

Vaccini e rapporti di lavoro tra obblighi di sicurezza e diritto all'autodeterminazione**

di Gaetano Natullo*

SOMMARIO: 1. Dall'emergenza all'immunità: il cambio di prospettiva nella prevenzione anti-contagio. – 2. Autodeterminazione *versus* sicurezza del lavoro: gli estremi del dibattito. – 3. Autodeterminazione e solidarietà nella tutela costituzionale. – 4. Sicurezza del lavoro e obbligo vaccinale nella normativa speciale di prevenzione... – 5. (segue) ...E nella normativa previdenziale. – 6. Autodeterminazione e sicurezza del lavoro: un tentativo di ragionevole contemperamento... – 7. ... In attesa di una legge (o dell'"immunità di gregge").

1. Dall'emergenza all'immunità: il cambio di prospettiva nella prevenzione anti-contagio

Come noto, la diffusione della pandemia Covid-19, tra le tante questioni che ha suscitato sul piano tecnico-giuridico, ne ha sollevate diverse ed importanti anche per i giuslavoristi, e per quanto qui interessa anche nell'area della tutela della salute sui luoghi di lavoro, dando la stura ad un ampio ed articolato dibattito a partire sin dall'avvio dell'emergenza (marzo 2020); dibattito ospitato anche su questa rivista¹, e che da qualche tempo si era assestato, anche a seguito dell'intervento legislativo che ha in parte assorbito le preoccupazioni del mondo imprenditoriale circa gli incerti confini della responsabilità datoriale nel caso di contagi sui luoghi di lavoro².

Quella relativa tranquillità è stata però improvvisamente rotta dall'avvio della, pur auspicata, campagna vaccinale. Infatti, una costola del dibattito sollevato dalla presenza di opinioni, seppur minoritarie, contrarie alla somministrazione del

* Gaetano Natullo è professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Università degli Studi del Sannio. natullo@unisannio.it.

** Il saggio è stato preventivamente assoggettato alla procedura di referaggio prevista dalle regole editoriali della Rivista.

¹ Da ultimo P. PASCUCI, A. DELOGU, *L'ennesima sfida della pandemia Covid-19: esiste un obbligo vaccinale nei contesti lavorativi?*, in "Diritto della sicurezza sul lavoro", 2021, n. 1, I, p. 81. In precedenza, v. i numerosi contributi nei nn. 1 e 2 del 2020 e n. 2/2019. Per ulteriori contributi al dibattito, in generale si rinvia a quelli pubblicati da "Labor" (<http://www.rivistalabor.it/>) e "Lavoro Diritti Europa", 2021, n. 1, nonché alle *Conversazioni sul lavoro a distanza, da settembre 2020 a marzo 2021. Virus, stato di eccezione e scelte tragiche*, promosse e coordinate da V.A. POSO. V. anche M. CERBONE, *Vaccinazione anti-Covid, autodeterminazione del lavoratore e riflessi sul rapporto di lavoro*, in "Diritti Fondamentali" (<https://dirittifondamentali.it/>), n. 1/2021, p. 79 ss.

² Art. 29-bis, l. n. 40/2020, su cui, tra gli altri, 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 "Diritto della sicurezza sul lavoro", 2020, n. 2, I.

vaccino, ha riguardato anche i possibili riflessi sui luoghi di lavoro e, di conseguenza, sui rapporti di lavoro.

La questione assume anche profili nuovi e diversi rispetto a quelli “classici” della sicurezza sul lavoro: infatti, nel nuovo dibattito a venire in rilievo, più che il versante dei confini dell’obbligo datoriale (di sicurezza) nei confronti dei lavoratori, è quello dell’obbligo dei lavoratori di tutelare la propria e altrui salute nei luoghi di lavoro; obbligo che, per così dire, costituisce il rovescio della medaglia del diritto degli stessi lavoratori alla sicurezza del lavoro³. Ed anche con riguardo ai riferimenti costituzionali, la questione si differenzia: infatti, nella tradizionale contrapposizione tra il primo comma dell’art. 32, da un lato, e l’art. 41 della Costituzione, dall’altro lato, si inserisce il secondo comma dell’art. 32 Cost., in combinato disposto con l’art. 2 della Carta costituzionale, con tutte le complesse questioni relative al diritto all’autodeterminazione del singolo cittadino⁴, costringendo dunque gli addetti ai lavori ad ulteriori sforzi interpretativi, dovendosi inoltrare su terreni comprensibilmente assai complessi e delicati.

2. Autodeterminazione versus sicurezza del lavoro: gli estremi del dibattito

La questione, come noto, consegue alla mancata previsione per via legislativa di un espresso obbligo alla vaccinazione contro il Covid-19. Il Governo, infatti, ha ritenuto opportuno, anche in ragione del particolare contesto, della particolare celerità con cui sono stati elaborati i vaccini e delle perplessità su effettiva efficacia e possibili effetti collaterali, limitarsi alla politica di una robusta *moral suasion*.

Con riguardo ai contesti lavorativi, la questione si è tradotta in termini di possibili riflessi sugli obblighi di sicurezza datoriale e le relative misure di prevenzione anti-contagio, nonché sui correlati obblighi “in prevenzione” del lavoratore, allargandosi inevitabilmente e più in generale agli obblighi sottesi al contratto di lavoro ed alle relative norme civilistiche. Tale specifico contesto normativo, infatti, induce a valutazioni diverse circa la sussistenza o meno di un obbligo vaccinale nei contesti lavorativi, con possibili importanti conseguenze sugli stessi rapporti di lavoro.

Il dibattito è stato aperto da alcuni iniziali interventi, radicalmente schierati per la possibilità di desumere dal quadro normativo esistente l’obbligo del datore

³ M. CORRIAS, *Sicurezza e obblighi del lavoratore*, Torino, Giappichelli, 2009; M. MARTINELLI, *I lavoratori*, in G. NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, Torino, Utet, 2015, p. 623.

