

Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l'opinione di Fabrizio Ferraro

di F. Ferraro - 10 febbraio 2021

Rifiuto del vaccino anti-covid19 e rapporto di lavoro subordinato.

1. Premessa.

Il bisogno di salvaguardare la salute come diritto fondamentale e interesse della collettività è risultato prevalente nel bilanciamento realizzato, con diversi contenuti nel tempo ma con identica finalità, dal complesso della disciplina emergenziale in vigore dall'inizio della pandemia da Covid-19. La creazione e la successiva autorizzazione dei primi vaccini sta alimentando un dibattito sulle conseguenze sul rapporto di lavoro subordinato del rifiuto del lavoratore, giustificato oppure no, di immunizzarsi.

Da subito il rifiuto del vaccino è stato da alcune voci associato al licenziamento disciplinare del lavoratore riluttante, forse con eccessiva nettezza. Un più attento esame della questione porta a interrogarsi sulle possibili alternative. Si impongono però cinque, rapide ma necessarie, premesse.

La prima ha carattere normativo. Nel luogo di lavoro, come è noto, spetta al datore garantire la sicurezza a norma dell'art. 2087 c.c. e del d.lgs. 81/2008, ineluttabili parametri normativi di riferimento ai fini di ogni riflessione sul tema. Il Protocollo del 14 marzo 2020, come integrato in data 24 aprile dello stesso anno, è divenuto, per espressa volontà del legislatore *ex art. 29-bis*, DL 8 aprile 2020, n. 34, conv. L 5 giugno 2020, n. 40, il metro del rispetto dell'obbligazione generale di sicurezza con riferimento al rischio di contagio da Covid-19 («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»). Le protezioni imposte dal protocollo rappresentavano del resto la misura tecnologicamente disponibile più avanzata, prima della ideazione del vaccino.

In merito alla seconda premessa, si consideri che il rischio di contagio da Covid-19 è stato fin da subito qualificato come un rischio generico aggravato (ovverosia incrementato dalla peculiare promiscuità tra individui che può caratterizzare i luoghi del lavoro) e, nella maggior parte dei contesti lavorativi, esogeno. Ciononostante, il legislatore sembrerebbe aver favorito la concezione di un rischio "professionale" – *rectius* derivante dall'ambiente di lavoro – dacché, a norma dell'art. 42 del d.l. 18/2020, convertito in l. 27/2020, ha qualificato il contagio in

occasione di lavoro come infortunio. A ciò si aggiunga che, di recente, la Direttiva UE 739 del 3 giugno 2020 ha inserito il SARS-CoV-2 nell'elenco degli agenti biologici che causano malattie infettive (allegato III della dir. 2000/54/CE), secondo alcune ricostruzioni (cfr. Guariniello R., *Sul vaccino per i lavoratori contro il Covid-19 si applichi la legge!*, su ipsoa.it) addirittura estendendo l'applicazione della Direttiva 2000/54/CE (relativa alla protezione dei lavoratori contro i rischi derivanti da un'esposizione ad agenti biologici durante il lavoro) e quindi del titolo X del d.lgs. 81/2008. Si tratta però di un punto controverso.

Le successive premesse hanno carattere metodologico. Innanzitutto, grande fermento si registra sull'effettiva efficacia dei vaccini contro il Covid-19. Si auspica sia non solo immunizzante, tale per cui non contrarrà più la malattia il soggetto cui il vaccino è somministrato, ma altresì si spera che sia in grado di neutralizzare l'infezione (capacità infettante) a vantaggio di tutti gli altri soggetti con i quali, in diversi contesti sociali, non ultimo il luogo di lavoro, il vaccinato entri in contatto. Nonostante, in assenza di specifici studi (probabilmente in arrivo nei prossimi mesi), non si abbiano assolute certezze in ordine alla capacità infettante del soggetto vaccinato, v'è la probabilità scientificamente rilevante che il vaccino impedisca anche la trasmissione del virus (v. le considerazioni dell'AIFA in un recente documento esplicativo, dove si spiega che è «plausibile che la vaccinazione protegga dall'infezione»). Si tratta di un dato da assumere quale presupposto del ragionamento sulle “responsabilità” dei soggetti del rapporto di lavoro e sulle relative conseguenze, difettando altrimenti ogni interesse alla trattazione del tema (infatti, se il vaccino non fosse in grado di limitare fortemente o annullare il contagio, non vi sarebbe alcuno specifico interesse prevenzionistico meritevole di tutela).

Il presupposto di ogni riflessione sulle conseguenze del rifiuto è l'effettiva disponibilità del vaccino. Da questo punto di vista è bene chiarire subito che il datore di lavoro, pur trattando in questo caso un dato sensibile, ben può domandare al lavoratore idonea certificazione che abbia rilievo per l'organizzazione del lavoro, ossia per valutare l'idoneità alla mansione (non si pone infatti un problema di art. 8, l. 300 del 1970 per [Romei](#)). Più dubbio è, almeno in via di fatto, attraverso quale via il datore stesso possa sapere se la chiamata vaccinale sia stata effettuata dal S.S.N. e rifiutata dal lavoratore.

