



EDITORIALE - 24 MARZO 2021

La vaccinazione volontaria anti Covid nel rapporto di lavoro

di Arturo Maresca

Professore ordinario di Diritto del lavoro
Sapienza - Università di Roma



La vaccinazione volontaria anti Covid nel rapporto di lavoro

di Arturo Maresca

Professore ordinario di Diritto del lavoro
Sapienza - Università di Roma

Sommario: 1. Contesto e presupposti di riferimento: gli interessi del datore di lavoro alla vaccinazione del personale dipendente. 2. Il “*piano strategico nazionale dei vaccini*” volontario secondo la previsione del legislatore. 3. Dalle misure a presidio del contagio nei luoghi di lavoro all’obbligo di vaccinazione del dipendente: una strada impraticabile. 4. Misure di sicurezza del lavoro e vaccinazione: piani e disciplina diversi. 5. La scelta di non vaccinarsi non si configura come un’infrazione disciplinare. 6. L’impossibilità temporanea di utilizzo della prestazione del dipendente non vaccinato e gli effetti liberatori dall’obbligo retributivo. 7. Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento per la perdurante inutilizzabilità del lavoratore. 8. Le iniziative del datore di lavoro per promuovere la vaccinazione presso il personale dipendente. 9. Conclusioni.

1. Contesto e presupposti di riferimento: gli interessi del datore di lavoro alla vaccinazione del personale dipendente

Le conseguenze che “*il piano strategico nazionale dei vaccini per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2*” (art. 1, co. 457 ss., L 30 dicembre 2020, n. 178) produce nell’ambito del rapporto di lavoro subordinato sono al centro di una vivace discussione che si è sviluppata non solo tra i giuslavoristi¹.

Per affrontare il tema occorre porre alcune premesse, condensando in esse i presupposti dai quali muovere.

Il primo (e più importante) presupposto riguarda l’efficacia del vaccino con riferimento sia alla protezione dal contagio sia alla trasmissione dell’infezione da parte di chi si è vaccinato, perché se tale efficacia fosse messa in discussione - o, addirittura, negata - sarebbe del tutto evidente che la vaccinazione (e l’eventuale rifiuto del lavoratore a sottoporsi ad essa) diventerebbero irrilevanti nel rapporto di lavoro.

Per quanto riguarda questo aspetto si deve prendere atto - senza indulgere nelle inclinazioni personali di scetticismo, ma neppure di certezze fideistiche - delle conoscenze scientifiche, anzi meglio e più precisamente delle posizioni ufficiali espresse delle Agenzie (EMA ed AIFA) a cui è affidata la farmacovigilanza, cioè “*l’insieme delle attività che contribuiscono alla tutela della salute pubblica. Esse infatti sono finalizzate all’identificazione, valutazione, comprensione e prevenzione degli effetti avversi o di qualsiasi altro problema correlato all’uso dei medicinali, per assicurare un rapporto beneficio/rischio favorevole per la popolazione*”.

¹ *Federalismi* ha promosso il dialogo tra costituzionalisti, lavoristi, medici ed esperti di organizzazione sanitaria con un webinar intitolato *Piano vaccinale tra obbligo e organizzazione* che si è tenuto il 22 febbraio 2021 ed è disponibile sul sito della Rivista.

Nel sito dell’AIFA si afferma quanto all’efficacia del vaccino (Moderna) che esso impedisce nel 94,1% dei casi di contrarre la malattia e si ritiene “*plausibile*” che chi si vaccina non contagi altre persone, anche se la definitiva dimostrazione di ciò richiede il tempo necessario ad acquisire i dati completi.

Queste indicazioni consentono, evocando la regola del *più probabile che non*, di esaminare gli effetti della vaccinazione nell’ambito del rapporto di lavoro muovendo dal presupposto che essa previene il contagio e con ogni probabilità impedisce la trasmissione del virus.

Ciò significa, rimanendo sempre alla ricognizione dei dati di fatto, che il vaccino è idoneo a contenere la diffusione dell’infezione nei luoghi di lavoro nei confronti del personale dipendente, ma anche dei soggetti esterni (pazienti, utenti, clienti, ecc.) con i quali, eventualmente, i lavoratori possono entrare in contatto nello svolgimento delle loro attività.

In sintesi appare metodologicamente corretto che l’esame delle conseguenze della vaccinazione nel rapporto di lavoro debba assumere come punto fermo la posizione ufficiale delle Agenzie che esercitano la farmacovigilanza, senza che l’interprete possa sostituirsi ad esse e condizionare il ragionamento giuridico in base a valutazioni personali relative alla certezza degli effetti della vaccinazione.

