

DSL

1-2021

L'ennesima sfida della pandemia Covid-19: esiste un obbligo vaccinale nei contesti lavorativi?***

di Paolo Pascucci e Angelo Delogu*

SOMMARIO: 1. Finalmente i vaccini. – 2. Il dibattito sull'obbligo vaccinale. – 3. L'art. 32 Cost. – 4. La riserva di legge di cui all'art. 32 Cost. – 5.1.1. L'art. 2087 c.c. come norma "attuativa" della riserva di legge? La questione dell'art. 29-bis del d.l. n. 23/2020. – 5.1.2. La "genericità" dell'art. 2087 c.c. – 5.2. Misura di prevenzione e trattamento sanitario. – 6.1. L'art. 279 del d.lgs. n. 81/2008. – 6.2. Il campo di applicazione del Titolo X del d.lgs. n. 81/2008. – 6.3. La classificazione del virus SARS-CoV-2. – 6.4. La messa a disposizione di vaccini efficaci. – 6.5. Art. 279 e sorveglianza sanitaria. – 7.1. La legge di bilancio 2021 e il piano strategico per la vaccinazione. – 7.2. Art. 32 Cost., obblighi e raccomandazioni nell'orientamento della Corte costituzionale. – 8. Il ruolo del medico competente. – 9. Le ipotetiche criticità della ricostruzione proposta. – 9.1. I limiti all'operatività dell'obbligo di nomina del medico competente. – 9.2. Il concetto di idoneità alla mansione specifica nel diritto della salute e sicurezza sul lavoro. – 9.3. Sulla presunta temporaneità dell'inidoneità alla mansione. – 10. Conclusioni.

1. Finalmente i vaccini

Fin dall'esplosione della pandemia da Covid-19, un anno fa, è stato subito evidente che la battaglia per debellarla sarebbe stata lunga e difficile. E anche ora che, a tempo di record, sono stati finalmente individuati i vaccini e ne è stata avviata la distribuzione, non poche ombre permangono sui tempi della definitiva soluzione del problema.

Oltre alle prevedibili difficoltà tecnico-organizzative nella produzione su scala planetaria dei sieri vaccinali, incombono le minacce innescate dalla continua variabilità del virus, per non dire di alcune incertezze sull'efficacia dei vaccini a seconda del loro diverso tipo. In particolare, non è ancora chiaro scientificamente se gli attuali vaccini siano in grado di fornire un'"immunità sterile", vale a dire se, oltre a non far ammalare il vaccinato, gli impediscano anche di trasmettere l'infezione¹, essendo quindi necessario non dismettere nel frattempo le misure di

* Paolo Pascucci è professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Urbino Carlo Bo. paolo.pascucci@uniurb.it. Angelo Delogu è assegnista di ricerca in Diritto del lavoro nell'Università di Urbino Carlo Bo. angelo.delogu@uniurb.it.

** Il saggio è stato preventivamente assoggettato alla procedura di referaggio prevista dalle regole editoriali della Rivista. Sebbene tutte le tematiche oggetto del saggio costituiscano il frutto di una riflessione comune, i paragrafi da 1 a 6.5. sono attribuibili a Paolo Pascucci, mentre i paragrafi da 7.1. a 10 ad Angelo Delogu.

contenimento finora adottate (l'uso della mascherina, l'igiene delle mani, il distanziamento sociale ecc.). Il che, con riferimento ai contesti lavorativi, alimenta la discussione circa la necessità della somministrazione del vaccino nel momento in cui già esistono altre misure preventive e dispositivi di protezione che hanno consentito finora di proseguire le attività produttive in parziale sicurezza², venendo qui in gioco, tuttavia, il principio della massima sicurezza tecnologicamente disponibile³. Una discussione che non dovrebbe ignorare che, al di là della loro efficacia, gli attuali dispositivi protettivi svolgono una funzione contingente essenzialmente difensiva (di mera riduzione del rischio), laddove, come emerge dalla comunità scientifica, la vaccinazione di massa costituisce lo strumento fondamentale per debellare la pandemia e conseguire l'agognata immunità di gregge (nella prospettiva della eliminazione del rischio).

2. Il dibattito sull'obbligo vaccinale

Proprio in concomitanza con l'inizio della somministrazione del vaccino si è acceso un vivace dibattito in merito alla obbligatorietà o meno della vaccinazione nei contesti lavorativi⁴. Un dibattito che, beninteso, non può non tener conto del fatto che, oltre alle criticità poc'anzi segnalate (specialmente quella relativa alle incertezze sull'"immunità sterile")⁵, attualmente la gestione della campagna di vaccinazione fa capo esclusivamente alle strutture sanitarie pubbliche e, dato il contingentamento delle dosi disponibili, richiederà molti mesi prima di essere

¹ <https://www.iss.it/covid19-faq>. V. anche le parole di I. CAPUA riportate in <https://www.today.it/attualita/vaccino-infezione-contagio.html>: "L'infezione è una cosa e la malattia un'altra. Il virus quando infetta una persona si replica nelle prime vie respiratorie, per esempio dieci particelle virali possono diventare molte centinaia o migliaia. Il vaccino impedisce che entrino nel sangue diventando 100 mila o un milione. La persona non si ammala ma il virus c'è, quindi può trasmetterlo. Così sarà fino al raggiungimento dell'immunità di gregge.... È un problema di molti vaccini, pochissimi danno immunità sterile".

² Ossia le misure previste dai protocolli anti-contagio, a partire da quelli del 14 marzo e 24 aprile 2020. In tal senso v. F. SCARPELLI, *Rifiuto del vaccino e licenziamento: andiamoci piano!*, in www.linkedin.it, 29 dicembre 2020; A. PERULLI, *Dibattito istantaneo su vaccini anti covid e rapporto di lavoro*, in <http://www.rivistalabor.it/>, 25 gennaio 2021, p. 2. Per certi versi v. anche V.A. POSO, *Dibattito istantaneo su vaccini anti Covid e rapporto di lavoro*, ivi, 25 gennaio 2021, pp. 5-6.

³ R. RIVERSO, *L'obbligo del vaccino anti Covid nel rapporto di lavoro tra principio di prevenzione e principio di solidarietà*, in "Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi", 18 gennaio 2021 (nonché in "Questione Giustizia", 2021), pp. 13-14, che propende per la «massima sicurezza tecnologicamente fattibile», con riflessi non solo sul perimetro dell'obbligo di sicurezza del datore di lavoro ma anche sul «versante degli obblighi del dipendente» (qui p. 13).

⁴ Brevemente sulle varie opzioni ricostruttive v. L. ZOPPOLI, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro*, in <http://www.rivistalabor.it/>, 22 gennaio 2021. Per una ricostruzione del dibattito v. P. IERVOLINO, *Vaccinazione e pandemia tra diritto ed etica*, in "Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi", 8 febbraio 2021.

⁵ Ma v. P. ICHINO, *Perché e come il dovere di vaccinarsi può nascere anche solo da un contratto*, in "Quotidiano Giuridico", 8 gennaio 2021, p. 5, il quale sdrammatizza tale questione sostenendo che «il rischio di contagio, nel caso della persona portatrice del virus ma non colpita dall'infezione, è molto inferiore rispetto al caso della persona che sta incubando la malattia, dal momento che la vaccinazione plausibilmente ha proprio l'effetto di impedire l'incubazione».

portata a termine. Nondimeno, quand'anche si rivelasse solamente teorico rispetto all'attuale emergenza, il dibattito merita attenzione perché tocca aspetti finora scarsamente esplorati che potrebbero tornare d'attualità in futuro.

Data l'assoluta novità del tema, si tratta di un dibattito *in progress* che si è rapidamente sviluppato per l'importanza che riveste nell'attuale contingenza, ma che, per le tematiche trattate e gli argomenti messi in campo, non pare destinato a perdere rilievo con l'auspicabile tramonto della pandemia poiché induce a riflettere attentamente sul modo con cui sono stati finora intesi alcuni concetti e dati normativi del diritto della sicurezza sul lavoro⁶. Disciplina, quest'ultima, che, così come ha saputo prima di altre accettare la sfida delle profonde trasformazioni del mondo del lavoro specialmente per quanto concerne l'individuazione dei soggetti meritevoli di tutela⁷, non può non misurarsi anche con l'acuirsi della complessità delle responsabilità, datoriali e dei lavoratori, di fronte a sistemi produttivi e sociali sempre più compenetrati in cui le nette distinzioni del passato (come quella tra ambiente di lavoro e ambiente esterno⁸, o quella tra lavoratori e "terzi"⁹) tendono a divenire via via più evanescenti. Una dimensione che la pandemia in atto ha enfatizzato dimostrando come possano rivelarsi labili i confini fisici e concettuali eretti a presidio delle nostre certezze. Il dibattito richiede pertanto di essere affrontato con il massimo scrupolo ancorché con la doverosa consapevolezza scientifica che, per la complessità del tema, potrebbe alimentare più dubbi che certezze.

D'altro canto, al di là delle varie argomentazioni e dei diversi approdi, è pienamente legittimo che il dibattito evochi i principi del diritto della sicurezza sul lavoro. Infatti, è vero che il piano di vaccinazione messo in campo riguarda "a monte" tutta la popolazione e costituisce indubbiamente uno strumento di tutela del macrosistema di prevenzione e salute pubblica, non a caso gestito dal sistema sanitario pubblico statale e regionale. Senonché, è vero pure che la vaccinazione di chi lavora non è certo una questione irrilevante per la gestione dei microsistemi di prevenzione aziendale in quanto si interseca necessariamente con la specifica tutela della salute di chi lavora, la quale non a caso è assoggettata ad una disciplina speciale di derivazione europea, oggi risultante dal d.lgs. n. 81/2008, da cui emergono particolari profili di responsabilità che, oltre a riguardare le parti dei rapporti di

⁶ Sulle sfide dell'emergenza Covid-19 al sistema di prevenzione v. da ultimo G. NATULLO, *Ambiente di lavoro e tutela della salute dallo Statuto alla pandemia "Covid-19"*, in M. RUSCIANO, L. GAETA, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mezzo secolo dallo Statuto dei lavoratori. Politiche del diritto e cultura giuridica*, Quaderni della Rivista Diritti Lavori Mercati, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020 spec. p. 192.

⁷ Si pensi alla definizione universalistica di "lavoratore" di cui all'art. 2, lett. a, del d.lgs. n. 81/2008.

⁸ V. le recenti ricerche di P. TOMASSETTI, *Diritto del lavoro e ambiente*, ADAPT University Press, Modena, 2018, e di S. BUOSO, *Principio di prevenzione e sicurezza sul lavoro*, Giappichelli, Torino, 2020.

⁹ V. Cass. pen., sez. IV, 12 settembre 2019, n. 37766, in <https://olympus.uniurb.it>.

lavoro, possono riflettersi anche sui terzi che entrino in contatto con gli ambienti di lavoro¹⁰.

D'altronde, ove mai ve ne fosse ancora bisogno, la connessione della pandemia in atto con l'ambito della sicurezza sul lavoro è dimostrata, oltre che dalle misure emergenziali adottate dal Governo e contenute nei c.d. protocolli anti-contagio¹¹, anche dal fatto che, mediante una disposizione applicabile ai datori di lavoro pubblici e privati – l'art. 42, comma 2, del d.l. n. 18/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 27/2020 – il legislatore, ispirandosi al principio della “socializzazione del rischio”¹², ha previsto che, nei casi accertati di infezione da coronavirus in occasione di lavoro, ci si trovi dinnanzi ad un infortunio sul lavoro, al quale l'Inail assicura la relativa tutela¹³.

¹⁰ Contra G. SCUDIER, *Vaccino e licenziamento: salute pubblica, non (ancora) sicurezza sul lavoro*, in <https://www.casellascudier.it/>, secondo cui la pandemia, e di conseguenza il piano vaccinale, apre uno scenario di salute pubblica, ma non riguarda la sicurezza sul lavoro (in particolare p. 2).

¹¹ Cfr. P. PASCUCCI, *Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra “raccomandazioni” e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale*, in questa Rivista, 2019, n. 2, p. 98 ss.; ID., *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*, ivi, 2020, n. 1, p. 117 ss.; P. PASCUCCI-A. DELOGU, *Sicurezza sul lavoro nella PA nell'emergenza da Covid-19*, in “SINAPPSI”, n. 1/2020, p. 131 ss. Una rassegna della dottrina in materia è rinvenibile in www.olympus.unirb.it, sezione Covid-19 e sicurezza sul lavoro.

¹² S. GIUBBONI, *Covid-19: obblighi di sicurezza, tutele previdenziali, profili riparatori*, in “WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona.IT – 417/2020”, p. 12 ss.; G. LUDOVICO, *Il contagio da Covid-19 come infortunio sul lavoro tra copertura INAIL e responsabilità civile*, in “Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale”, 2020, p. 363, il quale, tuttavia, giustamente rileva come l'assicurazione obbligatoria antinfortunistica non sia improntata ad un principio di “totale” socializzazione del rischio «in quanto priva di dimensione universalistica sebbene il secondo comma dell'art. 38 Cost. si riferisca a tutti “i lavoratori”», laddove «sono oltre tre milioni e settecentomila i lavoratori – soprattutto autonomi ma anche subordinati – che non sono ammessi alla garanzia indennitaria», tra cui anche alcune categorie «particolarmente esposte al rischio di contagio» (Forze armate, Polizia, volontari dei Vigili del fuoco). Sul tema v. anche A. DE MATTEIS, *Le infezioni da coronavirus come infortunio sul lavoro: la specialità della tutela italiana*, in “Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale”, 2020, pp. 653-654, e, in generale, L. LA PECCERELLA, *L'universalizzazione delle tutele tra d.lgs. n. 81/2008 e d.P.R. n. 1124/1965*, in P. PASCUCCI, con la collaborazione di L. LA PECCERELLA e R. D'ALIA (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro a dieci anni dal d.lgs. n. 81/2008. Tutele universali e nuovi strumenti regolativi*, Milano, Franco Angeli, 2019, p. 219 ss.

¹³ Norma che, in realtà, non fa che riproporre un assunto consolidato secondo cui le patologie virali contratte in occasione di lavoro sono inquadrate e trattate come infortunio sul lavoro poiché la causa virulenta viene equiparata alla causa violenta propria dell'infortunio, anche quando i suoi effetti si manifestino dopo un certo tempo. Su tale disposizione v. *amplius*, tra gli altri, P. SANDULLI, A. PANDOLFO e M. FAIOLI, *Coronavirus e responsabilità datoriale da infortunio sul lavoro*, in “Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale”, 2020, p. 631 ss. e, in particolare, p. 636 ss.; M. MARINELLI, *Infortunio sul lavoro e Covid: molto strepito per nulla?*, in “Il lavoro nella giurisprudenza”, 2020, p. 677 ss.; L. LA PECCERELLA, *Infezione da coronavirus e tutela contro gli infortuni e le malattie professionali*, in questa Rivista, n. 1/2020, II, p. 1 ss.; G. CORSALINI, *Coronavirus, la tutela dell'INAIL in caso di contagio del lavoratore*, in “Questione giustizia”, 1 aprile 2020; C. DI CARLUCCIO, *SARS-CoV-2 e contagio del lavoratore. Note sulla malattia-infortunio*, in “Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa”, 22 giugno 2020, p. 1 ss. Sebbene tale norma riguardi esclusivamente i profili della tutela previdenziale/assicurativa – i quali non debbono essere confusi con quelli connessi alle eventuali responsabilità civili e penali (cfr. R. RIVERSO, *Vero e falso sulla responsabilità datoriale da Covid-19. Aspetti civili, penali e previdenziali*, in “Questione giustizia”, 19 maggio 2020) – la configurazione dell'evento infettivo come infortunio sul lavoro riconduce la questione nell'alveo della disciplina della sicurezza sul lavoro, non dovendosi inoltre trascurare che il lavoratore che ritenga che il contagio sia stato causato dall'omessa adozione di

Peraltro, proprio a tale proposito, va segnalato come nel dibattito stia emergendo l'idea che il lavoratore renitente alla vaccinazione che contragga il *virus* non possa beneficiare della copertura assicurativa¹⁴, in quanto il rifiuto del vaccino integrerebbe una sorta di “rischio elettivo”¹⁵. A prescindere dall'opzione valoriale che anima simili posizioni, non va ad ogni modo trascurato che, a fronte della mancata vaccinazione del lavoratore, il datore di lavoro – come si chiarirà nel prosieguo – dovrà comunque adottare tutte le misure preventive e protettive necessarie a scongiurare il contagio (a partire dalla sorveglianza sanitaria), con il che l'assenza di copertura vaccinale e il conseguente contagio non potranno configurare eventi imprevedibili e abnormi tale da escludere le responsabilità datoriali.

