

Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l'opinione di Roberto Romei

di R. Romei - 23 gennaio 2021

Vaccinazione e licenziamento.

1. Si è aperto nel nostro Paese un dibattito – definito da Giuliano Cazzola sull'ultimo numero di *“Europa, Lavoro Diritti”* (non senza una qualche ragione) un po' “surreale” – sulla possibilità di licenziare il lavoratore che rifiuti di vaccinarsi. Dibattito che per ora si pone su coordinate del tutto astratte, sia perché ad oggi casi non ve ne sono stati, sia perché non ve ne potevano essere, dato che fino alla fine di marzo sussiste un blocco dei licenziamenti per ragioni oggettive che in ogni caso impedirebbe il licenziamento del lavoratore che rifiuti di vaccinarsi, a meno di non ritenere che il rifiuto concretizzi un inadempimento sanzionabile.

Ma è questione che una volta venuto meno divieto di licenziamento potrebbe porsi concretamente.

Al quesito occorre dare un risposta che proceda per gradi.

Il primo nodo da sciogliere è se vi sia un obbligo di vaccinazione.

E la risposta, in linea generale, non può che essere negativa, in considerazione dell'ostacolo rappresentato dall'art. 32 Cost. È indubbio infatti che non esista un obbligo di vaccinazione imposto specificamente dalla legge, e che quindi il singolo non sia soggetto ad un obbligo di questo genere.

Altro discorso è se un tale obbligo possa scaturire non da una norma generale, rivolta appunto a tutti i cittadini, ma da norme particolari che riguardino solo i lavoratori.

Da più parti si è richiamato l'art. 279 del D.lgs. n. 81/2008 che impone al datore di lavoro di mettere a disposizione dei lavoratori dei “vaccini efficaci per quei lavoratori che non sono già immuni all'agente biologico presente nelle lavorazioni”. Dunque la disposizione contiene un *obbligo* per il datore di lavoro, e non un dovere per i lavoratori; e fa riferimento a fattori di rischio *endogeni* alle lavorazioni e non esogeni come il Covid-19. Certo, potrebbe sempre interpretarsi la norma in via di analogia, estendendone il contenuto anche al caso di specie; ma occorrerebbe almeno porsi il problema del se esista davvero una identità di *ratio*, e se sia lecita un' interpretazione che crei una norma che incida nella sfera privata di una persona, ambito questo tanto delicato che lo stesso legislatore costituente ha vincolato la obbligatorietà dei trattamenti sanitari ad una specifica riserva di legge. E tanto che lo stesso art. 279, all'ultimo comma, implicitamente fa salva la libertà del singolo di non sottoporsi alla somministrazione del vaccino.

Anche l'art. 2087 c.c. impone un obbligo al datore di lavoro, quello cioè di adottare ogni misura che secondo l'esperienza e la tecnica sia necessaria a preservare la salute dei propri dipendenti.

Dando per scontato che la vaccinazione determini una copertura molto alta contro l'infezione da Covid-19, ciò potrebbe costituire un elemento sufficiente per far sì che il datore di lavoro imponga – emanando delle disposizioni “per l'esecuzione e la disciplina del rapporto di lavoro” ai sensi dell'art. 2104 c.c.- un obbligo di vaccinazione.

Sotto questo aspetto il datore di lavoro sarebbe quindi obbligato ad imporre la vaccinazione, rientrando quest'ultima tra le misure che secondo la tecnica e l'esperienza sarebbero necessarie onde preservare la salute dell'intera compagine aziendale. E la eventuale trasgressione integrerebbe una infrazione disciplinare sanzionabile anche con il licenziamento.

