



Obbligo vaccinale e rapporto di lavoro

WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 442/2021

© Alberto Mattei 2021
Università di Verona
alberto.mattei@univr.it

WP CSDLE MASSIMO D'ANTONA.IT - ISSN 1594-817X
Centre for the Study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA", University of Catania
On line journal, registered at Tribunale di Catania n. 1/2012 – 12.1.2012
Via Gallo, 25 – 95124 Catania (Italy)
Tel: +39 095230855 – Fax: +39 0952507020
csdle@lex.unict.it
<http://csdle.lex.unict.it/workingpapers.aspx>



Obbligo vaccinale e rapporto di lavoro^α

Alberto Mattei
Università di Verona

1. Premessa.	2
2. Diritto pandemico e vaccinazione: il ruolo del diritto riflessivo. .	3
3. Obbligo vaccinale, dibattito giuslavoristico e prime pronunce giurisprudenziali a cavallo del d.l. 44/2021.	7
4. Obbligo vaccinale alla luce del d.l. 44/2021, convertito in l. 76/2021: le questioni affrontate, quelle parzialmente risolte e quelle aperte.....	13
5. Tutela della privacy e gestione dei rapporti di lavoro in azienda: il necessario bilanciamento del potere di controllo datoriale.	21
6. Considerazioni conclusive. Dall'obbligo vaccinale al green pass: andata e ritorno?.....	26

^α In corso di pubblicazione su BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto, n. 3/2021.

1. Premessa.

Il tema dell'obbligo vaccinale anti-Covid-19, dal punto di vista del diritto del lavoro, solleva molteplici questioni, in parte affrontate con la normativa entrata in vigore il primo aprile 2021 (art. 4 d.l. 44/2021, convertito con modificazioni dalla l. 76/2021), in parte ancora rimaste irrisolte.

In queste pagine ci proponiamo di tracciare un quadro ricostruttivo alla luce del "diritto pandemico" (*infra* par. 2). La normativa vigente, riguardante "solo" una categoria di figure professionali operanti in alcune strutture indicate dalla stessa previsione di legge (*infra* par. 4), rappresenta uno spartiacque tra un "prima" e un "dopo". Infatti, in prossimità dell'approvazione legislativa dell'obbligo vaccinale si è innescato un ricco e articolato dibattito nella dottrina giuslavoristica¹ e sono state

¹ Senza pretesa di esaustività, considerando anche l'evolversi del quadro regolatorio, e rinviando ad altri interventi che verranno richiamati nel corso del presente contributo, segnaliamo i contributi pubblicati prima e dopo il d.l. 44/2021, P. ALBI, *Sicurezza sul lavoro e pandemia*, in *Lavoro Diritti Europa. Nuova Rivista di Diritto del Lavoro*, 2, 2021, in www.lavorodirittieuropa.it (ultima consultazione 03/09/2021); P. ALBI, S. BELLOMO, C. CESTER, V. FERRANTE, F. FERRARO, E. GRAGNOLI, A. MARESCA, O. MAZZOTTA, A. PERULLI, R. PESSI, A. DI ZUMBO, A. DE MATTEIS, V. A. POSO, R. ROMEI, J. C. VILLALON, L. ZOPPOLI, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-Covid e rapporto di lavoro*, in *Labor - Il lavoro nel diritto*, in www.rivistalabor.it (ultima consultazione 03/09/2021); M. BASILICO (intervista di), A. MARESCA, R. RIVERSO, P. SORDI, L. ZOPPOLI, *Il vaccino anti Covid, scomoda novità per gli equilibri del rapporto di lavoro subordinato*, in *Giustizia insieme*, 22 gennaio 2021, in www.giustiziainsieme.it (ultima consultazione 03/09/2021); M. BASILICO (intervista di), F. AMENDOLA, R. DE LUCA TAMAJO, V.A. POSO, *Per operatori sanitari e socioassistenziali è il momento dell'obbligo vaccinale?*, in *Giustizia insieme*, 30 marzo 2021, in www.giustiziainsieme.it (ultima consultazione 03/09/2021); G. BENINCASA, G. PIGLIALARMÌ, *Covid-19 e obbligo giuridico di vaccinazione per il dipendente*, in *WP Salus*, 1, 2021, reperibile su <http://salus.adapt.it/pubblicazioni/> (ultima consultazione 03/09/2021); M. CERBONE, *Vaccinazione anti-Covid, autodeterminazione del lavoratore e riflessi sul rapporto di lavoro*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2021 (ultima consultazione 03/09/2021); A. DE MATTEIS, *Il decreto - legge sull'obbligo di vaccino del personale sanitario*, in *Conversazioni sul lavoro a distanza da agosto 2020 a marzo 2021 promosse e coordinate da Vincenzo Antonio Poso*, 5 aprile 2021; E. GRAGNOLI, *L'epidemia, la vaccinazione, il rifiuto e l'ultimo provvedimento normativo*, in *Lavoro Diritti Europa. Rivista nuova di Diritto del Lavoro*, 1, 2021, in www.lavorodirittieuropa.it (ultima consultazione 03/09/2021); R. GUARINIELLO, *Sorveglianza sanitaria: vaccino obbligatorio per i lavoratori?*, in *Diritto e Pratica del Lavoro*, 1, 2021, p. 31; V. MAIO, *Licenziamento e vaccino anti Covid-19. Perché serviva il Decreto Legge n. 44 del 2021 per obbligare gli operatori sanitari e cosa cambia ora*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2, 2021, p. 292 ss.; M. MARINELLI, *Il vaccino anti-Covid e l'obbligazione di sicurezza del datore di lavoro*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 4, 2021, p. 329 ss.; L. MENGHINI, *Covid, sicurezza, vaccini: rappresentanze e partecipazione*, in *Lavoro Diritti Europa. Rivista nuova di Diritto del Lavoro*, 2, 2021, in www.lavorodirittieuropa.it (ultima consultazione 03/09/2021); M. MOCELLA, *Vaccini e diritti costituzionali: una prospettiva europea*, in *Dirittifondamentali.it*, 2, 2021 (ultima consultazione 03/09/2021); P. PASCUCCI, C. LAZZARI, *Prime considerazioni di tipo sistematico sul d.l. 1 aprile 2021, n. 44*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 1, I, 2021, p. 152 ss., in

emesse alcune pronunce di merito, che prenderemo in esame nel corso del contributo (*infra* par. 3). Nei confronti di coloro che prestano un'attività lavorativa il tema solleva una serie di questioni: oltre a quelle riguardanti la portata della disciplina che ha stabilito un delimitato obbligo vaccinale (*infra* par. 4), anche quelle concernenti le conseguenze che derivano dalla mancata adesione alla vaccinazione sulla gestione concreta dell'organizzazione aziendale, con riferimento particolare alla tutela della privacy (*infra* par. 5), nonché alcune considerazioni conclusive alla luce dell'introduzione del green pass a confronto con la tematica dell'obbligo vaccinale (*infra* par. 6).

2. Diritto pandemico e vaccinazione: il ruolo del diritto riflessivo.

Per focalizzare al meglio la questione dell'obbligo vaccinale dal punto di vista lavoristico, occorre prendere in considerazione la linea di confine tra la situazione antecedente l'introduzione dell'obbligo e ciò che è prescritto dal d.l. 44/2021.

Il "prima" è rappresentato dalla fase che il Paese ha vissuto e tuttora sta vivendo a partire dalla dichiarazione dello stato di emergenza del gennaio 2020² e, a seguire, con la decretazione di urgenza che ha investito significativamente il sistema normativo sotto il profilo costituzionale³, oltre

<https://journals.uniurb.it/index.php/dsl> (ultima consultazione 03/09/2021); C. PISANI, *Il vaccino per gli operatori sanitari obbligatorio per legge e requisito essenziale per la prestazione*, in *Conversazioni sul lavoro a distanza da agosto 2020 a marzo 2021 promosse e coordinate da Vincenzo Antonio Poso*, 7/4/2021, p. 3 ss.; R. RIVERSO, *Note in tema di individuazione dei soggetti obbligati ai vaccini a seguito del decreto legge n. 44/2021*, in *Questione Giustizia*, 20 aprile 2021, in www.questionegiustizia.it (ultima consultazione 03/09/2021); R. SANTUCCI, *Vaccinazione contro il Covid-19 ed effetti sulle posizioni soggettive nel contratto di lavoro*, in *Dirittifondamentali.it*, 2, 2021 (ultima consultazione 03/09/2021); F. SCARPELLI, *Arriva l'obbligo del vaccino (solo) per gli operatori sanitari: la disciplina e i suoi problemi interpretativi*, in *Conversazioni sul lavoro a distanza da agosto 2020 a marzo 2021 promosse e coordinate da Vincenzo Antonio Poso*, 3/4/2021; M. VERZARO, *ECCE LEX! L'obbligo di vaccinazione per gli operatori sanitari*, in *Lavoro Diritti Europa. Nuova Rivista di Diritto del Lavoro*, 2, 2021, in www.lavorodirittieuropa.it in (ultima consultazione 03/09/2021).

² Delibera del Consiglio dei Ministri, 31 gennaio 2020 «Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili». Per «la cronaca degli eventi», da ultimo F. AMENDOLA, *Covid-19 e responsabilità del datore di lavoro*, Bari, 2020, p. 29 ss.

³ Tra gli altri sul versante costituzionalistico M. D'AMICO, *I diritti fondamentali alla prova dell'emergenza sanitaria da Coronavirus: profili costituzionali*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 3, 2020, p. 31 ss. Nella lettura del dibattito giuslavoristico dal punto di vista costituzionalistico M. MASSA, *Lavoro e vaccinazione contro il Covid-19. Note costituzionali su un dibattito giuslavoristico*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2021, p. 89 ss.

che sulla regolazione individuale e collettiva in materia di lavoro⁴. Ai fini del presente contributo, tra i numerosi provvedimenti di legge, rileva il testo condiviso tra Governo e parti sociali, sottoscritto a marzo del 2020, aggiornato il mese successivo, e nuovamente fatto oggetto di intervento nell'aprile 2021, su «la regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro»⁵. L'intesa ha rappresentato il testo guida per l'approvazione di altre intese nazionali e sub-nazionali, sia a livello trilaterale sia a livello bilaterale⁶. Contestualmente all'ultimo aggiornamento del protocollo, il 6 aprile 2021 è stata sottoscritta un'ulteriore intesa recante «la realizzazione dei piani aziendali finalizzati all'attivazione di punti straordinari di vaccinazione anti SARS-CoV-2/Covid-19 nei luoghi di lavoro»⁷.

L'importanza di tali protocolli, la cui applicazione ha rappresentato l'adempimento dell'obbligo di sicurezza ex art. 2087 cod. civ., acquistando al contempo forza normativa⁸, ha permesso di realizzare il bilanciamento,

⁴ In merito rilevano le numerose norme dei noti d.p.c.m. e decreti legge emanati a partire dal marzo 2020. Tra le varie disposizioni, è possibile menzionare solo l'imposizione del lavoro a distanza (cd. *smartworking*), le misure di sostegno al reddito per le situazioni di chiusure delle aziende dovute alle problematiche che la pandemia ha innescato sul tessuto economico-sociale del Paese, fino al cd. blocco dei licenziamenti. Sul punto si rinvia alla trattazione nei volumi curata da D. GAROFALO, M. TIRABOSCHI, V. FILÌ, F. SEGHEZZI, *Welfare e lavoro nella emergenza epidemiologica. Contributo sulla nuova questione sociale*, Adapt University Press, 2020, disponibile su <https://moodle.adaptland.it/> (ultima consultazione 30/07/2021).

⁵ Il primo protocollo risale al 14 marzo 2020, l'ultimo aggiornamento è del 6 aprile 2021. La pagina istituzionale di riferimento è www.lavoro.gov.it/priorita/Pagine/Firmato-il-Protocollo-per-le-vaccinazioni-nei-luoghi-di-lavoro-Orlando-Un-passo-in-avanti-nella-direzione-della-ripresa.aspx (ultima consultazione 30/07/2021). Sulla tematica dei protocolli e degli accordi aziendali sottoscritti con riferimento alle questioni di salute e sicurezza si rinvia, sul piano della documentazione, alla banca dati Olympus dell'Università degli Studi di Urbino <https://olympus.uniurb.it/> (ultima consultazione 20/08/2021). Per una riflessione riguardante l'importanza del metodo delle relazioni industriali come «studio sistematico del diritto prodotto dai sistemi di contrattazione collettiva», M. TIRABOSCHI, *Tra razionalità economica e razionalità giuridica: una lezione dalla emergenza sanitaria da Covid-19*, ora in *Per uno studio della contrattazione collettiva*, Adapt University Press, 2021, p. 167 (già in D. GAROFALO, M. TIRABOSCHI, V. FILÌ, F. SEGHEZZI, vol. V, cit.).

⁶ Riguardanti temi come l'informazione (1), le modalità di ingresso in azienda (2), le modalità di accesso dei fornitori esterni (3), la pulizia e sanificazione in azienda (4), le precauzioni igieniche personali (5), i dispositivi di protezione individuale (6), la gestione di spazi comuni (7), l'organizzazione aziendale (8), la gestione di entrata e uscita dei dipendenti (9), gli spostamenti interni, riunioni, eventi interni e formazione (10), la gestione di una persona sintomatica in azienda (11); la sorveglianza sanitaria, il medico competente, il responsabile per la sicurezza (12); infine, l'aggiornamento del protocollo di regolamentazione (13).

⁷ Anche questo testo è consultabile alla pagina www.lavoro.gov.it/priorita/Pagine/Firmato-il-Protocollo-per-le-vaccinazioni-nei-luoghi-di-lavoro-Orlando-Un-passo-in-avanti-nella-direzione-della-ripresa.aspx (ultima consultazione 30/07/2021).