La seconda premessa riguarda i diversi profili di rilevanza della vaccinazione (e, quindi, le conseguenze del rifiuto di vaccinarsi) nell’ambito del rapporto di lavoro tenendo conto delle posizioni e degli interessi che, a vario titolo, vengono a delinearci.

Per fare alcuni esempi, gli interessi del datore di lavoro a che il personale dipendente si sottoponga alla vaccinazione, possono riguardare: a) la prevenzione (meglio il contenimento) del rischio di contagio nei luoghi di lavoro, un rischio che il datore di lavoro ha l’obbligo di presidiare, con tutte le responsabilità che ne derivano; b) la riduzione delle assenze dei lavoratori causate dal Covid; c) la possibilità di fornire alla propria clientela/utenza servizi resi da addetti vaccinati; possibilità rilevante non solo commercialmente, ma anche per le responsabilità del datore di lavoro nel caso di contagi riconducibili al lavoratore non vaccinato. C’è poi la diversa questione relativa alla tutela infortunistica riconosciuta dall’Inail nei casi di infezione da Covid contratta in occasione di lavoro dal dipendente che ha rifiutato la vaccinazione.

La terza premessa riguarda il fatto che attualmente il datore di lavoro non ha la disponibilità del vaccino² e, quindi, non potrebbe provvedere direttamente alla sua somministrazione (ipotesi alla quale sembra riferirsi l’art. 279, co. 2, lett. a), D. lgs., 9 aprile 2008, n. 81 prevedendo “*la messa a disposizione di vaccini*” da parte del datore di lavoro) che avviene gratuitamente nei tempi e con la selettività stabiliti

² Diversamente da quanto avviene in altri Paesi, ad esempi dal 10 marzo 2021 con l’approvazione della L. 14.125/2021 in Brasile si è consentito alle aziende private di acquistare i vaccini per i propri dipendenti.

dalle autorità sanitarie alle quali è affidata l'attuazione del piano di vaccinazione³. Ciò significa che la scelta del dipendente di non vaccinarsi si colloca in un ambito diverso da quello del rapporto di lavoro (cioè non costituisce un rifiuto ad una prescrizione imposta dal datore di lavoro), anche se tale scelta incide sulla esecuzione della prestazione lavorativa.

Va anche detto, infine, che il tema della vaccinazione nel rapporto di lavoro, anche in questa fase iniziale di attuazione del piano nazionale di vaccinazione, è di immediata attualità, in quanto si registrano nelle strutture sanitarie e nelle residenze sanitarie assistenziali (rsa) un numero non trascurabile di operatori che hanno rifiutato la vaccinazione, sollevando il problema di quali misure possano essere messe in capo dal datore di lavoro, specialmente in un ambito nel quale la fragilità dei pazienti (delle strutture sanitarie e delle rsa) espone a rischi maggiori.

Un tema non solo di attualità, ma anche di rilevante spessore sul piano giuridico, perché impone di operare un bilanciamento non sempre facile tra diritti di primaria rilevanza e di diversa dimensione: il diritto individuale della persona del lavoratore a decidere se sottoporsi alla vaccinazione, ma anche alla riservatezza sulle scelte effettuate che riguardano dati sensibili, da una parte e, dall'altra, il bene della salute che, calato all'interno dei luoghi di lavoro, impone al datore di lavoro di prevenire il contagio a tutela della collettività dei dipendenti, ma anche degli utenti/pazient/consumatori dei servizi offerti.

2. Il “piano strategico nazionale dei vaccini” volontario secondo la previsione del legislatore

La prima domanda che deve essere presa in considerazione nell'esame del tema riguarda la sussistenza o meno di un obbligo del lavoratore di sottoporsi alla vaccinazione.

A tale domanda si deve dare una risposta negativa.

Risposta che muove dalla constatazione che il legislatore (art. 1, co. 457 ss., L. n. 178/2020) ha varato “*il piano strategico nazionale dei vaccini per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2*” escludendone scientemente l'obbligatorietà sia per la generalità dei cittadini sia per specifiche categorie di lavoratori.

La volontà del legislatore di non imporre un siffatto obbligo si può cogliere già dalla dichiarazione che deve sottoscrivere chiunque si sottopone alla vaccinazione ed è finalizzata a raccogliere il consenso

