



SALUS
THE FUTURE OF
E O S H



UNIMORE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI
MODENA E REGGIO EMILIA

Centro Studi Internazionali e Comparati DEAL
Diritto, Economia, Ambiente, Lavoro
Dipartimento di Economia Marco Biagi

INAIL

ADAPT

Covid-19 e obbligo giuridico di vaccinazione per il dipendente

Giada Benincasa

*Assegnista presso il Dipartimento di Economia Marco Biagi
Università di Modena e Reggio Emilia*

Giovanni Pigliararmi

*Ricercatore presso il Dipartimento di Economia Marco Biagi
Università di Modena e Reggio Emilia*

Working Paper n. 1/2021

ABSTRACT

È possibile licenziare il lavoratore che rifiuta la vaccinazione? Lo studio proposto tenta di ricostruire il quadro normativo e giuridico di riferimento, indagando l'esistenza (o meno) dell'obbligo di vaccinazione per i lavoratori e le relative conseguenze giuridiche in caso di rifiuto. Di fondamentale importanza in questa prospettiva, anche a fronte di quanto disposto dall'art. 279 del D.lgs. n. 81/2008, appare la dialettica intervenuta sulla qualificazione del rischio di contagio a fronte della diffusione del Covid-19 ("generico" per gli ambienti di lavoro non sanitari e "specifico" per gli ambienti di lavoro sanitari). Nonostante la mancanza di una previsione che obbliga il lavoratore a vaccinarsi all'interno della normativa emergenziale, non può essere trascurata la funzione della figura del medico competente di "consulente globale" del datore di lavoro e di raccordo con il Sistema Sanitario Nazionale/Locale. Questa figura assume un ruolo rilevante in merito all'eventuale giudizio di inidoneità (anche parziale e/o temporanea) del lavoratore che rifiuta la vaccinazione, dinamica che potrebbe evocare l'istituto del licenziamento. Tuttavia, in mancanza di un obbligo specifico di vaccinazione *ex lege*, tale soluzione potrebbe risultare assimilabile ad un percorso ad ostacoli e di dubbia legittimità.

I PUNTI CHIAVE DEL PAPER

- Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge (art. 32 Cost.).
- Il rischio da Covid-19, negli ambienti di lavoro non sanitari, si caratterizza per essere un rischio biologico generico (e non specifico) di origine esogena all'organizzazione dell'impresa.
- Il medico competente, valutate le altre misure di sicurezza e le peculiarità organizzative del lavoro, potrebbe emettere giudizi di idoneità parziale e/o inidoneità temporanee per i lavoratori che rifiutano la vaccinazione solo ad alcune condizioni.
- Un intervento delle parti sociali, modificando il Protocollo 24 aprile 2020, potrebbe rendere operativo *ex lege* un obbligo per via del rinvio operato dall'art. 29-bis del d.l. n. 23/2020.

IL MESSAGGIO

A fronte del complesso rapporto tra vaccino e relazioni di lavoro nei diversi contesti produttivi e in mancanza di un obbligo specifico di vaccinazione *ex lege*, sembra prioritario stabilire le conseguenze giuridiche del rifiuto di vaccinazione. Queste conseguenze vanno stabilite (anche) in base alla tipologia di mansione svolta, alla categoria di lavoratori e alla classificazione del rischio a cui gli stessi sono esposti durante la lavorazione. In questa prospettiva, di estrema utilità potrebbe essere l'intervento delle parti sociali diretto ad aggiornare i protocolli "anti-contagio" al fine di governare i progressi medico-scientifici in atto. Tali protocolli potrebbero inoltre disciplinare se l'eventuale mancanza della copertura vaccinale renda la prestazione inutilizzabile sino ad ipotizzare un licenziamento e/o a una mancata assunzione.

Indice

1. Posizione del problema	4
2. Insider e outsider del mercato del lavoro: obbligo di vaccinazione e previsioni dello Statuto dei lavoratori	6
3. Il rischio di contagio: problemi qualificatori	8
4. Il possibile ruolo dei protocolli e la riserva di legge disposta dall'art. 32 Cost.	10
5. Il ruolo del medico competente	16
6. Il nodo problematico del licenziamento	18
7. Brevi note conclusive sulle prospettive evolutive del dibattito ...	20

1. Posizione del problema

Trascorso il periodo turbolento in cui imprese e lavoratori hanno dovuto fronteggiare il diffondersi del Covid-19 alla ricerca di una nuova razionalità organizzativa degli ambienti di lavoro per far fronte ad un inedito rischio per la salute e la sicurezza (1), si pone ora il problema della possibilità o meno per il datore di lavoro di obbligare i propri dipendenti a vaccinarsi (2) e delle relative conseguenze giuridiche. Tema questo di crescente attualità e importanza a seguito di alcuni autorevoli interventi recepiti nel dibattito pubblico e che, senza esitazioni o grandi dubbi, propendono per la tesi dell'obbligo.

In questa prospettiva vi è, per esempio, chi fonda le proprie convinzioni su alcune disposizioni contenute nel Testo Unico di salute e sicurezza sul lavoro (d.lgs. n. 81/2008) ed in particolare, l'art. 279 e l'art. 42 (3). Il comma 2, lett. a), dell'art. 279 impone al datore di lavoro, su conforme parere del medico competente, la messa a disposizione di vaccini efficaci per quei lavoratori che non sono già immuni all'agente biologico presente nella lavorazione. L'art. 42, invece, stabilisce che il datore di lavoro attua le misure indicate dal medico competente e qualora le stesse prevedano una inidoneità alla mansione specifica adibisce il lavoratore, ove possibile, a mansioni equivalenti o, in difetto, a mansioni inferiori garantendo il trattamento corrispondente alle mansioni di provenienza. Tra queste misure, in base all'art. 279, comma 2, dovrebbe rientrare anche il vaccino e nel caso in cui il lavoratore dovesse rifiutarsi il datore di lavoro è obbligato ad imporre l'allontanamento temporaneo dal luogo di lavoro (4), finanche a licenziarlo se tale rifiuto metterà a rischio la salute di altre persone, così da

(*) I §§ 3, 5 e 7 sono da attribuire a Giada Benincasa. I §§ 1, 2, 4 e 6 sono da attribuire a Giovanni Pigliararmi.

(1) Sulla qualificazione del Covid-19 come agente biologico e sulla necessità di aggiornare il DVR, si rinvia all'articolata disamina di L. M. Pelusi, *Tutela della salute dei lavoratori e COVID-19: una prima lettura critica degli obblighi datoriali*, in *DSL*, 2019, n. 2, pp. 122-137. Per un approfondimento sul tema cfr. anche P. Pascucci, *Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro: novità e conferme nello ius superveniens del d.P.C.M. 22 marzo 2020 e soprattutto del d.l. n. 19/2020*, in *DSL*, 2020, n. 1; pp. 117-135; P. Pascucci, *Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra "raccomandazioni" e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale?*, in *DSL*, 2019, n. 2, pp. 98-121; R. Guariniello, *La sicurezza sul lavoro al tempo del coronavirus*, ed. Wolters Kluwer Italia, 2020; G. Natullo, *Covid-19 e sicurezza sul lavoro: nuovi rischi, vecchie regole?*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – n. 413/2020; S. Doverè, *Covid-19: sicurezza del lavoro e valutazione dei rischi*, in *Giustizia Insieme*, 22 aprile 2020, n. 1016; V. Fili, *Covid-19 e rapporti di lavoro*, in D. Garofalo, M. Tiraboschi, V. Fili, F. Seghezzi, *Welfare e lavoro nella emergenza epidemiologica*, Volume I, ADAPT e-Book, n. 93, 2020.

(2) A. Tarzia, *Vaccino anti Covid e facoltà*, in *Bollettino ADAPT* 21 dicembre 2020, n. 47.

(3) R. Guariniello, *Covid-19: l'azienda può obbligare i lavoratori a vaccinarsi?*, in www.ip-soa.it, 28 dicembre 2020.