Poi, la riflessione deve riguardare non solo coloro che rifiutino il vaccino per mero sospetto o per scelta ideologica, ma anche quelle categorie fragili (casi di immunodeficienza o altra patologia) che, sulla base di attendibili valutazioni medico-scientifiche, si trovino impossibilitate a fruire di un vaccino teoricamente disponibile.

Un'ultima, necessaria, premessa: si consideri che i fenomeni di cui si discorre sono estremamente mutevoli e fluidi. Allo stato il vaccino è disponibile – e non obbligatorio in forza di una specifica legge (v. oltre) – solo per alcune categorie di lavoratori, principalmente afferenti al personale delle RSA e il personale ospedaliero. A breve le Regioni meglio organizzate procederanno con la vaccinazione di persone di età più avanzata e soggetti a rischio. Ad ogni buon conto, per lungo tempo ancora il vaccino non sarà disponibile sul mercato e, quindi, non potrà essere somministrato direttamente in azienda tramite prescrizione del medico competente e a spese dei datori di lavoro, ma solamente dalle autorità sanitarie (lo precisa anche [Ferrante](#)).

2. Inconfigurabilità di un obbligo vaccinale e irrilevanza disciplinare del rifiuto del vaccino.

Ciò premesso, ci si deve interrogare primariamente sulla configurazione di un obbligo vaccinale, ovviamente sul presupposto della *disponibilità* – *id est* il lavoratore è stato convocato dalle autorità sanitarie – e della *possibilità dal punto di vista medico* del vaccino – *id est* insussistenza di controindicazioni scientificamente attendibili alla somministrazione, per via di alcune “fragilità” specifiche dell’individuo.

Non si tratta di una ipotesi astratta. IL personale medico ha ricevuto il vaccino e quindi, si è posto il problema degli effetti sul rapporto di lavoro della mancata immunizzazione volontaria e, di conseguenza, della persistente, capacità infettante del soggetto.

Ebbene, la norma di riferimento è l’art. 32 Cost. Tale disposizione di rango primario, laddove stabilisce perentoriamente che “*nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge*”, contiene una stretta e rigorosa riserva di legge.

Il legislatore è, nei limiti dell’art. 32 Cost., abilitato a dettare forma di obbligatorietà di vaccini (cfr. l. 292/1963, sul vaccino obbligatorio contro il tetano, che proprio al comma 1 elenca categorie di lavoratori destinatari del vaccino stesso; e si legga la sentenza della C. cost. n. 262/2004; e 5/2018). Nonostante il vaccino contro il Covid-19 rappresenti secondo la migliore scienza medica la strada maestra, la legge si astiene. Ciò, con ogni probabilità, per via dell’imprevedibilità del numero di dosi disponibili e di conseguenza per l’impossibilità di stilare un calendario chiaro fin dal principio, ma forse anche per la presenza di molte voci contrarie in seno al Parlamento.

Ad ogni buon conto, se il vaccino è solo fortemente raccomandato, la scelta se vaccinarsi o no è esercizio della libertà del singolo costituzionalmente garantita. Ciò, in linea generale, anche qualora l’interessato al vaccino sia un medico (che è dubbio, ma non implausibile, possa essere obbligato in forza del codice deontologico, ad esempio facendo valere la violazione del dovere di collaborazione alla prevenzione *ex art. 5*; cfr. anche art. 10 e 12 del codice deontologico delle professioni infermieristiche; questione diversa è se possa essere sanzionato il medico che non si limiti a rifiutare per precauzione il vaccino, bensì sostenga e diffonda notizie destituite di fondamento in merito al vaccino e ai propri effetti e se possa subire finanche un licenziamento).

Non è affatto agevole dedurre altrimenti un obbligo vaccinale a carico dei lavoratori che soddisfi la riserva di legge di fonte costituzione, né dalla norma generale e di chiusura dell’art. 2087 c.c., né dall’art. 279 del d.lgs. 81/2008.

La prima disposizione infatti non è abbastanza specifica da integrare la riserva di legge e superare quindi l’obiezione circa la resistenza della libertà costituzionale. Per la stessa ragione, non può neppure invocarsi l’obbligo di collaborazione in capo al lavoratore ai sensi dell’art. 20 del d.lgs. 81/2008 (in particolare comma 2 lett. a) che di quella norma del codice è appendice e che, se utilizzato come fondamento dell’obbligo, apparirebbe in contrasto con la scelta individuale garantita dall’art. 32 Cost. (Mazzotta O., intervento su quotidianogiuridico.it).

Non vale a mio avviso a superare il limite della riserva di legge la tesi secondo cui il contatto sociale particolarmente qualificato che si verifica nei luoghi comuni dell’attività lavorativa consente in linea generale di validare una sorta di “auto-limitazione” (di disponibilità parla

espressamente Ichino, su *quotidianogiuridico.it*), di talché si giustificerebbero per i lavoratori imposizioni più pregnanti di quelle che riguardano la generalità dei cittadini.

