



Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit.

La posizione del lavoratore che rifiuta il vaccino e i profili di responsabilità del datore di lavoro^{**}

di Sabato Rozza*

SOMMARIO: 1. Autorizzazione “condizionata” dei vaccini contro COVID-19 ed esigenze di farmacovigilanza. L’oggetto dell’indagine. – 2 La libertà di autodeterminarsi al trattamento sanitario dell’individuo e del lavoratore. L’obbligo di vaccinarsi dell’esercente le professioni sanitarie e dell’operatore d’interesse sanitario. – 3. La posizione del lavoratore che non risulti d’interesse sanitario. *Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*: sull’inesistenza di un obbligo di vaccinazione derivante dalla legge o dal contratto. – 4. Segue. Il contenuto dell’obbligo di sicurezza del datore di lavoro: la massima sicurezza tecnologicamente possibile in una accezione costituzionalmente orientata. L’art. 2087 del codice civile e i profili di responsabilità dell’imprenditore. – 5. La posizione degli esercenti le professioni sanitarie e degli operatori d’interesse sanitario. Il quadro precedente all’entrata in vigore dell’art. 4 del d.l. n. 44 del 2021. – 6. La posizione degli esercenti le professioni sanitarie e degli operatori d’interesse sanitario. Il quadro successivo all’entrata in vigore dell’art. 4 del d.l. n. 44 del 2021. – 7. Conclusioni.

1. Autorizzazione “condizionata” dei vaccini contro COVID-19 ed esigenze di farmacovigilanza. L’oggetto dell’indagine

Come è noto, il 21 dicembre del 2020¹ è stato oggetto di autorizzazione *condizionata*² all’immissione in commercio il farmaco “Comirnaty - Vaccino a mRNA contro COVID-19 (modificato a livello dei nucleosidi)” prodotto

* Sabato Rozza è Dottorando di ricerca in Diritto del lavoro – Università di Roma “La Sapienza”. sabato.rozza@uniroma1.it

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

¹ Decisione di esecuzione della Commissione del 21 dicembre 2020 che concede a norma del regolamento (CE) n. 726/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio l’autorizzazione condizionata ad immettere in commercio il “Comirnaty - Vaccino a mRNA contro COVID-19 (modificato a livello dei nucleosidi)”, un medicinale per uso umano.

² L’uso del vaccino sugli esseri umani è, per ora, stato oggetto di una autorizzazione “condizionata”, ai sensi del regolamento (CE) n. 507/2006 della Commissione del 29 marzo 2006 relativo all’autorizzazione all’immissione in commercio condizionata dei medicinali per uso umano che rientrano nel campo d’applicazione del regolamento (CE) n. 726/2004, art. 14 *bis* del Parlamento europeo e del Consiglio.

Si ritiene in sostanza che “*i benefici per la salute pubblica derivanti dalla disponibilità immediata sul mercato del medicinale in questione dovrebbe (...) superare il rischio inerente al fatto che occorranza ancora dati supplementari*”.

dall'azienda PfizerBioNTech, in anticipo rispetto ai vaccini delle aziende Moderna³ e AstraZeneca.

In genere, prima di ottenere l'autorizzazione all'immissione in commercio (c.d. AIC) in uno o più Stati membri, un medicinale per uso umano va sottoposto a studi approfonditi, volti a garantirne la sicurezza, l'elevata qualità e l'efficacia di impiego per la popolazione destinataria (cfr. dir. 2001/83/CE e reg. CE n. 726/2004)⁴.

Tuttavia, nel caso dei vaccini da utilizzare in risposta alla pandemia causata dal nuovo coronavirus SARS-Cov-2⁵, si è reso necessario “concedere AIC basate su dati meno completi di quelli normalmente richiesti e subordinate ad obblighi specifici” (cfr. reg. CE n. 507/2006), in quanto:

- a) il rapporto rischio/beneficio del medicinale è risultato positivo;
- b) appare probabile che le aziende farmaceutiche richiedenti potranno, in futuro, fornire dati clinici completi;
- c) i medicinali rispondono ad esigenze mediche insoddisfatte;
- d) i benefici per la salute pubblica derivanti dalla disponibilità immediata sul mercato dei vaccini in questione superano il rischio inerente al fatto che occorrono dati supplementari⁶.

Le AIC aventi ad oggetto i vaccini contro COVID-19 hanno una efficacia limitata nel tempo⁷, sono rinnovabili⁸ e sono assoggettate alla condizione risolutiva che i richiedenti, entro una certa data, completino o intraprendano determinati studi “per risolvere qualsiasi dubbio relativo alla qualità, alla sicurezza e all'efficacia del prodotto” (c.d. farmacovigilanza)⁹.

Ciononostante, i vaccini contro COVID-19 devono essere considerati farmaci sicuri e potrebbero svolgere una funzione preventiva del contagio¹⁰, in quanto le procedure comunitarie di autorizzazione semplificata dei medicinali sono comunque preordinate ad innalzare i livelli di tutela della salute¹¹.

³ Decisione di esecuzione della Commissione del 6 gennaio 2021 per “COVID-19 Vaccine Moderna - Vaccino a mRNA contro COVID-19 (modificato a livello dei nucleosidi)”.

⁴ Direttiva 2001/83/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e regolamento (CE) n. 726/2004.

⁵ Art. 2 del regolamento (CE) n. 507/2006 della Commissione.

⁶ Art. 4 del regolamento (CE) n. 507/2006 della Commissione.

⁷ Art. 4 della decisione di esecuzione della Commissione del 21 dicembre 2020.

⁸ Art. 6 del regolamento (CE) n. 507/2006 della Commissione.

⁹ L'AIC del “Comirnaty” ha efficacia per un anno, è rinnovabile ed è subordinata alla condizione che l'azienda Pfizer-BioNTech, entro il mese di dicembre 2023, completi o intraprenda determinati studi (Cfr. All. II lett. E della decisione di esecuzione della Commissione del 21.12.2020).

¹⁰ Cfr. Sentenza del Tribunale di Belluno del 19 marzo 2021, in “Guida al lavoro”, n. 16/2021, pp. 30-32, con nota di C. PISANI, *Rifiuto del vaccino e ferie forzate per gli operatori sanitari in attesa del decreto-legge*.

¹¹ Considerando n. 2 della dir. 2001/83/CE in base al quale “lo scopo principale delle norme relative alla produzione, alla distribuzione e all'uso di medicinali deve essere quello di assicurare la tutela della sanità pubblica”.

Le procedure semplificate rendono più rapido l'accesso al farmaco proprio perché i benefici derivanti dalla disponibilità del medicinale superano i rischi derivanti dall'incompletezza dei dati.

Pertanto, a partire dal 27 dicembre 2020, è stata avviata in Italia una campagna vaccinale che, per il raggiungimento dell'immunità di gregge, in un primo momento si è affidata al senso di responsabilità della popolazione, libera di aderire o meno¹², e poi, a partire dal 1° aprile del 2021, si è fatta forte dell'introduzione, ad opera del legislatore, di un obbligo di immunizzazione per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario che svolgono la loro attività nelle strutture sanitarie, socio sanitarie e socio assistenziali, pubbliche e private, nelle farmacie, parafarmacie e negli studi professionali¹³.

L'avvio delle operazioni di vaccinazione non ha lasciato indifferenti gli studiosi del diritto della sicurezza sul lavoro, i quali si sono confrontati attorno ad alcune questioni che, in questa sede, si cercherà di ricostruire.

Gli stessi, infatti, si sono anzitutto domandati se esista, in capo a tutti i lavoratori, un obbligo di prestare il consenso alla vaccinazione.

Conseguentemente si sono chiesti se l'imprenditore, responsabile della sicurezza dei dipendenti e dei terzi nei locali in cui si svolge la sua attività, possa allontanare l'obiettore vaccinale, destinandolo ad una diversa mansione, rifiutandone la prestazione o addirittura, intimandogli, il licenziamento¹⁴.