⁴ V. A. BARBERA, *Art. 2*, in *Commentario della Costituzione* fondato da Giuseppe Branca e continuato da Alessandro Pizzorusso, Bologna-Roma, Zanichelli, 1975, p. 50 ss.; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Parte generale, III ed., Padova, Cedam, 2003; A. BALDASSARRE, voce *Diritti inviolabili*, in “Enciclopedia Giuridica Treccani”, XI, Roma, 1989; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, Torino, Giappichelli, 2002; S. MANGIAMELLI, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, Relazione al IV Laboratorio Sublacense su “*La comunità familiare e le scelte di fine vita*” – Abbazia di Santa Scolastica – Subiaco, 3-5 luglio 2009, in forumcostituzionale.it.

di lavoro di richiedere (o per meglio di “pretendere” dal lavoratore) la vaccinazione quale misura di prevenzione “massima”, allo stato delle conoscenze tecnico-scientifiche, contro il virus SARS-CoV-2. Ciò, in base sostanzialmente al combinato disposto dell’art. 2087 c.c. (e del conseguente principio della Massima Sicurezza Tecnologica) con alcune disposizioni del d.lgs. n. 81/2008, generali (artt. 18, 20), e specifiche (art. 279); facendone conseguire l’obbligo del lavoratore di adottare tale misura di prevenzione (e dunque sottoporsi alla somministrazione del vaccino), e le relative conseguenze sul rapporto di lavoro, fino alla possibile risoluzione dello stesso⁵.

La questione presenta profili di estremo interesse, dal momento che, in buona sostanza, gli ambienti di lavoro, ed i rapporti giuridici sottostanti, relativamente ad una questione di primaria importanza come quella di cui si discute e che coinvolge diritti fondamentali della persona, si differenzierebbero in maniera decisiva dagli ambienti “esterni”, così come i cittadini/lavoratori dai cittadini *tout court*. Il che induce evidentemente a maneggiare con la massima cautela norme coinvolte e principi fondamentali sottesi.

3. Autodeterminazione e solidarietà nella tutela costituzionale

Nel percorso ricostruttivo, è inevitabile partire dalle norme della Costituzione, in primo luogo l’art. 32 Cost., ed i relativi principi coinvolti.

Il dibattito generale sull’obbligatorietà dei vaccini è risalente e troppo articolato per poter seriamente approfondirlo in questa sede⁶. Ci si limita pertanto a richiamarne alcuni snodi che paiono rilevanti ai nostri fini.

Sull’obbligo vaccinale, e la relativa riserva di legge prevista dal citato art. 32, comma 2, Cost., il Giudice delle leggi ha avuto modo di pronunciarsi in più occasioni, anche in tempi relativamente recenti⁷. Premessa la indiscussa rilevanza

⁵ Tra i primi P. ICHINO, *Il dovere di vaccinarsi di fonte contrattuale*, in <https://www.pietroichino.it/>, 2021; Id., *Perché e come l’obbligo di vaccinazione può nascere anche solo da un contratto di diritto privato*, in “Lavoro Diritti Europa”, 2021; R. GUARINIELLO, *Sorveglianza sanitaria: vaccino obbligatorio per i lavoratori?*, in “Diritto e pratica del lavoro”, 2021, p. 31.

⁶ Rinviando per approfondimenti, tra gli altri, a L. PEDULLÀ, *Profili costituzionalistici in materia di vaccinazioni: uno sguardo comparatistico*, in “Federalismi”, <https://federalismi.it/>, Osservatorio di diritto sanitario, 25 luglio 2018; C. MAGNANI, *I vaccini e la Corte costituzionale: la salute tra interesse della collettività e scienza nelle sentenze 268 del 2017 e 5 del 2018*, in <https://www.forumcostituzionale.it/>, 12 aprile 2018; A. MAZZITELLI, *Il ragionevole dubbio in tema di vaccinazioni obbligatorie*, in “Federalismi”, https://federalismi.it, Osservatorio di diritto sanitario, 15 novembre 2017; A. IANNUZZI, *L’obbligatorietà delle vaccinazioni a giudizio della Corte costituzionale fra rispetto della discrezionalità del legislatore statale e valutazioni medico-statistiche*, in <https://www.giurcost.org/>, n. 1, 2018; A.A. NEGRONI, *Articolo 32 della Costituzione e superamento delle vaccinazioni obbligatorie*, in “Rassegna Quaderni Costituzionali”, n. 2, 2020; A. MORELLI, *Vaccini obbligatori: le questioni aperte*, in “BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto”, n. 2, 2017.

⁷ Tra le tante: Corte cost., 14-22 giugno 1990, n. 307; Corte cost., 20-23 giugno 1994, n. 258; Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85; Corte cost., 16-26 aprile 2012, n. 107; Corte cost., 18 gennaio 2018, n. 5; Corte cost., 23 giugno 2020, n. 118. Per tutti, v. M. CARTABIA, *La giurisprudenza*

del diritto individuale di ciascun cittadino (e dunque anche del cittadino lavoratore) alla libera autodeterminazione terapeutica, per l'appunto sottesa alla riserva di legge costituzionale, la Corte costituzionale ha, da un lato, circoscritto confini e parametri del possibile intervento "costrittivo" del legislatore, ma, dall'altro lato, non ha trascurato di riempire di contenuti anche gli interventi di quest'ultimo che, non assumendo il carattere dell'imposizione obbligatoria, puntano agli stessi obiettivi attraverso il percorso di un, per così dire, "convincimento rafforzato".

Delle argomentazioni della Corte vanno in primo luogo tenute in debito conto quelle che evidenziano i profili collettivi e solidaristici sottesi alla tutela costituzionale dell'art. 32.

