

Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l'opinione di Oronzo Mazzotta

di O. Mazzotta - 28 gennaio 2021

1. Dopo aver lanciato il tema sulle colonne di *Labor*, non mi sottraggo alla responsabilità di esprimere anche la mia opinione, compiacendomi della variegata ed impegnata messe di contributi che la rivista ha ricevuto.

Il panorama che deriva dai contributi pubblicati fino a questo momento, pur nella varietà degli itinerari, dà conto della complessità della questione e della necessità di affrontarla senza trascurare alcun particolare, per piccolo che possa apparire. Prevale in linea di massima un atteggiamento prudente che non cede alle lusinghe di mannaie *tranchant*, auspicabili magari per ragioni extra-giuridiche, ma assai poco rispondenti ai pesi e contrappesi che propone il panorama dell'ordinamento.

La delicatezza della discussione deriva dal fatto, pressoché ovvio, per cui il retroterra delle opinioni giuridiche è caricato dai tanti pre-giudizi, nel senso letterale di giudizi precostituiti, che tutti noi abbiamo maturato nel lunghissimo, interminabile anno appena trascorso, sulla pandemia, sui suoi effetti e sui comportamenti – virtuosi o irresponsabili – dei nostri connazionali.

Per non incorrere in fraintendimenti sulla mia posizione o sul mio pre-giudizio faccio mio il pensiero espresso recentemente da Michele Serra, nella sua rubrica su *la Repubblica*. Serra risponde così al conformismo individualista di “quelli che non la bevono”: «l'anno appena trascorso, così duro e insolito, ci ha aiutato a capire che in certi momenti bisogna... essere gregge, accettare le fatiche dell'uguaglianza, ammettere di essere legati a doppio filo a un destino collettivo. Per questo, soprattutto per questo vaccinarsi è non solo utile. È anche giusto».

Ecco allora che per affrontare il discorso da un punto di vista giuridico, anche volendo fornire una prima lettura degli eventi, occorre sgombrare il campo da quei presupposti/pregiudizi ed accostarsi ad una discussione condotta al lume del diritto che ci governa.

Anzitutto proviamo a formulare esattamente il quesito che ci interessa: in un contesto ordinamentale nel quale la vaccinazione non è obbligatoria può il datore di lavoro imporla ai propri dipendenti per ragioni di sicurezza e, conseguentemente, sanzionare con il licenziamento per giusta causa chi non si adegua a tale disposizione?

I parametri di riferimento per impostare una risposta sono anzitutto l'art. 32 Cost. e l'art. 2087 cod. civ.

Il primo, come è noto, al secondo comma, prevede che «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge». Il secondo impegna il

datore di lavoro ad «adottare le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale del prestatore di lavoro».

Secondo una lettura davvero radicale della vicenda il combinato disposto, come si diceva un tempo, delle due norme dovrebbe condurre all'affermazione della perfetta ammissibilità della scelta datoriale di imporre la vaccinazione obbligatoriamente ai propri dipendenti "senza se e senza ma". Non solo i diritti assoluti della persona – si assume in questa prospettiva – sarebbero perfettamente disponibili da parte dell'interessato, ma il lavoratore, tramite la sottoscrizione del contratto di lavoro, avrebbe in qualche modo accettato *a priori* siffatta limitazione dei suoi diritti.

Francamente non vedo come una prospettiva del genere possa accordarsi con una corretta visualizzazione delle obbligazioni delle parti del rapporto di lavoro. In primo luogo è seriamente discutibile la premessa, secondo cui vi sarebbe una obbligazione "implicita" assunta dal lavoratore diretta a veder limitati i propri diritti assoluti. Vero è proprio il contrario e cioè che sono i diritti assoluti che condizionano l'amministrazione del contratto di lavoro, costituendo proprio un *limite all'autonomia privata*, che, come sappiamo, non può porsi in conflitto con norme imperative di legge. Così come è altrettanto indiscutibile che le ipotesi di disposizione dei diritti assoluti all'interno del rapporto di lavoro (pensiamo alla riservatezza) sono rigidamente regolate dalla legge, che costruisce intorno alla persona del lavoratore una serie di garanzie proprio allo scopo di evitare che il rapporto possa essere fonte tali limitazioni.

In realtà, nella prospettiva qui avversata, si scrive "contratto di lavoro", ma si deve leggere "poteri unilaterali del datore di lavoro". Intendo dire che qui stiamo ragionando non di spazi di libera autonomia che dovrebbero riguardare il contratto e cioè libere scelte (semmai esplicite) di ambedue le parti, ma di spazi di libertà ed autonomia che dovrebbero caratterizzare il potere direttivo del datore di lavoro, cioè *il potere di una parte del contratto di imporre limitazioni ai diritti assoluti dell'altro contraente*.

Il che mi pare francamente un po' troppo in controtendenza rispetto a quello che grandi Maestri chiamavano "lo spirito del diritto del lavoro".

