



2 GIUGNO 2021

La somministrazione vaccinale nei
luoghi di lavoro dopo il D.L. n.
44/2021

di Maria Giovannone
Ricercatore di Diritto del lavoro
Università degli Studi Roma Tre

La somministrazione vaccinale nei luoghi di lavoro dopo il D.L. n. 44/2021*

di Maria Giovannone
Ricercatore di Diritto del lavoro
Università degli Studi Roma Tre

Abstract [It]: Il saggio muove dalla ricostruzione del dibattito dottrinale, sulla gestione dell'obbligo vaccinale per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2 all'interno del rapporto di lavoro, che ha preceduto l'intervento del legislatore nel più ampio contesto del principio di riserva di legge previsto dalla Costituzione italiana. È quindi analizzato l'obbligo di sottoporsi alla vaccinazione introdotto con il d.l. n. 44 del 1° aprile 2021 per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario, e l'adesione volontaria dei lavoratori alla somministrazione in azienda. Viene altresì presa in esame la posizione in materia espressa dal Garante per la protezione dei dati e i chiarimenti forniti dall'INAIL sulla permanenza del diritto del lavoratore "no vax", contagiato in occasione di lavoro o *in itinere*, alla tutela assicurativa.

Abstract [En]: The essay moves from the reconstruction of the doctrinal debate, on the management of the vaccination obligation for the prevention of SARS-CoV-2 infection within the employment relationship, which preceded the intervention of the legislator in the broader context of the principle of legal reserve provided for in the Italian Constitution. The obligation to undergo vaccination introduced with d.l. n. 44 of 1 April 2021 for operators of health professions and operators of health interest, and the voluntary adherence of workers to administration in the company, is then analyzed. It also examines the position on the matter expressed by the Data Protection Supervisor and the clarifications provided by INAIL on the permanence of the worker's "no vax" right, infected during work or *in itinere*, to insurance protection.

Parole chiave: Obbligo vaccino anti COVID-19 e rapporto di lavoro; licenziamento; sospensione cautelare; operatori sanitari

Keywords: COVID-19 vaccine obligation and employment relationship; dismissal; precautionary suspension; workers in the Healthcare sector

Sommario: 1. Vaccinazione anti Covid-19: dal diritto all'autodeterminazione all'obbligo di legge per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario. 2. Il dibattito *ante legem*. 2.1. La posizione della dottrina. 2.2. Gestione prevenzionistico-cautelare del rifiuto del lavoratore *vs* gestione disciplinare-risolutoria. 2.3. Una questione di *privacy*: il trattamento dei dati relativi alla vaccinazione. 3. Rifiuto del vaccino, prestazioni assicurative Inail e profili di rivalsa. 4. L'obbligo vaccinale nel d.l. n. 44/2021: procedura per l'operatività e misure in caso di inottemperanza. 5. L'adesione volontaria dei lavoratori alla somministrazione in azienda. 6. Prime considerazioni conclusive all'ombra del rinnovato dibattito sul rapporto tra scienza e diritto.

1. Vaccinazione anti Covid-19: dal diritto all'autodeterminazione all'obbligo di legge per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario

A seguito dell'avvio della campagna nazionale dello scorso 27 dicembre 2020, si è acceso un vivace dibattito sulla somministrazione del vaccino anti Covid-19 alla comunità lavorativa, a partire dalla

* Articolo sottoposto a referaggio.

constatazione che il *Piano strategico nazionale dei vaccini per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2*¹ - la cui adozione è stata autorizzata dalla legge di bilancio² - non ha imposto alcun un obbligo di vaccinazione in riferimento ad alcuna categoria di lavoratori³.

Si tratta di un dibattito polarizzato principalmente sulla possibilità di configurare tale obbligo attraverso l’emanazione di una specifica disposizione o se, invece, esso sia già ricavabile dalle disposizioni vigenti a tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro⁴, nel pieno rispetto della riserva assoluta di legge prevista dall’art. 32 Cost.

Si ricorda infatti che il richiamato art. 32 Cost. da un lato riconosce la salute come fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività, garantendo cure gratuite agli indigenti, dall’altro sancisce che nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. Inoltre, la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana.

A mitigare i termini della questione è stato - solo parzialmente e con ricadute applicative ed interpretative ancora tutte da valutare - l’auspicato intervento del legislatore che, con il d.l. n. 44 del 1° aprile 2021⁵, al fine di tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell’erogazione delle prestazioni di cura e assistenza, ha introdotto l’obbligo di sottoporsi alla vaccinazione per la prevenzione dell’infezione da SARS-CoV-2 per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario che svolgono la loro attività nelle strutture sanitarie, sociosanitarie e socio-assistenziali, pubbliche e private, farmacie, parafarmacie e studi professionali.

Al momento in cui si scrive e in attesa della pubblicazione in G.U. della legge di conversione con modificazioni del citato d.l. n. 44/2021 approvata in via definitiva dal Parlamento il 25 maggio 2021, in materia, vigono dunque: un diritto all’autodeterminazione, costituzionalmente tutelato; la mancanza di un obbligo legislativo di vaccinarsi per la generalità dei cittadini; un obbligo alla vaccinazione per i soli operatori sanitari. Un assetto che nel complesso si pone nel solco dell’orientamento espresso dalla Corte

¹ Elaborato da Ministero della Salute, Commissario Straordinario per l’Emergenza, Istituto Superiore di Sanità, Agenas e Aifa il 12 dicembre 2020. Aggiornato con decreto del Ministero della Salute del 12 marzo 2021 (pubblicato sulla G.U. n. 72 del 24 marzo 2021) e costituito dal documento *Elementi di preparazione della strategia vaccinale*, di cui al decreto del Ministro della Salute 2 gennaio 2021, nonché dal documento *Raccomandazioni ad interim sui gruppi target della vaccinazione anti-SARS-CoV-2/COVID-19* del 10 marzo 2021.

² Per effetto dell’art. 1, co. 457 ss., l. 30 dicembre 2020, n. 178.

³ Il documento è imperniato su raccomandazioni rivolte alla generalità dei cittadini.

⁴ In tal senso, tra tutti, L. Zoppoli, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro*, in *Labor*, 22 gennaio 2021, secondo il quale, per quanto riguarda l’obbligo di vaccinarsi correlato al dovere datoriale di garantire la sicurezza sul lavoro, nel d.lgs. n. 81/2008 ci sono già tutte le regole necessarie a modulare anche l’obbligo di vaccinarsi con la finalità di garantire le misure di sicurezza più efficaci.

⁵ Art. 4 d.l. n. 44 del 1° aprile 2021, recante *Misure urgenti per il contenimento dell’epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici*.

Costituzionale nella sentenza n. 5/2018⁶, secondo il quale *“premesso che i valori costituzionali coinvolti nella problematica delle vaccinazioni sono molteplici e 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”* (nel caso di specie quello del minore). *“[...] Il contemperamento di questi molteplici principi 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’obbligo. Questa discrezionalità deve essere esercitata alla luce delle diverse condizioni sanitarie ed epidemiologiche, accertate dalle autorità preposte (sentenza n. 268 del 2017), e delle acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica, che debbono guidare il legislatore nell’esercizio delle sue scelte in materia (così, la giurisprudenza costante di questa Corte sin dalla fondamentale sentenza n. 282 del 2002)”*⁷.

Rispetto allo stesso, in una più recente pronuncia⁸, la Corte ha tuttavia precisato che la tecnica della raccomandazione esprime maggiore attenzione all’autodeterminazione individuale (o, nel caso di minori, alla responsabilità dei genitori) e, quindi, al profilo soggettivo del diritto fondamentale alla salute, tutelato dal primo comma dell’art. 32 Cost., pur essendo sempre indirizzata allo scopo di ottenere la migliore salvaguardia della salute come interesse (anche) collettivo.

⁶ Così Corte Cost. n. 5 del 18 gennaio 2018, relativamente al d.l. 7 giugno 2017, n. 73, convertito con l. 31 luglio 2017, n. 119, recante *«Disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale»*.

⁷ In tal senso si veda anche, Corte Cost. 23 giugno 1994, n. 258, nella quale la Corte evidenzia che: *“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 complicanze 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 - per evitare che la prescrizione indiscriminata e generalizzata di tutti gli accertamenti preventivi possibili, per tutte le complicanze ipotizzabili e nei confronti di tutte le persone da assoggettare a tutte le vaccinazioni oggi obbligatorie rendesse di fatto praticamente impossibile o estremamente complicata e difficoltosa la concreta realizzabilità dei corrispondenti trattamenti sanitari - 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”*. In dottrina cfr. C. Magnani, *I vaccini e la Corte costituzionale: la salute tra interesse della collettività e scienza nelle sentenze 268 del 2017 e 5 del 2018*, in <https://www.forumcostituzionale.it/>, 12 aprile 2018; C. Colapietro, *La valutazione costi benefici nei trattamenti sanitari obbligatori: il bilanciamento tra gli interessi del singolo e quelli della collettività*, in AA.VV., *Vaccinazioni: obblighi o libertà?*, in www.luimo.org.

⁸ Corte Cost., n. 118 del 26 maggio 2020.

2. Il dibattito *ante legem*

2.1. La posizione della dottrina

Ben prima dell'intervento normativo sopra richiamato, sulla gestione dell'obbligo vaccinale per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2 all'interno del rapporto di lavoro, si è pronunciata una vasta letteratura⁹.

Secondo un primo orientamento dottrinale,¹⁰ declinatosi a sua volta attraverso sfumature interpretative differenti, il datore di lavoro potrebbe esigere dai lavoratori la vaccinazione anti Covid-19 a pena di licenziamento - per giustificato motivo soggettivo o, addirittura, per giusta causa - a prescindere dall'intervento del legislatore. Tale assunto troverebbe fondamento nella circostanza che il rifiuto metterebbe a rischio la salute degli altri lavoratori, la cui responsabilità sul luogo di lavoro grava sull'imprenditore. In questa prospettiva vi è chi fonda le proprie convinzioni sull'obbligo generale di sicurezza *ex art.* 2087 c.c. (come sempre chiamato in causa) che imporrebbe al datore di lavoro di allontanare i lavoratori che decidano di non vaccinarsi in caso non sia possibile adibirli a diversa e adeguata mansione, o addirittura di licenziarli, al fine di tutelare la comunità lavorativa dal rischio di contagio. Nella stessa prospettiva, altri autori¹¹ hanno posto a fondamento dell'obbligo vaccinale, e

⁹ Per una ampia ricostruzione si rinvia a P. Iervolino, *Vaccinazione e pandemia tra diritto ed etica*, in *Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi*, 8 febbraio 2021 p. 4 e ss; G. Benincasa, G. Pigliararmi, *Covid-19 e obbligo giuridico del vaccino per il dipendente: sono più i dubbi che le certezze*, in *Working Paper Salus* n. 1/2021, UNIMORE, Inail e Adapt, 30 dicembre 2020, p. 4; M. Verzaro, *Abundans cautela non nocet. A (s) proposito del c.d. licenziamento per mancata vaccinazione anti-coronavirus*, in *federalismi.it*, n. 6/2021, p. 273; M. Cerbone, *Vaccinazione anti-Covid, autodeterminazione del lavoratore e riflessi sul rapporto di lavoro*, in *Diritti Fondamentali*, www.dirittifondamentali.it, 15 febbraio 2021, fascicolo n. 1, 2021, p. 79 ss.

¹⁰ Si veda in particolar modo P. Ichino, *Vaccino Covid, Ichino: stop al contratto di lavoro se il dipendente si rifiuta, il quale muove dalla considerazione*, in un primo momento, che l'art. 2087 c.c. sia sufficiente ad imporre la vaccinazione sui luoghi di lavoro, perché quando la scelta di non curarsi determina un pericolo per la salute altrui, prevale la tutela di questa, cosicché il rifiuto costituirà un impedimento oggettivo alla prosecuzione del rapporto di lavoro. Nello stesso senso, C. Pisani, *Onere del lavoratore di vaccinarsi se non vuole incorrere nel licenziamento per motivo oggettivo*, in www.studiolegalepisani.it, 4 gennaio 2021, il quale ritiene che il licenziamento del lavoratore sia un atto dovuto in virtù dell'obbligo previsto dall'art. 2087 c.c., partendo però dal presupposto che la fattispecie debba essere inquadrata nella figura dell'onere e non in quella dell'obbligo; P. Ichino *Perché e come il dovere di vaccinarsi può nascere da un contratto di diritto di privato*, www.pietroichino.it, secondo il quale, in parziale modifica del suo primo orientamento, ha ribadito che 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'impresa (cfr. in giurisprudenza Cass. Pen., sez. IV, n.13583 del 26 febbraio 2019), facendo però riferimento, quali norme fondanti la pretesa datoriale alla vaccinazione, agli artt. 2087 c.c., 20 del d.lgs. n. 81/2008 e 279 del d.lgs. n. 81/2008. L'Autore ha altresì precisato che il lavoratore dovrebbe preliminarmente essere sospeso senza retribuzione; A. Bottini, *Inidoneo e poi licenziabile chi non si vaccina*, in *Quotidiano del lavoro. Il Sole 24-Ore*, 2021, a parere del quale può giungersi al licenziamento per giustificato motivo oggettivo nel caso in cui l'assenza dal lavoro, per il suo prolungarsi e/o per l'indeterminatezza della sua durata, arrechi pregiudizio all'organizzazione aziendale.