⁸ Art. 29-bis del d. l. 23/2020, convertito con modificazioni da l. 40/2020 in tema di obbligo dei datori per la tutela contro il rischio di contagio, norma che stabilisce che «ai fini della tutela contro il rischio di contagio da COVID-19, i datori di lavoro pubblici e privati adempiono

essenziale alla luce della drammatica situazione economico-sociale che ha vissuto il Paese, soprattutto nella prima fase pandemica, tra la prosecuzione delle attività economico-produttive e la salvaguardia della sicurezza delle persone che lavorano, secondo un principio di precauzione⁹. In questo senso, la clausola generale dell'art. 2087 cod. civ. ha sprigionato e sprigiona i suoi effetti a livello collettivo e a livello individuale in relazione all'art. 32 Cost., assumendo un rilievo centrale nella tematica della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro ai fini della tutela di un bene di rango costituzionale quale la salute. Come già posto in luce dalla dottrina lavorista, la norma codicistica si colloca all'interno del rapporto di lavoro e non *a latere*, e segnatamente nell'area del sinallagma negoziale: la prestazione lavorativa deve svolgersi in sicurezza ed incombe sul datore di lavoro l'obbligo «di predisporre un substrato "idoneo" sia dal punto di vista dell'efficienza organizzativa sia sotto il profilo del rispetto del bene fondamentale della salute di tutte le persone che sono tenute a lavorare stabilmente in quell'organizzazione»¹⁰.

Proprio il protocollo dell'aprile 2021 sulla vaccinazione ha affrontato un aspetto centrale ai fini della nostra analisi: la scelta di sottoporsi alla vaccinazione da parte di coloro che operano nei contesti economico-

all'obbligo di cui all'articolo 2087 del codice civile mediante l'applicazione delle prescrizioni contenute nel protocollo». Rispetto a tale norma e al rapporto complesso tra protocolli e art. 2087 cod. civ. rinviamo a F. AMENDOLA, *op. cit.*, p. 63 ss., il quale rimarca che con l'introduzione dell'art. 29-bis non solo si ha un passaggio dal piano del rapporto Stato-impresa, a tutela della salute pubblica, al piano del rapporto diretto datore-lavoratore, con l'obiettivo di delimitare il campo delle responsabilità in caso di malattia che può essere contratta nei luoghi di lavoro, ma si ha un cambio di prospettiva anche rispetto all'operatività dell'art. 2087 cod. civ. che da clausola aperta caratterizzata da una *vis expansiva* – per cui nell'esercizio dell'impresa l'imprenditore è tenuto ad adottare quelle misure di tutela dell'integrità psico-fisica del prestatore di lavoro «secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica» – viene trasformato in un «contenitore» volto a raccogliere solo ed esclusivamente le misure di prevenzione indicate nei protocolli.

⁹ Tra i diversi profili di impatto della pandemia sulle regole lavoristiche, tra gli autori che per primi hanno affrontato il tema dell'efficacia dei protocolli, M. MARAZZA, *L'art. 2087 nella pandemia COVID-19 (e oltre)*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2, 2020, p. 267 ss. P. PASCUCCI, *Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra "raccomandazione" e protocolli. Verso una dimensione del sistema di prevenzione aziendale?*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2019, p. 98, in <https://journals.uniurb.it/index.php/dsl> (ultima consultazione 03/09/2021); P. PASCUCCI, *Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro: novità e conferme nello ius superveniens del d.P.C.M. 22 marzo 2020 e soprattutto del d.l. n. 19/2020*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2020, p. 117, in <https://journals.uniurb.it/index.php/dsl> (ultima consultazione 03/09/2021); A. TURSI, *Rischio Covid-19 e obbligo di sicurezza del datore di lavoro: l'ennesima sfida della pandemia al diritto del lavoro*, in *Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro*, 2, 2020, p. 849 ss. Da ultimo, S. BUOSO, *Principio di prevenzione e sicurezza sul lavoro*, Torino, 2020. Per il succedersi della prima normativa emergenziale e l'incidenza sul sistema delle fonti sia consentito il rinvio a A. MATTEI, *La salute dei lavoratori nella pandemia e l'impronta dello Statuto*, in *Lavoro e Diritto*, 4, 2020, p. 633 ss.

¹⁰ L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, Milano, 1976, p. 75-76.

produttivi. Posto che la Costituzione, alla luce della tutela individuale e collettiva della salute ex art. 32 Cost., consente al legislatore di prevedere un obbligo vaccinale se ritenuto ragionevole in base alle condizioni epidemiologiche e sulla base dell'evoluzione della scienza medica¹¹, non è stato previsto, finora, un obbligo di vaccinazione generalizzato, salvo per coloro che rientrano nel campo di applicazione dell'art. 4 d.l. 44/2021 (*infra* par. 4).

Dal protocollo citato emerge la rilevanza della volontarietà alla vaccinazione quale espressione della scelta libera e consapevole di ciascun prestatore di lavoro. In particolare, viene stabilito che «i datori di lavoro, singolarmente o in forma aggregata e indipendentemente dal numero di lavoratrici e lavoratori occupati, con il supporto o il coordinamento delle associazioni di categoria di riferimento, possono manifestare la disponibilità ad attuare piani aziendali per la predisposizione di punti straordinari di vaccinazione anti-Covid-19 nei luoghi di lavoro destinati alla somministrazione in favore delle lavoratrici e dei lavoratori che *ne abbiano fatto volontariamente richiesta*» (corsivo nostro)¹²; e, ancora, «le procedure finalizzate alla raccolta delle adesioni dei lavoratori interessati alla somministrazione del vaccino dovranno essere realizzate e gestite nel pieno rispetto della *scelta volontaria rimessa esclusivamente alla singola lavoratrice e al singolo lavoratore*, delle disposizioni in materia di tutela della riservatezza, della sicurezza delle informazioni raccolte ed evitando, altresì, ogni forma di discriminazione delle lavoratrici e dei lavoratori coinvolti» (corsivo nostro)¹³. Il protocollo mantiene dunque ferma la concezione secondo la quale la vaccinazione è una scelta volontaria della persona che lavora, pur favorendone la diffusione¹⁴.

¹¹ Nelle parole del giudice delle leggi: «la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 Cost.: se il trattamento è diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri; se si prevede che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che è obbligato, salvo che per quelle sole conseguenze che appaiano normali e, pertanto, tollerabili; e se, nell'ipotesi di danno ulteriore, sia prevista comunque la corresponsione di una equa indennità in favore del danneggiato, e ciò a prescindere dalla parallela tutela risarcitoria», così Corte Cost. 5/2018, richiamando le sentenze 258/1994 e 307/1990.

¹² Punto 2.

¹³ Punto 8.

¹⁴ Il Consiglio di Europa all'inizio del 2021 si è pronunciato in merito, salvaguardando la scelta volontaria e priva di qualsiasi tipo di pressione da parte del cittadino: «ensure that citizens are informed that the vaccination is not mandatory and that no one is under political, social or other pressure to be vaccinated if they do not wish to do so»; e, di conseguenza, in caso di mancata vaccinazione, «ensure that no one is discriminated against for not having been vaccinated, due to possible health risks or not wanting to be vaccinated», Resolution 2361 (2020) «Covid-19 vaccines: ethical, legal e practical considerations», p. 7.3.1 e 7.3.2. Inoltre, senza avere una connessione giuridica diretta con le tematiche dell'obbligo vaccinale anti-Covid 19, ma con una valenza politica significativa *Case of Vavříčka and others v. The Czech*

Dalle indicazioni contenute nel protocollo, quale strumento di diritto riflessivo in grado di fornire «una cornice legislativa di mezzi e strumenti all'interno della quale si sviluppa l'autoregolazione sociale, a sua volta in vario modo "recepita" nei processi autopoietici di giuridificazione»¹⁵, si ricava l'invito alla realizzazione di piani aziendali per la vaccinazione diretta delle persone che lavorano, a prescindere dalla tipologia contrattuale. Al fine di raggiungere l'obiettivo di «concorrere ad accelerare e implementare a livello territoriale la capacità vaccinale anti SARS-CoV-2/Covid-19» e, al contempo, consentire di rendere «più sicura la prosecuzione delle attività commerciali e produttive sull'intero territorio nazionale, accrescendo il livello di sicurezza degli ambienti di lavoro», l'attività di sanità pubblica che contraddistingue tali piani si pone coerentemente in linea con la raccomandazione alla vaccinazione¹⁶, in presenza all'epoca di un obbligo vaccinale delimitato (*infra* par. 4).

3. Obbligo vaccinale, dibattito giuslavoristico e prime pronunce giurisprudenziali a cavallo del d.l. 44/2021.

La volontarietà (o meno) di sottoporsi alla vaccinazione è stata al centro del dibattito giuslavoristico in concomitanza con la somministrazione delle prime vaccinazioni alla fine di dicembre del 2020, in assenza di un obbligo vaccinale previsto dalla legge, entrato in vigore per una delimitata categoria di prestatori di lavoro (*infra* par. 4), solo a decorrere dal aprile 2021. Il dibattito si è incentrato, in particolare, sul tema delle conseguenze

Republic, App. n. 46721/13 e a., 8 aprile 2021, che ha confermato la compatibilità della Convenzione europea dei diritti dell'uomo della legge della Repubblica Ceca sulla tutela della salute pubblica e di due decreti ministeriali attuativi riguardanti l'imposizione di un obbligo generale di vaccinazione dei bambini contro malattie infettive proprie dell'età pediatrica, per un commento M. TOMASI, *La proporzionalità degli obblighi vaccinali nella lettura della Corte Edu*, in *Quaderni Costituzionali*, 2, 2021, p. 445 ss.

¹⁵ Così A. PERULLI, «Diritto riflessivo» e autonomia collettiva al tempo di Covid-19, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2, 2020, p. 299, nel richiamare la prospettiva di G. TEUBNER, *Substantive and Reflexive Element in Modern Law*, in *Law & Society Review*, 17, 2, 1983, p. 239 ss.; G. TEUBNER, *Law as an autopoietic system*, Blackwell, Oxford, 1993. Di questo processo riflessivo ne costituisce un esempio, all'interno del settore scolastico dove ora incide il d.l. 111/2021 (*infra* par. 6), il recente «Protocollo di intesa per garantire l'avvio dell'anno scolastico nel rispetto delle regole di sicurezza per il contenimento e la diffusione di Covid 19 (anno scolastico 2021/2022)», sottoscritto il 14 agosto 2021 dal Ministro dell'Istruzione e dalle organizzazioni di rappresentanza. In questa intesa sono recepite le indicazioni che provengono dalla scienza medica, prendendo atto che «la vaccinazione costituisce, ad oggi, la misura di prevenzione pubblica fondamentale per contenere la diffusione della SARS-CoV-21, come indicato dal CTS» (par. d).

¹⁶ Nel richiamare Corte Cost. 268/2017 P. PASCUCCI, A. DELOGU, *L'ennesima sfida della pandemia Covid-19: esiste un obbligo vaccinale nei contesti lavorativi?*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 1, 2021, p.105, in <https://journals.uniurb.it/index.php/dsl> (ultima consultazione 03/09/2021).

dovute al possibile rifiuto alla vaccinazione da parte del prestatore di lavoro, sulla base dell'art. 2087 cod. civ. e in relazione alla tutela della salute ex art. 32 Cost.

In merito, c'è chi ha ritenuto, sottolineando una relazione stretta tra art. 2087 cod. civ. e art. 32 Cost., che il datore di lavoro possa esigere dai dipendenti la vaccinazione contro il Covid-19, nonostante la riserva di legge posta dall'art. 32 Cost., dal momento che il datore stesso è tenuto a considerare che la vaccinazione è utile per prevenire un danno sia ai propri dipendenti sia a terzi¹⁷, in ragione dell'argomento per cui la libertà di non curarsi sancita dall'art. 32 Cost. non può spingersi al punto di ledere la salute altrui. Viene, perciò, attribuito alla norma codicistica un ambito di applicazione esteso, quale disposizione aperta in grado di costituire attuazione della riserva di legge costituzionale. Tale lettura "rigorista" è fondata su alcuni punti, sinteticamente riassumibili: in primo luogo, i diritti assoluti della persona, compresa la libertà di sottoporsi alla vaccinazione anti-Covid-19, sono suscettibili di limitazioni che derivano dagli obblighi propri del contratto di lavoro, a prescindere da una previsione di legge che impone la vaccinazione; in secondo luogo, come elemento di fatto, la scienza medica a livello internazionale è pressoché unanime nel ritenere urgente il contrasto alla pandemia mediante una vaccinazione di massa, considerando il rapporto costi-benefici, in quanto risultano più gravi i rischi derivanti dal perdurare della pandemia rispetto ad effetti avversi che possono sorgere dalla somministrazione del vaccino; alla luce di questi elementi si conclude per la sussistenza un vero e proprio potere-dovere contrattuale in capo al datore di imporre la vaccinazione, se la ritiene una misura utile per ridurre il rischio specifico di trasmissione dell'infezione che può nascere dal contatto tra persone¹⁸. Secondo tale orientamento il lavoratore può rifiutare la vaccinazione solo se ha un valido motivo, in mancanza del quale potrebbe essere adottato un provvedimento di sospensione dal lavoro senza retribuzione, pur senza arrivare a prospettare

¹⁷ Tra gli Autori, a partire dall'intervista a V. PICCOLILLO di P. ICHINO, *Il datore di lavoro può sospendere il contratto di chi rifiuta il vaccino*, in *Il Corriere della Sera*, 29 dicembre 2020. La posizione è stata successivamente articolata dall'Autore, così P. ICHINO, *Vaccino anti-Covid: può il datore di lavoro imporlo e, in caso di rifiuto, licenziare il lavoratore? Pro*, in *Il Quotidiano Giuridico*, Ipsoa, 8 gennaio 2021, in www.quotidianogiuridico.it (ultima consultazione 03/09/2021); P. ICHINO, *L'obbligo di vaccinazione anti-Covid di fonte contrattuale*, in *Guida al Lavoro*, 3, 19 gennaio 2021. Tale A. è arrivato a sostenere che un dovere di vaccinarsi può derivare non solo da un contratto di lavoro, ma anche da altri contratti taciti che si instaurano, per esempio, a chi entra in un centro commerciale e tale struttura di vendita.

