



28 LUGLIO 2021

La vaccinazione contro il Covid-19 tra
facoltà ed obbligo nel rapporto di
lavoro subordinato. Riflessioni
giuspubblicistiche

di Camilla Della Giustina
Cultrice della materia in Diritto costituzionale
Università degli Studi di Padova



La vaccinazione contro il Covid-19 tra facoltà ed obbligo nel rapporto di lavoro subordinato. Riflessioni giuspubblicistiche*

di Camilla Della Giustina

Cultrice della materia in Diritto costituzionale
Università degli Studi di Padova

Abstract [It]: Il presente contributo intende affrontare la problematica della vaccinazione contro l'agente patogeno SARS-COV-2 in relazione al rapporto di lavoro subordinato al fine di verificare l'esistenza di una facoltà o di un obbligo per il lavoratore dipendente di procedere alla vaccinazione. L'aspetto che si vuole evidenziare è che, nonostante si tratti di un aspetto appartenente alla riflessione giuslavoristica, lo stesso può essere affrontato anche con una sensibilità giuspubblicistica.

Abstract [En]: This contribution aims to address the issue of vaccination against the pathogen SARS-COV-2 in relation to employment relationship in order to verify the existence of a faculty or an obligation for the employee to carry out vaccination. The aspect that we want to highlight is that, although it is an aspect belonging to the reflection of the labor law, the same can also be addressed with a sensitivity to the publishing law.

Parole chiave: vaccinazione Covid-19; lavoro dipendente; facoltà o obbligo; fonti del diritto; diritto italiano e dell'Unione Europea

Keywords: vaccination against Covid-19; dependent work; faculty or obligation; sources of law; Italian law European Union law

Sommario: 1. Introduzione. 2. Vaccinazione e diritto del lavoro. 3. Fonti del diritto e vaccinazione: quale spazio per la riflessione giuspubblicistica? 4. Obbligo di vaccinazione, diritto del lavoro e diritto dell'Unione Europea: cenni. 5. Conclusioni.

1. Introduzione

In data 21.12.2020 è stata autorizzata, in modo condizionato¹, l'immissione in commercio del farmaco «Comirnaty - Vaccino a mRNA contro COVID-19 (modificato a livello dei nucleosidi)» prodotto dall'azienda PfizerBioNtech. A partire dal 27.12.2020 è stata avviata, di conseguenza, in Italia una campagna vaccinale che, ai fini del raggiungimento dell'immunità di gregge, all'inizio è stata affidata al senso di responsabilità della popolazione; successivamente a partire dal 1.4.2021 tramite decreto-legge n. 44/2021² è stato introdotto l'obbligo di sottoporsi alla somministrazione del vaccino per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario che svolgono la loro attività all'interno delle

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Decisione di esecuzione della Commissione del 21.12.2020 che concede a norma del regolamento (CE) n. 726/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio l'autorizzazione condizionata ad immettere in commercio il "Comirnaty - Vaccino a mRNA contro COVID-19 (modificato a livello dei nucleosidi)", un medicinale per uso umano.

² Successivamente convertito in l. n.76/2021.

strutture sanitarie, socio sanitarie e socio assistenziali, pubbliche e private, nelle farmacie, parafarmacie e negli studi professionali.

Il contributo affronta la problematica della possibile imposizione vaccinale da parte del datore di lavoro per quanto attiene alle categorie non comprese nella dizione della l. n. 76/2021 con l'obiettivo di evidenziare come la problematica giuslavoristica affondi le proprie radici in una riflessione strettamente attinente al diritto costituzionale. La riflessione prende le mosse dalla considerazione secondo cui «l'imposizione dell'obbligo di vaccinazione si inserisce in un più generale contesto normativo emergenziale nel quale i diritti di libertà del singolo trovano una notevolissima compressione in un'ottica di tutela collettiva, inusuale al nostro ordinamento costituzionale³».

2. Vaccinazione e diritto del lavoro

La questione della vaccinazione nei luoghi di lavoro, al momento attuale, si pone quale obbligo di sicurezza datoriale, che si esplica, a sua volta, nelle relative misure di prevenzione anti-contagio, nei relativi obblighi in prevenzione del lavoratore fino ad arrivare a toccare le norme civilistiche. Si tratta di un quadro normativo che porta a diverse riflessioni circa la sussistenza o meno di un obbligo vaccinale all'interno dei contesti lavorativi con conseguenze per quanto attiene agli stessi rapporti di lavoro⁴.

Si tratta di un dibattito rispetto al quale parte della dottrina ha rinvenuto l'obbligo del datore di lavoro di chiedere la vaccinazione in quanto massima misura di prevenzione contro il virus SARS-COVID-19 alla luce delle attuali conoscenze tecnico-scientifiche. Questa corrente dottrinarica articola la propria riflessione partendo dal combinato disposto dell'art. 2087 c.c. con alcune disposizioni del d.lgs. n. 81/2008: dall'insieme di queste disposizioni si configurerebbe un obbligo in capo al lavoratore di adottare la massima misura di prevenzione, cioè la sottoposizione alla somministrazione della vaccinazione. Le disposizioni contenute nel d.lgs. n. 81/2008, infatti, hanno fornito una accentuazione pubblicistica dell'obbligo di sicurezza contemplato dall'art. 2087 c.c.: la tutela della sicurezza all'interno degli ambienti di lavoro diviene un obiettivo nonché interesse pubblico-generale poiché discendente dall'art. 32 Cost. A questo si deve aggiungere la progressiva estensione dell'obbligo di sicurezza inteso come «massima sicurezza tecnologica⁵».

In relazione al rischio di contagio da Covid-19 l'Inail ha precisato che per quanto attiene alle tutele previdenziali esso integra un rischio professionale solamente se rapportato a determinati ambienti di

³ M. MOCELLA, *Vaccini e diritti costituzionali: una prospettiva europea*, in *Dirittifondamentali.it*, fasc. 2, 2021, p. 46.

⁴ G. NATULLO, *Vaccini e rapporti di lavoro tra obblighi di sicurezza e diritto all'autodeterminazione*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, n. 1, 2021, pp. 138-150.

⁵ G. NATULLO, *Ambiente di lavoro e tutela della salute*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 17.

lavoro, precisamente quelli sanitari per i relativi operatori. Per quanto attiene a questi ambienti lavorativi sussiste la presunzione di infortunio⁶ in occasione di lavoro qualora si realizzi l'ipotesi del contagio; a contrario negli altri ambienti deve essere considerato solo un rischio «generico-aggravato⁷» non idoneo ad escludere la prova del nesso eziologico tra contagio ed occasione di lavoro. Per quanto attiene alla parte della copertura assicurativa l'Inail arriva a sostenere che nell'ipotesi di omessa vaccinazione «il rischio di contagio non è certamente voluto dal lavoratore e la tutela assicurativa opera se e in quanto il contagio sia riconducibile all'occasione di lavoro, nella cui nozione rientrano tutti i fatti, anche straordinari ed imprevedibili, inerenti l'ambiente, le macchine, le persone, compreso il comportamento dello stesso lavoratore, purché attinenti alle condizioni di svolgimento della prestazione⁸».