Al di là delle diverse posizioni e delle “varianti” che emergono nel dibattito, il punto di discriminazione fondamentale riguarda la fonte dell'obbligo vaccinale, dal momento che la vaccinazione costituisce indiscutibilmente un “trattamento sanitario”: un concetto che, come riconosce unanimemente anche la dottrina costituzionalistica, si riferisce a qualunque «attività diagnostica o terapeutica, volta a prevenire, o a curare malattie»¹⁶, o, in altri termini, a un intervento medico finalizzato alla tutela della salute.

Ed è proprio attorno alla natura del vaccino come trattamento sanitario che ruota la discussione in quanto l'art. 32 Cost. prevede che l'obbligatorietà di un simile trattamento presuppone una disposizione di legge.

cautele da parte del datore di lavoro potrebbe intentargli un'eventuale azione volta ad ottenere il risarcimento del c.d. danno differenziale, vale a dire quella parte di risarcimento che eccede l'importo dell'indennizzo coperto dall'assicurazione obbligatoria e che resta a carico del datore di lavoro purché tuttavia il fatto sia formalmente riconducibile ad un reato perseguibile d'ufficio, fermo restando che «l'accertamento incidentale in sede civile del fatto che costituisce reato, sia nel caso di azione proposta dal lavoratore per la condanna del datore di lavoro al risarcimento del cd. danno differenziale, sia nel caso dell'azione di regresso proposta dall'INAIL, deve essere condotto secondo le regole comuni della responsabilità contrattuale, anche in ordine all'elemento soggettivo della colpa ed al nesso causale tra fatto ed evento dannoso»: così Cass., sez. lav., 19 giugno 2020, n. 12041, su cui v. S. GIUBBONI, *I presupposti della responsabilità civile del datore per infortunio sul lavoro nella nomofilachia della Suprema Corte (con una chiosa sul risarcimento del danno da Covid-19*, in “Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale”, 2020, p. 669 ss.; P. ALBI, *Sicurezza sul lavoro e pandemia*, “Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi”, 2 febbraio 2021, pp. 28-29. V. anche P. TULLINI, *Il danno differenziale, il diritto vivente e il legislatore*, in “Rivista italiana di diritto del lavoro”, 2019, I, p. 335 ss.; L. DE ANGELIS, *Il danno differenziale tra diritto comune, diritti speciali e schizofrenia legislativa*, in “WP C.S.D.L.E. ‘Massimo D’Antona’.IT – 392/2019”; S. GIUBBONI, *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile: vecchie e nuove questioni in tema di danno differenziale*, in “WP C.S.D.L.E. ‘Massimo D’Antona’.IT – 397/2019”). Sulle responsabilità connesse alla pandemia v. da ultimo F. AMENDOLA, *Covid-19 e responsabilità del datore di lavoro ovvero delle illusioni percettive in tempo di pandemia*, Cacucci Editore, Bari, 2021.

¹⁴ L. SALVIA, *Covid e infortunio sul lavoro: Inail verso il no al risarcimento per chi non si è vaccinato*, in “Corriere.it”, 22 febbraio 2021; M. PIZZIN, *Infermieri no vax: per chi si è contagiato sul lavoro il nodo della copertura Inail*, in “Il Sole 24 ORE”, 22 febbraio 2021.

¹⁵ M. CERBONE, *Vaccinazione anti-Covid, autodeterminazione del lavoratore e riflessi sul rapporto di lavoro*, in “Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi”, 15 febbraio 2021, p. 12 (nonché in “Diritti Fondamentali”, www.dirittifondamentali.it, n. 1/2021, p. 79 ss.).

¹⁶ Così B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, in “Diritto e società”, 1984, pp. 52-53. V. *amplius* A.A. NEGRONI, *Sul concetto di “trattamento sanitario obbligatorio”*, in “Rivista AIC”, n. 4/2017, spec. p. 14 ss., ed ivi la dottrina costituzionalistica citata.

3. *L'art. 32 Cost.*

Dopo aver sancito, al comma 1, che la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti, l'art. 32 Cost. stabilisce nel comma 2 che nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge, non potendo la legge in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana¹⁷.

Molteplici elementi della norma costituzionale assumono rilevanza ai fini del dibattito sull'obbligo vaccinale. Innanzitutto, il fatto che la tutela della salute¹⁸ costituisce un compito della Repubblica. In secondo luogo, che la salute ha una dimensione biface¹⁹, costituendo nel contempo un diritto fondamentale dell'individuo (l'unico diritto qualificato come tale nella Costituzione) e un interesse della collettività. In terzo luogo, che senza una disposizione di legge nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario. Infine, che la legge che imponga l'obbligo di un trattamento sanitario non può in alcun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana.

Ricomponendo sistematicamente tali elementi, emerge come la duplice dimensione della salute (individuale e collettiva), oltre a fornire la misura della complessità di tale concetto – che fra l'altro indica le direzioni su cui deve indirizzarsi il compito di tutela della Repubblica e delle sue componenti ordinamentali –, evidenzia anche il potenziale conflitto tra le due dimensioni. Un conflitto che può deflagrare proprio in relazione all'applicazione di un trattamento

¹⁷ Tali principi trovano ulteriore conferma e specificazione nell'art. 33 della l. n. 833/1978, in base alla quale gli accertamenti ed i trattamenti sanitari sono di norma volontari; qualora previsti, i trattamenti sanitari obbligatori devono comunque rispettare la dignità della persona, i diritti civili e politici, compreso, per quanto possibile, il diritto alla libera scelta del medico e del luogo di cura. La Convenzione di Oviedo ("Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti delle applicazioni della biologia e della medicina: Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina") adottata a Nizza il 7 dicembre 2000 e ratificata dalla Repubblica italiana con la l. n. 145/2001, stabilisce che il consenso libero e informato del paziente all'atto medico non vada considerato solo sotto il profilo della liceità del trattamento, ma deve essere considerato prima di tutto come un vero e proprio diritto fondamentale del cittadino europeo, che riguarda il più generale diritto alla integrità della persona. Tale documento, nel dedicare un intero capo al tema del consenso, stabilisce all'art. 5, quale norma generale, che «un trattamento sanitario può essere praticato solo se la persona interessata abbia prestato il proprio consenso libero e informato. Tale persona riceve preliminarmente informazioni adeguate sulle finalità e sulla natura del trattamento nonché sulle sue conseguenze e i suoi rischi. La persona interessata può, in qualsiasi momento, revocare liberamente il proprio consenso».

¹⁸ Viene qui in luce il concetto di salute fornito dall'Organizzazione mondiale della sanità, integralmente recepito nel nostro ordinamento lavoristico grazie all'art. 2, lett. o, del d.lgs. n. 81/2008: «uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, non consistente solo in un'assenza di malattia o d'infirmità».

¹⁹ Cfr. C. SMURAGLIA, *La sicurezza del lavoro e la sua tutela penale*, Giuffrè, Milano, 1962, p. 78 ss. V. anche L. DE ANGELIS, *Ragionando a caldo su vaccinazioni e rapporto di lavoro*, in "Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi", 17 febbraio 2021, p. 5 (nonché in <http://www.rivistalabor.it/>), il quale ricorda la «doppia rilevanza» dell'obbligo generale di sicurezza.

sanitario ove, rivendicandosi l'indisponibilità del diritto individuale alla salute²⁰, si rischi non solo di compromettere la stessa sopravvivenza del suo titolare (si pensi al rifiuto dell'emotrasfusione per ragioni religiose²¹), ma anche e soprattutto di mettere a repentaglio la salute della collettività, come appunto nel caso del rifiuto individuale di vaccinarsi a fronte di un'epidemia o, peggio, di una pandemia.

Un conflitto che, stante l'estrema rilevanza delle due dimensioni della salute, può essere governato – come chiarito dalla Corte costituzionale – soltanto mediante il principio del contemperamento²², il cui punto di equilibrio, ove la tutela della dimensione collettiva della salute postuli l'obbligo di un trattamento sanitario, può essere individuato solo per disposizione di legge, preservando comunque il nucleo essenziale del diritto individuale alla salute consistente nel rispetto della persona umana.

4. La riserva di legge di cui all'art. 32 Cost.

Non è questa la sede per esaminare a fondo la natura della riserva di legge²³ contenuta nell'art. 32 Cost., sulla quale emergono visioni differenti nella dottrina costituzionalistica²⁴, non dovendosi peraltro dimenticare come, seppur incidentalmente, la Corte costituzionale si sia espressa nel senso del carattere relativo della riserva²⁵.

In effetti, il tenore letterale dell'art. 32, comma 2, non è identico a quello delle disposizioni costituzionali nelle quali emerge inequivocabilmente una riserva

²⁰ V. P. ICHINO, *Perché e come il dovere*, cit., p. 1 ss. secondo cui invece i diritti della persona sono intrinsecamente disponibili. Cfr. anche R. RIVERSO, *L'obbligo del vaccino anti Covid*, cit., p. 14 ss.

²¹ V. anche Cass., 27 febbraio 2004, n. 4050, in "Rivista italiana di diritto del lavoro", 2004, II, pp. 896-901, con nota di L. MONTUSCHI, *Effetti di una "nevrosi fobica" del lavoratore, allegata tardivamente, sul provvedimento disciplinare e sull'obbligo di sicurezza del datore*, la quale ha dichiarato illegittimo il licenziamento disciplinare del lavoratore che si era rifiutato di sottoporsi ad un controllo ematico, in ragione della sua "agofobia".

²² V. Corte cost., 20-23 giugno 1994, n. 258, secondo cui l'art. 32 postula «il necessario contemperamento del diritto alla salute del singolo (anche nel suo contenuto negativo di non assoggettabilità a trattamenti sanitari non richiesti od accettati) con il coesistente e reciproco diritto di ciascun individuo (sentenza 1994 n. 218) e con la salute della collettività (sentenza 1990 n. 307)».

²³ V. R. BALDUZZI, F. SORRENTINO, *Riserva di legge*, in "Enciclopedia del diritto", Giuffrè, Milano, XI, p. 1207 ss.

²⁴ Propendono per il carattere relativo S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione (a proposito della disciplina delle vaccinazioni)*, in "Diritto e società", 1979, p. 901; V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, ivi, 1982, pp. 558-559; F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione (a proposito del rifiuto delle trasfusioni di sangue)*, ivi, 1982, pp. 312-313; B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, cit., p. 55. Sostengono invece il carattere assoluto A. PACE, *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano, 1967, pp. 87-88; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in "Diritto e società", 1983, p. 28; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, il Mulino, Bologna, 1984, p. 385; D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 192 ss. Circa l'utilizzabilità o meno della decretazione d'urgenza per soddisfare la riserva di legge di cui all'art. 32 Cost. v. A.A. NEGRONI, *Articolo 32 della Costituzione e superamento delle vaccinazioni*, in "Forum di Quaderni Costituzionali. Rassegna", 2, 2020, p. 787 ss.

²⁵ Corte cost., n. 258/1994, cit.

di legge assoluta: si pensi agli artt. 13 e 14, i quali consentono le limitazioni o le attività ivi previste rispettivamente «nei soli casi e modi previsti dalla legge» e «nei casi e modi stabiliti dalla legge». D'altro canto, l'espressione «se non per disposizione di legge» di cui all'art. 32 Cost. potrebbe apparire più simile a quelle in cui si tende a rinvenire una riserva di legge relativa, come, ad esempio, la formula «secondo disposizioni di legge» che emerge nell'art. 97 Cost. Senonché, la formula esclusiva «se non per», coniugata alla declinazione al singolare del vocabolo «disposizione», potrebbe anche indicare una più intensa pregnanza della funzione della legge nella materia *de qua*.

La riserva di legge appare comunque “rinforzata”²⁶ in quanto è la stessa norma costituzionale a predeterminare in parte il contenuto della stessa legge indicandone i limiti nel rispetto della persona umana, non dovendosi peraltro trascurare che il frammento dell'art. 32 in cui emerge tale “rinforzamento” richiama esplicitamente ed inequivocabilmente «la legge» senza ulteriori riferimenti.

Qualunque sia l'esatta natura della riserva di legge, data l'estrema delicatezza e la peculiarità dell'oggetto della regolamentazione, confermate dal penetrante limite ad essa apposto dallo stesso art. 32, sembra più che ragionevole che la legge imponga *specificamente* l'obbligo di un *determinato* trattamento sanitario²⁷, mediante un esplicito ed inequivoco richiamo di tale trattamento, e non in modo generico, suscettibile di diverse e fuorvianti interpretazioni. D'altronde, se, nella dinamica del contemperamento realizzato dalla legge, il nucleo essenziale ed incomprimibile del diritto individuale alla salute è costituito dai limiti del rispetto della persona umana, non dovrebbero esservi dubbi sul tipo, sulla natura e sulla metodologia del trattamento sanitario imposto entro quei limiti.

Per altro verso, segnali indiretti, ma tutt'altro che irrilevanti, circa la necessità di una disciplina legislativa degli obblighi vaccinali provengono anche dalla l. n. 833/1978 (riforma sanitaria) là dove, evocando a certi fini le vaccinazioni obbligatorie, lascia chiaramente intendere come queste siano tali in quanto imposte dalla legge²⁸.

²⁶ C. TRIPODINA, *Art. 32*, in S. BARTOLE, R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 2008, p. 331.

²⁷ Come sottolineano A. SIMONCINI, E. LONGO, *Art. 32*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Utet giuridica-WKI, Milano, 2006, p. 667, al di là della natura della riserva di legge, «in ogni caso il trattamento dovrà essere “determinato”, non essendo ammissibile ai sensi del 2° comma dell'art. 32 Cost. l'indicazione di fattispecie “troppo generiche” o “indeterminate”, e dovrà essere previsto da una norma di legge statale al fine di evitare inammissibili differenziazioni tra gli individui dinanzi alla loro imposizione». Nello stesso senso cfr., tra gli altri, O. MAZZOTTA, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro*, in <http://www.rivistalabor.it/>, 28 gennaio 2021; C. CESTER, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro*, ivi, 23 gennaio 2021, p. 1.

²⁸ V. l'art. 6, comma 1, lett. *b*, che riserva alla competenza dello Stato le funzioni amministrative concernenti la profilassi delle malattie infettive e diffuse, per le quali *siano imposte la vaccinazione obbligatoria* o misure quarantenarie, nonché gli interventi contro le epidemie e le epizoozie; l'art. 7, comma 2 che affida alle regioni il compito di provvedere all'approvvigionamento di sieri e *vaccini necessari per le vaccinazioni obbligatorie* in base ad un programma concordato con il Ministero della sanità.

E, a ben guardare, che l'obbligo vaccinale "debba" derivare da una legge si desume chiaramente dalla stessa giurisprudenza della Corte costituzionale là dove indica le condizioni necessarie perché tale obbligo "possa" essere legittimamente posto dalla legge senza violare l'art. 32 Cost.²⁹.

Né appare persuasivo l'argomento secondo cui il comma 2 dell'art. 32 Cost. si riferirebbe alla «dimensione personalistica dell'individuo per sé considerato», cosicché i vincoli della riserva di legge sarebbero meno stringenti laddove il lavoratore operi a «contatto con terzi (c.d. contatto sociale)»³⁰. Quantomeno resta da dimostrare che le finalità dell'intervento legislativo di cui al secondo comma dell'art. 32 riguardino solo la tutela della salute del singolo, ben potendo riguardare, come chiarito dalla Corte costituzionale, anche questa e allo stesso tempo la tutela collettiva, poiché le due dimensioni (individuale e collettiva) sono legate da un vincolo di inscindibilità³¹.

5.1.1. L'art. 2087 c.c. come norma "attuativa" della riserva di legge? La questione dell'art. 29-bis del d.l. n. 23/2020

Se la necessità di una legge *ad hoc* appare indiscutibile per imporre l'obbligo vaccinale alla generalità dei cittadini, ci si chiede se ciò valga anche negli ambiti

²⁹ Corte cost., 14-22 giugno 1990, n. 307, in "Giurisprudenza costituzionale", 1990, p. 1874; Corte cost., 23 maggio-2 giugno 1994, n. 218.

³⁰ L. DE ANGELIS, *Ragionando a caldo su vaccinazioni*, cit., p. 5. Per certi versi già C. CESTER, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit., p. 2.