¹⁸ P. ICHINO, *Vaccino anti-Covid: può il datore di lavoro imporlo e, in caso di rifiuto, licenziare il lavoratore?*, in *Il Quotidiano Giuridico*, cit.

il licenziamento per giustificato motivo oggettivo o per motivo disciplinare¹⁹.

Diversamente da tale orientamento dottrinale, una lettura più "garantista"²⁰ ha affermato che la riserva di legge ex art. 32 Cost. può essere assolta solo con una norma speciale, smentendo pertanto che essa sia aggirabile tramite contratto individuale o mediante intesa collettiva; e neppure facendo riferimento all'art. 2087 cod. civ. e alle norme in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro ai sensi degli artt. 18, co. 1, lett. d) e f), 20, 41, 42 e 279, co. 2, lett. a), d.lgs. 81/2008²¹. La tesi del superamento della riserva di legge non è ammissibile, per altra via, neppure sulla base dell'interpretazione assunta da parte della Consulta sul necessario, dal punto di vista costituzionale, assoggettamento dei lavoratori agli accertamenti sulla sieropositività da HIV, trattandosi in quest'ultimo caso di accertamenti ematologici in presenza di una legge che li prevede, mentre per il Covid-19, il cui obbligo vaccinale è stato previsto solo per una platea delimitata, si è di fronte ad un trattamento sanitario di prevenzione²². Pertanto, contrariamente alla prospettiva di chi ha visto nell'obbligo di sicurezza ex art. 2087 cod. civ. una norma aperta e sostanzialmente attuativa della riserva di legge dell'art. 32 Cost., secondo questo orientamento la norma codicistica è, invece, da intendersi generale, in quanto non adatta a compensare la specificità richiesta dalla riserva di legge ex art. 32 Cost. Tale orientamento, peraltro, non fornisce una risposta univoca nell'ipotesi di rifiuto alla vaccinazione da parte del lavoratore, ma pone in evidenza come le situazioni vadano ponderate caso per caso, a seconda del contesto ambientale in cui opera il lavoratore,

¹⁹ E. GRAGNOLI, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-Covid e rapporto di lavoro*, cit., osservando come il tema si inseriva mentre perdurava il blocco dei licenziamenti (gennaio 2021). Invece, per la percorribilità della via sia del licenziamento per motivo oggettivo sia del licenziamento disciplinare, C. CESTER, *op. cit.*

²⁰ Tra gli Autori in particolare O. MAZZOTTA, *Vaccino anti-Covid: può il datore di lavoro imporre e, in caso di rifiuto, licenziare il lavoratore? Contro*, in *Il Quotidiano Giuridico*, Ipsa, 8 gennaio 2021, in www.quotidianogiuridico.it (ultima consultazione 03/09/2021); O. MAZZOTTA, *Non vaccinati licenziabili solo se il proficuo impiego diventa impossibile*, in *Quotidiano del lavoro*, *Il Sole 24 Ore*, 13 gennaio 2021; O. MAZZOTTA, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l'opinione di Oronzo Mazzotta*, cit.

²¹ Normativa puntualmente richiamata da M. BIASI, *La collocazione in ferie del personale socio-sanitario renitente al vaccino anti-Covid: un (più che) ragionevole compromesso*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 3, 2021, p. 812, nel commentare Trib. Belluno, ordinanza del 19 marzo 2021 e ordinanza collegiale 6 maggio 2021.

²² Nel richiamare la sentenza 218/1994 M. MASSA, *op. cit.*, p. 96-98; A. PERULLI, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-Covid e rapporto di lavoro*, cit.

distinguendo per esempio ambienti a rischio professionale "presunto" rispetto ad ambienti a rischio generico ritenuto "aggravato"²³.

Altra dottrina ancora²⁴ ha dato una lettura più "mediata" a partire dalla valorizzazione delle norme prevenzionistiche. Pur rilevando che dalla normativa proveniente dal Testo Unico sulla sicurezza sul lavoro non si possa ricavare un obbligo vaccinale in capo al prestatore di lavoro, è stato posto in evidenza come tale sistema delinei un modello regolativo in grado di sostenere la vaccinazione, da cui derivano significative conseguenze nel caso in cui il prestatore non intenda sottoporvisi. Infatti, in capo al lavoratore non sussiste un obbligo vaccinale, ma si configura un onere di sottoposizione alla vaccinazione. Pur rimanendo intatta la libertà di accedervi o meno, l'eventuale rifiuto implica conseguenze che variano dall'adibizione a mansioni diverse fino a giungere al licenziamento per motivo oggettivo. Tuttavia, quest'ultimo è sottoposto alle condizioni e alle garanzie di cui all'art. 41 del d.lgs. 81 del 2008, che richiedono il giudizio del medico competente e l'eventuale ricorso alla commissione provinciale medica.

A prescindere dalla normativa prevenzionistica e da un obbligo *ex lege*, c'è chi poi ha ravvisato proprio nell'onere alla vaccinazione, anziché nell'obbligo, l'inquadramento più corretto sotto il profilo del rapporto contrattuale²⁵. In tal senso l'onere di vaccinarsi, inteso come «dovere libero»²⁶, rappresenta lo strumento attraverso cui l'ordinamento giuridico impone al soggetto, in questo caso il prestatore di lavoro, un determinato comportamento che, se non è adempiuto, può dare luogo a conseguenze pregiudizievoli. In altre parole, il prestatore è libero di non vaccinarsi, ma non può pretendere che tale comportamento non vada ad incidere sul rapporto contrattuale di lavoro, in quanto la vaccinazione costituisce un requisito essenziale per lo svolgimento della prestazione. Questa soluzione è stata espressamente recepita per ciò che riguarda i prestatori di lavoro che rientrano nel campo di applicazione dell'art. 4 del d.l. 44/2021 (*infra* par. 4), ma potrebbe estendersi ad altre prestazioni lavorative compiute all'interno di strutture e ambienti di lavoro dove vi sia il rischio che, secondo una opportuna valutazione medica, il virus possa propagarsi. Da questo

²³ G. NATULLO, *Vaccini e rapporti di lavoro tra obblighi di sicurezza e diritto all'autodeterminazione*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 1, 2021, p. 138 ss., in <https://journals.uniurb.it/index.php/dsl> (ultima consultazione 03/09/2021).

²⁴ Al riguardo P. PASCUCI, A. DELOGU, *op. cit.*, p. 81 ss.

²⁵ C. PISANI, *Vaccino anti-Covid: oneri e obblighi del lavoratore alla luce del decreto per gli operatori sanitari*, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 1, 2021, p. 149 ss.

²⁶ La dottrina civilistica sul punto, O. SCOZZAFAVA, voce *Onere (nozione)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXX, Milano, 1980, p. 109 ss.; M. GIORGIANNI, voce *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enciclopedia del diritto*, 1979, p. 141 ss., ripresa da C. PISANI, *Vaccino anti-Covid: oneri e obblighi del lavoratore alla luce del decreto per gli operatori sanitari*, cit.

punto di vista, la richiesta di vaccinazione, a prescindere da un obbligo vaccinale stabilito per legge, potrebbe essere ritenuta esigibile in termini di adempimento contrattuale, dovendo il giudizio essere «individualizzato» sul piano del singolo rapporto di lavoro. In altre parole, laddove il rischio sia accertato sul piano medico, il comportamento a tutela della salute, entrando nella causa del contratto di lavoro, diviene altresì oggetto della prestazione di lavoro richiesta²⁷. A tal proposito, è stata richiamata l'autorevole dottrina che ha esaminato la responsabilità contrattuale del lavoratore, individuando l'obbligo preparatorio alla prestazione: «l'attività dedotta nell'obbligo viene individuata anche alla stregua della sua *personalità*, vale a dire dell'immanenza che nel suo dispiegamento presenta la persona dell'agente»²⁸. In questa prospettiva, la persona è condizione dell'obbligo di fare lavorativo, andandone a costituire il presupposto: se la persona manca, l'adempimento risulta impossibile, ma, altrettanto, «nella misura in cui il buono o cattivo esito dell'adempimento dipendono per gran parte dal buono o cattivo stato della persona», il prestatore di lavoro da considerare coerente è colui che risulta «tenuto ad evitare tutto ciò che, danneggiando la sua persona, può dar luogo a inadempimento o ad adempimento inesatto»²⁹.

Alla luce degli orientamenti della dottrina lavorista sinteticamente richiamati, emersi prima dell'entrata in vigore del d.l. 44/2021, va valutato il quadro derivante dalla disciplina *ad hoc* ivi prevista, riguardante l'obbligo di vaccinazione nei confronti degli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario operanti in strutture indicate dalla medesima normativa (*infra* par. 4). Anche prima dell'entrata in vigore dell'obbligo *ex lege*, proprio su queste figure ha avuto modo di soffermarsi la prima giurisprudenza di merito. Infatti, alcune pronunce recenti in tema di mancata vaccinazione del personale hanno affrontato quali fossero gli effetti sul rapporto di lavoro in caso di rifiuto alla vaccinazione. Nel caso giudicato dal Tribunale di Belluno, pronunciatosi con una prima ordinanza del marzo 2021, anteriore quindi all'entrata in vigore del predetto obbligo vaccinale, è stata stabilita la legittimità del provvedimento datoriale con cui è stato collocato in ferie il personale rifiutatosi di sottoporsi alla vaccinazione. Secondo il Tribunale, che, nella ordinanza collegiale del maggio 2021, ha ritenuto infondata la questione di costituzionalità sollevata in merito all'obbligo introdotto dal d.l. 44/2021 sulla base di

²⁷ O. MAZZOTTA, *Dibattito istantaneo*, cit., p. 49.

²⁸ G. F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957, p. 151, richiamato da C. PISANI, *Vaccino anti-Covid: oneri e obblighi del lavoratore alla luce del decreto per gli operatori sanitari*, cit.

²⁹ In questo modo si auto-disciplina il proprio tenore di vita in funzione e con riguardo alla natura della prestazione lavorativa, così G. F. MANCINI, *op. cit.*, p. 152.

precedenti pronunce della Corte costituzionale richiamate nella medesima ordinanza³⁰, la vaccinazione rappresenta una misura volta a tutelare l'integrità fisica dei prestatori ai sensi dell'art. 2087 cod. civ.³¹. Con altra pronuncia, innescata dal ricorso di due lavoratrici adibite allo svolgimento di mansioni a carattere sanitario-fisioterapico operanti all'interno di una casa di riposo per anziani e rifiutatesi di sottoporsi al vaccino, il Tribunale di Modena ha ritenuto legittimo il provvedimento datoriale di sospensione nei loro confronti dal servizio e dalla retribuzione. In particolare, per il giudice la protezione e la salvaguardia della salute dell'utenza entrano nell'oggetto della prestazione esigibile e nella struttura stessa del contratto di lavoro³². In termini simili, il Tribunale di Verona, avvalorando il provvedimento datoriale con cui era stata disposta l'aspettativa non retribuita per inidoneità temporanea allo svolgimento delle mansioni di due operatrici socio-sanitarie operanti in un istituto pubblico di assistenza e beneficenza rifiutatesi anch'esse di sottoporsi alla vaccinazione, ha condiviso la posizione dell'ordinanza collegiale di Belluno, richiamandone l'assunto per cui è da «ritenere prevalente, sulla libertà di chi non intenda sottoporsi a vaccinazione contro il Covid-19, il diritto alla salute dei soggetti fragili che entrano in contatto con gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario, in quanto bisognosi di cure, e, più in

³⁰ Corte cost. 5/2018 e 258/1994.

³¹ Trib. Belluno, ordinanza del 19 marzo 2021 e ordinanza collegiale 6 maggio 2021. Tra i commenti, M. BIASI, *op. cit.*; C. PISANI, *Rifiuto del vaccino e ferie forzate per gli operatori sanitari in attesa del decreto legge*, in *Guida al Lavoro*, 9, 16 aprile 2021; L. TASCHINI, *Il vaccino anti Covid nel rapporto di lavoro. Dalle prime pronunce di merito al d.l. n. 44 del 2021*, in *Lavoro Diritti Europa - Nuova Rivista di Diritto del Lavoro*, 2, 2021, in www.lavorodirittieuropa.it (ultima consultazione 03/09/2021).

³² Il «contegno omissivo serbato dalle ricorrenti (non rimproverabile a livello soggettivo per inserirsi, nel difetto di espressa previsione legislativa contemplante l'obbligo di vaccinazione, nell'alveo di libertà riconosciuto dall'art. 32 della Carta Fondamentale) ha inciso in maniera oggettiva, sopravvenuta e significativa sul sinallagma, rendendo di fatto impossibile la fruizione della prestazione da parte della convenuta Società cooperativa, datrice di lavoro che ha visto frustrato il proprio interesse individuale (così come obiettivizzato nel contratto di lavoro) e che quindi si è legittimamente risolta nel sospendere temporaneamente (fino a vaccinazione completata [...]) il rapporto lavorativo», così Trib. Modena, ord. 19 maggio 2021, in *Il giuslavorista*, con nota di C. NANNETTI, *Obbligo vaccinale e conseguenze sul rapporto di lavoro in caso di rifiuto del lavoratore pre e post d.l. 44/2021*; e altresì su *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 4, 2021, in corso di pubblicazione. Al momento di chiusura del presente contributo, è apparsa sulla stampa la notizia del rigetto del reclamo da parte del collegio del medesimo Tribunale, così Trib. Modena, ord. 23 luglio 2021, in un articolo di M. MARRAFFINO, *Il lavoratore non vuole vaccinarsi? Sospensione e stop alla retribuzione*, in *Il Sole 24 Ore*, 27 luglio 2021, il cui testo è ora consultabile al sito <https://olympus.uniurb.it/> (ultima consultazione 20/08/2021).

generale, il diritto alla salute della collettività, nell'ambito della perdurante emergenza sanitaria derivante dalla pandemia da Covid-19»³³.