(4) R. Guariniello, *Sorveglianza sanitaria: vaccino obbligatorio per i lavoratori?*, in *DPL*, 2021, n. 1, pp. 27-34, in corso di pubblicazione.

costituire un impedimento oggettivo alla prosecuzione del rapporto di lavoro ⁽⁵⁾.

Non mancano invero tesi opposte. Vi è per esempio chi ritiene che gli obblighi imposti dalle disposizioni del Testo Unico non possano trovare concreta applicazione in quanto il datore di lavoro non è messo nelle condizioni di poter adempiere giacché le risorse e la procedura di vaccinazione sono ancora tutte in mano all'autorità sanitaria pubblica ⁽⁶⁾.

Del resto, è noto come le autorità preposte abbiano deciso di destinare le prime risorse al personale sanitario, ritenuto in base anche alle statistiche presentate dall'INAIL, la categoria più esposta al contagio ⁽⁷⁾ e agli anziani (e quindi a soggetti che sono esclusi dal mercato del lavoro). Anche se non è mancato chi ha osservato come, accanto al comparto sanitario, vi sia un altro settore che pure è esposto al medesimo grado di rischio di contagio: trattasi dei dipendenti delle residenze sanitarie assistenziali ⁽⁸⁾.

Altra opinione sostiene poi che l'idea di evocare l'istituto del licenziamento in caso di rifiuto da parte del lavoratore di sottoporsi alla vaccinazione sia una posizione priva di fondamento normativo ⁽⁹⁾. Anche nel caso in cui il datore di lavoro fosse obbligato ad integrare il sistema di sicurezza,

⁽⁵⁾ Questa è la posizione espressa da [P. Ichino in un'intervista al Corriere della Sera](#) il 29 dicembre 2020; analoghe considerazioni sono rinvenibili anche in [P. Ichino, Liberi di non vaccinarsi, ma non a rischio degli altri](#), in *lavoce.info*, 31 dicembre 2020, ove osserva che «anche senza emanare una legge *ad hoc*, opportuna ma non indispensabile» perché vi sarebbe l'obbligazione di sicurezza imposta dall'art. 2087 c.c., «possono essere i rapporti contrattuali a sostenere la diffusione della copertura vaccinale. Perché il contratto può prevedere questa misura di protezione, là dove essa sia praticabile».

⁽⁶⁾ [G. Falasca, Non si può licenziare il dipendente che rifiuta di vaccinarsi](#), in [www.open.online.it](#), 25 dicembre 2020.

⁽⁷⁾ Per un approfondimento, v. [G. Pigliarmini, Covid-19 e infortunio sul lavoro: arrivano le prime statistiche fornite dall'INAIL](#), in *Bollettino ADAPT* 26 ottobre 2020, n. 39.

⁽⁸⁾ Sul punto, cfr. [Covid: legale Rsa, personale non vaccinato è inidoneo](#), in [www.ansa.it](#), 29 dicembre 2020.

⁽⁹⁾ [F. Scarpelli, Rifiuto del vaccino e licenziamento: andiamoci piano!](#), in [www.linkedin.com](#), 29 dicembre 2020. Propende per negare la possibilità al datore di lavoro di licenziare il dipendente che si rifiuti di vaccinarsi anche [G. Pellacani, Vi spiego perché non si può licenziare chi non si vaccina contro Covid-19](#), in [www.startmag.it](#), 1° gennaio 2021, sebbene con alcune eccezioni. Osserva, infatti, l'autore che «il primo aspetto da considerare è il contesto nel quale si svolge l'attività lavorativa, perché una soluzione valida per tutti e per tutte le stagioni non è ragionevolmente prospettabile. Occorre in particolare distinguere tra ambienti di lavoro in cui il Coronavirus-2 (SARS-CoV-2) sia introdotto intenzionalmente nel ciclo produttivo (laboratori) o in cui la presenza dello stesso non possa essere evitata (strutture sanitarie) dagli altri ambienti di lavoro». Nel primo caso, il vaccino risulterebbe una misura da assumere nel rispetto delle previsioni di legge in materia (art. 279 del d.lgs. n. 81/2008), per tutelare la salute dei lavoratori secondo l'esperienza e la tecnica. Nel secondo caso, invece, «in assenza di previsioni legali di portata generale o particolare, la questione si pone invece in termini differenti e conduce ad escludere la possibilità di configurare, in capo al lavoratore, un obbligo di vaccinazione e la conseguente possibilità, in caso di rifiuto, di spostamento a mansioni diverse o di licenziamento».

procurando la possibilità della vaccinazione, non può in ogni caso ritenersi che sorga un medesimo obbligo per il lavoratore di sottoporsi al trattamento. E ciò perché il dipendente, in base a fondate prescrizioni mediche, può avere ragioni ostative al vaccino tra cui, sempre secondo questa opinione, motivi legati alla paura e alla convinzione personale, giustificando così un rifiuto da parte dei c.d. *no-vax*.

In ogni caso, si precisa, per giungere a paventare un'ipotesi di licenziamento, il datore di lavoro dovrebbe affrontare un percorso ad ostacoli: *in primis*, dimostrare che la misura del vaccino sia indispensabile per tutelare la salute anche negli ambienti di lavoro e dei colleghi e che non vi siano misure alternative adeguate e ragionevolmente sufficienti (dispositivi di sicurezza, metodi di disinfezione, *smart-working*, ecc.); inoltre, non va dimenticato che sul datore di lavoro incombe sempre l'onere di provare a ricollocare il dipendente, magari su posizioni organizzative che presentino profili di rischio di contagio minori.

A parere di chi scrive, le tesi fin qui espresse sollevano, nella loro assolutezza, più di una perplessità e del resto, la loro tendenziale contrapposizione, sta di per sé stessa a dimostrare come, in punto di diritto, la soluzione non sia cosa facile da raggiungere e non possa, in ogni caso, essere imposta da un punto di vista puramente formale e sistematico senza cioè fare i conti con le dinamiche istituzionali e dei sistemi di relazioni industriali che sin qui hanno governato le misure di contrasto e contenimenti del Covid-19.

2. *Insider e outsider* del mercato del lavoro: obbligo di vaccinazione e previsioni dello Statuto dei lavoratori

Prima di addentrarci nelle problematiche relative all'obbligo di adozione di misure specifiche per contrastare i rischi negli ambienti di lavoro, preme anche rilevare che al momento il dibattito sembra tutto piegato sull'esistente (gli assunti o c.d. *insider*), senza tenere in debita considerazione che la questione potrebbe interessare anche i c.d. *outsider*, ovvero la parte di popolazione attiva che potrebbe trovarsi a stipulare un contratto di lavoro e quindi ad essere assunta da un'azienda. Infatti, è dubbio se il datore di lavoro possa chiedere al lavoratore che sta assumendo se si è sottoposto alla vaccinazione; come è dubbio se la stipulazione o meno del contratto potrebbe essere condizionata da questo aspetto. Una risposta univoca al problema non può esserci, soprattutto in assenza di uno specifico provvedimento dell'autorità in tal senso.

Tuttavia, giova ricordare che l'art. 8 dello Statuto dei lavoratori (l. n. 300/1970) dispone che «è fatto divieto al datore di lavoro, ai fini dell'as-

sunzione, come nel corso dello svolgimento del rapporto di lavoro, di effettuare indagini, anche a mezzo di terzi (...) su fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore». Eppure, potrebbe accadere che un'impresa si trovi ad assumere un lavoratore per svolgere alcune mansioni rispetto alle quali il rischio di contagio del Covid-19 è elevato e il vaccino può essere una misura efficace per scongiurare l'infortunio. Da questo punto di vista merita tuttavia ricordare che ai sensi dell'art. 41, co. 2, lett. a) del d.lgs. n. 81/2008, il medico competente, nell'ambito della sorveglianza sanitaria, è chiamato ad effettuare la visita medica preventiva «intesa a constatare l'assenza di controindicazioni al lavoro cui il lavoratore è destinato al fine di valutare la sua idoneità alla mansione specifica».