In tale ottica, infatti, la riserva di legge dell'art. 32 Cost., comma 2 privilegia evidentemente il versante individuale della tutela, ponendo un limite all'imposizione dei trattamenti sanitari necessari alla tutela del singolo, nel rispetto del suo diritto alla autodeterminazione, restando per così dire in secondo piano il profilo dell'interazione della salute personale con quella degli altri individui.

Laddove, proprio il versante collettivo del diritto alla salute non può non essere tenuto in primaria considerazione, ai fini delle più specifiche questioni che qui interessano: *"la tutela del singolo deve necessariamente contemperarsi con la tutela della salute della collettività, in questo senso anche legandosi con il principio di solidarietà dell'art. 2 Cost. E, dunque, implica inoltre il bilanciamento di tale diritto con il dovere di tutelare il diritto dei terzi che vengono in necessario contatto con la persona per attività che comportino un serio rischio, non volontariamente assunto, di contagio"*⁸.

Venendo alla questione che qui ci occupa, tali considerazioni paiono particolarmente pertinenti, se si considera che nei luoghi di lavoro, anche in virtù dell'"incrocio" con la specifica normativa di prevenzione, il versante "collettivo-solidaristico" della tutela costituzionale della salute appare particolarmente

costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione, in "Quaderni Costituzionali", 2012, p. 455 ss.

Con riferimento al dibattito giuslavoristico che ci occupa, v. sul punto P. PASCUCI, A. DELOGU, *L'ennesima sfida della pandemia Covid-19*, cit., p. 87 ss.; A. DE MATTEIS, *Art. 32 della Costituzione: diritti e doveri in tema di vaccinazione anti-Covid*, in *Conversazioni sul lavoro a distanza*, cit.; M. CERBONE, *Vaccinazione anti-Covid*, cit.

⁸ Corte cost., 2 giugno 1994, n. 218. In tema cfr. M. COSULICH, *La salute fra diritto dell'individuo e interesse della collettività: la questione della responsabilità individuale nella sanità*, in <http://www.provincia.bz.it/>; C. COLAPIETRO, *La valutazione costi benefici nei trattamenti sanitari obbligatori: il bilanciamento tra gli interessi del singolo e quelli della collettività*, in AA.VV., *Vaccinazioni: obblighi o libertà?*, in www.luimo.org.

Sulla specifica questione che qui ci occupa, cfr. da ultimo L. ZOPPOLI, *Obblighi vaccinali e obbligazioni contrattuali*, intervento al webinar *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro ai tempi del Covid 19*, Catanzaro, 12 marzo 2021, in corso di pubblicazione.

rilevante. Si consideri solo, sul punto, la formulazione degli artt. 2, comma 1, lett. *n* e 15 comma 1, lett. *b*⁹, nonché quella dell'art. 20 del d.lgs. 81/2008¹⁰.

Altro elemento da considerare attiene al “metodo” utilizzato per la campagna vaccinale (legge/raccomandazione): se infatti è innegabile che l'imposizione per legge dell'obbligo vaccinale sia assistita da una *vis* indiscutibile, nondimeno proprio il Giudice delle leggi ha avuto occasione di evidenziare che la “raccomandazione” alla vaccinazione assume una rilevanza anche superiore a quella normalmente propria: “*Sebbene la raccomandazione «esprima maggiore attenzione all'autodeterminazione individuale [...] e, quindi, al profilo soggettivo del diritto fondamentale alla salute» (art. 32, primo comma, Cost.), lo scopo perseguito è pur sempre mirato a ottenere un beneficio per la salute collettiva e non solo individuale. [...] Ferma la differente 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*”¹¹.

Tali affermazioni, pur rapportate allo specifico contesto di espressione, non possono però non avere un peso specifico anche ai fini del dibattito che ci occupa in questa sede. Ciò, soprattutto in considerazione di quanto poc'anzi evidenziato circa gli specifici profili “collettivo-solidaristici” della tutela della salute nei luoghi di lavoro.

4. Sicurezza del lavoro e obbligo vaccinale nella normativa speciale di prevenzione...

Venendo agli ambienti di lavoro, occorre, dunque, esaminare le specifiche disposizioni che, anche sulla scorta del dibattito sviluppatasi, possono venire il rilievo ai fini della soluzione della questione.

Punto di partenza ineliminabile, l'art. 2087 c.c. Contenuti e profili interpretativi ed applicativi della norma sono noti e consolidati e non è certo questa

⁹ L'art. 2, comma 1, lett. *n*, del d.lgs. n. 81/2008 definisce la «prevenzione» come: *il complesso delle disposizioni o misure necessarie anche secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, per evitare o diminuire i rischi professionali nel rispetto della salute della popolazione e dell'integrità dell'ambiente esterno.*

L'art. 15, comma 1, lett. *b*, d.lgs. n. 81/2008 prevede la programmazione della prevenzione, mirata ad un complesso che integri in modo coerente nella prevenzione le condizioni tecniche produttive dell'azienda nonché l'influenza dei fattori dell'ambiente e dell'organizzazione del lavoro.

¹⁰ Art. 20, comma 1, del d.lgs. n. 81/2008: “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”.

¹¹ Corte cost., 23 giugno 2020, n. 118. Sul punto, nella prospettiva giuslavoristica, A. DE MATTEIS, *Art. 32 della Costituzione*, cit.; P. PASCUCCI, A. DELOGU, *L'ennesima sfida della pandemia Covid-19*, cit., p. 104 ss.

la sede per ripercorrerli¹². Ci si limita, ai nostri fini, solo a ricordarne alcuni tratti essenziali.