In sintesi, il rilievo del 2087 cod. civ. in relazione al sinallagma negoziale e la prevalenza della dimensione della tutela collettiva della salute ex art. 32 Cost. rispetto a quella individuale rappresentano il filo rosso che accomuna le prime pronunce di merito. Come si porrà in luce soffermandosi sulla normativa in vigore dal primo aprile 2021, l'obbligo di vaccinazione ex d.l. 44/2021 non è dissimile rispetto a quanto affermato da questa prima giurisprudenza, in particolare per i profili riguardanti le conseguenze dovute al rifiuto alla vaccinazione.

4. Obbligo vaccinale alla luce del d.l. 44/2021, convertito in l. 76/2021: le questioni affrontate, quelle parzialmente risolte e quelle aperte.

A questo punto, ricostruito il "prima" dell'obbligo vaccinale, veniamo al "dopo". Con il decreto legge 44/2021³⁴, entrato in vigore il primo aprile del 2021, la situazione si ritiene risolta almeno in parte attraverso l'introduzione *ex lege* dell'obbligo di sottoporsi alla vaccinazione per coloro che sono esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario.

Innanzitutto, occorre porre in luce che l'obbligo è circoscritto a categorie specificamente previste dal testo di legge, non esteso perciò in maniera generalizzata. La norma con profili lavoristici di rilievo è l'art. 4, rubricata «disposizioni urgenti in materia di prevenzione del contagio da SARS-CoV-2, mediante previsione di obblighi vaccinali per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario», articolata su 12 commi. Si tratta di una norma che "dice" molto sul piano sostanziale, anche per ciò che non prevede, con implicazioni per il rapporto di lavoro, a partire dagli aspetti procedurali-comunicativi da parte degli ordini professionali territoriali e dei datori di lavoro³⁵. Su tale aspetto, la procedura non è

³³ Trib. Verona ordinanza del 24 maggio 2021, che si può consultare al sito <https://olympus.uniurb.it/> (ultima consultazione 20/08/2021). Per un commento G. GUARINI, *Rifiuto del vaccino anti Covid 19 e conseguenze giuridiche per il personale sanitario nelle recenti sentenze di Verona e Modena*, in *Il Giuslavorista*, 4 agosto 2021.

³⁴ D.l. 1 aprile 2021, n. 44 «misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici» pubblicato in G.U. Serie Generale n. 79 dell'1 aprile 2021, entrato in vigore lo stesso giorno. Il decreto è stato convertito con modificazioni dalla l. 28 maggio 2021, n. 76, pubblicata in G.U. 31 maggio 2021, n. 128. Inoltre, nel medesimo capo riguardante «misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da Covid-19 e in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2», fra le altre norme, è stata esclusa espressamente la responsabilità penale degli operatori sanitari per eventi avversi nelle ipotesi di uso conforme del vaccino (art. 3).

³⁵ Art. 4, co. 3 e 6 d.l. 44/2021.

esente da rilievi critici per le incongruenze e la farraginosità sul piano della "catena" di comunicazioni³⁶. In ogni caso, oltre a fissare un termine massimo temporale (31 dicembre 2021), la norma stabilisce un duplice obiettivo, seppur generico, che va oltre la dimensione propriamente lavoristica, assumendo un connotato di vera e propria norma di sistema: «tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazioni delle prestazioni di cura e assistenza»³⁷. Occorre approfondire la *ratio* sottesa a tale duplice finalità, da cui discende, lo ripetiamo, un obbligo vaccinale non onnicomprensivo bensì delimitato a chi opera nei settori di cura e assistenza. A nostro avviso, con tale delimitazione il legislatore ha confermato che il Covid-19, per quanto possa essere ubiquitario e trasversale, rappresenta nel settore sanitario un rischio «aggravato fino a diventare specifico»³⁸, constatazione suffragata dalle indicazioni statistiche provenienti dall'INAIL³⁹.

Sul piano delle implicazioni sul rapporto di lavoro, la disciplina in oggetto prevede che se il prestatore, rientrante nelle categorie professionali operanti in contesti individuati dalla norma⁴⁰, non osserva l'obbligo vaccinale, a meno che non sia giustificato da un pericolo per la salute⁴¹ ed in mancanza di mansioni alternative disponibili, anche inferiori, in grado di escludere contatti interpersonali o a rischio di diffusione del contagio da Covid-19⁴², tale inadempimento determina la sospensione dalla prestazione e dalla retribuzione⁴³, fino all'assolvimento dell'obbligo vaccinale o al compimento del piano vaccinale e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2021⁴⁴. Un ulteriore elemento di rilievo che emerge dall'esame

³⁶ F. SCARPELLI, *op. cit.* Altresì, C. PISANI, *Vaccino anti-Covid: oneri e obblighi del lavoratore alla luce del decreto per gli operatori sanitari*, cit., p. 152.

³⁷ Art. 4, co. 1 d.l. 44/2021.

³⁸ S. BUOSO, *op. cit.*, p. 142-143, nel richiamare la nota INAIL n. 3675 del 17 marzo 2020 e la circolare n. 13/2020 che ricomprende anche i lavoratori del comparto sanitario. Si tratta in ogni caso di situazioni non esaustive, lo sottolinea F. AMENDOLA, *op. cit.*, p. 48-49; ulteriormente G. BENINCASA, G. PIGLIALARMI, *op. cit.*; M. T. CARINCI, *Obbligo di sicurezza e responsabilità datoriale: il rischio di contagio da Covid-19*, in *Labor. Il lavoro nel diritto*, 4, 2020, p. 385 ss.

³⁹ Si rileva come la categoria degli operatori sanitari è «certamente esposta ad un maggiore rischio di contatto con l'agente virale», così *Monitoraggio sugli operatori sanitari risultati positivi a COVID-19 dall'inizio dell'epidemia fino al 30 aprile 2020: studio retrospettivo in sette regioni italiane*, Marzo 2021, p. 29, consultabile all'indirizzo www.inail.it (ultima consultazione 31/07/2021).

⁴⁰ Gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario che prestano la loro attività in strutture sanitarie, socio-sanitarie e socio-assistenziali, pubbliche e private, nelle farmacie o parafarmacie e negli studi professionali ai sensi dell'art. 4, co. 1 d.l. 44/2021.

⁴¹ Art. 4, co. 2 d.l. 44/2021.

⁴² Art. 4, co. 6 e 8 d.l. 44/2021.

⁴³ Art. 4, co. 6 d.l. 44/2021.

⁴⁴ Art. 4, co. 9 d.l. 44/2021.

della norma è la temporaneità della misura, enunciato già dal primo comma del citato articolo⁴⁵. L'esclusione dall'obbligo opera, tuttavia, per coloro che hanno un accertato pericolo per la salute, in relazione a specifiche condizioni cliniche documentate attestate dal medico di medicina generale. In questa limitata ipotesi, la vaccinazione non è obbligatoria e può essere omessa o differita⁴⁶.

Pertanto, sul piano delle conseguenze nell'ambito del diritto del lavoro, sussiste una differenza di trattamento in relazione agli effetti tra chi ha l'obbligo, ma è giustificato a non vaccinarsi; e chi, diversamente, non ha giustificazioni e la cui inosservanza all'obbligo vaccinale comporta da parte del datore di lavoro l'applicazione di un provvedimento distinto. Un elemento in comune, del tutto logico e comprensibile, è che in entrambe le ipotesi l'obbligo all'adibizione a mansioni diverse richiede che si provveda ad una adibizione a mansioni tali da non implicare rischi di diffusione del contagio⁴⁷. La distinzione tra le due ipotesi, invece, riguarda gli effetti sul piano giuridico. Il lavoratore che abbia un giustificato motivo di rifiutare il vaccino è adibito a mansioni diverse *senza decurtazione della retribuzione*, fatte salve l'applicazione delle norme temporanee relative ai cd. lavoratori fragili a favore dei quali l'assenza dal lavoro è considerata come ricovero ospedaliero, potendosi accedere alla retribuzione spettante in queste circostanze⁴⁸. Diversamente, chi non abbia un motivo giustificato è

⁴⁵ Art. 4, co. 1 d.l. 44/2021.

⁴⁶ Art. 4, co. 2 d.l. 44/2021.

⁴⁷ Art. 4, co. 6 e 10 d.l. 44/2021.

⁴⁸ Art. 4, co. 10 d.l. 44/2021, che richiama l'art. 26, co. 2 e 2-bis del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 convertito con modificazioni dalla l. 24 aprile 2020, n. 27, a norma dei quali, nella versione attualmente in vigore: «2. Fino al 30 giugno 2021, laddove la prestazione lavorativa non possa essere resa in modalità agile ai sensi del comma 2-bis, per i lavoratori dipendenti pubblici e privati in possesso di certificazione rilasciata dai competenti organi medico-legali, attestante una condizione di rischio derivante da immunodepressione o da esiti da patologie oncologiche o dallo svolgimento di relative terapie salvavita, ivi inclusi i lavoratori in possesso del riconoscimento di disabilità con connotazione di gravità ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, il periodo di assenza dal servizio è equiparato al ricovero ospedaliero ed è prescritto dalle competenti autorità sanitarie, nonché dal medico di assistenza primaria che ha in carico il paziente, sulla base documentata del riconoscimento di disabilità o delle certificazioni dei competenti organi medico-legali di cui sopra, i cui riferimenti sono riportati, per le verifiche di competenza, nel medesimo certificato. A decorrere dal 17 marzo 2020, i periodi di assenza dal servizio di cui al presente comma non sono computabili ai fini del periodo di comporto; per i lavoratori in possesso del riconoscimento di disabilità, non rilevano ai fini dell'erogazione delle somme corrisposte dall'INPS, a titolo di indennità di accompagnamento. Nessuna responsabilità, neppure contabile, salvo il fatto doloso, è imputabile al medico di assistenza primaria nell'ipotesi in cui il riconoscimento dello stato invalidante dipenda da fatto illecito di terzi. È fatto divieto di monetizzare le ferie non fruita a causa di assenze dal servizio di cui al presente comma. 2-bis. A decorrere dal 16 ottobre 2020 e fino al 30 giugno 2021, i lavoratori fragili di cui al comma 2 svolgono di norma la prestazione lavorativa in modalità agile, anche attraverso

suscettibile di essere trasferito a mansioni anche di livello professionale inferiore con il trattamento retributivo corrispondente; per di più, se nei suoi confronti risulta impossibile la ricollocazione a mansioni che non implicano rischi di diffusione del contagio, si provvede alla sospensione del rapporto con la decurtazione della retribuzione e di altri compensi laddove fossero previsti. Tale misura è efficace fino all'assolvimento dell'obbligo vaccinale, o, in mancanza, fino al completamento del piano vaccinale nazionale e, in ogni caso, non oltre il 31 dicembre 2021⁴⁹. Da questo punto di vista, un ulteriore elemento da evidenziare è la mancata previsione del ricorso al licenziamento, ferma, come estrema possibilità, la sospensione temporanea del rapporto senza retribuzione nei confronti di coloro che non hanno una giustificazione di tipo medico per omettere o differire la vaccinazione.

In quest'ultima circostanza si è osservato, in modo condivisibile, che sul piano giuridico il rifiuto senza giustificato motivo dovuto ad una ragione di salute rappresenta un «ibrido» tra un inadempimento agli obblighi derivanti dal contratto di lavoro e un'impossibilità sopravvenuta e temporanea alla mansione, tale da rendere legittima l'applicazione di misure tipizzate che sono di progressiva gravità e hanno un carattere sanzionatorio⁵⁰. Invece, altra dottrina ha valutato impropria la definizione legislativa di obbligo alla vaccinazione «senza prevedere alcuna conseguenza sanzionatoria»: la vaccinazione rappresenta un requisito della prestazione di lavoro, andando ad incidere sulla «possibilità/esigibilità» della stessa e ricadendo «in quanto espressione del diritto di autodeterminazione della persona, in un onere per il lavoratore», così da ripercuotersi sulla continuazione o sulla sospensione e interruzione del rapporto di lavoro⁵¹. In altre parole, l'ipotesi ex art. 4, co. 8, configura la tipizzazione di un effetto legale connesso alla valutazione di un requisito essenziale, non assoluto ma relativo alle mansioni di contatto, ai fini dello svolgimento della prestazione⁵².

A nostro avviso, l'ipotesi della sospensione senza retribuzione, laddove non sia possibile l'assegnazione a mansioni diverse anche inferiori, rappresenta una misura con tratti sanzionatori *sui generis*⁵³, che si

l'adibizione a diversa mansione ricompresa nella medesima categoria o area di inquadramento, come definite dai contratti collettivi vigenti, o lo svolgimento di specifiche attività di formazione professionale anche da remoto».

⁴⁹ Art. 4, co. 9 d.l. 44/2021.

⁵⁰ L. TASCHINI, *op. cit.*, p. 14-15 e 20.

⁵¹ R. SANTUCCI, *op. cit.*, p. 326-327.

⁵² P. PASCUCCI, C. LAZZARI, *op. cit.*, p. 161.