¹¹ Sul punto C. Cester, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l'opinione di Carlo Cester*, in *Labor*, 23 gennaio 2021, p. 12, secondo il quale se l'art. 20, d. lgs. n. 81/2008 fonda un obbligo di prendersi cura della propria salute che diventa imprescindibile ove si intenda stipulare o proseguire il rapporto di lavoro con mansioni, o in genere modalità, a rischio di contatto e dunque di contagio, pare inevitabile concludere che il mancato assolvimento di tale obbligo, cioè il rifiuto della vaccinazione non possa non avere rilievo sul piano disciplinare. Di questa idea anche V. Ferrante, *Rischio di contagio da Covid e doveri del datore di lavoro*, in *Labor*, 22 gennaio 2021, p. 3, che evidenzia come, salve le ipotesi in cui il

dell'adozione di siffatte misure datoriali, determinate disposizioni del d.lgs. n. 81/2008: *in primis* l'art. 20 che, in quanto norma generale dell'impianto prevenzionistico, detta gli obblighi generalmente incombenti su tutti i lavoratori a prescindere dal comparto di riferimento; in seconda battuta, la lettura in combinato disposto degli artt. 279, commi 1 e 2, e 42¹², delineando in quest'ultimo caso la possibilità, a fronte di un rifiuto del lavoratore all'inoculazione, dell'allontanamento temporaneo dello stesso, secondo le procedure dell'art. 42 del d.lgs. n. 81/2008, o *in extremis* la risoluzione del rapporto di lavoro¹³. Tale ultima posizione interpretativa legittimerebbe pertanto l'adozione di specifiche misure organizzative nei confronti dei soli lavoratori operanti nei settori esposti al rischio biologico specifico¹⁴ (come appunto quelli operanti in ambito sanitario) e che si oppongano alla somministrazione, escludendo coloro per i quali l'esposizione a detta classe di rischio si possa qualificare soltanto come generica.

Non sono mancate invero obiezioni, specie da parte di coloro che hanno assunto un approccio prudenziale, asserendo che l'art. 2087, letto in combinato con le disposizioni del d.lgs. n. 81/2008, non soddisferebbe la riserva costituzionale posta dall'art. 32 Cost., ai sensi della quale la legge dovrebbe prevedere in maniera specifica un trattamento sanitario obbligatorio¹⁵.

rifiuto può giustificarsi o con particolari condizioni di salute o con l'assenza totale di un rischio di contagio nei confronti di colleghi o terzi, non rimanga altra soluzione che il licenziamento per giusta causa, per grave violazione dell'obbligo di sicurezza di cui all'art. 20 d. lgs. n. 81/2008. *Contra*, P. Pascucci e A. Delogu, *L'ennesima sfida della pandemia Covid-19: esiste un obbligo vaccinale nei contesti lavorativi?*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro* - Rivista dell'Osservatorio Olympus - 2020, I, p. 93; P. Pascucci e C. Lazzari, *Prime considerazioni di tipo sistematico sul d.l. 1 aprile 2021, n. 44*, in Rivista dell'Osservatorio Olympus *"Diritto della Sicurezza sul Lavoro"*, 2021, n. 1, I, pp. 152-165; P. Albi, *Dibattito istantaneo su vaccini anti covid e rapporto di lavoro: l'opinione di Pasquale Albi*, in *Labor*, 2 febbraio 2021, p. 3; A. Perulli, *Dibattito istantaneo su vaccini anti covid e rapporto di lavoro: l'opinione di Adalberto Perulli*, in *Labor*, 25 gennaio 2021, p. 2.

¹² La tesi ha tra i suoi principali sostenitori R. Guariniello, *Sorveglianza sanitaria: vaccino obbligatorio per i lavoratori?*, in *Diritto e Pratica del Lavoro*, n. 1, 2021, p. 31. L'Autore richiama altresì l'art. 286-sexies, co. 1, lettera g), del Titolo X-bis del d.lgs. n. 81/2008, concernente la "Protezione dalle ferite da taglio e da punta nel settore ospedaliero e sanitario", e definisce illuminante la sentenza della Corte Costituzionale n. 218/1994 che dichiarò "l'illegittimità costituzionale dell'art. 5, commi 3 e 5, l. 5 giugno 1990, n. 135 (Programma di interventi urgenti per la prevenzione e la lotta contro l'AIDS), nella parte in cui non prevede accertamenti sanitari dell'assenza di sieropositività all'infezione da HIV come condizione per l'espletamento di attività che comportano rischi per la salute dei terzi":

¹³ Ancora R. Guariniello, *Sorveglianza sanitaria...*, *cit.*, p. 31, che per corroborare quanto sostenuto richiama l'orientamento della giurisprudenza di legittimità (Cass., sez. lav., 7 marzo 2019 6678; Cass. 16 luglio 2019 n. 19025; Cass. 21 maggio 2019 n. 13649) secondo il quale "l'obbligo di 'repêchage' non può estendersi alla valutazione delle scelte gestionali ed organizzative dell'impresa, espressione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost. [...] il detto obbligo non può ritenersi violato quando l'ipotetica possibilità di ricollocazione del lavoratore nella compagine aziendale non è compatibile con il concreto assetto organizzativo stabilito dalla parte datoriale".

¹⁴ Per una aggiornata ricognizione delle problematiche in materia di rischio biologico cfr. P. Tullini, *Tutela della salute dei lavoratori e valutazione del rischio biologico: alcune questioni giuridiche*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, n. 2, 2020, pp. 335-351.

¹⁵ In questi termini F. Scarpelli, *Rifiuto del vaccino e licenziamento: andiamoci piano!*, in *LinkedIn*, 29 dicembre 2020; G. Pellacani, *Vi spiego perché non si può licenziare chi non si vaccina contro Covid-19*, in *www.startmag.it*, 1° gennaio 2021; G. Benincasa, G. Pigliararmi, *Covid-19 e obbligo giuridico del vaccino ...*, *cit.* p. 11; P. Pascucci, A. Delogu, *L'ennesima sfida della pandemia Covid-19...*, *cit.*, p. 87 e ss, per i quali in mancanza di una legge ad hoc, ai sensi dell'art. 2087 c.c. il datore di lavoro non potrebbe mai esigere in termini imperativi, sotto la minaccia di sanzioni, un comportamento non obbligatorio. A. Maresca, *Obblighi di prevenzione o di vaccinazione?*, in *Labor*, 22 gennaio 2021, p. 1; G. Falasca, *Non si può licenziare il dipendente che rifiuta di vaccinarsi*, in *open.online.it*, 25 dicembre 2020; R. Romei, *Vaccinazione e licenziamento*, in *Labor*,

Del resto, chi argomenta in tal senso¹⁶ rileva come in materia di prevenzione del contagio da Covid-19, il perimetro dell'obbligazione datoriale di sicurezza sarebbe stato delineato attraverso un intervento normativo chiarificatore rispetto all'equiparazione della contrazione del Coronavirus sul luogo di lavoro, o *in itinere*, ad infortunio sul lavoro, avvenuta ad opera dell'art. 42 del d.l. n. 18/2020 (c.d. decreto Cura Italia)¹⁷. Il riferimento è alla l. n. 40/2020 di conversione, con modifiche, del d.l. n. 23/2020 (c.d. decreto Liquidità) che ha previsto l'inserimento dell'art. 29-*bis*, alla stregua del quale, ai fini della tutela contro il rischio di contagio da Covid-19, i datori di lavoro pubblici e privati adempiono all'obbligo di cui all'art. 2087 c.c. mediante l'applicazione delle prescrizioni contenute nel Protocollo condiviso sottoscritto il 24 aprile 2020 tra il Governo e le parti sociali¹⁸, e negli altri Protocolli e Linee guida di cui all'art. 1, co. 14, del d.l. n. 33/2020 (convertito, con modificazioni, dalla legge 14 luglio 2020, n. 74), nonché mediante l'adozione e il mantenimento delle misure ivi previste¹⁹. Di conseguenza, solo nel caso in cui l'obbligo vaccinale fosse stato in qualche modo recepito in detti protocolli (soluzione pur da ultimo ipotizzata in sede di rinnovo del protocollo interconfederale del 24 aprile 2020) – a loro volta divenuti generalmente vincolanti per effetto del richiamo ad essi fatto dalla legge – lo stesso sarebbe stato un indicatore di esatto adempimento dell'obbligazione datoriale ex art. 2087 c.c.

A ben guardare, però, sul versante penalistico l'adempimento dell'art. 2087 c.c., mediante la corretta applicazione dei Protocolli, non osterebbe comunque alla imputazione della colpa generica in capo al datore di lavoro per inosservanza dell'obbligo generale di sicurezza. Ciò sarebbe possibile, piuttosto, mediante l'affinamento dell'art. 29-*bis* del d.l. n. 23/2020, che perentoriamente dovrebbe prescrivere

23 gennaio 2021, p. 2; A. Perulli, *Dibattito istantaneo su vaccini anti covid...*, cit., p. 2. e ss; O. Mazzotta, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l'opinione di Oronzo Mazzotta*, in *Labor*, 28 gennaio 2021, p. 2; V. A. Poso, *Il bene del singolo e il bene di tutti. E le «chiacchiere» dei politici (e dei giuristi) a proposito del vaccino anti Covid -19 tra obbligo e libertà*, in *Labor*, 25 gennaio 2021, p. 3.

¹⁶ D.l. 17 marzo 2020 n. 18 convertito, con modificazioni, dalla l. 24 aprile 2020 n. 27.

¹⁷ Sul tema del riconoscimento dell'infortunio Covid si rinvia alle profonde riflessioni sviluppate dalla dottrina P. Sandulli, A. Pandolfo, M. Faioli, *Coronavirus e responsabilità datoriale da infortunio sul lavoro*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, n. 3, 2020, pp. 631-641; A. De Matteis, *Le infezioni da coronavirus come infortunio sul lavoro: le specialità della tutela italiana*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, n. 3, 2020, pp. 643-658; S. Giubbboni, *I presupposti della responsabilità civile del datore per infortunio sul lavoro nella nomofilachia della Suprema Corte (con una chiosa sul risarcimento del danno da Covid-19) (Corte di cassazione, sezione lavoro, 19 giugno 2020, n. 12041)*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, n. 3, 2020, pp. 669-689; G. Ludovico, *Il contagio da Covid-19 come infortunio sul lavoro tra copertura INAIL e responsabilità civile*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale, Rivista trimestrale*, n. 2, 2020, pp. 353-364; G. Corsalini, *L'INAIL e il Covid-19*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, n. 2, 2020, pp. 365-374.

¹⁸ Il 6 aprile 2021 è stato sottoscritto il “Protocollo condiviso di aggiornamento delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus SARS-CoV-2/COVID-19 negli ambienti di lavoro”, che aggiorna e rinnova i Protocolli condivisi sottoscritti, successivamente alla dichiarazione dello stato di emergenza, e precisamente il 14 marzo e il 24 aprile 2020.