In effetti l'art. 1 comma 4 della l. 210/1992 distingue tra “vaccinazioni obbligatorie” (obbligo) e “vaccinazioni necessarie” (onere), laddove estende i benefici del comma primo – l’indennizzo in caso di menomazione permanente della integrità psicofisica cagionata dal vaccino – alle «persone che, per motivi di lavoro o per incarico del loro ufficio o per potere accedere ad uno Stato estero, si siano sottoposte a vaccinazioni che, *pur non essendo obbligatorie, risultino necessarie*». E, si aggiunga, la Corte costituzionale ha in effetti in passato considerato necessari accertamenti sanitari in merito all’infezione da HIV «come condizione per l’espletamento di attività che comportano rischi per la salute dei terzi» (C. cost. n. 218/1994; coerentemente si estende il diritto all’indennizzo anche a fronte di vaccini non obbligatori, come sanciscono C. cost. n. 268/2017 e C. cost. 107/2012). Ebbene, quanto detto non implica conseguenze sul piano disciplinare in presenza di una norma costituzionale che sancisce uno spazio di libertà, come l’art. 32 Cost. Proprio la condivisibile configurazione di un onere (cfr. [Ce-ster](#), il quale tuttavia ipotizza conseguenze disciplinari) consente di affermare che la mancata immunizzazione ha sì rilievo, ma sul diverso piano della obiettiva utilizzabilità e idoneità della prestazione (v. oltre).

La seconda disposizione sovente richiamata, ossia l’art. 279 del d.lgs. 81/2008), è sicuramente più specifica dell’art. 2087 c.c. Innanzitutto tale norma presuppone che il rischio da contagio del Covid-19 sia stato oggetto di valutazione ai sensi degli artt. 17 comma 1 lett. a e 28 ss. del d.lgs. 81/2008 (ciò che in effetti, secondo la tesi che sembra oramai affermarsi, dovrebbe in ogni caso avvenire: cfr. INAIL e Guariniello R., *Sul vaccino per i lavoratori contro il Covid-19 si applichi la legge!*, [www.ipsoa.it](#)). Inoltre, dalla prospettiva della norma in questione, il rischio è endogeno e non solamente esogeno (cfr. art. 266 comma 1, in apertura del Titolo X sulla «esposizione agli agenti biologici» per le «attività lavorative nelle quali vi è rischio di esposizione ad agenti biologici»), di talché mal si adatta al di fuori di determinati contesti (cfr. però art. 271 comma 4). Si consideri poi che il vaccino è, ai sensi del comma 1 lett. a, considerato una «misura protettiva particolare» ed è «messo a disposizione per i lavoratori che non sono già immuni», ma soprattutto somministrato «a cura del medico competente», circostanza impossibile a verificarsi in un contesto di gestione centralizzata (a livello statale e regionale) delle operazioni vaccinali. Merita anche menzione, entro lo schema dell’art. 279, la particolare misura dell’allontanamento temporaneo di cui alla lett. b dello stesso comma primo.

Anche ricorrendo tutte le condizioni previste e ammesso che possa trovare applicazione generale, la norma non pare idonea a fondare un obbligo vaccinale la cui violazione esponga il lavoratore riluttante al licenziamento disciplinare (cfr. [Albi](#)). Infatti, l’art. 32 Cost. richiede che la legge preveda un trattamento determinato, mentre l’art. 279 è norma ancora di carattere più generale. Inoltre, il comma 5 dello stesso articolo 279, nel dettare le informazioni rese dal medico competente, sembra contemplare anche l’ipotesi della scelta negativa laddove si precisa che sono oggetto di informazione «vantaggi e inconvenienti della vaccinazione e della non vaccinazione». Del resto, l’art. 279 si connette nei suoi meccanismi alla sorveglianza sanitaria (cfr. oltre).

Riassumendo: v'è una libertà costituzionalmente garantita e non un obbligo di vaccinarsi. È dunque esclusa la rilevanza disciplinaria del rifiuto (in tal senso tra gli altri, fin da subito, [Gragnoles](#)). Può configurarsi però un *onere*, il cui mancato rispetto non comporta sanzioni disciplinari, ma funge, viceversa, da presupposto d'inidoneità alla mansione da ricondurre al sistema della sicurezza sul lavoro e in particolare alla sorveglianza sanitaria (v. paragrafi successivi).

L'introduzione di uno specifico obbligo di legge relativo al vaccino contro il Covid-19, salva sempre l'effettiva disponibilità e il rispetto della condizione di chi si trovi, per accertate ragioni mediche, nella impossibilità di ricevere il trattamento vaccinale, potrebbe modificare i tasselli del ragionamento e, di conseguenza, le conclusioni. Ed è molto dubbio, se non altro per il rigore ermeneutico della Corte costituzionale sul punto (cfr. C. cost. 5/2018 e 137/2019), che l'obbligo specifico possa essere introdotto direttamente dai Protocolli citati, nel rispetto della riserva di legge dell'art. 32 Cost., in forza del richiamo all'art. 2087 c.c. contenuto nell'art. 29-bis del d.l. 34/2020 (cit.). Ad ogni modo, allo stato, non v'è traccia di simili obblighi.

