



24 FEBBRAIO 2021

federalismi.it

Fascicolo n. 6/2021



ISSN 1826-3534

Numero 6, 2021

Tutti i contributi, ad eccezione dell'editoriale di apertura, sono stati sottoposti a *double blind peer review*.

Direttore responsabile: Prof. Beniamino Caravita di Toritto

Comitato di direzione: Prof. Luisa Casseti; Prof. Marcello Cecchetti; Prof. Carlo Curti Gialdino; Dott. Renzo Dickmann; Dott. Antonio Ferrara; Prof. Tommaso Edoardo Frosini; Prof. Diana Urania Galetta; Prof. Roberto Miccù; Prof. Andrea Morrone; Prof. Giulio M. Salerno; Prof. Annamaria Poggi; Prof. Maria Alessandra Sandulli; Prof. Sandro Staiano.

Redazione: Prof. Federica Fabrizzi (Redattore Capo); Prof. Cristina Bertolino; Prof. Tanja Cerruti; dott.ssa Caterina Domenicali, dott.ssa Federica Grandi; dott. Giovanni Piccirilli; dott. Massimo Rubechi; dott. Federico Savastano; Prof. Alessandro Sterpa.

Segreteria di redazione: dott. Federico Savastano (coordinatore); dott. Simone Barbareschi; dott. Paolo Bonini; dott. Lucio Adalberto Caruso; dott. Adriano Dirri; dott. Ekaterina Krapivnitskaya; dott. Eleonora Iannario; dott. Nicola Pettinari; dott. Giulia Renzi; dott. Francesco Severa; dott. Sergio Spatola.

E-mail: redazione@federalismi.it



Sommario

EDITORIALE

- Un tornado silenzioso, di *Beniamino Caravita* iv

SAGGI E ARTICOLI

- Organizzazione e regolazione dei servizi locali di interesse economico: il caso del ciclo dei rifiuti urbani, di *Auretta Benedetti* 1
- Il superamento della dimensione negoziale della conferenza di servizi decisoria: dalla riforma Madia alla recente legislazione emergenziale, di *Fortunato Gambardella* 18
- Cittadinanza europea e circolazione delle persone nell'Area Europea di Libero Scambio, di *Umberto Lattanzi* 42
- La disciplina della *prorogatio* delle assemblee legislative regionali tra limiti immanenti e margini di autonomia regionale, di *Cristina Moser* 64
- Giudizio amministrativo e giudizio costituzionale in via incidentale tra fase *ascendente* e *discendente*, di *Nicola Pignatelli*..... 97
- Pensieri scomposti sugli incarichi dirigenziali, di *Pier Luigi Portaluri* 147
- La disciplina degli affidamenti *in house* nel d.lgs. n. 50/2016, tra potestà legislativa statale e limiti imposti dall'ordinamento dell'Unione europea, di *Giuseppe Ruberto* 165
- Il giudice e la “doppia pregiudizialità”: istruzioni per l'uso, di *Antonio Ruggieri*..... 211
- Il diritto di accesso del consigliere comunale e il vincolo al segreto d'ufficio, di *Gerardo Sola*... 231
- Il patrimonio forestale nel recente Testo unico: le vicende della valorizzazione tra strategie di pianificazione ed assetti dominicali, di *Gabriele Torelli* 244
- *Abundans cautela non nocet*. A (s) proposito del c.d. licenziamento per mancata vaccinazione anti-coronavirus, di *Matteo Verzaro* 267
- Il confine. La sentenza n. 221 del 2019 ed i suoi echi di sistema, di *Nikolaj Vinai* 282

Abundans cautela non nocet. A (s)proposito del c.d. licenziamento per mancata vaccinazione anti-coronavirus*

di Matteo Verzaro

Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro
Università degli Studi Roma Tre

Abstract [It]: Il saggio si inserisce nel dibattito sull'obbligo di vaccinazione anti-coronavirus e i suoi effetti sul rapporto di lavoro. L'A. ricostruisce le posizioni emerse in dottrina e riporta le dichiarazioni delle istituzioni sanitarie sull'efficacia del vaccino contro il contagio. A partire da tali affermazioni cliniche, l'A. esprime una lettura critica sulle interpretazioni avanzate e constata la necessità di un intervento del legislatore, in virtù del dettato costituzionale dell'art. 32, comma 2, Cost., soprattutto per disciplinare gli effetti della mancata vaccinazione sui rapporti obbligatori.