¹⁹ A. Maresca, *Obblighi...*, cit., p. 2 e, più di recente, A. Maresca, *La vaccinazione volontaria anti Covid nel rapporto di lavoro*, editoriale in *Federalismi*, n. 8, 2021 che opportunamente segnala anche come il Governo abbia comunque dovuto fare realisticamente i conti con la concreta possibilità di approvvigionamento dei vaccini prima di pronunciarsi sulla introduzione di un obbligo; G. Falasca, *Non si può licenziare...*, cit.; G. Benincasa, G. Pigliararmi, *Covid-19 e obbligo giuridico del vaccino*, op. cit., p. 12.

l'adempimento dell'obbligo *ex art. 2087 c.c. esclusivamente* mediante l'applicazione delle misure dei Protocolli. Fino ad allora, la disposizione “*sembra destinata ad assumere valore pedagogico, orientativo ma non già risolutivo*”²⁰. Eppure, dal punto di vista del giuslavorista, pare quantomeno opportuno apprezzare il tentativo di delimitare la responsabilità datoriale operata dall'art. 29-*bis*, attorno al quale – non a caso – è sorto un proficuo dibattito tra giuslavoristi e penalisti²¹. Dibattito che denota come, il rischio di contagio possa generare forti implicazioni anche nella gestione dei rapporti di lavoro, col rischio di polarizzare eccessivamente le posizioni delle due parti contrattuali. Si osserva infatti come, l'ignoto *discrimen* tra misure *ultra legem* obbligatorie (c.d. misure innominate) e non obbligatorie abbia generato il rischio di imporre al datore di lavoro sforzi iper-tecnicistici e avanguardisti, in ossequio alla scienza più avanzata e in barba alla fattibilità tecnica ed economica delle soluzioni prevenzionistiche disponibili sul mercato²².

Nell'incedere verso gli ulteriori spunti offerti dalla materia, una parte della dottrina²³ ha evidenziato come la Corte Costituzionale, in più di un'occasione, abbia rilevato che, in ambito medico, raccomandare e prescrivere siano azioni percepite come egualmente doverose, con il corollario che l'obbligatorietà del trattamento vaccinale sarebbe uno degli strumenti a disposizione delle autorità sanitarie per il perseguimento della tutela della salute collettiva, al pari della raccomandazione²⁴. Senonché la stessa Corte²⁵, rilevando che in campo medico la distanza tra raccomandazione e obbligo è assai minore di quella che separa i due concetti nei rapporti giuridici, ha sottolineato come nei fatti in ambito giuridico la

²⁰ Sul punto D. Piva, *L'art. 29-bis del decreto liquidità: profili penalistici*, in Giovannone M. (a cura di) *La responsabilità civile e penale del datore di lavoro nel contesto dell'emergenza sanitaria*, Atti del convegno, Aracne Editore, 2021, p. 26.

²¹ Per un approfondimento sul dibattito si rinvia a M. Giovannone (a cura di), *La responsabilità civile e penale del datore di lavoro nel contesto dell'emergenza sanitaria*, Atti del convegno, Aracne Editore, 2021.

²² Sul tema, R. Guariniello, *Il principio di massima sicurezza tecnologicamente fattibile*, in *ISL*, p. 339, 1997; M. Lai, *Sicurezza del lavoro e aggiornamento tecnologico*, in *DPL*, 2008, n. 5, p. 338 ss.; L. Montuschi, *L'incerto cammino della sicurezza del lavoro fra esigenze di tutela, onerosità e disordine normativo*, in *RGL*, 2001, p. 508; G. Natullo, *Principi generali della prevenzione e “confini” dell'obbligo della sicurezza*, in M. Rusciano, G. Natullo. (a cura di), *Ambiente e sicurezza del lavoro*, Torino, 2007, p. 79 ss.; G. Natullo, *La massima sicurezza tecnologica*, in *DPL*, 1997, p. 815 ss. L. Angelini, *La sicurezza del lavoro nell'ordinamento europeo*, WP Olympus, n. 29, 2013; P. Soprani, *L'obbligo del ricorso alla migliore tecnologia disponibile*, in *Ambiente & Sicurezza*, 2005, n. 12, p. 85 ss.

²³ Sul punto P. Pascucci, A. Delogu, *L'ennesima sfida della pandemia Covid-19*, *op.cit.*, pp. 104-107; R. Rivero, *Vaccini e rapporto di lavoro: obblighi, responsabilità e tutele*, in “*Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi*”, 15 marzo 2021, p. 5; A. De Matteis, *Art. 32 della Costituzione: diritti e doveri in tema di vaccinazione anti COVID*, in “*Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi*”, 2 febbraio 2021, p. 6; R. Guariniello, *Sorveglianza sanitaria*, *op. cit.*, p. 34; L. De Angelis, *Ragionando a caldo su vaccinazioni e rapporto di lavoro*, in “*Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi*”, 17 febbraio 2021.

²⁴ C. Cost. n. 118 del 26 maggio 2020 secondo cui “*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'assimilazione tra vaccinazioni obbligatorie e vaccinazioni raccomandate è stata sottolineata in altre sentenze, nell'ambito di giudizi di legittimità costituzionale proposti contro leggi regionali o statali, in tal senso tra tutte C. Cost. sentenze n. 5 del 18 gennaio 2018, n. 137 del 2019 e n. 268 del 2017.

²⁵ C. Cost. n. 5 del 18 gennaio 2018, nella quale la Corte riepiloga l'orientamento giurisprudenziale in tema di vaccinazioni.

distanza esista. Del resto, a ben guardare, la stessa equiparazione tra obbligo e raccomandazione non è generalizzata, bensì contestualizzata nell'ambito del riconoscimento del diritto all'indennizzo in caso di menomazione permanente della integrità psicofisica cagionata dai vaccini: diritto del singolo che, secondo la Corte *“non risiede nel fatto che questi si sia sottoposto a un trattamento obbligatorio: riposa, piuttosto, sul necessario adempimento, che si impone alla collettività, di un dovere di solidarietà, laddove le conseguenze negative per l'integrità psicofisica derivino da un trattamento sanitario (obbligatorio o raccomandato che sia) effettuato nell'interesse della collettività stessa, oltre che in quello individuale”*.

In questo contesto, pertanto, più condivisibile è apparsa la posizione di chi ²⁶ ha riportato il dibattito sul terreno delle disposizioni speciali del d.lgs. n. 81/2008, in particolare l'art. 279, e delle misure preventive adottabili in applicazione di tale disposizione, tra cui spiccano in particolare l'adibizione ad altra mansione disponibile ovvero l'allontanamento temporaneo e la sospensione dalla stessa (ex art. 42), con riferimento alle sole attività in cui l'esposizione al contagio sia configurabile come un rischio biologico specifico (ad esempio le attività in ambito sanitario e assistenziale), ed escludendo per converso la legittima adozione di dette misure per gli altri ambiti di attività, nei quali il rischio da esposizione al Covid-19 può essere considerato generico ed analogo a quello cui è esposta tutta la restante popolazione²⁷.

2.2. Gestione prevenzionistico-cautelare del rifiuto del lavoratore vs gestione disciplinare-risolutoria

Più realisticamente, dunque, l'adozione delle menzionate misure datoriali, in caso di assenza di un obbligo vaccinale generalizzato stabilito *ex lege*, è sembrata praticabile nei confronti dei soli lavoratori operanti in settori esposti al rischio biologico, quale rischio professionale specifico, rientranti nel campo di applicazione delle disposizioni di cui al Titolo X del d.lgs. n. 81/2008 e rispetto ai quali, l'art. 279 effettivamente prevede che, ove la valutazione dei rischi evidenzia un rischio per la salute a seguito della sorveglianza sanitaria, il datore di lavoro, su conforme parere del medico competente, possa adottare misure protettive particolari fra le quali la messa a disposizione di vaccini efficaci per quei lavoratori che non sono già immuni all'agente biologico presente nella lavorazione, da somministrare a cura del medico competente, e l'allontanamento temporaneo del lavoratore secondo le procedure dell'art. 42 del Testo Unico stesso²⁸. Ciò varrebbe tanto più alla luce dell'inserimento, nell'allegato XLVI del d.lgs. n. 81/2008,

²⁶ P. Iervolino, *Vaccinazione e pandemia ...*, cit., p. 16; S. Bellomo, *Vaccinazione Covid-19 e rapporto di lavoro: quali conseguenze per gli “obiettisti”?* in *Labor*, 22 gennaio – 10 febbraio 2021, p. 6; O. Mazzotta, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid...*, cit., p. 3; G. Pellacani, *Vi spiego perché...*, op.cit.

²⁷ P. Iervolino, *Vaccinazione e pandemia*, op. cit., p. 16; S. Bellomo, *Vaccinazione Covid-19...*, cit., p. 6; O. Mazzotta, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid*, op. cit., p. 3 e ss; G. Pellacani, *Vi spiego perché*, op. cit.; G. Pellacani, *La vaccinazione contro il Coronavirus (SARS-CoV-2) ...*, cit., p. 4 ss.

²⁸ In tal senso R. Guariniello, *Sorveglianza sanitaria*, op. cit., pp. 27-34.

nella sezione VIRUS, della voce «*Sindrome respiratoria acuta grave da coronavirus 2 (SARS-CoV-2)^(0a) - 3*» con la relativa nota 0a)²⁹.

Tale deduzione, in una prospettiva *ante legem*, appariva peraltro più coerente con la tesi avanzata dalla dottrina lavoristica prevalente che ravvisa l'obbligo di aggiornamento del DVR a fronte del rischio Covid-19, proprio in quei settori esposti al rischio biologico specifico di cui al citato Titolo X, ritenendo invece sufficiente, negli altri ambiti caratterizzati da una esposizione al virus generica, la mera adozione del protocollo anti-contagio ai fini dell'esatto adempimento degli obblighi datoriali³⁰.

Così argomentando, per i settori che sfuggono al suo campo di applicazione e in assenza di una ulteriore previsione *ad hoc*, il rifiuto alla vaccinazione non si configurerebbe *de plano* come un comportamento disciplinarmente sanzionabile, essendo manifestazione di un diritto costituzionalmente tutelato, ma potrebbe al più costituire un presupposto per una valutazione cautelare – comunque non sempre agevole – di inidoneità alla mansione specifica, da ricondurre al sistema della tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, e nello specifico alla sorveglianza sanitaria generale *ex art.* 41 del d.lgs. n. 81/2008³¹.

Si ricorda infatti che ai sensi dell'art. 42 del d.lgs. 81/2008, il datore di lavoro, in relazione ai giudizi di cui all'art. 41, co. 6, dello stesso d.lgs. n. 81/2008³², attua le misure indicate dal medico competente e qualora le stesse prevedano un'inidoneità alla mansione specifica lo adibisce, ove possibile, a mansioni equivalenti o, in difetto, a mansioni inferiori garantendo il trattamento corrispondente alle mansioni di provenienza. La disposizione si traduce nell'obbligo del datore di lavoro che, una volta accertata la inidoneità alla mansione specifica, valuterà, tenendo conto effettivamente delle condizioni oggettive (della sua organizzazione) e soggettive (afferenti alla preparazione e alla formazione del lavoratore), la possibilità di assegnazione del lavoratore ad altra mansione (equivalente o inferiore). Una disposizione che secondo la

²⁹ Ad opera del d.l. 7 ottobre 2020 n. 125 convertito Legge 27 novembre n. 159, mediante il quale è stata trasposta nel nostro ordinamento la direttiva (UE) 2020/739 della Commissione del 3 giugno 2020, concernente l'inserimento del SARS-CoV-2 nell'elenco degli agenti biologici che possono causare malattie infettive nell'uomo.

³⁰ In tal senso cfr. la ricostruzione efficace di L. Fantini, *Valutazione dei rischi e necessaria indicazione delle misure contro il Coronavirus*, in M. Giovannone, L. Fantini, F. D'Orsi, M. Secondo (a cura di), *La tutela della salute e sicurezza sul lavoro ai tempi del COVID-19*, Teleconsul Editore, Roma, 2020, pp. 78-81. In particolare, in questo senso, la posizione di 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 *DLS*, n. 1, 2020, pp. 117-135. Lo stesso A., *Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra "raccomandazioni" e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale?*, in *DSL*, n. 2, 2019, pp. 98-121; nonché *Covid-19 e tutela della salute e sicurezza dei lavoratori*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 166, 2020, 2, pp. 373-395. Tra gli altri A., Maresca, *Il rischio di contagio da COVID-19 nei luoghi di lavoro: obblighi di sicurezza e art. 2087 c.c. (prime osservazioni sull'art. 29-bis della l. n. 40/2020)*, cit., pp. 1-10; L. M. Pelusi, *Tutela della salute dei lavoratori e COVID-19: una prima lettura critica degli obblighi datoriali*, in *DSL*, n. 2, 2019; C. Lazzari, *Per un (più) moderno diritto della salute e della sicurezza sul lavoro: primi spunti di riflessione a partire dall'emergenza da Covid-19*, in *DSL*, n. 1, 2020.

³¹In senso contrario, A. Perulli, *Dibattito istantaneo su vaccini anti covid, op. cit.*, p. 2.