In primo luogo, il carattere “bifrontale” dell’obbligo di sicurezza sotteso alla norma codicistica. Le innovazioni legislative del 1994 (d.lgs. n. 626/1994) e del 2008 (d.lgs. n. 81/2008) hanno dato nuovo impulso ad una concezione “pubblicistica” dell’obbligo di sicurezza, conseguente alla considerazione della tutela della salute sui luoghi di lavoro come obiettivo ed interesse di carattere pubblico-generale, in questo senso direttamente riconducibile alla tutela costituzionale dell’art. 32 Cost. Allo stesso tempo, però, la funzione protettiva della norma nel contratto e nel rapporto di lavoro continua ad essere rilevante per la magistratura, come nel caso delle tutele contro le condotte mobbizzanti o ai fini del riconoscimento della legittimità dei comportamenti di autotutela del prestatore di lavoro che si astiene dalla prestazione di lavoro pericolosa¹³.

In secondo luogo, l’estrema latitudine dell’obbligo di sicurezza, come noto derivante dalla sua illuminata formulazione e dai parametri utilizzati (“esperienza” e “tecnica”). Con ciò fungendo da fondamento al principio della c.d. Massima Sicurezza Tecnologica¹⁴.

Infine, anche perché da alcuni richiamato pure nell’ambito del dibattito sull’obbligo vaccinale¹⁵, la tutela rivolta al profilo della “personalità morale” del lavoratore. Come già ricordato, è infatti nell’obbligo di sicurezza del datore di lavoro, *ex art. 2087 c.c.*, nella parte che fa riferimento alla tutela della “personalità morale” oltre che fisica del lavoratore, che la giurisprudenza ha rinvenuto le ragioni per affermare la responsabilità del datore di lavoro – diretta o indiretta e solidale – in fattispecie come le molestie (anche sessuali) e più in generale contro le vessazioni sul lavoro ed il *mobbing*¹⁶.

Per tutti questi motivi, l’art. 2087 c.c. certamente risulta essenziale anche ai fini della questione dell’obbligo vaccinale.

Passando dal principio generale sull’obbligo di sicurezza alle disposizioni specifiche del d.lgs. n. 81/2008, le norme sul punto principalmente richiamate sono gli artt. 18, 20, 28-29, nonché quelle specifiche sugli agenti biologici (titolo X artt. 272 ss.).

Come noto l’art. 18 del d.lgs. n. 81 articola gli obblighi fondamentali di prevenzione di cui è onerato il datore di lavoro (ed il dirigente). Tra questi, e sulla

¹² Sia consentito sul punto il rinvio, da ultimo, a G. NATULLO, *Ambiente di lavoro e tutela della salute*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 10 ss.

¹³ Tra le tante, Cass. civ., sez. lavoro, 7 giugno 2013, n. 14468; Cass. civ., sez. lavoro, 9 maggio 2005, n. 9576, entrambe in <https://olympus.uniurb.it/>; Cass. civ., sez. lavoro, 19 gennaio 2016, n. 836; Cass. civ., sez. lavoro, 1° aprile 2015, n. 6631, entrambe in <https://dejure.it/>.

¹⁴ Su cui ancora G. NATULLO, *Ambiente di lavoro*, cit., p. 17 ss.

¹⁵ P. PASCUCCI, A. DELOGU, *L’ennesima sfida della pandemia Covid-19*, cit., p. 93.

¹⁶ Cass. civ., sez. lavoro, 17 luglio 1995, n. 7768, in “Massimario di Giurisprudenza del lavoro, 1995, p. 561; Cass. civ., sez. lavoro, 18 aprile 2000, n. 5049, in “Massimario di Giurisprudenza del lavoro”, 2000, p. 773; Cass. civ., sez. lavoro, 28 marzo 2018, n. 7097, in <https://olympus.uniurb.it/>; M. D’APONTE, *La tutela della salute del lavoratore dopo il Jobs Act*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 17 ss.

scorta della Valutazione di tutti i rischi in azienda: *fornire ai lavoratori i necessari e idonei dispositivi di protezione individuale; richiedere l'osservanza da parte dei singoli lavoratori delle disposizioni aziendali in materia di sicurezza e di igiene del lavoro, di uso dei mezzi di protezione collettivi e dei dispositivi di protezione individuali messi a loro disposizione*. Le disposizioni sulla Valutazione dei Rischi prevedono poi che quest'ultima “[...] deve essere immediatamente rielaborata, nel rispetto delle modalità di cui ai commi 1 e 2, in occasione di modifiche del processo produttivo o della organizzazione del lavoro significative ai fini della salute e sicurezza dei lavoratori, o in relazione al grado di evoluzione della tecnica, della prevenzione o della protezione. [...] A seguito di tale rielaborazione, le misure di prevenzione debbono essere aggiornate”.

Ancora più specificamente, con riguardo alla prevenzione del contagio Covid-19, il titolo X del d.lgs. n. 81/2008, relativo ai rischi derivanti dagli agenti biologici (artt. 266 ss.), ed in particolare l'art. 279, che obbliga il datore di lavoro a mettere a disposizione vaccini efficaci per i lavoratori non già immuni ad eventuali agenti biologici presenti nella lavorazione, da somministrare a cura del medico competente¹⁷.

In merito, va pure ricordato che la direttiva europea n. 2020/739, recepita in Italia con l'art. 4 del d.l. n. 125 del 2020¹⁸, convertito dalla legge n. 159 del 2020, ha espressamente incluso il SARS-CoV-2 tra gli agenti biologici “pericolosi” da cui vanno protetti i lavoratori esposti.

Sulle disposizioni sopra richiamate, in combinato disposto con l'art. 2087 c.c., si fondano dunque le tesi sulla sussistenza dell'obbligo aziendale di tutelare i lavoratori dai rischi di contagio disponendo, e richiedendo, la vaccinazione. Percorso argomentativo completato con il ricorso alla norma (art. 20 del d.lgs. n. 81/2008) che impone al lavoratore di “*prendersi cura della propria salute e sicurezza e di quella delle altre persone presenti sul luogo di lavoro, su cui ricadono gli effetti delle sue azioni o omissioni, conformemente alla sua formazione, alle istruzioni e ai mezzi forniti dal datore di lavoro*” nonché di “*osservare le disposizioni e le istruzioni impartite dal datore di lavoro, dai dirigenti e dai preposti, ai fini della protezione collettiva ed individuale*”. Norma per la quale, una volta ritenuta necessaria, e dunque prevista e disposta dal datore di lavoro, la vaccinazione quale misura di prevenzione “massima tecnologicamente possibile”, il lavoratore non potrebbe rifiutarsi dall'adeguarsi.

