

Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l'opinione di Carlo Cester

di C. Cester - 23 gennaio 2021

1. La questione se il datore di lavoro, in assenza di una disposizione di legge che renda obbligatoria la vaccinazione contro il Covid-19, possa ciononostante richiederla ed imporla ai suoi lavoratori dipendenti come misura per l'adempimento del proprio obbligo di sicurezza, coinvolge aspetti assai delicati dal punto di vista giuridico, in un problematico confronto fra i diritti e le garanzie individuali da un lato, e, dall'altro, gli interessi collettivi, naturalmente nella loro più vasta accezione. Non bisogna infatti dimenticare che la norma costituzionale di immediato riferimento (art. 32), qualifica la salute – bene messo in pericolo dal diffondersi dell'epidemia – come diritto fondamentale dell'individuo e, al contempo, come interesse della collettività, dove la tendenziale coincidenza fra le due prospettive non esclude che possano sorgere conflitti.

Ora, dalla stessa norma costituzionale, nel secondo comma, emerge come il bilanciamento, ove necessario, fra questi due centri di interesse è riservato alla legge. Ciò nel senso che è la legge – e solo quella – che può sacrificare la sfera di libertà individuale (anche di rifiutare le cure) per la tutela dell'interesse collettivo alla salute, prevedendo come obbligatorio un certo trattamento sanitario, come una vaccinazione (ma il discorso –per restare all'attualità – si potrebbe estendere a più semplici misure di controllo diagnostico, come il cosiddetto tampone). E mi pare del tutto condivisibile l'opinione che richiede un intervento normativo specifico circa il suddetto trattamento, non essendo di per sé sufficiente la norma (generale) dell'art. 2087 c.c. sull'obbligo di sicurezza. Con il che il quesito di partenza avrebbe una soluzione necessariamente negativa, e il datore di lavoro dovrebbe caricarsi di tutti i rischi dei possibili contagi e dei relativi effetti: basti pensare alla qualificazione dell'infezione da Covid-19 come infortunio sul lavoro, con tutto ciò che ne deriva in termini di responsabilità. Una soluzione, questa, tuttavia inappagante nella sua rigidità e forse anche riduttiva rispetto alle implicazioni ricavabili della stessa norma costituzionale.

2. Ed infatti, alla salute come “interesse della collettività” è forse possibile affidare un ruolo più ampio rispetto a quello, sopra delineato, di mero termine di riferimento per l'eventuale bilanciamento di interessi attuato dalla norma di legge impositiva del trattamento sanitario. Soccorre a tale proposito la stessa giurisprudenza costituzionale, che ha ricollegato ad una dimensione solidaristica – di interesse dell'intera collettività – la necessaria attribuzione di un adeguato indennizzo a favore di chi abbia subito effetti collaterali dannosi per effetto di una vaccinazione. E se ciò ha fatto dapprima (e del tutto comprensibilmente) con riguardo a vaccinazioni obbligatorie (sentenze n. 118/1996, n. 27/1998, n. 107/2112), di recente si è spinto a ritenere costituzionalmente illegittima la mancata previsione di quell'indennizzo anche in un caso di vaccinazione oggetto di mera raccomandazione (sentenza n. 268/2017). Certo, la

questione è diversa, ma, a mio parere, in quel modo viene individuato uno spazio per la tutela dei preminenti interessi della collettività anche al di là dell'imposizione legislativa del trattamento sanitario.

3. Una soluzione è quella proposta da Pietro Ichino, che si basa sulla disponibilità dei diritti fondamentali personali, anche se protetti da una riserva di legge. Il “contatto” che si crea per effetto della stipulazione del contratto di lavoro (ma non solo: ciò vale, ad esempio, anche per un contratto di trasporto) giustifica allora la limitazione – che è una autolimitazione – di quei diritti. Superata così la pregiudiziale costituzionale, è possibile riaprire il discorso sull'art. 2087 c.c. (obbligo di sicurezza a carico del datore di lavoro), oltre che sull'art. 20 del d. lgs. n. 81/2008 (obbligo di sicurezza a carico del lavoratore), per fondarvi l'adozione della vaccinazione come misura protettiva: misura che diventa per il lavoratore, oggetto, contestualmente, di pretesa nei confronti del datore e di obbligo verso il medesimo.