³¹ V. Corte cost., 22 novembre-14 dicembre 2017, n. 268; Corte cost., n. 307/1990, cit.; Corte cost., n. 218/1994, cit. Come osserva A.A. NEGRONI, *Articolo 32 della Costituzione e superamento delle vaccinazioni obbligatorie*, cit., pp. 799-800, la lettura combinata del primo e del secondo comma dell'art. 32 Cost. induce la dottrina pressoché unanimemente ad affermare che «nell'imposizione (a opera di una legge) di un trattamento sanitario obbligatorio interesse dell'individuo alla salute e interesse della collettività alla salute debbano coesistere, nel senso che l'imposizione di un trattamento sanitario obbligatorio non possa mai avvenire nel solo (presunto) interesse dell'individuo, ma solo quando tale imposizione sia necessaria per scongiurare una situazione di pericolo o danno per la salute della collettività, oltre che per tutelare la salute del singolo individuo sottoposto al trattamento sanitario; in altre parole, la tutela della salute individuale (se non altro nel senso che il trattamento sanitario obbligatorio non debba incidere negativamente sulla salute di chi vi è assoggettato) e la tutela della salute della collettività (nel senso che il fine del trattamento sanitario obbligatorio debba essere quello di evitare un pericolo o un danno per la salute della collettività) sono condizioni congiuntamente necessarie (per quanto non sufficienti) a rendere costituzionalmente legittima la previsione legislativa di un trattamento sanitario obbligatorio». Su tale aspetto cfr. L. CARLASSARE, *L'art. 32 della costituzione e il suo significato*, in R. ALESSI (a cura di), *L'amministrazione sanitaria*, Neri Pozza, Vicenza, 1967, p. 109 ss.; D. VINCENZI AMATO, *Art. 32, 2° comma*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione, Rapporti etico-sociali*, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna Roma, 1976, p. 172 ss.; A.M. SANDULLI, *La sperimentazione clinica sull'uomo*, in "Diritto e società", 1978, p. 517; M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, ivi, 1980, p. 782; F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione (a proposito del rifiuto delle trasfusioni di sangue)*, ivi, 1982, p. 311 ss.; P. VERONESI, *Uno statuto costituzionale del corpo*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, tomo I a cura di S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 154-155. V. anche C. TRIPODINA, *Art. 32*, cit., p. 330, secondo cui «trattamenti sanitari obbligatori e interesse della collettività sono da leggersi in stretta continuità»; A. SIMONCINI, E. LONGO, *Art. 32*, cit., p. 667.

lavorativi nei quali già esistono disposizioni legislative volte a tutelare la salute e la sicurezza di chi lavora, dovendosi pertanto verificare se queste ultime, al di là delle loro precipue finalità, possano fondare l'obbligo in parola rispettando il dettato costituzionale.

Per la verità, nel dibattito in corso sull'obbligo del vaccino nel rapporto di lavoro a fronte della pandemia nessuno sembra dubitare della necessità che tale obbligo sia imposto dalla legge. Il punto nodale è appunto se, per configurare tale obbligo, occorra una specifica disposizione *ad hoc* o se, invece, esso sia ricavabile da disposizioni già esistenti. D'altronde, anche quando si sostiene che l'obbligo possa scaturire dal contratto di lavoro lo si fa considerando che il contratto sarebbe a ciò legittimato in forza della sua integrazione legale da parte di una norma di legge ordinaria qual è l'art. 2087 c.c.³².

In proposito, occorre tuttavia ricordare come, nel caso dell'emergenza sanitaria in atto, l'art. 2087 sia stato esplicitamente chiamato in causa dall'art. 29-bis del d.l. n. 23/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 40/2020, il quale ha previsto 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'art. 2087 c.c. mediante l'applicazione delle prescrizioni contenute nel protocollo del 24 aprile 2020 e negli altri protocolli e linee guida di cui all'art. 1, comma 14, del d.l. n. 33/2020, nonché mediante l'adozione e il mantenimento delle misure ivi previste, rilevando le misure contenute nei protocolli stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale ove non trovino applicazione le specifiche prescrizioni settoriali o regionali³³.

Secondo alcuni, tale norma avrebbe di fatto escluso l'applicazione del principale effetto dell'art. 2087 c.c., vale a dire l'obbligo del datore di lavoro, alla luce del principio della massima sicurezza tecnologicamente possibile o disponibile, di adottare non solo misure di prevenzione nominate, ma anche innominate: infatti, nel caso di specie, in ragione delle tante incertezze che circondano il virus, queste ultime potrebbero rivelarsi non solo inefficaci ma anche pericolose considerando l'esigenza di fronteggiarlo con criterio omogenei³⁴. Secondo altri, la norma andrebbe invece interpretata nel senso che l'applicazione dei protocolli costituisce la soglia minima ed inderogabile di sicurezza, vale a dire la soglia necessaria ma non

³² P. ICHINO, *Perché e come il dovere*, cit., p. 2 ss.

³³ Sui protocolli anti-Covid v., tra gli altri, S. BOLOGNA, *Tutela del lavoro e emergenza da COVID-19. Coronavirus e salute e sicurezza: le risposte degli ordinamenti intersindacale e statale*, in "www.treccani.it", 31 marzo 2020; S. BOLOGNA, M. FAIOLI, *Covid-19 e salute e sicurezza nei luoghi di lavoro: la prospettiva intersindacale*, in "Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale", 2020, p. 375 ss.; G. PICCO, *Lavorare durante l'emergenza in violazione delle prescrizioni: le responsabilità datoriali*, in V. FILI (a cura di), *Covid-19 e rapporto di lavoro*, in D. GAROFALO, M. TIRABOSCHI, V. FILI, F. SEGHEZZI (a cura di), *Welfare e lavoro nella emergenza epidemiologica. Contributo sulla nuova questione sociale*, Adapt Labour Studies, e-Book series, n. 89, Adapt University Press, Bergamo, 2020, Vol. I, p. 50 ss.

³⁴ 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 questa Rivista, 2020, n. 2, p. 1 ss.

sufficiente per garantire la sicurezza dei lavoratori³⁵, dovendosi quindi ridimensionare la sua portata anche per non incorrere in censure di incostituzionalità³⁶.

È evidente che dal modo in cui si interpreta l'art. 29-*bis* dipende poi la possibilità di verificare se l'art. 2087 c.c. possa almeno essere chiamato in causa in merito alla sussistenza dell'obbligo vaccinale: il che sarebbe precluso ove si ritenga che, nel caso della pandemia in atto, la norma codicistica non possa obbligare ad altro che al rispetto dei protocolli³⁷. Per inciso, è ovvio che, all'epoca in cui vide la luce, l'art. 29-*bis* non poteva prevedere i vaccini, allora inesistenti; così come pare ragionevole che, al di là del fatto se l'eventuale aggiornamento dei protocolli evocati dall'art. 29-*bis* richieda o meno una esplicita modifica/integrazione della stessa norma di legge (la quale individua espressamente i protocolli da applicare), l'obbligo vaccinale non possa essere previsto mediante un'integrazione dei protocolli esistenti, non essendo le parti sociali depositarie del potere di realizzare quel temperamento che spetta solo al legislatore *ex art. 32 Cost.* Per quanto suggestivo, non appare neppure realistico che, in assenza di una espressa norma di legge, la riserva di legge possa essere soddisfatta, o comunque l'obbligo vaccinale introdotto, mediante un intervento della contrattazione collettiva³⁸, sia pure nella forma dell'aggiornamento dei protocolli anti-contagio.

Tuttavia, anche ammesso e non concesso che l'art. 29-*bis* impedisca allo stato attuale di estendere la portata dell'art. 2087 c.c. oltre la portata dei Protocolli³⁹, vale ugualmente la pena cercare di verificare se la norma codicistica possa essere chiamata in causa in relazione alla questione dell'obbligo vaccinale. Anche perché non può escludersi che l'art. 29-*bis* rappresenti una norma di interpretazione autentica valida *rebus sic stantibus*, ma che non può sterilizzare *sine die* l'operatività dell'art. 2087 c.c. quale norma di chiusura del sistema, anche in relazione alle future evoluzioni tecnico scientifiche⁴⁰, tra le quali può annoverarsi la disponibilità del vaccino.

³⁵ P. ALBI, *Sicurezza sul lavoro e responsabilità del datore di lavoro nella fase della pandemia*, in "Il lavoro nella giurisprudenza", 2020, n. 12, p. 1130.

³⁶ R. RIVERSO, *L'obbligo del vaccino anti Covid*, cit., p. 11.

³⁷ A. PERULLI, *Dibattito istantaneo su vaccini anti covid*, cit., p. 1.

³⁸ Su questo aspetto v. M. CERBONE, *Vaccinazione anti-Covid, autodeterminazione*, cit., p. 11 e ss. e C. FRASCHERI, *Occorre procedere con un passo dopo l'altro nel rispetto le disposizioni normative: i punti fermi dai quali partire per affrontare il delicato tema dell'obbligatorietà, o meno, dei vaccini in ambito lavorativo*, dattiloscritto in via di pubblicazione in "Ambiente & Sicurezza sul Lavoro", 2021, p. 2.

³⁹ A. PERULLI, *Dibattito istantaneo su vaccini anti covid*, cit., p. 2.

⁴⁰ Cfr. A. DELOGU, *La tutela della salute e sicurezza dei lavoratori durante l'emergenza epidemiologica*, in S. BELLOMO, A. MARESCA, G. SANTORO-PASSARELLI (a cura di), *Lavoro e tutele al tempo del Covid-19*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 118; l'opinione è condivisa da L. MENGHINI, *Covid, sicurezza, vaccini: rappresentanze e partecipazione*, in "Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi", 1 febbraio 2021, p. 16.

5.1.2. *La genericità dell'art. 2087 c.c.*

In effetti, l'art. 2087 c.c.⁴¹ è una delle disposizioni su cui si è tentato di far leva per sostenere la sussistenza dell'obbligo in questione in considerazione del fatto che i lavoratori, in quanto creditori dell'obbligo di sicurezza datoriale, debbono cooperare all'adempimento di tale obbligo rispettando le misure di prevenzione adottate dal datore di lavoro alla luce dell'art. 2087 c.c. Una cooperazione creditoria non semplicemente onerosa, come normalmente accade nei rapporti obbligatori, bensì doverosa in quanto l'obbligo di sicurezza gravante sul datore di lavoro è posto non solo nell'interesse di ogni lavoratore/creditore in virtù di ogni singolo contratto individuale di lavoro, ma anche nell'interesse di tutta la compagine aziendale affinché l'organizzazione dell'impresa nel suo complesso sia salubre e sicura: una finalità, a ben guardare, corrispondente a quella della vaccinazione. Non a caso, anche dal punto di vista letterale, l'art. 2087 c.c. individua con una locuzione collettiva e plurale – «prestatori di lavoro» – chi beneficia dell'attività di prevenzione che grava sull'imprenditore, laddove tutte le altre norme codicistiche relative al contratto di lavoro si riferiscono al «prestatore di lavoro» sempre solo al singolare⁴².

Vero è che, se si conviene sulla necessità di una *specificata* previsione *ex lege*, non è agevole rinvenire nella genericità dell'art. 2087 c.c., nonostante la sua ampia portata anche alla luce della sua interpretazione giurisprudenziale, un'"attuazione" della riserva di legge di cui all'art. 32, comma 2, Cost. ai fini della obbligatorietà dell'obbligo vaccinale⁴³. E, quand'anche lo si ammettesse, l'obbligo dei lavoratori di assoggettarsi al trattamento sanitario della vaccinazione ne risulterebbe soltanto *indirettamente* in conseguenza di un obbligo datoriale (posto dall'art. 2087 c.c.) previsto *genericamente* di imporre ed esigere *indirettamente* una vaccinazione di cui oltretutto il datore al momento non potrebbe neppure disporre stante la gestione pubblicistica della medesima. Il presunto obbligo dei lavoratori di sottoporsi al trattamento sanitario della vaccinazione discenderebbe quindi non già direttamente da una specifica legge, bensì dalla dinamica obbligatoria del contratto di lavoro – integrato *genericamente, in parte qua*, dal lato del datore di lavoro, dall'art. 2087 c.c. – alla luce di disposizioni legislative anch'esse *generiche* come l'art. 2104 c.c., ma anche come l'art. 20, comma 2, lett. *b*, del d.lgs. n. 81/2008⁴⁴, il quale infatti obbliga *genericamente* il lavoratore ad osservare le disposizioni e le istruzioni impartite dal datore di lavoro, dai dirigenti e dai preposti ai fini della protezione collettiva ed

⁴¹ Sul ruolo di tale norma rispetto all'emergenza pandemica v. già M. MARAZZA, *L'art. 2087 c.c. nella pandemia Covid-19 (e oltre)*, in "Rivista italiana di diritto del lavoro", 2020, I, p. 267 ss.

⁴² Cfr. P. PASCUCI, *Sulla cosiddetta cooperazione del lavoratore in tema di sicurezza sul lavoro*, in corso di pubblicazione in "Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali", 2021.

⁴³ Cfr. O. MAZZOTTA, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit., p. 2; C. CESTER, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit., p. 1; v. anche L. DE ANGELIS, *Ragionando a caldo su vaccinazioni*, cit., p. 2.

⁴⁴ Valorizzato invece da C. CESTER, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit., pp. 5-6, e V. FERRANTE, *Dibattito istantaneo su vaccini anti covid e rapporto di lavoro*, in <http://www.rivistalavor.it/>, 22 gennaio 2021, pp. 1-2, il quale, su questa base, arriva ad ammettere anche il licenziamento per giusta causa (qui p. 3).

individuale. L'obbligo vaccinale, in sostanza, non può fondarsi neppure sull'art. 20 del d.lgs. n. 81/2008, il quale, al di là del principio di cui al primo comma (di sicura rilevanza sul piano interpretativo, ancorché non presidiato da sanzioni)⁴⁵, si limita ad imporre al lavoratore un obbligo di osservanza delle disposizioni impartitegli, ma non è una fonte autonoma di obblighi che ne prescindano⁴⁶, e di certo non può garantire il rispetto della più volte evocata riserva di legge⁴⁷.

Per altro verso, la ricostruzione dell'art. 2087 c.c. come presunta norma di legge "attuativa" della riserva di legge dell'art. 32 Cost. dovrebbe fare i conti anche con il profilo del limite del rispetto della persona umana predicato dalla norma costituzionale: un profilo che, a ben guardare, emerge "a suo modo" anche nell'art. 2087 c.c. là dove evoca la tutela della «personalità morale» dei lavoratori. Pertanto, sarebbe oltremodo contraddittorio e paradossale pretendere che proprio la norma di legge che più di altre rappresenta da sempre il baluardo contro violenze e prevaricazioni (si pensi al *mobbing*) – grazie appunto alla sua considerazione della personalità morale di chi lavora – possa essere invocata per esigere che una persona, contro la propria volontà, si sottoponga ad un trattamento di cui la legge non prevede specificamente l'obbligatorietà.

Né varrebbe opporre che le misure di sicurezza vadano attuate anche contro la volontà del lavoratore, essendo doverosi gli accertamenti sulla salute dei lavoratori quando esistano gravi rischi di contagio per i terzi⁴⁸. Infatti, l'obbligo del medesimo di attenersi a certi comportamenti anche contro la propria volontà può valere per l'utilizzo dei dispositivi di protezione o per le modalità organizzative di esecuzione della prestazione, ma non per quanto riguarda trattamenti sanitari la cui obbligatorietà non sia espressamente sancita dalla legge⁴⁹.

Il tentativo, che emerge strisciante nelle ricostruzioni che tendono ad "inoculare" l'obbligo vaccinale nella dinamica del rapporto privatistico di lavoro, teso a funzionalizzare i poteri del datore di lavoro alla tutela dell'interesse pubblico alla salute, appare per certi versi singolare. Infatti, si tenderebbe ad affidare al datore di lavoro, nell'ambito della dinamica contrattuale, una funzione di tutela della salute pubblica mediante un'obbligatorietà del vaccino che non emerge invece nell'ordinamento generale, contraddicendosi la dimensione pubblicistica del diritto alla salute.

⁴⁵ In base al quale «ogni lavoratore deve prendersi cura della propria salute e sicurezza e di quella delle altre persone presenti sul luogo di lavoro, su cui ricadono gli effetti delle sue azioni o omissioni, conformemente alla sua formazione, alle istruzioni e ai mezzi forniti dal datore di lavoro».