3. Impossibilità della prestazione del lavoratore non vaccinato...

Esaurita, nei limiti del possibile, la riflessione sulla prospettiva "soggettiva", si deve ora assumere la diversa prospettiva della prevenzione del contagio in azienda quale interesse organizzativo del datore, valevole anche nei rapporti con i terzi. È bene chiarire, in altri termini, che esiste un interesse del datore di lavoro meritevole di protezione secondo l'ordinamento giuridico a utilizzare esclusivamente prestazioni di lavoratori vaccinati, ogni volta che sussista un reale rischio di contagio per terzi o altri lavoratori (su questa lunghezza d'onda cfr. [Maresca](#) e [Bellomo](#)). Interesse che, è ben preciserlo, emerge con chiarezza dalla complessiva disciplina della sicurezza del lavoro e, più nello specifico, dal sottosistema della sorveglianza sanitaria (cfr. artt. 18 comma 1 lett. a, art. 20 comma 2 lett. i, e 38 ss., d.lgs. 81/2008).

La riflessione svolta su questo diverso piano sembrerebbe assai più prolifica di risultati, ancorché non meno irta di insidie ricostruttive.

Secondo questa diversa ottica, la prestazione del lavoratore non vaccinato sarebbe non utilizzabile sotto il profilo oggettivo e, quindi, si verificherebbe una causa di impossibilità sopravvenuta *ex art.* 1256 c.c. (cfr. 1463 c.c.; ma anche art. 1464 c.c. che tuttavia, a rigore, riguarda ipotesi in cui l'adempimento possa essere «parziale», non quindi i contratti di durata in senso tecnico) che come noto potrebbe anche legittimare, ricorrendone tutti i presupposti, un licenziamento ancorato a un motivo di carattere oggettivo.

Il ragionamento, in punto di diritto, si snoda attraverso due passaggi.

Innanzitutto, occorre chiarire da cosa dipenda detta impossibilità-inutilizzabilità e, in conseguenza di ciò, comprendere quando ricorra e quando, poi, giustifichi il recesso con conseguente estinzione dell'obbligazione; o se, in alternativa, possano essere pretese dal lavoratore altre soluzioni (mutamento di mansioni, sospensione, lavoro agile emergenziale, etc). A tal fine si procederà all'esame dell'art. 1256 c.c.

In secondo luogo, occorre definire meglio, rispetto a tale ottica, la posizione di coloro che (forse vogliono, ma in ogni caso) non possono essere vaccinati per comprovate ragioni

medico-sanitarie. La posizione di costoro sarà affrontata nel parallelo con i riluttanti al vaccino, per rilevare meglio le differenze (par. 4).

Quanto al primo dei due snodi, l'art. 1256 c.c. prevede, al comma 1, che «l'obbligazione si estingue quando, per una causa non imputabile al debitore, la prestazione diventa impossibile». Il comma secondo così recita: «Se l'impossibilità è solo temporanea, il debitore finché essa perdura, non è responsabile del ritardo nell'adempimento. Tuttavia, l'obbligazione si estingue se l'impossibilità perdura fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla».

In linea generale, la prestazione che oggettivamente non presenti, anche *ratione subiecti*, requisiti ben determinati, in contrasto con gli interessi perseguiti dal datore del lavoro, può ricevere l'attributo sopravveniente della "inutilizzabilità". La prevenzione del contagio è infatti messa in discussione dalla incertezza "procurata" dal lavoratore che rifiuti un vaccino disponibile. Ciò, non tanto per i rischi insiti nella responsabilità del datore di lavoro per il fatto illecito del prestatore *ex artt.* 1228 e 2049 c.c., quanto per l'interesse positivo del datore di lavoro allo svolgimento ordinato dell'attività d'impresa nella massima sicurezza possibile (art. 2087 c.c.; d.lgs. 81/2008). Ferma la disciplina della sorveglianza sanitaria (v. oltre), in applicazione delle norme generali in materia di obbligazioni e in assenza di una disciplina speciale il lavoratore inidoneo può essere sospeso senza diritto alla retribuzione.

Si affaccia un dubbio nodale: può una causa procurata come il rifiuto – sicuramente in questa forma imputabile al prestatore di lavoro – essere fonte di impossibilità sopravvenuta? Ebbene a mio avviso la domanda è mal posta. Non è il fatto del rifiuto privo di giustificazione valida (che peraltro non è rivolto al datore di lavoro per ora, ma alle autorità sanitarie) a essere preso in considerazione quando si valuta l'utilità della prestazione, bensì la persistente *idoneità* del prestatore a realizzare, svolgendo le proprie mansioni, l'interesse della controparte negoziale. E non v'è dubbio che la causa consistente nella "capacità infettante per mancata vaccinazione" possa astrattamente fondare un'impossibilità rispetto all'interesse organizzativo alla prevenzione già preso in esame e filtrato attraverso le norme procedurali del d.lgs. 81/2008.