Il tema è troppo impegnativo per essere discusso a fondo in questo breve intervento, ma mi pare che nelle sue linee generali la soluzione appena descritta, con qualche precisazione, possa essere condivisa. Forse più che evocare un vero e proprio meccanismo dispositivo di diritti, mette conto evidenziare come nell'art. 32 Cost., primo comma, il diritto alla salute – che nel caso che ci occupa si declina come diritto a non curarsi, cioè anche a pregiudicarla – venga visto nella dimensione personalistica di autodeterminazione dell'individuo in sé e per sé considerato, a prescindere dalla sua proiezione sociale: una dimensione che cede solo a fronte dell'intervento legislativo, con il prevalere delle istanze collettive. Ma diversa mi sembra la situazione nella quale la posizione del singolo non è affatto isolata ma molto spesso caratterizzata, in virtù del contratto e del suo adempimento, da un “contatto sociale” con terzi soggetti sui quali la sua scelta personalistica di rifiuto della cura potrebbe determinare significativi pregiudizi. E si determinerebbe un vero e proprio cortocircuito nell'ordinamento e nella scala di valori da questo assunta, qualora, in assenza di un intervento legislativo ai sensi del secondo comma dell'art. 32 Cost., si consegnasse la soluzione del problema alle dinamiche risarcitorie di quei pregiudizi: dinamiche nelle quali, oltre tutto, il datore di lavoro potrebbe essere coinvolto sulla base di una vera e propria responsabilità oggettiva, che non troverebbe giustificazione neppure in base alla subordinazione in quanto tale, com'è nell'art. 2049 c.c.

Insomma, a me pare che la mancata previsione di un obbligo generalizzato di vaccinazione non sia argomento sufficiente per escludere qualunque responsabilità a carico del lavoratore. D'altra parte, non credo che le previsioni specifiche finora adottate proprio in materia di lavoro, e cioè l'affidamento delle misure di prevenzione dal rischio di contagio ai protocolli di cui alla legislazione di emergenza della scorsa primavera, siano conclusive, da un lato perché sono state introdotte quando di vaccini ancora neppure si parlava, e dall'altro perché, anche a considerarne l'attitudine ad un adeguamento dinamico, altro non farebbero, ove continuassero ad escludere l'obbligo della vaccinazione, se non appunto confermare, come fonte delegata dalla legge, tale esclusione.

La lunghezza d'onda mi sembra allora essere quella dell'onere, che crea obblighi solo condizionati al conseguimento di un certo risultato, che nel caso è quello di una prosecuzione “ordinata” del rapporto, senza il carico di rischi eccedenti la relazione contrattuale, gravanti sugli altri lavoratori o su terzi soggetti. A ben guardare, già la nota sentenza della Corte

costituzionale (n. 218/1994) sul necessario accertamento sanitario in merito all'infezione da HIV "come condizione per l'espletamento di attività che comportano rischi per la salute dei terzi", si muoveva in questa direzione.

4. Se dunque è possibile parlare di un onere di vaccinarsi, esso è naturalmente legato alle caratteristiche delle mansioni affidate al lavoratore e al contesto ambientale e topografico nel quale esse devono essere espletate. La delicatezza della situazione porta infatti ad escludere decisamente che esso sorga con la semplice stipulazione del contratto. E dunque, per quanto un tale accertamento possa essere foriero di controversie, solo lo svolgimento di mansioni comportanti il contatto sociale di cui sopra può determinare – secondo lo schema descritto – la necessità di vaccinazione; e ciò anche nel corso dell'ulteriore svolgimento del rapporto, per effetto dell'eventuale esercizio del potere datoriale di modifica delle mansioni ai sensi dell'art. 2103 c.c. (anche se non è facile pensare che il datore di lavoro sposti a mansioni, come dire, ad impatto sociale, un lavoratore che egli sa essere restio o non disponibile alla vaccinazione, salvo naturalmente che ciò avvenga per scopo illeciti, ovviamente da provare). La soluzione non sarà molto difficile allorché le mansioni affidate al lavoratore comportino il contatto esterno con soggetti terzi fruitori del servizio offerto dall'organizzazione, tanto più se i terzi sono soggetti fragili e particolarmente esposti al rischio (si pensi al settore sanitario e a quello della cura degli anziani). Maggiori problemi sorgeranno invece ove la "comunità di rischio" sia la stessa organizzazione di lavoro, cioè gli altri dipendenti; ma il criterio dovrebbe comunque essere quello della vicinanza e intensità del contatto.