Alla luce di quanto esposto parte della dottrina ha sostenuto che l'art. 2087 c.c. nonostante sia una norma di chiusura del sistema non sia tuttavia idonea ad essere considerata come la legge attuativa nei luoghi di lavoro della riserva contenuta nell'art. 32 Cost⁹. Nonostante la doppia funzione svolta dall'art. 2087 c.c., ossia di chiusura e di promozione del sistema, e definibile come «norma dinamica» che «consente da un lato di colmare le lacune del diritto positivo e, dall'altro, di integrare il contenuto delle norme elastiche predisposte dalla legislazione speciale, indicando nello stato di avanzamento della tecnologia prevenzionale il criterio per distinguere tra ciò che è possibile e ciò che non è possibile esigere dall'imprenditore¹⁰» risulta essere suscettibile di attirare a sé anche norme extragiuridiche necessarie per

⁶ È stato osservato che il legislatore nei casi accertati di infezione da coronavirus in occasione del lavoro si sia ispirato ad una «socializzazione del rischio». A. DE MATTEIS, *Le infezioni da coronavirus come infortunio sul lavoro: la specialità della tutela italiana*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, n. 3, 2020, pp. 653-654. L. LA PECCERELLA, *L'universalizzazione delle tutele tra d.lgs. n. 81/2008 e d.P.R. n. 1124/1965*, in P. PASCUCI, L. LA PECCERELLA e R. D'ALIA (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro a dieci anni dal d.lgs. n. 81/2008. Tutele universali e nuovi strumenti regolativi*, Milano, Franco Angeli, 2019, pp. 219 ss.

⁷ INAIL, circ. n. 13/2020. G. LUDOVICO, *Sicurezza e infortuni sul lavoro nel rischio da contagio da covid-19: profili di responsabilità e di tutela previdenziale*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 2, 2021.

L'Inail arriva a concludere che «sotto il profilo assicurativo, per giurisprudenza consolidata il comportamento colposo del lavoratore, tra cui rientra anche la violazione dell'obbligo di utilizzare i dispositivi di protezione individuale, non comporta di per sé, l'esclusione dell'operatività della tutela prevista dall'assicurazione.[...] Non appare nemmeno ipotizzabile nel caso del rifiuto di vaccinarsi l'applicazione del concetto di "rischio elettivo" (...) il rifiuto di vaccinarsi, configurandosi come esercizio della libertà di scelta del singolo individuo rispetto ad un trattamento sanitario, ancorché fortemente raccomandato dalle autorità, non può costituire una ulteriore condizione a cui subordinare la tutela assicurativa dell'infortunato».

⁸ A proposito è stato osservato che «non si vede perché ci si dovrebbe discostare dai consolidati orientamenti richiamati dall'Inail, secondo i quali, per l'appunto, la condotta negligente del lavoratore o anche una sua colposa omissione (delle previste misure di prevenzione) non integra gli estremi del c.d. "rischio elettivo" e non esclude pertanto la copertura previdenziale». P. PASCUCI, A. DELOGU, *L'ennesima sfida della pandemia Covid-19: esiste un obbligo vaccinale nei contesti lavorativi?*, in *Diritto della sicurezza sul lavoro*, n. 1, 2021, p. 83.

⁹ V. FERRANTE, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l'opinione di Vincenzo Ferrante*, in *Labor. Il lavoro nel diritto*, 22.1.2021, C. CESTER, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l'opinione di Carlo Cester*, in *Labor. Il lavoro nel diritto*, 23.1.2021.

¹⁰ S. ROZZA, *Ubi lex voluit, ubi noluit tacuit. La posizione del lavoratore che rifiuta il vaccino e i profili di responsabilità del datore di lavoro*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, n. 1, 2021, p. 174.

fronteggiare il rischio di contagio¹¹. Il riferimento è ai protocolli menzionati dall'art. 29-*bis* del dl. n. 23/2020 rispetto ai quali sussiste il potere-dovere per il datore di lavoro di sostituire le misure in essi menzionate con altre ritenute maggiormente incisive o equivalenti anche secondo le caratteristiche proprie dell'organizzazione¹².

La differenza che sussiste tra i protocolli e la vaccinazione è che i primi consentono che l'imprenditore effettui un bilanciamento tra il diritto alla salute del singolo e il diritto degli altri nonché l'interesse della collettività mentre l'obbligo di vaccinazione richiede che lo stesso derivi da una valutazione discrezionale del Parlamento¹³. La conseguenza di questa affermazione è che, ad eccezione per quanto attualmente previsto per gli esercenti le professioni sanitarie e gli altri operatori di interesse sanitario, la vaccinazione non può rientrare nel novero di quelle misure che il datore di lavoro ha il potere/dovere di imporre. Il livello di sicurezza che deve essere garantito dall'imprenditore attiene alla rarefazione delle presenze ricorrendo al lavoro agile, utilizzando le ferie ed i permessi nonché valutando l'intervento di ammortizzatori sociali ed attuare regole aventi funzione precauzionale contenute nei protocolli¹⁴.

A questo si deve aggiungere un obbligo di vaccinazione non potrebbe essere rinvenuto nemmeno nell'art. 20 del d.lgs. n. 81/2008 poiché, in primo luogo, impone al lavoratore un obbligo di osservanza delle disposizioni impartitegli e, in secondo luogo, non è una fonte autonoma di obblighi che prescindano dallo stesso¹⁵. Potenzialmente una fonte dalla quale rinvenire un possibile aggancio è l'art. 279 del d.lgs. n. 81/2008 il quale allude alla messa a disposizione di vaccini efficaci per contrastare l'agente patogeno arrivando quindi a configurare i vaccini come «misure protettive particolari» o «misure speciali di protezione» anche se non esclusive. Si tratta di un obbligo circoscritto in quanto riferibile ai lavoratori che, anche per motivi sanitari individuali, si rivelino necessari come, ad esempio, l'esposizione ad agenti biologici e alla sorveglianza sanitaria. A questo si deve aggiungere che l'applicazione concerne i lavoratori che non siano già immuni all'agente biologico presente nella lavorazione ex art. 279 co.2 lett. a). Dal tenore della disposizione si evince che l'obbligo del datore di lavoro attiene alla messa a disposizione dei vaccini ma non è possibile rinvenire la sussistenza di un obbligo¹⁶ in capo a tali soggetti circa

¹¹ Si tratta di una interpretazione contrastante con l'art. 25 co.2 Cost. poiché posto che nel diritto penale la posizione di garanzia assunta dal datore di lavoro si fonda sull'equivalenza tra cagionare e non impedire il contagio ex art. 40 c.p. essa assumerebbe un contenuto indeterminato e, di conseguenza, il rimprovero non potrebbe essere prevedibile ed evitabile.

¹² S. ROZZA, *La colpa del datore di lavoro nello scenario del Covid-19*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, n. 2, 2020, p. 100

¹³ Sentenza del Tribunale di Belluno del 19.3.2021 n. 328, precedente a questa pronuncia è l'ordinanza del 19.3.2021, n. 12 sempre del Tribunale di Belluno.

¹⁴ Il riferimento va ai protocolli del 24.4.2020, all'art. 4 del D.P.C.M del 14.1.2021.

¹⁵ A. PERULLI, *Dibattito istantaneo su vaccini*, in *Labor. Il lavoro nel diritto*, 25.1.2021.