Ciò posto, se si esce fuori dalla dimensione generalissima (ed alquanto ardita) appena criticata non può che prendersi atto, nei rapporti fra art. 32 Cost. e art. 2087 cod. civ., che quest'ultima disposizione non può di certo essere considerato la "disposizione di legge" cui allude la riserva formulata dalla prima, dovendo questa consistere in una normazione *ad hoc*, specificamente diretta ad imporre la vaccinazione.

D'altra parte è sì vero che il rispetto dell'obbligo di cui all'art. 2087 impone al datore di conformarsi al criterio della "massima sicurezza possibile", ma il rispetto di tale criterio è pur sempre ancorato a dati scientifici dedotti dall'"esperienza e la tecnica". Sennonché nel nostro caso poco o nulla si sa sul vaccino ed i suoi effetti, ma soprattutto gli scienziati si dividono anche sui mezzi di propagazione del virus. Mancherebbero quindi quei dati di acquisita "esperienza e tecnica", che potrebbero imporre al datore l'adozione di tale misura. Così come il lavoratore potrebbe addurre, se non il rispetto della riservatezza, particolari condizioni personali che possono sconsigliare di sottoporsi alla vaccinazione.

Si dice ancora che, secondo l'art. 20 del d.lgs. 81/2008 (il testo unico in materia di sicurezza sul lavoro), è fatto obbligo *allo stesso lavoratore* di prendersi cura della propria salute e sicurezza e di quella delle altre persone presenti sul luogo di lavoro. Si tratta però di un precetto che può essere astrattamente invocato rispetto alle misure che impongono di indossare la mascherina e/o rispettare il distanziamento o, ancora, farsi misurare la temperatura all'ingresso dei luoghi di lavoro (misure del resto previste da fonti sovraordinate), ma non per quelle che, come la vaccinazione, incontrano un limite che deriva da una norma costituzionale.

Altrettanto discutibile è il richiamo dell'art. 279 del Testo unico, secondo cui, ove il lavoratore sia esposto ad agenti biologici, il datore di lavoro può disporre le più idonee misure sanitarie di protezione, ivi compresa «la messa a disposizione di vaccini efficaci per quei lavoratori che non sono già immuni all'agente biologico presente nella lavorazione». È evidente infatti che in questo caso la vaccinazione è imposta a protezione dello stesso lavoratore esposto ad un rischio che comunque promana dall'ambiente lavorativo.

D'altra parte questa disposizione costituisce la migliore conferma del fatto che solo con una esplicita previsione legislativa si può superare il divieto previsto dall'art. 32 Cost. Con il corollario che, trattandosi di norma di stretta interpretazione, non se ne possono allargare le maglie estendendola a situazioni diverse e non previste.

2. Ciò detto spostiamo ora il *focus* del discorso sulla posizione del lavoratore e sui suoi obblighi contrattuali. Si può ritenere che non aderire alla direttiva del datore possa costituire una violazione di tali obblighi, cioè un inadempimento passibile di licenziamento per giusta causa?

Non dobbiamo dimenticare che la valutazione dell'inadempimento non può essere condotta una volta per tutte ed in astratto, come pretenderebbe chi formula la facile equazione fra il rifiuto della vaccinazione ed il licenziamento.

Il giudizio sull'inadempimento non può che essere condotto *sul piano del singolo rapporto*; è un giudizio che va *individualizzato*.

E qui si entra in quel delicato territorio in cui vengono in conflitto le *obbligazioni contrattuali del lavoratore* con la sua *vita privata*. Bisogna quindi chiedersi – fermo per il lavoratore l'ovvio rispetto delle obbligazioni relative alla sua prestazione – fino a che punto il comportamento complessivo incide sulla agibilità della prestazione e la permanenza dell'interesse del creditore di lavoro alla prosecuzione del rapporto.

Basta porsi questo interrogativo per avere una bussola che può orientare la discussione.

Stiamo qui mettendo in campo quegli obblighi che hanno a che fare con l'*affidamento* che il datore ripone sull'adempimento della prestazione del lavoratore.

Ora in questa vasta categoria rientrano anzitutto i cc.dd. *obblighi preparatori all'adempimento*, entro i quali vanno inquadrati i comportamenti del lavoratore estranei alla prestazione ma che possono incidere sul rapporto (ad es. il caso di un lavoratore che, mentre è assente per malattia, presta lavoro per altri).

Vi rientrano poi i cosiddetti *doveri di protezione*, altra categoria fecondissima, che ci consente di sottoporre a valutazione tutti quegli inadempimenti da *contatto sociale*, posti in essere in

occasione di lavoro (pensiamo al furto sul luogo di lavoro o alla rissa, ma anche alla lesione dell'interesse dell'impresa a non subire pregiudizi sul mercato con danni all'immagine, etc.).

Ed allora se osserviamo la nostra specie alla luce di tali direttive è facile dedurne che la personalizzazione della valutazione dell'inadempimento non può che condurci ad operare importanti distinzioni fra rapporto e rapporto e fra ambiente ed ambiente. È fin troppo ovvio che i doveri di protezione richiesti ad un dipendente bancario sono ben diversi da quelli pretesi nei confronti della prestazione di un semplice manovale nell'edilizia.

