di vaccinazione per il dipendente, op.cit*

⁸⁵ Le quali saranno trattate da Marconi nel capitolo 5.

⁸⁶ Ad esempio in sede di accertamenti dell'idoneità fisica del vincitore del concorso

⁸⁷ M. T. SALIMBENI, *La nuova realtà tecnologica aziendale e l'art. 8 dello Statuto dei lavoratori*, in AA. VV. *Nuove tecnologie e tutela della riservatezza dei lavoratori*, F. Angeli, 1988, p. 151.

⁸⁸ G. BENINCASA e G. PIGLIALARMÌ, *Covid-19 e obbligo giuridico di vaccinazione per il dipendente, op.cit*

Da qui la necessità di comprendere quando il vaccino si renda indispensabile ai fini della prestazione lavorativa, potendo, come chiarito nel paragrafo 5, tutt'al più essere necessario all'interno degli ambienti sanitari, poiché solo in essi il rischio da contagio sarebbe specifico.

Ovviamente però il datore di lavoro potrebbe poi valutare l'effettiva idoneità alla mansione, qualora il vaccino si ritenesse indispensabile, derogando anche all'art. 5 dello Statuto dei Lavoratori ed in quel caso potrebbe anche decidere di licenziare per giusta causa il lavoratore che abbia falsamente attestato di essersi sottoposto al vaccino contro il COVID-19, ma dovrebbe prima chiedere al SSN di potere controllare i dati personali del soggetto assunto.

9. Conclusioni

Pur avendo circoscritto l'ambito d'indagine di questa riflessione entro i limiti della materia giuslavoristica, il tema non avrebbe potuto essere trattato in modo esaustivo rinunciando a una prospettiva interdisciplinare. Esso non può essere né sottovalutato, né semplicisticamente ricondotto al "*licenziamento sì, licenziamento no*" del lavoratore reticente, ma richiede un'analisi più approfondita di tutti i diritti (il plurale non è un caso) in gioco, perché bisogna comprendere se il datore di lavoro possa o non possa obbligare alla vaccinazione.

Chi scrive ovviamente auspica che vi sia un intervento del legislatore chiarificatore e soprattutto capace di mettere d'accordo tutte le anime che fino a questo momento hanno dato voce al dibattito. Se si vuole, attraverso un atto legislativo che renda obbligatorio il vaccino per tutti ovvero per determinate categorie professionali, ma anche attraverso un rinvio normativo del tema alla regolamentazione del Protocollo condiviso.

Fino a quel momento però tutto si fonderà sul bilanciamento che le parti faranno tra diritti sociali e diritti contrattuali, dovendo tenere però debitamente in conto le parole di Calamandrei, che si saldano in tutt'evidenza con quelle di Santoro Passarelli all'inizio del presente capitolo: "la Costituzione non è una macchina che una volta messa in moto va avanti da sé. La Costituzione è un pezzo di carta, la lascio cadere e non si muove. Perché si muova bisogna ogni giorno rimetterci dentro il combustibile. Bisogna metterci dentro l'impegno, lo spirito, la volontà di mantenere queste promesse, la propria responsabilità"⁸⁹.

Esistono diritti che traggono origine dal contratto di lavoro (ed ovviamente anche doveri), ma anche diritti congeniti della persona, che prescindono dall'obbligazione contrattuale e non possono essere superati da una semplice eterogenesi dei fini.

⁸⁹ P. CALAMANDREI, Milano, salone degli Affreschi della Società Umanitaria, 26 gennaio 1955, in occasione dell'inaugurazione di un ciclo di sette conferenze sulla Costituzione.

Ma quand'anche non vi fosse questa legittimazione legislativa, l'obbligo di vaccinazione dovrebbe fondarsi su una *legge morale*⁹⁰.

Occorre riporre fiducia nei confronti di coloro che hanno la competenza per dire quando una cosa fa *bene* e quando fa *male*, perché nel primo caso è *giusto* vaccinarsi, anche senza vi sia una legge ad imporlo.

L'auspicio è che i comportamenti collettivi si muovano orientati, in chiave kantiana, sulla base della legge morale che alberga in ogni individuo.

⁹⁰ Come avrà modo di argomentare Pisacane nell'ultimo capitolo.