È evidente che all'ipotesi in esame (che il vaccino sia rifiutato o non somministrabile) non è applicabile l'art. 4 comma 4, l. 68/1999 concernente «i lavoratori che divengono *inabili* allo svolgimento delle proprie mansioni in conseguenza di infortunio o malattia». *A fortiori*, non s'applica l'art 10 comma 3, l. 68/1999, che contempla l'ipotesi di *disabili* che chiedano l'accertamento della compatibilità con lo stato di salute delle mansioni affidate. Ne seguirebbe l'insussistenza della pretesa di accomodamenti ragionevoli (ad es. la ricerca di altri luoghi di lavoro o altre mansioni o modalità a distanza) con fondamento su quelle disposizioni speciali. Tantomeno accomodamenti potrebbero fondarsi direttamente sulla libertà di scelta costituzionalmente garantita dell'art. 32 Cost.

Tuttavia, occorre sia considerare che alcune norme riconoscono ai lavoratori fragili diritti più avanzati tra cui il diritto al lavoro agile (cfr. già art. 90, d.l. 34/2020, conv. l. 77/2020, che peraltro cita la sorveglianza sanitaria eccezionale per i lavoratori più esposti al contagio di cui all'art. 83; e art. 26, commi 2 e 2-*bis* del d.l. 18/2020, conv. l. 27/2020, applicabile fino al 28 febbraio in forza del rinvio operato dall'art. 1, comma 481, della l. 178/2020), sia, più in

generale, verificare l'applicabilità dell'art. 42 del d.lgs. 81/2008 al caso dei riluttanti al vaccino, sottoposti come ogni altro lavoratore a sorveglianza sanitaria, cioè a un giudizio di idoneità alla mansione (v. oltre).

4. (Segue): ... e dei lavoratori che non possono vaccinarsi.

È bene distinguere attentamente, anche rispetto al fondamento della condizione soggettiva discriminante, coloro che non vogliono e coloro che non possano vaccinarsi (e che, al contempo, non rientrino nelle tra i cosiddetti “fragili”: v. sopra).

La situazione del lavoratore che “involontariamente” rifiuti il vaccino per il concorso di altra patologia incompatibile con gli effetti della somministrazione è assimilabile al caso in cui il lavoratore contragga (o scopra) una patologia che lo rende incompatibile con le mansioni (anch'essa da valutare in concreto).

Secondo alcune voci può accadere che, per scelta del lavoratore, il rapporto si sospenda per malattia, con conseguente conservazione dell'apposito trattamento economico per il periodo di comporto, *ex art.* 2110 c.c. E tuttavia la malattia presuppone il rilascio di un certificato del medico curante che, in questo caso, non potrà riscontrare alcun morbo che giustifichi l'*incapacità al lavoro* (Del Punta R., *Malattia del lavoratore, Diritto online Treccani*). Del resto, il rifiuto “giustificato” può trovare fondamento anche nel semplice fatto che la somministrazione sia sconsigliata dalle autorità per l'incertezza statistica dei *trials* clinici (ad es. persone soggette a particolari allergie o donne in stato di gravidanza).

Anche per coloro che non possono vaccinarsi il problema è dunque di giudicare l'idoneità alla mansione ai sensi dell'art. 42 del d.lgs. 81/2008. È doveroso verificare però se, in considerazione della meritevole esigenza di tutela della salute *ex art.* 3 e 32 Cost, l'impossibilità sia insuscettibile di divenire definitiva (fermo il più limitato divieto di licenziamento *ex art.* 83 comma 3 del d.l. 34/2020; v. par. 6). Ed è auspicabile in ogni caso che, dopo la fine del blocco dei licenziamenti, si tenga nella dovuta considerazione la posizione di questi lavoratori, per distinguerla dalla posizione di coloro che rifiutano senza apprezzabili motivi il vaccino.

5. La valutazione di inutilizzabilità presuppone un giudizio tecnico di inidoneità.

L'inutilizzabilità si verifica a patto che anche le mansioni del lavoratore renitente al vaccino risultino, in concreto, incompatibili con l'organizzazione di lavoro, in quanto espongano altri (terzi o lavoratori) al rischio di contagio. Di talché, allo stato, sarebbe ancora utilizzabile la prestazione dei lavoratori in modalità agile-emergenziale, nonché di coloro che lavorano isolati, in aree separate, senza contatti con la clientela, i fornitori o altri lavoratori. La valutazione deve farsi caso per caso e nel rispetto dei presupposti individuati dalla giurisprudenza (cfr. T. Trani, sez. lav., 28/10/2019, n. 1948).