⁵³ Di tipizzazione di una specifica sanzione per l'inadempimento all'obbligo vaccinale parla C. PISANI, *Vaccino anti-Covid: oneri e obblighi del lavoratore alla luce del decreto per gli operatori sanitari*, cit., p. 159.

distingue da quelle tipicamente comminate al termine di un procedimento disciplinare⁵⁴. A conforto di tale prospettazione segnaliamo una recente pronuncia di merito del Tribunale di Verona la quale, in tema di revoca del provvedimento di sospensione del rapporto di lavoro senza retribuzione, ha rigettato il ricorso in via cautelare di una lavoratrice che si era rifiutata di sottoporsi alla vaccinazione. Il giudice si è espresso affermando che «appare difficile sostenere che un rifiuto ingiustificato di sottoporsi alla vaccinazione possa essere, soprattutto in alcune condizioni specifiche, del tutto privo di rilevanza al diverso livello disciplinare, tanto più una volta che il lavoratore si dimostri consapevole delle complicazioni che la propria condotta comporta per l'organizzazione datoriale»⁵⁵. La rilevanza di tale condotta non è dunque affatto estranea ad una valutazione disciplinare, e questa prima interpretazione giurisprudenziale potrebbe aprire la strada verso un licenziamento per ragione soggettive anziché, come proposta da una parte della dottrina, per motivo oggettivo (*supra* par. 3).

Le considerazioni sulle possibili conseguenze sul piano del rapporto di lavoro sollecitano una riflessione sulle ricadute sistematiche circa gli effetti che possono derivare per chi non rientra nel campo di applicazione dell'art. 4. Infatti, la valutazione di inidoneità alla mansione del prestatore non vaccinato e non rientrante nel campo di applicazione del decreto rischierebbe di portare ad una conseguenza potenzialmente più grave ai sensi degli artt. 41 e 42 del d.lgs. n. 81/2008, come precedentemente esaminato (*supra* par. 3), rispetto a chi è sottoposto all'obbligo ma si rifiuta

⁵⁴ La misura non è dissimile da quelle disposte, ad esempio, nel comparto sanità dove tra le sanzioni tipizzate all'interno del contratto collettivo è prevista la sospensione dal servizio con privazione della retribuzione a seconda della gravità dell'infrazione commessa dal dipendente. In particolare, ai sensi dell'art. 65, co. 1 lett. d), la «sospensione dal servizio con privazione della retribuzione fino a dieci giorni» ed e), la «sospensione dal servizio con privazione della retribuzione da 11 giorni fino ad un massimo di sei mesi», costituiscono sanzioni disciplinari applicate, previo procedimento disciplinare, secondo la gravità dell'infrazione commessa dal lavoratore in violazione degli obblighi a cui il dipendente del comparto è tenuto ai sensi dell'art. 64 del contratto collettivo nazionale di lavoro relativo al personale del comparto sanità triennio 2016-2018. In una recente pronuncia della giurisprudenza di merito, per un giudizio relativo ad un caso verificatosi prima dell'entrata in vigore del d.l. 44/2021, nel quale il giudice, nel rigettare il ricorso proposto da una dipendente di una RSA contro il provvedimento datoriale che aveva collocato quest'ultima in aspettativa non retribuita a seguito della sua mancata adesione alla campagna vaccinale anti-Covid 19 implementata nel gennaio-febbraio 2021 dalla Regione Lombardia, ha escluso che tale provvedimento riveste una «connotazione di natura disciplinare o sanzionatoria, avendo bensì una connotazione eminentemente cautelare, trattandosi di misura atta a tutelare l'integrità e le migliori condizioni di salute dei propri collaboratori, degli ospiti e di tutti gli utenti della RSA, potendo avere il rifiuto della vaccinazione, in momento di intensa diffusione del virus SARS-COV-19, potenziali gravi conseguenze sulla salute dei medesimi soggetti, comprese gravi complicanze di salute e decesso», così Trib. Milano, 22 luglio 2021, consultabile sul sito www.lavorodirittieuropa.it (ultima consultazione 03/09/2021).

⁵⁵ Trib. Verona, ordinanza del 16 giugno 2021, a quanto consta inedita.

senza un valido motivo. A tal proposito, nei primi commenti alla norma è stato osservato come paradossalmente, qualora non fossero disponibili mansioni diverse "non di contatto" anche di livello inferiore con la conservazione però del trattamento retributivo di provenienza⁵⁶, il prestatore non obbligato che si rifiuta di vaccinarsi potrebbe subire un licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Per tale motivo, nel paventare un rischio di «effetto domino» sui settori non rientranti nell'obbligo vaccinale, si è prospettata un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 42 del d.lgs. n. 81/2008 alla luce dell'art. 3 Cost., in quanto la sospensione senza retribuzione, come *extrema ratio* per chi è obbligato e non vaccinato ai sensi dell'art. 4 co. 8 del d.l. 44/2021, potrebbe invece rappresentare un rimedio eccessivo per chi, tra i prestatori non rientranti nel campo di applicazione dell'art. 4, non intende sottoporsi alla vaccinazione⁵⁷. L'auspicio di tale orientamento, emerso a fronte della constatazione di una non ponderata valutazione da parte del legislatore sulle ricadute sistematiche dell'art. 4, in particolare nell'ambito esterno al settore sanitario, era di poter vedere, in sede di conversione in legge del decreto, una specifica ridefinizione legislativa delle conseguenze a seguito della valutazione di inidoneità (es.: preclusione del licenziamento, sospensione) in tutti quei contesti fuori dal campo di applicazione dell'art. 4. Tuttavia, tale ridefinizione non è avvenuta.

Restano ulteriori dubbi, in parte chiariti in sede di conversione, come quelli attinenti all'ambito soggettivo, riguardanti in particolare l'individuazione dei soggetti tenuti all'obbligo vaccinale: come analizzato in precedenza, si tratta degli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario. A tal proposito, in sede di conversione del d.l. 44/2021 è stato inserito il rinvio esplicito alla normativa di riferimento per le professioni sanitarie infermieristiche, ostetrica, riabilitativa, tecnico-sanitaria e della prevenzione⁵⁸. In particolare, la disposizione stabilisce la competenza a livello regionale per l'individuazione e la formazione dei profili di operatori di interesse sanitario non riconducibili alle professioni sanitarie. In questo modo, alla legislazione regionale viene consentito di

⁵⁶ A differenza di quanto previsto per il prestatore obbligato e non vaccinato ai sensi dell' art. 4, co. 8 d.l. 44/2021.

⁵⁷ P. PASCUCCI, C. LAZZARI, *op. cit.*, p. 162-163. Invece, Trib. Roma, Sez. Lav., n. 18441 del 3 agosto 2021 per un caso, a quanto risulta al di fuori dal settore di cura e assistenza, riguardante un prestatore, rifiutatosi di sottoporsi a vaccinazione e dichiarato inidoneo parzialmente allo svolgimento delle mansioni a seguito della valutazione del medico competente. In particolare, non potendo essere «in contatto con i residenti del villaggio», e nei suoi confronti vi è stata una sospensione dal lavoro e dalla retribuzione ai sensi dell'art. 42 d.lgs. 81/08, ritenuta legittima dal giudice del lavoro che ha richiamato tra le varie pronunce Trib. Modena, 19 maggio 2021, cit.

⁵⁸ Art. 1, co. 2 l. 43/2006.

integrare le possibili fattispecie, ma rileviamo criticamente come l'integrazione alla norma possa aumentare la frammentarietà, facendo venire meno l'unitarietà della scelta di politica legislativa, quando invece si sarebbe potuto accogliere il suggerimento proposto dottrinale di rinviare alla nozione di «lavoratore» ai sensi dell'art. 2, co. 1 lett. a) d.lgs. 81/2008⁵⁹. Tale rinvio non è stato accolto in sede di conversione del decreto, lasciando irrisolto il dubbio non solo circa una mancata chiarezza di fondo su coloro che rientrano nella categoria delle professioni sanitarie e degli operatori di interesse sanitario⁶⁰, ma anche rispetto alla possibilità di estendere in via analogica la disciplina in esame anche a coloro che, pur prestando un'attività lavorativa in strutture rientranti nel campo di applicazione dell'art. 4 co. 1, non paiono essere soggetti all'obbligo vaccinale. È il caso, per esempio, degli addetti alle pulizie che operano nelle strutture ospedaliere tramite contratti di appalto; gli addetti alla sicurezza presenti agli ingressi degli *hub* dove vengono compiute le vaccinazioni, o gli addetti alla *reception* all'interno delle strutture sanitarie assistenziali⁶¹; oppure il caso del personale presente nei laboratori di ricerca dove il Covid-19 viene introdotto appositamente nel ciclo produttivo ai fini di ricerca⁶². Inoltre, sempre sul piano dell'ambito soggettivo di applicazione, considerando che la norma utilizza locuzioni come «datori di lavoro» e «retribuzione», emerge il dubbio se siano ricompresi tutti i lavoratori presenti in tali strutture indipendentemente dall'esistenza di rapporti di lavoro subordinato, come ad esempio coloro che operano in somministrazione di lavoro, oppure chi ha un contratto di collaborazione autonomo ex art. 409, co. 3 c.p.c.; i medici specializzandi che operano tramite un contratto di formazione specialistica che non determina l'instaurazione di un rapporto di lavoro; o, ancora, i liberi professionisti

⁵⁹ O. MAZZOTTA, *Osservazioni sul Disegno di legge n. 2167 del 2021 (conversione del decreto legge 1° aprile 2021, n. 44)*, in *Audizione informale del 20 aprile 2021*, reperibile al sito www.senato.it (ultima consultazione 29/07/2021).

⁶⁰ Si rinvia ai richiami operati da M. VERZARO, *op. cit.*, p. 3-4, in particolare alla l. 251/2000, al d.m. 29 marzo 2001 e all'elenco presente alla pagina delle professioni sanitarie presente sul sito del Ministero della Salute www.salute.gov.it (ultima consultazione 29/07/2021), nonché, a parere di questo A., la necessità di far rientrare anche le arti ausiliarie delle professioni sanitarie e gli appartenenti alle stesse arti che operano sulla base di una licenza prevista dalla legge (es.: ottico). Criticamente sul rinvio alla pagina del sito ministeriale O. MAZZOTTA, *Osservazioni sul Disegno di legge n. 2167 del 2021 (conversione del decreto legge 1° aprile 2021, n. 44)*, cit., p. 12.

⁶¹ Ultimi due esempi riportati da M. VERZARO, *op. cit.*, p. 5.

⁶² L'ultimo esempio è riportato da G. PELLACANI, *Osservazioni sull'Articolo 4 - Disposizioni urgenti in materia di prevenzione del contagio da SARS-CoV-2 mediante previsione di obblighi vaccinali per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario*, in *Audizione informale del 20 aprile 2021*, reperibile al sito www.senato.it (ultima consultazione 29/07/2021).

titolari di partita IVA. Proprio rispetto a queste ultime tipologie di rapporto, mentre è escluso che possa applicarsi la misura dell'eventuale demansionamento ex art. 4, co. 8, si potrebbe avanzare l'ipotesi di applicare la sospensione senza compenso. A tal proposito, mettiamo in luce la criticità di non aver previsto espressamente misure appropriate in caso di inosservanza dell'obbligo vaccinale anche nei confronti di chi lavoratore subordinato non è. Potrebbe venirsi a creare una irragionevole disparità di trattamento tra i lavoratori con contratti di lavoro subordinato tenuti all'obbligo e soggetti alle ipotesi tipizzate ex art. 4, co. 8 rispetto a chi non ha una tipologia di rapporto di questo tipo. Ad esempio, nei confronti di chi è titolare di un contratto di collaborazione potrebbe disporsi da parte del committente in via diretta la sospensione dal contratto senza potersi prevedere – stante il vuoto normativo – un ricollocamento in altra posizione lavorativa o, al più, l'utilizzo di altre modalità di lavoro, come il lavoro a distanza.

Irrisolti sono anche alcuni profili legati alla procedura, che toccano aspetti lavoristici e non lavoristici. In sede di conversione del decreto, non è stato dato rilievo alle «possibili elusioni» cui può prestarsi l'accertamento e l'attestazione da parte del medico di medicina generale delle specifiche cliniche in presenza delle quali la vaccinazione non è obbligatoria e può perciò essere omessa o differita⁶³. Altrettanto importante è la questione del mancato coordinamento temporale, non risolto neanche dalla legge di conversione del decreto, a favore di chi poteva fruire entro il 30 giugno

⁶³ O. MAZZOTTA, *Osservazioni sul Disegno di legge n. 2167 del 2021 (conversione del decreto legge 1° aprile 2021, n. 44)*, cit., p. 14 che ha rilevato criticamente se «i medici di medicina generale possano avere la necessaria competenza. Si potrebbe pensare ad una certificazione redatta da medici legali, appartenenti ad una struttura sanitaria pubblica»; altresì, G. PELLACANI, *Osservazioni sull'Articolo 4 - Disposizioni urgenti in materia di prevenzione del contagio da SARS-CoV-2 mediante previsione di obblighi vaccinali per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario*, cit., per cui «si può valutare l'opportunità di prevedere per i lavoratori e i medici, in caso di false attestazioni o certificazioni, una disciplina sanzionatoria analoga a quella prevista dall'art. 55 quinquies, commi 1 e 3 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 per i dipendenti pubblici (casomai in forma attenuata in considerazione del meno accentuato disvalore della condotta) e dunque di inserire, dopo il primo, il seguente secondo periodo "In caso di presentazione di una certificazione medica falsa o falsamente attestante specifiche condizioni cliniche l'esercente le professioni sanitarie e l'operatore di interesse sanitario di cui al presente articolo è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da euro 400 ad euro 1.600. La medesima pena si applica al medico e a chiunque altro concorre nella commissione del delitto. La sentenza definitiva di condanna o di applicazione della pena per il delitto di cui al comma 1 comporta, per il medico, la sanzione disciplinare della radiazione dall'albo ed altresì, se dipendente di una struttura sanitaria pubblica o se convenzionato con il servizio sanitario nazionale, il licenziamento per giusta causa o la decadenza dalla convenzione. Le medesime sanzioni disciplinari si applicano se il medico, in relazione all'assenza dal servizio, rilascia certificazioni che attestano dati clinici non direttamente constatati né oggettivamente documentati».