⁴⁶ Così anche A. PERULLI, *Dibattito istantaneo su vaccini anti covid*, cit., p. 1.

⁴⁷ Così anche P. ALBI, *Dibattito istantaneo su vaccini anti covid e rapporto di lavoro*, in <http://www.rivistalabor.it/>, 2 febbraio 2021, p. 1.

⁴⁸ R. RIVERSO, *L'obbligo del vaccino anti Covid*, cit., p. 14, il quale in tal senso richiama Cass. pen., sez. IV, 5 febbraio 1991, n. 1170.

⁴⁹ Cass. pen., Sez. III, 21 gennaio 2005, n. 1728. G. BENINCASA, G. PIGLIALARMI, *The Future of EOSH/10 – Covid-19 e obbligo giuridico del vaccino per il dipendente: sono più i dubbi delle certezze*, in <http://www.bollettinoadapt.it/the-future-of-eosh-10/>.

Neppure pare possano verosimilmente invocarsi gli obblighi preparatori all'adempimento o i doveri di protezione⁵⁰, i quali non possono autonomamente fondare alcuna obbligazione⁵¹, non essendo verosimile, a maggior ragione, che possano soddisfare la riserva di legge imposta dall'art. 32 Cost.

5.2. Misura di prevenzione e trattamento sanitario

In ogni caso, anche inquadrando la vaccinazione come una delle misure di prevenzione evocate dall'art. 2087 c.c., essa tuttavia non cesserebbe per ciò stesso di essere innanzitutto un "trattamento sanitario".

Pur condividendo con le altre misure di prevenzione che possono venire in luce ai sensi dell'art. 2087 c.c. la finalità di tutelare la salute della persona che lavora, il trattamento sanitario presenta un elemento fenomenologico aggiuntivo: la sottoposizione del lavoratore ad una specifica attività medica, diagnostica o terapeutica, che riguarda la sua sfera personalissima interagendo direttamente con la sua dimensione psico-fisica. Un elemento assente nelle altre misure di prevenzione, le quali al più incidono, in termini comportamentali, sul modo in cui il lavoratore esegue la prestazione: si pensi all'uso dei dispositivi di protezione individuali o collettivi o alle altre misure relative all'organizzazione del lavoro. Ben può il vaccino costituire una misura di prevenzione purché però si consideri e si rispetti la sua peculiare natura di trattamento sanitario che, in quanto tale, per la sua intima relazione con la sfera personalissima del lavoratore, non può essere imposto se non per specifica disposizione di legge ai sensi dell'art. 32 Cost.

A ben guardare, non mancano ipotesi in cui certi trattamenti sanitari sono configurati come misure di prevenzione per i lavoratori e risultano obbligatori appunto in forza di una o più disposizioni di legge. Proprio con riferimento alle vaccinazioni emerge l'obbligo di sottoporsi alla vaccinazione antitetanica per tutte le categorie di lavoratori indicate dalla l. n. 292/1963. Un ulteriore trattamento sanitario configurabile come misura di prevenzione per i lavoratori è rappresentato dalle visite effettuate dal medico competente nell'ambito della sorveglianza sanitaria di cui all'art. 41 del d.lgs. n. 81/2008: visite che, in quanto accertamenti diagnostici, costituiscono inequivocabilmente trattamenti sanitari⁵² la cui obbligatorietà trova esplicito fondamento in specifiche disposizioni di legge, in particolare nel combinato disposto degli artt. 20, comma 2, lett. *i*, 41, 42 e 18, comma 1, lett. *g*, del d.lgs. n. 81/2008.

In realtà, per gli scopi cui sono connessi, tutti i comportamenti del lavoratore in materia di sicurezza sono ammantati da una doverosità che emerge già dai principi generali posti dalla legge che disciplina il contratto di lavoro (artt. 2104

⁵⁰ O. MAZZOTTA, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit., p. 3.

⁵¹ In tal senso A. PERULLI, *Dibattito istantaneo su vaccini anti covid*, cit., p. 2.

⁵² Sull'interpretazione lata del concetto di trattamento sanitario v. A.A. NEGRONI, *Sul concetto di "trattamento sanitario obbligatorio"*, cit., p. 14 ss.

c.c.), con la conseguente responsabilità civilistico-disciplinare (artt. 2106 c.c. e 7 Stat. lav.), nonché dalle norme di legge in materia di sicurezza sul lavoro, cui si riconnettono conseguenze sanzionatorie pubblicistiche penali o amministrative (artt. 20 e 59 del d.lgs. n. 81/2008). Senonché, mentre per rendere doverosa la gran parte di tali comportamenti è sufficiente anche una previsione generica (come quella di cui all'art. 2104 c.c.) o che identifichi una gamma anche ampia di comportamenti (come, ad esempio, nel caso dell'art. 20, comma 2, lett. *a, b, c, d*, del d.lgs. n. 81/2008⁵³), ove invece il comportamento del lavoratore si estrinsechi nell'assoggettamento ad un trattamento sanitario riguardante la sua sfera personalissima, stante la copertura della riserva di legge di cui all'art. 32 Cost. la sua doverosità non può desumersi né da principi generali né ricavarsi da disposizioni generiche o ad ampio spettro, richiedendo invece di essere prevista da una specifica disposizione di legge conformemente al dettato dell'art. 32 Cost.

Il che vale anche nel caso dei vaccini che certamente rientrano tra i trattamenti sanitari e che per essere configurati come obbligatori richiedono sempre una legge *ad hoc*. Di talché, in mancanza di tale legge, ai sensi dell'art. 2087 c.c. il datore di lavoro non potrebbe mai esigere in termini imperativi, sotto la minaccia di sanzioni, un comportamento non obbligatorio.

6.1. L'art. 279 del d.lgs. n. 81/2008

L'insufficienza dell'art. 2087 c.c. per fondare di per sé, sul piano generale, un obbligo vaccinale non significa che tale obbligo non possa scaturire da altre fonti legislative ancorché su scala più limitata, con riferimento a determinati settori.

A tale proposito occorre chiedersi se una di queste fonti possa essere l'art. 279 del d.lgs. n. 81/2008⁵⁴, inserito nel Titolo X di tale decreto dedicato agli agenti biologici, il quale, dopo aver previsto al comma 1 che, ove l'esito della valutazione del rischio ne rilevi la necessità, i lavoratori esposti ad agenti biologici sono sottoposti alla sorveglianza sanitaria di cui all'art. 41, al comma 2 stabilisce che il «datore di lavoro, su conforme parere del medico competente, adotta misure protettive particolari per quei lavoratori per i quali, anche per motivi sanitari individuali, si richiedono misure speciali di protezione, fra le quali: a) la messa a disposizione di vaccini efficaci per quei lavoratori che non sono già immuni all'agente biologico presente nella lavorazione, da somministrare a cura del medico

⁵³ In base a cui i lavoratori devono in particolare: a) contribuire, insieme al datore di lavoro, ai dirigenti e ai preposti, all'adempimento degli obblighi previsti a tutela della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro; b) osservare le disposizioni e le istruzioni impartite dal datore di lavoro, dai dirigenti e dai preposti, ai fini della protezione collettiva ed individuale; c) utilizzare correttamente le attrezzature di lavoro, le sostanze e miscele pericolose, i mezzi di trasporto, nonché i dispositivi di sicurezza; d) utilizzare in modo appropriato i dispositivi di protezione messi a loro disposizione.

⁵⁴ Chiamato in causa, tra i primi, da R. GUARINIELLO, *Covid-19: l'azienda può obbligare i lavoratori a vaccinarsi?*, in "Quotidiano IPSOA", 28 dicembre 2020.

competente; b) l'allontanamento temporaneo del lavoratore secondo le procedure dell'articolo 42».

Tale disposizione – che recepisce nell'ordinamento italiano l'art. 14, par. 3, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2000/54/CE del 18 settembre 2000 (settima direttiva particolare ai sensi dell'art. 16, par. 1, della direttiva 89/391/CEE)⁵⁵, relativa alla protezione dei lavoratori contro i rischi derivanti da un'esposizione ad agenti biologici durante il lavoro⁵⁶ – deve essere attentamente analizzata sia per quanto concerne il suo campo di applicazione, sia per quanto attiene al suo specifico significato.

6.2. Il campo di applicazione del Titolo X del d.lgs. n. 81/2008

Come si è rilevato, le disposizioni del Titolo X del d.lgs. n. 81/2008, nel quale è inserito l'art. 279, si applicano, per espressa previsione dell'art. 266, comma 1, a tutte le attività lavorative nelle quali vi è rischio di esposizione ad un agente biologico, intendendosi per tale qualsiasi microrganismo – entità microbiologica, cellulare o meno, in grado di riprodursi o trasferire materiale genetico⁵⁷ – anche se geneticamente modificato, coltura cellulare ed endoparassita umano che possa provocare infezioni, allergie o intossicazioni⁵⁸.

Il punto nodale di tale previsione risiede nel significato dell'espressione “attività lavorative”, dovendosi verificare se con essa il legislatore abbia inteso riferirsi agli specifici processi di lavoro, alle loro modalità di svolgimento ed alle sostanze/materie utilizzate (da ciò solo emergendo l'esposizione al rischio biologico), oppure abbia voluto evocare, in senso più ampio, anche la dimensione organizzativa nel cui ambito si svolge la specifica attività lavorativa, considerando anche l'esposizione ad agenti biologici estranei a tale attività ma che si insinuano nell'organizzazione aziendale.

Ove si propenda per questa seconda e più ampia accezione, è evidente che in qualunque “attività lavorativa” potrebbe emergere il rischio di esposizione ad un

⁵⁵ La quale ha abrogato e sostituito la direttiva del Consiglio 90/679/CEE del 26 novembre 1990. In tema di vaccini v. anche l'allegato VII della direttiva del 2000 (Codice di condotta raccomandato per la vaccinazione).

⁵⁶ L'art. 14, par. 3, della direttiva del 2000, analogamente a quanto già previsto dallo stesso articolo della direttiva del 1990, prevede che: la valutazione dei rischi dovrebbe consentire di individuare i lavoratori per i quali possono essere necessarie misure speciali di protezione; se del caso, dovranno essere resi disponibili vaccini efficaci per i lavoratori che non siano già immuni all'agente biologico al quale sono o possono essere esposti; qualora un lavoratore risulti soffrire di un'infezione e/o di malattia imputabili all'esposizione, il medico o l'autorità responsabile della sorveglianza sanitaria dei lavoratori propone tale sorveglianza agli altri lavoratori che siano stati esposti in modo analogo, procedendosi in questo caso ad una nuova valutazione del rischio di esposizione in conformità dell'art. 3 della direttiva. Rispetto alla disposizione del 1990, quella del 2000 aggiunge inoltre che quando il datore di lavoro mette a disposizione dei vaccini, essi dovrebbero tener conto del codice di condotta raccomandato di cui all'allegato VII alla direttiva (Codice di condotta raccomandato per la vaccinazione).

⁵⁷ Art. 267, lett. b, del d.lgs. n. 81/2008.

⁵⁸ Art. 267, lett. a, del d.lgs. n. 81/2008.

agente biologico, ferma restando la diversa probabilità che ciò accada a seconda delle varie attività, con la conseguente applicabilità del Titolo X del d.lgs. n. 81/2008 ogniqualvolta nell'attività lavorativa emerge un rischio biologico a prescindere dal fatto che quest'ultimo costituisca o meno uno specifico rischio professionale tipico di tale attività. Un sostegno a questa più ampia prospettiva potrebbe forse derivare dalla direttiva 2000/54/CE, la quale, nel proprio titolo generale, si riferisce all'esposizione ad agenti biologici "durante il lavoro", sebbene poi, nell'art. 3, par. 1, si riferisce alle "attività nelle quali i lavoratori sono o possono essere esposti ad agenti biologici a causa della loro attività professionale".

Non si deve tuttavia sottacere che, nello stesso Titolo X del d.lgs. n. 81/2008, si rinvencono altre previsioni che parrebbero assecondare una lettura più limitata dell'espressione "attività lavorative", circoscrivendone il campo di applicazione alle sole ipotesi in cui il rischio biologico rivesta natura professionale, non dovendosi d'altronde trascurare come la stessa direttiva quadro 89/391/CEE⁵⁹, dalla quale promanano le direttive particolari, si riferisce essenzialmente agli specifici "rischi professionali" che emergono nell'organizzazione predisposta dal datore di lavoro⁶⁰. È quanto emerge nell'art. art. 270, comma 1, il quale prevede specifici obblighi di comunicazione (art. 269, comma 1) o di autorizzazione nel caso in cui il datore di lavoro deliberatamente «intenda esercitare attività che comportano uso di agenti biologici», nonché nell'art. 271, comma 4, il quale si riferisce alle ipotesi nelle quali il datore di lavoro, pur non avendo «la deliberata intenzione di operare con agenti biologici», organizzi attività lavorative che, per la loro modalità di esercizio, possono implicare il rischio di esposizioni dei lavoratori a tali agenti, come le attività elencate a titolo esemplificativo nell'allegato XLIV, o le attività in cui il rischio biologico sia intimamente connesso all'uso di certi strumenti o a certe modalità della lavorazione (es. il rischio tetanico nell'attività di falegnameria ecc.). L'allegato XLIV richiama le attività nelle industrie alimentari, nell'agricoltura, nelle quali vi è contatto con animali e/o con prodotti di origine animale, nei servizi sanitari, comprese le unità di isolamento e *post mortem*, nei laboratori clinici, veterinari e diagnostici (esclusi quelli di diagnosi microbiologica), negli impianti di smaltimento rifiuti e di raccolta di rifiuti speciali potenzialmente infetti, negli impianti per la depurazione delle acque di scarico. Tutte attività caratterizzate da un'oggettiva esposizione ad agenti biologici e dunque differenti da quella in cui un agente biologico "esterno" – agendo su di un ambito territoriale sconfinato – si insinui improvvisamente anche in un'organizzazione produttiva in cui non sono presenti o "dedotti" agenti biologici.

⁵⁹ Su cui v. L. ANGELINI, *La sicurezza del lavoro nell'ordinamento europeo*, in "I Working Papers di Olympus", n. 29/2013.

⁶⁰ Art. 1, par. 2; art. 3, lett. d; art. 6, parr. 1 e 4; art. 7, parr. 1 e 2. E, non a caso, il d.lgs. n. 81/2008, "figlio" di tale direttiva, tiene in debito conto tale aspetto predisponendo, accanto al quadro delle regole generali che emerge nel Titolo I, tutta una serie di regole speciali forgiate in relazione alla specificità dei rischi che emergono nelle varie attività lavorative (Titoli successivi e Allegati).

Sebbene l'elenco non sia tassativo, parrebbe ragionevole che anche nelle ulteriori attività che possano rientrarvi il rischio di esposizione ad agenti biologici debba essere comunque oggettivamente *prevedibile* per le peculiari caratteristiche delle attività medesime. È evidente che, ove non si ritenesse necessario quest'ultimo requisito, l'elenco delle attività lavorative che possono implicare il rischio di esposizione dei lavoratori agli agenti biologici si amplierebbe a dismisura potendo riguardare praticamente qualunque attività lavorativa, con la conseguente applicazione delle disposizioni del Titolo X sempre e ovunque qualora nell'attività lavorativa emergesse un qualunque rischio biologico, compreso quello connesso ad una epidemia o pandemia.

6.3. La classificazione del virus SARS-CoV-2

Al di là delle incertezze sull'esatta ampiezza del campo di applicazione del Titolo X del d.lgs. n. 81/2008, occorre considerare che la direttiva della Commissione 2020/739 del 3 giugno 2020 ha modificato l'allegato III della direttiva 2000/54/CE – già modificato dalla direttiva della Commissione 2019/1833 del 24 ottobre 2019 – inserendo il SARS-CoV-2 nell'elenco degli agenti biologici di cui è noto che possono causare malattie infettive nell'uomo e inquadrandolo nel gruppo 3 degli agenti biologici.