¹⁶ In tal senso è stato evidenziato come il datore di lavoro debba mettere a disposizione vaccini efficaci da somministrare ad opera del medico competente per quei lavoratori che non siano immuni all'agente patogeno, sia esso endogeno o esogeno, presente nel processo di lavorazione. Si tratta di vaccini efficaci ma non obbligatori e quindi anche solamente raccomandati.

l'inoculazione del siero. Questa conclusione si può trarre dal comma 5 dell'art. 279 il quale evidenzia che sia il medico competente a fornire ai lavoratori informazioni adeguate per quanto attiene ai vantaggi ed inconvenienti della vaccinazione e della omessa vaccinazione.

Da questo deriverebbe che la decisione del lavoratore attinente alla somministrazione del vaccino non integra un adempimento e nemmeno un comportamento suscettibile di menomare la fiducia poiché espressione ed esercizio di una libertà¹⁷ al punto quindi da non poter legittimare l'inidoneità a svolgere le mansioni specifiche¹⁸, a giustificare l'allontanamento da parte dell'imprenditore ed infine il licenziamento. Qualunque tentativo di introdurre l'obbligo di inoculazione del vaccino all'interno della dinamica privatistica del rapporto di lavoro risulta essere originale; in altri termini «si tenderebbe ad affidare al datore di lavoro, nell'ambito della dinamica contrattuale, una funzione di tutela della salute pubblica mediante un'obbligatorietà del vaccino che non emerge invece nell'ordinamento generale, contraddicendosi la dimensione pubblicistica del diritto alla salute¹⁹».

La base volontaria per la generalità dei lavoratori attinente alla adesione alla somministrazione del vaccino anti Covid-19 è stata interpretata anche dalla redazione del Protocollo nazionale per la realizzazione dei piani aziendali finalizzati all'attivazione di punti straordinari di attivazione di vaccinazione anti SARS-COV-2 nei luoghi di lavoro del 16.4.2021. Si tratta di una misura di sanità pubblica che si inserisce all'interno del Piano Strategico nazionale per la vaccinazione anti-Covid 19 predisposto dal Commissario Straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure di contenimento e contrasto all'emergenza epidemiologica. Mediante questa iniziativa è possibile procedere alla vaccinazione di tutti i lavoratori che, a prescindere dalla tipologia contrattuale, prestano la loro attività in favore dell'azienda e che ne abbiano fatto richiesta in modo volontario²⁰.

Dottrina contrapposta rispetto a quella esposta fino a questo momento rinviene nelle disposizioni richiamate, anche in assenza di una norma di legge specifica, la possibilità per il datore di lavoro di esigere la vaccinazione sulla scorta dell'assunto secondo cui è nel potere delle parti quello di limitare o regolare i diritti assoluti della persona in quanto incombe in capo al datore di lavoro²¹ non solamente «il

¹⁷ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli 2005 p. 801. R. RIVERSO, *L'obbligo di vaccino anti Covid nel rapporto di lavoro tra principio di prevenzione e principio di solidarietà*, in *Questionegiustizia*, 18.1.2021, p. 5

¹⁸ A. PERULLI, *Dibattito istantaneo su vaccini*, op., cit.

¹⁹ P. PASCUCCI, A. DELOGU, *L'ennesima sfida della pandemia Covid-19: esiste un obbligo vaccinale nei contesti lavorativi?*, op., cit., p. 93.

²⁰ M. GIOVANNONE, *La somministrazione vaccinale nei luoghi di lavoro dopo il D.L. n. 44/2021*, in *Federalismi.it*, n. 14, 2021, pp. 103-126.

²¹ La considerazione dalla quale prende le mosse questa posizione dottrinarina affonda le proprie radici nell'idea secondo cui «qualsiasi ragionamento sul tema della vaccinazione non può dunque ignorare cosa ha rappresentato la pandemia per il mondo intero e quali sono state e sono ancora le terribili conseguenze umane ed economiche che ha determinato. Di fronte ad uno scenario così catastrofico, tutti devono sentirsi responsabili e parti di uno sforzo comune, pur

potere/dovere contrattuale di adottare questa misura, consigliata dalla scienza e dall'esperienza, ed esigerne il rispetto da parte dei dipendenti come parte dell'obbligazione contrattuale gravante su di loro, salvo il caso di un motivo giustificato che sconsigli a una determinata persona di sottoporvisi²²». Alla luce di questa interpretazione l'omessa vaccinazione sarebbe un fatto idoneo a giustificare il licenziamento per giusta causa²³ o per motivi disciplinari²⁴ o per giustificato motivo oggettivo²⁵ o infine per sospensione ad opera del datore di lavoro dell'obbligazione lavorativa con sospensione dell'obbligazione retributiva²⁶ e, a seguito del protrarsi di questa situazione²⁷, il verificarsi di ragioni attinenti l'attività produttiva, l'organizzazione del lavoro e il regolare funzionamento di essa²⁸. È stato evidenziato che nonostante sussista «l'obbligo datoriale di garantire un ambiente di lavoro sicuro, al tempo stesso appare difficile attribuire adeguato valore alla sussistenza dell'obbligo del lavoratore di cooperare con il datore per garantire la tutela della salute e sicurezza di quell'ambiente²⁹».

Un'ulteriore e differente posizione dottrina si è interrogata circa la possibilità di configurare la previsione di un obbligo di vaccinazione a carico del lavoratore all'interno della struttura stessa del rapporto obbligatorio suscettibile di realizzarsi, ai sensi dell'art. 1174 c.c. «in un interesse di aspettativa del creditore, a sua volta, legato all'esecuzione - da parte del soggetto obbligato - di una prestazione (consistente in un dare, fare o non fare) che, stante la lettera del codice, deve essere suscettibile di valutazione economica³⁰». In questa prospettiva l'obbligo di vaccinazione diviene doverosa ai sensi dell'art. 1375 c.c. che, a sua volta, affonda le proprie radici nell'obbligo di solidarietà che, passando per il canone di buona fede, arriverebbe a costituire parte integrante del contenuto del rapporto obbligatorio. Si concorda con quella parte della dottrina che ha sostenuto che sulla scorta della disposizione costituzionale attinente al diritto alla salute (art. 32 Cost.) non può «essere fatto discendere, allo stato, un obbligo generalizzato in capo ai singoli lavoratori di sottoporsi al vaccino né una responsabilità in capo ai datori di lavoro che, non essendovi tenuti per previsione di legge, non richiedano la vaccinazione o

mantenendo fermi gli imprescindibili principi dell'ordinamento». M. MOCELLA, *Vaccini e diritti costituzionali: una prospettiva europea*, in *Dirittifondamentali.it*, fasc. 2, 2021, p. 55.

²² P. ICHINO, *Perché e come l'obbligo di vaccinazione può nascere anche solo da un contratto di diritto privato*, in *Lavoro Diritti Europa*, n.1, 2021, pp. 4 ss.

²³ V. FERRANTE *Rischio di contagio da Covid e doveri del datore di lavoro*, in *Labor*, 22.1.2021, p.3

²⁴ C. CESTER, *Vaccinazione anti Covid-19 e rapporto di lavoro*, in *Labor*, 23.1.2021 p.5.

