

Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l'opinione di Arturo Maresca

di A. Maresca - 22 gennaio 2021

Obblighi di prevenzione o di vaccinazione?

1. Il tema della vaccinazione dei lavoratori dipendenti e degli eventuali obblighi che ne derivano nell'ambito del rapporto di lavoro deve muovere dalla constatazione che il legislatore (art. 1, co. 457 ss., L 30 dicembre 2020, n. 178) ha varato “*il piano strategico nazionale dei vaccini per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2*” escludendone consapevolmente l'obbligatorietà sia per la generalità dei cittadini sia per specifiche categorie di lavoratori.

A comprovare l'assenza di un siffatto obbligo si può anche ricordare che chiunque intende sottoporsi alla vaccinazione deve necessariamente e preventivamente sottoscrivere un consenso informato molto impegnativo e complesso (consta di ben 14 pagine) che si apre con la formula “*acconsento ed autorizzo la somministrazione della vaccinazione*” e che prosegue, tra l'altro, con la dichiarazione “*sono stato correttamente informato con parole a me chiare, ho compreso i benefici ed i rischi della vaccinazione, le modalità e le alternative terapeutiche*” e si chiude esprimendo, con riferimento ai rischi della vaccinazione, la consapevolezza che “*non è possibile al momento prevedere danni a lunga distanza*”.

2. Prendendo atto della posizione (sia essa condivisibile o meno) specificamente assunta dal legislatore sul vaccino Covid – ben diversa da quella adottata per altri tipi di vaccini (*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*) – è difficile desumere *aliunde* un obbligo di vaccinazione, facendolo discendere da norme con un ambito applicativo generale (artt. 2087 c.c. e 20 e 279, D. lgs., 9 aprile 2008, n. 81) che hanno ad oggetto le misure di sicurezza obbligatorie per il datore di lavoro e la necessaria cooperazione del dipendente che si correla alle predette misure.

Ad esempio l'art. 279, co. 2, lett. a), D. lgs. n. 81/2008 si limita a prevedere a carico del datore di lavoro “*la messa a disposizione di vaccini efficaci*” che non sembra prefigurare un obbligo per il lavoratore di sottoporsi al vaccino, ma una facoltà come viene chiarito dallo stesso art. 279, co. 5 che significativamente precisa “*il medico competente fornisce ai lavoratori adeguate informazioni sul controllo sanitario cui sono sottoposti... nonché sui vantaggi ed inconvenienti della vaccinazione e della non vaccinazione*”.

Sembra, allora, doveroso riconoscere la prevalenza della normativa speciale – dettata, per di più, nell'ambito della legislazione emergenziale di contrasto al Covid per realizzare, senza renderlo obbligatorio, il “*piano strategico nazionale dei vaccini*” – rispetto alle prescrizioni contenute nelle norme generali che, peraltro, non si pronunciano sull'obbligo di vaccinazione in termini univoci, puntuali e sufficienti per consentire all'interprete di ritenere superata la riserva di legge di cui all'art. 32, co. 2, Cost..

L'argomentazione ora accennata appare, per di più, rafforzata dall'osservazione che il legislatore è specificamente intervenuto per rimettere il presidio dei rischi di contagio da Covid nei luoghi di lavoro ai protocolli (nazionali, settoriali, territoriali e aziendali) di cui all'art. 29-bis, DL 8 aprile 2020, n. 34, conv. L 5 giugno 2020, n. 40 ed alla loro capacità mirata e dinamica di adeguamento, affermando in proposito che *“ai fini della tutela contro il rischio di contagio da COVID-19, i datori di lavoro pubblici e privati adempiono all'obbligo di cui all'articolo 2087 del codice civile mediante l'applicazione delle prescrizioni contenute nel protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del COVID-19 negli ambienti di lavoro, sottoscritto il 24 aprile 2020 tra il Governo e le parti sociali, e successive modificazioni e integrazioni, e negli altri protocolli e linee guida di cui all'articolo 1, comma 14, del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, nonché mediante l'adozione e il mantenimento delle misure ivi previste. Qualora non trovino applicazione le predette prescrizioni, rilevano le misure contenute nei protocolli o accordi di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale”*.

Ciò significa, almeno e senza voler andar oltre, che l'interprete non deve dare prevalenza all'art. 2087 cod. civ. nell'individuazione degli obblighi che gravano sul datore di lavoro quanto alle *“misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del COVID-19”*, mentre spetterà ai Protocolli pronunciarsi in merito.