Indagare se il lavoratore si è sottoposto al vaccino significa fare delle verifiche su fatti che rilevano ai fini dell'attitudine professionale giacché per "fatto rilevante" ai fini dell'assunzione si intende «l'esistenza di quei presupposti che influiscono sulla *bonitas* dell'attività solutoria a cui è o sarà tenuto il debitore di lavoro», *bonitas* che, peraltro, «va considerata nell'ambito di tutte le posizioni che assumerà il prestatore di lavoro nell'ambito dell'organizzazione produttiva e con riferimento a tutti gli obblighi complementari cui lo stesso sarà tenuto, oltre quello di adempiere la prestazione strettamente lavorativa»⁽¹⁰⁾. In questa prospettiva, a giustificare l'indagine non potrà che rilevare, *in primis*, la mansione che il lavoratore andrà a svolgere e i rischi ad essa connessa. Se a fronte di questo, il lavoratore in fase di assunzione non dovesse informare – per errore o volontariamente – sul punto il datore di lavoro e poi essere adibito allo svolgimento di una mansione che annovera tra i rischi specifici la contrazione dell'infezione da Covid-19, la stabilità del rapporto entrerebbe in crisi, con non irrilevanti conseguenze anche sulla responsabilità civile e penale del datore di lavoro⁽¹¹⁾. Non va dimenticato che l'imprenditore, anche al fine di esonerarsi dal peso di questa responsabilità, sebbene siano vietati gli accertamenti sanitari ai sensi dell'art. 5 St. lav.⁽¹²⁾, conserva comunque la facoltà «di far controllare la idoneità fisica del lavoratore da parte di enti pubblici ed istituti specializzati di diritto pubblico» e di ricorrere alla sorveglianza sanitaria di cui all'art. 41 del d.lgs. n. 81/2008. Peraltro, l'art. 83 del d.l. n. 34/2020 concorre a derogare al principio stabilito dall'art. 5 St. lav. in quanto dispone che «fino alla data di cessazione

⁽¹⁰⁾ M. T. Salimbeni, *La nuova realtà tecnologica aziendale e l'art. 8 dello Statuto dei lavoratori*, in AA. VV. *Nuove tecnologie e tutela della riservatezza dei lavoratori*, ed. F. Angeli, 1988, p. 151.

⁽¹¹⁾ R. Guariniello, *op. cit.*, p. 32.

⁽¹²⁾ Sul punto si era già posta la questione relativamente alla somministrazione dei test sierologici negli ambienti di lavoro. Per un approfondimento sul punto si veda M. T. Carinci, *Back to work al tempo del Coronavirus e obbligo di sicurezza del datore di lavoro. I test sierologici rapidi*, Working Paper ADAPT University Press, 2020, n. 3.

dello stato di emergenza per rischio sanitario sul territorio nazionale, i datori di lavoro pubblici e privati assicurano la sorveglianza sanitaria eccezionale dei lavoratori maggiormente esposti a rischio di contagio». L'utilizzo dell'indicativo "assicurano" fa presumere che la norma imponga un obbligo – che si aggiunge alle ipotesi tassativamente previste dall'art. 41 del d.lgs. n. 81/2008 – e non una possibilità come correttamente osservato (13).

3. Il rischio di contagio: problemi qualificatori

L'art. 279, comma 2 del d.lgs. n. 81/2008 impone al datore di lavoro, «su conforme parere del medico competente», di adottare «misure protettive particolari per quei lavoratori per i quali, anche per motivi sanitari individuali, si richiedono misure speciali di protezione». Tra questi obblighi, figura quello della «messa a disposizione di vaccini efficaci per quei lavoratori che non sono già immuni all'agente biologico presente nella lavorazione» (lett. a). Quindi, un tale obbligo (quello della vaccinazione) (14) sussiste solo per contrastare patologie che possono derivare da agenti biologici presenti nella lavorazione.

La precisazione non è banale. Infatti, negli ambienti di lavoro non sanitari, il rischio Covid-19 si caratterizza per essere un rischio biologico generico (e non specifico) di origine esogena all'organizzazione dell'impresa. Pertanto, è per questa ragione che a parere di una parte degli interpreti, sarebbe da escludere l'obbligo del datore di lavoro di aggiornamento del DVR di cui agli artt. 28 e 29, comma 3 del d.lgs. n. 81/2008, giacché, secondo questa prospettiva, le previsioni normative in materia di salute e sicurezza sono pensate per prevenire i rischi derivanti dal luogo di lavoro e, dunque, dall'organizzazione imprenditoriale. Quindi, si può parlare di rischio connesso e presente nella lavorazione, che impone anche l'aggiornamento del DVR, solo se questo è causato dalle scelte organizzative del datore di lavoro (o dalle stesse aggravato). È questo il caso, ad esempio, di chi ha sostenuto che pur non sussistendo un obbligo di aggiornamento del DVR a fronte del rischio da Covid-19 – in quanto tale funzione sarebbe stata assolta dallo Stato prevedendo a monte le misure di sicurezza da adottare negli ambienti di lavoro – l'onere di cui all'art. 29, comma 3 del d.lgs. n. 81/2008 scatterebbe in capo al datore di lavoro solo nel momento in cui, applicando le suddette misure di sicurezza, andrebbe a modificare l'organizzazione del lavoro, condizione a seguito

(13) R. Guariniello, op. cit., p. 27, precisa che la norma prevede che «i datori di lavoro pubblici e privati assicurano – non, si badi, possono assicurare – la sorveglianza sanitaria eccezionale dei lavoratori maggiormente esposti a rischio di contagio».

(14) A parere di R. Guariniello, op. cit., p. 31, di obbligo in senso stretto non si potrebbe parlare in quanto «la "messa a disposizione" del vaccino contro il Covid-19 non equivale di per sé sola a rendere obbligatoria per i lavoratori la sottoposizione a tale vaccino».

della quale è necessario aggiornare il DVR. In realtà, è stato anche sostenuto che a rafforzare questa lettura vi sono altre disposizioni (tra cui l'art. 2, comma 1, lett. n), e l'art. 17 del d.lgs. n. 81/2008) che mirano a circoscrivere la valutazione dei rischi, diretta solo ad individuare quelli di origine professionale e connessi all'organizzazione del lavoro.

Eppure, la giurisprudenza sembra essersi pronunciata nel senso opposto, ritenendo che sul datore di lavoro incomba la valutazione anche di rischi che non derivino direttamente dalle scelte organizzative dello stesso e/o dalla sua organizzazione (ad esempio, ghiaccio su strada, rischio sismico, etc.), facendo rientrare nell'ambito di protezione dell'obbligo di sicurezza datoriale alcuni rischi derivanti dall'ambiente esterno. In tal modo, si concretizza una sostanziale conversione dei rischi "generici" in rischi "specifici". Non è mancata, infatti, un'interpretazione estensiva mirata a trascurare il fatto che il rischio da Covid-19 abbia avuto origine fuori dall'organizzazione aziendale, precisando che, invece, l'obbligo di sicurezza gravante in capo al datore di lavoro riguarderebbe sia i rischi endogeni (cioè quelli emersi dalla organizzazione nella quale il lavoratore presta la propria attività) sia i rischi esogeni (cioè quelli già presenti nell'ambiente sociale o nel territorio, ma che possono prevedibilmente riprodursi o/e aggravarsi nel perimetro dell'organizzazione). Richiamando la tesi del c.d. rischio aggravato, infatti, anche il rischio biologico non strettamente aziendale (fatta eccezione per gli ambienti di lavoro sanitari), bensì generale e di origine esogena all'attività lavorativa, si trasforma in rischio generico aggravato, sino al punto di considerarlo "interno" per quei lavoratori che risultano essere esposti direttamente con la conseguente necessità, per il datore di lavoro, di valutare il Covid-19 come rischio (anche) aziendale e dunque, in questo senso, specifico ⁽¹⁵⁾.

L'aderire all'una o all'altra opzione interpretativa non è indifferente nel caso di cui ci stiamo occupando. Infatti, se si considera, per gli ambienti di lavoro non sanitari, il Covid-19 un rischio di origine esogena all'organizzazione dell'impresa e si aderisce alla tesi secondo cui i rischi esogeni restano esclusi dalla obbligazione di sicurezza, non si comprende come possa il datore di lavoro imporre una misura come il vaccino ai sensi dell'art. 279, comma 2, se quel rischio non è connesso alla lavorazione.

