

Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l'opinione di Vincenzo Antonio Poso

di V. A. Poso -

Il bene del singolo e il bene di tutti. E le «chiacchiere» dei politici (e dei giuristi) a proposito del vaccino anti Covid -19 tra obbligo e libertà.

«La bioetica delle vaccinazioni ci impone [...] di ragionare in una prospettiva di ampio respiro, nella quale il bene di cui si va alla ricerca è insieme il bene del singolo e il bene di tutti. Questa naturalmente non è una formula magica, in grado di risolvere tutti i complessi problemi che sorgono dalla pratica delle vaccinazioni: problemi di facoltatività, di obbligatorietà e di coattività, problemi di rapporto costi-benefici, problemi di consenso, problemi di alternative... L'essenziale, comunque, è che l'opinione pubblica acquisti la consapevolezza che mai, come nel caso delle vaccinazioni, l'atto del singolo acquista significanza solo se collocato nel quadro generale di un'azione collettiva. Ed è in questo nesso, in questa reciproca coappartenenza tra il singolo uomo e la comunità degli uomini, che il problema delle vaccinazioni, come problema bioetico, acquista tutto il suo spessore».

Sono, queste, alcune parole della presentazione del parere del 22 settembre 1995 su “*Le vaccinazioni*” del Comitato Nazionale per la Bioetica.

Il problema etico delle vaccinazioni è tutto qui, ma la questione è anche, e soprattutto, giuridica, di fronte al rifiuto della singola persona di vaccinarsi e all'opzione dell'obbligo di vaccinarsi imposto dalla Stato, soprattutto in una situazione epidemiologica mondiale della gravità del Covid-19 che stiamo attraversando, senza sicure prospettive di positiva soluzione.

Nel parere del 1995 il Comitato aveva affermato il dovere dello Stato «*di promuovere le vaccinazioni considerate essenziali dalla comunità scientifica internazionale non solo attraverso campagne di informazione ed educazione sanitaria, ma anche, se necessario, con altre modalità più incisive*», tra le quali anche la coercizione esplicita, proponendosi lo scopo di una protezione vaccinale sufficientemente estesa da proteggere sia i singoli soggetti, sia l'intera popolazione da rischi significativi di contagio.

Nella mozione su “*L'importanza delle vaccinazioni*” del 24 aprile 2015, il Comitato Nazionale per la Bioetica, di fronte all'allarme suscitato dalla recrudescenza del morbillo, anche in conseguenza della diminuzione della copertura vaccinale, ritorna su questo tema, richiamando, in maniera più incisiva, la responsabilità personale e sociale per assicurare una copertura adeguata per le vaccinazioni obbligatorie e per quelle solo raccomandate, senza escludere l'obbligatorietà della vaccinazione in caso di emergenza.

Questa posizione è richiamata nel recente parere del 27 novembre 2020 “*I vaccini e Covid-19: aspetti etici per la ricerca, il costo e la distribuzione*”, espresso sempre dal Comitato

Nazionale per la Bioetica, che, pur ribadendo il rispetto dell'autonomia individuale e della spontanea adesione, non esclude un'imposizione autoritativa del vaccino, ove il diffondersi di un senso di responsabilità individuale e le condizioni complessive della diffusione della pandemia lo consentano, ritenendo legittimi i trattamenti sanitari obbligatori in caso di necessità e pericolo per la salute delle singole persone e della collettività (sul punto si possono richiamare le sentenze di Corte Cost. 22 giugno 1990, n. 307 e 23 giugno 1991, n. 258).

Questo il punto centrale, che qui interessa: *«Pertanto, nel caso in cui questa pandemia, che mette a rischio la vita e la salute individuale e pubblica, tanto più qualora non si disponga di nessuna cura, il Comitato ritiene eticamente doveroso che vengano fatti tutti gli sforzi per raggiungere e mantenere una copertura vaccinale ottimale attraverso l'adesione consapevole. Nell'eventualità che perduri la gravità della situazione sanitaria e l'insostenibilità a lungo termine delle limitazioni alle attività sociali ed economiche, il Comitato ritiene inoltre che – a fronte di un vaccino validato e approvato dalle autorità competenti – non vada esclusa l'obbligatorietà, soprattutto per gruppi professionali che sono a rischio di infezione e trasmissione di virus. Tale obbligo dovrebbe essere discusso all'interno delle stesse associazioni professionali e dovrà essere revocato qualora non sussista più un pericolo per la collettività».*