3. Quanto detto appare sufficiente ad escludere che il legislatore abbia voluto direttamente assoggettare il lavoratore all'obbligo di vaccinarsi, conseguentemente il suo rifiuto non può costituire infrazione disciplinare sanzionabile dal datore di lavoro.

Per quanto riguarda il datore di lavoro la questione merita un ulteriore approfondimento con riferimento alle iniziative che il datore di lavoro può decidere di assumere nell'alveo dell'art. 2087 cod. civ., anche quando esse non dovessero configurare una ottemperanza diretta a tale norma.

Questo specifico punto deve essere preceduto da un rapido cenno ad alcune osservazioni che servono a fissare i presupposti utili per i successivi passaggi.

In primo luogo si deve dare per scontato (e secondo le informazioni disponibili ciò appare molto probabile) che chi si sottopone al vaccino non solo viene preservato dal rischio di essere contagiato e di ammalarsi di Covid, ma non è più portatore di infezione per altri. Quindi si può affermare che il vaccino assolve anche ad una funzione preventiva rispetto alla diffusione del contagio nei luoghi di lavoro nei confronti della generalità dei lavoratori dipendenti e dei soggetti esterni con i quali, eventualmente, i lavoratori possono entrare in contatto.

In secondo luogo va considerato che il datore di lavoro non ha la disponibilità del vaccino e, quindi, non potrebbe provvedere direttamente alla sua somministrazione (ipotesi alla quale sembra riferirsi, come si è detto, l'art. 279, co. 2, lett. a), D. lgs. n. 81/2008 prevedendo *“la messa a disposizione di vaccini efficaci”* da parte del datore di lavoro), quindi dovrebbe limitarsi ad ordinare al lavoratore di sottoporsi alla vaccinazione eseguita dalle strutture sanitarie a ciò deputate.

Infine si deve precisare che, in questa sede, l'attenzione deve essere concentrata su uno degli interessi (quello principale) del datore di lavoro a che il proprio dipendente si sottoponga alla vaccinazione; vale a dire la prevenzione del rischio di contagio nei luoghi di lavoro, escludendo quindi la valutazione di altri e diversi aspetti che riguardano la posizione del datore di lavoro come creditore della prestazione lavorativa ed il suo interesse alla vaccinazione del personale dipendente per limitare le probabilità di assenze causate da Covid, ma anche per fornire alla propria clientela/utenza servizi resi da personale vaccinato.

Tutto ciò premesso, si deve però rilevare che l'ordine impartito dal datore al dipendente di sottoporsi alla vaccinazione, ancorché finalizzato a realizzare una maggior tutela dal rischio di contagio nei luoghi di lavoro, in mancanza di un obbligo legale in tal senso, violerebbe il limite posto dall'art. 32, co. 2, Cost., in quanto sarebbe finalizzato a rendere cogente l'assoggettamento del lavoratore "*a un determinato trattamento sanitario*".

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

Quanto detto implica che il rifiuto del lavoratore all'ordine del datore di lavoro di vaccinarsi non costituisce infrazione disciplinare costituendo esercizio di un diritto costituzionalmente garantito.

4. Il datore di lavoro ha, però, diritto di essere informato in ordine alla vaccinazione (effettuata o non dal lavoratore) perché si tratta di un dato (ancorché sensibile) necessario a gestire la prevenzione del rischio di contagio da infezione da Covid.

5. Si tratta, a questo punto e come si era anticipato, di verificare le conseguenze che il datore di lavoro può trarre dal rifiuto del dipendente di vaccinarsi, nella scontata consapevolezza che la gestione di un rapporto di lavoro non si esaurisce con l'esercizio del potere disciplinare.

Infatti la mancata vaccinazione del dipendente potrebbe incidere sul funzionamento del rapporto di lavoro ed una verifica in tal senso deve riguardare la prestazione del dipendente non vaccinato (ma che avrebbe potuto farlo) per stabilire se l'esercizio di essa si palesi oggettivamente impossibile, ancorché in via temporanea.

In questo caso (che, certamente, non può essere ricondotto alla malattia) troverebbero applicazione gli artt. 1218, 1256, co. 2 e 1463 cod. civ. con la conseguente liberazione del datore di lavoro dall'obbligo retributivo.