Ma soprattutto la distinzione appena evocata ci consente di personalizzare gli inadempimenti in relazione ai contesti lavorativi nell'ambito dei quali si verificano.

Ne deve conseguire che legittimamente un ospedale o una casa di cura privata possono pretendere la vaccinazione da medici ed infermieri, anche perché sarebbero esposti a responsabilità risarcitoria nei confronti di chi, ricoverato per curarsi, abbia contratto il virus in conseguenza di un comportamento inadempiente di un dipendente. È evidente però che con riferimento a tali specifici rapporti la protezione della salute degli assistiti è proprio l'oggetto della prestazione richiesta agli addetti del settore. In qualche modo – lo dico consapevole della scarsa precisione giuridica dell'espressione – la tutela della salute altrui entra in nella “causa” del contratto.

Infine, una volta che, caso per caso ed in relazione ai diversi “ambienti” lavorativi, si sia considerata esigibile la richiesta di vaccinazione, resta la questione della sanzione applicabile al comportamento deviante del lavoratore.

Il licenziamento, come si sa, presuppone o un “notevole inadempimento degli obblighi contrattuali” (giustificato motivo soggettivo) o, addirittura, una “causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto” (giusta causa).

Anche nelle situazioni appena descritte non è detto che la più corretta reazione datoriale debba essere considerato il licenziamento.

Intanto potrebbe esservi per il datore l'opzione di adibire il lavoratore, che abbia scelto di non vaccinarsi, a posizioni compatibili (o meno incompatibili) con tale scelta, in attuazione del suo potere direttivo, un potere oggi dalle maglie assai più larghe in conseguenza della riforma renziana che ha modificato l'art. 13 dello statuto dei lavoratori (e per esso l'art. 2103 cod. civ.).

Residuerrebbe infine la possibilità di configurare il comportamento del lavoratore come un oggettivo impedimento alla prestazione di lavoro, in ragione di una *impossibilità sopravvenuta*. Anche se riguardata la questione in questa luce il licenziamento potrebbe non essere una conseguenza automatica.

Come si sa in casi del genere (pensiamo alla carcerazione preventiva del lavoratore o, per le situazioni di impossibilità regolamentata, al comporto per malattia) ci collochiamo non nella sfera della impossibilità totale, perché l'agibilità del contratto di lavoro non è radicalmente compromessa, ma in quella della *impossibilità parziale* *ratione temporis* (art. 1464 cod. civ.) o *temporanea* (art. 1256, 2°co. cod. civ.): l'inquadramento nell'una o nell'altra categoria dipende per così dire dal gusto costruttivo dell'interprete.

Prescindo nel presente intervento dal prendere posizione sullo strumento tecnico che il datore dovrebbe adoperare per sancire la rottura del vincolo. Come è ben noto se si opta per l'impossibilità parziale lo strumento è quello del recesso, mentre se si inquadra la specie entro l'impossibilità temporanea il punto di caduta è la risoluzione *ipso iure*.

Conta piuttosto ricordare che sia l'una che l'altra ipotesi di impossibilità non abilitano il contraente adempiente ad una rottura immediata del vincolo negoziale, ma attribuiscono al datore-creditore il potere di risolvere il contratto solo quando non è più rinvenibile un «apprezzabile interesse» all'adempimento parziale (o temporaneo) dell'altra parte.

Ed in situazioni del genere la giurisprudenza, per calcolare il tempo necessario per il venir meno di tale interesse, fa riferimento ad un complesso di parametri come la collocazione del lavoratore nell'ambito del processo produttivo, le mansioni e la qualifica (un lavoratore più qualificato sarà meno facilmente sostituibile), la dimensione dell'impresa, etc. I nostri giudici tendono così a scivolare sul terreno delle ragioni oggettive, descritte dall'art. 3 della l. 604/66, prendendo in considerazione le conseguenze disorganizzative del comportamento del lavoratore sull'assetto dell'impresa.

Resta fermo comunque che, così facendo, la giurisprudenza opera un adeguato bilanciamento fra l'interesse del datore alla cessazione del rapporto e quello del lavoratore alla conservazione del posto e ritiene che alla scelta di licenziare si possa giungere solo dopo un certo periodo di tempo. Nel frattempo il rapporto di lavoro si trova quindi in una situazione di sospensione fino al momento in cui venga a cessare l'impedimento o si esaurisce l'interesse datoriale all'adempimento parziale.

Come si vede dalla rapida ricognizione effettuata la soluzione del problema non è affatto né semplice né immediata, ma è sottoposta ad una lunga serie di valutazioni intermedie che mettono in discussione sia il potere di imporre la vaccinazione che quello di disporre necessariamente il licenziamento all'inadempiente.

Certo, in una situazione di tale incertezza e su una materia così delicata, sarebbe auspicabile che intervenisse il legislatore, ma la politica purtroppo latita.

Oronzo Mazzotta