2021 della tutela per i cd. lavori fragili⁶⁴ – e al momento estesa fino al 31 ottobre 2021 la sola possibilità di lavorare a distanza⁶⁵ – rispetto al termine del piano vaccinale, 31 dicembre 2021, richiamato in più passaggi dalla stessa norma⁶⁶.

In sintesi, e al netto di tali criticità, la disciplina introdotta a nostro avviso risulta opportuna, considerato l'ambito relativo alla cura e assistenza, al quale la norma si applica; è, altresì, graduale nelle misure adottate in caso di inosservanza all'obbligo vaccinale; è, ancora, parzialmente risolutiva di problematiche complesse, emerse nel dibattito dottrinale e dalle prime pronunce di merito emerse in prossimità dell'emanazione del d.l. 44/2021, ancorché non siano secondarie le paradossali ricadute di sistema che tale obbligo di legge può aprire rispetto ai settori non soggetti al campo di applicazione del decreto, che fanno riemergere le questioni affrontate dal dibattito dottrinale sopra sintetizzate (*supra* par. 3).

5. Tutela della privacy e gestione dei rapporti di lavoro in azienda: il necessario bilanciamento del potere di controllo datoriale.

Il risultato a cui è giunta la disciplina sull'obbligo vaccinale secondo l'art. 4 d.l. 44/2021, a nostro avviso, è positivo. Tuttavia, rimangono ulteriori profili di incertezza, ad esempio sul piano della gestione concreta in azienda.

In particolare, qualche perplessità può sorgere sotto il profilo del rifiuto al vaccino da parte di chi non rientra nelle categorie di soggetti individuati dall'art. 4 d.l. 44/2021. In assenza di una normativa di imposizione *ex lege*, "convivono" il diritto soggettivo del lavoratore a non essere sottoposto a vaccinazione, trattandosi di una libera scelta della persona che lavora come ribadito anche dal Protocollo sulle vaccinazioni del 6 aprile 2021 (*supra* par. 2), e l'esigenza, a fronte della mancata vaccinazione, di tutelare gli altri lavoratori e persone presenti in azienda ai sensi dell'art. 2087 cod. civ. Per

⁶⁴ Art. 4, co. 10 d.l. 44/2021 che richiama l'art. 26, c. 2 e 2 -bis, d.l. n. 18/2020, conv. con modificazioni dalla l. n. 27/2020.

⁶⁵ Art. 9, co. 1 e 2 d.l. 105/2021 in cui si prevede la proroga dell'art. 26, c. 2-bis, d.l. n. 18/2020, ma non anche del co. 2 di quest'ultimo articolo per cui, solo fino al 30 giugno 2021, in assenza di possibilità di svolgere la modalità di lavoro agile, il periodo di assenza dal servizio era equiparato al ricovero ospedaliero e tale assenza non era computabile ai fini del comportamento. Lo rileva E. DE FUSCO, *Personae fragili in smart working oppure salta la tutela della malattia*, in *Il Sole 24 Ore*, 27 luglio 2021. Inoltre, per un'interpretazione restrittiva a livello previdenziale da parte dell'INPS i messaggi n. 2584/2020, 4157/2020 e 171/2021 su cui E. DE FUSCO, *Quarantena: per l'Inps la tutela è limitata nel plafond dei 180 giorni*, in *Il Sole 24 Ore*, 31 agosto 2021.

⁶⁶ Art. 4, co. 1, 9 e 10 d.l. 44/2021.

tale motivo, una campagna informativa da parte dell'azienda volta a promuovere l'adesione libera e consapevole alla vaccinazione può consentire, in mancanza di un obbligo generalizzato *ex lege*, di indurre i singoli alla somministrazione del vaccino⁶⁷ e ridurre le incertezze originate dalla possibilità di esigere un certificato vaccinale per lo svolgimento dell'attività lavorativa, anche in sede di assunzione, pur dovendosi tutelare la privacy.

Da questo punto di vista, una campagna di sensibilizzazione aiuterebbe, ma non sarebbe pienamente risolutiva dei problemi che possono sorgere anche sul piano giuridico⁶⁸. Il tema tocca, infatti, una delicata questione relativa alla gestione concreta in azienda, anche ai fini della fase di assunzione. In questa circostanza, occorre distinguere tra le ipotesi in cui si ricade nell'obbligo *ex art. 4 del d.l. 44/2021* e gli altri casi. Se si rientra nel campo di applicazione del *d.l. 44/2021*, la situazione non parrebbe controversa, in quanto la norma stabilisce che la vaccinazione è «requisito essenziale» sia «per l'esercizio della professione» sia «per lo svolgimento delle prestazioni lavorative»⁶⁹. Di conseguenza è consentito al datore di lavoro informarsi sullo stato di vaccinazione del prestatore, non opponendosi la previsione dell'art. 8 l. 300/1970. Tale norma, come noto, stabilisce il divieto per il datore di lavoro di effettuare, direttamente o a mezzo di terzi, sia ai fini dell'assunzione sia nel corso di svolgimento del rapporto di lavoro, indagini sulle opinioni e su qualsiasi aspetto non rilevante ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore⁷⁰. L'obbligo di vaccinazione *ex lege* rende la vaccinazione un requisito essenziale per l'attività lavorativa, e pertanto non sarebbe invocabile il divieto *ex art. 8 l. 300 del 1970*, mentre qualche dubbio può sussistere in mancanza di tale obbligo *ex lege*, come accade in tutte le realtà non sanitarie⁷¹.

Sul punto occorre osservare come le questioni riguardanti la privacy siano state affrontate già all'inizio della pandemia e risolte, in ambito

⁶⁷ L. TASCHINI, *op. cit.*, p. 20.

⁶⁸ Da ultimo, l'avvertimento del Garante per la Protezione dei Dati Personali alla Regione Sicilia, 22 luglio 2021, consultabile al sito dell'Autorità Garante a questa pagina www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9683768 (ultima consultazione 31/07/2021).

⁶⁹ Art. 4, co. 1 d.l. 44/2021.

⁷⁰ Nel richiamare anche la normativa europea e nazionale in materia di privacy R. SANTUCCI, *op. cit.*, p. 335 ss.

⁷¹ In merito, G. PELLACANI, *La vaccinazione contro il Coronavirus (SARS-CoV-2) negli ambienti di lavoro tra norme generali in tema di prevenzione e tutela della salute e sicurezza, disciplina emergenziale per la pandemia COVID-19 e prospettive di intervento del legislatore*, in *Lavoro Diritti Europa. Rivista Nuova di Diritto del Lavoro*, 1, 2021, p. 12, in www.lavorodirittieuropa.it (ultima consultazione 03/09/2021). Di diverso avviso, C. PISANI, *Vaccino anti-Covid: oneri e obblighi del lavoratore alla luce del decreto per gli operatori sanitari*, cit., p. 155.

legislativo, in una previsione normativa dei primi decreti legge del diritto pandemico (cd. Cura Italia), che ha fatto riferimento all'utilizzazione dei dati personali «nei casi in cui risultino indispensabili ai fini dello svolgimento delle attività connesse alla gestione dell'emergenza sanitaria in atto», nel rispetto delle indicazioni del Regolamento europeo 2016/679⁷². Invece, la questione se, oltre al medico aziendale, anche il datore di lavoro possa acquisire informazioni sul personale vaccinato, ha diviso la dottrina tra chi lo ritiene ammissibile, ancorché rappresenti un dato sensibile ma comunque necessario per gestire la prevenzione dal rischio contagio⁷³; e chi, invece, lo esclude trattandosi di informazioni protette dalla privacy⁷⁴. In merito, il 13 maggio 2021 è intervenuta l'Autorità garante per la protezione dei dati personali che, dopo essersi già espressa a metà febbraio 2021 affrontando una serie di questioni in tema di acquisizione dei nominativi del personale vaccinato⁷⁵, ha diramato un parere con indicazioni generali ai fini del trattamento dei dati personali sulla vaccinazione nei luoghi di lavoro⁷⁶. Non possono sottacersi alcuni dubbi sulla compatibilità tra le indicazioni in materia di tutela della privacy che fornisce l'Autorità garante e la concreta gestione operativa in azienda. Sotto tale profilo, escludendo esplicitamente le ipotesi rientranti nell'art. 4 del d.l. 44/2021, l'Autorità garante afferma, per la verità in maniera generica, che «sulla base dello stato della regolazione attualmente in vigore e stante la libertà di scelta garantita in capo alle persone in ambito vaccinale, non è consentito *far derivare alcuna conseguenza, né positiva né negativa*, in

⁷² Art. 17-bis del d.l. n. 18/2020, conv. con modificazioni dalla l. n. 27/2020, su cui P. ALBI, *Sicurezza sul lavoro e pandemia*, op. cit., p. 15; P. TULLINI, *Tutela della salute dei lavoratori e valutazione del rischio biologico: alcune questioni giuridiche*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2, 2020, p. 345 ss.

⁷³ A. MARESCA, op. cit.

⁷⁴ P. PASCUCCI, A. DELOGU, op. cit., p. 111 ss.; A. PERULLI, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-Covid e rapporto di lavoro*, op. cit.

⁷⁵ FAQ - Trattamento di dati relativi alla vaccinazione anti Covid-19 nel contesto lavorativo per cui «il medico competente non può comunicare al datore i nominativi dei dipendenti vaccinati. Solo il medico competente può infatti trattare i dati sanitari dei lavoratori e tra questi, se del caso, le informazioni relative alla vaccinazione, nell'ambito della sorveglianza sanitaria e in sede di verifica dell'idoneità alla mansione specifica (artt. 25, 39, comma 5, e 41, comma 4, d.lgs. n. 81/2008). Il datore di lavoro può invece acquisire, in base al quadro normativo vigente, i soli giudizi di idoneità alla mansione specifica e le eventuali prescrizioni e/o limitazioni in essi riportati (es. art. 18 comma 1, lett. c), g) e bb) d.lgs. n. 81/2008)». Documento consultabile al sito dell'Autorità Garante a questa pagina www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9543615 (ultima consultazione 29/07/2021).

⁷⁶ Provvedimento del 13 maggio 2021 - Documento di indirizzo "Vaccinazione nei luoghi di lavoro: indicazioni generali per il trattamento dei dati personali". Documento consultabile al sito dell'Autorità Garante a questa pagina www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9585300 (ultima consultazione 29/07/2021).

ragione della libera scelta del lavoratore in ordine all'adesione o meno alla campagna vaccinale» (corsivo nostro). In linea con quanto già affermato, l'Autorità precisa che del tema della gestione della vaccinazione in azienda si occupa il medico aziendale, sia nella fase di somministrazione sia nella fase procedurale di raccolta delle adesioni, predisposizione del calendario vaccinale e registrazione. Inoltre, il datore di lavoro non può conoscere l'identità di chi si vaccina e deve anche evitare di raccogliere altri dati personali connessi con la campagna vaccinale. Infine, «tenuto conto dello squilibrio del rapporto tra titolare e interessato nel particolare contesto lavorativo, il consenso dei dipendenti non può costituire un valido presupposto di liceità»⁷⁷. A questo proposito, nel tenere ferma la distinzione tra diritto alla riservatezza sulla vaccinazione e scelta di sottoporsi o meno a questa, si è osservato che il datore di lavoro, non legittimato a conoscere se il prestatore risulti o meno vaccinato, può solo venire a conoscenza dei giudizi di idoneità allo svolgimento della mansione da parte del medico competente: non sarebbe possibile aggirare l'assenza di obbligatorietà al vaccino, prevista dalla legge per le sole ipotesi ex art. 4 del d.l. 44/2021 (*supra* par. 4), in quanto «il datore non ha un potere di controllo sullo stato di salute dei propri dipendenti»⁷⁸.

In merito si possono muovere due osservazioni. La prima riguarda la questione se lo stato di vaccinato sia indicativo dello stato di salute e, quindi, rientrante nella protezione dei dati personali; oppure, come prospettato a nostro avviso in maniera non convincente, lo stato di vaccinato costituisce solo una condizione personale che deriva dalla vaccinazione, da intendersi quale evento preventivo e non curativo, perciò non indicativo dello stato di salute⁷⁹. La seconda, sul piano più strettamente operativo, attiene a come la gestione concreta in azienda potrebbe risentire delle condizioni poste dall'Autorità garante, innanzitutto in vista dell'allontanamento temporaneo del prestatore di lavoro ai fini della vaccinazione che implica un assetto organizzativo non gestibile dal solo medico competente⁸⁰.

⁷⁷ Provvedimento del 13 maggio 2021 - Documento di indirizzo "Vaccinazione nei luoghi di lavoro: indicazioni generali per il trattamento dei dati personali", op. cit., p. 4.

⁷⁸ L. D'ARCANGELO, *Vaccinazione antiCovid-19 e trattamento dei dati personali. Prime osservazioni al Provvedimento del Garante privacy n. 198 del 2021*, in *Diritto della Sicurezza del Lavoro*, 1, 2021, p. 192, in <https://journals.uniurb.it/index.php/dsl> (ultima consultazione 03/09/2021).

⁷⁹ Hanno sollevato la questione, ancor prima del parere di maggio 2021 da parte dell'Autorità, R. ZALLONE, A. STANCHI, *Vaccinazione dei dipendenti, il datore tra i due fuochi di legge e garante*, in *Guida al Lavoro*, 17, 16 aprile 2021, p. 15, richiamando però l'Autorità garante inglese, che è dell'avviso per cui lo stato di vaccinato è relativo allo stato di salute, quindi si tratta di un dato di natura particolare.