Ma anche in questo caso l'impressione è che in tal maniera si finisca con il far dire troppo alla norma del Codice. La legge cui fa riferimento l'art. 32 Cost. è una legge *specificata*, che cioè imponga come obbligatorio un determinato trattamento sanitario, e non una norma generica, ancorché a contenuto aperto, come l'art. 2087 c.c. La disposizione del Codice civile impone un obbligo generale di adottare determinate misure a tutela della salute dei lavoratori, ed è un obbligo che per di più ha natura contrattuale e che, attuato attraverso l'emanazione di atti unilaterali da parte di un soggetto privato. E dunque per tal via si finirebbe con l'imporre al singolo un trattamento sanitario che deriva da un atto unilaterale e non direttamente da una legge.

Insomma, sia pur rapidissimamente esaminato, il fondamento normativo di un obbligo generalizzato in capo ai lavoratori alla vaccinazione, e, corrispondentemente, di un dovere del datore di lavoro di imporla, sembra essere fin troppo claudicante ed incerto per poter fondare con una certa sicurezza l'obbligatorietà di un trattamento così intrusivo nella sfera personale del lavoratore.

Semmai ci si potrebbe chiedere se una risposta egualmente negativa potrebbe essere data anche ove fossero le stesse parti sociali ad inserire l'obbligo di vaccinazione nei protocolli che contengono le prescrizioni per le misure di contrasto ed il contenimento della diffusione del Covid-19. Come è noto l'art. 29 bis del d.l. n. 34/2020 individua proprio nelle misure inserite in tali protocolli il criterio per l'adempimento dell'obbligo di sicurezza imposto dall'art. 2087 c. c. In tal caso, grazie al sistema dei rinvii a cascata, si potrebbe giungere a sostenere che la obbligatorietà sia imposta dalla legge per il tramite della contrattazione collettiva. Ma ovviamente si tratta di una prospettiva che necessiterebbe di ben altro approfondimento, e comunque appare di assai difficile realizzabilità.

2. Ciò però non vuol dire che il rifiuto a vaccinarsi sia privo di ogni conseguenza.

Innanzitutto va tenuto presente che, anche se non è di ampiezza tale da sorreggere l'imposizione del vaccino, sussiste comunque l'obbligo per il datore di lavoro di adottare tutte le misure necessarie a tutela della salute dei propri dipendenti, non solo applicando le misure contenute nei protocolli, ma anche ricorrendo alle misure vaccinali. È indubbio infatti che, allo stato delle conoscenze scientifiche attuali, il vaccino possa costituire un valido ausilio onde evitare il contagio della persona e la propagazione del virus verso gli altri.

Ne consegue che il datore di lavoro può legittimamente richiedere, come condizione per lo svolgimento della prestazione di lavoro, che venga assolto l'obbligo di vaccinazione.

Quanto si è appena detto non deve suonare a contraddizione di ciò che si è invece sostenuto nel paragrafo che precede.

Occorre infatti distinguere tra il potere/dovere del datore di lavoro – fondato sull'art. 2087 c.c. e realizzato tramite l'art. 2104 c.c. – di impartire un ordine che obblighi tutti i suoi dipendenti a vaccinarsi. E il potere che lo stesso datore di lavoro ha, sempre fondato sull'art. 2087 c.c., di adottare le misure necessarie alla tutela della salute dei propri dipendenti tra cui può rientrare anche l'obbligo di vaccinazione.

La distinzione può apparire sottile, ma non è inesistente.

Un conto infatti è ritenere che il datore di lavoro possa imporre un obbligo di vaccinazione in esecuzione del suo potere di impartire delle disposizioni per la esecuzione e la disciplina del rapporto di lavoro. Altro conto è che possa determinare le condizioni alle quali la prestazione di lavoro può essere resa, così come accade quando il datore di lavoro prescrive l'utilizzo di determinati dispositivi per la sicurezza (ad es. mascherine). E ciò vale tanto più nel caso della infezione da Covid-19 dove il datore di lavoro ha non solo la responsabilità dei propri dipendenti, ma anche di eventuali terzi con i quali essi possano venire a contatto, come potrebbe accadere nelle strutture sanitarie o di ricovero.