Con le conseguenze derivanti sia ai sensi della normativa speciale che di quella sul contratto di lavoro (ed in generale sui contratti), in ultima analisi giustificando anche un'ipotesi di licenziamento¹⁹.

¹⁷ V. L. PELUSI, *Tutela della salute dei lavoratori e COVID-19: una prima lettura critica degli obblighi datoriali*, in “Diritto della sicurezza sul lavoro”, 2019, n. 2, I, p. 123 ss. (anche se prima delle modifiche del 2020).

¹⁸ Con conseguente aggiornamento anche del titolo X del d.lgs. n. 81/2008 e relativi allegati.

¹⁹ Tra gli altri, P. ICHINO, *Il dovere di vaccinarsi*, cit.; R. GUARINIELLO, *Sorveglianza sanitaria*, cit. Cfr. G. PELLACANI, *La vaccinazione contro il Coronavirus (SARS-Cov-2) negli ambienti di lavoro tra norme generali in tema di prevenzione e tutela della salute e sicurezza, disciplina emergenziale per la pandemia COVID-19 e prospettive di intervento del legislatore*, in “Lavoro Diritti Europa”, n. 1, 2021; O. MAZZOTTA, *Vaccino anti-Covid e rapporto di lavoro*, ivi.

5. (segue) ...ed in quella previdenziale

Va considerata, ai fini della questione, anche la posizione assunta dall'Inail in merito sia, nella prima fase della pandemia, al rapporto tra il “rischio” Covid-19 e le tutele previdenziali contro gli infortuni sul lavoro sia, da ultimo, al rapporto tra quelle tutele e l'obbligo vaccinale.

Sul primo punto, come noto, l'Inail ha chiarito che il rischio di contagio da Covid-19, ai fini delle tutele previdenziali, costituisce un rischio specifico “professionale” solo in alcuni ambienti di lavoro, in particolare quelli sanitari per i relativi operatori (nonché per quelli in cui i lavoratori sono a costante contatto con il pubblico e l'utenza), *considerata appunto la elevatissima probabilità che gli operatori sanitari vengano a contatto con il nuovo coronavirus*; derivandone da ciò la presunzione di infortunio “in occasione di lavoro” nel caso di contagio; laddove negli altri ambienti di lavoro va considerato (solo) un rischio “generico-aggravato”²⁰, che purtuttavia non esclude la prova, per quanto ardua, del nesso eziologico tra eventuale contagio ed “occasione di lavoro”.

Se tale indirizzo risulta, oltre che condivisibile, esaustivamente argomentato, non altrettanto può dirsi circa le posizioni espresse nella nota di “istruzione operativa” del 1° marzo 2021, relativa al caso del rifiuto di vaccinarsi di alcuni infermieri dell'Ospedale Policlinico di Genova²¹.

Anche in questo caso le argomentazioni dell'ente previdenziale vertono sostanzialmente, per opportuna competenza, sulla valutazione della condotta del lavoratore ed i suoi effetti in ordine alla tutela antinfortunistica ed alla responsabilità datoriale.

Sul punto l'Inail conclude, richiamando i consolidati orientamenti su condotta negligente e/o colposa del lavoratore *versus* rischio elettivo, nel senso che comunque *sotto il profilo assicurativo, per giurisprudenza consolidata il comportamento colposo del lavoratore, tra cui rientra anche la violazione dell'obbligo di utilizzare i dispositivi di protezione individuale, non comporta di per sé, l'esclusione dell'operatività della tutela prevista dall'assicurazione.[...] Non appare nemmeno ipotizzabile nel caso del rifiuto di vaccinarsi l'applicazione del concetto di “rischio elettivo”*.

Del ragionamento seguito dall'Inail si condividono nella sostanza le conclusioni; meno le argomentazioni, specie nella parte in cui, sia pure incidentalmente, affronta specificamente la questione dell'obbligo vaccinale. Sul punto, l'ente si limita infatti ad affermare che, per un verso, *non si rileva allo stato dell'attuale legislazione in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, un obbligo specifico di aderire alla vaccinazione da parte del lavoratore*; che, per altro verso, e

²⁰ INAIL, circ. n. 13/2020, su cui tra gli altri, S. GIUBBONI, *Covid-19: obblighi di sicurezza, tutele previdenziali, profili riparatori*, in “WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona.it”, n. 417, 2020”, pp. 5-9; G. LUDOVICO, *Sicurezza e infortuni sul lavoro nel rischio da contagio da covid-19: profili di responsabilità e di tutela previdenziale*, in corso di stampa in “Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale”, n. 2, 2021.

²¹ Su cui A. DE MATTEIS, *Infermieri che rifiutano il vaccino anti-Covid: dove l'Inail sbaglia*, in *Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi*, cit.

sulla scorta della riserva di legge di cui all'art. 32, comma 2 Cost., [...] *il rifiuto di vaccinarsi, configurandosi come esercizio della libertà di scelta del singolo individuo rispetto ad un trattamento sanitario, ancorché fortemente raccomandato dalle autorità, non può costituire una ulteriore condizione a cui subordinare la tutela assicurativa dell'infortunato.*

Orbene, sul punto il ragionamento seguito dall'Inail appare troppo assertivo, e non considera la complessità ed articolazione del dibattito. A parziale giustificazione di tale stringatezza si può però valutare l'ambito di competenza dell'ente previdenziale; nel senso che, come già per le valutazioni in termini di classificazione del rischio SARS-CoV-2 e dei relativi effetti sulla copertura previdenziale²², anche in questo caso le argomentazioni dell'Inail sono funzionali a circoscrivere l'ambito di copertura delle tutele assicurative e, in quest'ottica, l'ente ha dato ampia dimostrazione di adottare criteri interpretativi estensivi piuttosto che restrittivi. Ed a tal fine si limita a prendere atto della esistente riserva di legge costituzionale.