³² Il medico competente, sulla base delle risultanze delle visite mediche, esprime uno dei seguenti giudizi relativi alla mansione specifica: idoneità; idoneità parziale, temporanea o permanente, con prescrizioni o limitazioni; inidoneità temporanea; inidoneità permanente.

giurisprudenza³³, va letta come il contemperamento tra il diritto al *repêchage* e la libertà di iniziativa economica, in virtù del quale l'adibizione a diversa mansione è il frutto di una valutazione di concreta fattibilità, in relazione alla struttura organizzativa aziendale³⁴. Ai fini della configurabilità di un legittimo licenziamento per giustificato motivo oggettivo non sarebbe quindi sufficiente la inidoneità del lavoratore ad effettuare la propria prestazione, in un determinato luogo e secondo determinate modalità. Occorrerebbe infatti anche la prova circa la impossibilità di reimpiego dello stesso lavoratore nell'ambito della organizzazione aziendale³⁵.

Inoltre, a fronte di un giudizio del medico competente di inidoneità temporanea alla mansione, legata nel caso in esame ad un evento transitorio dettato dalle caratteristiche e dall'andamento della pandemia, il licenziamento del lavoratore potrebbe essere configurabile solo come *extrema ratio*, dovendo invece, in un'ottica di maggior favore, ritenersi più ragionevole l'applicazione dell'istituto della sospensione cautelare obbligatoria, priva di connotazioni colpevolizzanti o disciplinari nei confronti del lavoratore³⁶. D'altra parte e più in generale, la sospensione cautelare è spesso sanzionata in quelle situazioni eccezionali in cui vige un'esigenza di contemperare la tutela della salute del lavoratore con quella di terzi (ad esempio utenti o colleghi) in caso di pendenti accertamento sulla idoneità fisica dello stesso lavoratore³⁷. A differenza della sanzione disciplinare, essa si pone quale strumento di autotutela operativo per tutto il tempo necessario ad acquisire la certezza della sussistenza del fatto nell'ambito degli accertamenti sanitari esperiti in sede aziendale e riconducibile nell'alveo delle misure adottabili dal datore di lavoro *ex art* 2087 c.c. ed a fronte della quale si è addirittura ipotizzato, in via minoritaria, il permanere dell'obbligo retributivo in capo al datore di lavoro³⁸. Ciò muovendo dalla osservazione, pur validata dalla

³³ Cfr. *ex multis*, Cass. S.U. n. 7755/1998; Cass., 19 marzo 2018, n. 6798; Cass., 26 ottobre 2018, n. 27243; Cass., 21 maggio 2019, n. 13649; Cass., 19 dicembre 2019 n. 34132.

³⁴ Sul punto cfr. V. A. Poso, *Il bene del singolo e il bene di tutti...*, *cit.*, p. 6, il quale sottolinea la difficoltà di potere anche immaginare mansioni, espletate nel luogo di lavoro, immuni dal contagio, sebbene inferiori, e la relativa necessità che il datore di lavoro valuti, attentamente, la rilevanza nel caso concreto dell'art. 42, d.lgs. n. 81/2008, sull'inidoneità alla mansione specifica espressa dal medico competente, per verificare se e a quali condizioni possa anche arrivare al licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

³⁵ *Ex multis*, Cass. 27 febbraio 2004 n. 4050.

³⁶ Contra, P. Pascucci, A. Delogu, *L'ennesima sfida della pandemia Covid-19, op. cit.*, p.115, secondo i quali l'inidoneità, dipendendo da una scelta del lavoratore di sottoporsi o meno alla vaccinazione, non è delimitata con certezza nella sua durata temporale, pertanto, in relazione ad essa il medico competente non potrà precisare «i limiti temporali di validità» (come richiede, invece, il comma 7 dell'art. 41 del d.lgs. n. 81/2008), sicché tale inidoneità, seppure astrattamente temporanea, si atteggia di fatto come una inidoneità a tempo indeterminato, potendo come tale condurre, salvo improvvisi ripensamenti da parte del lavoratore, alle conseguenze di cui all'art. 42 del d.lgs. n. 81/2008, compreso in ultima analisi il licenziamento.

³⁷ Per approfondimenti sull'istituto della sospensione cautelare in caso di rifiuto del lavoratore di sottoporsi alle visite periodiche in regime di sorveglianza sanitaria speciale, M. Giovannone, M. Tiraboschi, *La sorveglianza sanitaria speciale: l'accertamento sull'uso di sostanze psicotrope e alcolemiche*, in M. Tiraboschi, L. Fantini (a cura di), *La tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro dopo il decreto legislativo n. 106 del 2009: il nuovo testo unico*, pp. 701-720.

³⁸ M. Cerbone, *Vaccinazione anti-Covid...*, *cit.*, p. 79 ss, secondo il quale la (eventuale) sospensione del lavoratore, per inidoneità temporanea dovrà essere regolarmente retribuita, non configurandosi elementi che possano consentire di

giurisprudenza di legittimità³⁹, che la sospensione unilaterale del rapporto, farebbe venire meno l'obbligo retributivo solo quando la prestazione lavorativa sia stata legittimamente rifiutata dal datore, per fatto addebitabile al lavoratore (come nel caso d'inesattezza o inidoneità permanente alla prestazione offerta) oppure in casi di forza maggiore, derivanti da eventi naturali o da provvedimento dell'autorità (ad esempio chiusura o requisizione dell'azienda) o da fatto del terzo (occupazione dello stabilimento o sciopero di altri lavoratori), sempreché tutti questi fatti non siano riconducibili ad una condotta illecita del datore di lavoro. Più in generale⁴⁰, se il lavoratore offre regolarmente la propria prestazione, ma il datore di lavoro non è in grado di utilizzarla, il mancato pagamento della retribuzione sarebbe giustificato solo quando lo stesso non sia imputabile al fatto del datore di lavoro e lo stesso sia imprevedibile, inevitabile e non riferibile a carenze di programmazione o di organizzazione aziendale e neppure a contingenti difficoltà del mercato.

Il licenziamento *tout court*, non sembra pertanto essere la soluzione più verosimile anche nel caso di rifiuto alla profilassi vaccinale da parte del lavoratore che opera in settori assoggettati al campo di applicazione del Titolo X del d.lgs. n. 81/2008. Ragionando diversamente, le scelte del datore di lavoro rischiano di divenire gravemente arbitrarie. Peraltro, al di là delle esposte questioni sull'obbligo del lavoratore di sottoporsi alla vaccinazione derivante dal rapporto di lavoro, il licenziamento del lavoratore allo stato sarebbe comunque impedito dal divieto di licenziamento imposto dal legislatore⁴¹.

2.3. Una questione di *privacy*: il trattamento dei dati relativi alla vaccinazione

La riconduzione del rifiuto alla vaccinazione nell'alveo della sorveglianza sanitaria, quale presupposto per un giudizio di inidoneità alla mansione nei settori esposti a rischio biologico, *ante legem* è apparsa altresì coerente con la posizione espressa dal Garante per la protezione dei dati personali, lo scorso 16 febbraio 2021⁴². Precisamente, secondo il Garante, il datore di lavoro non può chiedere ai dipendenti di fornire

imputare al lavoratore, che esercita un proprio diritto, l'impossibilità della prestazione di lavoro. Contra, P. Albi, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid...*, cit.; P. Ichino, *Il dovere di vaccinarsi di fonte contrattuale*, in rivista online *Guida al Lavoro*, 12 gennaio 2021, per il quale la sospensione potrà avvenire senza decorso della retribuzione, come in qualsiasi altro caso di impossibilità sopravvenuta temporanea imputabile al prestatore.

³⁹ *Ex multis*, Cass. 15 giugno 1984, n. 3577.

⁴⁰ Cass. Civ., sez. Lav. n. 14419/2019; Cass. Civ., sez. Lav., n. 15372/2004; Cass. Civ., sez. Lav., n. 11916/1999; Cass. Civ., sez. Lav., n. 7263/1996.

⁴¹ Originariamente disposto dall'art. 46 del d.l. n. 18/2020 (convertito, con modifiche, dalla l. n. 27/2020) e da ultimo, al momento in cui si scrive, dal d.l. n. 41 del 22 marzo 2021. A riguardo con la nota n. 298 del 24 giugno 2020 l'INL - richiamando l'orientamento prevalente della giurisprudenza di legittimità (Cass., sentenza n. 27243 del 26 ottobre 2018; Cass., sentenza n. 13649 del 21 maggio 2019) - ha chiarito che l'ampio tenore dell'art. 46 del d.l. n. 18/2020 ricomprende nel suo alveo anche i licenziamenti per sopravvenuta inidoneità alla mansione, in quanto ascrivibili alla fattispecie del licenziamento per g.m.o..

⁴² In una FAQ pubblicata sulla pagina web istituzionale. Cfr. in dottrina P. Pascucci, A. Delogu, *L'ennesima sfida della pandemia Covid-19*, op.cit., p. 111. Contra, P. Ichino, *Ancora la privacy contro la lotta alla pandemia*, Editoriale telegrafico nella Nwsl n. 538, 22 febbraio 2021, in <https://www.pietroichino.it/>. Per un approfondimento sulla tutela della privacy nel

informazioni sul proprio stato vaccinale o copia di documenti che comprovino l'avvenuta vaccinazione anti Covid-19⁴³. Ciò infatti non è consentito dalle disposizioni dell'emergenza e dalla normativa prevenzionistica. Il Garante ha altresì puntualizzato che il datore di lavoro non può considerare lecito il trattamento di detti dati sulla base del mero consenso dei lavoratori, non potendo lo stesso costituire in tal caso una valida condizione di liceità, in ragione dello squilibrio del rapporto tra titolare e interessato nel contesto lavorativo⁴⁴. Di conseguenza, allo stesso medico competente è interdetto comunicare al datore di lavoro i nominativi dei lavoratori vaccinati, considerato che egli è il solo autorizzato a trattare dati sanitari e tra questi, se del caso, le informazioni relative alla vaccinazione, nell'ambito dell'espletamento della sorveglianza sanitaria e in sede di verifica dell'idoneità alla mansione specifica. Il datore di lavoro può invece acquisire i soli giudizi di idoneità e le eventuali prescrizioni e/o limitazioni in essi annotati dal medico.

Infine, in merito alla possibilità che la vaccinazione possa essere richiesta come condizione per l'accesso ai luoghi di lavoro e per lo svolgimento di determinate mansioni, il Garante aveva altresì precisato che, nell'attesa di un intervento del legislatore che valutasse l'avvenuta vaccinazione come requisito per lo svolgimento di alcune professioni, attività lavorative e mansioni, nei casi di esposizione diretta ad agenti biologici durante il lavoro, trovassero applicazione le misure speciali di protezione previste per taluni ambienti lavorativi con un richiamo esplicito, ancora una volta, al già citato art. 279 del Testo Unico Sicurezza. Il medico competente può dunque trattare i dati personali relativi alla vaccinazione dei dipendenti e, se del caso, tenerne conto in sede di valutazione dell'idoneità alla mansione specifica, mentre il datore di lavoro dovrà limitarsi ad attuare le misure indicate dal medico competente nei casi di giudizio

contesto emergenziale, A.M. Campanale, *Tra precauzione e prevenzione. Misure di sicurezza anti contagio e tutela della privacy*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2020, p. 803 ss.

⁴³ Nello stesso senso, M. Cerbone, *Vaccinazione anti-Covid*, *op. cit.*, p. 18, per il quale, in carenza dell'intervento della legge, l'imposizione del vaccino porrebbe qualche problema con riguardo all'art. 8 l. n. 300/1970 e alle previsioni del Regolamento UE n. 2016/679), dal momento che l'imposizione del vaccino anti-Covid determinerebbe giocoforza un'intrusione datoriale nella sfera di riservatezza in ambito sanitario del lavoratore, il quale sarebbe obbligato ad esplicitare la sua condizione sanitaria personale, al fine di accettare il vaccino o, se del caso, per opporvi un giustificato rifiuto (per esempio, per altre patologie che ne sconsigliano l'adozione). Secondo l'Autore, è chiaro che l'obbligo di vaccinarsi contribuirebbe, per questa strada, alla "rivelazione" al datore di lavoro, per il tramite del medico competente, di dati sanitari personali, non rilevanti ai fini dell'attitudine professionale, in contrasto con il principio di "minimizzazione dei dati" fissato dal Regolamento UE n. 2016/679 (art. 5, comma 1, lett. c). Contra, V. A. Poso, *Il bene del singolo e il bene di tutti*, *op. cit.*, p. 4, a parere del quale il datore di lavoro può, anzi deve, pretendere dai suoi dipendenti e collaboratori una certificazione attestante la loro avvenuta vaccinazione, assumendo le necessarie informazioni, nel rispetto della privacy sui lavoratori vaccinati e non vaccinati, per accettare la loro prestazione, in attuazione del rapporto obbligatorio in cui si realizza l'esecuzione del contratto di lavoro; A. Maresca, *Obblighi*, *op. cit.*, p. 3, per il quale il datore di lavoro ha diritto di essere informato in ordine alla vaccinazione (effettuata o non dal lavoratore) perché si tratta di un dato (ancorché sensibile) necessario a gestire la prevenzione del rischio di contagio da infezione da Covid e, più di recente, A. Maresca, *La vaccinazione volontaria...*, *cit.*; R. Romei, *Vaccinazione...*, *cit.*, p. 3, secondo il quale non è di ostacolo neanche l'art. 8 della l. n. 300/1970.