Hanno poi cercato di definire il contenuto dell'obbligo di garanzia (art. 40 c.p.) che grava in capo al datore di lavoro.

Ed infine hanno tentato di circoscrivere i profili di responsabilità del titolare di un'attività produttiva nei confronti dei suoi dipendenti e dei terzi clienti o utenti.

2. La libertà di autodeterminarsi al trattamento sanitario dell'individuo e del lavoratore. L'obbligo di vaccinarsi dell'esercente le professioni sanitarie e dell'operatore d'interesse sanitario

Per rispondere ai quesiti posti bisogna anzitutto chiarire se il lavoratore sia titolare di un diritto fondamentale o di libertà (art. 32 Cost.)¹⁵ o se, invece, abbia l'onere di vaccinarsi.

L'art. 32 della Costituzione riconosce a ciascun individuo il *diritto fondamentale alla salute* (art. 32, comma 1) e la *libertà di curarsi*, disponendo che nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario (art. 32, comma 2).

Mentre il diritto alla salute si sostanzia in una pretesa che ha per contenuto l'obbligo di *fare* degli altri (lo Stato, il datore di lavoro, la P.A.), la libertà di curarsi si sostanzia invece in una pretesa che ha per contenuto l'obbligo degli altri di *non fare* e garantisce che non vi siano interferenze diverse da quelle legislative nelle scelte concernenti la propria condizione sanitaria.

¹² Art. 1, comma 457 ss., della l. n. 178 del 30 dicembre 2020.

¹³ Art. 4 del d.l. n. 44/2001.

¹⁴ Così P. ICHINO, *Vaccino anti-Covid: può il datore di lavoro imporlo e, in caso di rifiuto, licenziare il lavoratore?*, in "Il Quotidiano Giuridico", 8 gennaio 2021.

¹⁵ F. MODUGNO, P. CARNEVALE, A. CELOTTO, C. COLAPIETRO, M. RUOTOLO, G. SERGES, M. SICLARI, F. RIMOLI, *Diritto pubblico*, Torino, Giappichelli Editore, 2017, p. 654 ss.

La Corte costituzionale ha chiarito che è certamente possibile, in situazioni di particolare gravità, che si renda necessario un contemperamento del diritto alla salute del singolo (anche nel suo contenuto di *libertà* di cura) con il coesistente e reciproco diritto degli altri e con l'interesse della collettività, ma tale contemperamento richiede il filtro di una *disposizione di legge* e “lascia spazio alla discrezionalità del legislatore nella scelta delle modalità attraverso le quali assicurare una prevenzione efficace dalle malattie infettive¹⁶”.

Nell'attuale scenario pandemico il legislatore avrebbe dunque potuto optare, con riferimento alla generalità della popolazione, per la *tecnica dell'obbligatorietà della vaccinazione*, “diminuendo¹⁷” il diritto di libertà di tutti con una “disposizione di legge” adottata entro “i limiti imposti dal rispetto della persona umana”.

Invece, lo stesso legislatore ha introdotto una importante distinzione tra la generalità della popolazione (anche lavoratrice) e gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori d'interesse sanitario e, per la prima categoria di persone, ha optato per la *tecnica della raccomandazione della vaccinazione*, la quale esprime maggiore attenzione per l'autodeterminazione individuale, anche se è pur sempre indirizzata allo scopo di ottenere la migliore salvaguardia della salute come interesse (anche) collettivo¹⁸.

Se ne deve dedurre che, per espressa volontà legislativa, ciascun individuo conserva oggi la *libertà di farsi (e non farsi) vaccinare* contro la malattia causata dal nuovo coronavirus SARS-COV-2 (art. 32 Cost.) e che solo gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario sono obbligati ad acconsentire al trattamento (art. 4 del d.l. n. 44/2021).

Alcuni Autori¹⁹, invece, sulla scorta di quanto affermato dalla giurisprudenza costituzionale, hanno sostenuto che il lavoratore, a differenza di ogni altro individuo, sia titolare di una *posizione soggettiva minore* della specie dell'*onere di vaccinarsi*, inteso come condizione di accesso al posto di lavoro e mantenimento dello stesso, perché la salute “implica ... 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 contagio²⁰”.

¹⁶ Corte costituzionale 18 gennaio 2018, n. 5, in www.giurcost.org

¹⁷ L'espressione è di Corte costituzionale 14 dicembre 2017, n. 268, in www.giurcost.org

¹⁸ Ivi.

¹⁹ Così Corte costituzionale 2 giugno 1994, n. 218, in www.giurcost.org; nonché C. CESTER, *Dibattito istantaneo su vaccini anti Covid e rapporto di lavoro: l'opinione di C. Cester*, in www.rivistalabor.it, 25 gennaio 2021, p. 2; S. BELLOMO, *Dibattito istantaneo su vaccini anti Covid e rapporto di lavoro: l'opinione di S. Bellomo*, ivi, 25 gennaio 2021, p. 1. Più cauti P. PASCUCCI E A. DELOGU, *L'ennesima sfida della pandemia Covid-19: esiste un obbligo vaccinale nei contesti lavorativi?*, in questa Rivista, n. 1, 2021, I, pp. 81-117, che pure ravvisano in capo al lavoratore l'onere di vaccinarsi nei soli settori in cui, però, sia applicabile il titolo X del d.lgs. n. 81/2008.

²⁰ Questa argomentazione, infatti, fu utilizzata dalla Corte costituzionale n. 218 del 1994 per dichiarare l'illegittimità dell'art. 5, terzo e quinto comma, della legge 5 giugno 1990, n. 135 “nella parte in cui non prevede(va) accertamenti ... dell'assenza di sieropositività all'infezione da HIV come condizione per l'espletamento di attività che comportano rischi per la salute dei terzi”.

Questa tesi, se, in seguito all'entrata in vigore del d.l. n. 44/2001, acquista pregio con riferimento agli esercenti le professioni sanitarie e agli operatori di interesse sanitario, con riferimento al resto della popolazione lavoratrice risulta indebolita perché, in assenza della disposizione *di legge* di cui parla l'art. 32 della Costituzione, pretende di comprimere una libertà che, essendo funzionale al pieno sviluppo della personalità, dovrebbe essere invece tutelata anche nelle formazioni sociali in cui l'individuo si esprime (art. 2 Cost.).

Essa, inoltre, evoca un problema di bilanciamento di diritti che, per espressa indicazione metodologica della giurisprudenza richiamata, non si pone indiscriminatamente in tutti gli ambienti di lavoro, ma presuppone – in ragione di un substrato legislativo lacunoso²¹ – che siano individuati specifici settori²² nei quali “esista ... *un serio rischio non volontariamente assunto* di contagio”.

La legislazione emergenziale, invece, soprattutto dopo l'entrata in vigore della disposizione che obbliga gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori d'interesse sanitario alla vaccinazione (art. 4 del d.l. n. 44/2021), non esibisce lacune involontarie e predispone, nei differenti contesti produttivi, un quadro di misure variamente articolate, con relativi meccanismi di monitoraggio ed aggiornamento²³, stabilendo chiaramente che il rispetto di quelle misure consente il prosieguo delle attività in condizioni di sicurezza sia per i lavoratori che per i terzi, a prescindere dai risultati della campagna vaccinale²⁴.

3. *La posizione del lavoratore che non risulti d'interesse sanitario.* Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit: *sull'inesistenza di un obbligo di vaccinazione derivante dalla legge o dal contratto*

Al pari di tutti gli altri individui, anche il lavoratore che non risulti d'interesse sanitario, pertanto, è titolare della libertà di autodeterminarsi al trattamento *salvo diversa disposizione di legge* e non ha l'obbligo di prestare il consenso alla vaccinazione (artt. 32 Cost. e 2 Cost.).