³ Con delibera 10 marzo 2021 n. 4401 la Regione Lombardia ha approvato il documento “*Principi generali e criteri per l'estensione della campagna vaccinale anti – Covid 19 alle aziende produttive lombarde*” ed il protocollo d'intesa “*Protocollo per la partecipazione delle aziende produttive lombarde alla campagna vaccinale anti covid-19*” quale strumento di collaborazione delle aziende lombarde alla campagna vaccinale anti Covid-19. Nella delibera si specifica che “*l'attività di vaccinazione dei lavoratori delle attività produttive lombarde effettuata in azienda attraverso la disponibilità del medico competente costituisce iniziativa di sanità pubblica rivolta alla tutela del cittadino, e si inserisce nella offerta complessiva alla popolazione lombarda, nel rispetto delle priorità definite negli atti di indirizzo nazionali e regionali*”. Il medico competente “*presiede la somministrazione vaccinale assume la responsabilità di tutto il percorso vaccinale e in particolare: - della verifica sulla corretta conduzione dell'operatività (adesione ai protocolli, applicazione delle regole di buona pratica vaccinale, ecc.); - della garanzia in merito all'approfondimento informativo per una consapevole adesione all'offerta vaccinale - del pronto intervento in caso di emergenza ed esercita ogni altra funzione che contribuisca ad assicurare il regolare svolgimento dell'attività*”. Responsabilità che, sebbene poste a carico del medico competente, potrebbero ribaltarsi sulle aziende per le quali il medico competente opera.

dell'interessato. Una dichiarazione che si apre con la formula *“acconsento ed autorizzo la somministrazione della vaccinazione”* e che prosegue, tra l'altro, con la dichiarazione *“sono stato correttamente informato con parole a me chiare, ho compreso i benefici ed i rischi della vaccinazione, le modalità e le alternative terapeutiche”* e si chiude esprimendo, con riferimento ai rischi della vaccinazione, la consapevolezza che *“non è possibile al momento prevedere danni a lunga distanza”*.

Prendendo atto della posizione (sia essa condivisibile o meno) specificamente assunta dal legislatore sul vaccino Covid – ben diversa da quella che, invece, è stata adottata per altri tipi di vaccini (ed anche questo è un dato significativo per l'interprete) – appare difficile desumere *aliunde* un obbligo di vaccinazione.

Anche perché, com'è noto, secondo l'art. 32, co. 2, Cost. *“nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge”* e non c'è dubbio che il vaccino sia un trattamento sanitario.

Senza alcuna pretesa (e capacità) di prendere posizioni sulle varie questioni sollevate dalla norma costituzionale, appare però possibile limitarsi ad osservare che il vaccino per la prevenzione del Covid costituisce un nuovo trattamento sanitario e, quindi, il legislatore avrebbe dovuto, nello stesso momento in cui ha disposto l'avvio di un *“piano strategico nazionale”* di vaccinazione, indicarne l'obbligatorietà, magari solo per alcune categorie di cittadini e di lavoratori.

Ciò in quanto in applicazione dell'art. 32, co. 2, Cost. il legislatore deve stabilire l'obbligo con riferimento *“a un determinato”* trattamento sanitario e, quindi, con una valutazione politica specificamente riferita a tale trattamento che bilancia gli indubbi benefici del vaccino per la tutela della *“salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività”* con la libertà di ogni cittadino di scegliere il trattamento sanitario cui sottoporsi.

Per queste ragioni sul piano interpretativo non appare proficua la strada intrapresa da molti di ricercare l'obbligatorietà del vaccino in norme preesistenti al Covid ed al vaccino che lo contrasta. In queste norme, infatti, non può certamente rinvenirsi quel bilanciamento che l'art. 32, co. 1 e 2 rimette al legislatore all'esito di una valutazione specifica avente ad oggetto *“un determinato trattamento sanitario”*.

È opportuno precisare che quanto detto non significa affatto che l'obbligo del trattamento/vaccino deve essere affermato dal legislatore soltanto in modo formale (cioè in termini espressi e manifesti), come del resto stanno a dimostrare le considerazioni tratte dalla giurisprudenza costituzionale in ordine alla distinzione tra obbligo e raccomandazione alla vaccinazione, ma piuttosto che l'oggetto dell'indagine interpretativa deve riferirsi alle norme che riguardano quel *“determinato trattamento”* vaccinale e non deve essere ricavata da altre norme, perché ciò comporterebbe – come accade non di rado – che la valutazione affidata dalla Costituzione al legislatore venga invece operata soggettivamente da ciascun interprete.

In chiusura su questo punto si può ribadire l'affermazione di partenza: il legislatore (art. 1, co. 457 ss., L. n. 178/2020) nel disporre “*il piano strategico nazionale dei vaccini per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2*” ha stabilito che la vaccinazione sia volontaria per tutti i cittadini, senza alcuna differenza in relazione all'attività lavorativa che sono chiamati a svolgere.

Tale conclusione non vuol dire che la scelta oggi fatta dal legislatore sia immutabile e, nemmeno, che sia condivisibile, ma soltanto che un futuro intervento del legislatore potrebbe rendere obbligatoria la vaccinazione anti Covid, magari non generalizzata, ma limitata ai dipendenti (fatti salvi i casi di impedimento per motivi di salute) impiegati nelle attività essenziali, cioè quelle che nel primo *lockdown* (marzo/maggio 2020) furono esentate dalla chiusura disposta all'epoca dal legislatore per tutte le attività produttive salvo quelle essenziali alla convivenza sociale e, più in generale, quelle riconducibili nell'ambito applicativo della L. 12 giugno 1990, n. 146 (la nozione è, infatti, più ampia e non coincidente con la prima).