Il perimetro costituzionale, come è noto, è segnato dall'art. 32, comma 2, Cost., ma merita richiamare anche la l. 22 dicembre 2017, n. 219, sul consenso informato e le disposizioni anticipate di trattamento (sul diritto alla libertà di cura v., tra le ultime, le sentenze di Corte Cost. 22 novembre 2019, n. 242 e 16 novembre 2018, n. 207).

Il vaccino, validato e approvato dalle autorità competenti, ora c'è, ma non c'è l'obbligo di effettuarlo, allo stato delle cose, che il governo e il legislatore non considerano una priorità.

L'obbligo di somministrare il vaccino non è (più) un problema "etico", nemmeno per il Comitato, nei limiti sopra indicati; residua, però, il problema politico e giuridico.

A mio avviso, nella grave situazione data, il vaccino anti Covid -19 dovrebbe essere imposto obbligatoriamente, con le sole eccezioni che ne giustifichino l'esenzione per motivi di salute (non ne vedo altri, francamente, nemmeno sul piano delle convinzioni personali), anche per consentire la ripresa delle attività sociali, in senso lato, non ultima quella scolastica, a tutti i livelli, ed economiche.

Sembra davvero contraddittorio, nel comportamento governativo e parlamentare, mantenere restrizioni rilevanti, senza disporre l'obbligo della somministrazione del vaccino che ripetutamente viene salutato come la via d'uscita auspicata (e necessitata) dalla pandemia.

Quanto meno il legislatore dovrebbe porsi il problema di rendere obbligatoria la vaccinazione per i dipendenti e gli addetti alle attività essenziali che, con estrema semplificazione, sono state esentate dalla chiusura generalizzata nella prima fase, quella più acuta, della diffusione del virus.

Una scelta del legislatore che, giustamente, alcuni hanno considerato coerente con i principi enunciati dalla Corte costituzionale nelle sentenze 2 giugno 1994, n. 218 e 23 giugno 1994, n. 258, proprio nella prospettiva di evitare rischi per la salute dei terzi e per realizzare un virtuoso

bilanciamento tra la salute del singolo individuo e la salute collettiva, realizzata anche, e soprattutto, dalle prescrizioni di legge relative alle vaccinazioni obbligatorie.

Ovviamente nessun obbligo può essere imposto senza l'intervento del legislatore, come pure qualcuno ha ritenuto possibile richiamando le norme fondamentali sulla sicurezza del lavoro, prime fra tutte l'art. 2087 c.c. e del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, nel perimetro degli obblighi non solo del datore di lavoro (art.18), ma anche dei lavoratori (art. 20).

Peraltro l'intervento del legislatore, necessitato anche dalla previsione costituzionale dell'art. 32, c.2, Cost., porterebbe nell'alveo nazionale una scelta che, anche su questo specifico punto, non può essere di rango regionale.

Come è noto restano in gran parte irrisolti i nodi della tutela della salute nel conflitto delle competenze tra lo Stato e le Regioni in base agli artt. 32 e 117, Cost., ma anche di recente la Corte Costituzionale, con l'inedita ordinanza cautelare n. 4 pronunciata il 14 gennaio 2021, con la quale ha sospeso, per la prima volta, l'efficacia della legge "aperturista" della Regione autonoma della Valle d'Aosta (l. 9 dicembre 2020, n.11, che dispone misure di contenimento della diffusione del virus Sars-Cov.2 nelle attività sociali ed economiche della regione in relazione allo stato di emergenza), ha confermato che la materia della profilassi internazionale, sancita dall'art. 117, c.2, lett. q, Cost., non spetta alle Regioni, nemmeno a statuto autonomo, ma rientra nella competenza esclusiva dello Stato.