In verità, secondo un Autore²⁵, pur in assenza *una disposizione di legge* che, per la generalità della popolazione lavoratrice, imponga il trattamento sanitario, sarebbe possibile far discendere l'obbligo di prestare il consenso alla vaccinazione

²¹ La sentenza della Corte costituzionale richiamata è una sentenza additiva che muove proprio dal presupposto dell'incompletezza della l. n. 135/1990.

²² Ed infatti nel senso della libertà limitabile solo per espressa volontà del legislatore si esprimono le successive sentenze della Corte costituzionale n. 5/2018 e n. 137/2019, cit.

²³ Cfr. Protocollo del 6 aprile 2021.

²⁴ Cfr. Art. 1, commi 14 e 15, del d.l. n. 33/2020.

²⁵ Questo sembra affermare P. ICHINO, *Vaccino anti-Covid*, cit.

Secondo l'Autore, “pur in assenza di una legge che la renda obbligatoria” ... ciò consentirebbe “a un imprenditore” di “richiedere la relativa vaccinazione come misura di sicurezza ai propri dipendenti che abbiano l'effettiva possibilità di sottoporvisi” ... “senza che sia violato l'art. 32 della Costituzione”.

direttamente dal contratto di lavoro²⁶, per il fatto che esso vincola le parti non solo a quanto espressamente disposto, ma anche a quanto previsto dalla legge (art. 1374 c.c.) ed in particolare dal combinato disposto degli artt. 2087 c.c. e 20 del d.lgs. n. 81/2008, che, specularmente, obbligano il datore di lavoro ad applicare in azienda le cautele corrispondenti alla massima sicurezza tecnologicamente possibile ed il lavoratore ad accettarle.

In quest'ottica il rifiuto a vaccinarsi del lavoratore potrebbe rappresentare un inadempimento contrattuale, al pari del rifiuto di una qualsiasi misura di sicurezza, ed integrare una giusta causa o un giustificato motivo soggettivo di licenziamento²⁷.

La tesi è estremamente suggestiva ma postula che il consenso al trattamento sanitario che, ai sensi dell'art. 32 della Costituzione, permette di fare a meno della *disposizione di legge* impositiva dell'obbligo possa essere quello prestato al momento della sottoscrizione della scheda negoziale, con accettazione delle conseguenze legali del contratto.

Tale consenso, però, oggetto d'impegno preliminare, non sarebbe libero, incondizionato, revocabile ed informato²⁸ e dovrebbe, perciò, essere considerato invalido.

La vaccinazione, pertanto, sarebbe arbitrariamente prescritta dall'imprenditore quale cautela necessaria per la tutela della salute della popolazione aziendale²⁹ e l'esigenza di legalità manifestata dall'art. 32 della Costituzione sarebbe aggirata perché il sacrificio del diritto di libertà del lavoratore sarebbe preteso (a pena di recesso dal rapporto) non solo in assenza di una *disposizione di legge* ma anche in assenza di un consenso validamente espresso.

Ecco perché, la maggior parte degli Autori³⁰, data per assodata l'inesistenza di un obbligo a vaccinarsi in capo alla generalità della popolazione lavoratrice, ha preferito collocare la vicenda dell'eventuale rifiuto non sul piano dell'inadempimento contrattuale, ma su quello, differente, delle sopravvenienze.

Questi Autori sostengono che la mancata immunizzazione possa determinare, in concreto, l'inefficienza alle mansioni (art. 1256 c.c.) e giustificare – anche senza l'intervento del medico competente – *prima* la sospensione, ad opera del datore, dell'obbligazione lavorativa e di quella retributiva, e *poi*, stante il perdurare di quella sospensione, l'estinzione del rapporto (art. 1464 c.c. e art. 41

²⁶ P. ICHINO, *Vaccino anti-Covid*, cit., secondo il quale “è un errore assai diffuso quello di pensare che i diritti assoluti della persona siano, in quanto tali, invariabilmente sottratti all'autonomia negoziale della persona stessa e così anche F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2005.

²⁷ P. ICHINO, *Vaccino anti-Covid*, cit.

²⁸ Art. 7 GDPR.

²⁹ In questo senso A. MARESCA, *Dibattito istantaneo su vaccini anti Covid e rapporto di lavoro: l'opinione di A. Maresca*, in www.rivistalabor.it, 25 gennaio 2021 p. 1; R. ROMEI, *Dibattito istantaneo su vaccini anti Covid e rapporto di lavoro: l'opinione di R. Romei*, ivi, 25 gennaio 2021, p. 2; O MAZZOTTA, *Dibattito istantaneo su vaccini anti Covid e rapporto di lavoro: l'opinione di O Mazzotta*, ivi, 25 gennaio 2021, p. 2; PERULLI, *Dibattito istantaneo su vaccini anti Covid e rapporto di lavoro: l'opinione di A. Perulli*, ivi, 25 gennaio 2021, p. 1; A. POSO, *Dibattito istantaneo su vaccini anti Covid e rapporto di lavoro: l'opinione di A. Poso*, ivi, 25 gennaio 2021, p. 3.

³⁰ A. MARESCA, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit. p. 4.

Cost.), in quanto la natura discriminatoria del licenziamento sarebbe esclusa dall'esistenza di un motivo economico.

Ci si deve però domandare se chi esercita la libertà di non farsi vaccinare non continui ugualmente ad essere, per legge, idoneo a lavorare in condizioni di sicurezza per sé e per gli altri e, comunque, se la condizione dell'obiettore, in quanto determinata da una causa imputabile allo stesso debitore (art. 1256, comma 1 c.c.), possa giustificare l'esercizio delle facoltà previste per il caso d'impossibilità parziale *ratione temporis* (art. 1464 c.c.).

Inoltre, dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 44/2021, si potrebbe sostenere che *lex ubi voluit dixit, ubi noluit tacuit* e che, pertanto, in assenza di una disposizione di legge che "diminuisca" il diritto del lavoratore, l'imprenditore non potrebbe esercitare nessuna forma di ingerenza nella sfera di libertà del prestatore³¹, né imponendo l'immunizzazione né disponendo il mutamento delle mansioni verso il basso, la collocazione in CIG, la sospensione del rapporto senza retribuzione o il licenziamento, perché gli riserverebbe un trattamento peggiore³² per aver posto in

³¹ Gli atti dell'imprenditore riserverebbero al lavoratore un trattamento peggiore in base alle sue convinzioni personali e potrebbero indurlo - per il timore del demansionamento, della sospensione del rapporto, della collocazione in CIG o del licenziamento - a rinunciare alla sua libertà

L'esigenza di garantire i diritti di libertà nel rapporto di lavoro è stata molto spesso enunciata dalla Corte costituzionale, specialmente con riferimento al diritto alla maternità.

La sentenza della Corte costituzionale 8 febbraio 1991, n. 61, in www.giurcost.org, ad esempio, nel "dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 2 della l. 30 dicembre 1971, n. 1204, nella parte in cui prevede(va) la temporanea inefficacia anziché la nullità del licenziamento intimato alla donna lavoratrice nel periodo di gestazione e di puerperio" ben evidenzia come, a fronte di un diritto alla costituzionalmente garantito dagli artt. 37 e 2 della Costituzione, il riconoscimento in capo al datore di lavoro di un qualche potere organizzativo con riguardo alla posizione della lavoratrice in stato di maternità e non giustificato da esigenze di tutela della sua persona potrebbe indurre "la lavoratrice" ..., per il timore di subire il licenziamento, "a rinunciare ad avvalersi delle misure di tutela per lei predisposte ed in particolare di quelle che la legge rimette alla sua libertà di scelta".

³² Ai sensi della direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000 che mira, tra l'altro, a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sulle convinzioni personali (art.1) occorre distinguere tra discriminazione diretta ed indiretta.

La discriminazione è *diretta* quando, sulla base delle sue convinzioni personali, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga (art. 2, a).

Viceversa, la discriminazione è *indiretta* quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri (rivolti cioè a tutti) possono mettere in una posizione di particolare svantaggio le persone che professano una determinata (...) ideologia (...) rispetto ad altre persone (art. 2, b).