Abstract [En]: The essay is part of the debate on the obligation of anti-coronavirus vaccination and its effects on the employment relationship. The author reconstructs the positions that have emerged in the doctrine and reports the statements of health institutions on the effectiveness of the vaccine against contagion. Starting from these clinical statements, the A. expresses a critical reading of the interpretations advanced and notes the need for an intervention of the legislature, by virtue of the constitutional dictate of art. 32, paragraph 2, Constitutional, especially to regulate the effects of the lack of vaccination on compulsory relationships.

Parole chiave: riserva di legge; vaccinazione; licenziamento; sospensione del rapporto; effetti sul contagio

Keywords: legal reserve; vaccination; dismissal; suspension of employment; effects on contagion

Sommario: 1. L'obbligo che non c'è. 1.1. Breve cronaca (a-tecnica) degli effetti del vaccino. 2. L'atto del vaccinarsi e gli effetti sul rapporto di lavoro: le interpretazioni emergenti. 3. (segue) Critica alla teoria del licenziamento. 4. (segue) Critica alla teoria della sospensione della prestazione. 5. Una precisazione e qualche conclusione realista, ma (ahimè!) senza "bacchetta magica".

1. L'obbligo che non c'è

Il piano nazionale di vaccinazione per il Covid-19 ha avuto inizio il 27 dicembre 2020 e sta procedendo, a ritmo sostenuto¹, secondo le linee guida del Piano strategico per la vaccinazione anti-SARS-CoV-2/COVID-19², elaborato da Ministero della Salute, Commissario Straordinario per l'Emergenza, Istituto Superiore di Sanità, Agenas e Aifa, e presentato il 2 dicembre 2020.

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Al 20 febbraio 2021, ore 08:00, il Report Vaccini Anti COVID-19, disponibile al seguente link: <https://www.governo.it/it/cscovid19/report-vaccini/> (consultato, da ultimo, il 20 febbraio 2021, ore 11:15), riporta un totale di 3.387.947 somministrazioni, di cui 1.324.054 comprensive sia della prima che della seconda dose.

² Consultabile online al seguente link: <https://www.trovanorme.salute.gov.it/norme/renderNormsanPdf?anno=2021&codLeg=78657&parte=1%20&serie=null>.

Come riportato nelle FAQ sui vaccini anti Covid-19 del Ministero della Salute³, «*al momento non è intenzione del Governo disporre l'obbligatorietà della vaccinazione. Nel corso della campagna sarà valutato il tasso di adesione dei cittadini*». Dunque, non risulta, ad oggi, alcuna norma «*straordinaria di necessità e d'urgenza*»⁴ che disponga l'obbligo di vaccinarsi. Né, ancora, ha operato in tal senso alcuna iniziativa legislativa all'interno di ciascun ramo del Parlamento. Si deve, così, affermare, con assoluta certezza, che, - si badi - allo stato, non sussiste alcuna norma cogente che imponga l'obbligo di vaccinazione anti Covid-19.

Tuttavia, sin da poche ore dopo l'inizio della campagna vaccinale è emerso il problema degli individui che non intendano vaccinarsi e delle conseguenze di tale scelta sul piano del rapporto di lavoro di cui tali soggetti siano parte contrattuale. L'interesse che la questione sta suscitando appare, a mio modesto avviso, eccessivo poiché per adesso l'accesso al vaccino è, ancora, contingentato⁵ e considerato che, visto l'alto tasso di adesione di individui attualmente vaccinati, la maggioranza della popolazione, *et ergo* della forza lavoro, sceglierà di vaccinarsi⁶ secondo le modalità e le tempistiche che saranno via via indicate⁷. Ad ogni modo, non solo il problema si è posto, ma con esso sono state avanzate diverse soluzioni che, a mio parere, lasciano, come si cercherà di illustrare in questo scritto, un po' perplessi soprattutto per il carattere "drastico" del loro impianto.