²⁵ Solo allo scadere del blocco dei licenziamenti al 31 marzo 2021 ex art. 1, comma 309, l. n. 178/2020.

²⁶ R. ROMEI, *Vaccinazione e licenziamento*, in *Labor*, 23.1.2021 p.3.

²⁷ R. PESSI, A.D. ZUMBO, *Covid-19, vaccinazione e rapporto di lavoro*, in *Labor*, 23.1.2021, p. 2.

²⁸ A. MARESCA, *Obblighi prevenzione o di vaccinazione?*, in *Labor*, 22.1.2021, p. 4

²⁹ M. D'APONTE, *La configurabilità di obbligo generale del lavoratore di sottoporsi alla vaccinazione nell'ordinamento giuridico vigente*, in *Dirittifondamentali.it*, fasc. 2, 2021, p. 91.

³⁰ N. CAMPOBELLO, *La vaccinazione da Covid-19: facoltà o obbligo? Profili civilistici del dibattito*, in *Dirittifondamentali.it*, fasc. 2, 2021, p. 283.

non la pretendano dai propri collaboratori³¹». Si può assumere come spunto sul quale incardinare il bilanciamento tra principio di autodeterminazione del singolo e interesse della collettività ed interpretare la vaccinazione come misura antinfortunistica secondo cui «le norme antinfortunistiche non sono dettate soltanto per la tutela dei lavoratori nell'esercizio delle loro attività, ma sono dettate anche a tutela dei terzi che si trovino nell'ambiente di lavoro, indipendentemente dall'esistenza di un rapporto di dipendenza con il titolare dell'impresa³²».

3. Fonti del diritto e vaccinazione: quale spazio per la riflessione giuspubblicistica?

La vaccinazione all'interno dei luoghi di lavoro risulta essere *prima facie* una tematica strettamente connessa con il diritto del lavoro; nonostante la correttezza di questa affermazione è possibile seguire un approccio giuspubblicistico incardinato sullo studio delle fonti del diritto. Da questo punto di vista è possibile ricondurre la problematica circa la volontaria od obbligatoria somministrazione del siero ricorrendo alle norme generali preesistenti a quella che è la massiccia e dettagliata legislazione emergenziale la quale risulta essere oggetto di continuo aggiornamento da parte del legislatore per contrastare la diffusione dell'agente patogeno.

A tal fine è possibile ricorrere ai principi generali in materia di fonti del diritto e, precisamente, ai criteri di risoluzione delle antinomie secondo cui il criterio speciale prevale su quello generale ma soccombe solamente rispetto al criterio gerarchico ma non a quello cronologico; ulteriore operazione attiene alla diversificazione dei piani di intervento delle norme procedendo quindi a distinguere tra quelle attinenti alla sicurezza del lavoro rispetto a quelle concernenti i trattamenti sanitari.

In altri termini questo «non vuol dire che la prevenzione nei luoghi di lavoro non si possa realizzare anche attraverso la vaccinazione, ma piuttosto che l'interprete nell'affrontare questo problema deve procedere con molta cautela, ispirandosi al principio costituzionale che l'obbligatorietà di un determinato trattamento sanitario può essere disposta solo a seguito di una valutazione del legislatore³³». Seguendo questa opzione interpretativa deriva una scissione tra il disposto dell'art. 279 co.2 lett. a) D.lgs. n. 81/2008 e la volontà di prevedere l'obbligatorietà dell'inoculazione del vaccino.

Prendendo le mosse da questa premessa emerge chiaramente che non sussiste un obbligo per il dipendente di sottoporsi alla vaccinazione e, di conseguenza, l'eventuale rifiuto opposto dal lavoratore non costituisce elemento idoneo a integrare un'infrazione disciplinare sanzionabile dal datore di lavoro. In assenza di un obbligo legale l'imposizione ad opera del datore di lavoro risulterebbe contrastante con

³¹ 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 *LavoroDirittiEuropa. Rivista nuova di Diritto del Lavoro*, n. 1, 2021, p. 7.

³² Cass. pen., sez. IV, 26.2.2019, n. 13583, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, II, p. 392.

³³ A. MARESCA, *La vaccinazione volontaria antiCovid nel rapporto di lavoro*, in *Federalismi.it – Editoriale*, n. 8, 2021, p. IX.

il disposto dell'art. 32 co.2 Cost. poiché preordinato a rendere coercitivo l'assoggettamento del lavoratore ad un determinato trattamento sanitario.

La disposizione dalle quale prendere le mosse è rappresentata dall'art. 32 Cost. il quale, al secondo comma, contiene una riserva di legge rispetto alla quale è stata prodotta una copiosa giurisprudenza costituzionale³⁴. L'assunto dal quale iniziare concerne il principio cardine di autodeterminazione terapeutica riconosciuta ad ogni individuo e coperta da riserva di legge. Nonostante il principio di autodeterminazione terapeutica è stato sostenuto che «la tutela del singolo deve necessariamente contemperarsi con la tutela della salute della collettività, in questo senso anche legandosi con il principio di solidarietà dell'art. 2 Cost. E, dunque, implica inoltre il bilanciamento di tale diritto con il dovere di tutelare il diritto dei terzi che vengono in necessario contatto con la persona per attività che comportino un serio rischio, non volontariamente assunto, di contagio³⁵».

Rispetto all'obbligo vaccinale la stessa Corte costituzionale è pervenuta a sostenere che in sede di campagna vaccinale la raccomandazione alla inoculazione del siero possiede una rilevanza superiore a quella che normalmente viene riconosciuta alla “raccomandazione” poiché nonostante la raccomandazione «esprima maggiore attenzione all'autodeterminazione individuale [...] e, quindi, al profilo soggettivo del diritto fondamentale alla salute (art. 32, primo comma, Cost.), lo scopo perseguito è pur sempre mirato a ottenere un beneficio per la salute collettiva e non solo individuale. [...] Ferma la differente impostazione delle due tecniche, quel che rileva è l'obiettivo essenziale che entrambe perseguono nella profilassi delle malattie infettive: ossia il comune scopo di garantire e tutelare la salute (anche) collettiva, attraverso il raggiungimento della massima copertura vaccinale. In questa prospettiva, incentrata sulla salute quale interesse (anche) obiettivo della collettività, non vi è differenza qualitativa tra obbligo e raccomandazione: l'obbligatorietà del trattamento vaccinale è semplicemente uno degli strumenti a disposizione delle autorità sanitarie pubbliche per il perseguimento della tutela della salute collettiva, al pari della raccomandazione³⁶».

³⁴ Corte cost., 14-22.6.1990, n. 307

³⁵ Corte cost., 2.6.1994, n. 218.

³⁶ Corte cost., 23.6.2020, n. 118.

«Nell'orizzonte epistemico della pratica medico-sanitaria la distanza tra raccomandazione e obbligo è assai minore di quella che separa i due concetti nei rapporti giuridici. In ambito medico, raccomandare e prescrivere sono azioni percepite come egualmente doverose in vista di un determinato obiettivo». Corte cost., 18.1.2018, n. 5, Corte cost., 17.4 – 6.6. 2019, n. 137.