Com'è noto, l'adozione di tale direttiva con la conseguente riclassificazione del virus SARS-CoV-2 è stata resa necessaria dal fatto che, data la sua recentissima comparsa, tale virus non era contemplato nelle classificazioni degli agenti biologici. Questi, nell'ordinamento italiano, sono ricompresi nei quattro gruppi (in ordine crescente in relazione al rischio di infezione) descritti nell'art. 268 del d.lgs. n. 81/2008⁶¹ e indicati poi in dettaglio nell'allegato XLVI di tale decreto. Non a caso, all'indomani dello scoppio della pandemia, alcune note regionali avevano ritenuto che il virus SARS-CoV-2 rientrasse nel gruppo 2, nel quale era ed è tuttora ricompresa la famiglia delle "coronaviridae"⁶², della quale però ben presto il nuovo

⁶¹ Tale norma prevede la ripartizione degli agenti biologici in quattro gruppi a seconda del rischio di infezione: il gruppo 1 riguarda gli agenti che presentano poche probabilità di causare malattie in soggetti umani; il gruppo 2 concerne gli agenti che possono causare malattie in soggetti umani e costituire un rischio per i lavoratori, essendo poco probabile che si propaghino nella comunità ed essendo di norma disponibili efficaci misure profilattiche o terapeutiche; il gruppo 3 si riferisce agli agenti che possono causare malattie gravi in soggetti umani e costituiscono un serio rischio per i lavoratori, potendo propagarsi nella comunità, ma essendo di norma disponibili efficaci misure profilattiche o terapeutiche; il gruppo 4 ha ad oggetto gli agenti che possono provocare malattie gravi in soggetti umani e costituire un serio rischio per i lavoratori, potendo presentare un elevato rischio di propagazione nella comunità e non essendo disponibili, di norma, efficaci misure profilattiche o terapeutiche.

⁶² Nell'allegato III della direttiva 2000/54/CE modificata dalla direttiva 2019/1833, la *famiglia* delle "Coronaviridae", appartenente all'*ordine* dei "Nidovirales", ricomprende il *genere* "Betacoronavirus" al quale si riconducono la *voce* "Sindrome respiratoria acuta grave da coronavirus (virus SARS)" e la *voce* "Sindrome respiratoria medio-orientale da coronavirus (virus MERS)", entrambe rientranti nel gruppo 3, nonché "Altre *Coronaviridae* notoriamente patogene" rientranti nel

virus ha dimostrato di essere un membro degenero evidenziando le ben più pericolose caratteristiche dei gruppi superiori.

Di per sé, l'esplicita considerazione e la classificazione del SARS-CoV-2 non incidono sulla definizione del campo di applicazione del Titolo X, la quale, come si è visto, dipende, logicamente prima, dall'interpretazione del concetto di "attività lavorative" cui esso si riferisce. Poiché alcuni adempimenti previsti dallo stesso Titolo X (come quelli connessi alla valutazione dei rischi) variano a seconda del tipo di agente biologico con cui si ha a che fare, la classificazione del SARS-CoV-2 inciderà sull'entità di tali adempimenti, ma ovviamente sempre in relazione alle "attività lavorative" nelle quali si ritiene applicabile il Titolo X.

Né, per altro verso, la classificazione del SARS-CoV-2 – vale a dire il fatto che ora esso sia esplicitamente contemplato nel Titolo X – comporta per ciò stesso l'insorgenza dell'obbligo vaccinale contro tale virus. Ma su tale questione occorre passare ad analizzare l'art. 279 del d.lgs. n. 81/2008.

6.4. *La messa a disposizione di vaccini efficaci*

Che il Titolo X del d.lgs. n. 81/2008 sia o meno di generale applicabilità, tutto sta a verificare se l'esplicito riferimento ai vaccini contenuto nell'art. 279 possa essere interpretato in termini di obbligatorietà tanto dal lato del datore di lavoro quanto da quello dei lavoratori⁶³. In altri termini, se lo stesso art. 279 possa essere considerato soddisfacente della riserva di legge di cui all'art. 32 Cost.

gruppo 2. Tra le due predette voci, l'allegato della direttiva 2020/739 ha ora inserito la "Sindrome respiratoria acuta grave da coronavirus 2 (SARS-CoV-2)", rientrante, al pari delle altre due, nel gruppo 3.

Si noti che, nell'ordinamento italiano, l'innovazione relativa al SARS-CoV-2 introdotta dalla direttiva 2020/739 è stata recepita con l'art. 4 del d.l. 7 ottobre 2020, n. 125, convertito con modificazioni dalla l. n. 159/2020, integrando il testo dell'allegato XLVI del d.lgs. n. 81/2008, il quale, peraltro, non essendo stata ancora recepita la direttiva 2019/1833 (il cui termine ultimo scadrà il 20 novembre 2021), corrisponde ancora a quello originario dell'allegato III della direttiva 2000/54/CE, nel quale compare esclusivamente la voce "Coronaviridae" - gruppo 2, dopo la quale è stata appunto aggiunta quella «Sindrome respiratoria acuta grave da coronavirus 2 (SARS-CoV-2)» - gruppo 3.

Si osservi altresì che l'art. 3 della direttiva 2020/739 ha previsto che entro il termine ultimo del proprio recepimento da parte degli Stati membri (il 24 novembre 2020) dovessero essere recepite – nella misura in cui riguardassero il SARS-CoV-2 – anche le modifiche degli allegati V (Specifiche sulle misure di contenimento e sui livelli di contenimento) e VI (Specifiche per processi industriali) della direttiva 2000/54/CE introdotte dalla direttiva 2019/1833, fermo restando il termine ultimo del 20 novembre 2021 per recepire le restanti disposizioni della stessa direttiva 2019/1833 (v. art. 2, par. 1, di quest'ultima direttiva come modificata dall'art. 2 della direttiva 2020/739). In tal senso, dando attuazione *in parte qua*, alla direttiva 2019/1833 e alla direttiva 2020/739 – l'Italia ha provveduto a modificare – mediante l'art. 13-sexiesdecies, del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito con modificazioni dalla l. 18 dicembre 2020, n. 176 – gli allegati XLVII e XLVIII del d.lgs. n. 81/2008, corrispondenti rispettivamente agli allegati V e VI della direttiva 2000/54/CE.

⁶³ In senso negativo, v. E. GRAGNOLI, *Dibattito istantaneo su vaccini anti covid e rapporto di lavoro*, in <http://www.rivistalabor.it/>, 22 gennaio 2021, p. 2.

Scomponendo i vari elementi che emergono nell'art. 279, emerge innanzitutto che, in quanto norma generale ed astratta in relazione al campo di applicazione del Titolo X, esso non si riferisce specificamente ad alcun vaccino in particolare, ma genericamente a "vaccini". L'unica esplicita specificazione presente nella norma riguarda il fatto che i vaccini siano "efficaci", riferendosi dunque non già al tipo di vaccino (variabile a seconda del tipo di agente biologico⁶⁴) bensì alla sua effettiva capacità di contrastare l'agente patogeno.

Non c'è poi dubbio che l'art. 279 configuri i vaccini come misure di protezione, anzi come "misure protettive particolari" o "misure speciali di protezione", benché non esclusive. Infatti, essi rientrano tra tali misure accanto ad altre anch'esse nominate – l'allontanamento temporaneo del lavoratore secondo le procedure dell'art. 42 – o innominate (come emerge dall'espressione «fra le quali»).

Va anche osservato che, letteralmente, queste misure speciali di protezione non riguardano indistintamente tutti i lavoratori, bensì solo coloro per i quali, anche per motivi sanitari individuali, esse si rivelino necessarie, come emerge dall'*iter* delineato dalla norma secondo cui, una volta che la valutazione del rischio abbia evidenziato la necessità di sottoporre i lavoratori esposti ad agenti biologici alla sorveglianza sanitaria, qualora all'esito di quest'ultima emerga che alcuni di essi («quei lavoratori»), anche per motivi sanitari individuali, abbiano necessità di una particolare protezione, il datore di lavoro, peraltro solo su parere conforme del medico competente, adotta a loro favore misure speciali di protezione.

Un ulteriore elemento riguarda il fatto che la misura speciale di protezione consistente nel vaccino presenta un ambito di applicazione circoscritto riguardando solo i lavoratori che non siano già immuni all'agente biologico presente nella lavorazione, come emerge letteralmente dall'art. 279, comma 2, lett. *a*, in base al quale il datore di lavoro mette a disposizione di costoro vaccini efficaci da somministrare a cura del medico competente.

A prescindere dalla ovvia connessione tra vaccinazione e soggetti non immunizzati e dal fatto che il datore di lavoro deve mettere a disposizione di questi ultimi vaccini efficaci purché, altrettanto ovviamente, ciò sia possibile, dal tenore complessivo dell'art. 279 non è agevole evincere un obbligo dei predetti soggetti a vaccinarsi. Infatti, da un lato, la messa a disposizione dei vaccini efficaci costituisce solo una delle misure speciali di protezione, nominate e non, evocate dal legislatore, ponendosi in una logica di alternatività con le altre. Da un altro lato, lo stesso art. 279, al comma 5, prevedendo che il medico competente fornisce ai lavoratori adeguate informazioni sui vantaggi ed inconvenienti della vaccinazione e della non vaccinazione, pare inquadrare l'intervento vaccinale più in termini di opportunità che di obbligo⁶⁵. E, peraltro, affidando la somministrazione dei vaccini al medico

⁶⁴ Riferendosi in generale agli agenti biologici, la norma riguarda tanto quelli non contagiosi (come i batteri), quanto quelli contagiosi (come i virus) che si propagano da soggetto a soggetto.

⁶⁵ Un'analoga prospettiva si coglie d'altro canto anche in altre disposizioni in cui il d.lgs. n. 81/2008 evoca i vaccini, come l'art. 286-*sexies*, inserito nel Titolo X-*bis* relativo alla protezione dalle ferite da taglio e da punta nel settore ospedaliero e sanitario. Quest'ultimo, tra le misure specifiche

competente, l'art. 279, comma 2, lett. *a*, fornisce una indicazione sul metodo della vaccinazione, ma non sulla sua obbligatorietà.

In altri termini, le previsioni dell'art. 279 sulle vaccinazioni debbono essere interpretate nel senso che l'obbligo dei lavoratori a sottoporsi alle stesse, in quanto trattamenti sanitari, richiede comunque un'esplicita disposizione di legge che integri la generica previsione dell'art. 279⁶⁶. E ciò varrebbe anche nel caso in cui, adottando un'interpretazione estensiva sia dell'espressione «attività lavorative» di cui all'art. 266, comma 1, sia di quella «agente biologico presente nella lavorazione» di cui all'art. 279, comma 2, lett. *a*, tali norme si ritenessero applicabili anche ai rischi biologici non specifici o professionali.

6.5. Art. 279 e sorveglianza sanitaria

Ribadire la necessità di una disposizione di legge per rendere obbligatoria la vaccinazione non significa disconoscere la rilevanza di quest'ultima come misura di prevenzione, della quale si avverte il bisogno specialmente in quei contesti lavorativi nei quali il contagio costituisce uno specifico rischio professionale (ambiti sanitari ecc.) e/o nei quali, oltre a gravare sui lavoratori, esso minaccia anche altri soggetti presenti nell'ambiente di lavoro (ambiti sanitari, scolastici ecc.).

D'altronde, la non obbligatorietà del vaccino non significa che l'eventuale e legittimo rifiuto di un lavoratore di riceverlo non possa produrre conseguenze, dovendocisi chiedere se indicazioni in tal senso possano provenire dallo stesso art. 279 del d.lgs. n. 81/2008.

Quest'ultimo, come si è visto, al comma 2, lett. *b*, individua, come misura speciale di protezione, oltre alla messa a disposizione di vaccini efficaci, l'allontanamento temporaneo del lavoratore secondo le procedure dell'art. 42⁶⁷. Ciò significa che, in base ai giudizi espressi dal medico competente ex art. 41, comma 6 (idoneità; idoneità parziale, temporanea o permanente, con prescrizioni o limitazioni; inidoneità temporanea; inidoneità permanente), il datore di lavoro attuerà le misure indicate dallo stesso medico e, ove esse prevedano un'inidoneità alla mansione specifica, adibirà il lavoratore, ove possibile, a mansioni equivalenti

di prevenzione che il datore di lavoro deve adottare in esito alla valutazione dei rischi, annovera l'informazione, mediante specifiche attività di sensibilizzazione, in merito all'importanza dell'immunizzazione, ai vantaggi ed agli inconvenienti della vaccinazione o della mancata vaccinazione, sia essa preventiva o in caso di esposizione ad agenti biologici per i quali esistano vaccini efficaci, i quali devono essere dispensati gratuitamente a tutti i lavoratori ed agli studenti che prestano assistenza sanitaria ed attività ad essa correlate nel luogo di lavoro.

⁶⁶ Solo in tal caso la misura dell'allontanamento del lavoratore (art. 279, comma 2, lett. *b*) potrebbe essere riferita esclusivamente a lavoratori impossibilitati a vaccinarsi a causa di allergie o altre controindicazioni sanitarie.

⁶⁷ Cfr. V. FERRANTE, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit., p. 3, secondo cui l'art. 279 risolve la questione, non solo nel contesto del campo applicativo del Titolo X del d.lgs. n. 81/2008, ma su un piano generale.

o, in difetto, a mansioni inferiori garantendo il trattamento corrispondente alle mansioni di provenienza.

L'esplicito richiamo dell'art. 42 e, *per relationem*, dell'art. 41, comma 6, evidenzia come la misura dell'allontanamento temporaneo del lavoratore dalla mansione, al pari della misura della messa a disposizione di vaccini efficaci, sia strettamente dipendente dalla sorveglianza sanitaria che lo stesso art. 279 prevede solo ove uno o più lavoratori necessitino di una misura di protezione particolare. D'altronde, le misure che il datore di lavoro può adottare *ex art. 42 del d.lgs. n. 81/2008* (come la variazione delle mansioni) presuppongono necessariamente un giudizio sull'idoneità del singolo lavoratore interessato espresso dal medico competente in esito ad una delle visite mediche di cui all'art. 41.

Poiché dunque, alla luce del d.lgs. n. 81/2008, il medico competente non può esprimere alcun giudizio sull'idoneità (con quanto può conseguire sul piano del rapporto di lavoro) che prescindendo da uno specifico accertamento sanitario, ove, a fronte della disponibilità di un vaccino, il lavoratore X lamenti problemi di salute che sconsigliano la vaccinazione, confermati nella visita (eventualmente richiesta dallo stesso lavoratore *ex art. 41, comma 1, lett. b)*, all'esito di questa il medico esprimerà il proprio giudizio sulla idoneità o meno alla mansione cui il datore di lavoro dovrà attenersi.

La stessa procedura varrà anche per il lavoratore Y esposto all'agente biologico che, a differenza di X, "semplicemente" non intenda vaccinarsi. Infatti, anche Y, al pari di X, è stato sottoposto alla sorveglianza sanitaria di cui all'art. 41, resasi necessaria – *ex art. 279, comma 1* – all'esito della valutazione del rischio. E anche Y dovrà sottoporsi alla visita del medico competente, la quale, quand'anche si incentrasse, più che sui tradizionali accertamenti diagnostici, sull'acquisizione di informazioni circa le profilassi effettuate e non, non per questo perderebbe la propria natura di visita ai sensi dell'art. 41 con quanto ne consegue dal punto di vista del giudizio di idoneità alla mansione.

È ovvio che in questo caso, diversamente da quanto accade normalmente, il giudizio sull'idoneità non sarebbe espresso sulla base dello stato di salute del lavoratore, bensì in chiave prognostica rispetto alla situazione di rischio a cui il lavoratore, non vaccinandosi, si esporrebbe maggiormente o a cui esporrebbe colleghi e/o terzi. Ciò, tuttavia, non esula dall'ampissimo concetto di sorveglianza sanitaria accolto dall'art. 2, lett. *m*, del d.lgs. n. 81/2008, consistente nell'insieme degli atti medici finalizzati alla tutela dello stato di salute e sicurezza dei lavoratori, in relazione all'ambiente di lavoro, ai fattori di rischio professionali e alle modalità di svolgimento dell'attività lavorativa.

Concludendo, non può escludersi che la trama regolativa dell'art. 279 (e forse di tutto il Titolo X, così come quella della direttiva da cui promana) sia stata pensata in origine per ipotesi diverse da una pandemia, così come sembrerebbe meglio atteggiarsi ad ipotesi in cui gli agenti biologici siano oggettivamente presenti nei processi produttivi e lavorativi, configurandosi come specifici rischi professionali. Se quindi di fronte a "nuovi" fenomeni appare più che comprensibile l'esigenza di

attualizzare tali norme in chiave evolutiva⁶⁸, non si deve tuttavia dimenticare che, come altre disposizioni del Titolo X, l'art. 279 è presidiato da sanzioni penali – previste dall'art. 282, comma 2, lett. *a*, del d.lgs. n. 81/2008 – e, in quanto tale, è soggetto a stretta interpretazione *ex art.* 14 delle preleggi.