Un tipico esempio di discriminazione indiretta è stato rinvenuto nei bandi di concorso per entrare nelle forze armate i quali in passato stabilivano che uomini e donne dovessero avere un'altezza minima di 170 cm.

Si trattava con tutta evidenza di un parametro apparentemente neutro, applicabile, cioè, indistintamente ad entrambi i sessi.

Tuttavia esso metteva le donne in una situazione di svantaggio di fatto, perché la loro altezza media era inferiore ai 170 cm.

Sicché nei bandi più recenti di prevedono altezze minime diverse per uomini e donne.

essere un comportamento coerente con le proprie convinzioni personali³³ e tutelato da norme di diritto interno ed europeo³⁴ (art. 15 St. Lav. e art. 32 Cost.).

Secondo la tesi che si vuole proporre, gli atti dell'imprenditore rischierebbero pertanto di essere dichiarati nulli³⁵, non rilevando né che siano stati posti in essere *in assenza di un intento punitivo* né che siano stati posti in essere *per perseguire finalità lecite* (art. 1418, comma 3)³⁶.

Questa conclusione si potrebbe desumere in primo luogo dall'art. 1345 c.c., che solo per la condotta ritorsiva – e non per quella discriminatoria – richiede che ricorra un intento punitivo (esclusivo e determinante)³⁷. Essa, inoltre, si potrebbe evincere dagli articoli 15 della legge n. 300/1970 e 3 della legge n. 108/1990, i quali dispongono la nullità di ogni “atto diretto” a licenziare un lavoratore per una causa discriminatoria, *a prescindere dalla motivazione addotta*, e perciò sembrano accogliere una nozione oggettiva di discriminazione, spostando l'accento dalle ragioni e dai motivi (illeciti o leciti) dell'atto alla sua “direzione”, intesa in senso obiettivo³⁸.

La discriminazione opererebbe dunque obiettivamente, in ragione del mero rilievo del trattamento peggiore riservato al lavoratore per l'essersi determinato secondo le sue convinzioni personali (l'elencazione degli atti richiamati dall'art. 15 della l. n. 300/1970 è da intendersi come esemplificativa mentre gli esiti discriminatori hanno carattere tassativo) e a prescindere dai motivi economici o anche di sicurezza adottati dall'imprenditore³⁹.

La direttiva 2000/78/CE⁴⁰ suggerisce infatti una distinzione tra le discriminazioni direttamente fondate sulle convinzioni dell'individuo e quelle definite indirette. Unicamente le disposizioni, i criteri o le prassi che costituiscono discriminazioni indirette possono evitare la qualifica di discriminazione, a condizione che siano giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il

³³ Diversamente A. MARESCA, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit. p. 4, per il quale il lavoratore non potrebbe lamentare che la sospensione costituisce “un atto discriminatorio mirato a colpirlo per le sue convinzioni personali (art. 15, comma 2, della l. 20 maggio 1970, n. 300) in materia di vaccinazione, infatti tale sospensione avviene a fronte della temporanea inutilizzabilità della prestazione lavorativa, senza alcun intento punitivo”

³⁴ A tal fine, nella prospettiva del diritto interno, rilevano certamente l'art. 32 della Costituzione, in base al quale “nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge” nonché l'art. 33 della legge n. 833/1978 che dispone che “gli accertamenti ed i trattamenti sanitari sono di norma volontari” e che solo “nei casi ... espressamente previsti da leggi dello Stato possono essere disposti dall'autorità sanitaria accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori” e, nella prospettiva del diritto esterno, rilevano, invece, l'art. 5 della “Convenzione sui Diritti dell'Uomo e la biomedicina”, il quale dispone che “un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato” nonché l'art. 7 del GDPR che stabilisce che il consenso al trattamento sanitario dev'essere personale, scritto, sempre revocabile, libero ed incondizionato.

³⁵ F. SANTORO-PASSARELLI, *Diritto dei lavori e dell'occupazione*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 364.

³⁶ Cass. civ., Sez. lav., 5 aprile 2016, n. 6575, in www.rivistalavoro.it

³⁷ Ivi.

³⁸ Ivi.

³⁹ Cass. civ., Sez. lav., 5 aprile 2016, n. 6575, cit.

⁴⁰ Direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

suo conseguimento siano appropriati e necessari” (art. 2, lett. b, i). Una siffatta possibilità non è invece prevista per le disparità di trattamento atte a costituire discriminazioni dirette (art. 2, lett. a).

Pertanto, sempre secondo la tesi proposta, la normativa nazionale (art. 1256 c.c., art. 2087 c.c. e art. 3 della legge n. 604/1966), ove interpretata nel senso di consentire una discriminazione diretta fondata sulle convinzioni personali per la concorrenza di un'altra finalità pur legittima, sarebbe contraria alla direttiva⁴¹. Il contemperamento del diritto alla salute del singolo (anche nel suo contenuto di *libertà di cura*) con il coesistente e reciproco diritto degli altri, con l'interesse della collettività e con il diritto dell'imprenditore (art. 41 Cost.) è infatti affidato solo al Parlamento (art. 32 Cost.) il quale, distinguendo tra la generalità della popolazione lavoratrice e gli esercenti le professioni sanitarie ed optando, con riferimento alla prima categoria di persone, per la tecnica della raccomandazione del vaccino, pare esprimere maggiore attenzione per l'autodeterminazione individuale⁴².

4. *Segue. Il contenuto dell'obbligo di sicurezza del datore di lavoro: la massima sicurezza tecnologicamente possibile in una accezione costituzionalmente orientata.*
L'art. 2087 del codice civile e i profili di responsabilità dell'imprenditore

È a questo punto possibile individuare i confini dell'obbligo di sicurezza che l'art. 2087 c.c. pone in capo al titolare dell'impresa.

Questa norma, infatti, obbliga l'imprenditore ad adottare in azienda 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 lavoro⁴³.

Essa svolge una doppia funzione di *chiusura* e di *promozione* del sistema e, in quanto norma dinamica, consente da un lato di colmare le lacune del diritto positivo e, dall'altro, di integrare il contenuto delle norme elastiche predisposte dalla legislazione speciale, indicando nello stato di avanzamento della tecnologia prevenzionale il criterio per distinguere tra ciò che è possibile e ciò che non è possibile esigere dall'imprenditore (c.d. *massima sicurezza tecnologicamente possibile*)⁴⁴.

Nell'attuale contesto di incertezza scientifica, i criteri suggeriti dal legislatore per la selezione degli obblighi non scritti di diligenza, prudenza e perizia, non

⁴¹ Cass. civ., Sez. lav., 5 aprile 2016, n. 6575, cit.

⁴² Così Corte costituzionale n. 268/2017, cit.

⁴³ P. PASCUCCI, *Sistema di prevenzione aziendale, emergenza coronavirus ed effettività*, in www.giustiziacivile.com, p. 4; nonché A. MARESCA, *Il rischio di contagio da COVID-19 nei luoghi di lavoro: obblighi di sicurezza e art. 2087 c.c. (prime osservazioni sull'art. 29-bis della l. n. 40/2020)*, in questa Rivista, n. 2, 2020, I, p. 5.

⁴⁴ 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 nel d.l. n. 19/20*, in questa Rivista, n. 1, 2020, I, p. 132; nonché I. LEONCINI, *L'obbligo di impedire l'infortunio*, in F. GIUNTA, D. MICHELETTI (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 107 ss.

sarebbero in grado di svolgere alcuna funzione evocativa delle regole extragiuridiche idonee a fronteggiare il rischio del contagio.

Pertanto, la posizione di garanzia del datore di lavoro, che nel diritto penale fonda l'equivalenza tra "cagionare" e "non impedire" il contagio (art. 40 c.p.), avrebbe contenuto "indeterminato", con la conseguenza, costituzionalmente non ammissibile, che il rimprovero risulterebbe non prevedibile e non evitabile (art. 25, comma 2 Cost.)⁴⁵.