L'accertamento di tale impossibilità temporanea di esecuzione della prestazione deve essere effettuato non in astratto, ma con riferimento allo specifico ambito (unità produttiva, ufficio, reparto, ecc.) nel quale opera il dipendente non vaccinato, tenendo anche conto della compresenza di altri lavoratori vaccinati e non (cosa possibile in quanto la campagna di vaccinazione procede per fasi successive, anche collegate all'età, con la conseguenza inevitabile che in

azienda potranno operare lavoratori vaccinati ed altri in attesa di vaccinazione) oppure degli eventuali contatti che il lavoratore deve intrattenere per motivi di servizio con soggetti terzi (utenti/clienti).

In tal modo dovrà essere stabilita, ammettendola o meno, la presenza in servizio di lavoratori non vaccinati avendo riguardo al rischio di contagio che il datore di lavoro ha l'obbligo di prevenire all'interno dei luoghi di lavoro.

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

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

Né il dipendente, da parte sua, potrebbe lamentare che la sospensione costituisce un atto discriminatorio mirato a colpirlo per le sue "*convinzioni personali*" (art. 15, co. 2, L 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, anche perché l'unica alternativa possibile sarebbe quella di lasciare il dipendente senza alcun reddito da lavoro.

6. L'ipotesi del licenziamento del lavoratore che non si è sottoposto alla vaccinazione si deve collocare e deve essere valutata nell'alveo del giustificato motivo oggettivo e si pone soltanto a seguito della perdurante mancanza della prestazione lavorativa del dipendente e dalle conseguenze che ne possono derivare sulla funzionalità dell'attività produttiva e dell'organizzazione del lavoro.

Anche in questo caso, però, la sussistenza del GMO deve essere valutata in concreto e non in astratto, avendo riguardo alla posizione professionale del lavoratore ed alla necessità della sua prestazione nel settore dove è impiegato, anche considerando come l'azienda provvede di norma alla sostituzione nel caso di assenze di altra natura (ad esempio per malattia). Soltanto all'esito di questa verifica si potrà stabilire se sussistano effettivamente condizioni tali da impedire il regolare funzionamento dell'attività produttiva *ex art. 3, L 15 luglio 1966, n. 604.*

7. Aggiungo che quanto più sopra accennato, non vuole affatto significare che al datore di lavoro è precluso sostenere e promuovere (cosa diversa dall'obbligare) la vaccinazione presso i propri dipendenti.

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

Forse si potrebbe nutrire qualche dubbio se, invece, il datore di lavoro dovesse condizionare all'avvenuta vaccinazione (e non alla presenza al lavoro) l'accesso a premi o a trattamenti di miglior favore, in questo caso infatti potrebbe emergere l'intento di discriminare il lavoratore per la scelta che ha compiuto motivata dalle sue *“convinzioni personali”*.

8. Naturalmente la questione fin qui esaminata si porrebbe in modo del tutto diverso se il legislatore dovesse prevedere un obbligo di vaccinazione generalizzato o limitato ai dipendenti (fatti salvi i casi di impedimento per motivi di salute) impiegati nelle attività essenziali, cioè quelle che nel primo *lockdown* (marzo/maggio 2020) furono esentate dalla chiusura generalizzata all'epoca disposta dal legislatore e, più in generale (la nozione è, infatti, più ampia e non coincidente con la prima), quelle riconducibili nell'ambito applicativo della L 12 giugno 1990, n. 146.

Una scelta del legislatore che sarebbe, a mio avviso, coerente con i principi enunciati dalla Corte costituzionale nella sentenza 2 giugno 1994, n. 218 che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 5, co. 3 e 5, L 5 giugno 1990, n. 135 *“nella parte in cui non prevede accertamenti sanitari dell'assenza di sieropositività all'infezione da HIV come condizione per l'espletamento di attività che comportano rischi per la salute dei terzi”* ed in quella immediatamente successiva del 23 giugno 1994, n. 258 che ha messo in evidenza il *“necessario bilanciamento ... che concerne la salvaguardia del valore... della salute collettiva, alla cui tutela – oltre che, (non va dimenticato) a tutela della salute dell'individuo stesso – sono finalizzate le prescrizioni di legge relative alle vaccinazioni obbligatorie”*.

Arturo Maresca, professore ordinario nell'Università degli studi di Roma “La Sapienza”