Se, diversamente, si aderisce alla tesi – che trova un avallo anche nella giurisprudenza di legittimità – per la quale l'obbligazione di sicurezza ricomprenderebbe non solo i rischi endogeni (cioè connessi alla lavorazione e al modello organizzativo) ma anche quelli esogeni, si potrebbe giungere ad affermare che il datore di lavoro sarebbe tenuto ad adottare la misura del vaccino.

A questa conclusione, tuttavia, non si può dare credito in modo così semplice. Infatti, resta dubbia l'idea per la quale si debba ricorrere ad una

(15) G. Natullo, *Covid-19 e sicurezza sul lavoro: nuovi rischi, vecchie regole?*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – n. 413/2020, pp. 12 e ss.

misura specifica (il vaccino, come si presume dalla formulazione letterale dell'art. 279, comma 2, lett. a), per contrastare un rischio che, per quanto il datore di lavoro sia in dovere di tenere in debita considerazione nel DVR, resta pur sempre un rischio non specifico ⁽¹⁶⁾. Il dilemma, in altri termini, riguarda la possibilità di applicare una misura specifica, pensata per un rischio specifico perché connesso alla lavorazione, ad un rischio generico. Su questo fronte, non possiamo non rilevare che il nodo problematico non può che essere affidato alle parti sociali, posto che la costruzione delle misure di sicurezza nel diritto pandemico ha visto la continua concorrenza tra legge e accordi collettivi.

4. Il possibile ruolo dei protocolli e la riserva di legge disposta dall'art. 32 Cost.

Altro nodo critico è la configurabilità dell'obbligo rispetto a quanto disposto dall'art. 32, comma 2 Cost., laddove prevede che «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge». Al momento, sono in molti, come già accennato, a ritenere che non essendovi una legge dello stato che obblighi i cittadini a vaccinarsi, non è possibile ritenere che i lavoratori siano anch'essi obbligati a farlo, soprattutto perché la problematica in esame impone pur sempre il rispetto della dignità umana. L'art. 32, comma 3 Cost., infatti, dispone che «la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana».

Come ha sovente ricordato Stefano Rodotà, il diritto alla salute consacrato nell'art. 32 Cost. «non è più l'assenza di malattia ma è il governo della propria vita in ogni momento», un governo che appartiene alla persona e che amministra con il supporto di un terapeuta per la determinazione di un libero e informato consenso ⁽¹⁷⁾. Pertanto, l'art. 32, comma 3 Cost. ci dice che «c'è qualcosa davanti alla quale lo stesso Parlamento, la stessa sovranità popolare si deve arrestare» ⁽¹⁸⁾. Orbene, posto che è tutto da dimostrare che la somministrazione obbligatoria di un vaccino possa violare il principio sancito al comma 3 ⁽¹⁹⁾, è pur vero che il legislatore non può «girare la testa dall'altra parte e dire che ciascuno se la

⁽¹⁶⁾ Diverso è, invece, per gli ambienti sanitari, in cui il rischio è considerato specifico: in questo caso, la misura specifica del vaccino potrebbe essere applicata.

⁽¹⁷⁾ S. Rodotà, *La dignità della persona*, 14 gennaio 2011, p. 3, *lectio magistralis* tenuta presso la Scuola di cultura costituzionale presso l'Università di Padova.

⁽¹⁸⁾ S. Rodotà, *op. cit.*, p. 9.

⁽¹⁹⁾ A tal proposito, l'Agenzia italiana per il farmaco ha pubblicato un lungo decalogo, che comprende anche gli effetti indesiderati del trattamento, proprio per creare le condizioni affinché il cittadino possa responsabilmente scegliere di sottoporsi al trattamento; cfr. www.aifa.gov.it.

sbrogli così come vuole» (20), perché in gioco non vi è solo l'interesse individuale ma anche quello collettivo, o meglio, di comunità e pertanto un bilanciamento è necessario.

Infatti, ponendo nuovamente l'attenzione sui profili giuslavoristici di questa vicenda, nel tentativo di trovare una connessione con quanto finora detto, non va certamente dimenticato che il trattamento in questione è utile a prevenire possibili infortuni sul lavoro. La norma, che sia imposta dal legislatore o che, diversamente, si ricavi da una lettura sistematica dell'attuale quadro normativo, è quindi dettata per tutelare dagli infortuni i prestatori di lavoro e pertanto, come ha osservato di recente la Suprema Corte, «non [è dettata] soltanto per la tutela dei lavoratori nell'esercizio delle loro attività» ma «anche a tutela dei terzi che si trovino nell'ambiente di lavoro, indipendentemente dall'esistenza di un rapporto di dipendenza con il titolare dell'impresa» (21).

È stato osservato che questo bilanciamento tra interesse collettivo e interesse individuale non può che avvenire attraverso un provvedimento di legge (22). Provvedimento che secondo alcuni (23) sarebbe ad oggi assente nell'ordinamento. Se da un lato è vero che il legislatore non ancora ha determinato per legge un obbligo specifico in tal senso (cioè di vaccinarsi contro il Covid-19), dall'altro è pur vero che vi sono due disposizioni, una generale e una specifica, che impongono al datore di lavoro di adottare specifiche misure per tutelare i lavoratori: l'art. 2087 c.c. e l'art. 279, comma 2 del d.lgs. n. 81/2008. Il primo impone al datore di lavoro l'adozione di tutte le «misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro». Il secondo impone al datore di lavoro di adottare «misure protettive particolari per quei lavoratori per i quali, anche per motivi sanitari individuali, si richiedono misure speciali di protezione, fra le quali (...) la messa a disposizione di vaccini efficaci per quei lavoratori che non sono già immuni all'agente biologico presente nella lavorazione, da somministrare a cura del medico competente». In questa prospettiva, l'obbligo di legge – almeno per gli ambienti di lavoro che presentano profili di rischio specifici – potrebbe essere rintracciato nell'attuale quadro normativo, valorizzando le disposizioni richiamate che possono andare a dare copertura alla riserva di legge posta dalla Costituzione.

A nostro avviso, al fine di comprendere se vi siano ulteriori strade percorribili per il legislatore, anche in coerenza con il quadro normativo che ha caratterizzato tutta la legislazione pandemica, non è possibile trascurare

(20) S. Rodotà, op. cit., p. 9.

(21) Cass. Pen., Sez. IV, 26 febbraio 2019, n.13583.

(22) In questo senso, v. sempre F. Scarpelli, op. cit.; G. Pellacani, op. cit.

(23) F. Scarpelli, op. cit.

quanto disciplinato dai protocolli di sicurezza, perno nella lotta alla diffusione del Covid-19 sin dall'inizio della pandemia (24). Come è ben noto, infatti, è grazie all'intervento delle parti sociali e alla progettazione dei protocolli di sicurezza (il primo, di carattere nazionale, siglato dal Governo e dalle parti sociali il 14 marzo 2020 e poi aggiornato il 24 aprile 2020) che è stato possibile garantire la prosecuzione delle attività produttive tramite l'introduzione di adeguati livelli di protezione per la popolazione lavorativa. Non solo. Il legislatore è intervenuto statuendo altresì, con l'art. 29-bis del d.l. n. 23/2020 (c.d. decreto liquidità), che «i datori di lavoro pubblici e privati adempiono all'obbligo di cui all'articolo 2087 del codice civile mediante l'applicazione delle prescrizioni contenute nel protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del COVID-19 negli ambienti di lavoro, sottoscritto il 24 aprile 2020 tra il Governo e le parti sociali, e successive modificazioni e integrazioni, e negli altri protocolli e linee guida di cui all'articolo 1, comma 14 del d.l. n. 33/2020, nonché mediante l'adozione e il mantenimento delle misure ivi previste» e aggiungendo altresì che «qualora non trovino applicazione le predette prescrizioni, rilevano le misure contenute nei protocolli o accordi di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale», ricordando la presenza di una pluralità di protocolli che i datori di lavoro devono tenere in considerazione al fine di adottare il proprio protocollo, redatto secondo le specifiche peculiarità organizzative dell'azienda.