⁴⁴ Tale posizione è stata confermata dal Garante anche nel documento di indirizzo "Vaccinazione nei luoghi di lavoro: indicazioni generali per il trattamento dei dati personali", adottato con un provvedimento del 13 maggio 2021.

di parziale o temporanea inidoneità. Una impostazione, anche questa, che pare oggi confermata dal legislatore.

3. Rifiuto del vaccino, prestazioni assicurative Inail e profili di rivalsa

Il dibattito sin qui analizzato, oltre ai complessi profili di gestione del rapporto di lavoro dentro e fuori l'ambito di applicazione soggettivo ed oggettivo del Titolo X del d.lgs. n. 81/2008, ha investito anche il rapporto assicurativo e, più precisamente, la permanenza o meno del diritto del lavoratore “no vax” contagiatosi in occasione di lavoro o *in itinere*, alla tutela assicurativa Inail.

La questione, destinata a restare di scarso rilievo in un contesto ordinamentale come il nostro caratterizzato dal principio dell'automaticità delle prestazioni assicurative contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e per questo opportunamente sopita sul nascere nel dibattito antecedente l'entrata in vigore dell'obbligo vaccinale per i sanitari, potrebbe in realtà riproporsi proprio per questi ultimi alla luce del mutato assetto ma, ad avviso di chi scrive e tenuto conto dell'orientamento della prassi amministrativa e giurisprudenziale in materia, ancora una volta non disgiuntamente da un provvedimento normativo *ad hoc*.

Al riguardo, come noto, l'art. 42 del d.l. n. 18 del 17 marzo 2020 (c.d. Cura Italia), convertito in legge con modificazioni dalla l. 24 aprile 2020 n. 27, ha equiparato l'infezione da Covid-19 contratta in occasione di lavoro o *in itinere* ad infortunio sul lavoro con causa virulenta⁴⁵, estendendo l'ambito di applicazione soggettivo delle tutele Inail di cui al d.P.R. n. 1124/1965 a favore del lavoratore colpito dall'infezione o dei suoi familiari in caso di decesso, al ricorrere di tutte le circostanze a tal ne previste. La previsione, nata con l'intento di rispondere ad una istanza di tutela sociale specifica per i lavoratori più direttamente colpiti dal contagio da Coronavirus⁴⁶, non ha mancato di sollecitare, a sua volta, un più ampio confronto, già da tempo in atto e per la verità mai sopito, sulla responsabilità civile e penale del datore di lavoro (e dei suoi

⁴⁵ Ai sensi dell'art. 2 del d.P.R. n. 1124/1965 gli elementi oggettivi necessaria affinché un evento possa essere configurato come infortunio sul lavoro sono la causa violenta, l'occasione di lavoro e la lesione come conseguenza dell'evento (morte o inabilità permanente al lavoro, assoluta o parziale, ovvero inabilità temporanea assoluta che importi l'astensione dal lavoro per più di tre giorni). Secondo l'orientamento consolidato nella giurisprudenza di legittimità “*in materia di assicurazione contro gli infortuni sul lavoro di cui al d.P.R. 30 giugno 1965 n. 1124, la nozione legale di causa violenta lavorativa comprende qualsiasi fattore presente nell'ambiente di lavoro in maniera esclusiva o in misura significativamente diversa che nell'ambiente esterno, il quale, agendo in maniera concentrata o lenta, provochi (nel primo caso) un infortunio sul lavoro o (nel secondo) una malattia professionale*” (Cass. Civ., sez. 6, Ordinanza 10 ottobre 2012, n. 17286; nello stesso senso, Cass. Civ. 26 maggio 2006 n. 12559).

⁴⁶ Sulle finalità sociali della previsione normativa, oltre che sui suoi riflessi sull'assetto delle regole in materia di regresso e risarcimento del danno differenziale nonché, più in generale, sulla responsabilità civile del datore di lavoro cfr. P. Sandulli, A. Pandolfo, M. Faioli, *Coronavirus, regresso e danno differenziale. Contributo al dibattito*, in WP CSDLE “Massimo D'Antona”.IT, n. 420, 2020.

più stretti ausiliari), in un contesto segnato dalla introduzione di disposizioni normative emergenziali concorrenti e di non agevole coordinamento con la stessa⁴⁷.

L'equiparazione dell'infezione da Covid-19 contratta sul lavoro ad infortunio, ha interessato esclusivamente l'ambito di intervento delle tutele indennitarie Inail⁴⁸, non di certo la responsabilità del datore, posto che non ha determinato alcuna modifica delle norme penali vigenti, né quelle codicistiche né tantomeno quelle dettate dal micro-sistema sanzionatorio del Testo Unico di SSL (d.lgs. n. 81/2008). Ciò, salvo prospettare preoccupanti riflessi indiretti come il maggiore rischio di contenzioso tra lavoratori e datori di lavoro, soprattutto allo scopo di colmare l'assenza di una tutela previdenziale certa al di fuori dell'ambito della presunzione introdotta dalla citata disposizione⁴⁹; oppure una maggiore esposizione del datore di lavoro alle azioni per danno differenziale e di regresso⁵⁰. Prospettiva, quest'ultima, che appare comunque limitata, giacché le azioni di regresso sono circoscritte solamente alle ipotesi in cui la condotta datoriale sia qualificata come reato perseguibile d'ufficio in sede penale o, in via incidentale, in sede civile⁵¹.

Ad ogni modo, la scelta del legislatore di escludere che gli eventi infortunistici da Covid-19 indennizzati dall'Inail comportino l'incremento del premio assicurativo⁵² ha allontanato l'idea di qualsivoglia meccanismo presuntivo che colleghi la tutela assicurativa con l'accertamento della responsabilità dei datori di lavoro pubblici e privati.

A rianimare il dibattito sulla tutela previdenziale per l'infortunio Covid è stata la diffusione, del quesito posto all'Inail dall'Ospedale Policlinico San Martino di Genova del 21 febbraio 2021,⁵³ circa l'inquadramento dell'eventuale contagio tra le ipotesi di infortunio sul lavoro a cui applicare la copertura

⁴⁷ Per una ricognizione in dottrina cfr. M. Giovannone, *La responsabilità datoriale in materia prevenzionistica: questioni problematiche e "apposizione di confini" nel contesto dei nuovi rischi*, in corso di pubblicazione; C. Damiano, *Il riconoscimento dell'infortunio Covid-19: presupposti, prestazioni Inail e responsabilità*, in Giovannone M. (a cura di) *La responsabilità civile e penale del datore di lavoro nel contesto dell'emergenza sanitaria*, atti del convegno, Aracne Editore, 2021, pp. 35-39; Giubboni S., *Covid-19: obblighi di sicurezza, tutele previdenziali, profili riparatori*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, n. 417, 2020, pp. 3-12.

⁴⁸ Cfr. L. La Peccerella, *Infezione da coronavirus e tutela contro gli infortuni e le malattie professionali*, in *DSL*, n. 1, 2020, pp. 1-5.

⁴⁹ Così intuisce G. Ludovico, *Il contagio da Covid-19...*, *cit.*, n. 2, 2020, pp. 353-364. Per una ricognizione ampia sul tema della responsabilità civile in questo ambito si rimanda alla integrale trattazione di A. De Matteis, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Giuffrè, Milano, 2011.

⁵⁰ Sul punto cfr. S. Bologna, M. Faioli, *Covid-19 e salute e sicurezza nei luoghi di lavoro: la prospettiva intersindacale*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, n. 2, 2020, pp. 385-386.

⁵¹ M. Marinelli, *Infortunio sul lavoro e Covid: molto strepito per nulla?*, in *il Lavoro nella giurisprudenza*, n. 7, 2020, p. 686.

⁵² Sul tema sono intervenute in tal senso le Circolari Inail n. 13 del 3 aprile 2020 e n. 22 del 20 maggio 2020 che, a sua volta, ha richiamato la pronuncia della Corte di Cassazione a SS.UU. n. 30328 del 10 luglio 2002 secondo cui "nel reato colposo omissivo improprio, quale è quello ipotizzabile nella fattispecie, il rapporto di causalità tra omissione ed evento non può ritenersi sussistente sulla base del solo coefficiente di probabilità statistica, ma deve essere verificato alla stregua di un giudizio di alta probabilità logica, sicché esso è configurabile solo se si accerti che, ipotizzandosi come avvenuta l'azione che sarebbe stata doverosa ed esclusa l'interferenza di decorsi causali alternativi, l'evento, con elevato grado di credibilità razionale, non avrebbe avuto luogo[...]".

⁵³ Con la nota del 18 febbraio 2021, trasmessa all'Istituto con PEC del 17.2.2021.

assicurativa Inail nel caso in cui il personale infermieristico, ma non solo, non abbia aderito alla profilassi vaccinale.

In risposta, con l'istruzione operativa del 1° marzo 2021, l'Istituto ha ricordato che l'assicurazione obbligatoria opera al ricorrere dei presupposti previsti direttamente dalla legge e che si tratta di un'attività vincolata, sottratta alla disponibilità delle parti.

Del resto, non solo l'art. 67 del d.P.R. n. 1124/1965 sancisce il principio di automaticità delle prestazioni, ma alla luce degli artt. 2 e 65 dello stesso provvedimento, si evince che la stessa assicurazione ha la finalità di proteggere il lavoratore da ogni infortunio sul lavoro, anche da quelli derivanti da colpa, e di garantirgli i mezzi adeguati allo stato di bisogno discendente dalle conseguenze che ne sono derivate⁵⁴. La tutela Inail è dunque esclusa soltanto in caso di infortunio doloso.

Infatti, sotto il profilo assicurativo, 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. In tal senso il consolidato orientamento giurisprudenziale ci ricorda che *“sebbene ovviamente la violazione di norme antinfortunistiche da parte del lavoratore debba essere considerata un comportamento sicuramente illecito (tanto che la legislazione più recente, al fine di responsabilizzare il lavoratore, prevede sanzioni anche a carico di questi quando non osservi i precetti volti alla tutela della salute nei luoghi di lavoro), l'illiceità del comportamento non preclude comunque in alcun modo la configurabilità dell'infortunio come evento indennizzabile; in quanto la colpa dell'assicurato costituisce una delle possibili componenti causali del verificarsi dell'evento (insieme al caso fortuito, alla forza maggiore, al comportamento del datore di lavoro ed al comportamento del terzo)”*⁵⁵

Né può ritenersi ipotizzabile, nel caso del rifiuto alla vaccinazione, l'applicazione del concetto giurisprudenziale del c.d. rischio elettivo che, per consolidato orientamento giurisprudenziale, *“è riferito al comportamento del lavoratore e risulta inteso come tutto ciò che sia estraneo e non attinente all'attività lavorativa e dovuto ad una scelta arbitraria di questi, nel senso che esso sia la conseguenza di un rischio collegato ad un comportamento volontario, volto a soddisfare esigenze meramente personali e, comunque, indipendente dall'attività lavorativa, cioè di rischio generato da un'attività che non abbia rapporto con lo svolgimento dell'attività lavorativa o che esorbiti in modo irrazionale dai limiti di essa”*⁵⁶. La stessa giurisprudenza ha altresì delineato gli elementi che, concorrendo simultaneamente, configurano il rischio elettivo, quali: la presenza di un atto volontario ed arbitrario, ossia illogico ed

⁵⁴ In questi termini., Cass. Civile, sez. Lav., 20 luglio 2017, n. 17917, nella quale il Supremo Collegio ha precisato che *“La colpa del lavoratore non solo non rileva, ma è invece alla base del complessivo sistema protettivo apprestato dall'ordinamento il quale, in armonia con gli artt. 32 e 38 della Cost., si prefigge, anzitutto, lo scopo di proteggere, realmente, il lavoratore da ogni infortunio sul lavoro (appunto anche da quelli derivanti da colpa) e di garantirgli, in secondo luogo, i mezzi adeguati allo stato di bisogno discendente dalle conseguenze che ne sono comunque derivate”*.

⁵⁵ Cass. Civile, sez. Lav., 20 luglio 2017, n. 17917; Cass. Civ., 4 dicembre 2001, n. 15312.