Per quanto attiene all'aspetto giuslavoristico è stato osservato che il «valore civilistico della raccomandazione, per l'autorità da cui promana e per l'intento comunitario che persegue, quale canone di prudenza, diligenza e rispetto della controparte richiesto nei rapporti contrattuali (artt. 1176 e 2104 cod.civ.)» vada rintracciato il fondamento più sicuro della pretesa del datore di lavoro «acché la controparte sia immune da covid-19, in un rapporto di durata che possa esporre al contagio». A. DE MATTEIS, *Art. 32 della Costituzione: diritti e doveri in tema di vaccinazione anti COVID*, in *Il Giuslavorista*, 15.2.2021, p. 8.

Nell'attuale scenario di pandemia sarebbe stato nella discrezionalità del legislatore prevedere come obbligatoria la vaccinazione per la generalità della popolazione ma, allo stato attuale, l'obbligo sussiste solamente per gli esercenti le professioni sanitarie e per gli operatori di interesse sanitario. Per la generalità della popolazione il legislatore ha fatto ricorso alla «tecnica della raccomandazione della vaccinazione³⁷» al fine di tutelare maggiormente l'autodeterminazione individuale sempre con l'obiettivo di tutelare la salute anche quale interesse collettivo³⁸.

In dottrina, invece, è stato sostenuto che sia necessario distinguere tra i lavoratori e tutti gli altri individui in quanto i primi sono titolari di una minore posizione soggettiva rispetto all'onere di vaccinarsi: quest'ultimo deve essere interpretato come condizione di accesso al posto di lavoro e mantenimento dello stesso dato che la salute «implica ... il bilanciamento di tale diritto con il dovere di tutelare il diritto dei terzi che vengono in necessario contatto con la persona per attività che comportino un serio rischio, non volontariamente assunto, di contagio³⁹».

Si tratta di una interpretazione che non è possibile condividere poiché il lavoratore non definibile come di interesse sanitario è titolare della libertà di autodeterminarsi al trattamento a meno che non ricorra una disposizione di legge e, al tempo stesso, non è obbligato a prestare il consenso alla vaccinazione. A questo si deve aggiungere che solamente una legge ex art. 32 co.2 Cost. può imporre un trattamento sanitario come obbligatorio e, di conseguenza, il contratto di lavoro nonché il combinato disposto degli artt. 2087 c.c. e 20 del d.lgs. n. 81/2008 non risulta essere fonte idonea a qualificare un trattamento sanitario come obbligatorio⁴⁰.

Si deve aggiungere che non può considerarsi persuasiva nemmeno la tesi secondo cui il comma secondo dell'art. 32 Cost. sia da riferire alla «dimensione personalistica dell'individuo per sé considerato», cosicché

³⁷ S. ROZZA, *Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit. La posizione del lavoratore che rifiuta il vaccino e i profili di responsabilità del datore di lavoro*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, n.1, 2021, p. 169.

³⁸ Corte cost., 14.12.2018, n. 5.

³⁹ Si tratta dell'argomentazione utilizzata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 218/1994.

Rispetto a questa pronuncia è stato sostenuto in dottrina la non possibile applicazione alla problematica del Covid-19 in quanto la sentenza n. 218/1994 si riferiva ad accertamenti e non ai trattamenti sanitari, in secondo luogo sussisteva una previsione legislativa anche se limitato ad una sola categoria di lavoratori, cioè forze di polizia, infine l'accertamento della sieropositività doveva essere effettuato con il consenso dell'interessato e, qualora il soggetto avesse rifiutato di sottoporsi all'accertamento in questione, lo stesso doveva essere escluso dai servizi che presentavano rischi per i terzi. M. MASSA, *Lavoro e vaccinazione contro il Covid-19. Note costituzionali su un dibattito giuslavoristico*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2021, pp. 89-113.

⁴⁰ In dottrina è stato sostenuto che l'obbligo di sottoporsi alla vaccinazione discenderebbe direttamente dal contratto di lavoro sulla scorta della considerazione che lo stesso vincola le parti non solamente per quanto espressamente disposto nello stesso ma anche per quanto previsto dalla legge, art. 1374 c.c. e per il richiamo all'art. 2087 c.c. e al d.lgs. n. 81/2008. Il rifiuto del lavoratore a sottoporsi alla vaccinazione integrerebbe un inadempimento contrattuale parificabile al rifiuto di adottare qualsiasi altra misura di sicurezza e, quindi, integrerebbe una giusta causa o un giustificato motivo soggettivo di licenziamento. P. ICHINO, *Vaccino anti-Covid: può il datore di lavoro imporlo e, in caso di rifiuto, licenziare il lavoratore?*, in *Il Quotidiano Giuridico*, 8.1.2021.

i vincoli della riserva di legge sarebbero meno stringenti laddove il lavoratore operi a «contatto con terzi (c.d. contatto sociale)⁴¹». A tal proposito si dovrebbe almeno dimostrare che l'obiettivo dell'intervento legislativo riguarderebbe solamente la salute del singolo mentre, per costante giurisprudenza costituzionale, la dimensione individuale e collettiva del diritto alla salute sono tra di loro inscindibili⁴².

Ulteriore problematica che si riscontra nel momento in cui ci si appropria allo studio dei trattamenti sanitari imposti tramite legge concerne la definizione della clausola «rispetto della persona umana». Si tratta di un'espressione che non ha ricevuto una specifica e completa elaborazione da parte della giurisprudenza costituzionale ma che, rapportato al diritto alla salute, è stato interpretato quale l'insacrificabilità della vita del singolo per quella dell'intera collettività⁴³ a cui si deve aggiungere «la necessaria protezione della riservatezza, necessaria anche per contrastare il rischio di emarginazione nella vita lavorativa e di relazione⁴⁴».

La dottrina, invece, ha fornito una duplice interpretazione alla clausola del rispetto della persona umana definendola, alternativamente, quale meccanismo diretto a disciplinare gli elementi che compongono il rapporto tra medico e paziente o quale espressione riassuntiva per indicare tutti i diritti e le libertà che la Costituzione riconosce al singolo soggetto⁴⁵.

La prima interpretazione allude, quindi, agli elementi che caratterizzano la relazione tra medico e paziente, cioè, le modalità di attuazione del trattamento sanitario, la riservatezza dei dati sanitari, la protezione della riservatezza sullo stato di salute del soggetto, il rispetto per le scelte e le esigenze espresse dalla persona⁴⁶.

⁴¹ L. DE ANGELIS, *Ragionando a caldo su vaccinazioni in Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi*, 17.2.2021, p. 5.

⁴² Corte cost., 22 novembre-14 dicembre 2017, n. 268; Corte cost., n. 307/1990, Corte cost., n. 218/1994.

Come osservato in dottrina «nell'imposizione (a opera di una legge) di un trattamento sanitario obbligatorio interesse dell'individuo alla salute e interesse della collettività alla salute debbano coesistere, nel senso che l'imposizione di un trattamento sanitario obbligatorio non possa mai avvenire nel solo (presunto) interesse dell'individuo, ma solo quando tale imposizione sia necessaria per scongiurare una situazione di pericolo o danno per la salute della collettività, oltre che per tutelare la salute del singolo individuo sottoposto al trattamento sanitario; in altre parole, la tutela della salute individuale (se non altro nel senso che il trattamento sanitario obbligatorio non debba incidere negativamente sulla salute di chi vi è assoggettato) e la tutela della salute della collettività (nel senso che il fine del trattamento sanitario obbligatorio debba essere quello di evitare un pericolo o un danno per la salute della collettività) sono condizioni congiuntamente necessarie (per quanto non sufficienti) a rendere costituzionalmente legittima la previsione legislativa di un trattamento sanitario obbligatorio». A.A. NEGRONI, *Articolo 32 della Costituzione e superamento delle vaccinazioni obbligatorie*, in *Forum di Quaderni Costituzionali. Rassegna*, n. 2, 2020, pp. 799-800.