5. A questo punto, però, occorre individuare con maggiore precisione la situazione giuridica nella quale si trova il lavoratore al quale siano affidate mansioni comportanti il sopra detto contatto sociale, posto che ne derivano significative conseguenze nel caso in cui il medesimo si rifiuti di vaccinarsi. A me pare – ne ho già fatto cenno – che si possa verificare una singolare sovrapposizione di contenuti fra obbligo a carico del datore di lavoro *ex art. 2087 c.c.* e obbligo a carico del lavoratore *ex art. 20, d. lgs. n. 81/2008*, entrambi aventi ad oggetto la vaccinazione in quanto tale. Ma la singolarità della situazione si spiega con il fatto che quel medesimo contenuto – la vaccinazione – non è strumento (di protezione e di autoprotezione) di cui le parti abbiano la diretta disponibilità, essendo di competenza dell'autorità sanitaria esterna all'organizzazione aziendale (dove l'inconferenza, anche a mio parere, del richiamo, da taluni fatto, all'art. 279, comma 2, lettera *a* del d.lgs. n. 81/2008, che allude alla messa a disposizione di vaccini efficaci da parte del datore di lavoro).

Diverso è, invece, il modo attraverso il quale si dà adempimento, rispettivamente, alle due norme sopra citate. Quanto al datore di lavoro, la mobilitazione dell'obbligo di sicurezza cui alcuni hanno fatto ricorso per risolvere il problema in oggetto, ho l'impressione che sia in eccesso, dato che l'unico comportamento che può essere richiesto al datore di lavoro – in assenza, per ora (ma probabilmente anche per il futuro) di un obbligo legale di vaccinazione – è quello della persuasione. Ciò vale nell'ottica del singolo rapporto, e ancora di più nell'ottica dell'insieme dei rapporti inseriti nell'organizzazione di lavoro, posto che quanto più alto è il tasso di vaccinazione, tanto maggiore sarà la sicurezza complessiva garantita dal datore di lavoro, nei confronti degli altri lavoratori e dei terzi.

Decisamente più significativo, invece, mi sembra l'obbligo a carico del lavoratore in base all'art. 20, d. lgs. n. 81/2008: norma, questa, che a ben guardare e a prescindere dalla pandemia Covid-19, introduce un obbligo che non appare in sintonia con una accezione rigida del diritto all'autodeterminazione di cui all'art. 32 Cost. Se infatti tale accezione rigida comporta che il singolo goda anche della libertà negativa di non curarsi, ebbene, l'art. 20 va in direzione esattamente contraria, imponendo al lavoratore di prendersi cura della propria salute (oltre che di quella delle altre persone presenti sul luogo di lavoro). Potrebbe giudicarsi frettoloso dedurre da ciò che l'art. 20 incorpori la riserva legale di cui alla norma costituzionale (magari per una sua innegabile genericità), ma esso mi pare possa costituire un valido supporto alla prospettiva, sopra formulata, dell'onere.

6. Se l'ultima osservazione è corretta, se dunque l'art. 20, d. lgs. n. 81/2008 fonda un obbligo di prendersi cura della propria salute che diventa imprescindibile ove si intenda stipulare o proseguire il rapporto di lavoro con mansioni, o in genere modalità, a rischio di contatto e dunque di contagio, mi pare inevitabile concludere che il mancato assolvimento di tale obbligo, cioè il rifiuto della vaccinazione (nel momento in cui la stessa sarà accessibile secondo il piano vaccinazioni), non possa non avere rilievo sul piano disciplinare. Naturalmente con tutte le necessarie gradazioni dettate dal principio di proporzionalità, sia in relazione al giudizio sulla gravità del comportamento (legato alle concrete mansioni e al contesto ambientale), sia in relazione al tipo di sanzione, che certo non può essere solo il licenziamento per giusta causa, come pure è stato da taluno sostenuto. Ed anche con le possibili cause di giustificazione, costituite da eventuali e provate incompatibilità personali con il vaccino, mentre non mi sembra possano proprio avere rilievo semplici sospetti e diffidenze, quand'anche non tali da identificarsi con le classiche posizioni *no-vax*. Ciò quanto meno allorché l'avanzare della campagna di vaccinazione potrà rendere quest'ultima una misura protettiva scientificamente supportata, generalizzata e validata: il che evidenzia come il periodo transitorio di una vaccinazione selettiva e per fasi temporali diverse non sarà certo né breve, né facile, con ogni conseguenza sul consolidamento delle posizioni giuridiche sopra esaminate.