In ogni caso, sia più o meno ampio il suo campo di applicazione, esso comunque non prevede un obbligo a vaccinarsi, configurando tuttavia serie conseguenze precauzionali in caso di mancata vaccinazione.

7.1. *La legge di bilancio 2021 e il piano strategico per la vaccinazione*

Ammessi che l'analisi fin qui condotta sulla dubbia capacità delle norme “lavoristiche” di soddisfare l'art. 32 Cost. abbia qualche fondamento, non si può certo ignorare ciò che nel frattempo è avvenuto sul piano pubblicistico con riferimento al Piano strategico per la vaccinazione anti-SARS-CoV-2/Covid-19⁶⁹.

Dopo essere stato oggetto di due passaggi istituzionali in Parlamento⁷⁰ e in Conferenza Stato-Regioni⁷¹, tale Piano è approdato sulla scena legislativa mediante varie disposizioni della legge di bilancio 2021 (art. 1, commi 447-449, 453 e 457-471 della l. 30 dicembre 2020, n. 178). In particolare, al fine di garantire il più efficace contrasto alla diffusione del virus SARS-CoV-2, l'art. 1, comma 457, di tale provvedimento ha previsto l'adozione da parte del Ministro della salute, con proprio decreto avente natura non regolamentare, del Piano strategico nazionale dei vaccini per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2, finalizzato a garantire il massimo livello di copertura vaccinale sul territorio nazionale. Tale Piano è stato poi formalmente adottato con il decreto ministeriale del 2 gennaio 2021, il cui art. 1, comma 2, ha previsto la possibilità di una sua integrazione in ragione di nuove evidenze scientifiche, modifiche nelle dinamiche epidemiche o elementi sopravvenuti ritenuti di rilievo per la strategia di contrasto alla epidemia.

Né nella l. n. 178/2020 né nel Piano strategico emerge un obbligo di vaccinazione. E, a tale proposito, vale la pena segnalare come, nella informativa al Parlamento del 2 dicembre 2020, il Ministro della salute abbia affermato come per il momento non sia intenzione del Governo disporre l'obbligatorietà della vaccinazione, fermo restando che, nel corso della campagna, si valuterà l'adesione

⁶⁸ Cfr. A. DE MATTEIS, *Art. 32 della Costituzione: diritti e doveri*, cit., p. 9

⁶⁹ Elaborato dal Ministero della Salute, dal Commissario straordinario per l'emergenza, dall'Istituto Superiore di Sanità, da Agenas e da Aifa.

⁷⁰ Il 2 dicembre 2020 il Ministro della Salute ha presentato in Parlamento le linee guida del Piano strategico per la vaccinazione anti-SARS-CoV-2/Covid-19 e, nello stesso giorno, Senato e Camera hanno approvato le relative risoluzioni.

⁷¹ Il 16 dicembre 2020 il Piano strategico per la vaccinazione anti-SARS-CoV-2/Covid-19 è stato oggetto di informativa alla Conferenza Stato-Regioni *ex art.* 2, comma 1, lett. *e*, del d.lgs. n. 281/1997, la quale ne ha preso atto il 17 dicembre 2020 (Rep. Atti n. 235/CSR del 17 dicembre 2020).

dei cittadini e che l'obiettivo è raggiungere l'immunità di gregge. In termini ancora più netti si è espresso il Parlamento europeo nella Risoluzione del 27 gennaio 2021, n. 2361, che, nel punto 7.3.1, esorta gli Stati membri e l'Unione europea a «garantire che i cittadini siano informati che la vaccinazione non è obbligatoria e che nessuno è politicamente, socialmente o altrimenti sotto pressione per vaccinarsi, se non lo desiderano da soli», e nel punto 7.3.2 a «garantire che nessuno sia discriminato per non essere stato vaccinato, a causa di possibili rischi per la salute o per non voler essere vaccinato».

Lungi dal prefigurare obblighi, il Piano strategico italiano fa leva su raccomandazioni destinate alla popolazione e declinate in base a priorità connesse a condizioni “funzionali” e “anagrafiche”. Tralasciando queste ultime (l'età più avanzata), quelle funzionali riguardano soggetti che svolgono un'attività lavorativa inserita in ambiti organizzativi nei quali, per le peculiarità delle attività (es. gli operatori sanitari) e/o per la densità dei contatti interpersonali (gli insegnanti), il rischio di contagio appare più alto. Pur evidenziando l'urgenza di intervenire quanto prima in questi ambiti, a queste priorità funzionali non corrispondono obblighi bensì, come detto, raccomandazioni. Un aspetto al quale occorre prestare particolare attenzione proprio con riferimento a quanto previsto dall'art. 32 Cost.

7.2. Art. 32 Cost., obblighi e raccomandazioni nell'orientamento della Corte costituzionale

In alcuni recenti interventi⁷² si è rilevato come l'obbligatorietà e la raccomandazione di vaccinarsi, pur costituendo due tecniche legislative diverse, obbediscano ad un medesimo obiettivo: «la migliore realizzazione dell'art. 32 Cost. nella sua valenza di tutela della salute come interesse collettivo». In altri termini, il dovere di solidarietà implicito nell'art. 32 è comunque realizzato dalla vaccinazione in adempimento sia di un obbligo sia di una raccomandazione, rappresentando quest'ultima «lo stadio evolutivo di un processo culturale tendente a valorizzare la collaborazione del cittadino rispetto alle precedenti modalità autoritarie»⁷³.

Tali affermazioni fanno leva sulla giurisprudenza della Corte costituzionale, la quale, in più di un'occasione, ha “parificato” i vaccini obbligatori a quelli raccomandati. Emblematica in tal senso è la pronuncia con la quale fu accolta la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, della l. n. 210/1992⁷⁴, nella parte in cui non prevedeva il diritto ad un indennizzo nei confronti di chi

⁷² A. DE MATTEIS, *Art. 32 della Costituzione: diritti e doveri*, cit., in part. p. 6 ss. e R. RIVERSO, *L'obbligo del vaccino anti Covid*, cit., pp. 4-5. V. anche L. DE ANGELIS, *Ragionando a caldo su vaccinazioni*, cit., p. 1.

⁷³ A. DE MATTEIS, *Art. 32 della Costituzione: diritti e doveri*, cit., pp. 7-8.

⁷⁴ Relativa all'indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazione di emoderivati.

avesse subito lesioni o infermità, con conseguente menomazione permanente dell'integrità psico-fisica, a seguito di vaccinazione anche non obbligatoria contro il morbillo, la parotite e la rosolia⁷⁵. Secondo la Corte, non vi è «ragione di differenziare il caso in cui “il trattamento sanitario sia imposto per legge” da quello “in cui esso sia, in base a una legge, promosso dalla pubblica autorità in vista della sua diffusione capillare nella società...”», giacché, in un contesto sociale di irrinunciabile solidarietà, tutti coloro che si sono uniformati ai comportamenti diretti alla protezione della salute pubblica, imposti o anche solo sollecitati dalla collettività, tramite gli organi competenti, devono essere garantiti dalla previsione di una misura indennitaria, destinata a compensare il sacrificio individuale ritenuto corrispondente a un vantaggio collettivo, nel caso in cui subiscano conseguenze pregiudizievoli per la loro salute⁷⁶.

Lo stesso concetto è stato ribadito dalla Corte anche di recente⁷⁷ rilevando che, sebbene «la tecnica della raccomandazione esprima maggiore attenzione all'autodeterminazione individuale... e, quindi, al profilo soggettivo del diritto fondamentale alla salute, tutelato dal primo comma dell'art. 32 Cost., essa è pur sempre indirizzata allo scopo di ottenere la migliore salvaguardia della salute come interesse (anche) collettivo»⁷⁸. Dunque, al di là della diversa «impostazione delle due tecniche, quel che rileva è l'obiettivo essenziale che entrambe perseguono nella profilassi delle malattie infettive: ossia il comune scopo di garantire e tutelare la salute (anche) collettiva, attraverso il raggiungimento della massima copertura vaccinale. In questa prospettiva, incentrata sulla salute quale interesse (anche) obiettivo della collettività, non vi è differenza qualitativa tra obbligo e raccomandazione: l'obbligatorietà del trattamento vaccinale è semplicemente uno degli strumenti a disposizione delle autorità sanitarie pubbliche per il perseguimento della tutela della salute collettiva, al pari della raccomandazione»⁷⁹. D'altro canto, la «stretta assimilazione tra vaccinazioni obbligatorie e vaccinazioni raccomandate» è stata ribadita dalla Corte anche in altre sentenze nelle quali si è osservato che «nell'orizzonte epistemico della pratica medico-sanitaria la distanza tra raccomandazione e obbligo è assai minore di quella che separa i due concetti nei rapporti giuridici. In ambito medico, raccomandare e prescrivere sono azioni percepite come egualmente doverose in vista di un determinato obiettivo»⁸⁰, cioè la tutela della salute (anche) collettiva.

⁷⁵ Corte cost., 16-26.4.2012, n. 107.

⁷⁶ Corte cost., n. 107/2012, cit.

⁷⁷ Corte cost., 26 maggio-23 giugno 2020, n. 118, la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale ancora una volta dell'art. 1, comma 1, della l. n. 210/1992 nella parte in cui non prevede il diritto a un indennizzo, alle condizioni e nei modi stabiliti dalla medesima legge, a favore di chiunque abbia riportato lesioni o infermità, da cui sia derivata una menomazione permanente della integrità psico-fisica, a causa della vaccinazione contro il contagio dal virus dell'epatite A.

⁷⁸ V. Corte cost., n. 268/2017, cit.

⁷⁹ Corte cost., n. 118/2020, cit.

⁸⁰ Corte cost., 18 gennaio 2018, n. 5; Corte cost., 17 aprile-6 giugno 2019, n. 137.

Per la verità, la sostanziale “parificazione” tra obbligo e raccomandazione effettuata dalla Corte ha riguardato il versante dei rimedi agli effetti pregiudizievoli della vaccinazione, dovendo lo Stato indennizzare chiunque li abbia subito a prescindere dal fatto che il trattamento fosse obbligatorio o solo raccomandato giacché, a fronte di «diffuse e reiterate campagne di comunicazione a favore della pratica di vaccinazioni è... naturale che si sviluppi un generale clima di “affidamento” nei confronti proprio di quanto “raccomandato”», il che «rende la scelta adesiva dei singoli, al di là delle loro particolari e specifiche motivazioni, di per sé obiettivamente votata alla salvaguardia anche dell’interesse collettivo»⁸¹ e, in quanto tale, meritevole di tutela.

In altri termini, è vero che sia l’obbligo sia la raccomandazione di vaccinarsi perseguono l’identico scopo solidaristico dell’art. 2 Cost. e meritano identica protezione da parte dell’ordinamento per quanto concerne l’indennizzo di eventuali danni, essendo «del tutto irrilevante, o indifferente, che l’effetto cooperativo sia riconducibile, dal lato attivo, a un obbligo o, piuttosto, a una persuasione o anche, dal lato passivo, all’intento di evitare una sanzione o, piuttosto, di aderire a un invito»⁸². Senonché, è vero pure che, al di là di questa assimilazione, i due strumenti non coincidono *in toto* almeno per quanto attiene all’intensità giuridica della relativa prescrizione⁸³, potendo soltanto l’obbligo valere per configurare determinate conseguenze, come quelle sanzionatorie, abilitative ecc.

Peraltro, sebbene non possano fondare direttamente un vero e proprio obbligo giuridico di vaccinarsi, è difficile negare che le raccomandazioni che emergono dal Piano strategico vaccinale – esplicitamente evocato dalla legge (art. 1, comma 457, della l. n. 178/2020) – costituiscano un’espressione del principio di contemperamento di cui all’art. 32 Cost.

E anzi, per quanto concerne il versante lavoristico, si è autorevolmente proposto che nel «valore civilistico della raccomandazione, per l’autorità da cui promana e per l’intento comunitario che persegue, quale canone di prudenza, diligenza e rispetto della controparte richiesto nei rapporti contrattuali (artt. 1176 e 2104 cod.civ.)» vada rintracciato il fondamento più sicuro della pretesa del datore di lavoro «acché la controparte sia immune da covid-19, in un rapporto di durata che possa esporre al contagio»⁸⁴.

Sebbene le raccomandazioni contenute nel Piano vaccinale anti-Covid-19 previsto ed “autorizzato” dalla legge di bilancio individuino in modo specifico il

⁸¹ Corte cost., n. 107/2012, cit.

⁸² Corte cost., n. 107/2012, cit.

⁸³ V. Corte cost., n. 5/2018, cit., là dove, rilevando che in campo medico la distanza tra raccomandazione e obbligo è assai minore di quella che separa i due concetti nei rapporti giuridici, nei fatti sottolinea come nel campo giuridico la distanza esista, eccome.

⁸⁴ A. DE MATTEIS, *Art. 32 della Costituzione: diritti e doveri*, cit., p. 8.

tipo, le caratteristiche e le priorità di somministrazione del trattamento sanitario in questione, ciò tuttavia non appare ancora sufficiente per fondare un vero e proprio obbligo di vaccinazione, né per ritenere che il rifiuto di vaccinarsi possa essere riconducibile a fattispecie sanzionatorie civili e/o penali. Certamente le raccomandazioni consentono di configurare la vaccinazione come una *misura di prevenzione nominata e tipizzata* che, una volta divenuti i vaccini finalmente e pienamente disponibili, il datore di lavoro dovrebbe “adottare”. Un’adozione che, però, non sussistendo un obbligo di vaccinazione a carico dei lavoratori, potrebbe solo tradursi nel... raccomandare loro di vaccinarsi con le conseguenze di cui si dirà fra breve⁸⁵.

Si tratta di una soluzione non appagante ove si volesse ipotizzare una funzionalizzazione dell’obbligo di sicurezza datoriale (e dei conseguenti obblighi dei lavoratori) a quella tutela dell’interesse collettivo alla salute che, specialmente nelle realtà “promiscue” come le strutture sanitarie, non riguarda solamente i lavoratori, ma anche i terzi presenti nell’ambiente di lavoro. Senonché, se questo è lo scopo ultimo del legislatore, allora egli dovrebbe rendere obbligatorio il vaccino, perlomeno in quelle realtà, e non limitarsi a raccomandarlo. Non a caso, quando il legislatore ha inteso funzionalizzare i poteri datoriali al perseguimento di interessi generali lo ha fatto mediante prescrizioni obbligatorie⁸⁶. D’altro canto, se il Piano di vaccinazione costituisce un fondamentale intervento di salute pubblica, perché non utilizzare strumenti pubblicitici davvero cogenti?

Peraltro, è assai probabile che la scelta di non imporre per ora l’obbligo vaccinale sia stata determinata, oltre che da alcune intuibili ragioni politiche, soprattutto da un’apprezzabile logica di prudenza dovuta alle incertezze che ancora li circondano, anche per il ridottissimo tempo impiegato per individuare e testare i vaccini.

8. *Il ruolo del medico competente*

Se, come si è detto, non si può disconoscere la rilevanza della vaccinazione come misura di prevenzione, tuttavia la mancanza di una specifica norma di legge che la renda obbligatoria non può essere surrogata con altre disposizioni che, per quanto importanti, non possono essere utilizzate a tale specifico scopo. Così è per

⁸⁵ Con riferimento al campo di applicazione dell’art. 279 del d.lgs. n. 81/2008, la raccomandazione potrebbe valere a rendere esplicito il vaccino da mettere a disposizione, senza tuttavia poterlo rendere obbligatorio, come già rilevato.

⁸⁶ Come nel caso della l. n. 146/1990 sullo sciopero nei servizi essenziali in cui i datori di lavoro degli enti erogatori hanno l’obbligo, presidiato da sanzioni, di esigere le prestazioni indispensabili da parte dei lavoratori.

l'art. 2087 c.c. e per la dinamica obbligatoria che ne discende e così è per l'art. 279 del d.lgs. n. 81/2008.

Senonché, nonostante la loro non obbligatorietà, i vaccini possono giocare ugualmente un ruolo importante nel contrasto alla pandemia nei contesti lavorativi.

Se, come rilevato, l'art. 279 del d.lgs. n. 81/2008 non può costituire il fondamento per l'obbligo alla vaccinazione, nondimeno esso, nell'ambito della propria applicazione, delinea un modello regolativo volto a valorizzare i vaccini delineando significative conseguenze nel caso in cui non si intenda accettarli. Un modello che, a ben guardare, può essere rinvenibile anche alla luce delle disposizioni generali del Titolo I del d.lgs. n. 81/2008 al di là dello specifico ambito di applicazione del Titolo X.