Venendo alla parte più strettamente relativa alla copertura assicurativa, come detto, si concorda nella sostanza con l'affermazione dell'Inail che esclude la sussistenza del c.d. "rischio elettivo"²³ (come noto, l'unico caso nel quale può venir meno la copertura assicurativa per il lavoratore): l'Inail, infatti, conclude che anche nel caso di omessa vaccinazione *il rischio di contagio non è certamente voluto dal lavoratore e la tutela assicurativa opera se e in quanto il contagio sia riconducibile all'occasione di lavoro, nella cui nozione rientrano tutti i fatti, anche straordinari ed imprevedibili, inerenti l'ambiente, le macchine, le persone, compreso il comportamento dello stesso lavoratore, purché attinenti alle condizioni di svolgimento della prestazione.*

Ed invero, anche nel caso in cui si dovesse ritenere sussistente un obbligo alla vaccinazione (v. *infra*), e nella misura in cui tale obbligo rientra negli obblighi di prevenzione (sicurezza del lavoro), non si vede perché ci si dovrebbe discostare dai consolidati orientamenti richiamati dall'Inail, secondo i quali, per l'appunto, la condotta negligente del lavoratore o anche una sua colposa omissione (delle previste misure di prevenzione) non integra gli estremi del c.d. "rischio elettivo" e non esclude pertanto la copertura previdenziale²⁴.

Tanto più nel caso di specie, in cui il datore di lavoro dovrebbe ritenersi onerato di un dovere di controllo "rafforzato" sul corretto adempimento degli obblighi del lavoratore (la vaccinazione) ed un eventuale conseguente "*culpa in vigilando*" non sembra agevole da superarsi²⁵.

²² Su cui la citata circolare n. 13/2020.

²³ Contra invece A. DE MATTEIS, *Infermieri che rifiutano il vaccino*, cit.

²⁴ Concordano in tal senso P. PASCUCCI, A. DELOGU, *L'ennesima sfida della pandemia Covid-19*, cit., p. 83.

²⁵ In tal senso rilevano specialmente le lettere *f* (...*richiedere l'osservanza da parte dei singoli lavoratori delle norme vigenti, nonché delle disposizioni aziendali in materia di sicurezza e di igiene del lavoro e di uso dei mezzi di protezione collettivi e dei dispositivi di protezione individuali messi a loro disposizione*); e *bb* (*vigilare affinché i lavoratori per i quali vige l'obbligo di sorveglianza sanitaria non siano adibiti alla mansione lavorativa specifica senza il prescritto giudizio di idoneità*), dell'art. 18, comma 1, del d.lgs. n. 81/2008 (*obblighi del datore di lavoro e del dirigente*).

6. *Autodeterminazione e sicurezza del lavoro: un tentativo di ragionevole contemperamento...*

A questo punto possiamo cercare di tirare le fila e argomentare specifiche considerazioni sulla questione principale che ci occupa, pur condividendo appieno “[...] *la doverosa consapevolezza scientifica che, per la complessità del tema, potrebbe alimentare più dubbi che certezze*”²⁶.

In primo luogo, pare impossibile affermare la sussistenza di un generale onnicomprensivo obbligo a vaccinarsi per tutti i lavoratori. Vero è infatti che nel caso degli ambienti di lavoro intervengono le disposizioni generali e specifiche sopra richiamate (l’art. 2087, le disposizioni del d.lgs. n. 81/2008); vero è però anche che a tali disposizioni si contrappone il serio ostacolo costituito dalla norma che direttamente correla le misure dei Protocolli sociali alla piena attuazione dell’art. 2087 c.c.²⁷; disposizione che, come noto, è stata emanata proprio per dare “certezza del diritto” e conseguenti risposte alle crescenti preoccupazioni delle aziende sugli incerti limiti dell’obbligo di sicurezza relativamente al rischio-contagio sul lavoro, per le possibili responsabilità da inosservanza di eventuali misure “innominate” ulteriori rispetto a quelle concordate con le Parti sociali e validate anche dal Governo.

Ebbene, se è vero che la citata norma “...*non può sterilizzare sine die l’operatività dell’art. 2087 c.c. quale norma di chiusura del sistema...*” è però anche vero che sminuirne la portata²⁸ significa sostanzialmente negare ogni valenza al predetto intervento del legislatore. In ogni caso, anche superando l’ostacolo dell’art. 29-bis della l. n. 40/2020, non pare possibile rinvenire nell’art. 2087 c.c. “la legge” attuativa nei luoghi di lavoro della riserva di cui all’art. 32 Cost.²⁹

Né a quella conclusione, almeno in generale e per tutti i lavoratori, si può giungere facendo leva sulle citate disposizioni specifiche del d.lgs. n. 81, ed in particolare quelle del titolo X sugli agenti biologici (spec. art. 279) in combinato disposto con le norme sulla Valutazione dei rischi (artt. 18, 28). Da quelle disposizioni, infatti, come del resto da più parti rilevato, si può desumere al massimo un obbligo datoriale a “rendere disponibile” il vaccino, ma non ad imporne la somministrazione al lavoratore alla stregua di un obbligatorio DPI³⁰.

²⁶ P. PASCUCCI, A. DELOGU, *L’ennesima sfida della pandemia Covid-19*, cit., p. 83.

²⁷ Art. 29-bis della l. n. 40/2020.

²⁸ Cfr. 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; R. RIVERSO, *L’obbligo del vaccino anti Covid*, cit., p. 11.