Attualmente non vi è traccia, tra le misure di sicurezza disciplinate all'interno del Protocollo condiviso del 24 aprile 2020, di un obbligo di somministrare il vaccino "anti-covid19" ai propri lavoratori come *conditio sine qua non* per svolgere la prestazione di lavoro (se non altro l'assenza è dovuta ad una questione di carattere temporale). Tuttavia, non è escluso che se le parti sociali dovessero modificare il Protocollo introducendo l'obbligo della vaccinazione – almeno per i settori dove la contrazione dell'infezione da Covid-19 rappresenti un rischio specifico e quindi connesso al tipo di lavorazione – questa integrazione possa contribuire a dare copertura ad un obbligo di legge. Infatti, attraverso la tecnica del rinvio della legge all'autonomia collettiva, è possibile sostenere che «il Protocollo 24 aprile 2020 obbliga non solo le imprese aderenti alle associazioni imprenditoriali e sindacali che lo hanno sottoscritto, ma anche quelle non aderenti ad alcuna associazione o ad associazioni che non lo hanno sottoscritto, salvo che quest'ultime – essendo comparativamente più rappre-

(24) Per un approfondimento sul ruolo dei Protocolli "anti-contagio", v. G. Benincasa, M. Tiraboschi, *Covid-19: le problematiche di salute e sicurezza negli ambienti di lavoro tra protocolli condivisi e accordi aziendali*, in D. Garofalo, M. Tiraboschi, V. Filì, F. Seghezzi, *Welfare e lavoro nella emergenza epidemiologica, Volume V – Le sfide per le relazioni industriali*, ADAPT e-Book, n. 93, 2020, p. 146 e ss.

sentative sul piano nazionale – abbiano concluso un Protocollo da applicare al settore di cui hanno la rappresentanza» (25). E ciò perché attraverso la tecnica del rinvio della legge alla fonte collettiva il legislatore consegue il risultato pratico dell'efficacia generalizzata dell'atto negoziale (26) senza incorrere in una possibile violazione dell'art. 39 Cost., come sovente ribadito dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale (27). Pertanto, non sarebbe necessario, almeno per ciò che compete l'ambito dei rapporti tra capitale e lavoro, che intervenga il legislatore; basterebbe, infatti, un intervento delle parti sociali che, modificando il Protocollo, renderebbero operativo *ex lege* un obbligo per via del rinvio operato dall'art. 29-bis del d.l. n. 23/2020.

Chi scrive è consapevole che la ricostruzione *de iure condendo* proposta non è immune da qualche criticità giacché propone lo strumento del Protocollo come alternativa allo strumento della legge. La questione presta dunque il fianco ad alcune questioni di legittimità costituzionale, oltre che di opportunità politica, che è bene analizzare.

Procedendo con ordine, la prima questione che potrebbe essere sollevata rispetto a quanto detto è quella relativa alla legittimità costituzionale della scelta di dare corso alla riserva di legge posta dall'art. 32, comma 2 Cost. tramite un atto normativo (l'art. 29-bis del d.l. n. 23/2020) che si limita a recepire quanto previsto in una fonte extra-statuale (il Protocollo del 24 aprile 2020). Questo meccanismo potrebbe collidere con una riserva di legge che molti interpreti considerano *assoluta* e quindi idonea a riservare esclusivamente alla legge il compito di disciplinare una materia, con la conseguenza che le sole fonti secondarie ammissibili sono quelle di stretta esecuzione e non di costituzione di un obbligo. Peraltro, anche laddove

(25) A. Maresca, *Il rischio di contagio da COVID-19 nei luoghi di lavoro: obblighi di sicurezza e art. 2087 c.c. (prime osservazioni sull'art. 29-bis della l. n. 40/2020)*, in *DSL*, 2020, n. 2, p. 4. Sul punto, v. anche A. Tursi, *Rischio Covid-19 e obbligo di sicurezza del datore di lavoro: l'ennesima sfida della pandemia al diritto del lavoro*, in *VTDL*, 2020, n. 3, pp. 849-867, spec. p. 852.

(26) Sul punto la letteratura è ampia; M.V. Ballestrero, *Riflessioni in tema di inderogabilità dei contratti collettivi*, in *RIDL*, 1989, n. 1, p. 357 ss. G. Proia, *Il contratto collettivo fonte e le "funzioni" della contrattazione collettiva*, in *AA. VV., Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro. Foggia-Baia delle Zagare, 25-26 maggio 2001*, Milano, 2002, spec. p. 112 ss. B. Caruso, A. Lo Faro, *Contratto collettivo di lavoro (Voce per un Dizionario)*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – n. 97/2010, definiscono tali rinvii come attribuzione al contratto collettivo di una funzione "paralegislativa". Nella medesima ottica si colloca F. Liso, *Autonomia collettiva e occupazione*, in *DLRI*, 1998, n. 78, p. 191 ss., sostenendo che mediante la devoluzione del potere normativo alla contrattazione collettiva, il legislatore mira proprio ad ottenere discipline efficaci nei confronti di tutti gli appartenenti alla categoria professionale di riferimento, iscritti o meno alle organizzazioni sindacali stipulanti.

(27) Il rapporto di delega tra legge e atto negoziale non colliderebbe con l'art. 39 Cost. perché ha ad oggetto solo alcune materie – e non tutto il contenuto del rapporto di lavoro – e precisamente quelle che «esigono uniformità di disciplina in funzione di interessi generali [da tutelare] connessi al mercato del lavoro» (cfr. C. Cost. 18 ottobre 1996, n. 344).

l'interprete argomenti per ritenere che la riserva di cui all'art. 32, comma 2 Cost. possa essere ritenuta *relativa*, il meccanismo ipotizzato non rispetterebbe il principio della ripartizione di competenze per cui l'atto normativo dovrebbe fissare i principi e la fonte secondaria dovrebbe, invece, dettare disposizioni attuative e integrative (a ciò, si aggiunga che nel caso di specie la normativa secondaria sarebbe incarnata da un atto prodotto da un ordinamento diverso e concorrente con quello dello Stato, cioè l'ordinamento intersindacale).

La seconda questione, che riguarda profili di politica del diritto, potrebbe sorgere in relazione alla scelta del legislatore di affidare un potere normativo su una questione così importante a soggetti (le parti sociali) sui quali non vi è un pieno controllo da parte dello Stato.

Queste riserve, che possono ritenersi fondate, sono tuttavia superabili se si adotta una metodologia di analisi che, oltre a ricostruire l'architettura dell'ordinamento in chiave pluralista, tenga anche conto del fatto che la Costituzione ammette il pluralismo delle fonti nell'ambito delle quali l'interprete deve poterle ricomporre senza violare i principi in essa sanciti. Paradossalmente, per poter superare gli ostacoli posti dalla riserva di legge di cui all'art. 32, comma 2 Cost. è necessario prendere le mosse dall'ultima questione posta: la scelta del legislatore di affidare ad altri soggetti la creazione delle regole.

Fin dall'inizio della pandemia, per affrontare l'emergenza, il legislatore ha compiuto la scelta di responsabilizzare gli «attori del diritto delle relazioni industriali rispetto alla definizione di specifiche misure» volte a contrastare il contagio dei luoghi di lavoro ⁽²⁸⁾. Una scelta mirata non solo a scongiurare che le misure di contrasto potessero scontare «una difficile accettabilità da parte dei lavoratori» ⁽²⁹⁾ se assunte altrove; ma anche perché sono state le stesse parti sociali ad imporsi con il legislatore per la gestione, anche sul piano legislativo, dell'emergenza ⁽³⁰⁾.