⁵⁶ Cass. Civ., sez. Lav., 19 marzo 2019, n. 7649; Cass. Civ., sez. 6, 30 maggio 2018, n. 13720; Cass. Civ., sez. Lav., 27 gennaio 2006 n. 1718; Cass. Civ., sez. Lav., 18 agosto 2000 n. 12325; Cass. Civ., sez. Lav., 1° settembre 1997 n. 6269; Cass. Civ., sez. Lav., 23 agosto 1997 n. 7918.

estraneo alle finalità produttive; la direzione di tale atto alla soddisfazione di impulsi meramente personali; la mancanza di nesso di derivazione con lo svolgimento dell'attività lavorativa⁵⁷.

Si perviene dunque alla conclusione che il rifiuto di vaccinarsi non possa configurarsi come assunzione di un rischio elettivo, in quanto 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.

Alla luce di tali chiarimenti, è dunque necessario tenere ben distinti il piano di operatività della tutela assicurativa Inail da quello della tutela in sede giudiziaria⁵⁸.

Infatti, il comportamento colposo del lavoratore, irrilevante ai fini della copertura assicurativa, può invece in sede giudiziaria ridurre, oppure escludere, la responsabilità del datore di lavoro, facendo venir meno il diritto dell'infortunato al risarcimento del danno nei suoi confronti, così come il diritto dell'Inail ad esercitare l'azione di regresso nei confronti sempre del datore di lavoro⁵⁹.

L'Inail, nella menzionata istruzione operativa, aveva altresì contribuito al dibattito sull'obbligo vaccinale, sostenendo che dalla – allora vigente - disciplina prevenzionistica non emergesse un obbligo specifico di aderire alla vaccinazione da parte del lavoratore. Nello specifico, nel richiamare l'art 279 del d.lgs. n. 81/2008 - nella parte in cui stabilisce che “*il datore di lavoro, su conforme parere del medico competente, adotta misure protettive particolari (...)*” tra cui “*a) la messa a disposizione di vaccini efficaci per quei lavoratori che non sono già immuni all'agente biologico presente nella lavorazione, da somministrare a cura del medico competente*” – rilevava come la stessa disposizione non prevedesse alcun obbligo e richiamava contestualmente la riserva di legge costituzionale⁶⁰.

⁵⁷ Cass. Civ., 19 marzo 2019, n. 7649; Cass. Civ., 18 giugno 2018, n. 16026; Cass. Civ., 22 febbraio 2012, n. 2642; Cass. Civ., 24 settembre 2010, n. 20221; Cass. Civ., 18 maggio 2009 n. 11417.

⁵⁸ Sul tema cfr. le recenti ricognizioni di G. Corsalini, A. De Matteis, *Il concorso tra risarcimento e indennizzo dinanzi alle giurisdizioni superiori e riflessi sull'azione di rivalsa dall'INAIL*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, n. 1, 2019, pp. 151-182; S. Giubboni, *Il risarcimento del danno differenziale da infortunio sul lavoro dopo la legge di bilancio 2019*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, n. 1, 2019, pp. 183-200.

⁵⁹ Cfr. Cass. Civ., sez. Lav., 19 marzo 2019, n. 7649: “*Il comportamento colposo del lavoratore può ridurre oppure esimere, se esclusiva, la responsabilità dell'imprenditore, escludendo il diritto dell'infortunato al risarcimento del danno nei confronti del datore di lavoro, così come il diritto dell'INAIL di esercitare l'azione di regresso nei confronti del datore; esso non comporta invece, di per sé, l'esclusione dell'operatività dell'indennizzo sociale previsto dall'assicurazione gestita dall'INAIL, che ha la finalità, in armonia con gli artt. 32 e 38 della Cost., di proteggere il lavoratore da ogni infortunio sul lavoro (appunto anche da quelli derivanti da colpa) e di garantirgli i mezzi adeguati allo stato di bisogno discendente dalle conseguenze che ne sono derivate*”. Nello stesso senso, Cass. Civile, sez. Lav. n. 17917 del 20 luglio 2017.

⁶⁰ Sul punto L. Taschini, *L'Inail riconosce il diritto all'infortunio da Covid-19 anche ai lavoratori e agli in-fermieri no vax e dà il suo contributo al dibattito sull'obbligo di vaccino*, in *Labor*, 10 marzo 2021, l'autrice rileva che “*Le conclusioni cui l'Istituto perviene tornano al piano puramente assicurativo del diritto del lavoratore no vax contagiatosi in occasione di lavoro alla tutela, ma i passaggi finali del testo confermano il trend per cui al silenzio (quanto meno iniziale) del legislatore sopperiscono gli enti, chiamati a gestire quotidianamente situazioni border line, che in materia di vaccino e conseguenze sul rapporto di lavoro, adottano un atteggiamento prudente, secondo l'orientamento già espresso nelle faq pubblicate dal Garante per la protezione dei dati personali lo scorso 17 febbraio*”; G. Natullo, *Vaccini e rapporti di lavoro tra obblighi di sicurezza e diritto all'autodeterminazione*, in *DSL* n. 1, 2021, pp. 145-146 che, del ragionamento seguito dall'Inail, condivide nella sostanza le conclusioni, meno le argomentazioni, specie nella parte in cui, sia pure incidentalmente, affronta specificamente la questione dell'obbligo vaccinale: “*il ragionamento seguito dall'Inail appare troppo*

Infine, rilevante appare quanto conclusivamente ricordato circa l'assenza di automatismi da parte dell'Istituto nell'apprestamento della tutela assicurativa al lavoratore che abbia contratto il virus e non si sia sottoposto alla profilassi vaccinale in quanto,⁶¹ ai fini della erogazione delle prestazioni, occorre comunque accertare concretamente la riconduzione dell'evento infortunistico all'occasione di lavoro.

In tal senso è bene però ricordare che, sul piano oggettivo, la giurisprudenza è giunta ad estendere l'area dell'indennizzabilità dell'infortunio subito dall'assicurato anche al c.d. rischio improprio, ossia quello non strettamente insito nell'atto materiale della prestazione ma collegato con la prestazione stessa. Conseguentemente l'occasione di lavoro, di cui all'art. 2 d.P.R. n. 1124/1965, è configurabile anche nel caso di incidente occorso durante un'operazione strumentale alle mansioni assegnate all'operatore⁶².

4. L'obbligo vaccinale nel d.l. n. 44/2021: procedura per l'operatività e misure in caso di inottemperanza

Ritornando così alle più recenti previsioni normative, in modo condivisibile il legislatore ha dunque imposto, fino alla completa attuazione del *Piano strategico nazionale dei vaccini per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2*, e comunque non oltre il 31 dicembre 2021, l'obbligo vaccinale agli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario che svolgono la loro attività nelle strutture sanitarie, socio sanitarie, pubbliche e private, farmacie, parafarmacie e studi professionali⁶³. Per tali

assertivo, e non considera la complessità ed articolazione del dibattito". Sul tema si veda anche più di recente, G. Natullo, *Salute e ambienti di lavoro nell'emergenza Covid-19*, in *Federalismi*, n. 8/201, pp. 1491-59; M. Marinelli, *Il vaccino anti Covid-19 e l'obbligazione di sicurezza del datore di lavoro*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2021, n. 4, p. 335; A. De Matteis, *Infermieri che rifiutano il vaccino anti-Covid: dove l'Inail sbaglia*, in *Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi*, 7 marzo 2021; C. Pisani, *Tutela Inail e rifiuto del vaccino anti Covid-19 del personale infermieristico poi contagiato*, in *Guida al lavoro*, 2021, n. 12, p. 27 ss; R. Rivero, *Questioni applicative in tema di rifiuto di vaccinarsi: dalla circolare INAIL dell'1.3.2021 all'ordinanza del giudice di Belluno del 19.3.2021*, in *Questione giustizia*, 29 marzo 2021; P. Pascucci e C. Lazzari, *Prime considerazioni...*, cit., pp. 152-165.

⁶¹ Come già precisato dall'Istituto nella circolare n. 13 del 3 aprile 2020.

⁶² Precisamente *"l'indennizzabilità dell'infortunio subito dall'assicurato sussiste anche nell'ipotesi di rischio improprio, non intrinsecamente connesso, cioè, allo svolgimento delle mansioni tipiche del lavoro svolto dal dipendente, ma insito in un'attività prodromica e strumentale allo svolgimento delle suddette mansioni e, comunque, ricollegabile al soddisfacimento di esigenze lavorative, a nulla rilevando l'eventuale carattere meramente occasionale di detto rischio, atteso che è estraneo alla nozione legislativa di occasione di lavoro il carattere di normalità o tipicità del rischio protetto"*, così Cass. Civ., sez. Lav., 14 ottobre 2015, n. 20718, nello stesso senso *ex multis*, Cass. Civ., sez. Lav., 5 marzo 2018, n. 5066; Cass. Civ., sez. Lav., 10 febbraio 2011, n. 3227 e Cass. Civi., 4 agosto 2005, n. 16417.

⁶³ Per una generale ricostruzione del campo di applicazione della disciplina si v. F. Scarpelli, *Arriva l'obbligo del vaccino (solo) per gli operatori sanitari: la disciplina e i suoi problemi interpretativi*, in *Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi*, 3 aprile 2021, p. 6 e M. Verzaro, *ECCE LEX! L'obbligo di vaccinazione per gli operatori sanitari*, in *Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi*, 5 aprile 2021, p. 4-6; A. De Matteis, *Il decreto - legge sull'obbligo di vaccino del personale sanitario*, in *Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi*, 5 aprile 2021, p. 4, il quale evidenzia altresì che, nel definire la platea degli obbligati, il legislatore non fa ricorso alle tradizionali categorie di lavoratori subordinati ed autonomi, di sempre più difficile definizione, ma applica la prospettiva della famosa sentenza sui riders (Cass. 24 gennaio 2020 n. 1663) quale "norma di disciplina" che definisce i presupposti di fatto per la sua applicazione, indipendentemente dalla qualificazione dei rapporti giuridici in cui tale situazione si colloca. Secondo l'autore rientrano quindi i lavoratori subordinati, lavoratori autonomi, etero organizzati, liberi professionisti; P. Pascucci e C. Lazzari, *Prime considerazioni*, op. cit., pp. 152-165; R. Rivero, *Note in tema di individuazione dei soggetti obbligati ai vaccini a seguito del decreto-legge n. 44/2021*, in *Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi*, 12 aprile 2021, p. 5- 14, per il quale i dubbi interpretativi non

categorie la vaccinazione è stata elevata a requisito essenziale all'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative. L'unico caso in cui detto obbligo viene meno o può essere omesso o differito, è quello determinato dalla presenza di un accertato pericolo per la salute, in relazione a specifiche condizioni cliniche documentate, attestato dal medico di medicina generale.

È stata altresì disciplinata una dettagliata procedura per la sua concreta operatività, oltre che per l'adozione di specifiche misure in caso di inottemperanza.

Nel particolare, è stato disposto che entro cinque giorni dalla data di entrata in vigore del provvedimento⁶⁴, ciascun Ordine professionale territoriale competente e i datori di lavoro degli operatori di interesse sanitario obbligati alla vaccinazione trasmettano, rispettivamente, l'elenco degli iscritti e l'elenco dei propri dipendenti con tale qualifica alla Regione o alla Provincia autonoma nel cui territorio operano⁶⁵. Entro i successivi dieci giorni dalla data di ricezione di entrambi i menzionati elenchi, le Regioni e le Province autonome devono verificare lo stato vaccinale di ciascuno dei soggetti rientranti negli elenchi e, nel caso in cui, dai sistemi informativi vaccinali, non risultasse l'effettuazione della vaccinazione anti SARS-CoV-2 o la presentazione della richiesta di vaccinazione, esse sono tenute a segnalare immediatamente all'azienda sanitaria locale di residenza i nominativi dei soggetti che non risultano vaccinati. A seguito di tale segnalazione, l'ASL di residenza è tenuta ad invitare l'interessato a produrre, entro cinque giorni dalla ricezione dell'invito, la documentazione comprovante l'effettuazione della vaccinazione, l'omissione o il differimento della stessa per i casi consentiti, ovvero la presentazione della richiesta di vaccinazione ovvero l'insussistenza dei presupposti per l'obbligo vaccinale. In caso di mancata presentazione di detta documentazione, alla scadenza del termine dei 5 giorni, senza ritardo l'ASL deve invitare formalmente l'interessato a sottoporsi alla somministrazione del vaccino, indicando le modalità e i termini entro i quali adempiere all'obbligo. Mentre, in caso di presentazione di documentazione attestante la richiesta di vaccinazione, l'ASL deve invitare l'interessato a trasmettere immediatamente, e comunque non oltre tre giorni dalla inoculazione, la certificazione attestante l'adempimento all'obbligo.

investono tanto la categoria degli esercenti le professioni sanitarie, i quali sarebbero da individuare, a detta di tutti, in base alle norme primarie che le regolamentano, ma a proposito dell'altra categoria degli operatori di interesse sanitario.