Leggeremo la sentenza che sarà pronunciata a definizione del giudizio di attribuzione, ma la Corte Costituzionale, allo stato, afferma la clausola di supremazia dello Stato (contenuta nella fallita riforma costituzionale del 2016 e riproposta in alcuni progetti di riforma dell'attuale governo), congelando l'autonomia della Regione Valle d'Aosta di derogare alle misure governative anti Covid-19, con la prospettazione di un rischio di pregiudizio irreparabile all'interesse pubblico a una gestione unitaria dell'epidemia a livello nazionale.

È quanto mai opportuno che (anche) su questo fronte, quello dell'obbligo di somministrazione del vaccino anti Covid-19, non si apra un (nuovo e inedito) fronte di contrapposizione tra lo Stato e le Regioni, per l'affermazione delle rispettive competenze, a Costituzione invariata.

Ho letto una recente ordinanza cautelare del Tribunale del Lavoro di Messina del 12 dicembre 2020 (pronunciata nella causa R.G. n. 4505/2020 promossa da alcuni sanitari ausiliari), che ha disapplicato il decreto assessorale regionale siciliano e le note aziendali ospedaliere di sua conseguente applicazione, che, proprio per evitare la concomitanza della "ordinaria" influenza con il contagio pandemico, avevano imposto al personale sanitario l'obbligo della vaccinazione antinfluenzale e anti pneumococcica, sul presupposto, incontestabile, che la tutela della salute è materia che la Costituzione, con l'art. 32, riserva alla legge statale. Anche di recente, con la sentenza 6 giugno 2019, n. 137, la Corte Costituzionale ha considerato legittima solo la normativa regionale sull'organizzazione sanitaria (l. della Regione Puglia 19 giugno 2018, n. 27, sull'esecuzione degli obblighi di vaccinazione degli operatori sanitari, impugnata dal Presidente del Consiglio dei Ministri), nella parte in cui si limita a disporre la vaccinazione del personale sanitario come condizione di accesso ad alcuni reparti, al fine di evitare il contagio anche dei pazienti; esprimendo, tuttavia, una valutazione di incostituzionalità delle vaccinazioni, solo raccomandate a livello nazionale, rese, di fatto obbligatorie a

livello regionale (sul punto richiamando la precedente sentenza 18 gennaio 2018, n. 5 che ha riaffermato la competenza statale sulla determinazione dei principi fondamentali sulla tutela della salute, con riferimento alle disposizioni del d. l. 7 giugno 2017, n. 73, conv., con mod., in l. 31 luglio 2017, n. 119, sulle vaccinazioni obbligatorie per i minori fino a 16 anni di età).

Peraltro, sul punto, occorre rimarcare, come già affermato dalla Corte Costituzionale nelle sentenze n. 137/2019 e n. 5 del 2018, che *«nell’orizzonte epistemico della pratica medico-sanitaria la distanza tra raccomandazione e obbligo è assai minore di quella che separa i due concetti nei rapporti giuridici. In ambito medico, raccomandare e prescrivere sono azioni percepite come egualmente doverose in vista di un determinato obiettivo (tanto che sul piano del diritto all’indennizzo le vaccinazioni raccomandate e quelle obbligatorie non subiscono differenze: si veda, da ultimo la sentenza n. 268 del 2017)»*.

Ci si chiede quali possano essere le conseguenze sul rapporto di lavoro, in caso di rifiuto di vaccinarsi opposto da un dipendente, in ragione degli obblighi che il datore di lavoro ha non solo nei confronti di quest’ultimo, ma anche degli altri dipendenti e della collettività.

Prima di dare una risposta a questa domanda, ci dobbiamo però chiedere se e in quali limiti il datore di lavoro possa imporre al proprio dipendente l’obbligo della vaccinazione.

Sembra del tutto evidente che non possa farlo se non violando il principio stabilito dall’art. 32, c.2, Cost, che vieta l’assoggettamento del lavoratore a un determinato trattamento sanitario che diventerebbe, in tal modo, obbligatorio per volontà di una parte contrattuale e non della legge statale alla quale questa scelta è riservata in maniera esclusiva, come abbiamo più volte detto.

Questo, però, non risolve il problema della responsabilità del datore di lavoro e degli obblighi del dipendente nei suoi confronti.