7. In una prospettiva diversa da quella disciplinare, la mancata vaccinazione del lavoratore è stata ricondotta da taluni ad una condizione di inidoneità alle mansioni tale da configurare una impossibilità temporanea della prestazione di lavoro (ovvero una impossibilità parziale *ratione temporis*). Se ne è dedotta, prima di tutto, la facoltà per il datore di lavoro di rifiutare, in quanto non utilizzabile, la prestazione di lavoro offerta senza lo scudo della vaccinazione, e ovviamente di rifiutarla senza corrispondere la retribuzione. Di seguito, venuto meno l'interesse del datore di lavoro medesimo alla prosecuzione del rapporto per una prestazione non utilizzabile, la possibilità di un licenziamento per giustificato motivo oggettivo, nella nota versione delle ragioni legate ad una condizione personale del lavoratore tale da incidere sul regolare funzionamento dell'organizzazione di lavoro; e ciò, ovviamente, solo dopo la scadenza del noto blocco dei licenziamenti per ragioni oggettive di cui alla legislazione di emergenza anti Covid-19.

Tale prospettiva costituisce una coerente conseguenza della tesi che tiene ferma la copertura costituzionale del rifiuto del lavoratore di vaccinarsi e cerca di rimediare in modo concreto alle problematiche conseguenze che da quel rifiuto derivano per l'organizzazione del datore di lavoro; anche se qualche criticità la presenta, nell'utilizzazione della categoria

dell'impossibilità in una situazione nella quale sembra mancare il requisito della non imputabilità della stessa. Ma mi sembra che il rifiuto di una prestazione (forse non impossibile per causa non imputabile, ma comunque) non conforme a quanto il datore di lavoro ha ragione di attendersi in relazione al complessivo contesto della prestazione medesima in una generale situazione di rischio, sia da considerare comunque legittimo. Dopodiché, il licenziamento per ragioni oggettive esige, per essere legittimo, solo la dimostrazione che l'inutilizzabilità della prestazione offerta non ritualmente incide, per la sua durata e rilevanza, sull'organizzazione del complesso aziendale.

A ben guardare, prima della soluzione finale (il licenziamento) le due prospettive non confliggono necessariamente fra loro, e possono convivere. La qualificazione, a mio parere preferibile, in termini disciplinari del rifiuto della vaccinazione da parte del lavoratore (sia pure lungo un percorso cronologicamente ancora da definire), non esclude affatto che il datore di lavoro possa ricorrere anche alla sospensione del rapporto, *rectius*, al rifiuto della prestazione di lavoro e alla sospensione dell'obbligazione retributiva; misure, queste, che possono aggiungersi all'applicazione di sanzioni disciplinari conservative, da considerarsi più appropriate finché l'attuazione del piano vaccinale non sia giunto a completamento.

Alla fine, però, si arriva ad un bivio. Da un lato il licenziamento disciplinare (per giusta causa, ma anche per giustificato motivo soggettivo, non essendo sempre facile dimostrare quando il rapporto è divenuto davvero improseguibile per mancata vaccinazione), dall'altro lato, come detto, il licenziamento per ragioni oggettive, in ragione del pregiudizio che il rifiuto di vaccinarsi provoca nell'organizzazione. La questione è se queste due strade siano fungibili, a discrezione del datore di lavoro, almeno per tutti quei rapporti per i quali l'esercizio stesso del potere disciplinare, anche di quello con effetto estintivo del rapporto, sia appunto rimesso alla scelta discrezionale del datore di lavoro; il che, sia detto per inciso, creerebbe qualche problema per quei rapporti (come quelli di pubblico impiego) nei quali si ritiene che quell'esercizio sia viceversa vincolato. Ed ancor più, la questione è se queste due strade siano cumulabili fra loro. La soluzione non mi pare tanto semplice. Verrebbe da sostenere quella negativa, magari sulla scorta di quella giurisprudenza che ha negato il cumulo in caso di scarso rendimento. Ma l'obiettiva incertezza, che si ha ragione di ritenere non durerà poco, circa la qualificazione giuridica della posizione del lavoratore renitente alla vaccinazione, mi pare orienti a consentire al datore di lavoro di percorrere contemporaneamente entrambe le vie.

Carlo Cester, professore emerito nell'Università degli studi di Padova