Una scelta che il legislatore potrà valutare in base ai dati che emergeranno dalle vaccinazioni dei dipendenti nel caso in cui si dovessero diffondere i rifiuti alla vaccinazione in misura tale da mettere in difficoltà i servizi essenziali più sopra indicati che sono già sotto pressione nel fronteggiare la pandemia. Una scelta del legislatore che sarebbe, a mio avviso, coerente con i principi enunciati dalla Corte costituzionale nella sentenza 2 giugno 1994, n. 218 che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 5, co. 3 e 5, L. 5 giugno 1990, n. 135 “*nella parte in cui non prevede accertamenti sanitari dell'assenza di sieropositività all'infezione da HIV come condizione per l'espletamento di attività che comportano rischi per la salute dei terzi*” ed in quella immediatamente successiva del 23 giugno 1994, n. 258 che ha messo in evidenza il “*necessario bilanciamento ... che concerne la salvaguardia del valore ... della salute collettiva, alla cui tutela - oltre che, (non va dimenticato) a tutela della salute dell'individuo stesso - sono finalizzate le prescrizioni di legge relative alle vaccinazioni obbligatorie*”.

3. Dalle misure a presidio del contagio nei luoghi di lavoro all'obbligo di vaccinazione del dipendente: una strada impraticabile

Partendo da quanto ora accennato in ordine alla scelta del legislatore di non imporre un obbligo di vaccinazione per la prevenzione dell'infezione da Covid, si devono prendere in considerazione le opinioni da più parti avanzate che, ribaltando la scelta del legislatore, ritengono di poter affermare l'obbligo di vaccinazione per il personale dipendente in applicazione delle norme in materia di sicurezza del lavoro.

Con riferimento a tali opinioni e prima di verificarne il fondamento in base ai dati normativi evocati a sostegno, si deve evidenziare un dubbio che sorge proprio in relazione a quanto già accennato, cioè la possibilità di ribaltare l'opzione per la volontarietà espressa dal legislatore per il vaccino anti Covid

ricorrendo a norme generali e preesistenti e, quindi, estranee a quella copiosa e dettagliata legislazione emergenziale predisposta e continuamente aggiornata dal legislatore per il contrasto alla diffusione del Covid, anche nei luoghi di lavoro.

Non si tratta soltanto di applicare il tradizionale principio per cui la norma speciale prevale su quella generale ricordando che, addirittura, il criterio di specialità è recessivo soltanto a quello gerarchico, ma non a quello cronologico, ma piuttosto di distinguere i piani diversi di intervento delle norme: quelle predisposte per la sicurezza del lavoro da quelle che attengono ai trattamenti sanitari.

Ciò non vuol dire che la prevenzione nei luoghi di lavoro non si possa realizzare anche attraverso la vaccinazione, ma piuttosto che l'interprete nell'affrontare questo problema deve procedere con molta cautela, ispirandosi al principio costituzionale che l'obbligatorietà di un determinato trattamento sanitario può essere disposta solo a seguito di una valutazione del legislatore.

Alla stregua di quanto appena detto, ad esempio, si deve prendere atto che l'art. 279, co. 2, lett. a), D. lgs. n. 81/2008 si riferisce alla *“messa a disposizione di vaccini efficaci”* da parte del datore di lavoro cioè all'opportunità per il lavoratore di avere accesso al vaccino che il datore di lavoro dovrà mettergli (gratuitamente) a disposizione. Cosa ben diversa dall'imposizione del vaccino come obbligo del lavoratore di sottoporsi ad esso, infatti nell'ultimo comma dell'art. 279 si legge che: *“il medico competente fornisce ai lavoratori adeguate informazioni sul controllo sanitario cui sono sottoposti... nonché sui vantaggi ed inconvenienti della vaccinazione e della non vaccinazione”*.

Nella prospettiva generale fin qui delineata si deve, infine, considerare che l'obbligo del lavoratore di vaccinarsi non costituisce l'unica misura di contrasto al rischio di contagio utilizzabile dal datore di lavoro che, invece, può agire assumendo altre iniziative rispettose della libertà individuale sancita dall'art. 32, co. 2, Cost.. Ad esempio, come si dirà nel prosieguo, il datore di lavoro potrà destinare il dipendente non vaccinato ad altre mansioni o non accettare la prestazione lavorativa quando essa sia temporaneamente inutilizzabile per i rischi che ne derivano per gli altri dipendenti o per i pazienti/utenti.