²⁹ Cfr. sul punto le posizioni di C. CESTER, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l’opinione di Carlo Cester*, in “Labor. Il lavoro nel diritto” (<http://www.rivistalabor.it/>), 23 gennaio 2021, p. 1; O. MAZZOTTA, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l’opinione di Oronzo Mazzotta*, in “Labor. Il lavoro nel diritto” (<http://www.rivistalabor.it/>), 28 gennaio 2021, p. 2; V. FERRANTE, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l’opinione di Vincenzo Ferrante*, in “Labor. Il lavoro nel diritto”, (<http://www.rivistalabor.it/>), 22 gennaio 2021; P. PASCUCCI, A. DELOGU, *L’ennesima sfida della pandemia Covid-19*, cit., p. 82 ss.

³⁰ P. PASCUCCI, A. DELOGU, *ibidem*.

Proprio la norma appena citata, però, ci consente di articolare meglio il ragionamento: se infatti si concorda, per le ragioni suesposte, sulla inesistenza di un obbligo generale, per così dire *tout court*, dei datori di lavoro di imporre la vaccinazione, ed un correlato obbligo dei lavoratori di ottemperare, allo stesso tempo non pare possibile “chiudere” in maniera così *tranchante* la questione, ma invece opportuno e necessario differenziare argomentazioni e conclusioni con riguardo ai differenti ambiti lavorativi.

In questo senso si ritiene utile partire dalla distinzione operata dall’Inail, e sopra ricordata, tra ambienti (e lavoratori) a rischio professionale “presunto” ed ambienti (e lavoratori) a rischio generico, sia pure “aggravato”. Vero è che la distinzione dell’Inail opera squisitamente sul piano previdenziale, nondimeno sembra possibile trarne utili argomentazioni.

Nel primo caso (ambienti a rischio professionale presunto) le citate disposizioni del d.lgs. n. 81/2008 assumono un rilievo diverso. Se, infatti, il rischio contagio è rischio professionale, anche le modifiche alla normativa, europea ed italiana, sulla prevenzione dei rischi biologici inducono a dare maggior peso alle disposizioni del titolo X del d.lgs. n. 81/2008, e tra queste al citato art. 279. Ciò porterebbe anche al superamento dell’ostacolo rappresentato dall’art. 29-*bis* della l. n. 40/2020, potendosi intendere quella norma riferita (esclusivamente) all’obbligo generale di sicurezza dell’art. 2087 c.c. ed alle misure “innominate”, ma non invece alle disposizioni specifiche (“nominate”) della legislazione tecnica (come appunto il titolo X del d.lgs. n. 81/2008), in tal caso applicabili.

Ed ancora, in tale area, in particolare quella medico-sanitaria, rilevano anche le disposizioni più squisitamente attinenti alla disciplina del contratto di lavoro ed ai requisiti professionali del prestatore di lavoro³¹, dal combinato disposto (delle disposizioni del titolo X) con le quali si potrebbe desumere dunque un obbligo (vaccinale) al contempo operante su entrambe le parti del rapporto di lavoro: per il datore di lavoro, come obbligo di apprestare le necessarie ed opportune misure a tutela dei propri lavoratori, da un lato, e dei cittadini-utenti, dall’altro lato (art. 18 del d.lgs. n. 81/2008)³²; come obbligo per ciascun lavoratore, ai sensi dell’art. 20 del d.lgs. n. 81/2008 ma anche in relazione all’art. 2104 c.c. (diligenza del lavoratore)³³.

Infine, sarebbero più incisive in quest’area anche le letture del principio costituzionale che evidenziano il profilo “collettivo-generale” della tutela costituzionale e le “raccomandazioni” alla vaccinazione.

³¹ Cfr. G. PELLACANI, *La vaccinazione contro il Coronavirus (SARS-Cov-2) negli ambienti di lavoro tra norme generali in tema di prevenzione e tutela della salute e sicurezza, disciplina emergenziale per la pandemia COVID-19 e prospettive di intervento del legislatore*, in “Lavoro Diritti Europa”, n. 1, 2021; O. MAZZOTTA, *Vaccino anti-Covid e rapporto di lavoro*, *ivi*.

³² Il tutto attraverso la “mediazione” del medico competente, necessaria anche ai fini del rispetto della privacy, come dalle recenti indicazioni del Garante. In merito, v. le approfondite riflessioni di P. PASCUCI, A. DELOGU, *L’ennesima sfida della pandemia Covid-19*, *cit.*, p. 107 ss.

³³ Cfr. L. ZOPPOLI, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l’opinione di Lorenzo Zoppoli*, in “Labor. Il lavoro nel diritto”, (<http://www.rivistalabor.it/>), 22 gennaio 2021.

Negli altri settori (a rischio generico aggravato), non potendosi invece desumere un tale obbligo né sul piano generale né su quello contrattuale, la questione sembra doversi porre in termini diversi: valutandone cioè la possibile incidenza sulla idoneità/utilità del lavoratore e della sua prestazione rispetto all'assetto organizzativo dell'azienda.

La distinzione potrà risultare più chiara spostandoci sul piano delle possibili conseguenze sul rapporto di lavoro in caso di rifiuto alla vaccinazione.

Nel primo caso, sussistendo un obbligo alla vaccinazione, quel presupposto potrebbe rilevare anche sul piano contrattuale, e dunque la sua inosservanza potrebbe integrare un inadempimento, anche “notevole” (ai sensi art. 3, della l. n. 604/1966) in ragione della sua importanza ai fini prevenzionali e degli effetti che ne possono conseguire (per lo stesso lavoratore, per i suoi colleghi, per l'utenza) e potrebbe comportare l'adozione di provvedimenti disciplinari, forse anche il licenziamento³⁴.

Ciò, salvo evidentemente le ipotesi in cui sussistano specifiche esimenti (di carattere medico: ad es. comprovate intolleranze ai farmaci); nel qual caso la questione vira, in termini “organizzativi”, verso l'inidoneità al lavoro e le possibili conseguenze, su cui vedi *infra*.