L'ipotesi del lavoratore contrario al vaccino non può però essere paragonata *sic et simpliciter* al caso eclatante della mera carenza di un'autorizzazione amministrativa, spesso e volentieri evocato ai fini di un parallelo esemplificativo. Il riscontro della mancanza di una necessaria autorizzazione (ad es. tesserini, patenti, porto d'armi etc.), pur influenzando sulla idoneità professionale e quindi sull'utilizzabilità della prestazione, non implica alcuna valutazione tecnica che esorbiti dalle competenze organizzative del datore di lavoro (trattasi di semplice

“accertamento”). Viceversa, un parallelo appropriato sarebbe quello con il rifiuto di un esame a cura del S.S.N., non obbligatorio per legge, ma considerato necessario dal medico competente ai fini del giudizio di idoneità. Quando l’inidoneità attiene infatti allo stato di salute (necessità del vaccino per continuare a svolgere la mansione) si presuppongono competenze e conoscenze mediche non possedute dal datore di lavoro. Per tale ragione il potere del datore di lavoro viene appositamente procedimentalizzato (art. 38 ss. d.lgs. 81/2008).

Ciò non porta a escludere che il datore stesso possa, in via precauzionale e solo *medio tempore*, e sempre considerando le circostanze, valutare in autonomia l’inutilizzabilità di una prestazione presumibilmente rischiosa e sospendere il lavoratore senza diritto alla retribuzione (cfr. appunto art. 1256 c.c.). Ma, è bene sottolinearlo meglio, la valutazione circa l’idoneità alla mansione è sempre rimessa al vaglio tecnico previsto dalla sezione V, titolo I, del d.lgs. 81/2008 (art. 38 ss.). Occorre insomma dare seguito alle regole in materia di sorveglianza sanitaria, definita con formula ampia e comprensiva dall’art. 2 comma 1 lett. m del d.lgs. 81 cit. come «insieme degli atti medici, finalizzati alla tutela dello stato di salute e sicurezza dei lavoratori, in relazione all’ambiente di lavoro, ai fattori di rischio professionali e alle modalità di svolgimento dell’attività» (cfr. anche, ancorché limitatamente a soggetti fragili, l’art. 83 del d.l. 34/2020; e il punto 12 del Protocollo condiviso, cit.). Ragionando diversamente le scelte del datore rischiano di divenire gravemente arbitrarie.

È inevitabile allora che sia il medico competente, cooperando con il datore di lavoro e probabilmente nel contesto di una visita periodica (cfr. art. 41, comma 1, lett. b, d.lgs. 81/2008), a formulare l’eventuale giudizio di inidoneità in relazione alla mansione specifica (ma senza possibilità ad oggi di prescrivere un vaccino che non è sul mercato) alla particolare situazione dei luoghi e, perché no, la contemporanea vigenza e corretta applicazione di regole di contenimento con fonte nei protocolli. In merito a quest’ultimo aspetto, e più radicalmente, [Perrulli](#) esclude che, sotto la vigenza dell’art. 29-*bis*, cit., e quindi senza che mutino le condizioni organizzative, possa dirsi inidoneo un lavoratore fino al giorno prima della disponibilità del vaccino pienamente idoneo; e tuttavia si potrebbe rispondere che l’evoluzione della scienza condiziona di riflesso, come noto, l’ampiezza dell’obbligo di prevenzione *ex art. 2087 c.c.*, di talché una disposizione di un anno fa non può aver cristallizzato la norma di chiusura al punto da rendere ininfluenza una tecnica decisiva, se non potenzialmente risolutiva, per bloccare il contagio.

È superfluo ricordare che la visita medica non può essere rifiutata definitivamente dal lavoratore (Cass., 16 febbraio 2017, n. 4114).

All’esito della visita il datore di lavoro «attuа le misure indicate dal medico competente» (art. 42, d.lgs. 81/2008) ovvero, se non le condivide, ricorre all’organo di vigilanza territorialmente competente ai sensi dell’art. 41, comma 9, d.lgs. 81/2008.

Non pare allora del tutto condivisibile che al datore di lavoro, prima che si sospenda l’obbligazione, non possa essere richiesto alcun “accomodamento ragionevole” (come afferma [Maresca](#)). È vero infatti che la fattispecie in esame è estranea alle categorie contemplate dalla l. 68/1999 (v. sopra), ma non anche all’ipotesi della valutazione di inidoneità in sede di sorveglianza sanitaria *ex art. 42 d.lgs. 81/2008* ai sensi del quale «il datore di lavoro, anche in considerazione di quanto disposto dalla legge 12 marzo 1999, n. 68, in relazione ai giudizi di cui

all'articolo 41, comma 6, attua le misure indicate dal medico competente e qualora le stesse prevedano un'inidoneità alla mansione specifica adibisce il lavoratore, ove possibile, a mansioni equivalenti o, in difetto, a mansioni inferiori garantendo il trattamento corrispondente alle mansioni di provenienza» (sull'applicabilità di tale disposizione cfr. [Albi](#)).

È bene chiarire innanzitutto che sono da escludere le mansioni equivalenti o inferiori che comportino analoghi contatti, in quanto riprodurrebbero in modo identico il problema; e, inoltre, è bene precisare che il datore di lavoro non potrà essere costretto a *creare* posizioni o condizioni lavorative prima inesistenti, con caratteristiche tali da rendere nuovamente idoneo il lavoratore (isolate, da remoto o in lavoro agile, etc). Si tratterebbe infatti di un "eccessivo accomodamento" – la norma precisa «ove possibile» – che peraltro, in particolare quando l'inutilizzabilità della prestazione dipende dalla mancata immunizzazione volontaria, asseconda esclusivamente bisogni egoistici del singolo (non supportati da argomenti scientificamente validabili), a discapito di esigenze prevenzionistico-organizzative di sicuro rilievo collettivo – infatti rivolte anche alla protezione della salute dei terzi – in coerenza con il giudizio di inidoneità del medico competente.