Le constatazioni iniziali da cui si deve partire sono, fattivamente, quella dell'assenza di una norma imperativa a vaccinarsi e, notoriamente, quella del disposto dell'art. 32, comma 2, Cost. che non solo vieta l'obbligo della sottoposizione ad un determinato trattamento sanitario in assenza di una espressa disposizione di legge - disposizione che, vale la pena ribadirlo ancora, ad oggi non c'è -, ma pone *comunque*

³ Aggiornate al 12 febbraio 2021 e disponibili online al seguente link (consultate, da ultimo, il 20 febbraio 2021, ore 11:15):

<http://www.salute.gov.it/portale/nuovocoronavirus/dettaglioFaqNuovoCoronavirus.jsp?lingua=italiano&cid=249>.

⁴ Secondo il solo caso che la Costituzione prevede affinché il Governo possa, senza previa autorizzazione del Parlamento, emanare norme di legge.

⁵ Le case farmaceutiche, che producono i tre vaccini anti-coronavirus (Pfizer mRNA BNT162b2 (Comirnaty); COVID-19 Vaccine Moderna mRNA -1273; COVID-19 Vaccine AstraZeneca (ChAdOx1-S [recombinant]) ad oggi approvati dalla European Medicines Agency (EMA), hanno comunicato, nelle scorse settimane, e così anche il Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure occorrenti per il contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica COVID-19 nella conferenza stampa del 29 gennaio 2021, tagli della produzione e conseguenti ritardi alla distribuzione degli stessi.

⁶ Come emerge dall'indagine su *Il vaccino e la vaccinazione contro il COVID-19: La propensione della popolazione italiana ad aderire alla campagna vaccinale* a cura del Laboratorio Management e Sanità (MeS) della Scuola Superiore Sant'Anna e dell'Agenzia Nazionale per i Servizi sanitari regionali (AGENAS), disponibile online al seguente link: https://www.agenas.gov.it/images/agenas/In%20primo%20piano/19feb/AGENAS_MeS_Report_Vaccino_e_vaccinazione_contro_il_COVID-19_v02.pdf e presentata il 19 febbraio 2021, il 65,2% della popolazione italiana dichiara le proprie intenzioni a vaccinarsi contro la malattia COVID-19 appena possibile e, tra gli individui sopra i 65 anni, la percentuale cresce al 75,4%.

⁷ Cfr. TAR Sicilia - Catania, sez. IV, decreto 13 febbraio 2021, n. 102, in *Diritto & giustizia*, 18 febbraio 2021, che ha respinto il ricorso cautelare avverso il provvedimento dell'Assessore della Salute della Regione Siciliana sospensivo della somministrazione della seconda dose di vaccino presentato da ricorrenti che avevano beneficiato della prima dose senza averne diritto secondo le tempistiche del Piano strategico per la vaccinazione.

alla stessa «i limiti imposti dal rispetto della persona umana». Sicché, anche l'obbligo legale del trattamento sanitario necessita di opportune cautele e specifiche distinzioni. Non a caso, la Corte costituzionale⁸ ha affermato che: «la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 della Costituzione se il trattamento sia diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale. Ma si desume soprattutto che un trattamento sanitario può essere imposto solo nella previsione che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato, salvo che per quelle sole conseguenze, che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiano normali di ogni intervento sanitario, e pertanto tollerabili». Se, dunque, è generalmente la legge impositiva della vaccinazione che identifica, per quella specifica patologia, l'interesse della collettività alla salute⁹ e legittima, quindi, il sacrificio dell'individuo all'autodeterminazione circa il sottoporsi o meno al trattamento sanitario, per il Covid-19 alla dichiarazione legislativa¹⁰ di tale interesse pubblico, non è corrisposta l'imposizione del vaccino¹¹.