Qualcuno ha coniugato il principio della prevenzione con quello della solidarietà, ma è indubbio che la solidarietà, se non è imposta dalla legge, resta un mero postulato, un problema di coscienza individuale (e collettiva). Parafrasando un celebre passaggio letterario manzoniano possiamo dire: *“la solidarietà, uno, se non ce l’ha, mica se la può dare”*.

Sul piano degli obblighi della prevenzione, però, la situazione è diversa.

L’art. 2087 c.c., che, come norma residuale, ha un ambito di applicazione esteso, non arriva ad imporre al datore di lavoro di adottare misure di prevenzione, a tutela di tutti i dipendenti, non previste dalla legge e in contrasto con la Costituzione che tutela i diritti della persona; e tuttavia il datore di lavoro deve adottare misure adeguate ed efficaci, per prevenire e limitare il rischio del contagio, imposte dalla scienza medica e dalla tecnica.

Il datore di lavoro, a mio avviso, può, anzi deve pretendere dai suoi dipendenti e collaboratori una certificazione attestante la loro avvenuta vaccinazione, assumendo le necessarie informazioni, nel rispetto della privacy sui lavoratori vaccinati e non vaccinati, per accettare la loro prestazione, in attuazione del rapporto obbligatorio in cui si realizza l’esecuzione del contratto di lavoro.

L'attività di *prevenzione e controllo* è prevista espressamente dall'art. 279, d.lgs. n. 81/2008, che affida la sorveglianza sanitaria al medico competente (ex art. 41), e al datore di lavoro, anche con la messa a disposizione di vaccini efficaci e con le informazioni necessarie sui vantaggi e gli inconvenienti delle vaccinazioni.

Il comportamento del lavoratore non collaborativo, ostativo, assume indubbiamente un connotato disciplinare, con tutto ciò che ne consegue, sul piano fisiologico o patologico del rapporto di lavoro.

Altra cosa è la valutazione datoriale del comportamento di chi non ha effettuato il vaccino e rifiuta la sua somministrazione. Non è di natura disciplinare, ma non è immune da conseguenze. È un comportamento che non può integrare gli estremi dell'infrazione disciplinare perché è esplicazione di un diritto coperto dalla massima tutela, quella costituzionale.

Valgano, in proposito, tutte le argomentazioni spese da chi ha parlato di sospensione del rapporto di lavoro, impossibilità temporanea sopravvenuta della prestazione, inadempimento, che consentono al datore di lavoro di non corrispondere la retribuzione (e non versare la relativa contribuzione previdenziale ed assistenziale), escludendo la misura estrema del licenziamento, per motivi disciplinari, che, frettolosamente, qualcuno ha pure avanzato all'inizio del dibattito su questo tema.

In buona sostanza il datore di lavoro può eccepire l'inadempimento del lavoratore all'obbligo di sicurezza del lavoratore e pertanto rifiutarsi di ricevere la sua prestazione e non retribuire il lavoratore fino a quando questi non provveda a vaccinarsi.

A meno che, lo ripetiamo, il legislatore non adegui il decalogo delle vaccinazioni obbligatorie con riferimento alla generalità dei prestatori di lavoro o ad alcuni di essi, in considerazione della gravità della situazione epidemiologica, intervenendo, eccezionalmente, anche sulle persone adulte e capaci di intendere e di volere.

È indubbio che, nella grave contingenza nella quale ci troviamo, il datore di lavoro ha interesse non solo a che il proprio dipendente si sottoponga alla vaccinazione, così da fare tutto il possibile per realizzare la prevenzione del rischio di contagio nei luoghi di lavoro, ma deve porsi anche il problema interno alla sua organizzazione di lavoro, per evitare e limitare, nei limiti del possibile, le probabilità di assenze causate dal Covid-19, e, all'esterno, per fornire a clienti e utenti prestazioni e servizi resi da personale vaccinato, tendenzialmente immunizzato, per evitare i rischi del contagio.

Peraltro non è detto che la vaccinazione risolva ogni problema, potendo sussistere gli obblighi, a mio avviso concorrenti con il vaccino, del referto del tampone negativo e della quarantena, nelle situazioni date (qui dovrebbero intervenire il legislatore e le parti sociali, anche con l'adeguamento dei protocolli in essere, in base a direttive e accordi-quadro).