⁴³ In tal senso «il rilievo costituzionale della salute come interesse della collettività non è da solo sufficiente a giustificare la misura sanitaria. Tale rilievo [...] non postula il sacrificio della salute di ciascuno per la tutela della salute degli altri». Corte cost. n. 370/1990.

«Nessuno può essere semplicemente chiamato a sacrificare la propria salute a quella degli altri, fossero pure tutti gli altri». Corte cost. n.118/1996.

⁴⁴ Corte cost. n. 218/1994.

⁴⁵ B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Diritto e società*, n. 1, 1984, p. 56.

⁴⁶ C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, n.1, 1961, 8-10. L. BRUSCUGLIA, *Commentario alla legge 13 maggio 1978, n. 180*, in *Le nuove leggi civili commentate*, n. 6, 1979, 186; D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 203-208.

Il secondo approccio pone l'attenzione sul divieto per la legge che impone trattamenti sanitari obbligatori di violare i diritti e le libertà riconosciuti al singolo dalla Carta costituzionale italiana comprendendo quindi la libertà religiosa e di manifestazione del pensiero⁴⁷. Qualora si dovesse adottare questa seconda interpretazione il licenziamento di un lavoratore sorretto dalla motivazione di non aver acconsentito alla somministrazione del siero potrebbe risultare come discriminatorio. Si deve ricordare che l'art. 15 della l. n. 300/1970 nonché l'art. 3 della l. n. 108/1990 sanciscono la nullità di ogni atto diretto a licenziare un lavoratore per una causa discriminatoria prescindendo dalla motivazione adottata in sede di licenziamento accogliendo quindi un concetto di discriminazione oggettiva di licenziamento⁴⁸.

La discriminazione sorgerebbe solamente dal trattamento peggiore riservato al lavoratore per essersi determinato alla luce delle proprie convinzioni personali e prescindendo quindi dai motivi economici e anche di sicurezza adottati dall'imprenditore⁴⁹. La direttiva 2000/78/CE provvede a distinguere tra discriminazioni dirette ed indirette precisando che solamente le disposizioni, i criteri o le prassi che possono essere qualificate come indirette possono evitare la definizione di discriminazione⁵⁰ a condizione che siano giustificate da finalità legittima e che i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari; ragionamento che non può essere applicato alle discriminazioni dirette.

Alla luce di questo emerge che sostenere che la normativa nazionale, ossia art. 1256 c.c., art. 2087 c.c. e art. 3 l. n. 604/1966, se interpretata nel senso di consentire una discriminazione diretta fondata sulle convinzioni personali in quanto concorrente con un'altra finalità legittima contrasterebbe con lo spirito della direttiva⁵¹.

Il bilanciamento tra diritto alla salute dell'individuo nell'accezione di diritto di autodeterminazione, interesse della collettività nonché diritto dell'imprenditore appartiene solamente al Parlamento⁵² il quale

⁴⁷ V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Diritto e società*, 1982, 562. R. D'ALESSIO, *I limiti costituzionali dei trattamenti «sanitari» (a proposito dei Testimoni di Geova)*, in *Diritto e società*, n.3, 1981, 548-549.

⁴⁸ Cass. civ., Sez. lav., 5 aprile 2016, n. 6575.

⁴⁹ Cass. civ., Sez. lav., 5 aprile 2016, n. 6575.

⁵⁰ La volontà di non farsi somministrare un determinato vaccino avviene per lo più per convinzioni personali che rientra tra le cause di discriminazione tutelate dalla normativa europea, dalla Convenzione EDU e dalla Carta di Nizza (art. 3). La tutela delle convinzioni personali deve essere interpretata in senso ampio poiché la dizione della normativa europea e nazionale riferisce alle «convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, non è esauriente, ma costituisce solo un tentativo di esemplificazione espresso dalla formula "in particolare". Esso comprende quindi categorie che vanno dall'etica, alla filosofia, dalla politica (in senso lato) alla sfera dei rapporti sociali e comprende pertanto anche l'affiliazione sindacale in quanto occasione per manifestare una concezione del lavoro e della dignità umana in esso realizzata». Cass. civ., sez. lavoro, 1.1.2020. L. BUSCEMA, *Emergenza sanitaria, leale collaborazione e (limiti alla) libertà di manifestazione del pensiero*, in *Dirittifondamentali.it – Attualità*, 3.4.2020.

⁵¹ Cass. civ., Sez. lav., 5 aprile 2016, n. 6575.

⁵² Sul punto vedasi anche quanto statuito dal Giudice delle Leggi secondo cui «proprio per la necessità - già sottolineata - di realizzare un corretto bilanciamento tra la tutela della salute del singolo e la concorrente tutela della salute collettiva, entrambe costituzionalmente garantite, si renderebbe necessario porre in essere una complessa e articolata normativa di carattere tecnico - a livello primario attesa la riserva relativa di legge, ed eventualmente a livello secondario integrativo - che, alla luce delle conoscenze scientifiche acquisite, individuasse con la maggiore precisione possibile le complicità

ha espresso maggiore attenzione per l'autodeterminazione individuale enucleando l'obbligo di sottoposizione alla vaccinazione contro l'agente patogeno SARS-COVID-19 solamente per le categorie individuate dal dl. n. 44/2021 successivamente convertito in l. n. 76/2021⁵³. Da questo discende che «in assenza di norma imperativa, anche il rifiuto costituirebbe una non solo consentita, bensì anche legittima, scelta secondo l'ordinamento giuridico⁵⁴».

Si tratta di un'affermazione che viene corroborata dalla considerazione secondo cui in assenza di una disposizione legislativa statale che prescriva esplicitamente l'assoggettamento a un determinato trattamento sanitario chi dovesse rifiutare l'inoculazione del siero eserciterebbe un diritto soggettivo garantito dalla stessa Carta costituzionale. Il ragionamento potrebbe approdare ad una riflessione sulla *Drittwirkung*⁵⁵ delle libertà garantite dall'art. 32 co.2 Cost. nonché a quella corrente dottrina che evidenzia come le libertà individuali siano meritevoli di tutela anche nei confronti delle lesioni che potrebbero provenire in modo ipotetico da parte di poteri privati che si trovano in posizione di preminenza. In tal senso è stato precisato che le disposizioni costituzionali in materia di libertà possiedono non solamente quale destinatario lo «Stato-governo» poiché suscettibili di fornire una garanzia di portata più ampia e tale da individuare in maniera generica ed assoluta ogni eventualità di messa in pericolo del bene tutelato, qualunque sia il soggetto che ad esso possa attentare⁵⁶».