Inoltre, «l'eventuale conflitto tra la libertà individuale e l'interesse della salute collettiva può essere risolto a favore di quest'ultimo solo nei casi in cui la sua tutela non contrasti ma coincida con la tutela della salute individuale»¹² e, dunque, si riconosce una deroga all'obbligo vaccinale laddove lo stesso contrasti con la salute «come fondamentale diritto dell'individuo» (art. 32, comma 1, Cost.). La Consulta, a tal proposito, ha ben evidenziato come «proprio per la necessità - già sottolineata - di realizzare un corretto bilanciamento tra la tutela della salute del singolo e la concorrente tutela della salute collettiva, entrambe costituzionalmente garantite, si renderebbe necessario porre in essere una complessa e articolata normativa di carattere tecnico - a livello primario attesa la riserva relativa di legge, ed eventualmente a livello secondario integrativo - che, alla luce delle conoscenze scientifiche acquisite, individuasse con la maggiore precisione possibile le 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 [...] 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»¹³. È, così, il legislatore, con la discrezionalità che gli è propria,

⁸ Corte cost. 22 giugno 1990, n. 307, in *Foro italiano*, 1990, I, p. 2694. Il caso concerneva una madre affetta da poliomielite a seguito di vaccinazione obbligatoria antipoliomielitica cui era stato sottoposto il figlio minore.

⁹ Cfr. Corte cost. 23 giugno 1994, n. 258, in tema di vaccinazione contro l'PHIV.

¹⁰ Art. 1, comma 457, l. 30 dicembre 2020, n. 178: «per garantire il più efficace contrasto alla diffusione del virus SARS-CoV-2».

¹¹ Cfr. 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. 2.

¹² V. Corte cost. 22 giugno 1990, n. 307, cit.; Corte cost. 27 marzo 1992, n. 132; Corte cost. 2 giugno 1994, n. 218, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 1994, p. 469. In tema, v. A. MAZZITELLI, *Il ragionevole dubbio in tema di vaccinazioni obbligatorie*, in *federalismi.it*, Osservatorio di diritto sanitario, 15 novembre 2017, pp. 4 ss.

¹³ Corte cost. 23 giugno 1994, n. 258.

a dover stabilire non solo l'obbligo della vaccinazione, bensì anche quali e quanti accertamenti preventivi e da quali soggetti debbano essere effettuati, quale la documentazione medica richiesta e da quale medico debba essere rilasciata al fine della puntuale individuazione delle deroghe al trattamento sanitario.

Di guisa che, in assenza di una specifica legislazione sul punto, si cadrebbe nel paradosso della possibile proliferazione delle eccezioni poiché ciò che non è vietato, *rectius* limitato, è così permesso. Fermo restando che, in assenza di norma imperativa, anche il rifiuto costituirebbe una non solo consentita, bensì anche legittima, scelta secondo l'ordinamento giuridico.

Ragionare, dunque, di obbligatorietà della vaccinazione pare, *rebus sic stantibus*, alquanto prematuro¹⁴ anche, se non soprattutto, alla luce del delicato bilanciamento che, come visto, la Corte costituzionale ha prospettato tra interesse alla salute pubblica e diritto fondamentale alla salute individuale. Bilanciamento dal quale, in ogni caso, non potrà certo prescindere¹⁵.

1.1. Breve cronaca (a-technica) degli effetti del vaccino

Una questione particolarmente rilevante nella riflessione sull'obbligatorietà del vaccino anti-coronavirus è quella concernente gli effetti che tale vaccinazione produce. Prescindendo da qualsiasi nozione medica, mi sia consentito riportare in questa sede una piccola cronaca - vagamente critica sul risultato del dibattito cui si sta partecipando - delle informazioni, ad oggi, disponibili sui portali istituzionali¹⁶.

Il vaccino Comirnaty, si legge nelle FAQ dell'AIFA, è «*destinato a prevenire la malattia da coronavirus 2019 (COVID-19) nei soggetti di età pari o superiore a 16 anni*». I risultati degli studi clinici condotti «*hanno dimostrato che due dosi del vaccino COVID-19 mRNA BNT162b2 (Comirnaty) somministrate a distanza di 21 giorni l'una dall'altra possono impedire al 95% degli adulti dai 16 anni in poi di sviluppare la malattia COVID-19 con risultati sostanzialmente omogenei per classi di età, genere ed etnie*».