Il primo tassello di tale modello risiede nell'art. 29, comma 3, del d.lgs. n. 81/2008 là dove in particolare prevede che la valutazione dei rischi deve essere immediatamente rielaborata, tra l'altro, «in relazione al grado di evoluzione della tecnica, della prevenzione o della protezione». In effetti, non può dubitarsi che il grado della prevenzione e protezione sia decisamente mutato nel momento in cui è divenuto disponibile un vaccino presumibilmente efficace. Infatti, mediante la vaccinazione il rischio non è più solo *contenibile*, attraverso dispositivi di protezione individuale o collettiva, ma è potenzialmente – con tutte le riserve del caso – *eliminabile* alla fonte, in una logica di prevenzione primaria (e, come è noto, l'eliminazione dei fattori di rischio è tra le prime misure generali di tutela imposte dall'art. 15, comma 1, lett. c, del d.lgs. n. 81/2008 e, prima ancora, dall'art. 1, comma 2, della direttiva quadro 89/391/CEE). In altri termini, la disponibilità del vaccino impone una revisione della valutazione dei rischi in funzione della possibile eliminazione del fattore di rischio piuttosto che un suo semplice contenimento e/o riduzione, cui si è fatto affidamento sinora⁸⁷.

Forse potrà sembrare paradossale che l'art. 29 del d.lgs. n. 81/2008 venga chiamato in causa da chi, poco meno di un anno fa, appena esplosa la pandemia, aveva ritenuto che, pur dovendosi comunque rispettare l'art. 2087 c.c., non fosse necessario aggiornare la valutazione dei rischi, beninteso nei settori diversi da quelli del Titolo X⁸⁸. Fermo restando che ciò riguardava solo la primissima fase di

⁸⁷ Uno spunto in questo senso anche in P. ALBI, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit., p. 2, secondo cui la scelta di non vaccinarsi «impone al datore di lavoro di valutare se la presenza fisica del lavoratore nel luogo di lavoro è tale da comportare un incremento del rischio di contagio e, per questa via, quali misure occorre adottare per prevenire o ridurre un siffatto rischio».

⁸⁸ Cfr. P. PASCUCCI, *Coronavirus e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 99 ss.; P. PASCUCCI-A. DELOGU, *Sicurezza sul lavoro nella PA*, cit., *passim*. V. anche A. MARESCA, *Relazione*, Webinar COVID-19, Commissione di Certificazione, Università degli Studi Roma Tre, 11 marzo 2020, p. 2; L.M. PELUSI, *Tutela della salute dei lavoratori e COVID-19: una prima lettura critica degli obblighi datoriali*, in questa Rivista, 2019, n. 2, I, p. 122 ss. *Contra* S. DOVERE, in S. DOVERE, P. PASCUCCI, *Covid-19 e tutela della salute e sicurezza dei lavoratori*, in “Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali”, 2020, p. 373 ss.; P. TULLINI, *Tutela della salute dei lavoratori e valutazione del rischio biologico: alcune questioni giuridiche*, in “Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale”, 2020, p. 335 ss.; G. NATULLO, *Covid-19 e sicurezza sul*

emersione della pandemia, dominata da una straordinaria incertezza anche normativa, non escludendosi la necessità di valutare il nuovo rischio una volta superata tale fase⁸⁹, appare innegabile come l'art. 29 assuma ora un senso particolare dal momento che i vaccini – che costituiscono il frutto dell'evoluzione della tecnica, della prevenzione o della protezione – pur con i limiti del caso rappresentano anche la chiave di volta per eliminare radicalmente quel rischio Covid-19 che finora è stato possibile solo contenere. In altri termini, in presenza dei vaccini non può non mutare la valutazione di tale rischio che, da puramente contrastabile, diviene potenzialmente eliminabile. Né rileva che la vaccinazione non sia, ad oggi, un trattamento e/o una misura nella disponibilità del datore di lavoro, perché essa comunque incide oggettivamente sulla natura e sul grado del rischio, cosicché il datore di lavoro non può non tenerne conto in termini di valutazione dello stesso. Peraltro, poiché l'art. 29, comma 3, prevede che, a seguito della rielaborazione della valutazione del rischio, le misure di prevenzione debbono essere aggiornate, non potendosi imporre l'obbligo vaccinale per le ragioni già analizzate non si potrà in ogni caso non prevedere una diversa cadenza o, addirittura, la stessa attivazione della sorveglianza sanitaria.

Il secondo tassello, dunque, si rinviene nell'art. 41, comma 1, lett. *b*, del d.lgs. n. 81/2008 là dove si occupa della visita medica periodica per controllare lo stato di salute dei lavoratori ed esprimere il giudizio di idoneità alla mansione specifica, prevedendo che la periodicità di tali accertamenti, qualora non prevista dalla relativa normativa, sia stabilita, di norma, in una volta l'anno, potendo peraltro assumere cadenza diversa, stabilita dal medico competente in funzione della valutazione del rischio. Pertanto, essendo stata aggiornata la valutazione dei rischi, il medico competente dovrebbe modificare la cadenza per la visita periodica sottoponendo il prima possibile i lavoratori alla relativa visita. In tal senso soccorre l'art. 18, comma 1, lett. *g*, del d.lgs. n. 81/2008 in cui si afferma che il datore di lavoro invia i lavoratori a visita, ma sollecita anche il medico competente al rispetto dei propri obblighi, tra cui l'effettuazione della sorveglianza sanitaria⁹⁰.

E sarà in occasione di tale visita – ecco il terzo tassello – che il medico competente valuterà l'idoneità dei lavoratori alle proprie mansioni⁹¹ alla luce del fatto che si siano vaccinati o meno, potendo esprimere un giudizio di inidoneità (con quanto ne conseguirà *ex art.* 42) ove ritenga che, nonostante l'utilizzo degli

lavoro: nuovi rischi, vecchie regole?, in “WP C.S.D.L.E. ‘Massimo D'Antona’.IT – 413/2020”; V. FILI, *Diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 e nuova “questione sociale”*, in “Il lavoro nella giurisprudenza”, 2020, p. 332 ss.

⁸⁹ P. PASCUCCI, *Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro: novità e conferme*, cit., p. 134.

⁹⁰ Così anche R. GUARINIELLO, *Covid-19: l'azienda può obbligare i lavoratori*, cit.

⁹¹ Ma v. A. DE MATTEIS, *Art. 32 della Costituzione: diritti e doveri*, cit., pp. 11-12 secondo cui, essendo il Covid un “rischio ubiquo”, è arduo individuare categorie di lavoratori immuni dal rischio da contagio e misure conservative di ricollocazione in ambienti protetti.

altri dispositivi di protezione, il singolo lavoratore sia esposto (e/o esponga altri) ad un rischio eccessivo che sarebbe scongiurabile mediante la vaccinazione⁹².

In tal modo, senza operare alcuna forzatura per quanto concerne il rispetto dell'art. 32 Cost. e avvalendosi del giudizio tecnico espresso dal soggetto che la legge gli affianca per valutare l'idoneità dei lavoratori, il datore di lavoro potrà garantire la sicurezza dei lavoratori unitamente a quella dell'ambiente di lavoro, a maggior ragione ove questo sia frequentato anche da altri soggetti; e, ovviamente, sarebbe posto al riparo da eventuali contestazioni essendo stato supportato dal giudizio del medico. Un giudizio, quest'ultimo, oltretutto sindacabile in sede di impugnazione da parte di un organo terzo quale la commissione medica ai sensi dell'art. 42, comma 9, del d.lgs. n. 81/2008. In tal modo, si eviterebbe di affidare al soggettivismo datoriale un'iniziativa che, in quanto volta a tutelare l'interesse collettivo, pubblico e generale, non dovrebbe prestare il fianco a dubbi e incertezze.

È evidente che laddove il datore di lavoro non avesse la disponibilità di differenti mansioni, anche inferiori, si potrebbe persino giungere al licenziamento⁹³. Conseguenza che, tuttavia, allo stato è impedita dal divieto di licenziamento per ragioni oggettive legato all'emergenza epidemiologica, vigente su un piano generale⁹⁴, oltre che per i soggetti fragili *ex art.* 83, comma 3, del d.l. n. 34/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 77/2020. Al di là del fatto che tale norma possiede un campo applicativo limitato sotto il profilo soggettivo e non può essere certamente chiamata in causa per il caso in esame, è comunque interessante il legame che essa istituisce tra rischio da Covid-19, nomina del medico competente, sorveglianza sanitaria, inidoneità alla mansione e licenziamento, ciò

⁹² In questo senso, con vari accenti, anche P. ALBI, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit., pp. 2-3, S. BELLOMO, *Dibattito istantaneo su vaccini anti covid e rapporto di lavoro*, in <http://www.rivistalabor.it/>, 23 gennaio 2021, p. 2; F. FERRARO, *Dibattito istantaneo su vaccini anti covid e rapporto di lavoro*, in <http://www.rivistalabor.it/>, 10 febbraio 2021, p. 7 ss.; V.A. POSO, *Dibattito istantaneo su vaccini...*, cit., p. 6.

⁹³ Che potrebbe anche configurarsi come licenziamento per c.d. giusta causa "oggettiva", in tal senso v. F. FERRARO, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit., p. 10.

⁹⁴ Così E. GRAGNOLI, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit., p. 1. Qui emerge, per quanto contingente, anche il tema della possibile sospensione del rapporto di lavoro del lavoratore non vaccinato, non ricollocabile e al momento non licenziabile, e della retribuità o meno di tale sospensione (discorso che beninteso allo stato, atteso il calendario delle vaccinazioni, riguarda solo il personale sanitario e riguarderà nei prossimi mesi anche il personale scolastico. Peraltro, trattandosi in gran parte di dipendenti del settore pubblico, dovrà farsi riferimento ai meccanismi di mobilità ivi previsti). Per la non retribuità della sospensione in termini di eccezione di inadempimento, cfr. V.A. POSO, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit., p. 5. Stante la natura transitoria e inedita del problema, una soluzione ragionevole, di cui tuttavia non sfuggono le criticità, potrebbe essere quella di collocare il lavoratore in cassa integrazione c.d. Covid, considerato che l'inidoneità rappresenta comunque una situazione contingente e oggettiva legata alla pandemia e che sussiste una stretta connessione tra divieto di licenziamento e trattamenti di integrazione salariale emergenziale. In tal senso A. MARESCA, *Dibattito istantaneo su vaccini anti covid e rapporto di lavoro*, in <http://www.rivistalabor.it/>, 22 gennaio 2021, p. 4. *Contra* R. ROMEI, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit., p. 4; V.A. POSO, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit., p. 6. Più possibilisti R. PESSI, A. D. ZUMBO, *Dibattito istantaneo su vaccini anti covid e rapporto di lavoro*, in <http://www.rivistalabor.it/>, 23 gennaio 2021, p. 2 e E. GRAGNOLI, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit., p. 1.

rappresentando un interessante segnale sul ruolo della sorveglianza sanitaria come misura adeguata a gestire ipotesi di aggravamento del rischio da Covid-19⁹⁵.

Sotto altro profilo, va considerato che il dato della vaccinazione è un dato sensibile che può porre seri problemi in termini di tutela della *privacy*⁹⁶, considerato che, secondo l'opinione espressa recentemente dal Garante, il datore di lavoro non può accedere a simili informazioni⁹⁷. Quindi, anche in questo senso appare necessario l'intervento del medico competente.

9. Le ipotetiche criticità della ricostruzione proposta

È opportuno soffermarsi, infine, su alcune possibili criticità della ricostruzione avanzata che emergono nel quadro normativo vigente e che sono state sollevate nell'intenso dibattito dottrinale tuttora in corso.

9.1. I limiti all'operatività dell'obbligo di nomina del medico competente

Una prima criticità riguarda senz'altro le realtà produttive, per la verità sempre meno diffuse⁹⁸, in cui non è stato nominato il medico competente, non essendovi obbligo di sorveglianza sanitaria, qualora, beninteso, non sia stata

⁹⁵ Viene anche da chiedersi se sia possibile condizionare l'assunzione alla vaccinazione. Nella logica della sorveglianza sanitaria ciò parrebbe possibile perché rientrerebbe nel perimetro delle visite preassuntive di cui all'art. 41 del d.lgs. n. 81/2008.

⁹⁶ Già A. PERULLI, *Dibattito istantaneo su vaccini anti covid*, cit., p. 2, che fonda anche altrimenti l'inaccessibilità al dato da parte del datore di lavoro. *Contra* V.A. POSO, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit., p. 4, e Trib. Messina, ord. 12 dicembre 2020, cit.

⁹⁷ Cfr. *Vaccinazione dei dipendenti: le FAQ del Garante privacy. Principi generali e focus sugli operatori sanitari*, in <https://www.garanteprivacy.it/>, 17 febbraio 2021, su cui criticamente P. ICHINO, *Ancora la privacy contro la lotta alla pandemia*, Editoriale telegrafico nella Nwsl n. 538, 22 febbraio 2021, in <https://www.pietroichino.it/>. In generale, sul rapporto tra pandemia e *privacy* v. A.M. CAMPANALE, *Tra precauzione e prevenzione. Misure di sicurezza anti contagio e tutela della privacy*, in "Il lavoro nella giurisprudenza", 2020, p. 803 ss.; P. TULLINI, *Tutela della salute dei lavoratori e valutazione del rischio biologico*, cit. p. 345 ss.

⁹⁸ A fronte della crescente ampiezza dei rischi che richiedono la sorveglianza sanitaria si riducono le attività che non prevedono la nomina del medico competente. Cfr. le interessanti osservazioni della Consulta Iterassociativa Italiana per la Prevenzione (CIIP), *Prime note sulla vaccinazione anti Covid 19 per i lavoratori*, in <https://www.ciip-consulta.it/>, 12.2.2021, pp. 4-5, là dove, dopo aver ricordato che nel 2018 i medici competenti in Italia erano circa 5.000 e la sorveglianza sanitaria riguardava più di 15 milioni di lavoratori, si rileva come il legislatore potrebbe affidare «al medico competente anche la sorveglianza sanitaria a protezione sia del lavoratore che degli utenti e della comunità dalla COVID 19 dilatando le funzioni attribuite» al medico «dall'art. 41 del D.Lgs. 81/08, come avvenuto per il controllo dell'assunzione di alcol e di sostanze stupefacenti e psicotrope». Su quest'ultimo aspetto v. P. PASCUCCI, *Alcol e sicurezza sul lavoro. En attendant Godot?*, in questa Rivista, 2017, n. 2, I, p. 36 ss.

neppure attivata la sorveglianza sanitaria eccezionale ai sensi del citato art. 83 del d.l. n. 34/2020⁹⁹.

In questi casi, ferma restando, in generale, la possibilità (facoltà) per il datore di lavoro di nominare il medico competente anche quando non sia tenuto a farlo, la sorveglianza sanitaria pare divenire comunque necessaria (anche in assenza delle tradizionali attività per cui è obbligatoria) proprio perché – mancando l'obbligo di vaccinazione *ex lege* – qui verrebbe meno la normale dimensione indispensabile per rendere effettiva la tutela della salute e sicurezza, fondata sul binomio “precepto/sanzione”. D'altronde, c'è da chiedersi se, di fronte a rischi inediti ed ubiqui come il Covid-19, sia ancora realistica la prospettiva di una sorveglianza sanitaria limitata solo ad alcuni settori. Lo stretto legame tra sorveglianza sanitaria e valutazione del rischio è ben evidente in varie norme del d.lgs. n. 81/2008 (artt. 25, 28, 41¹⁰⁰) e, dunque, in funzione dell'aggiornamento della valutazione dei rischi, ben potrebbe emergere la necessità ovvero l'opportunità della nomina del medico onde attivare la sorveglianza sanitaria.