Anche in questo caso occorre una precisazione per distinguere l'opinione ora espressa da quella di chi afferma che la prevenzione dal rischio di contagio può realizzarsi oggi con gli stessi strumenti/modalità posti in essere prima che fosse autorizzato l'uso del vaccino, assumendo questi strumenti/modalità come parametro adeguato e sufficiente per il presidio del contagio nei luoghi di lavoro.

Così non è: la possibilità di utilizzare il vaccino e le capacità di prevenzione che esso garantisce (secondo le Agenzie che esercitano la farmacovigilanza) mutano, anche sul piano giuridico, la valutazione relativa ai livelli di tutela dei dipendenti e dei pazienti/utenti e, quindi, l'adeguatezza degli stessi. Aspetti da cui l'interprete non può prescindere, senza però che da questo debba necessariamente

discendere la possibilità del datore di lavoro di rendere la vaccinazione coercibile per il personale dipendente.

4. Misure di sicurezza del lavoro e vaccinazione: piani e disciplina diversi

A questo punto si possono passare ad esaminare le norme in materia di sicurezza del lavoro per verificare se da esse – come molti sostengono – possa farsi discendere l’obbligo del personale dipendente di sottoporsi alla vaccinazione, avvertendo però che questa impostazione solleva subito una perplessità in ordine alla stessa possibilità di mettere in correlazione, attesa la loro eterogeneità, le misure (generali) di sicurezza del lavoro con i trattamenti sanitari previsti dall’art. 32, co. 2, Cost. per dedurre dalle prime un obbligo del lavoratore di sottoporsi ai secondi.

Procedendo all’esame delle norme in materia di sicurezza per individuare quella applicabile si deve seguire l’ordine imposto dalle scelte effettuate dal legislatore con specifico riferimento al contrasto del rischio di contagio nei luoghi di lavoro.

Anche in questo caso, infatti, si palesa doveroso riconoscere priorità alla normativa speciale – dettata, per di più, nell’ambito della legislazione emergenziale di contrasto al Covid – rispetto alle prescrizioni contenute nelle norme generali (artt. 2087 c.c.; 20 e 279, D. lgs., n. 81/2008) che hanno ad oggetto le misure di sicurezza obbligatorie per il datore di lavoro e la necessaria cooperazione del dipendente che si correla alle predette misure.

Com’è noto il legislatore è specificamente intervenuto con l’art. 29-*bis*, DL 8 aprile 2020, n. 23, conv. L. 5 giugno 2020, n. 40 per rimettere il presidio dei rischi di contagio da Covid nei luoghi di lavoro ai protocolli (nazionali, settoriali, territoriali e aziendali) ed alla loro capacità mirata e dinamica di adeguamento, affermando in proposito che *“ai fini della tutela contro il rischio di contagio da COVID-19, i datori di lavoro pubblici e privati adempiono all’obbligo di cui all’articolo 2087 del codice civile mediante l’applicazione e delle prescrizioni contenute nel protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del COVID-19 negli ambienti di lavoro, sottoscritto il 24 aprile 2020 tra il Governo e le parti sociali, e successive modificazioni e integrazioni, e negli altri protocolli e linee guida di cui all’articolo 1, comma 14, del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, nonché mediante l’adozione e il mantenimento delle misure ivi previste. Qualora non trovino applicazione le predette prescrizioni, rilevano le misure contenute nei protocolli o accordi di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale”*.

Si è, però, obiettato che l’art. 29-*bis*, L. n. 40/2020 oggi non sarebbe più applicabile in quanto con tale norma il legislatore avrebbe perseguito lo scopo di attribuire forza di legge ai protocolli ad essa coevi, delimitandone in tal modo l’efficacia temporale in correlazione alle condizioni e conoscenze in essere alla data della sua approvazione. Con la conseguenza che il mutamento di conoscenze e condizioni rispetto a quelle risalenti al giugno del 2020 (epoca della legge di conversione del DL n. 23/2020 che ha

previsto l'art. 29-*bis*) avrebbe fatto venir meno le ragioni su cui tale norma si fondava e con esse la stessa efficacia dell'art. 29-*bis*.

Si tratta di un'affermazione priva di qualsiasi riscontro testuale e che disconosce la *ratio* e la funzione della norma di cui forse non si apprezza fino in fondo il contenuto. Infatti l'art. 29-*bis*, non solo non ha un limite temporale di efficacia previsto dal legislatore, anzi la norma, essendo stata dettata in funzione dello specifico rischio di contagio al Covid, è stata congegnata in modo da poter operare per tutto il tempo in cui l'emergenza pandemica produrrà i suoi effetti.