Nei settori a rischio “generico aggravato”, non potendosi, come detto, ricavare l'esistenza di un obbligo a vaccinarsi per i lavoratori, il rifiuto a vaccinarsi potrebbe comportare conseguenze su di un diverso piano: pur non assumendo rilevanza disciplinare, può infatti ripercuotersi sull'assetto organizzativo dell'azienda, in rapporto alla prestazione di quel lavoratore. Vero è, infatti, che, anche in assenza di vaccini, in tutto questo periodo si è ritenuta possibile la prestazione (nei settori/periodi in cui le attività sono state consentite), previa adozione delle misure di precauzione/prevenzione previste dal Governo e dai Protocolli sociali; ma è altrettanto vero che queste misure certamente (e, dovrebbe dirsi, auspicabilmente) non garantiscono la stessa “sicurezza” dei vaccini in termini di efficacia prevenzionale; in secondo luogo, comportano notevoli “complicazioni” organizzative (distanziamento, dispositivi di protezione, etc.). Peraltro, non va nemmeno sottaciuta un'ulteriore complicazione, costituita da una possibile “incompatibilità ambientale” tra il/i (presumibilmente pochi) lavoratori e lavoratrici non vaccinati e tutti gli altri (presumibilmente la assoluta maggioranza) e che, come noto agli addetti ai lavori, pure si può riverberare sull'organizzazione aziendale.

In definitiva, in tali casi il rifiuto alla vaccinazione, come peraltro da più parti segnalato, quantomeno si potrà tradurre in una “inidoneità”, relativa, al lavoro, alla quale, come noto, il datore di lavoro potrà e dovrà rimediare con apposite idonee misure organizzative (relative al quel rapporto di lavoro ed a quella prestazione)³⁵; ma solo e nella misura in cui ciò sia compatibile con l'assetto organizzativo “dato”

³⁴ Cfr. anche C. CESTER, *Dibattito istantaneo*, cit.; V. FERRANTE, *Dibattito istantaneo*, cit.

³⁵ Cfr. V. FERRANTE, cit.

dell'azienda. Il che non pare agevole, se non ricorrendo al lavoro a distanza (agile o telelavoro), sempre laddove (per l'azienda) possibile. Residuando altrimenti la misura più radicale del licenziamento per motivo oggettivo: misura certo estrema, ma non per questo impossibile³⁶.

Anche in questo caso, diversa valutazione dovrà essere riservata ai lavoratori "giustificati" dalle predette esimenti medico-sanitarie. Questi infatti, andrebbero forse equiparati, almeno temporaneamente e fino alla immunità di gregge, ai lavoratori "svantaggiati" (più che ai lavoratori fragili³⁷), con applicazione delle tutele del caso, sia nel rapporto che nel mercato del lavoro.

7. ... In attesa di una legge (o dell'"immunità di gregge")

Come da iniziale avvertenza, conclusioni e argomentazioni espresse in questo contributo, al pari delle altre, sono espresse comunque a tutte le incertezze derivanti dalla mera constatazione, riassumibile utilizzando le parole dell'INPS, che: *"non si rileva allo stato dell'attuale legislazione in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, un obbligo specifico di aderire alla vaccinazione da parte del lavoratore. [...] In materia di trattamenti sanitari opera, tra l'altro, la riserva assoluta di legge di cui all'articolo 32 della Costituzione [...]"*.

È pertanto evidente che l'unico modo per risolvere definitivamente le incertezze su una questione così seria e dalle ripercussioni così rilevanti è un specifico intervento del legislatore che chiarisca se e/o quando (per quali settori) sussiste l'obbligo vaccinale per i lavoratori.

Peraltro, l'attuale emergenza sanitaria potrebbe anche giustificare un intervento legislativo che preveda l'obbligatorietà del vaccino, generale o per ambiti specifici, tenendo conto delle indicazioni della Corte costituzionale sul contemperamento tra la tutela dell'interesse del singolo e la tutela dell'interesse della collettività; ciò anche in considerazione delle gravissime ripercussioni sulle condizioni economiche, e dunque inevitabilmente esistenziali, di rilevante parte dei cittadini, come pure su altri diritti fondamentali della persona (primo tra tutti la libertà personale).

L'unica alternativa per risolvere la questione sarebbe infatti attendere il raggiungimento della tanto desiderata "immunità di gregge". Ma, anche in quel caso, si tratterebbe comunque di una soluzione non definitiva, certamente non sul piano tecnico-giuridico.

³⁶ V. S. BELLOMO, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l'opinione di Stefano Bellomo*, in "Labor. Il lavoro nel diritto", (<http://www.rivistalabor.it/>), 23 gennaio 2021.

³⁷ Cfr. M. VERZARO, *Abundans cautela non nocet. A (s) proposito del c.d. licenziamento per mancata vaccinazione anti-coronavirus*, in "Federalismi", <https://federalismi.it>, n. 6, 2021, p. 280.

Abstract

Il contributo interviene nel dibattito sull'obbligo vaccinale nel rapporto di lavoro. L'autore, partendo dalla ricostruzione dei profili costituzionali e lavoristici del dibattito, anche nei riflessi previdenziali, propende per una differenziazione tra i settori a maggiore incidenza del rischio-contagio (medico-sanitario) e gli altri, in ogni caso rilevando la possibilità di conseguenze importanti sui rapporti di lavoro nel caso di rifiuto di vaccinazione.

The article deals with the debate on the vaccination obligation in labour relationship. The Author, starting from the frame of constitutional and labour aspects of the debate, including social security repercussions, argues for a differentiation between sectors with a higher incidence of contagion-risk (medical-health) and other sectors, noting the option of significant consequences on labour relationships in case of refusal of vaccination.

Parole chiave

Salute, lavoro, pandemia, vaccino, obblighi

Keywords

Health, labour, pandemic, vaccine, obligations