6. Impossibilità della prestazione, interesse del creditore e licenziamento.

Resta allora da capire quando il lavoratore per sua scelta non vaccinato e inidoneo possa essere definitivamente inutilizzabile e, di conseguenza, possa anche essere licenziato (e ai sensi di quale norma). Il criterio di valutazione è fornito, anche in questo caso dall'art. 1256 c.c.: «l'obbligazione si estingue se l'impossibilità perdura fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione *ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla*». È specialmente la parte finale della disposizione che qui interessa: finché il creditore di lavoro ha interesse, l'obbligazione non si estingue, ma resta sospesa.

In casi analoghi, al fine di valutare l'interesse del datore, la giurisprudenza ricorre a parametri diversificati «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.» ([Mazzotta](#)). Di talché il giudizio sulla definitività dell'impossibilità andrà calibrato sul caso specifico. Inoltre, per precauzione e in omaggio a canoni di buona fede e correttezza ex art. 1175 e 1375 c.c., il datore di lavoro dovrebbe avvisare il lavoratore in anticipo che il perpetuarsi dell'inutilizzabilità della prestazione determina una impossibilità definitiva (cfr. Cass., sez. lav., 17 giugno 2015, n. 12486, in merito alla necessità per il lavoratore di riacquistare, a proprie spese, i titoli e le abilitazioni necessari per lo svolgimento delle mansioni).

Ebbene, a fronte di un giudizio di inidoneità e dell'impossibilità di ricollocazione in mansioni anche inferiori, una impossibilità (ancora) temporanea è suscettibile di divenire definitiva, appena il rifiuto del vaccino si consolidi e si confermi nel tempo, con una valutazione da svolgersi caso per caso (mi sembra tendenzialmente *contra* Scarpelli F., *Il rifiuto del vaccino non legittima di per sé il licenziamento*, www.collettiva.it). Può seguirne, eventualmente dopo un congruo periodo di attesa, un licenziamento per motivo di carattere oggettivo, se si dimostri l'impatto sull'organizzazione della prolungata indisponibilità del lavoratore inidoneo.

Occorre sempre tenere in considerazione il blocco dei licenziamenti, allo stato prorogato fino al 31 marzo 2021, e applicabile anche al licenziamento per inidoneità (cfr. nota INL n. 298/2020). Solo oltre questa data il datore potrà valutare il licenziamento per motivo oggettivo. Prima sarà possibile solamente la sospensione senza diritto alla retribuzione.

È bene pure chiarire che la flessione della curva dei contagi e la sempre minore pericolosità del virus, grazie all'immunoprofilassi collettiva, dovrebbe precauzionalmente condurre a una revisione del giudizio di inidoneità prima di procedere al licenziamento (in tal senso, osserva ancora Scarpelli, cit., «più saremo prossimi alla c.d. immunità di gregge e meno facilmente potrà affermarsi la natura indispensabile della misura vaccinale»).

Infine può essere utile precisare che non potrebbe trovare applicazione generale il divieto di licenziamento dell'art. 83 comma 3 del d.l. 34/2020, dacché (come ricorda [Bellomo](#)) si tratta di disposizione, non solo concernente i lavoratori "fragili" del comma 1, ma altresì «temporalmente contestualizzata nella fase anteriore alla messa a punto dei vaccini e non ... estensibile anche a situazioni nelle quali il rischio da contagio sia volontariamente perpetuato o accresciuto dal rifiuto di sottoporsi alla vaccinazione». E quindi, fermo il limite del comma primo, potrebbe forse ancora estendersi ai lavoratori che sono costretti a rifiutare per ragioni medico-sanitarie scientificamente comprovate.

7. (Segue): impossibilità definitiva e giusta causa "oggettiva".

Non è invece scontato che il licenziamento sia intimato, *ex art. 3, l. 604/1966*, per giustificato motivo oggettivo e quindi con preavviso. Benché si tratti di un punto solo di rado all'attenzione della giurisprudenza (cfr. Cass., 29 marzo 2010, n. 7531), anche la giusta causa può avere natura oggettiva (cfr. di recente Pisani C., *Impossibilità sopravvenuta della prestazione e giusta causa*, *DRI*, 2020, 2, 1 ss.), come è del resto confermato dall'ultimo comma dell'art. 2119 c.c., ai sensi del quale «non costituisce giusta causa di risoluzione del contratto la liquidazione coatta amministrativa dell'impresa» e «gli effetti della liquidazione giudiziale sui rapporti di lavoro sono regolati dal codice della crisi e dell'insolvenza» (cfr. art. 189, comma 5, 376 e 389, comma 1, d. lgs. 14/2019, come succ. mod.). Residuano le ipotesi di impossibilità definitiva *ex art. 1256 c.c.* e assoluta o totale *ex art. 1463 c.c.* (Cass., n. 12373/2019). Tra queste ipotesi ricorre in potenza anche il caso in esame, atteso che il "preavviso lavorato" *ex art. 2118 c.c.* (sostituito da una indennità solo se il datore lo vuole) mal si concilia con un'inidoneità che comunque non potrebbe più consentire la permanenza in azienda, neppure temporanea: si ricordi che la definitività della causa di impossibilità è un presupposto dell'estinzione dell'obbligazione. L'inutilizzabilità per inidoneità alla mansione, che trae origine dalla persistente capacità infettante del lavoratore, corrisponderebbe in altri termini alla «causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto» di cui al primo comma dell'art. 2119 c.c.