La tecnica utilizzata dal legislatore nella formulazione dell'art. 29-*bis* non disconosce affatto la necessità di una protezione dinamica nella prevenzione dell'infezione soltanto che tale dinamica non è affidata, come avviene con l'art. 2087 cod. civ., all'iniziativa del datore di lavoro determinata dall'*“esperienza e tecnica”*, ma di fronte ad un virus sconosciuto anche alla scienza medica che è ancora divisa su cause e terapie, ha ritenuto che le misure di protezione da applicare nei luoghi di lavoro dovessero essere individuate da una *fonte* specifica (i protocolli aventi forza di legge) ritenuta più idonea a mettere a fattor comune le conoscenze e competenze necessarie a stabilire le misure di contrasto al virus e nel contempo a diversificare tali misure in relazione alle specifiche necessità di adeguamento del settore, del territorio o dell'azienda. Una tecnica che evidenzia qualche analogia con quella utilizzata dalla L. n. 146/1990 che affida alla contrattazione collettiva, sotto il controllo della Commissione di Garanzia, la predeterminazione delle prestazioni indispensabili da garantire agli utenti in occasione degli scioperi nei servizi pubblici essenziali. Una tecnica che, a me sembra, molto più versata sul piano della prevenzione *ex ante* del rischio di contagio nei luoghi di lavoro per la sua specificità e competenza rispetto all'art. 2087 cod. civ. che, invece quantomeno sul piano applicativo, mostra la sua potenzialità *ex post* con riferimento agli spazi offerti per una tutela di tipo risarcitorio.

A dimostrazione di quanto ora accennato in ordine alla capacità dinamica di adeguamento dei protocolli in raccordo con gli organismi aziendali di presidio della sicurezza, si possono richiamare le previsioni del Protocollo 24 aprile 2020 in ordine: a) al *“confronto preventivo con le rappresentanze sindacali presenti nei luoghi di lavoro ... affinché ogni misura adottata possa essere condivisa e resa più efficace dal contributo di esperienza delle persone che lavorano, in particolare degli RLS e degli RLST, tenendo conto della specificità di ogni singola realtà produttiva e delle situazioni territoriali”*; b) ma anche al fatto che *“le imprese ... applicano le ulteriori misure di precauzione di seguito elencate - da integrare con altre equivalenti o più incisive secondo le peculiarità della propria organizzazione, previa consultazione delle rappresentanze sindacali aziendali”* che evidenzia la possibilità di misure aggiuntive, ma solo con riferimento alle *“peculiarità”* organizzative della singola azienda; c) e, infine, per quanto riguarda l'*“aggiornamento del protocollo”* la costituzione *“in azienda [di] un Comitato per l'applicazione e la verifica delle regole del protocollo di regolamentazione con la partecipazione delle rappresentanze sindacali aziendali e*

del RLS” nonché “comitati per le finalità del Protocollo, anche con il coinvolgimento delle autorità sanitarie locali e degli altri soggetti istituzionali coinvolti nelle iniziative per il contrasto della diffusione del COVID.19”.

Ciò significa che, almeno, l'interprete non deve dare prevalenza all'art. 2087 cod. civ. nell'individuazione degli obblighi che gravano sul datore di lavoro per quanto riguarda le “*misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del COVID-19*”, infatti compete non all'art. 2087, bensì ai protocolli pronunciarsi in merito, anche con riferimento all'obbligo di vaccinazione nei casi di necessità. A chi solleva, comprensibilmente, l'obiezione che in questo modo l'obbligo di un trattamento sanitario verrebbe imposto da un atto (il protocollo) avente natura negoziale (ancorché munito di forza di legge *ex art. 29-bis*), si può replicare che questa obiezione deve essere misurata tenendo conto che, ove si ritenesse di collegare tale obbligo all'art. 2087 cod. civ., ciò sostanzialmente significherebbe rimetterlo alle valutazioni del datore di lavoro effettuate in base all’“*esperienza e tecnica*” che sarebbero destinate a prevalere rispetto alla scelta del legislatore di realizzare il piano vaccinale su base volontaria.

Un discorso analogo deve essere fatto anche per l'art. 279, co. 2, lett. a), D. lgs. n. 81/2008 con riferimento al quale si torna a ricordare che “*la messa a disposizione di vaccini efficaci*” posta dal legislatore a carico del datore di lavoro non può trasformarsi in un obbligo del lavoratore di sottoporsi alla vaccinazione che, comunque, resta una opportunità offerta che potrà essere scelta dal dipendente, dopo aver avuto dal medico competente “*adeguate informazioni ... sui vantaggi ed inconvenienti della vaccinazione e della non vaccinazione*” (art. 279, co. 5). Né appare invocabile l'art. 20, D. lgs. n. 81/2008 per la genericità della disposizione (“*ogni lavoratore deve prendersi cura della propria salute e sicurezza*”) che, peraltro, si limita ad affermare la necessità del dipendente di “*contribuire*” all'adempimento di obblighi del datore di lavoro.