Il vaccino Moderna, secondo quanto riportato dall'AIFA, è «*destinato a prevenire la malattia da coronavirus 2019 (COVID-19) nelle persone a partire dai 18 anni di età*». Per questo farmaco, gli studi clinici condotti «*hanno dimostrato che due dosi del vaccino, somministrate a distanza di 28 giorni l'una dall'altra, sono state in grado di impedire al 94,1% degli adulti dai 18 anni, vaccinati, di sviluppare la malattia COVID-19 [...]: risultati sostanzialmente*

¹⁴ Trovo pienamente condivisibili, sul punto, le opinioni espresse da F. SCARPELLI, *Rifiuto del vaccino e licenziamento: andiamoci piano!*, in *LinkedIn*, 29 dicembre 2020, e il suo invito alla prudenza.

¹⁵ V. M. CERBONE, *Vaccinazione anti-Covid, autodeterminazione del lavoratore e riflessi sul rapporto di lavoro*, in *dirittifondamentali.it*, 2021, 1, pp. 84 ss.

¹⁶ Si fa riferimento, in particolare, alle FAQ su *Vaccinazione a mRNA* dell'Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA), aggiornate al 9 febbraio 2021, disponibili online al seguente link (consultate, da ultimo, il 20 febbraio 2021, ore 11:16): <https://www.aifa.gov.it/web/guest/domande-e-risposte-su-vaccini-mrna>; e alle FAQ della European Medicines Agency (EMA), disponibili online al seguente link (consultate, da ultimo, il 20 febbraio 2021, ore 11:17): <https://www.ema.europa.eu/en/human-regulatory/overview/public-health-threats/coronavirus-disease-covid-19/treatments-vaccines/treatments-vaccines-covid-19-authorized-medicines#%20covid-19-vaccines-section>.

omogenei per classi di età, genere ed etnie». Si aggiunge, però, che «tutti i casi gravi di COVID-19 (30 in totale, con 1 decesso) verificatisi tra i partecipanti allo studio, si sono registrati nel gruppo di controllo: risultati che confermano la capacità del vaccino di prevenire la forma severa della malattia provocata dal virus SARS-CoV-2».

Il vaccino AstraZeneca, si legge nelle FAQ dell'EMA¹⁷, è volto anch'esso alla prevenzione della malattia da Covid-19 nelle persone di età pari o superiore a 18 anni ed ha dimostrato, dagli studi clinici condotti, un'efficacia intorno al 60%.

Dalle riportate risposte dell'AIFA e dall'EMA, dunque, tutti vaccini producono l'effetto di prevenire la malattia da Covid-19 e, per il vaccino Moderna, di prevenire *almeno* la forma più grave della patologia. Non è, quindi, possibile escludere in assoluto (stante le rimanenti percentuali del 5% per il vaccino Comirnaty, del 5,9% per il vaccino Moderna e del 40% per il vaccino AstraZeneca) che un soggetto vaccinato sviluppi ugualmente la malattia. A questo proposito l'AIFA stessa puntualizza che «anche se l'efficacia dei vaccini disponibili è molto alta (oltre il 90%) vi sarà sempre una porzione di vaccinati che non svilupperà la difesa immunitaria». Inoltre, tale difesa dovrebbe avere una durata stimata, in assenza di certezza clinica, tra 9 e 12 mesi¹⁸.

È importante sottolineare, soprattutto per quanto si dirà subito dopo, che l'efficacia dei vaccini, come riportato da AIFA ed EMA, è sulla malattia da Covid-19: dunque, le relative percentuali (95%; 94,1%; 60%) devono riferirsi *unicamente* alla possibilità del vaccino di prevenire la malattia da coronavirus.

L'aspetto di maggiore interesse, per quanto si dirà sul rapporto tra vaccinazione anti coronavirus e rapporto di lavoro, è quello concernente l'efficacia dei vaccini sulla capacità di contagio. Su tale aspetto, l'EMA dichiara, per tutti e tre i vaccini¹⁹, quanto segue: «the impact of vaccination with COVID-19 Vaccines [Comirnaty; Moderna; AstraZeneca] on the spread of the SARS-CoV-2 virus in the community is not yet known. It is not yet known how much vaccinated people may still be able to carry and spread the virus». E sulla stessa linea si esprime l'AIFA²⁰: «gli studi clinici condotti finora hanno permesso di valutare l'efficacia dei vaccini mRNA sulle forme clinicamente manifeste di COVID-19, ma è necessario più tempo per ottenere dati significativi per dimostrare se i vaccinati si possono infettare in modo asintomatico e contagiare altre persone. Sebbene sia plausibile che la vaccinazione protegga dall'infezione, i vaccinati e le persone che sono in contatto con loro devono continuare