Ecco perchè il legislatore, superando l'incertezza, ha circoscritto il contenuto di quella posizione in senso costituzionalmente orientato, precisando che "*ai fini della tutela contro il rischio di contagio..., i datori di lavoro ... adempiono all'obbligo di cui all'articolo 2087 del codice civile mediante l'applicazione delle prescrizioni contenute nel protocollo*" nazionale "*e negli altri protocolli ..., nonché mediante l'adozione e il mantenimento delle misure ivi previste*" (art. 29 bis del d.l. n. 23/2020).

Questi protocolli contengono sia *regole rigide* che *regole elastiche* e addirittura accordano al datore di lavoro il potere-dovere di sostituire tutte le misure in essi elencate con altre equivalenti o ritenute più incisive secondo le peculiarità dell'organizzazione (*la regola, in questo caso, è solo apparentemente scritta*)⁴⁶.

Tuttavia, gli stessi protocolli e le norme elastiche in essi contenuti non consentono all'imprenditore di effettuare in azienda un contemperamento del diritto alla salute del singolo con il corrispondente diritto degli altri e l'interesse della collettività con un esito diverso da quanto discrezionalmente stabilito dal legislatore⁴⁷.

Essi, infatti, prevedono che sia il datore di lavoro a selezionare le misure c.d. innominate, mentre l'art. 32 della Costituzione richiede che l'obbligo di vaccinazione sia eventualmente enunciato dal Parlamento.

Pertanto, l'immunizzazione contro un agente biologico con carattere di ubiquità, in grado di insinuarsi dall'esterno all'interno degli ambienti di lavoro e di trasmettersi nuovamente al di fuori dei confini dell'azienda, salvo quanto oggi previsto per gli esercenti le professioni sanitarie e gli altri operatori di interesse sanitario, non può rientrare tra le misure che il datore di lavoro ha il potere/dovere di imporre, ma resta oggetto di una scelta di libertà del lavoratore che il titolare dell'impresa non può condizionare, né direttamente né indirettamente (artt. 32 e 2 Cost.; art. 33 della l. 23 dicembre 1978, n. 833; art. 5 Conv. Oviedo).

Deve allora ritenersi che, come è accaduto sinora, anche in seguito alla messa a disposizione del vaccino contro la malattia causata dal nuovo coronavirus SARS-Cov-2, il livello della sicurezza che l'imprenditore è tenuto ad assicurare nei locali

⁴⁵ L'art. 25, comma 2 Cost., quando prevede che nessuno può essere punito se non in forza di un fatto previsto dalla legge, implicitamente prescrive anche che le leggi incriminatrici siano tassative, in quanto, se non fosse possibile stabilire a priori ciò che è vietato, si lascerebbe al giudice il potere di determinarlo di volta in volta. Cfr anche S. ROZZA, *La colpa del datore di lavoro nello scenario del Covid-19*, in questa Rivista, 2, 2020, II, p. 100.

⁴⁶ S. ROZZA, *La colpa del datore di lavoro*, cit.

⁴⁷ Sentenza del Tribunale di Belluno del 19 marzo 2021.

aziendali e che, in ogni caso, consente il prosieguo delle attività produttive⁴⁸, è quello derivante dall'applicazione delle misure cristallizzate nei protocolli del 24 aprile 2020, confermate dall'art. 4 del d.P.C.M. del 14 gennaio 2021 ed integrate dal protocollo del 6 aprile 2021, le quali:

a) Impongono di garantire la “rarefazione” delle presenze, massimizzando il ricorso al lavoro agile, utilizzando le ferie e i permessi e valutando l'intervento degli ammortizzatori sociali;

b) Impongono di dare attuazione a regole con funzione dichiaratamente “precauzionale”, tendenzialmente cristallizzate nei protocolli che rappresentano la migliore scienza ed esperienza del momento storico.

c) Ma non impongono di perseguire l'obiettivo della vaccinazione dell'intera popolazione aziendale.

Questo livello della sicurezza corrisponde alla *massima sicurezza tecnologicamente possibile in una accezione costituzionalmente orientata* (art. 32 Cost.), consente il prosieguo delle attività produttive in condizioni di sicurezza per i dipendenti dell'impresa e per i terzi e non fa residuare margini di rischio non calcolato⁴⁹.

In astratto, allora, l'immunizzazione di ciascuna unità di personale, sarebbe anche materialmente possibile e potrebbe forse, in base a valutazioni scientifiche ancora acerbe, garantire una più elevata protezione della salute negli ambienti di lavoro.

Tuttavia, in concreto, la stessa immunizzazione, secondo una lettura costituzionalmente orientata della normativa coinvolta (art. 2087 c.c. e art. 29 *bis* del d.l. n. 23/2020), è giuridicamente impossibile in mancanza della disponibilità del personale a farsi vaccinare o di una disposizione di legge ordinaria che abbia le caratteristiche individuate dall'art. 32, comma 2, della Costituzione.

A questo punto, pare percorribile il tentativo di circoscrivere i profili di responsabilità del datore di lavoro nel caso in cui il lavoratore diverso dall'esercente la professione sanitaria o dall'operatore di interesse sanitario rifiuti la vaccinazione.

L'imprenditore ha infatti il potere/dovere di garantire in azienda il livello di sicurezza che deriva dall'applicazione delle misure cristallizzate nei protocolli del 6 aprile 2021⁵⁰ e non può disporre il licenziamento dell'obiettore vaccinale, per giusta causa⁵¹ o giustificato motivo soggettivo⁵² o per giustificato motivo oggettivo⁵³, in quanto:

⁴⁸ Cfr. d.l. n. 33/2020, art. 1, comma 15 in base al quale solo “il mancato rispetto dei contenuti dei protocolli o delle linee guida, regionali, o, in assenza, nazionali, di cui al comma 14 che non assicuri adeguati livelli di protezione” che “determina la sospensione dell'attività fino al ripristino delle condizioni di sicurezza”.

⁴⁹ Corte cost. n. 218/1994, cit.

⁵⁰ A. MARESCA, *Il rischio di contagio da COVID-19*, cit., p. 5.

⁵¹ Così V. FERRANTE, *Dibattito istantaneo su vaccini anti Covid e rapporto di lavoro: l'opinione di V. Ferrante*, p. 3.

⁵² Così C. CESTER, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit., p. 5.

⁵³ Così A. MARESCA, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit., p. 4; diversamente invece A. PERULLI, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit., p. 2.

a) la decisione del lavoratore non configura né un inadempimento né un comportamento che menoma la fiducia, ma è esercizio di una *libertà*⁵⁴

b) la stessa decisione non comporta l'inidoneità a svolgere le mansioni specifiche⁵⁵ e non giustifica l'allontanamento del lavoratore ad opera dell'imprenditore e, stante il perdurare dello stato di inidoneità, il suo licenziamento, perché questo licenziamento sarebbe illegittimo⁵⁶.

Mi pare allora che il contagio che si verifichi in azienda nonostante l'applicazione delle misure cristallizzate nei protocolli del 6 aprile 2021 rientri nell'area del *rischio consentito*⁵⁷ e che il datore di lavoro che abbia accettato la prestazione dell'obiettore vaccinale non possa esserne ritenuto responsabile (art. 40 c.p.), avendo egli garantito la massima sicurezza tecnologicamente possibile in una accezione costituzionalmente orientata (art. 29 *bis* del d.l. n. 23/2020 e art. 32 Cost.)⁵⁸.

5. La posizione degli esercenti le professioni sanitarie e degli operatori d'interesse sanitario. Il quadro precedente all'entrata in vigore dell'art. 4 del d.l. n. 44 del 2021

Prima dell'entrata in vigore dell'art. 4 del d.l. n. 44 del 2021, da più parti si invocava un intervento legislativo che introducesse l'obbligo vaccinale, se non per la generalità della popolazione, quantomeno per le categorie di individui operanti nelle strutture sanitarie.