Concludendo su questo punto sembra possibile escludere l'obbligo del lavoratore di sottoporsi alla vaccinazione, in quanto non previsto direttamente dal legislatore e neppure ricavabile indirettamente dalle misure di sicurezza poste a presidio del rischio di contagio nei luoghi di lavoro.

5. La scelta di non vaccinarsi non si configura come un'infrazione disciplinare

Se, quindi, non sussiste per il lavoratore l'obbligo di sottoporsi alla vaccinazione, ciò appare sufficiente ad escludere che il suo rifiuto possa costituire un'infrazione disciplinare sanzionabile dal datore di lavoro.

Va considerato che il datore di lavoro, non avendo la disponibilità del vaccino e, quindi, non potendo provvedere direttamente alla sua somministrazione, si dovrebbe limitare ad ordinare al lavoratore di sottoporsi alla vaccinazione eseguita dalle strutture sanitarie a ciò deputate, sul presupposto che ciò concorre a limitare il contagio nei luoghi di lavoro.

Ma l'ordine impartito dal datore al dipendente di sottoporsi alla vaccinazione in mancanza di un obbligo legale in tal senso, ancorché finalizzato a realizzare una maggior tutela dal rischio di contagio

nei luoghi di lavoro, violerebbe il limite posto dall'art. 32, co. 2, Cost., in quanto sarebbe finalizzato a rendere cogente l'assoggettamento del lavoratore *“a un determinato trattamento sanitario”*.

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

Un'impostazione che, generalizzata, porterebbe alla conclusione che il datore di lavoro potrebbe obbligare un dipendente (ad esempio con disturbi psichici) a sottoporsi ai trattamenti sanitari necessari a prevenire rischi nei luoghi di lavoro.

Quanto detto implica che il rifiuto del lavoratore all'ordine del datore di lavoro di vaccinarsi non costituisce infrazione disciplinare costituendo tale rifiuto esercizio di una libertà costituzionalmente garantita.

6. L'impossibilità temporanea di utilizzo della prestazione del dipendente non vaccinato e gli effetti liberatori dall'obbligo retributivo

Si è appena detto che il datore di lavoro può fronteggiare il rifiuto del dipendente di vaccinarsi in forme diverse dall'esercizio del potere disciplinare, ma le iniziative che possono essere prese implicano *a monte* la soluzione di un'altra questione che riguarda il diritto del datore di lavoro di essere informato in ordine alla vaccinazione (effettuata o non) dal lavoratore.

È nota la posizione negativa assunta al riguardo dal Garante per la Privacy che in un faq apparsa il 17 febbraio 2021 sul sito precisa *“che il datore di lavoro non può acquisire, neanche con il consenso del dipendente o tramite il medico competente, i nominativi del personale vaccinato o la copia delle certificazioni vaccinali. Ciò non è consentito dalla disciplina in materia di tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro né dalle disposizioni sull'emergenza sanitaria. Il consenso del dipendente non può costituire, in questi casi, una condizione di liceità del trattamento dei dati. Il datore di lavoro può, invece, acquisire, in base al quadro normativo vigente, i soli giudizi di idoneità alla mansione specifica redatti dal medico competente”*. Senza, peraltro, considerare che il medico competente non può valutare tale idoneità di sua iniziativa, ma solo a seguito di richiesta dal dipendente (art. 41, co. 2, lett. c), D. lgs. n. 81/2008), assai poco probabile nel caso del lavoratore che ha deciso di non vaccinarsi.

La posizione assunta dal Garante non sembra, però, farsi pienamente carico di quel necessario bilanciamento tra diritto alla riservatezza e diritto alla salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, valorizzando anche una norma storica del diritto del lavoro (l'art. 8, L. n. 300/1970) che consente al

datore di lavoro di effettuare indagini “*su fatti ... rilevanti ai fini della valutazione dell’attitudine professionale del lavoratore*”. In questa prospettiva, infatti, andrebbero lette le eccezioni al divieto per il datore di lavoro di trattare i dati relativi alla salute del dipendente (art. 9 Regolamento UE 2016/679); eccezioni che operano in quanto il trattamento sia previsto da una norma autorizzativa (che potrebbe ricavarsi dall’impulso dato dal legislatore al piano vaccinale); la sua finalità sia quella della tutela della incolumità del lavoratore (cosa che sembra essere scontata) e che siano predisposte appropriate garanzie per i lavoratori.

7. Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento per la perdurante inutilizzabilità del lavoratore

Si tratta, a questo punto e come si era anticipato, di verificare le condotte che il datore di lavoro può porre in essere a seguito del rifiuto del dipendente di vaccinarsi, nella scontata consapevolezza che la gestione di un rapporto di lavoro non si esaurisce con l’esercizio del potere disciplinare.

Infatti la scelta (legittima) del dipendente di non vaccinarsi potrebbe incidere sul funzionamento del rapporto di lavoro ed una verifica in tal senso da parte del datore (non può, ma) deve essere effettuata per stabilire se l’esecuzione la prestazione del dipendente non vaccinato (ma che avrebbe potuto farlo) si palesi oggettivamente impossibile, ancorché in via temporanea, specialmente in funzione della necessità di prevenzione del rischio di contagio nei luoghi di lavoro.

In questo caso (che, certamente, non può essere ricondotto alla malattia) troverebbero applicazione gli artt. 1218, 1256, co. 2 e 1463 cod. civ. con la conseguente liberazione del datore di lavoro dall’obbligo retributivo, in quanto l’esercizio da parte del lavoratore della libertà garantita dall’art. 32, co. 2 Cost. di non sottoporsi alla vaccinazione, non esclude la verifica da parte del datore di lavoro della possibilità di una proficua utilizzazione dell’attività lavorativa del dipendente.

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

In tal modo dovrà essere verificata l’utilizzabilità della prestazione offerta dai lavoratori non vaccinati avendo riguardo al rischio di contagio che il datore di lavoro ha l’obbligo di presidiare all’interno dei luoghi di lavoro.

Come già si è accennato, non si può condividere l'opinione di chi afferma che, potendo la prevenzione del rischio di contagio realizzarsi oggi nello stesso modo in cui avveniva prima dell'uso del vaccino, ciò sarebbe sufficiente ad escludere un esito negativo della verifica sulla proficua utilità della prestazione del lavoratore non vaccinato. Infatti tale verifica deve essere condotta in base alla situazione attuale, in quanto la possibilità di utilizzare il vaccino e le capacità di prevenzione che esso garantisce (secondo le Agenzie che esercitano la farmacovigilanza) mutano, anche sul piano giuridico, la valutazione relativa ai livelli di tutela dei dipendenti e dei pazienti/utenti e, quindi, l'adeguatezza degli stessi.

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

Appare, invece, possibile per il datore di lavoro che abbia fatto ricorso alla CIG-Covid di sospendere il lavoratore che abbia scelto di non vaccinarsi e per il quale non sia possibile un utile impiego a causa di tale scelta. Infatti la causa integrabile Covid riguarda tutte le ipotesi in cui non sia temporaneamente possibile avvalersi della prestazione del lavoratore dipendente e nel caso in esame ciò deriva da una situazione oggettiva riconducibile all'emergenza sanitaria, sebbene scaturita dalla legittima condotta del lavoratore in quanto riconducibile all'esercizio di un diritto costituzionalmente garantito.

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

8. Le iniziative del datore di lavoro per promuovere la vaccinazione presso il personale dipendente

L'ipotesi del licenziamento del lavoratore che non si è sottoposto alla vaccinazione si deve collocare e deve essere valutata all'esito degli interventi a cui si è appena fatto riferimento.

Infatti tale ipotesi deve essere verificata con riferimento alla nozione di giustificato motivo oggettivo prevista dall'art. 3, L 15 luglio 1966, n. 604 e si pone soltanto quando, a seguito della perdurante inutilizzabilità della prestazione lavorativa del dipendente, si determinino situazioni tali da impedire il funzionamento dell'attività produttiva e dell'organizzazione del lavoro.



Tale valutazione, come afferma la giurisprudenza in materia di giustificato motivo oggettivo indotto da condotte del lavoratore, deve essere compiuta, in funzione della tollerabilità, da parte del datore di lavoro, della mancata esecuzione della prestazione lavorativa, tenendo conto altresì delle dimensioni e dell'organizzazione dell'impresa, delle mansioni affidate al lavoratore e della possibilità di affidare temporaneamente dette mansioni ad altri dipendenti.

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

9. Conclusioni

Sul piano della gestione del rapporto di lavoro aggiungo che, mentre il datore di lavoro non può imporre la vaccinazione al lavoratore, ciò non significa che gli sia precluso sostenere e promuovere (cosa diversa dall'obbligare) la vaccinazione presso i propri dipendenti.

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

Si potrebbe forse nutrire qualche dubbio se il datore di lavoro dovesse, invece, condizionare all'avvenuta vaccinazione l'accesso a premi o a trattamenti di miglior favore, in questo caso infatti potrebbe emergere l'intento di discriminare il lavoratore che avesse scelto per "*convinzioni personali*" (art. 15, co. 2, L n. 300/1970) di non sottoporsi alla vaccinazione.