Si deve precisare come dottrina contrapposta abbia evidenziato che durante la gestione di un'emergenza pandemica il rapporto regola eccezione contenuto nell'art. 32 Cost. debba essere invertito poiché si accentuerebbe il carattere di dovere fondamentale della salute rispetto all'altro lato della medaglia, ossia, l'essere un diritto fondamentale. In questa interpretazione il diritto alla salute assurgerebbe al dovere alla salute al fine di consentire a tutti i consociati la possibilità di poter esercitare i diritti che connotano il carattere liberale e democratico dell'ordinamento giuridico italiano e che ne consentono la trasmissione nel tempo⁵⁷. In questa ricostruzione il perno viene identificato nella solidarietà sociale interpretata come

potenzialmente derivabili dalla vaccinazione, e determinasse se e quali strumenti diagnostici idonei a prevederne la concreta verificabilità fossero praticabili su un piano di effettiva fattibilità. Ed al tempo stesso [...] si dovrebbero fissare standards di fattibilità che nella discrezionale valutazione del legislatore potrebbero dover tenere anche conto del rapporto tra costi e benefici, eventualmente stabilendo criteri selettivi in ordine alla utilità - apprezzata anche in termini statistici - di eseguire gli accertamenti in questione». Corte cost. 23.6.1994, n. 258.

⁵³ Corte costituzionale n. 268/2017.

⁵⁴ M. VERZARO, *Abundans cautela non nocet. A (s) proposito del c.d. licenziamento per mancata vaccinazione anti-coronavirus*, in *Federalismi.it*, fasc. 6, 2021, p. 270.

⁵⁵ E. NAVARRETTA, *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra ideologie e principi*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 43, 2014, pp. 589-647. G. D'AMICO, *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giustizia civile*, n. 3, 2016, pp. 443-508.

⁵⁶ G.M. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 74.

⁵⁷ A. RUGGERI, *La vaccinazione contro il Covid-19 tra autodeterminazione e solidarietà*, in *DirittiFondamentali.it.*, fasc. 2, 2021, pp. 170-194.

autentica fraternità⁵⁸ che assurge al rango, ex art. 2 Cost., di diritto strumentale alla piena realizzazione della personalità dell'uomo e di crescita spirituale nonché materiale della società stessa richiamata anche dall'art. 4 Cost.

In altri termini la critica che viene mossa all'imposta "più formalista" è quella che detta impostazione dimentica «il cd. principio di solidarietà: il lavoratore ha sì diritto alla libertà di cura, costituzionalmente tutelato, ma deve essere altresì garantita la salute e l'incolumità altrui, parimenti tutelata dalla Carta Costituzionale ex art. 2⁵⁹».

4. Obbligo di vaccinazione, diritto del lavoro e diritto dell'Unione Europea: cenni

Per quanto attiene all'emergenza determinata dalla diffusione dell'agente patogeno SARS-COVID-19 l'Unione Europea è intervenuta con la risoluzione n. 2361/2021 denominata «Vaccini contro il covid-19: considerazioni etiche, giuridiche e pratiche» che oltre a contenere previsioni attinenti alle categorie di soggetti da vaccinare in modo prioritario, di controllo sull'efficacia e sui dati relativi ai vaccini ha precisato che gli Stati membri devono assicurarsi che i cittadini siano informati che «vaccinazione non è obbligatoria e che nessuno è politicamente, socialmente o altrimenti sottoposto a pressioni per farsi vaccinare, se non lo desiderano farlo da soli». A questo si aggiunge la previsione secondo cui gli Stati membri devono «garantire che nessuno sia discriminato per non essere stato vaccinato, a causa di possibili rischi per la salute o per non voler essere vaccinato».

Per quanto attiene al diritto del lavoro la fonte alla quale fare riferimento è la Direttiva quadro 89/391/CEE la quale pone l'accento sulla prevenzione mediante l'introduzione di misure preventive, l'informazione, la consultazione, la partecipazione equilibrata e la formazione dei lavoratori nonché dei loro rappresentanti nel settore pubblico e privato⁶⁰.

Tra le diverse direttive che hanno provveduto ad integrare questa Direttiva quadro è doveroso richiamare la Direttiva 2000/54/CE concernente la protezione dei lavoratori contro rischi derivanti dall'esposizione ad agenti biologici durante il lavoro. Le disposizioni contenute in questa Direttiva sono applicabili ad attività in cui i lavoratori sono o possono essere esposti ad agenti biologici a causa dello svolgimento del loro lavoro e stabilisce che, per qualsiasi attività che possa comportare un rischio di esposizione ad agenti

⁵⁸ F. PIZZOLATO, *Il principio costituzionale di fraternità. Itinerario di ricerca a partire dalla Costituzione italiana*, Città Nuova, Roma 2012.

⁵⁹ M. D'APONTE, *La configurabilità di obbligo generale del lavoratore di sottoporsi alla vaccinazione nell'ordinamento giuridico vigente*, in *Dirittifondamentali.it.*, fasc. 2, 2021, pp. 87-88.

⁶⁰ La Direttiva 89/391/CEE prevede una serie di obblighi per i datori di lavoro, tra cui la valutazione dei rischi professionali per la sicurezza e la salute dei lavoratori e, nel quadro delle loro responsabilità, l'adozione delle misure necessarie per la protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori, comprese le attività di prevenzione dei rischi professionali, di informazione e di formazione, nonché l'approntamento di un'organizzazione e dei mezzi necessari.

biologici, le misure da adottare al fine di determinare la natura, il grado e la durata dell'esposizione dei lavoratori a tali agenti. A tal fine l'allegato III contiene un'elencazione di agenti biologici suscettibili di causare malattie infettive nell'uomo classificati in base al rischio di infezione.

La Commissione, per gestire l'epidemia in corso, ha adottato la Direttiva 2020/739⁶¹ con la quale ha introdotto il SARS-COV-2 all'allegato III della Direttiva 2000/54/CE qualificandolo come agente patogeno ad alto rischio.

L'aspetto che interessa a tal fine è che l'art. 14 della Direttiva 2000/54/CE nel menzionare i presidi di sicurezza adottabili dal datore di lavoro menziona i vaccini; precisamente detta disposizione sancisce che nell'ipotesi in cui si rendano necessarie particolari misure di prevenzione, dovranno essere resi disponibili vaccini efficaci per i lavoratori che non siano già immuni all'agente biologico al quale sono o possono essere esposti. Nel momento in cui il datore di lavoro mette a disposizione dei vaccini, la vaccinazione deve essere eseguita conformemente alle legislazioni o prassi nazionali.

La giustificazione di questa previsione risiede «nella generale impossibilità di introdurre, ai sensi dell'art. 153 TFUE, obblighi per gli Stati membri posto che trattasi di una competenza di mero coordinamento delle politiche nazionali. Inoltre, nella clausola conclusiva dell'articolo si legge che ogni disposizione, adottata in forza della disposizione, non può compromettere la facoltà riconosciuta agli Stati membri di definire i principi fondamentali del loro sistema di sicurezza sociale⁶²».