⁵⁴ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 801.

⁵⁵ Il problema della sicurezza sarebbe comunque risolto dall'applicazione dei protocolli del 24 aprile 2021, che fino ad oggi, in assenza di un obbligo vaccinale, consentono la prosecuzione delle attività.

In questo senso sembrano esprimersi A. PERULLI, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit. p. 2 nonché M. VERZARO, *Abundans cautela non nocet. A (s) proposito del c.d. licenziamento per mancata vaccinazione anti-coronavirus*, in www.rassegnadiritto lavoro.it; nonché Tribunale di Messina, Sez. Lav. del 12 dicembre 2020.

Diversamente, invece, A. MARESCA, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit. p. 4. L'autore, tuttavia, guarda al recesso del datore come ad una *extrema ratio*, suggerendo piuttosto la collocazione del dipendente non vaccinato in cassa integrazione.

⁵⁶ Il motivo economico non esclude il carattere discriminatorio dell'atto sicché avverso la decisione dell'imprenditore l'obiettore potrebbe adire il Tribunale competente per far accertare e dichiarare che il licenziamento è nullo e per chiedere la condanna dell'imprenditore a reintegrarlo in servizio e a corrispondergli una indennità non inferiore a cinque mensilità, oltre al pagamento dei contributi previdenziali e assistenziali non versati (d.lgs. n. 23/2015).

F. SANTORO-PASSARELLI, *Diritto dei lavori e dell'occupazione*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 301.

⁵⁷ S. ROZZA, *La colpa del datore di lavoro*, cit., p. 100.

⁵⁸ Cfr. anche P. ICHINO, *Perché e come l'obbligo di vaccinazione può nascere anche solo da un contratto di diritto privato*, in "Lavoro Diritti Europa", n. 1, 2021; R. GUARINIELLO, *Sorveglianza sanitaria: vaccino obbligatorio per i lavoratori?*, in "Diritto e pratica del lavoro", 2021, n. 1, pp. 27-34; 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*.

Secondo alcuni Autori⁵⁹, in realtà, in queste strutture l'esposizione al nuovo coronavirus SARS-Cov-2 rappresentava un rischio *specifico* dell'attività (art. 266 del d.lgs. n. 81/2008)⁶⁰, sicché i lavoratori – pur in assenza di un obbligo formale di immunizzarsi – avrebbero potuto essere chiamati a visita dinanzi al medico competente, il quale, al fine di esprimere un giudizio di idoneità/inidoneità alla mansione specifica (art. 279, comma 1 e art. 41), avrebbe potuto suggerire al datore di lavoro l'adozione di misure protettive *particolari*, fra le quali:

a) la messa a disposizione di vaccini efficaci (art. 279, comma 2, lett. a);

b) e l'allontanamento temporaneo del lavoratore che avesse scelto di non farsi vaccinare (art. 279, comma 2, lett. b)⁶¹, con possibilità, per l'imprenditore, di intimare il licenziamento per motivi economici⁶² ove il dipendente non avesse potuto essere adibito a mansioni equivalenti o inferiori (art. 42).

Questa tesi⁶³, comunque inidonea a superare l'obiezione della discriminazione oggettiva, benché forte di un puntuale aggancio normativo, non convinceva. Essa, infatti, in contrasto con la previsione dell'art. 32 della Costituzione, che non consente alla legge di delegare il potere di ordinare la vaccinazione, presupponeva, giusta il disposto di cui all'art. 279 del d.lgs. n. 81/2008, che *il datore di lavoro* potesse disporre le misure particolari indicate dal legislatore “per la sicurezza di tutti⁶⁴” e che *il medico competente*⁶⁵ potesse esprimere un giudizio di inidoneità alla mansione specifica (art. 279, comma 2, lett. b) nel caso in cui il lavoratore rifiutasse il trattamento (art. 279, comma, 2 lett. a) e chiedesse di continuare ad eseguire la prestazione nel contesto aziendale esitato dall'applicazione dei protocolli del 24 aprile 2020 (ora 6 aprile 2021).

Mi pare invece, anche a voler superare l'ostacolo (invalicabile) dell'art. 32 della Costituzione, in primo luogo, che le misure della vaccinazione e dell'allontanamento non possano essere raccomandate per la sicurezza *di tutti*, ma solo per la sicurezza *dei lavoratori* per i quali, anche in considerazione delle condizioni sanitarie individuali, si richieda una protezione speciale⁶⁶ e, in secondo luogo, che, tra le due misure (offerta del vaccino e allontanamento), sicuramente non vi sia, nella trama dell'art. 279, una relazione di necessaria consecuzione, soprattutto se l'azienda abbia già applicato altre cautele idonee a prevenire il contagio.

⁵⁹ R. GUARINIELLO, *Sul vaccino per i lavoratori contro il Covid-19 si applichi la legge!*, in “Coronavirus: come ripartire”, Ipsa.

⁶⁰ Per una panoramica completa delle problematiche legate all'applicazione del titolo X del d.lgs. n. 81 del 2008 si rinvia a P. PASCUCCI E A. DELOGU, *L'ennesima sfida*, cit., p. 96 ss.

⁶¹ Così anche P. PASCUCCI E A. DELOGU, *L'ennesima sfida*, cit., p. 95 ss.

⁶² R. GUARINIELLO, *Sul vaccino per i lavoratori contro il Covid-19*, cit.

⁶³ Anche in questo caso, la normativa nazionale (artt. 279, 41 e 42 del d.lgs. n. 81/2008), ove interpretata nel senso di consentire una discriminazione diretta fondata sulle convinzioni personali per la concorrenza di un'altra finalità pur legittima, sarebbe contraria alla direttiva 2000/78/CE.

⁶⁴ R. GUARINIELLO, *Sul vaccino per i lavoratori contro il Covid-19*, cit.

⁶⁵ R. GUARINIELLO, *Sul vaccino per i lavoratori contro il Covid-19*, cit.

⁶⁶ Così espressamente l'art. 279, comma 2.

Sicché il medico competente, chiamato ad effettuare una valutazione tecnico-discrezionale, difficilmente avrebbe potuto formulare un giudizio di inidoneità del lavoratore non censurabile in sede di ricorso amministrativo (art. 41, comma 9), in quanto, nella parte motiva del provvedimento (art. 41, comma 6-bis)⁶⁷, avrebbe dovuto:

a) dar conto delle *condizioni sanitarie individuali* che rendevano il lavoratore non vaccinato bisognoso di misure particolari (art. 279, comma 2)⁶⁸, arbitrariamente ampliando il concetto di *salute*, che oggi, pur non riguardando più solo l'assenza della malattia⁶⁹, ma anche il benessere fisico, mentale e sociale, non presuppone l'immunità (art. 279, comma 5)⁷⁰.

b) e dichiarare che *quelle condizioni* non erano compatibili con l'ambiente di lavoro, con i fattori di rischio professionali e con le modalità di svolgimento dell'attività (art. 2, comma 1, lett. m), in contrasto con l'art. 1 del d.l. n. 33/2020 che invece, prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 44/2021, consentiva l'esecuzione della prestazione in condizioni di sicurezza purché fossero applicati i protocolli del 6 aprile 2021.

Fino al 1° aprile 2021, pertanto, il direttore sanitario non avrebbe potuto rifiutare la prestazione dell'obiettore, essendo egli obbligato a garantire la massima sicurezza tecnologicamente possibile ai sensi dell'art. 2087 del codice civile ma in una accezione costituzionalmente orientata (art. 29 bis del d.l. n. 23/2020 e art. 32 Cost.).

Il contagio eventualmente registratosi nell'azienda sanitaria nonostante il rispetto delle regole cristallizzate nei protocolli avrebbe dovuto dunque essere considerato un *evento da rischio consentito*, del quale non avrebbe potuto essere incolpato né l'operatore, né la struttura (art. 40 c.p.)⁷¹.

⁶⁷ Sindacabile sia in sede amministrativa (art. 41, comma 9) che in sede giurisdizionale.