Nell'ambito di questa politica del diritto, che necessariamente deve tenere conto di tutte le parti coinvolte, le fonti del diritto non restano “illese” ma quella amministrazione condivisa si ripercuote anche sull'architettura delle regole, generando un quadro di norme eterogeneo e plurale con l'inevitabile conseguenza che ad essere messo in discussione è lo stesso principio gerarchico che governa il rapporto tra diversi atti normativi. In questa prospettiva, potrebbe essere superata l'obiezione in base alla

⁽²⁸⁾ E. Dagnino, *Il sistema delle fonti alla prova della emergenza sanitaria: una prospettiva giuslavoristica e di relazioni industriali*, in D. Garofalo, M. Tiraboschi, V. Filì, F. Seghezzi, *Welfare e lavoro nella emergenza epidemiologica, Volume V – Le sfide per le relazioni industriali*, ADAPT e-Book, n. 93, 2020, p. 69.

⁽²⁹⁾ E. Dagnino, *op. cit.*, p. 69.

⁽³⁰⁾ Sul punto si veda anche la ricostruzione di F. Focareta nella relazione al seminario *COVID-19: fase 2. Principi e tecniche per produrre lavorando in sicurezza*, Università Cattolica del Sacro Cuore di Roma, Freccia Rossa, 15 maggio 2020, che sottolinea come lo spazio di intervento le parti sociali se lo siano guadagnato posizionandosi prontamente sulla materia sia a livello aziendale sia a livello istituzionale.

quale il Protocollo del 24 aprile 2020, una volta aggiornato, non possa comunque spiegare effetti per via della riserva assoluta di legge poiché: a) la fonte che introduce l'obbligo, sebbene di matrice extra-statuale, è già contenuta in un atto avente forza di legge (il d.l. n. 23/2020) che, peraltro, è stato anche convertito in legge ordinaria; b) quell'atto spiegherebbe l'obbligatorietà solo nell'ambito degli ambienti di lavoro, ponendosi come misura specifica di tutela per i lavoratori (e quale strumento più adatto per tale compito se non un accordo collettivo?) ⁽³¹⁾; c) la sua formazione sarebbe caratterizzata in ogni caso da un *iter* che, sebbene non parlamentare, è comunque rispettoso del principio di democraticità che caratterizza tutto l'ordinamento statale.

La Costituzione, infatti, propende per una «nozione ampia di sovranità popolare [...] deducibile dal combinato disposto degli articoli 1, 3, 2° comma, 39 e 40 della Costituzione, che induce alla sicura collocazione del principio di libertà sindacale, così come esso è oggi garantito nel nostro ordinamento, fra quei diritti fondamentali che garantiscono una natura inequivocabilmente pluralista all'assetto istituzionale complessivo» ⁽³²⁾. In altri termini, nel riconoscere attraverso l'art. 39 Cost. la libertà sindacale, l'ordinamento statale non si è impegnato nell'assorbire le «regole del gioco» dell'ordinamento intersindacale al proprio interno (con la conseguenza che gli atti che produce finirebbero nelle strettoie del diritto privato) ma ha dichiarato di voler rispettare «una realtà fattuale» nell'ambito della quale viene esercitata la sovranità popolare dei cittadini (lavoratori) ⁽³³⁾. È con questa visione di fondo che andrebbe riconosciuto il rango di fonte del diritto a quelle forme di «potestà autoregolamentare della società civile» ⁽³⁴⁾ che cooperano anche con il soggetto pubblico ai fini della produzione di norme che spiegano la loro efficacia anche nei confronti di soggetti terzi.

Peraltro, non deve essere d'ostacolo a questo inquadramento l'elencazione tassativa contenuta nell'art. 1 delle preleggi («sono fonti del diritto: 1) le leggi; 2) i regolamenti; 3) [le norme corporative]; 4) gli usi»). Secondo Giuseppe Ferraro, si tratterebbe, infatti, di una tassatività solo apparente poiché essendo quella disposizione «precedente l'emanazione della Costituzione va aggiornata con i nuovi principi e valori che vi sono contenuti»; e i valori che l'ordinamento esprime nella Carta costituzionale pendono per il riconoscimento dell'«idoneità dell'autonomia collettiva ad

⁽³¹⁾ Sull'accordo collettivo come strumento di normazione specifica, v. T. Treu, *Politiche del lavoro e strumenti di promozione dell'occupazione: il caso italiano in una prospettiva europea*, in M. Biagi (a cura di), *Mercati e rapporto di lavoro*, ed. Giuffrè, 1997, p. 13.

⁽³²⁾ S. Liebman, *Contributo allo studio della contrattazione collettiva nell'ordinamento giuridico italiano*, ed. Giuffrè, 1986, p. 90.

⁽³³⁾ S. Liebman, *op. cit.*, p. 93.

⁽³⁴⁾ F. Cafaggi, *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, in PD, 2001, n. 4, pp. 543 e ss.

esprimere valori e regole di condotta secondo obiettivi conformi alle linee di sviluppo dell'ordinamento in generale» (35).

Potremmo concludere, quindi, che è nello spirito e nella *ratio* della Costituzione Italiana che si rinviene una concezione "sociale" del diritto, e cioè il riconoscimento dell'autonomia di diversi ordinamenti (anche preesistenti) la cui giuridicità non è diversa da quella che pervade le norme dell'ordinamento generale. Anzi, quest'ultimo ne contribuirebbe ad aumentare solo il grado di coattività «nel momento in cui [la norma dell'ordinamento particolare] diventa direttamente rilevante per l'ordinamento generale» (36).

Per tutte queste ragioni, il meccanismo sopra delineato potrebbe superare il vaglio di costituzionalità posto da alcuni interpreti.

5. Il ruolo del medico competente

Per la questione di cui ci stiamo occupando, non possiamo trascurare anche il ruolo principe che assume la figura del medico competente (37) il quale, come ricordato anche nel Protocollo 24 aprile 2020, collaborando con il datore di lavoro e con i RLS e RLST può «integrare e proporre tutte le misure di regolamentazione legate al COVID-19» nonché applicare «le indicazioni delle Autorità Sanitarie» (in questo senso un ruolo fondamentale è assunto anche dal Comitato di garanzia e applicazione del protocollo istituito al livello territoriale (38)). A tal proposito, anche sulla scorta di quanto prevede il d.lgs. n. 81/2008 (in particolare l'art. 25), merita ricordare che secondo il Ministero della Salute (39) il medico competente rafforza il proprio ruolo di «"consulente globale" del datore di lavoro» anche nella delicata operazione di contestualizzazione delle diverse misure di sicurezza previste dal Protocollo 24 aprile 2020 da adottare e attuare nel contesto di riferimento in base alle peculiarità organizzative (40), ricordando altresì che «il sistema di prevenzione nazionale ed aziendale realizzati nel tempo offre la naturale infrastruttura per l'adozione di un approccio integrato alla valutazione e gestione del rischio connesso all'at-

(35) G. Ferraro, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, ed. Cedam, 1981, p. 280.

(36) G. Ferraro, *op. cit.*, p. 281.

(37) Cfr. art. 12 del Protocollo di sicurezza condiviso del 24 aprile 2020.

(38) Cfr. art. 13 del Protocollo di sicurezza condiviso del 24 aprile 2020. La centralità e l'importanza di questo organo è confermato anche dalla giurisprudenza (v. [Trib. Treviso, 2 luglio 2020, n. 2571](#), in Bollettino ADAPT 13 luglio 2020, n. 28). Sul punto, v. M. Lai, *Contrasto al Covid-19: è condotta antisindacale violare i protocolli stipulati in materia di salute e sicurezza*, in Bollettino ADAPT 13 luglio 2020, n. 28.

(39) Cfr. circolare 29 aprile 2020, prot. n. 14915.

(40) M. Gallo, *Coronavirus Fase 2 e sorveglianza sanitaria: indicazioni ministeriali*, in *GLav*, 8 maggio 2020, n. 20.

tuale emergenza pandemica» con la conseguenza che l'attività di prevenzione nei luoghi di lavoro ha «un duplice obiettivo: tutela della salute e sicurezza del lavoratore; tutela della collettività».