⁶⁴ Cioè il 1° aprile 2021.

⁶⁵ Cfr. A. De Matteis, *Il decreto - legge sull'obbligo...*, cit., p. 5, a parere del quale, siccome siamo in tema di sicurezza degli ambienti lavorativi, le espressioni usate nel decreto - datori di lavoro, dipendenti - vanno assunte non nel loro significato giuslavoristico, bensì in quello attribuito dal TU Sicurezza n. 81/2008, pertanto il responsabile della struttura sanitaria o dello studio professionale dovrà trasmettere alla Regione l'elenco di tutti i propri collaboratori, a qualsiasi titolo, anche gratuito, e quindi anche dei dipendenti di ditte esterne e dei lavoratori autonomi che con esso collaborano. P. Pascucci e C. Lazzari, *Prime considerazioni*, op. cit., pp. 152-165, secondo i quali quando l'art. 4 evoca il "datore di lavoro" (commi 3, 6, 8 e 10), si riferisce al soggetto di cui all'art. 2, comma 1, lett. b, del d.lgs. n. 81/2008, e lo stesso quando l'art. 4, comma 8, del d.l. n. 44/2021 si riferisce al "lavoratore", sembra "recuperare" la nozione posta dall'art. 2, comma 1, lett. a, del d.lgs. n. 81/2008.

Decorso il termine dei tre giorni, l'ASL accerta l'inadempimento e, previa acquisizione delle ulteriori eventuali informazioni presso le autorità competenti, è tenuta a darne immediata comunicazione scritta all'interessato, al datore di lavoro e all'Ordine professionale di appartenenza.

L'adozione dell'atto di accertamento da parte dell'azienda sanitaria locale determina la sospensione dal diritto di svolgere prestazioni o mansioni che implicino contatti interpersonali o comportino, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio fino all'assolvimento dell'obbligo vaccinale o, in mancanza, fino al completamento del Piano vaccinale nazionale e comunque non oltre il 31 dicembre 2021.

A seguito di tale sospensione, al datore di lavoro è stato riconosciuto il potere di adibire il lavoratore renitente alla vaccinazione, ove possibile, a mansioni anche inferiori, che non implicino contatti interpersonali o che comportino in qualsiasi altra forma il rischio di diffusione del contagio da SARS-CoV-2, con il trattamento corrispondente alle mansioni esercitate⁶⁶. Il legislatore ha altresì previsto che, ove l'assegnazione a mansioni diverse per il periodo di sospensione non fosse possibile, al lavoratore interessato non debba essere corrisposta la retribuzione, nonché altro compenso o emolumento comunque denominato⁶⁷.

Inoltre, in linea di continuità con le scelte legislative del periodo emergenziale, specifiche disposizioni sono state altresì previste a tutela dei lavoratori fragili⁶⁸.

Infatti, per il periodo in cui la vaccinazione obbligatoria degli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario è omessa o differita, e comunque non oltre il 31 dicembre 2021, il datore di lavoro⁶⁹ deve adibire i soggetti⁷⁰ in possesso di certificazione rilasciata dai competenti organi medico-

⁶⁶ Sul punto cfr. ancora A. De Matteis, *Il decreto - legge sull'obbligo, op. cit.*, p. 6, a parere del quale la disciplina del trattamento retributivo corrispondente alle mansioni inferiori esercitate è diversa e peggiorativa rispetto a quella dell'art. 2103 c.c. e dell'art. 42 del testo unico sicurezza. Secondo l'autore ciò si desume dalla consapevole diversità lessicale: mentre il co. 5 dell'art. 2103 c.c. garantisce il trattamento retributivo *in godimento* per il caso di assegnazioni a mansioni inferiori a seguito della modifica degli assetti organizzativi aziendali, o negli altri casi previsti dai contratti collettivi, e l'art. 42 il trattamento corrispondente alle mansioni *di provenienza* (al secondo comma "retribuzione corrispondente alle mansioni precedentemente svolte"), il decreto in esame parla di mansioni esercitate, cioè dopo il ricollocamento.

⁶⁷ Sul tema cfr. F. Scarpelli, *Arriva l'obbligo del vaccino...*, *cit.*, p. 6, secondo il quale la norma è abbastanza chiara nel delineare la sospensione dal servizio, senza retribuzione (per i soggetti privi di giustificazione clinica della mancata vaccinazione), quale conseguenza ultima: nel senso che da un lato il datore deve prima di tutto esplorare la possibilità di adibizione a mansioni diverse, anche inferiori, dall'altro è implicitamente esclusa qualsiasi possibilità di recesso, per motivi soggettivi od oggettivi; nello stesso senso, M. Verzaro, *ECCE LEX! L'obbligo di vaccinazione...*, *cit.*, p. 11, a parere del quale la sospensione prevista deve essere letta come una misura di extrema ratio, cui non può conseguire altra ben più grave quale quella del licenziamento per g.m.o..

⁶⁸ Sulle misure per i lavoratori fragili, si veda altresì la ricognizione di M. Giovannone, *Il collocamento dei disabili nel mercato del lavoro post-emergenziale: criticità e prospettive*, in *Federalismi*, n. 10, 2020, p. 100.

⁶⁹ Salvo quanto sancito nell'art. 26, commi 2 e 2-bis, del d.l. 17 marzo 2020 n. 18 (convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020 n. 27), come modificati dall'art. 1, co. 481, della l. 30 dicembre 2020 n. 170 e dall'art. 15, co. 3, del d.l. 22 marzo 2021 n. 41.

⁷⁰ Di cui all'art. 26, co. 2, dell'art. 26 del d.l. n. 18/2020.

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 gravità⁷¹, a mansioni anche diverse, in modo da evitare il rischio di diffusione del contagio da SARS-CoV-2 e senza però disporre la decurtazione della retribuzione. Per il medesimo periodo, e al fine di contenere il rischio di contagio, gli stessi soggetti fragili, nell'esercizio dell'attività libero-professionale, devono adottare le misure di prevenzione igienico-sanitarie indicate in uno specifico protocollo di sicurezza, la cui adozione⁷² dovrà avvenire entro venti giorni dal 1° aprile 2021.

Nello stesso provvedimento⁷³, il legislatore ha ritenuto opportuno prevedere uno scudo penale per chi è impegnato nell'inoculazione del vaccino anti Covid-19, escludendone la punibilità per i fatti di cui agli artt. 589 e 590 c.p., verificatisi a causa della somministrazione del vaccino effettuata nel corso della campagna vaccinale straordinaria, quando l'uso del vaccino è conforme alle indicazioni contenute nel provvedimento di autorizzazione all'immissione in commercio emesso dalle competenti autorità e alle circolari pubblicate sul sito istituzionale del Ministero della Salute relative alle attività di vaccinazione.

5. L'adesione volontaria dei lavoratori alla somministrazione in azienda

A riconfermare e rafforzare la base volontaria dell'adesione alla somministrazione del vaccino anti COVID-19 per la generalità dei lavoratori, in ossequio ai vigenti principi costituzionali ed al di là dell'obbligo statuito dal legislatore con riferimento ai soli operatori sanitari, è il Protocollo nazionale per la realizzazione dei piani aziendali finalizzati all'attivazione di punti straordinari di vaccinazione anti SARS-CoV-2/Covid-19 nei luoghi di lavoro, siglato il 6 aprile 2021.

L'iniziativa è finalizzata alla realizzazione dell'impegno delle aziende e dei datori di lavoro alla vaccinazione diretta dei lavoratori che prestano la loro attività in favore dell'azienda e costituisce un'attività di sanità pubblica che si colloca nell'ambito del Piano strategico nazionale per la vaccinazione anti-SARS-CoV-2/Covid-19, predisposto dal Commissario Straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica. Si tratta di un canale alternativo rispetto a quelli territoriali, che continueranno in ogni caso a garantire l'offerta vaccinale, nel rispetto del Piano nazionale di vaccinazione, anche al lavoratore che non aderisce alla vaccinazione in azienda. Attraverso tale iniziativa potranno essere vaccinati tutti i lavoratori che, a prescindere dalla tipologia contrattuale, prestano la loro attività in favore dell'azienda e che ne abbiano

⁷¹ Ai sensi dell'art. 3, co. 3, della l. 5 febbraio 1992 n. 104.

⁷² Con decreto del Ministro della Salute, di concerto con i Ministri della Giustizia e del Lavoro e delle Politiche Sociali.

⁷³ All'art. 3 rubricato *Responsabilità penale da somministrazione del vaccino anti SARS-CoV-2*.

fatto volontariamente richiesta. Inoltre, la vaccinazione potrà riguardare anche i datori di lavoro o i titolari. L'adesione facoltativa alla somministrazione del vaccino dovrà essere raccolta con procedure gestite nel pieno rispetto 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.

In base al Protocollo⁷⁴, possono manifestare la disponibilità ad attuare piani aziendali per la predisposizione di punti straordinari di vaccinazione anti SARS-CoV-2 (Covid-19) tutti i datori di lavoro, sia singolarmente sia in forma aggregata, e indipendentemente dal numero degli occupati. Ciò potrà avvenire anche con il supporto o il coordinamento delle Associazioni di categoria di riferimento. A tal fine, i datori di lavoro interessati devono attenersi alle *Indicazioni ad interim per la vaccinazione anti-SARS-CoV-2/Covid-19 nei luoghi di lavoro*⁷⁵.

In merito ai costi per la realizzazione e la gestione dei piani aziendali, ivi inclusi i costi per la somministrazione, è stato disposto che siano interamente a carico del datore di lavoro. Restano invece a carico dei Servizi Sanitari Regionali territorialmente competenti la fornitura dei vaccini e dei dispositivi per la somministrazione (siringhe/ago), la messa a disposizione degli strumenti formativi previsti e gli strumenti per la registrazione delle vaccinazioni eseguite.

In alternativa alla modalità della vaccinazione diretta, nel Protocollo è stato stabilito che i datori di lavoro possano collaborare all'iniziativa di vaccinazione anche con una procedura c.d. indiretta, precisamente attraverso il ricorso a strutture sanitarie private. A tal fine possono concludere una specifica convenzione con strutture in possesso dei requisiti per la vaccinazione, con oneri a proprio carico, tranne che per la fornitura dei vaccini che viene anche in tal caso assicurata dai Servizi Sanitari Regionali territorialmente competenti. Inoltre, i datori di lavoro che non sono tenuti alla nomina del medico competente⁷⁶, o non possano fare ricorso a strutture sanitarie private, possono avvalersi delle strutture sanitarie dell'INAIL. In questo caso, trattandosi di iniziativa vaccinale pubblica, gli oneri restano a carico dello stesso Istituto. Nei casi di procedure indirette il datore di lavoro, anche tramite il medico competente ove presente, deve comunicare alla struttura sanitaria privata o alla struttura territoriale dell'Inail il numero complessivo di

⁷⁴ Al punto 2.

⁷⁵ Documento tecnico, trasmesso con la circolare del 12 aprile 2021, e adottato l'8 aprile 2021 dal Ministero della Salute e dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, d'intesa con la Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome, con il Commissario Straordinario per il contrasto dell'emergenza epidemiologica e con il contributo tecnico-scientifico dell'Inail. In riferimento al documento "Indicazioni ad interim per la vaccinazione anti-SARS-CoV-2/COVID-19 nei luoghi di lavoro" l'INAIL, il Ministero del Lavoro, il Ministero della Salute, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e il Commissario straordinario per l'emergenza, hanno fornito indicazioni operative, e risposte a quesiti pervenuti, con il documento tecnico operativo, del 12 Maggio 2021, per l'avvio delle vaccinazioni in attuazione delle indicazioni ad interim per la vaccinazione anti-SARS-COV-2/COVID-19 nei luoghi di lavoro.

⁷⁶ Ai sensi dell'art.18, co. 1, lettera a) del d.lgs. n. 81/2008.

lavoratrici e lavoratori che hanno manifestato l'intenzione di ricevere il vaccino. Sarà onere della stessa struttura curare tutti i necessari adempimenti che consentano la somministrazione, ivi compresa la registrazione delle vaccinazioni eseguite mediante gli strumenti messi a disposizione dai Servizi Sanitari Regionali.