⁶⁸ Verosimilmente il medico dovrebbe evidenziare la presenza di peculiari condizioni di fragilità.

⁶⁹ Così nella Constitution of the World Health Organization, in base alla quale "health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity".

⁷⁰ L'art. 279, comma 5 contempla infatti espressamente l'ipotesi della non vaccinazione. Sul punto, in senso contrario, P. PASCUCCI E A. DELOGU, *L'ennesima sfida*, cit. p. 113.

Secondo questi autori la circostanza che la mancata vaccinazione discenda da una scelta volontaria del lavoratore non pare avere rilievo determinante in tema di idoneità alla mansione, poiché ciò che rileva a tali fini è il dato oggettivo della non immunizzazione, sicché adducendo un esempio estremo, nessuno può dubitare del fatto che un lavoratore mutilato sia inidoneo a determinate mansioni, per quanto all'origine della propria condizione fisica vi sia stato un atto di automutilazione.

E tuttavia a parere di chi scrive la condizione di chi, senza averne il diritto (art. 5 c.c.), diminuisce in modo permanente la propria integrità fisica è ben diversa da quella di chi, invece, legittimamente (art. 32 Cost.), sceglie di non potenziare la propria risposta immunitaria.

⁷¹ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 801. Ma di affidamento e contatto sociale parla anche O. MAZZOTTA, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit., p. 2. L'utente finale del servizio, pertanto, non avrebbe potuto eccepire che, pur avendo stipulato il "contratto di cura" con la struttura e non con l'operatore, poteva comunque vantare, nei confronti di quest'ultimo, un affidamento qualificato (art. 1375 c.c.) in ordine allo svolgimento della prestazione secondo la perizia professionale e che, in ragione di quell'affidamento, sia l'operatore che la struttura avrebbero

6. *La posizione degli esercenti le professioni sanitarie e degli operatori d'interesse sanitario. Il quadro successivo all'entrata in vigore dell'art. 4 del d.l. n. 44 del 2021*

L'art. 4 del d.l. n. 44/2021 ha previsto invece che al fine di tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza, gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario che svolgono la loro attività nelle strutture sanitarie, sociosanitarie e socio-assistenziali, pubbliche e private, nelle farmacie, parafarmacie e negli studi professionali sono obbligati a sottoporsi a vaccinazione gratuita per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2, ferma comunque la possibilità, in caso di accertato pericolo per la salute e in relazione a specifiche condizioni cliniche documentate attestate dal medico, di omettere o differire la vaccinazione⁷².

L'obbligo persiste fino alla completa attuazione del piano di cui all'articolo 1, comma 457, della l. 30 dicembre 2020, n. 178, e comunque non oltre il 31 dicembre 2021.

La vaccinazione costituisce requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative rese dai soggetti obbligati.

La disciplina di cui al d.l. n. 44/2021 è diretta attuazione dell'art. 32 della Costituzione e rappresenta la “*disposizione di legge*” idonea, nella visione illuminata del costituente, a diminuire la libertà individuale e ad imporre il trattamento alla popolazione lavorativa d'interesse sanitario.

Alcuni Autori⁷³ hanno ravvisato un rapporto di specialità tra le previsioni di cui all'art. 279 del d.lgs. n. 81/2008 e quelle di cui all'art. 4 del d.l. n. 44/2021, deducendone l'operatività della norma generale al di fuori dell'ambito soggettivo delineato dalla decretazione d'urgenza.

In verità la riconduzione della relazione intercorrente tra le due norme alla logica della specialità è possibile ricorrendo alla categoria della c.d. “specialità per

dovuto rispondere nei suoi confronti, l'uno a titolo di responsabilità da contatto sociale e l'altra a titolo di responsabilità contrattuale (artt. 1218 e 1228 c.c.).

Lo stesso utente, infatti, poteva confidare nel fatto che fossero state rispettate le misure di prevenzione cristallizzate nei protocolli, ma non poteva vantare nessun affidamento in ordine alla circostanza che l'operatore con cui entrava in contatto si fosse fatto vaccinare, essendo anzi pacifico che non vi era, prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 44/2021, alcun obbligo legale o contrattuale in capo allo stesso e che il principio della buona fede oggettiva (art. 2 Cost. e art. 1375 c.c.), che pure potrebbe svolgere una funzione maieutica di obblighi di “salvaguardia” e “protezione” funzionalmente collegati a quello di “prestazione”, non avrebbe potuto operare *contra legem* (art. 32 Cost.).

⁷² P. PASCUCCI – C. LAZZARI, *Prime considerazioni di tipo sistematico sul d.l. 1 aprile 2021, n. 44*, in questa Rivista, n. 1, 2021, I; F. SCARPELLI, *Arriva l'obbligo del vaccino (solo) per gli operatori sanitari: la disciplina e i suoi problemi interpretativi*, in “Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi”, *Conversazioni sul lavoro a distanza da agosto 2020 a marzo 2021*, promosse e coordinate da V.A. POSO; nonché M. VERZARO, *ECCE LEX!*, *L'obbligo di vaccinazione per gli operatori sanitari*, ivi; A. DE MATTEIS, *Il decreto - legge sull'obbligo di vaccino del personale sanitario*, ivi; R. RIVERSO, *Note in tema di individuazione dei soggetti obbligati ai vaccini a seguito del decreto-legge n. 44/2021*, ivi; C. PISANI, *Il vaccino per gli operatori sanitari obbligatorio per legge: requisito essenziale per la prestazione*, ivi.

⁷³ P. PASCUCCI – C. LAZZARI, *Prime considerazioni*, cit., p. 155.

aggiunta⁷⁴, in quanto l'art. 4 del d.l. n. 44/2021 contiene, in astratto, tutti gli elementi dell'art. 279 del d.lgs. n. 81/2008 più uno: la precisazione, cioè, che la vaccinazione costituisce requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative rese dai soggetti obbligati.

Ciò potrebbe significare, però, che, in difetto di questa precisazione, l'art. 279 del d.lgs. n. 81/2008 non sarebbe concretamente applicabile né all'ambito soggettivo delineato dalla decretazione d'urgenza né al di fuori di esso, perché, contro la previsione di cui all'art. 32 della Costituzione, autorizzerebbe il datore di lavoro ed il medico competente ad introdurre un requisito d'idoneità (l'adempimento dell'obbligo d'immunizzazione) che solo il legislatore può prevedere.

Ed infatti, soddisfacendo l'istanza di legalità di cui all'art. 32 della Costituzione, l'art. 4 del d.l. n. 44/2021 ha recuperato il meccanismo operativo dell'art. 279 del d.lgs. n. 81/2008 ed ha disposto che, a valle di una catena di procedimenti-presupposto⁷⁵, in caso di rifiuto a vaccinarsi manifestato dall' esercente la prestazione sanitaria o dall'operatore di interesse sanitario:

a) la ASL competente accerti l'inosservanza dell'obbligo vaccinale e ne dia immediata comunicazione scritta all'interessato, al datore di lavoro e all'Ordine professionale di appartenenza, implicitamente dichiarando l'inidoneità del lavoratore a svolgere prestazioni o mansioni che implicano contatti interpersonali o comportano, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio da SARS-CoV-2 (art. 4, comma 6, del d.l. 44/2021);

b) e il datore di lavoro adibisca il lavoratore, ove possibile, a mansioni, anche inferiori, diverse da quelle indicate al comma 6, con il trattamento corrispondente alle mansioni esercitate, e che, comunque, non implicino rischi di diffusione del contagio oppure, e quando l'assegnazione a mansioni diverse non sia possibile, lo sospenda senza retribuzione, altro compenso o emolumento comunque denominato fino all'assolvimento dell'obbligo vaccinale o, in mancanza, fino al completamento del piano vaccinale nazionale e comunque non oltre il 31 dicembre 2021 (art. 4, commi 8 e 9, del d.l. 44/2021).