¹⁷ Disponibili online al seguente link (consultate, da ultimo, il 20 febbraio 2021, ore 11:17): <https://www.ema.europa.eu/en/medicines/human/summaries-opinion/covid-19-vaccine-astrazeneca>

¹⁸ V. FAQ n. 2 su *Meccanismi d'azione e protezione dei vaccini Comirnaty e Moderna*, disponibile al link (consultato, da ultimo, il 20 febbraio 2021, ore 11:18) <https://www.aifa.gov.it/web/guest/domande-e-risposte-su-vaccini-mrna>.

¹⁹ Si vedano le FAQ della EMA disponibili on line ai seguenti link (consultate, da ultimo, il 20 febbraio 2021, ore 11:19): Comirnaty: <https://www.ema.europa.eu/en/medicines/human/EPAR/comirnaty>; Moderna: <https://www.ema.europa.eu/en/medicines/human/EPAR/covid-19-vaccine-moderna>; AstraZeneca: <https://www.ema.europa.eu/en/medicines/human/summaries-opinion/covid-19-vaccine-astrazeneca>.

²⁰ V. FAQ n. 4 su *Meccanismi d'azione e protezione dei vaccini Comirnaty e Moderna*, disponibile al link (consultato, da ultimo, il 20 febbraio 2021, ore 11:20) <https://www.aifa.gov.it/web/guest/domande-e-risposte-su-vaccini-mrna>.

ad adottare le misure di protezione anti COVID-19». Ed aggiunge²¹ che «ancora non sappiamo in maniera definitiva se la vaccinazione impedisce solo la manifestazione della malattia o anche il trasmettersi dell'infezione. Ecco perché essere vaccinati non conferisce un "certificato di libertà" ma occorre continuare ad adottare comportamenti corretti e misure di contenimento del rischio di infezione».

Sicché, ad oggi, non è ancora dato sapere se il vaccino impedisca o meno il contagio e, di conseguenza, se un individuo vaccinato interrompa o meno la possibile propagazione del virus.

Questa breve e limitatissima cronaca degli attuali e conosciuti effetti della vaccinazione appare, a mio sommo avviso, particolarmente rilevante per valutare se e perché debba essere obbligatorio per un lavoratore subordinato vaccinarsi e, in caso contrario, se le interpretazioni prospettate sugli effetti della mancata vaccinazione meritino, forse, ulteriore riflessione.

2. L'atto del vaccinarsi e gli effetti sul rapporto di lavoro: le interpretazioni emergenti

In assenza di una norma positiva che obblighi di sottoporsi alla vaccinazione anti-coronavirus, bisogna escludere che il vaccinarsi possa qualificarsi come dovere giuridico: vale a dire come una posizione passiva cui l'individuo è tenuto in virtù dell'obbligo legale. Obbligo al quale, poiché non posto, non può corrispondere né coercizione né sanzione²².

Ora, fatta tale premessa, bisogna cercare di comprendere quale qualificazione attribuire al vaccinarsi dell'individuo e, in particolare, se inscrivere tale azione all'interno dei fatti giuridici ovvero negli atti meramente leciti. La migliore dottrina²³ insegna che i primi sono produttivi di un evento giuridico, che consiste nella costituzione o modificazione od estinzione di un rapporto giuridico; mentre i secondi, pur essendo permessi dal diritto, non danno luogo ad un evento giuridico. La distinzione non è di poco conto poiché solamente alla qualificazione della vaccinazione come fatto giuridico corrisponderebbe la riflessione sugli effetti giuridici che la stessa produce su un rapporto obbligatorio quale quello di lavoro

²¹ V. FAQ n. 7 su *Meccanismi d'azione e protezione dei vaccini Comirnaty e Moderna*, disponibile al link (consultato, da ultimo, il 20 febbraio 2021, ore 11:20) <https://www.aifa.gov.it/web/guest/domande-e-risposte-su-vaccini-mrna>.