A tal proposito, merita ricordare infatti che lo stesso medico competente «in considerazione del suo ruolo nella valutazione dei rischi e nella sorveglianza sanitaria, potrà suggerire l'adozione di eventuali mezzi diagnostici qualora ritenuti utili al fine del contenimento della diffusione del virus e della salute dei lavoratori»⁽⁴¹⁾ nonché al fine di intercettare eventuali contagi⁽⁴²⁾ e rafforzare il sistema di informazione (e formazione) verso i lavoratori, con l'obiettivo di renderli consapevoli del rischio da Covid-19 nonché dei comportamenti e delle misure, anche igieniche, da attuare negli ambienti di lavoro.

Tuttavia, però, il vaccino "anti-covid19" non può essere considerato un mezzo diagnostico - come nel caso invece dei tamponi molecolari⁽⁴³⁾ - quanto piuttosto uno strumento di tutela e prevenzione sia per il singolo lavoratore destinatario della misura che per i soggetti terzi. In questa prospettiva, pertanto, il medico competente, a seguito del coordinamento con le Autorità Sanitarie e con il datore di lavoro nella sua funzione di raccordo tra il sistema sanitario nazionale/locale e il sistema aziendale di riferimento, potrebbe decidere di emettere giudizi di idoneità parziale e/o inidoneità temporanee per i lavoratori che rifiutano la vaccinazione solo ad alcune condizioni, tra cui quella di valutare se il rischio può essere ridotto con misure di protezione e/o organizzative alternative e di eguale efficacia nonché a seguito dell'inserimento del rischio da Covid-19 tanto nel DVR, ad opera del datore di lavoro, quanto nel protocollo sanitario, a cura del medico competente.

In questa ottica merita porre particolare attenzione anche alla tematica dei c.d. *soggetti fragili*⁽⁴⁴⁾ per cui il Protocollo 24 aprile 2020 prevede che «il medico competente segnala all'azienda situazioni di particolare fragilità e patologie attuali o pregresse dei dipendenti e l'azienda provvede alla loro tutela nel rispetto della privacy». Fermo restando quanto già detto sopra in merito al rischio specifico/generico da Covid-19 e alla possibilità di rendere obbligatorio il vaccino nonché alle conseguenze che ne

⁽⁴¹⁾ Cfr. art. 12 del Protocollo di sicurezza condiviso del 24 aprile 2020.

⁽⁴²⁾ A tal proposito, si veda la nota SIML 19 aprile 2020 avente ad oggetto *Epidemia Covid-19 – ruolo del Medico competente: richiesta chiarimenti e inserimento di un Medico del Lavoro, scelto tra le società rappresentative (ANMA, SIML, COSIPS), nella Task force FASE 2*, in cui viene sottolineata che anche i medici competenti devono essere messi nelle condizioni di effettuare la propria attività lavorativa in sicurezza ed essere dotati di idonei DPI adeguando altresì gli ambienti in cui effettuare le visite.

⁽⁴³⁾ Cfr. Nota tecnica ad interim, *Test di laboratorio per SARS-CoV-2 e loro uso in sanità pubblica*, aggiornato al 23 ottobre 2020, Ministero della Salute - Istituto Superiore di Sanità.

⁽⁴⁴⁾ Per un approfondimento sul punto v. C. Lazzari, *Ancora a proposito di lavoratori fragili: brevi note sulla Circolare interministeriale 4 settembre 2020, n. 13*, in *DSL*, 2020, n. 2, pp. 131-138.

derivano, anche in questo caso il medico competente assume un ruolo strategico mediante la c.d. pratica di “vaccinazione come raccomandazione” ⁽⁴⁵⁾ per poter svolgere il lavoro in sicurezza e ridurre fortemente il rischio di contrarre malattie infettive e sviluppare gravi complicanze.

6. Il nodo problematico del licenziamento

Che l'eventuale rifiuto del dipendente possa dar luogo ad un'ipotesi di licenziamento è un'ipotesi avanzata da P. Ichino che giustifica tale posizione facendo leva sul fatto che la condotta “negazionista” del lavoratore metterà a rischio la salute di altre persone. Così, quel rifiuto costituirebbe un impedimento oggettivo alla prosecuzione del rapporto di lavoro ⁽⁴⁶⁾. La posizione assunta, in realtà, non pare del tutto peregrina se si tiene in debita considerazione che la recente giurisprudenza di legittimità è protesa a riconoscere al datore di lavoro un grado di responsabilità per non aver garantito la serenità del dipendente rispetto a terzi ⁽⁴⁷⁾. E la risoluzione del contratto di lavoro potrebbe essere una delle soluzioni per non incorrere in questa responsabilità. Ma non è mancata neanche l'opinione di chi immagina come conseguenza del rifiuto la configurazione di un licenziamento di tipo disciplinare ⁽⁴⁸⁾ in quanto la mancata vaccinazione configurerebbe come inadempimento contrattuale ⁽⁴⁹⁾.

La configurazione di un'ipotesi di licenziamento potenzialmente legittima, al momento, sembra essere quella per sopravvenuta inidoneità alla mansione. Infatti, l'art. 42 del d.lgs. n. 81/2008 prevede che il datore di lavoro, sulla base del giudizio e delle indicazioni fornite dal medico competente

⁽⁴⁵⁾ Nell'ambito della medicina del lavoro le vaccinazioni sono classificate in: (1) vaccinazione come requisito di legge, richiesta per svolgere un determinato tipo di lavoro o per determinate categorie di lavoro; (2) vaccinazione come raccomandazione, per poter svolgere il lavoro in sicurezza (in questo caso il compito di verifica è in capo al medico competente); (3) vaccinazione come requisito richiesto dai paesi esteri.

⁽⁴⁶⁾ P. Ichino, op. cit.

⁽⁴⁷⁾ Cass. 4 dicembre 2020, n. 27913. Trattasi di un caso in cui un lavoratore era stato vessato da un altro collega e il datore di lavoro non aveva adottato le giuste misure di precauzione per evitare che si concretizzasse un caso di mobbing.

⁽⁴⁸⁾ Osserva [G. Cazzola, *Il vaccino anti Covid e il licenziamento del dipendente*](#), in www.startmag.it, 2 gennaio 2021, che «il lavoratore potrebbe avere dei buoni motivi, come tali riconosciuti dalla legge o dai protocolli» per rifiutare la somministrazione del vaccino. «Ma solo quelli. Perché, in caso contrario, il datore potrebbe avvalersi del suo potere disciplinare e, alla fine, risolvere il rapporto».

⁽⁴⁹⁾ [P. Iervolino, *Sul licenziamento del dipendente no-vax: «Ignorantia excusati»*](#), in www.paoloiervolino.it, 29 dicembre 2020. L'Autore, tuttavia, osserva che «il lavoratore avrebbe colpa solo se dalle sue azioni, o meglio obiezioni, derivassero effetti sulle altre persone presenti sul luogo di lavoro. Ed un effetto tangibile al momento vi sarebbe solo per gli operatori sanitari, gli unici lavoratori che sappiamo avere la possibilità immediata di vaccinazione. Gli effetti andrebbero invece ad affievolirsi man mano che ci si avvicina alla c.d. immunità di gregge».

ai sensi dell'art. 41 ai fini dell'accertamento dell'idoneità del lavoratore a svolgere la mansione, è tenuto ad adottare le misure elencate «e qualora le stesse prevedano un'inidoneità alla mansione specifica» l'imprenditore deve adibire «il lavoratore, ove possibile, a mansioni equivalenti o, in difetto, a mansioni inferiori garantendo il trattamento corrispondente alle mansioni di provenienza». Tra le misure che si possono adottare, figura quella del vaccino, in particolar modo nei casi in cui il rischio da infezione per Covid-19 figura come rischio specifico (ad esempio, il caso dell'infermiere).