Secondo la maggior parte degli Autori⁷⁶ la presenza di un *dies ad quem* per la vigenza dell'obbligo di vaccinazione precluderebbe al datore di lavoro che abbia esperito con esito negativo il tentativo di *repechage* qualsivoglia valutazione sull'interesse a mantenere in vita il rapporto inattivo (art. 1256, comma 2 c.c.), sottraendogli, implicitamente, la possibilità di recedere per ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa.

⁷⁴ F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, Padova, CEDAM, 2011

⁷⁵ Per una disamina approfondita del procedimento e delle sue criticità si rinvia a F. SCARPELLI, *Arriva l'obbligo del vaccino*, cit., p. 3 nonché M. VERZARO, *ECCE LEX!*, cit., p. 4.

⁷⁶ P. PASCUCI – C. LAZZARI, *Prime considerazioni*, cit. p. 4; F. SCARPELLI, *Arriva l'obbligo del vaccino*, cit., p. 3; M. VERZARO, *ECCE LEX!*, cit., p. 4.

Si potrebbe però anche sostenere che la disposizione in commento abbia solo una funzione cautelare, prescrivendo misure minime di sicurezza (mutamento di mansioni e sospensione senza retribuzione) tese ad evitare che gli operatori sanitari non vaccinati entrino in contatto con le altre unità di personale e con i terzi clienti o utenti, e che essa non intenda invece interferire con le scelte organizzative del datore di lavoro⁷⁷. Diversamente opinando, infatti, l'art. 4 del d.l. n. 44/2021 si iscriverebbe, insieme all'art. 7 del d.l. n. 41/2021, tra le norme che introducono un regime vincolistico dei licenziamenti, con la paradossale conseguenza che dopo il 30 giugno (o il 31 ottobre) del 2021 il titolare dell'azienda potrebbe licenziare, per le ragioni organizzative più disparate, i sanitari vaccinati ma non quelli non vaccinati e sospesi, potenzialmente protetti dal rischio del recesso per giustificato motivo oggettivo fino al 31 dicembre 2021.

La norma, invece, secondo la lettura proposta, non intenderebbe disciplinare in modo esaustivo le conseguenze della mancata vaccinazione ma vorrebbe piuttosto rammentare all'imprenditore che l'utilizzo di personale non vaccinato per mansioni di contatto costituisce, negli ambienti d'interesse sanitario, un *rischio non consentito*.

Essa, dunque, stante l'obbligo di vaccinazione, lascerebbe impregiudicata, per il datore di lavoro, la possibilità di intimare il licenziamento per giustificato motivo oggettivo successivamente al 30 giugno (o al 31 ottobre) del 2021 e fino al termine della campagna vaccinale (o comunque fino al 31 dicembre 2021), senza che ciò costituisca condotta discriminatoria nei confronti dell'obiettore, la cui *libertà* è stata diminuita direttamente dal legislatore, coerentemente con le direttive costituzionali.

7. Conclusioni

È evidente che questa ricostruzione, imposta da una interpretazione costituzionalmente orientata delle norme destinate ad assicurare la sicurezza sui luoghi di lavoro nell'attuale scenario pandemico, pone, nei suoi pratici risvolti applicativi, una serie di problemi facilmente immaginabili.

Anzitutto essa addossa al datore di lavoro il rischio d'impresa derivante dalla mancata vaccinazione di alcune unità di personale, in quanto, nel caso di attività che si svolgano in rapporto con terzi clienti o utenti, questi terzi potrebbero essere indotti a migrare verso la concorrenza che riesca invece a garantire l'immunizzazione dell'intera popolazione aziendale.

In secondo luogo, la stessa ricostruzione impegna il datore di lavoro – che comunque dovrebbe applicare in azienda le misure cristallizzate nei protocolli del 6 aprile 2021 – nella non facile gestione del personale vaccinato, il quale, protetto dal rischio della malattia ma non da quello dell'infezione potrebbe, per il timore di

⁷⁷ Nello stesso senso, A. POSO, *Dibattito istantaneo su vaccini*, cit. p. 6.

veicolare a sua volta il virus fuori dai locali dell'azienda, rappresentare il proprio disagio a lavorare a contatto con il personale non vaccinato.

Queste problematiche richiedono certamente soluzioni urgenti, ma l'interprete, in assenza di una indicazione legislativa, non può attribuire alle norme vigenti (art. 2087 c.c.; art. 20 del d.lgs. n. 81/2008; art. 1, commi 14 e 15, del d.l. n. 33/2020; art. 29 *bis* del d.l. n. 23/2020) un significato incompatibile con le direttive della carta costituzionale.

Il legislatore, piuttosto, dovrebbe, con uno sforzo di responsabilità e senza pensare al costo *politico* (in termini di consenso elettorale) di questa decisione, pronunciarsi definitivamente nel senso della obbligatorietà generalizzata della vaccinazione.

Ad oggi, infatti, nessuna ragione di tutela della persona umana (art. 32 Cost.) osterebbe ad una normativa che prescrivesse l'obbligo del trattamento vaccinale contro COVID-19 in capo a tutta la popolazione.

Abstract

Alcuni vaccini contro COVID-19 sono stati oggetto di autorizzazione all'immissione in commercio (cd. AIC) condizionata all'impegno, da parte delle aziende farmaceutiche richiedenti, di monitorare il medicinale e completare i dati relativi alla sua efficacia e sicurezza entro una certa data.

Detti vaccini devono essere considerati farmaci sicuri, in quanto le procedure comunitarie di autorizzazione semplificata dei medicinali sono comunque preordinate ad innalzare i livelli di tutela della salute.

Negli ambienti di lavoro, però, oggi, ad eccezione degli esercenti le professioni sanitarie e degli operatori d'interesse sanitario, nessuno può essere direttamente o indirettamente obbligato al trattamento di immunizzazione, se non per disposizione di legge adottata nei limiti del rispetto della persona umana.

Il livello della sicurezza che l'imprenditore è tenuto ad assicurare nei locali aziendali è dunque quello derivante dall'applicazione delle misure cristallizzate nei protocolli del 4 aprile 2020 (ora 6 aprile 2021).

Questo livello corrisponde alla massima sicurezza tecnologicamente possibile in una accezione costituzionalmente orientata.

In astratto, infatti, l'immunizzazione di ciascuna unità di personale sarebbe materialmente possibile e garantirebbe una più elevata protezione della salute negli ambienti di lavoro.

Tuttavia, in concreto, la stessa immunizzazione, secondo una lettura costituzionalmente orientata della normativa coinvolta (art. 2087 c.c. e art. 29 bis del d.l. n. 23/2020) è giuridicamente impossibile.

Some vaccines against COVID-19 have been subject to marketing authorization (so-called AIC) conditional on the commitment, by the requesting pharmaceutical companies, to monitor the medicine and complete the data relating to its efficacy and safety within a certain date.

These vaccines must be considered safe drugs, since the Community procedures for the simplified authorization of medicines are in any case intended to raise the levels of health protection.

In the workplace, however, today, no one can be directly or indirectly obliged to undergo immunization treatment, if not by law provision adopted within the limits of respect for the human person.

The level of security that the entrepreneur is required to ensure in the company premises is therefore that resulting from the application of the measures crystallized in the protocols of 24 April 2020 (now 6 April 2021).

This level corresponds to the maximum technologically possible security in a constitutionally oriented meaning. In the abstract, in fact, the immunization of each staff unit would be materially possible and would guarantee a higher health protection in the workplace.

However, in practice, the same immunization, according to a constitutionally oriented reading of the legislation involved (Article 2087 of the Italian Civil Code and Article 29 bis of Legislative Decree No. 23/2020) is legally impossible.

Parole chiave

Vaccini e sicurezza sul lavoro, protocolli del 6 aprile 2021, immunizzazione; COVID-19, art. 32 Cost.

Keywords

Vaccines and occupational safety, protocols of 24 April 2020, immunization; COVID-19, Article 32 of the Constitution