È evidente che, là dove il medico non sia presente in azienda e il datore di lavoro non lo nomini, la valutazione di idoneità alla mansione dovrebbe essere operata dallo stesso datore di lavoro, con tutti gli intuibili rischi e limiti del caso, in termini di responsabilità personali assunte e di eventuali illegittimità dei provvedimenti adottati, considerando anche l'assenza di competenze specifiche in materia da parte del datore di lavoro e di garanzie procedurali (invece assicurate dall'art. 41, del d.lgs. n. 81/2008), nonché l'inaccessibilità al dato della vaccinazione. Davvero non si comprende come, in assenza del medico competente, il datore di lavoro possa adeguatamente adempiere l'obbligo impostogli dall'art. 18, comma 1, lett. c, del d.lgs. n. 81/2008 di tenere conto, nell'affidare i compiti ai lavoratori, delle capacità e delle condizioni degli stessi *in rapporto alla loro salute e alla sicurezza*. E ci si dovrebbe chiedere se proprio quest'ultima norma non metta in crisi la tesi “tautologica” della necessaria nomina del medico competente solo a fronte della sorveglianza sanitaria. Del resto, così come è ormai del tutto irragionevole pensare ad una valutazione del rischio in assenza del medico competente¹⁰¹, appare altrettanto irrazionale pensare ad una valutazione di idoneità alla mansione in assenza della sorveglianza sanitaria, soprattutto nel momento in cui viene fronteggiato un rischio pandemico.

⁹⁹ Su cui cfr. C. LAZZARI, *La sorveglianza sanitaria eccezionale nel sistema aziendale di prevenzione*, in questa Rivista, 2020, n. 2, I, p. 11 ss.

¹⁰⁰ Nonché l'art. 39, comma 6, pur se in relazione alla possibilità di nominare più medici competenti ed un loro coordinatore.

¹⁰¹ Cfr. P. PASCUCCI, *Dopo il d.lgs. 81/2008: salute e sicurezza in un decennio di riforme del diritto del lavoro*, e C. LAZZARI, *I “consulenti” del datore di lavoro*, entrambi in P. PASCUCCI (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro a dieci anni dal d.lgs. n. 81/2008*, cit., rispettivamente p. 20 e p. 125.

9.2. Il concetto di idoneità alla mansione specifica nel diritto della salute e sicurezza sul lavoro

Una seconda, presunta, criticità riguarda la nozione, ovvero il concetto, di idoneità alla mansione specifica in materia di salute e sicurezza sul lavoro, vale a dire se essa possa anche discendere dal fatto che il lavoratore abbia provveduto a vaccinarsi o meno.

Nel dibattito in corso sono state avanzate molte perplessità al riguardo. Da un lato è stato osservato che sarebbe forzato far discendere l'inidoneità alla mansione da un «fatto che dipende dall'esclusiva volontà del lavoratore»¹⁰²; da un altro lato si è detto che tale inidoneità riguarda soltanto i «lavoratori affetti da patologie psico-fisiche che comportano una temporanea inidoneità parziale al lavoro»¹⁰³, risultando quindi estranea al tema della vaccinazione.

In relazione a questa seconda obiezione va considerato che l'idoneità alla mansione presa in considerazione dal d.lgs. n. 81/2008 non è legata solo ad uno stato di malattia o di inabilità. Invero, il riferimento che l'art. 42 del d.lgs. n. 81/2008 opera riguardo alla legge n. 68/1999 è meramente eventuale e non copre l'intero novero delle possibili inidoneità alla mansione, poiché vi possono essere casi di un soggetto perfettamente sano ma comunque inidoneo alla mansione, ad esempio per la concomitanza di fattori e/o condizioni personali (si pensi al genere o all'età). Lo stesso dicasi nel caso in cui un lavoratore non si sia sottoposto ad un determinato trattamento sanitario a prescindere dal fatto che sia obbligatorio o meno (si pensi all'antitetanica)¹⁰⁴. E di certo non si può dubitare del fatto che il vaccino, generando gli anticorpi e conseguentemente immunizzando la persona, non determini anche un mutamento che riguarda le condizioni fisiche del singolo lavoratore, innalzandone le difese contro gli agenti biologici esterni.

Per questo, venendo alla prima obiezione, la circostanza che la mancata vaccinazione discenda da una scelta volontaria del lavoratore non pare avere rilievo determinante in tema di idoneità alla mansione¹⁰⁵, poiché ciò che rileva a tali fini è il dato oggettivo della non immunizzazione, senza che possa venire in considerazione l'origine di tale condizione fattuale (così, adducendo un esempio estremo, nessuno può dubitare del fatto che un lavoratore mutilato sia inidoneo a determinate mansioni, per quanto all'origine della propria condizione fisica vi sia stato un atto di automutilazione).

¹⁰² L. DE ANGELIS, *Ragionando a caldo su vaccinazioni*, cit., p. 7.

¹⁰³ A. MARESCA, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit., p. 4.

¹⁰⁴ Ciò che cambia in tal caso è che l'obbligo diviene esigibile e disciplinarmente sanzionabile, fermo restando che ciò non toglie che l'assenza del trattamento sanitario renda quel lavoratore oggettivamente inidoneo alla mansione poiché quella mansione lo esporrebbe ad un rischio intollerabile di contrazione di una malattia.

¹⁰⁵ La volontarietà della scelta potrebbe avere astrattamente rilevanza in termini soggettivi, ovvero disciplinari. Ma, come detto, tale valutazione è preclusa dal fatto che non esiste un obbligo di vaccinazione imposto *ex lege*.

Allo stesso modo e per le medesime ragioni, l'inedoneità alla mansione specifica, a differenza di quello che è stato recentemente affermato in una prima pronuncia giurisprudenziale sul tema¹⁰⁶, prescinde anche dall'obbligatorietà o meno di una determinata misura o trattamento (in questo caso il vaccino). Infatti, il giudizio di idoneità cui fa riferimento il d.lgs. n. 81/2008 è legato al livello di rischio, vale a dire al fatto per cui un lavoratore non è idoneo ad una determinata mansione quando quella specifica mansione lo espone ad un rischio non tollerabile o comunque eccessivo, e non altrimenti eliminabile. Ed è evidente che il differente grado di esposizione al rischio tra vaccinato e non vaccinato¹⁰⁷ fa sì che il primo possa essere idoneo a svolgere determinate mansioni che aggravano particolarmente il rischio da Covid (come quelle che espongano il lavoratore al contatto con il pubblico o che implicino un intenso contatto sociale), laddove il secondo potrebbe non esserlo. E sarebbe – oltre che una buona norma di cautela – anche un vero e proprio obbligo da parte del datore di lavoro adibirlo a diverse mansioni che non implicino quel contatto sociale intenso e che, quindi, lo espongano ad un rischio minore che possa essere contrastato mediante diversi dispositivi di protezione.

Occorre altresì rilevare che l'art. 41 del d.lgs. n. 81/2008 parla di idoneità alla mansione “specificata” e che tale specificità va intesa non solo con riferimento alle caratteristiche intrinseche dei compiti affidati, ma anche come specificità del contesto organizzativo in cui quella determinata mansione viene espletata¹⁰⁸. Cosicché un lavoratore non vaccinato potrebbe essere idoneo a prestare una determinata mansione in un contesto organizzativo in cui non vi sono particolari contatti con terzi e colleghi, mentre potrebbe non esserlo nell'ambito di una diversa organizzazione produttiva in cui l'esposizione al contagio è più sensibile.

Da queste considerazioni discende che la valutazione compiuta dal medico competente non è una valutazione astratta o meramente documentale poiché il medico, nell'esprimere il proprio giudizio, dovrà tener conto, caso per caso, non solo del dato della vaccinazione, bensì di tre fattori concomitanti: la vaccinazione o meno del lavoratore; il contenuto e le modalità di svolgimento delle mansioni; lo stato di salute, l'età ed altri fattori di rischio del soggetto interessato. La valutazione compiuta è dunque una valutazione caso per caso e non oggettivata ed è comunque espressione di un giudizio tecnico medico, reso all'esito di una visita che consentirà di verificare, di volta in volta, il grado di pericolosità della singola e specifica

¹⁰⁶ Trib. Messina, ord. 12 dicembre 2020. Per un commento L. TASCHINI, *Il vaccino anti Covid nel rapporto di lavoro. Riflessioni a partire dall'ordinanza cautelare del Giudice del lavoro di Messina*, in <https://www.giustiziainsieme.it/>.

¹⁰⁷ In tal senso S. BELLOMO, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit., p. 1.

¹⁰⁸ Cfr. R. PESSI, A. D. ZUMBO, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit., p. 1. Così anche A. PERULLI, *Dibattito istantaneo su vaccini anti covid*, cit., p. 2, il quale però esclude l'inedoneità alla mansione.

mansione, in un determinato contesto produttivo, in relazione a quel singolo soggetto.

È bene precisare che la ricostruzione avanzata non renderebbe la somministrazione del vaccino indirettamente obbligatoria, ma la farebbe assurgere al più al rango di onere¹⁰⁹, poiché il lavoratore resterebbe sempre libero di accedere o meno al vaccino. Tuttavia, in caso di mancata vaccinazione potrebbero determinarsi conseguenze sul rapporto di lavoro, sino all'adibizione a diverse mansioni e, ove queste non fossero disponibili, anche al licenziamento per motivo oggettivo, il tutto però mediato dalle garanzie di cui all'art. 41 (giudizio di un soggetto terzo tecnicamente competente, ossia il medico, possibilità di chiedere una verifica del giudizio presso la commissione medica provinciale). In altri termini, il lavoratore che non scelga di fare il vaccino potrebbe andare incontro ad un giudizio di inidoneità da parte del medico competente, proprio perché le sue condizioni fisiche di soggetto non immune sono diverse rispetto a quelle di un collega vaccinato.

9.3. Sulla presunta temporaneità dell'inidoneità alla mansione

È stata avanzata in dottrina l'obiezione che l'inidoneità alla mansione sarebbe in questo caso soltanto temporanea e non permanente¹¹⁰ e dunque essa non potrebbe condurre al licenziamento, ma solo ad una sospensione del rapporto di lavoro¹¹¹.

A ben vedere, però, l'inidoneità, dipendendo da una scelta del lavoratore di sottoporsi o meno alla vaccinazione, non è delimitata con certezza nella sua durata temporale¹¹².

Pertanto, in relazione ad essa il medico competente non potrà precisare «i limiti temporali di validità» (come richiede, invece, il comma 7 dell'art. 41 del d.lgs. n. 81/2008), sicché tale inidoneità, seppure astrattamente temporanea, si atteggia di fatto come una inidoneità a tempo indeterminato, potendo come tale condurre, salvo improvvisi ripensamenti da parte del lavoratore, alle conseguenze di cui all'art. 42 del d.lgs. n. 81/2008, compreso in ultima analisi il licenziamento.

¹⁰⁹ In questo senso C. CESTER, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit., p. 2 e ss.

¹¹⁰ In particolare, F. SCARPELLI, *Rifiuto del vaccino e licenziamento*, cit.

¹¹¹ La prospettiva della sospensione del rapporto di lavoro in termini civilistici è fatta propria da O. MAZZOTTA, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit., p. 5, mentre quella dell'impossibilità oggettiva della prestazione è sostenuta da A. MARESCA, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit., p. 3. Tali ricostruzioni, tutte giocate sul fronte civilistico, non paiono tener conto della disciplina speciale dettata in materia di salute e sicurezza e condensata nelle norme del d.lgs. n. 81/2008.

¹¹² Ancora P. ALBI, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit., p. 3, che evidenzia il rischio della durata significativa della sospensione del rapporto.

10. Conclusioni

Fermo restando che il discorso giuridico deve essere necessariamente scevro da condizionamenti ideologici, oltre che da convinzioni personali o veri e propri pregiudizi¹¹³, purtuttavia esso non può non tener conto degli interessi coinvolti, ovvero del dato materiale cui si pretende di imporre una regola.

E la continua osmosi tra il diritto e la realtà sottesa, in costante movimento, è tanto più necessaria, quanto più si affrontino problemi nuovi, all'interno di una fase di vorticosa transizione come quella attuale, in cui mutano profondamente tutti i paradigmi.

D'altronde, quella di recuperare la dimensione storica e sociale del diritto è una imprescindibile opzione metodologica poiché «mai lo Stato» o le sue leggi sarebbero capaci «di esprimere tutta la complessità e la ricchezza della società» ed è sempre forte il rischio che l'interpretazione giuridica si «estranee» da quelle «forze vitali circolanti nell'esperienza, forze in continuo divenire e pertanto insofferenti a qualsivoglia immobilizzazione»¹¹⁴.

Qualsiasi ragionamento sul tema della vaccinazione non può dunque ignorare cosa ha rappresentato la pandemia per il mondo intero e quali sono state e sono ancora le terribili conseguenze umane ed economiche che ha determinato.

Di fronte ad uno scenario così catastrofico, tutti devono sentirsi responsabili e parti di uno sforzo comune, pur mantenendo fermi gli imprescindibili principi dell'ordinamento.

In questo scenario, un intervento legislativo volto ad obbligare a vaccinarsi (tutta la popolazione o alcune categorie) – auspicato pressoché da tutti nel dibattito – costituirebbe l'unica ragionevole soluzione del problema in quanto solo così si potrebbe restituire razionalità al sistema ed alla dinamica che promana sia dall'art. 2087 c.c. sia dal d.lgs. n. 81/2008. Infatti, tutte le soluzioni che si propongono, in mancanza della legge *ad hoc*, rischiano di rivelarsi per vari aspetti inappaganti sotto diversi profili.

A fronte delle tante incertezze, la soluzione qui adombrata intende tener conto dei vari interessi in gioco in una logica di ponderazione e temperamento, prendendo in considerazione i dati che offre il diritto vigente. D'altronde, dato che ad oggi non vi è stato ancora l'auspicato temperamento da parte del legislatore¹¹⁵ attraverso la via maestra dell'intervento legislativo esplicito richiesto dall'art. 32 Cost., non si può che attingere alla “ponderazione” degli interessi

¹¹³ O. MAZZOTTA, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit., p. 1.

¹¹⁴ P. GROSSI, *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodologico*, in “Quaderni Fiorentini”, 2003, n. 32, p. 25 e ss., le due citazioni nel testo rispettivamente a p. 26 e p. 35.

¹¹⁵ Si è sottolineata da più parti la “latitanza” del legislatore, cfr. R. PESSI, A. D. ZUMBO, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit., p. 3, O. MAZZOTTA, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit., p. 5, ma anche V.A. POSO, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit., p. 2 e ss.

presente nella disciplina prevenzionistica attualmente vigente, la quale, attraverso la logica della valutazione e dell'eliminazione del rischio alla fonte e della procedimentalizzazione degli obblighi di sicurezza, pare in grado di offrire alcune interessanti soluzioni.

Al di là della condivisibilità di tali soluzioni, il delicato tema della vaccinazione offre comunque lo spunto per affrontare questioni che da tempo agitano il diritto della salute e sicurezza e tuttora irrisolte, tra cui, in particolare, quella della presunta mancata generalizzazione della misura della sorveglianza sanitaria, apparsa tanto più anacronistica proprio con l'esplosione dell'emergenza pandemica.

Abstract

Con riferimento alla pandemia da Covid-19, il saggio analizza le complesse problematiche connesse alla sussistenza di un obbligo del datore di lavoro di chiedere ai lavoratori di vaccinarsi e correlativamente di questi ultimi di sottoporsi alla vaccinazione. L'analisi prende le mosse dalla previsione dell'art. 32 della Costituzione, che consente di prevedere l'obbligatorietà di un determinato trattamento sanitario – come è sicuramente la vaccinazione – solo in base ad una disposizione di legge statale, e mira a verificare se, pur in assenza di una specifica legge in tal senso, l'obbligo di vaccinazione sia desumibile da altre norme dell'ordinamento del lavoro come l'art. 2087 del codice civile e l'art. 279 del d.lgs. n. 81/2008, formulando anche una proposta interpretativa in merito alle possibili conseguenze della mancata vaccinazione con riferimento al sistema di sorveglianza sanitaria aziendale.

With reference to the Covid-19 pandemic, the essay analyzes the complex problems associated with the existence of an obligation on the part of the employer to ask workers to be vaccinated and, correspondingly, the latter to undergo vaccination. The analysis starts from the provision of art. 32 of the Constitution, which makes it possible to foresee the mandatory nature of a specific health treatment - as vaccination certainly is - only on the basis of a provision of state law, and aims to verify whether, even in the absence of a specific law to that effect, the vaccination obligation can be deduced from other labor regulations such as art. 2087 of the civil code and art. 279 of the legislative decree n. 81/2008, also formulating an interpretative proposal regarding the possible consequences of failure to vaccinate with reference to the company health surveillance system.

Parole chiave

Pandemia, vaccino, salute, sicurezza, sorveglianza sanitaria

Keywords

Pandemic, vaccine, health, safety, health surveillance