È evidente che una «giusta causa» deve in un certo senso includere e superare i presupposti del giustificato motivo soggettivo ovvero oggettivo *ex art. 3, l. 604/1966*, in omaggio alla regola secondo cui "il più contiene il meno". La ricorrenza di una giusta causa – almeno nei rapporti a tempo indeterminato – incide infatti essenzialmente sull'efficacia temporale del recesso e quindi esprime l'urgenza della cessazione del rapporto. Per questa ragione il licenziamento per giusta causa deve essere motivato da un comportamento più grave del notevole

inadempimento (ma, come noto, anche una condotta esterna all'obbligazione atta ad incidere in modo drastico sulla fiducia reciproca e quindi sull'affidamento che ciascuna parte ha nella capacità dell'altra di adempiere in futuro); ovvero dal fatto economico-organizzativo più decisivo – *rectius* definitivo – della disfunzione organizzativa o della perdita economica (nel senso che non è sufficiente una riorganizzazione economica a rendere legittimo un recesso per giusta causa da un contratto a termine cfr. T. Cremona, sez. lav. , 27 maggio 2020, n. 33; cfr. anche T. Roma , sez. lav., 29 gennaio 2020, n. 934).

È vero che è riconducibile al giustificato motivo oggettivo anche il licenziamento per inidoneità (cfr. in ultimo la nota INL n. 298/2020), ma, se è corretto quanto sopra affermato, si tratterebbe di casi in cui è ancora astrattamente possibile, ancorché troppo onerosa, la prosecuzione del rapporto. Potrebbe viceversa integrare giusta causa “oggettiva”, in quanto causa di impossibilità definitiva con effetti estintivi dell'obbligazione (art. 1256 c.c.; Cass., 9 maggio 2019, n. 12373), l'inutilizzabilità totale della prestazione, con origine nel giudizio di inidoneità, per via della speciale considerazione di esigenze prevenzionistiche e a tutela della collettività. Ipotesi cui mal si adatta il preavviso.

Nell'ipotesi di un contratto a tempo determinato, dovendosi ipotizzare che l'interesse durevole a ricevere la prestazione investa un arco temporale predefinito per volontà delle parti, è verosimile che la stessa si riveli inutilizzabile fin da un primo momento e quindi legittimi un recesso per giusta causa. Non v'è infatti margine, in questa ipotesi, per pretendere che il datore attenda che spiri l'interesse, ai sensi del secondo comma dell'art. 1256 c.c.

Si ricordi che la giurisprudenza grava il datore, in ogni ipotesi di licenziamento per motivo di tipo oggettivo, dell'obbligo di *repêchage* (Cass., 18 novembre 2019, n. 29893). In questo caso, peraltro, l'obbligo di verificare l'esistenza di altre posizioni deve essere stato in precedenza assolto a norma dell'art. 42 del d.lgs. 81/2008, ma sembra doveroso ripetere la verifica al momento del licenziamento, se si tratti di momenti distinti.

Un rapido cenno meritano le tutele contro il licenziamento illegittimo. Mentre agli assunti prima del 7 marzo 2015 parrebbero applicabili, a seconda delle dimensioni dell'impresa, l'art. 8 della l. 604/1966 e l'art. 18 comma 7 della l. 300 del 1970 – quest'ultimo contiene infatti un più ampio riferimento al motivo oggettivo consistente nella “inidoneità” – per gli assunti a partire da quella data non può trovare applicazione, indipendentemente dal numero dei lavoratori, la reintegrazione ai sensi dell'art. 2 comma 4, d.lgs. 23/2015, atteso che la norma, subentrata in senso funzionale al primo periodo del settimo comma dell'art. 18, richiama oggi, con termine a mio avviso più specifico e in ogni caso inadattabile al caso di specie – la “disabilità”. Ne segue che al lavoratore assunto dal 7 marzo 2015 e illegittimamente licenziato, in quanto per esempio ancora utilizzabile in mansioni diverse (art. 42, d.lgs. 81/2008), spetta solamente un risarcimento del danno tra le 6 e le 36 mensilità della retribuzione utile ai fini del calcolo del t.f.r., a norma degli artt. 3 e 9 dello stesso decreto n. 23 (cfr. C. cost. n. 194 del 2018).

Fabrizio Ferraro, ricercatore nell'Università di Roma La Sapienza