Ma la mancata valutazione disciplinare del rifiuto del vaccino, nei termini sopra riferiti, non esclude, certamente, le implicazioni, e le conseguenti valutazioni, sul piano oggettivo della organizzazione del lavoro.

Il datore di lavoro non può essere costretto ad adeguare la sua organizzazione, anche in termini di organico dei lavoratori dipendenti (ad esempio con un lavoratore a termine o

somministrato), per consentire l'esercizio di un diritto, seppure di rilevanza costituzionale, ad un suo dipendente che non intende vaccinarsi.

Certamente il problema dovrà essere valutato nell'ambito concreto del luogo di lavoro, dell'impresa e della specifica unità di lavoro, ma il datore di lavoro potrebbe arrivare alla determinazione del recesso per motivi oggettivi e ad anche per inidoneità all'esercizio delle mansioni assegnate o assegnabili.

Diventa difficile immaginare il trasferimento del lavoratore in altro luogo di lavoro (quale?) immune da ogni possibilità di contagio o l'assegnazione di mansioni compatibili con l'assenza del vaccino (quali?) nella condizione di non contagiare. Innanzitutto perché solo per alcune patologie esiste questo diritto; e comunque perché altrove (se non in regime di *smart working* o in luogo isolato da tutti) il problema della diffusione del contagio agli altri si porrebbe in ogni caso, non può essere evitato. È difficile, anche, potere immaginare mansioni, espletate nel luogo di lavoro, immuni dal contagio, sebbene inferiori.

E allora, in questo contesto, il datore di lavoro dovrà valutare, attentamente, la rilevanza nel caso concreto dell'art. 42, d.lgs. n. 81/2008, sull'inidoneità alla mansione specifica espressa dal medico competente, per verificare se e a quali condizioni possa anche arrivare al licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

Ovviamente parliamo di una situazione che dovrà essere valutata, nelle sue implicazioni oggettive, quando la campagna di vaccinazione (che sta procedendo per gradi, per territori, per età e categorie ritenute a rischio) sarà completata e a regime, a meno che già oggi, risultando acquisito il rifiuto di sottoporsi alla vaccinazione o di fornire le informazioni utili, il datore di lavoro non sia in grado di assumere le determinazioni conseguenti in ordine al comportamento assunto dal lavoratore. Perché oggi chi non ha avuto ancora la possibilità di vaccinarsi non può essere legittimamente allontanato dal posto di lavoro (tutto deve procedere necessariamente come prima, in base anche ai protocolli sottoscritti e alle disposizioni, anche datoriali, impartite).

È discutibile, invece, a mio avviso la soluzione, pure prospettata con argomenti rilevanti, di consentire, in regime di sospensione del rapporto di lavoro, la CIG-Covid-19, perché la situazione di temporanea impossibilità della prestazione, per quanto possa essere definita *oggettiva*, deriva, pur sempre, da una scelta del lavoratore, legittima, magari apprezzabile, anche sul piano delle personali convinzioni di ognuno (ma su questo aspetto non è da escludere da parte di qualche lavoratore una censura di discriminatorietà), che, se non risulta giustificata sulla base di presupposti oggettivi che impongano l'esenzione dal vaccino, non può certamente essere messa sul conto della collettività.

Ovviamente su questo punto il legislatore può assumere una diversa determinazione, ponendosi, responsabilmente, il problema di chi, vaccinato e quasi sicuramente immunizzato è costretto a non lavorare per evitare occasioni di diffusione del contagio e per tutelare i preponderanti interessi collettivi nel rispetto delle misure restrittive adottate dalle autorità competenti e di chi, invece, per assecondare la libertà della sua scelta, è autorizzato a non prestare la sua attività di lavoro, percependo il trattamento economico integrativo.

È il tempo della responsabilità.

Della politica, tutta, non solo del governo e del parlamento, che devono adottare scelte, anche tragiche, se necessario, nell'interesse della collettività.

Ma anche dei giuristi, che devono sapere individuare le soluzioni più appropriate, evitando di enfatizzare le libertà individuali in un contesto che richiede solidarietà e bilanciamento degli interessi.

Vincenzo Antonio Poso, avvocato in Pisa