⁸⁰ Criticamente al riguardo, A. BOTTINI, *Vaccinazioni in azienda complicate dalla privacy*, in *Il Sole 24 Ore*, 19 maggio 2021, anche con riferimento all'equiparazione del tempo necessario

Sul piano dell'inquadramento giuridico, è opportuno tenere distinto il divieto di divulgazione dei dati personali, secondo l'interpretazione datane dall'Autorità garante, dalla possibilità per il datore di lavoro, tramite il medico competente, di venire o meno a conoscenza dei nominativi di chi non si è sottoposto alla somministrazione vaccinale, al fine di apprestare le misure più idonee per la salute di tutti. Da questo punto di vista, è utile il richiamo all'accertamento della sieropositività dei dipendenti. Pur essendo da escludere un parallelismo tra accertamento della sieropositività e obbligo di vaccinazione (*supra* par. 3), un'analogia potrebbe sussistere tra accertamento della sieropositività, quale condizione per svolgere attività che comportano rischi per la salute dei terzi secondo l'interpretazione datane dalla Corte costituzionale⁸¹, ed accertamento della vaccinazione, come conoscenza dello stato di avvenuta o meno vaccinazione. La conoscenza di detto stato è sostenibile solo nei casi in cui quest'ultimo costituisce un requisito essenziale ai fini dell'attività di lavoro in base alla situazione concreta da valutare da parte del medico competente, in maniera analoga all'obiettivo di prevenzione da rischio di diffusione del contagio da Covid-19 che può comportare, in caso di mancata vaccinazione, la sospensione dal lavoro ai sensi dell'art. 4 del d.l. 44/2021.

In conclusione, non pare controverso che l'accertamento dello stato di vaccinazione avvenga nel caso in cui si rientri nelle categorie professionali previste dal d.l. 44/2021, ma la conoscenza del personale vaccinato o non vaccinato come strumento di prevenzione potrebbe a nostro avviso essere estesa a tutti gli altri casi dove si manifesti il rischio da contagio scientificamente accertato. Restando, in ogni caso, imprescindibile la verifica dell'inidoneità alla mansione specifica redatta dal medico competente, riteniamo possibile l'accertamento dello stato di vaccinazione,

per la vaccinazione all'orario di lavoro, senza che venga utilizzato un permesso da parte del lavoratore. L'Autorità garante di fatto riconosce la possibilità di una forma di conoscenza dello stato di vaccinazione, sul punto ha affermato che «quando la vaccinazione viene eseguita durante il servizio, il tempo necessario alla medesima è equiparato a tutti gli effetti all'orario di lavoro (cfr. punto 15 protocollo cit.). In tal caso si potrà quindi procedere alla giustificazione dell'assenza, ove richiesto, con le modalità ordinarie stabilite nei contratti collettivi nazionali applicabili, ovvero mediante rilascio da parte del soggetto che somministra la vaccinazione all'interessato di un'attestazione di prestazione sanitaria indicata in termini generici. *Resta salvo che ove dall'attestazione prodotta dal dipendente sia possibile risalire al tipo di prestazione sanitaria da questo ricevuta*, il datore di lavoro, salva la conservazione del documento in base agli obblighi di legge, dovrà astenersi dall'utilizzare tali informazioni per altre finalità nel rispetto dei principi di protezione dei dati [...] e non potrà chiedere al dipendente conferma dell'avvenuta vaccinazione o chiedere l'esibizione del certificato vaccinale [...].» (corsivo nostro). Così Provvedimento del 13 maggio 2021 - Documento di indirizzo "Vaccinazione nei luoghi di lavoro: indicazioni generali per il trattamento dei dati personali", cit., p. 6.

⁸¹ R. SANTUCCI, *op. cit.*, p. 335, nel richiamare Corte Cost. 218/1994.

da intendersi quale strumento al fine di prevenire il rischio da contagio, nel rispetto dell'art. 2087 cod. civ. Tale accertamento potrebbe essere previsto e disciplinato da un contratto collettivo aziendale o da un protocollo condiviso in azienda finalizzato alla valutazione i rischi per la salute e la sicurezza, come suggerito di recente⁸², ferme le specifiche cautele da approntare caso per caso.

6. Considerazioni conclusive. Dall'obbligo vaccinale al green pass: andata e ritorno?

Non si può che giungere al termine di questo contributo a conclusioni del tutto provvisorie, considerato il continuo evolversi del quadro di norme legislative approvate nell'ultimo periodo e tuttora in corso di individuazione e definizione⁸³.

Al di là della dimensione regolativa che incide sul rapporto di lavoro, la tematica dei vaccini solleva delicate questioni etiche che intrecciano non solo aree disciplinari distinte, ma anche interrogativi di fondo non necessariamente risolti o risolvibili da una regola imposta. Pensiamo al tema della solidarietà che contraddistingue la tematica della salute, dove l'individuale e il collettivo sono inscindibilmente connessi⁸⁴. In tal senso, il diritto del lavoro rappresenta uno dei possibili terreni per verificare le implicazioni giuridiche di tale intreccio, come risulta dalla disciplina

⁸² Quale base giuridica per acquisire dati sul personale vaccinato in azienda tenuto conto del Considerando 155 del Regolamento europeo 2016/679, suggerito da A. INGRAO, A. MARESCA e R. ROMEI al webinar *Privacy by Emergency. La Commissione di certificazione intervista l'Autorità Garante per la protezione dei dati personali in tema di trattamento dei dati sanitari e vaccinali dei lavoratori*, con I. ALVINO, S. CIUCCIOVINO, A. MARESCA, F. MODAFERRI, R. ROMEI, promosso dalla Commissione di Certificazione, Dipartimento di Economia e Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università di Roma Tre e il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università La Sapienza di Roma, 30 giugno 2021. Tuttavia, sul ruolo comunque necessario del medico competente rispetto alla pretesa informativa da parte del datore di lavoro, da ultimo A. INGRAO, *Pandemia, protezione dei dati personali, accertamenti sanitari, vaccini, green pass e dintorni*, in *Lavoro Diritti Europa. Nuova Rivista di Diritto del Lavoro*, 3, 2021, in www.lavorodirittieuropa.it (ultima consultazione 03/09/2021).

⁸³ Una delle più recenti notizie è la risposta positiva del Presidente del Consiglio Mario Draghi, a cui è seguita quella del Ministro della Salute Roberto Speranza, nella Conferenza Stampa del Governo del 2 settembre 2021, alla domanda riguardante la possibile estensione dell'obbligo vaccinale anti Covid-19, oltre a quanto già previsto ai sensi del d.l. 44/2021, e del green pass «non "se", ma "a chi" e quanto svelti» (testualmente le parole del Presidente del Consiglio), così 2 settembre 2021, *Conferenza stampa del Presidente Draghi e dei Ministri Speranza, Bianchi, Giovannini e Gelmini*, trascrizione sul sito del Governo italiano, Presidenza del Consiglio dei Ministri, consultabile all'indirizzo <https://www.governo.it/it/articolo/conferenza-stampa-del-presidente-draghi-e-dei-ministri-speranza-bianchi-giovannini-e> (ultima consultazione 05/09/2021).

⁸⁴ C. CASONATO, M. TOMASI, *Valore e ruolo del principio costituzionale della solidarietà nello sviluppo, produzione e distribuzione dei vaccini*, in M. ANNONI (a cura di), *Etica dei vaccini. Tra libertà e responsabilità*, Roma, 2021, p. 103 ss.

legislativa che ha articolato in modo differenziato la posizione di coloro che non sono giustificati a rifiutare il vaccino rispetto a coloro che, invece, sono esentati dall'obbligo vaccinale. La norma analizzata (*supra* par. 4), con lo scopo di tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza⁸⁵, circoscrive l'efficacia soggettiva dell'obbligo vaccinale e configura in modo opportunamente graduato strumenti (invito all'adempimento dell'obbligo vaccinale, demansionamento e, in ultima ipotesi, sospensione della prestazione lavorativa senza retribuzione) finalizzati a promuovere l'effettività della vaccinazione e la protezione nei confronti di chi – pensiamo, per esempio, a chi è impossibilitato a vaccinarsi per motivi di salute – può subire il contagio da parte del prestatore che non intende vaccinarsi senza un motivo valido.

Un tema di questo rilievo e con tali implicazioni, dove è la stessa scienza medica talvolta a portare più dubbi che certezze⁸⁶, si presta a scenari in cui la contrapposizione "obbligo sì - obbligo no" può generare solo maggiori perplessità, in assenza di un dettato normativo generalizzato. Nell'attuale contesto di assenza di un obbligo vaccinale *ex lege* generalizzato, il legislatore, al di fuori delle ipotesi di cui all'art. 4 d.l. 44/2021, è intervenuto, al momento, con l'introduzione della certificazione verde Covid-19 (cd. green pass), prevedendone l'impiego in alcuni contesti lavorativi⁸⁷. Si è operato stabilendo un meccanismo di possesso ed

⁸⁵ Art. 4, co. 1 d.l. 44/2021.

⁸⁶ P. PASCUCCI, A. DELOGU, *op. cit.*, p. 83. Una riprova della delicatezza del tema è ricavabile dal ricorso al TAR di Brescia e Milano da parte di operatori sanitari rientranti nel campo di applicazione del d.l. 44/2021 e contrari all'obbligo di vaccinazione, come riportato sulla stampa L. DE VITO, *La class action di medici e sanitari "Abolite l'obbligo di vaccinarsi"*, in *la Repubblica*, 4 luglio 2021.

⁸⁷ Il certificato verde Covid 19 è stato introdotto dall'art. 9 d.l. 52/2021, convertito in l. 87/2021, il cui impiego è stato esteso dai d.l. 105/2021 e 111/2021 a vari ambiti, da ultimo quello scolastico e universitario e nei mezzi di trasporto, a partire dal primo settembre 2021 fino al 31 dicembre 2021. Per una prima analisi, G. BENINCASA, G. PIGLIALARMI, *Green Pass e rapporti di lavoro*, in *WP Salus*, 7, 2021 reperibile su <http://salus.adapt.it/publicazioni/> (ultima consultazione 31/08/2021). Per alcuni rilievi critici sulla regolazione nei settori dell'istruzione e del trasporto, V. AZZOLINI, *La scuola riapre ma manca chiarezza su trasporti e test*, in *Domani*, 2 settembre 2021. Al momento di chiusura del presente contributo, si può richiamare il vivace dibattito che ha riguardato sia la vaccinazione sia il green pass da diverse prospettive disciplinari, a partire dall'opinione critica espressa da M. CACCIARI, G. AGAMBEN, *A proposito del decreto sul "green pass"*, in *Istituto Italiano per gli Studi Filosofici*, 26 luglio 2021 in www.iisf.it (ultima consultazione 29/07/2021), a cui sono seguiti i singoli commenti dei due filosofi, M. CACCIARI, *Perché dico no al "green pass"*, in *La Stampa*, 28 luglio 2021; G. AGAMBEN, *Non discutiamo la vaccinazione, ma l'uso politico del green pass*, in *La Stampa*, 30 luglio 2021; e una serie di repliche, tra le quali, F. BARBERA, *Green pass, una «spinta gentile» per gli indecisi*, in *Il Manifesto*, 15 agosto 2021, in www.ilmanifesto.it (ultima consultazione 20/08/2021); M. MAGATTI, *Com'è difficile tenere assieme la libertà e la responsabilità*, in *Il Corriere della Sera*, 7 agosto 2021; e, sul piano della scienza medica, S. GARATTINI (a cura di

esibizione, finalizzato all'accesso ad alcuni contesti, solo tramite green pass. In questo modo, solo apparentemente viene superato il tema dell'obbligo vaccinale in relazione al rapporto di lavoro, rappresentando il green pass un obbligo indiretto, in forma di incentivo alla vaccinazione.

A questo proposito, appare di interesse un breve raffronto fra l'ambito già esaminato della cura e dell'assistenza in ambito sanitario⁸⁸ rispetto al settore dell'istruzione, recentemente fatto oggetto di intervento normativo. In tale ultimo settore è previsto, infatti, non già l'obbligo vaccinale ma l'impiego del green pass per «tutto il personale scolastico del sistema nazionale di istruzione e universitario», con alcuni aspetti meritevoli di evidenza sotto il profilo giuslavoristico⁸⁹. Si può rilevare come le finalità di entrambe le normative siano analoghe – la tutela della salute pubblica e il mantenimento di adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione di servizi ritenuti essenziali⁹⁰ – mentre diverse risultano le tecniche regolative

L. VARLESE), *Le mie risposte a Cacciari sul vaccino, punto per punto*, in *The Huffington Post*, 28 luglio 2021, in www.huffingtonpost.it (ultima consultazione 20/08/2021). Più in generale sui profili giuridici relativi al green pass, tra i primi commenti riportati sulla stampa, M. AINIS, *Tra doveri e libertà*, in *la Repubblica*, 26 luglio 2021; M. BROLLO, *Il green pass in azienda*, in *Messaggero Veneto*, 23 luglio 2021; M. BROLLO, *Il certificato è un atto di responsabilità civile e morale*, in *Messaggero Veneto*, 29 agosto 2021; D. PIRONE, intervista a S. CASSESE, *Si al Green Pass sul lavoro, prevale il diritto alla salute*, in *Il Messaggero*, 27 luglio 2021; M. DEL CONTE, *La Costituzione non impedisce il Green pass sul lavoro, anzi*, in *Il Foglio*, 23 luglio 2021; M. FAIOLI, *Contro i No vax sul lavoro alle imprese basta già il contratto collettivo*, in *Il Foglio*, 23 luglio 2021; R. GUARINIELLO, *Vaccinazione dei lavoratori: l'azienda può chiedere il green pass?*, in *Ipsosa*, 31 luglio 2021, in www.ipsoa.it (ultima consultazione 31/07/2021). Inoltre, le posizioni espresse da P. ICHINO in merito, consultabili sul sito www.pietroichino.it (ultima consultazione 20/08/2021) e, sul versante costituzionalistico, quelle riportate sul sito laCostituzione.info, a partire dall'intervento di R. BIN, *Greenpass e libertà. Con qualche risposta ai simpatici lettori*, <http://lacostituzione.info>, 26 luglio 2021 (ultima consultazione 20/08/2021).