Qualora il lavoratore si dovesse rifiutare e il datore di lavoro non riesca in alcun modo a trovare una posizione lavorativa all'interno dell'organizzazione in cui poter allocare il dipendente, sarebbe legittimo poter recedere dal rapporto di lavoro per inidoneità sopravvenuta. Il tentativo di riallocare il dipendente secondo la regola giurisprudenziale del *repêchage* sconta, tuttavia, un preciso limite: la libertà di organizzazione dell'imprenditore. Infatti, come è stato correttamente rilevato ⁽⁵⁰⁾, questo «obbligo non può ritenersi violato quando l'ipotetica possibilità di ricollocazione del lavoratore nella compagine aziendale non è compatibile con il concreto assetto organizzativo stabilito dalla parte datoriale», sebbene sul datore di lavoro continua a persistere «l'onere di allegare e dimostrare il fatto che rende legittimo l'esercizio del potere di recesso, ossia l'effettiva sussistenza di una ragione inerente all'attività produttiva, l'organizzazione o il funzionamento dell'azienda nonché l'impossibilità di una differente utilizzazione del lavoratore in mansioni diverse da quelle precedentemente svolte» ⁽⁵¹⁾. Tuttavia, in mancanza un obbligo specifico di vaccinazione *ex lege* (e in assenza di una specifica misura contenuta nei protocolli di settore) sembrano continuare a persistere profili di dubbia legittimità tali da inficiare un eventuale licenziamento per inidoneità professionale causata dal rifiuto di un lavoratore di vaccinarsi. In tal senso, pare utile richiamare una recente pronuncia della Corte di Cassazione in cui viene stabilito che poiché «il diritto alla salute ha natura indisponibile il lavoratore non può rifiutare le vaccinazioni purché ciò sia previsto dalla legge» richiamando il principio sancito nell'art. 32 Cost. per cui nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge ⁽⁵²⁾. Un'altra nota sentenza della Suprema Corte ha stabilito che «le misure di sicurezza vanno attuate dal datore di lavoro anche contro la volontà del lavoratore» ⁽⁵³⁾, ritenendo doverosi gli accertamenti sulla salute dei lavoratori in determinati casi specifici, come nel caso delle indagini sulla sieropositività da HIV sui lavoratori impegnati in mansioni che possono comportare rischio di contagio per i terzi, stabilendo che il rifiuto del lavoratore a sottoporsi alla vaccinazione oltre ad avere un rilievo penale in relazione a

⁽⁵⁰⁾ R. Guariniello, op. cit., p. 34.

⁽⁵¹⁾ Cfr. *ex multis*, Cass. 7 marzo 2019, n. 6678.

⁽⁵²⁾ Cass. Pen., Sez. III, 21 gennaio 2005, n. 1728.

⁽⁵³⁾ Cass. Pen., Sez. IV, 5 febbraio 1991, n. 1170.

quanto prevede l'art. 20 del d.lgs. n. 81/2008, impone anche al datore di lavoro l'attivazione di una procedura disciplinare (art. 7, l. n. 300/1970) che in tale fattispecie diventa doverosa ⁽⁵⁴⁾.

In casi simili, tuttavia, il legislatore è intervenuto imponendo un obbligo di legge per la vaccinazione di alcune categorie di lavoratori impegnati nello svolgimento di una determinata attività di lavoro in quanto esposti ad uno specifico rischio biologico, come nel caso del vaccino per il tetano (di cui è stato introdotto l'obbligo con l. 5 marzo 1963, n. 292) o per la tubercolosi (BCG) ai sensi della l. 23 dicembre 2000, n. 388.

Al di là delle questioni legate alla sicurezza nella lavorazione, la problematica del licenziamento rileva anche nel caso in cui il lavoratore, per una propria «convinzione personale» ⁽⁵⁵⁾, possa decidere di non sottoporsi al vaccino (magari perché appartenente ad un movimento culturale e di protesta, quale quello dei *no-vax*). È problematico definire questo rifiuto, se possa essere inquadrato nell'ambito dell'inadempimento contrattuale (dando seguito, come detto, ad una possibile ipotesi di licenziamento disciplinare) oppure se questo costituisca, diversamente, l'esercizio di un diritto costituzionalmente garantito incarnato dalla libertà di pensiero nei luoghi di lavoro ⁽⁵⁶⁾, la cui violazione potrebbe dar luogo ad un'ipotesi di licenziamento nullo perché discriminatorio in quanto mosso esclusivamente nei confronti delle «convinzioni personali» manifestate dal lavoratore ⁽⁵⁷⁾; convinzioni che, invece, possono essere manifestate liberamente, come previsto dagli artt. 1 e 15 St. lav., senza che da queste ne possa derivare alcun tipo di pregiudizio.

7. Brevi note conclusive sulle prospettive evolutive del dibattito

All'esito di questa breve disamina delle questioni che sono emerse nell'ambito del dibattito attorno all'obbligo della vaccinazione per i lavoratori, possiamo concludere che sembra assumere un ruolo dirimente la presenza di una previsione *ex lege* al fine di istituire l'obbligo di vaccinazione senza incorrere in licenziamenti di dubbia legittimità; risulta auspicabile, allora, coerentemente con le argomentazioni esposte (cfr. § 4), che nei prossimi mesi il Governo e le parti sociali aggiornino il Protocollo nazionale condiviso sottoscritto già il 24 marzo 2020, nonché dei relativi protocolli territoriali, settoriali e aziendali.

⁽⁵⁴⁾ In tal senso, v. C. Cost. 2 giugno 1994, n. 218.

⁽⁵⁵⁾ F. Scarpelli, op. cit.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. art. 21 Cost.; art. 1 St. lav.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. art. 15 St. lav.

In tal modo, oltre a un aggiornamento dei protocolli nazionali e aziendali consentirebbe di rendere ancora attuale la disposizione contenuta nell'art. 29-bis del d.l. n. 23/2020 che, in caso contrario, rischierebbe di essere superata da quella "tecnica" richiesta dall'art. 2087 c.c. che impone al datore di lavoro di tenersi aggiornato sui sistemi di sicurezza messi a disposizione dal progresso scientifico.

Questa modifica, peraltro, andrebbe ad armonizzare l'attuale quadro normativo di riferimento che presidia il sistema di tutele contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali. Infatti, non va dimenticato che l'art. 42, comma 2 del d.l. n. 18 del 2020, convertito in l. n. 27 del 2020, prevede che «nei casi accertati di infezione da coronavirus (SARS- CoV-2) in occasione di lavoro, il medico certificatore redige il consueto certificato di infortunio e lo invia telematicamente all'INAIL che assicura, ai sensi delle vigenti disposizioni, la relativa tutela dell'infortunato».

La disposizione, rivolta «ai datori di lavoro pubblici e privati», tutela il lavoratore dalle c.d. affezioni morbose, trattandosi di malattia infettiva, a prescindere dal contesto produttivo in cui opera, necessitando soltanto l'occasione di lavoro come presupposto per poter accedere al sistema di tutele. In questa prospettiva, come precisato anche dall'INAIL nella circolare n. 1 del 3 aprile 2020, la contrazione del Covid-19 è da ricondurre alla nozione di infortunio sul lavoro, anziché a quella di malattia professionale, poiché «l'azione traumatica coincide con il contatto e la penetrazione nell'organismo dell'agente patogeno»⁽⁵⁸⁾. In questo senso, è stato affermato che «la causa virulenta è equiparata a quella violenta»⁽⁵⁹⁾. In altri termini, non è necessario che per ammalarsi di Covid-19 occorra una lunga esposizione all'agente patogeno, essendo sufficiente l'entrata in contatto.

⁽⁵⁸⁾ L. La Peccerella, *Infezione da coronavirus e tutela contro gli infortuni e le malattie professionali*, in *DSL*, 2020, n. 1.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. circolare INAIL 3 aprile 2020, n. 13.

Working Paper SALUS

2021

- n. 1** G. Pigliararmi, G. Benincasa, *Covid-19 e obbligo giuridico di vaccinazione per il dipendente*

2020

- n. 1** L.M. Pelusi, *Nuove competenze per la prevenzione dei rischi nella IV rivoluzione industriale. Da nuovi rischi, nuove professionalità*
- n. 2** M. Tiraboschi, *Esposizione a campi elettromagnetici prodotti da telefoni cellulari, malattia professionale a eziologia multifattoriale, tutele del lavoro*
- n. 3** G. Pigliararmi, *Il 5G e i nuovi ambienti di vita e di lavoro. Quale sfida per il diritto?*