5. Conclusioni

La riflessione condotta fino a questo momento ha dimostrato come, nonostante la sussistenza di autorevoli posizioni dottrinarie diverse nonché la «doverosa consapevolezza scientifica che, per la complessità del tema potrebbe alimentare più dubbi che certezze⁶³», sia impossibile affermare la sussistenza di un generale obbligo di vaccinarsi per tutti i lavoratori. Nell'ipotesi degli ambienti di lavoro intervengono disposizioni generali e specifiche, quali l'art. 2087 c.c., le disposizioni del d.lgs. n. 81/2008 e la disciplina dell'emergenza rappresentata dall'art. 29-bis l. n. 40/2020 rispetto alle quali e, soprattutto

⁶¹ Direttiva (UE) 2020/739 della Commissione del 3 giugno 2020 che modifica l'allegato III della direttiva 2000/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda l'inserimento del SARS-CoV-2 nell'elenco degli agenti biologici di cui è noto che possono causare malattie infettive nell'uomo e che modifica la direttiva (UE) 2019/1833 della Commissione (GUUE L. 175 del 3.7.2020).

⁶² N. FAIOLA, *L'UE può imporre obblighi di vaccinazione? Riflessioni alla luce del principio di attribuzione*, in *Diritto Pubblico Europeo – Rassegna Online*, fasc. 1, 2021, p. 212.

⁶³ P. PASCUCCI, A. DELOGU, *L'ennesima sfida della pandemia Covid-19: esiste un obbligo vaccinale nei contesti lavorativi?, op., ult., cit.*, p. 183.

nei confronti dell'art. 2087 c.c. non è possibile limitarne l'applicabilità in quanto «norma di chiusura del sistema⁶⁴».

Il combinato disposto di disposizioni appena menzionato assolve, infatti, la funzione di fornire «certezza del diritto» rispetto alle progressive preoccupazioni promananti dalle imprese per quanto concerne la definizione dei limiti dell'obbligo di sicurezza sul lavoro in relazione al rischio-contagio sul lavoro rispetto alle possibili responsabilità da inosservanza di potenziali misure innominate ed ulteriori rispetto a quelle concordate con le Parti sociali e validate anche dal Governo⁶⁵.

Allo stesso modo non è possibile sostenere che la normativa di cui si tratta possa essere ritenuta una solida base di attuazione della riserva ex art. 32 co.2 Cost. per quanto attiene alla vaccinazione all'interno dei luoghi di lavoro. Si tratta di una materia che vede coinvolti molteplici valori costituzionali che implicano «oltre alla libertà di autodeterminazione individuale nelle scelte inerenti alle cure sanitarie e la tutela della salute individuale e collettiva (tutelate dall'art. 32 Cost.)» anche altri interessi: il contemperamento di questi due aspetti « lascia spazio alla discrezionalità del legislatore nella scelta delle modalità attraverso le quali assicurare una prevenzione efficace dalle malattie infettive, potendo egli selezionare talora la tecnica della raccomandazione, talaltra quella dell'obbligo, nonché, nel secondo caso, calibrare variamente le misure, anche sanzionatorie, volte a garantire l'effettività dell'obbligo⁶⁶».

Il secondo comma dell'art. 32 Cost. postula, se letto in negativo, il divieto per l'interprete di «aggiungere altre e diverse ipotesi di trattamenti sanitari obbligatori a quelle specificamente previste da disposizioni di leggi formali o di atti aventi forza di legge⁶⁷» ed è incompatibile con il «carattere vago dell'indicazione dei casi in cui l'intervento autoritativo viene consentito⁶⁸». A questo si deve aggiungere che la giurisprudenza costituzionale è sempre stata «piuttosto esigente [...] richiedendo che ciascun trattamento sanitario sia specificamente individuato dalla legge statale⁶⁹».

Emerge quindi come la previsione di un determinato vaccino come obbligatorio non risulta essere contrario allo spirito della Carta costituzionale italiana ma è necessario che il bilanciamento tra la libertà di autodeterminazione dell'individuo e la dimensione collettiva del diritto alla salute richiede, coerentemente con il principio di precauzione, l'intervento del legislatore. Quest'ultimo deve rinvenire il punto di equilibrio tra i due poli appena menzionati sulla scorta del principio di proporzionalità la quale,

⁶⁴ P. ALBI, *Sicurezza sul lavoro e responsabilità del datore di lavoro nella fase della pandemia*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 12, 2020, p. 1130.

⁶⁵ G. NATULLO, *Vaccini e rapporti di lavoro tra obblighi di sicurezza e diritto all'autodeterminazione*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, n.1, 2021, pp. 138-151.

⁶⁶ Corte cost., 18.1.2018, n. 5.

⁶⁷ V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Diritto e società*, n. 3, 1982, p. 558.

⁶⁸ A.M SANDULLI, *La sperimentazione clinica sull'uomo*, in *Diritto e società*, n. 3, 1978, p. 517.

⁶⁹ M. CARTABIA, *La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2012, p. 458.

a sua volta, postula che venga imposto il sacrificio minimo, che la decisione sia strettamente correlata all'evoluzione della situazione sanitaria ed epidemiologica nonché ai risultati derivanti dalla ricerca e dalla sperimentazione medica⁷⁰. A questo si deve aggiungere che le conseguenze che l'inoculazione del siero dovesse produrre sulla salute dell'obbligato possano essere definite come di lieve entità o normali di ogni trattamento sanitario e quindi tollerabili ed infine che sia assicurato «il rimedio di un equo ristoro» a favore del soggetto che per effetto del trattamento sanitario abbia subito un pregiudizio alla salute⁷¹.

In altri termini l'aspetto che si vuole evidenziare concerne la « necessità di una regolazione più specifica e circoscritta dell'esatto adempimento datoriale al fine, da una parte, di garantire la tutela completa del lavoratore, dall'altra di prevenire una eccessiva estensione della responsabilità datoriale in merito a rischi, fatti e circostanze di accadimento di infortuni o di verifica di patologie che sfuggano completamente alla sua sfera di controllo e che si collochino al di fuori della sua disponibilità giuridica⁷²».

È necessario rammentare che i trattamenti sanitari possiedono quale fonte ulteriore rispetto all'art. 32 co.2 Cost. l'art. 33 co.1 e 2 della l. n. 833/1978 ai sensi dei quali «[g]li accertamenti ed i trattamenti sanitari sono di norma volontari», «possono essere disposti dall'autorità sanitaria» solo «[n]ei casi di cui alla presente legge e in quelli espressamente previsti da leggi dello Stato»; a questa si devono aggiungere contrappongono le disposizioni che codificano il principio del consenso informato, cioè, l'art. 1 co.1 e 5 l. n. 219/2017, l'art. 5 della Convenzione di Oviedo, l'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue. I riferimenti legislativi appena richiamati, in conclusione, «bastano a smentire che, attualmente, si possa affermare l'obbligatorietà di qualsiasi trattamento sanitario in assenza di una disposizione esplicita e specifica in tal senso»⁷³.

⁷⁰ 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 *LavoroDirittiEuropa. Rivista nuova di Diritto del lavoro*, n. 1,2021, pp. 2-13.

⁷¹ Corte Cost. 22.6.1990, n. 307.

⁷² M. GIOVANNONE, *La somministrazione vaccinale nei luoghi di lavoro dopo il D.L. n. 44/2021*, in *Federalismi.it*, n. 14, 2021, p. 126.

⁷³ M. MASSA, *Lavoro e vaccinazione contro il Covid-19. Note costituzionali su un dibattito giuslavoristico*, op., cit., p. 95.