⁸⁸ Art. 4 del d.l. 44/2021, *supra* par. 4.

⁸⁹ Art. 9-ter d.l. 52/2021 inserito dall'art. 1, co. 9 d.l. 111/2021, riguardante anche gli studenti universitari. Non si prendono in considerazione in queste righe conclusive le pur importanti disposizioni di legge riguardanti l'impiego della certificazione verde per l'accesso ad alcuni servizi ed attività (art. 3 d.l. 105/2021 anche di introduzione dell'art. 9-bis al d.l. 52/2021 convertito in l. 87/2021) e necessaria per i «soggetti» che vogliono accedere ai mezzi di trasporto (art. 2 d.l. 111/2021 che ha inserito l'art. 9-quater d.l. 52/2021 convertito in l. 87/2021). Al momento di chiusura del contributo è in corso l'iter parlamentare di conversione dei d.l. 105/2021 e 111/2021 e il dibattito sull'estensione del green pass a seguito del confronto tra le parti sociali.

⁹⁰ Il riferimento al «servizio essenziale» dell'istruzione richiamato nella norma (art. 9-ter, co. 1 d.l. 52/2021) è chiaramente valevole anche per il servizio prestato nel settore della cura e dell'assistenza (art. 4 d.l. 44/2021). A tal proposito, quando la pandemia è cominciata a manifestarsi a livello globale nei primi mesi del 2020, proprio il ragionamento sull'essenzialità dei servizi, a partire dalla sanità, ha rappresentato uno dei punti principali di riflessione per ragionare su «un cambiamento epocale, che investe lo stesso "senso comune"», così in uno degli ultimi contributi L. MARIUCCI, *Cinque cose che la pandemia sta già cambiando*, in

adottate. In particolare, per l'ambito dei servizi di cura e assistenza la vaccinazione è in maniera diretta un requisito essenziale per l'esercizio della professione, mentre per l'ambito dell'istruzione è la certificazione verde a comprovare lo stato di avvenuta vaccinazione, o di guarigione dal Covid-19 o l'effettuazione di un tampone con risultato negativo e attestante, per tutte queste ipotesi, che «il soggetto che la esibisce non è affetto dal virus e quindi non è un potenziale vettore di contagio»⁹¹. Pertanto, il green pass costituisce un requisito di accesso, da cui, in caso di mancato possesso ed esibizione, derivano conseguenze sul rapporto di lavoro, solo in parte simili a quanto previsto nel settore della cura e dell'assistenza in ambito sanitario⁹². In altre parole, l'introduzione e l'impiego imposto del green pass nel settore dell'istruzione, come

Strisciarossa, 22 marzo 2020, consultabile alla pagina <https://www.strisciarossa.it/pandemia-e-cambiamento/> (ultima consultazione 31/08/2021).

⁹¹ G. BENINCASA, G. PIGLIALARMÌ, *Green Pass e rapporti di lavoro*, cit., p. 18. Dal punto di vista della scienza medica, si discute criticamente della misura del green pass, ad esempio nell'equiparazione del vaccino al tampone, così l'opinione di S. GARATTINI riportata in *Garattini: "Per il green pass è sbagliato equiparare il vaccino al tampone"*, in *The Huffington Post*, in <https://www.huffingtonpost.it/> (ultima consultazione 31/08/2021).

⁹² Non si prevede il licenziamento, analogamente al settore di cura e assistenza di interesse sanitario, bensì il ricorso alla sospensione senza retribuzione dopo cinque giorni di assenza ingiustificata per mancato possesso e mancata esibizione del green pass (art. 9-ter co. 2). Peraltro, il Ministero dell'Istruzione ha precisato che la retribuzione e ogni altro compenso o emolumento comunque denominato, non sono dovute per le assenze ingiustificate comprese anche tra il primo e il quarto giorno, così Parere tecnico – Decreto-legge n. 111/2021 "Misure urgenti per l'esercizio in sicurezza delle attività scolastiche, universitarie, sociali e in materia di trasporti", 13 agosto 2021. Si noti che, rispetto alla normativa di cui all'art. 4 d.l. 44/2021 (*supra* par. 4), nell'art. 9-ter introdotto dal d.l. 111/2021 non vi è una previsione specifica circa le mansioni a cui adibire il personale esentato dalla campagna vaccinale per ragioni mediche (co. 3). Da ultimo, la giurisprudenza amministrativa si è pronunciata con riguardo all'annullamento previa sospensione dell'efficacia di una serie di provvedimenti adottati nel settore dell'istruzione a seguito dell'entrata in vigore del d.l. 111/2021. In particolare, il giudice amministrativo ha stabilito sia che la presunta violazione del diritto del personale scolastico a non essere vaccinato, riconosciuto alternativamente anche attraverso l'utilizzo del tampone – il cui costo a carico del docente, a detta del medesimo giudice, non appare irrazionale – non è assoluto, ma va bilanciato con altri diritti, come il diritto alla salute pubblica teso a circoscrivere l'estensione della pandemia e il diritto di assicurare il regolare svolgimento della scuola in presenza come «essenziale servizio pubblico»; e, sui profili di ricaduta sul rapporto di lavoro, «l'automatica sospensione dal lavoro e dalla retribuzione [art. 9-ter, co. 2] e la mancata adibizione del personale scolastico ad altre diverse mansioni «è correttamente e razionalmente giustificabile alla luce della tipicità delle mansioni del personale scolastico, specie di quello docente», così TAR Lazio, Sezione Terza Bis, n. 4531 e 4532, 2 settembre 2021. Sul bilanciamento degli interessi contrapposti, in maniera ancora più incisiva, con riferimento al personale sanitario soggetto all'ambito di applicazione dell'art. 4 d.l. 44/2021, altresì si segnala un caso riguardante il rigetto di una istanza cautelare proposta da un medico avverso la delibera dell'Ordine dei Medici Chirurghi e Odontoiatri della Provincia di Brindisi, che aveva stabilito la sospensione dall'esercizio della professione senza retribuzione per non aver effettuato il vaccino, così TAR Puglia, Lecce – Sezione Seconda, n. 480, 5 agosto 2021.

meccanismo di incentivo in termini di obbligo indiretto, riporta al punto di partenza la questione della vaccinazione, quale requisito essenziale ai fini della prestazione lavorativa.

A prescindere da questi settori lavorativi, dove la legislazione è intervenuta seppure con modalità diverse, alcune criticità possono sorgere se non si persegue una gestione equilibrata della somministrazione dei vaccini in azienda, attenta alla verifica dell'idoneità professionale, soprattutto in virtù dell'apporto del medico aziendale competente, anche nell'ottica di operare delle scelte interne di organizzazione del lavoro in azienda (*supra* par. 5). Proprio tale figura, a nostro avviso, risulta centrale⁹³ a partire dal presupposto che il prestatore di lavoro e il datore di lavoro devono cooperare per addivenire ad ogni possibile misura di prevenzione ai sensi dell'art. 2087 cod. civ., che, come osservato da ultimo nel dibattito lavoristico, ha svolto «una funzione di norma di chiusura del sistema antinfortunistico, consentendo, con la sua struttura aperta, l'adattamento delle misure di sicurezza alle evoluzioni del progresso tecnico e scientifico»⁹⁴. In tale visione, la vaccinazione, oggetto di raccomandazione, rientrerebbe nella dimensione di precauzione, con la possibilità di estenderla a tutti i prestatori che operano in maniera ravvicinata fra di loro e/o a contatto con il pubblico. A tale previsione, che una parte della dottrina auspica avvenga tramite legge, farebbe seguito la sospensione dal lavoro solo dopo la verifica della impossibilità di lavoro a distanza, di spostamento a mansioni diverse da quelle di provenienza, nonché di ricorso alle ferie o ai congedi retribuiti⁹⁵.

Infatti, è condivisibile l'opinione secondo cui l'obbligo di trattamento sanitario, quale la vaccinazione, può essere imposto solo da una disposizione di legge a seguito di un contemperamento dei valori costituzionali e delimitata da precise condizioni e cautele, come è stato stabilito espressamente nel settore di cura e assistenza di interesse sanitario (*supra* par. 4). La tesi di un obbligo vaccinale imposto dal datore di lavoro, ancorché sulla base del richiamo all'art. 2087 cod. civ., violerebbe infatti la riserva di legge⁹⁶. Sotto altro profilo, non va trascurata

⁹³ Lo pongono in luce anche P. PASCUCI, C. LAZZARI, *op. cit.*, p. 163.

⁹⁴ M. BASILICO (intervista di), F. AMENDOLA, R. DE LUCA TAMAJO, V.A. POSO, *Per operatori sanitari e socioassistenziali è il momento dell'obbligo vaccinale?*, cit., in particolare l'opinione espressa da F. AMENDOLA. In giurisprudenza *ex plurimis* Cass., Sez. Lav., 5 febbraio 2014, n. 2626, in *Diritto e Giustizia*, 6 febbraio 2014.

⁹⁵ M. BASILICO (intervista di), F. AMENDOLA, R. DE LUCA TAMAJO, V.A. POSO, *Per operatori sanitari e socioassistenziali è il momento dell'obbligo vaccinale?*, cit., in particolare l'opinione espressa da R. DE LUCA TAMAJO.

⁹⁶ Da ultimo, V. AZZOLINI, *Senza una legge il vaccino non può entrare in azienda*, in *Domani*, 1 agosto 2021. Sul tema della questione delle mense aziendali e dell'accesso tramite green pass è stato riaperto il dibattito, continuamente sollecitato dal susseguirsi degli eventi, V.

la possibilità di raccomandare – e, quindi, non imporre – la vaccinazione attraverso l'impulso della contrattazione collettiva e con il supporto del medico competente, nel solco dei protocolli nazionali, attraverso i quali le parti sociali sono state chiamate ad operare per far fronte alla pandemia nei contesti economico-produttivi, considerando la previsione di legge per cui i datori di lavoro adempiono all'obbligo di cui all'art. 2087 c.c. mediante l'applicazione delle prescrizioni contenute negli stessi protocolli⁹⁷ (*supra* par. 2).

Nella tematica della vaccinazione un elemento di assoluto rilievo, a monte, è il coinvolgimento di un'opinione pubblica consapevole⁹⁸, come sostenuto da un'autorevole dottrina nell'area di studi del biodiritto⁹⁹. I contesti economico-produttivi dove le persone lavorano sono naturalmente un ambito di analisi privilegiato per verificare le ricadute di questa tematica sulle regole del lavoro. L'auspicio è riuscire ad identificare le notizie provenienti da un'informazione scientifica seria e accurata e, mediante l'ausilio di quel diritto riflessivo a cui la legislazione pandemica ha dato uno

AZZOLINI, *Green pass, mense e scuole: forzature al posto dell'obbligo vaccinale*, in *Domani*, 25 agosto 2021; G. BENINCASA, G. PIGLIALARMÌ, *Green Pass e rapporti di lavoro*, cit., 15; R. GUARINIELLO, *Regole in mensa e lavoratori: tante norme e poche certezze*, in *Il Fatto Quotidiano*, 31 agosto 2021.

⁹⁷ Art. 29-bis d.l. 23/2020, convertito in l. 40/2020, cit., da ultimo richiamato da M. MARAZZA, *Gli effetti giuslavoristici della mancata vaccinazione*, Editoriale del 23 luglio 2021, in *GiustiziaCivile.com*, p. 5. In precedenza, per una lettura volta a favorire l'intervento delle parti sociali attraverso l'integrazione dei protocolli, così da dare copertura ad un obbligo di legge per quei settori in cui la contrazione dell'infezione da Covid-19 può rappresentare un rischio specifico, G. BENINCASA, G. PIGLIALARMÌ, *Covid-19 e obbligo giuridico di vaccinazione per il dipendente*, cit., 12-13. Per un primo caso in ambito aziendale al di fuori dell'obbligo vaccinale ex d.l. 44/2021, segnaliamo la seguente informativa di un'azienda del settore alimentare di Castiglione delle Stiviere (Mantova) che ha comunicato che, qualora non venga esibito «il Green Pass per mancata sottoposizione all'iter vaccinale», si avrà una ridefinizione delle mansioni e della retribuzione, salvo che tale ridefinizione risulti impossibile o vi sia un'esposizione al rischio al contagio, per cui vi sarà una sospensione senza retribuzione del prestatore di lavoro «sino alla ripresa dell'attività lavorativa». Il caso è stato riportato da L. LANDONI, *Sterilgarda, linea dura sul green pass: «Senza vaccino, lavoratori a casa senza stipendio»*, in *La Repubblica – Milano*, 28/07/2021, consultabile su <http://milano.repubblica.it> (ultima consultazione 07/08/2021). Il documento non considera che la certificazione verde può esserci anche laddove comprovi lo stato di guarigione dall'infezione da Sars-CoV-2 o anche in presenza di un referto negativo di un test molecolare o antigenico eseguito nelle 48 ore antecedenti, ma, in ogni caso, la stessa informativa apre (positivamente) la strada ad un accordo collettivo: «si ritiene che la modalità operativa prospettata, che sarà oggetto di una regolamentazione condivisa con le RSU comunque già informate, sia un ulteriore contributo delle imprese – di cui i lavoratori sono parte integrante e necessaria – alla tutela della salute pubblica, nel segno esemplare sinora tracciato».

⁹⁸ In proposito, i commenti recenti di V. LINGIARDI, *Trasfusioni di conoscenza*, in *la Repubblica*, 26 agosto 2021; V. LINGIARDI, *Vincere la paura sapendo ascoltare*, in *la Repubblica*, 1 settembre 2021.

⁹⁹ S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, p. 144.

spazio significativo (*supra* par. 2), definire soluzioni condivise idonee a superare, anche sul versante concreto, le contrapposizioni che possono sorgere in tema di obbligo vaccinale, diretto e/o indiretto, in particolare in quel terreno delicato che è il rapporto di lavoro.