Se la vaccinazione viene eseguita in orario di lavoro, il tempo necessario alla medesima è equiparato a tutti gli effetti all'orario di lavoro.

In attesa di un definitivo assetto regolatorio, il Garante per la privacy ha fornito⁷⁷ indicazioni generali in merito al trattamento dei dati personali relativi alle vaccinazioni volontarie nei luoghi di lavoro.

6. Prime considerazioni conclusive all'ombra del rinnovato dibattito sul rapporto tra scienza e diritto

Rebus sic stantibus, il legislatore “pandemico” pare così aver adottato una soluzione “mediana” che, nel ricondurre la questione nell'ambito dei settori lavorativi esposti al rischio biologico specifico e con esclusivo riferimento alle categorie di lavoratori ad esso soggette, propende per una gestione del rifiuto a cavallo tra l'approccio prevenzionistico-cautelare e quello disciplinare, senza lasciare spazi formalmente aperti a misure espulsive⁷⁸.

Si tratta di una risposta che, condivisibilmente, appare comunque conforme alla interpretazione costituzionalmente orientata della questione e – anche se solo parzialmente – risolutiva di quei dubbi interpretativi che hanno innestato numerose problematiche applicative e lasciato ampia discrezionalità ai giudici in sede di urgenza⁷⁹. Apprezzabile è altresì la declinazione della procedura volta a dare efficace

⁷⁷ Con il documento di indirizzo ‘Vaccinazione nei luoghi di lavoro: indicazioni generali per il trattamento dei dati personali’, adottato - ai sensi dell'art. 57, par. 1, lett. b) e d), del Regolamento (UE) 2016/679 - con un provvedimento del 13 maggio 2021.

⁷⁸ P. Pascucci e C. Lazzari, *Prime considerazioni*, *op. cit.*, pp. 152-165, a parere dei quali v'è da dubitare che la sospensione ex art. 4 del d.l. n. 44/2021 si configuri come sanzione disciplinare, vista la sua estraneità a ogni procedimento in tal senso, sembrando piuttosto il legislatore muoversi su di un piano diverso, ossia quello della tipizzazione di un effetto legale connesso alla valutazione di un requisito essenziale per lo svolgimento dell'attività (ex art. 4, comma 1, secondo periodo, del d.l. n. 44/2021), il cui difetto determina l'inidoneità a esercitare la professione o a effettuare la prestazione. In generale per alcune riflessioni sul rapporto fra il d.l. n. 44/2021 e il d.lgs. n. 81/2008, P. Pascucci e C. Lazzari, *Prime considerazioni*, *op. cit.*, pp. 152-165, per i quali quantunque l'art. 4 del d.l. n. 44/2021 non menzioni mai il d.lgs. n. 81/2008 e, anzi, contenga previsioni sostanzialmente in deroga alle sue disposizioni (come nel caso delle conseguenze licenziamento), connesse all'adibizione a mansioni diverse e della preclusione del non pare che quest'ultimo decreto risulti comunque totalmente fuori gioco; R. Rivero, *Note in tema di individuazione...*, *cit.*, p. 17, a parere del quale la normativa speciale stabilisce una sospensione ex lege dei lavoratori che interpellati dall'autorità sanitaria pubblica, attraverso un procedimento ad hoc ed entro i termini ivi indicati, omettono di vaccinarsi. Ma non cancella il TU n. 81/2008 e non può esautorare il ruolo del datore come soggetto garante della tutela della salute nei luoghi di lavoro e gli obblighi stabiliti a suo carico dall'ordinamento.

⁷⁹ Una recente ordinanza cautelare del Tribunale del Lavoro di Messina del 12 dicembre 2020 (pronunciata nella causa R.G. n. 4505/2020 promossa da alcuni sanitari ausiliari), ha disapplicato il decreto assessoriale regionale siciliano e le note aziendali ospedaliere di sua conseguente applicazione, che, proprio per evitare la concomitanza della “ordinaria” influenza con il contagio pandemico, avevano imposto al personale sanitario l'obbligo della vaccinazione antinfluenzale

attuazione all'obbligo ed assicurare un regime unitario a livello nazionale, sgombrando il campo da interventi regionali con soluzioni differenziate⁸⁰; ciò pur nella consapevolezza che lo stesso potrebbe ingenerare ulteriori profili problematici.

Del resto, questa via è parsa fin dal principio auspicabile e fattivamente praticabile anche alla luce di precedenti interventi normativi. Il riferimento è al caso dell'obbligo vaccinale anti tetano⁸¹ o contro la tubercolosi (BCG)⁸² introdotti dal legislatore per alcune categorie di lavoratori impegnati nello svolgimento di una determinata attività di lavoro in quanto esposti ad uno specifico rischio biologico⁸³.

e anti pneumococcica, e dichiarato, in assenza di giustificazioni di tipo medico, temporaneamente inidonei allo svolgimento della mansione i lavoratori non vaccinati. Il giudice del lavoro di Messina ha, infatti, statuito che *«la normativa volta a contrastare la diffusione del COVID-19 non ha introdotto un obbligo vaccinale per il personale sanitario, il cui mancato assolvimento determina inidoneità al lavoro»* e che, inoltre, l'introduzione dell'obbligo vaccinale non rientra nella competenza regionale. Per contro, l'ordinanza n. 12 del 19 marzo 2021, ex art. 700 c.p.c., del Tribunale di Belluno ha rigettato il ricorso presentato da due infermieri e otto operatori sociosanitari che avevano rifiutato di sottoporsi alla vaccinazione anti COVID-19. Nello specifico il Giudice ha evidenziato: *«ritenuto che la permanenza dei ricorrenti nel luogo di lavoro comporterebbe per il datore di lavoro la violazione dell'obbligo di cui all'art. 2087 c.c. il quale impone al datore di lavoro di adottare tutte le misure necessarie a tutelare l'integrità fisica dei suoi dipendenti; che è ormai notorio che il vaccino per cui è causa - notoriamente offerto, allo stato, soltanto al personale sanitario e non anche al personale di altre imprese, stante la attuale notoria scarsità per tutta la popolazione - costituisce una misura idonea a tutelare l'integrità fisica degli individui a cui è somministrato, prevenendo l'evoluzione della malattia; ritenuto, quanto al periculum in mora, che l'art. 2109 c.c. dispone che il prestatore di lavoro «Ha anche diritto ad un periodo annuale di ferie retribuito, possibilmente continuativo, nel tempo che l'imprenditore stabilisce, tenuto conto delle esigenze dell'impresa e degli interessi del prestatore di lavoro»; che nel caso di specie prevale sull'eventuale interesse del prestatore di lavoro ad usufruire di un diverso periodo di ferie, l'esigenza del datore di lavoro di osservare il disposto di cui all'art. 2087 c.c.[...].»*. In relazione alla pronuncia del Tribunale di Belluno si v. M. Basilico, *Per operatori sanitari e socioassistenziali è il momento dell'obbligo vaccinale? Intervista di M. Basilico a F. Amendola, R. De Luca Tamajo e V. A. Poso*, in *Giustizia insieme*, 30 marzo 2021; in dottrina A. De Matteis, *Il decreto - legge sull'obbligo*, op. cit., p. 12, per il quale l'ordinanza non collega le *rationes decidendi* alla specificità delle mansioni degli operatori sanitari, ma al fatto che i ricorrenti siano impiegati in mansioni a contatto con persone che accedono al loro luogo di lavoro, così istituendo un collegamento inesperto con quella nozione ampia di rischio di contagio disegnata nella circolare Inail 13/2020, ed anche alla nozione di rischio di contagio assunta nel d.l. (attraverso i contatti interpersonali o in qualsiasi altro modo); R. Rivero, *Questioni applicative...*; cit., C. Pisani, *Rifiuto del vaccino e ferie forzate per gli operatori sanitari in attesa del decreto legge*, in *Guida al lavoro*, 2021, n. 16, p. 30 ss.

⁸⁰ La Corte Costituzionale nella sentenza n. 37 del 12 marzo 2021 - a seguito del giudizio di legittimità costituzionale degli artt. 2, commi 4, 6, 7, 9, da 11 a 16, 18 e da 20 a 25, 3, comma 1, lettera a), e 4 della legge della Regione Valle d'Aosta 9 dicembre 2020, n. 11 (Misure di contenimento della diffusione del virus SARS-COV-2 nelle attività sociali ed economiche della Regione autonoma Valle d'Aosta in relazione allo stato d'emergenza), nonché dell'intero testo della medesima legge regionale, promosso dal Presidente del Consiglio dei Ministri - ha rilevato che *«la materia oggetto dell'intervento legislativo regionale ricade nella competenza legislativa esclusiva dello Stato a titolo di «profilassi internazionale» (art. 117, secondo comma, lettera q, Cost.), che è comprensiva di ogni misura atta a contrastare una pandemia sanitaria in corso, ovvero a prevenirla. La malattia da COVID-19, infatti, è notoriamente presente in tutto il mondo, al punto che dal 30 gennaio 2020 l'Organizzazione mondiale della sanità ha dichiarato l'emergenza di sanità pubblica di rilievo internazionale, approfondendo in seguito raccomandazioni dirette alle autorità politiche e sanitarie degli Stati»*.

⁸¹ Introdotto con la l. 5 marzo 1963, n. 292.

⁸² Previsto dal d.P.R. n. 465 del 7 novembre 2001, emanato ai sensi dell'art. 93 (Ridefinizione di alcune misure di medicina preventiva) della l. 23 dicembre 2000, n. 388.

⁸³ Fino al 2000 era obbligatoria anche la vaccinazione antitifica per gli addetti ai servizi di approvvigionamento idrico, ai servizi di raccolta e distribuzione del latte, ai servizi di lavanderia, pulizia e disinfezione degli ospedali, per le reclute, e per altri lavoratori. L'obbligo è cessato a seguito dell'abrogazione del decreto del Capo del Governo 2 dicembre 1926 e dell'art. 38 del d.P.R. 26 marzo 1980 n. 327, ad opera rispettivamente dell'art. 93 della legge 27 dicembre 2000, n. 388 (legge finanziaria 2001) e dell'art. 32 della legge 27 dicembre 1997 n. 449 (Misure per la stabilizzazione della finanza pubblica).

Peraltro, non mancavano sollecitazioni in tal senso anche dalle sedi scientifiche posto che, come già osservato dai commentatori all'esordio della pandemia, l'emergenza sanitaria ha rinnovato la questione del rapporto tra scienza e diritto⁸⁴, al punto da sollecitare anche l'intervento del Comitato Nazionale per la Bioetica; lo stesso ha infatti ritenuto⁸⁵ che dovessero essere compiuti tutti gli sforzi per raggiungere e mantenere una copertura vaccinale ottimale, non escludendo l'obbligatorietà in casi di emergenza, soprattutto per gruppi professionali maggiormente esposti all'infezione e alla trasmissione della stessa. Al contempo, il Comitato ha auspicato che tale obbligo possa essere revocato qualora non sussista più un pericolo importante per la società e, a tal punto, sia privilegiata e incoraggiata l'adesione spontanea da parte della popolazione. Posizione attuata dal legislatore che ha ricondotto l'obbligo entro un orizzonte temporale ben determinato⁸⁶ - data anche la natura d'urgenza del provvedimento adottato - salvo poi applicare ulteriori estensioni in sede di conversione in legge.

Prescindendo dalla specifica scelta normativa, il *leitmotiv* di tutta l'emergenza pandemica ci ha ricordato come il bilanciamento tra i valori costituzionali in gioco nella materia prevenzionistica non sia cosa semplice e che il margine di errore operativo resti molto alto, ancor più quello di incongruenze giuridiche che tanto più si annidano nell'affastellamento di "norme o strumenti para-normativi dell'emergenza" che poco o male si coordinano con l'impianto dell'ordinamento generale⁸⁷.

Ancora una volta, rileva altresì il tema generale della 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 giuridica.

⁸⁴ Il richiamo al predetto dibattito, nel contesto emergenziale, è stato sin da subito evidenziato in termini ampi da L. Cuocolo, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: una prospettiva comparata*, in *Federalismi*, Osservatorio emergenza Covid-19 aggiornato al 5 maggio 2020, pp. 8-9.

⁸⁵ Cfr. il parere *I vaccini e Covid-19: aspetti etici per la ricerca, il costo e la distribuzione* del 27 novembre 2020.

⁸⁶ Art. 4, co. 1, del d.l. n. 44 del 1° aprile 2020.

⁸⁷ Sul rapporto tra TU sicurezza e l'impianto normativo speciale delle previsioni dell'emergenza cfr. S. Giubboni, *Covid-19...*, *cit.*, pp. 3-12.