Naturalmente è necessario che l'obbligo, o meglio, la prescrizione del datore di lavoro di vaccinarsi, risponda a criteri di ragionevolezza. Il rifiuto del lavoratore potrebbe essere legittimo ove non sussista pericolo alcuno di contagio, perché il singolo svolge la propria prestazione senza entrare in contatto con nessuno, come potrebbe avvenire ad esempio ove la prestazione di lavoro fosse prestata con modalità agile, e fino a che tale modalità perduri. O svolga la propria prestazione in solitudine.

Ma a parte eventualità del genere, se non può parlarsi di obbligo, sembra invece possa parlarsi di un onere del lavoratore a soddisfare le condizioni che sono determinate dal datore di lavoro per lo svolgimento della prestazione di lavoro.

Ne deriva che in mancanza di tali condizioni la prestazione diviene impossibile per fatto del lavoratore con conseguente sospensione dell'obbligo retributivo.

3. Con il che però non ogni incertezza viene appianata.

Innanzitutto ci si può domandare se il datore di lavoro possa essere informato sull'adempimento dell'obbligo vaccinale, eventualmente richiedendone la dimostrazione.

E la risposta sembra essere positiva.

Non è di ostacolo l'art. 8 della L. n. 300/1970. Innanzitutto perché non ci sono delle "indagini", ma la notizia viene portata a conoscenza del datore di lavoro dal diretto interessato. In secondo luogo perché si tratta appunto di "fatti" rilevanti ai fini dell'attitudine professionale del lavoratore, espressione questa che va intesa in senso ampio, come riferita al possesso delle condizioni necessarie per l'esecuzione della prestazione, del tutti simili ad esempio al possesso di

una patente per la guida di un TIR o di un autobus di una linea urbana. In terzo luogo perché incombe sul lavoratore l'onere, appunto, di dimostrare di essere in regola con le prescrizioni che disciplinano l'esecuzione della prestazione di lavoro.

Ma il punto di maggiore interesse riguarda la possibilità di licenziamento, ovviamente per giustificato motivo oggettivo. E la risposta è che non è possibile dare una risposta valida sempre e comunque, ma solo con riferimento in singoli casi. Trovano infatti applicazione le normali regole in tema di licenziamento per gmo.

E dunque il licenziamento sarà possibile ove l'assenza determini il verificarsi delle condizioni richieste dall'art. 3 della L. n. 604/1966: come potrebbe avvenire in tutti i casi in cui la mancata esecuzione della prestazione determini un intralcio al regolare funzionamento dell'attività produttiva. L'assenza di un impiegato addetto ad attività amministrativa può bene essere sopportata se l'organizzazione del lavoro è sufficientemente ampia da poter assorbire il suo carico di lavoro. Non così ad esempio nel caso di una piccola agenzia bancaria con soli due addetti alla cassa. L'assenza dell'uno finirebbe con il concentrare tutto il lavoro sul secondo, determinando inevitabili ritardi con conseguenze negative sulla clientela. Il che legittimerebbe il licenziamento.

Con il che si risponde anche al quesito se il datore di lavoro abbia un obbligo di modificare le mansioni del lavoratore onde renderle compatibili con il rifiuto di vaccinazione. O di esperire altre soluzioni come la collocazione in integrazione salariale.

Sul primo quesito la risposta è negativa in generale, ma positiva in caso di licenziamento, dato il noto orientamento giurisprudenziale che subordina la legittimità del licenziamento alla dimostrazione della inesistenza di altre mansioni cui adibire il lavoratore.

Sul secondo c'è invece una certa perplessità.

La Cassa per Covid-19 fa certo riferimento ad ipotesi in cui non sia possibile avvalersi della prestazione del lavoratore dipendente, ma a motivo di una situazione oggettiva, dovuta appunto alla pandemia ed ai riflessi che da ciò derivano sull'andamento dell'impresa. Ma in questo caso l'impossibilità non è oggettiva, ma dovuta ad una scelta del lavoratore, che esercita certamente un diritto garantito dalla Costituzione, ma non fruendo di provvidenze pubbliche.

Roberto Romei, professore ordinario nell'Università degli studi Roma Tre