²² Cfr. O. RANELLETTI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, 1948^{XIII}, p. 6: «le norme giuridiche esprimono le esigenze fondamentali ed essenziali della vita sociale [...]; ne impongono in modo assoluto l'osservanza; e ne assicurano la soddisfazione assicurando l'osservanza del proprio precetto mediante la coazione, sia diretta, come coercizione, cioè l'uso della forza fisica per infrangere direttamente l'ostacolo che alla attuazione del proprio comando si oppone, sia indiretta, come sanzione, cioè facendo subire al contravventore le conseguenze che alla inosservanza della norma sono collegate». Più di recente, F. MODUGNO, *Lineamenti di teoria del diritto oggettivo*, Torino, 2009, pp. 7 ss.

²³ F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 2012⁹, p. 103. V., anche, A. FALZEA, *Fatto giuridico*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVI, Milano, 1967, 941 ss., ed ora in ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, vol. II, Milano, 1997, p. 331: «fatto giuridico è tutto ciò a cui una norma giuridica (una qualunque norma del sistema positivo in considerazione) attribuisce un effetto giuridico».

subordinato. Se, invece, si considerasse la vaccinazione come atto meramente lecito, allora non avrebbe senso interrogarsi sugli effetti giuridici dello stesso poiché essi non si produrrebbero²⁴.

Una possibile scriminante nella scelta della qualificazione potrebbe essere offerta dal rilievo che la volontà del singolo produce per l'efficacia giuridica della vaccinazione. Come noto²⁵, infatti, il fatto giuridico nel quale rilevi la volontà umana viene qualificato come atto giuridico. Ora, più complessa appare, qui, la distinzione della vaccinazione come atto giuridico in senso stretto, vale a dire atto i cui effetti sono preordinati dalla legge, ovvero come atto di volontà o negozio giuridico, cioè come espressione di una volontà tesa a produrre determinati effetti. Ed allora sia che la vaccinazione rilevi come atto giuridico in senso stretto, sia che rilevi come atto di volontà, dov'è, allo stato, la norma che determina gli effetti preordinati dalla legge ovvero che individua gli effetti voluti dal soggetto che pone in essere l'atto?

Appare, così, difficile accettare la qualificazione del vaccinarsi contro il coronavirus come atto giuridico, sia in senso stretto che come atto di volontà, poiché manca una legge che riconduca a tale atto giuridico, discendente dalla volontà umana, gli effetti²⁶. Inoltre, occorre precisare che, anche, per gli atti meramente leciti la volontà del singolo ha piena rilevanza poiché senza di essa non si verificherebbe l'atto consentito dall'ordinamento; solo non derivano dallo stesso effetti giuridici. Dunque, non può attribuirsi alla vaccinazione la qualificazione di fatto/atto giuridico solamente perché ricollegata alla volontà positiva o negativa del singolo a sottoporsi al trattamento sanitario: tale volontà rileva, in ogni caso, anche nella qualificazione di atto meramente lecito²⁷.

Sebbene quindi, in assenza di una legislazione che non solo determini l'obbligo della vaccinazione, ma anche, e soprattutto per il diritto dei contratti, gli effetti giuridici della stessa su un rapporto fonte di obbligazioni in essere, l'unica qualificazione, a mio avviso, ad oggi possibile è quella di atto meramente lecito, vale a dire consentito dall'ordinamento, ma né imposto, né disciplinato giuridicamente quanto agli effetti²⁸, l'opinione che sembra prevalere è, invece, quella di qualificare la vaccinazione anti-coronavirus come atto giuridico, direi in senso stretto, e valutarne, di conseguenza, gli effetti sui rapporti obbligatori.

²⁴ Come chiarisce, infatti, N. IRTI, *Per una teoria della norma giuridica*, in ID., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, pp. 173-174: «le norme non narrano né ritraggono un'esterna realtà, ma costituiscono una lor propria realtà».

²⁵ F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine*, op. cit., p. 106.

²⁶ Che come scriveva E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1952^{II}, p. 3, «rappresentano la risposta che l'ordine giuridico dà ai vari tipi di situazioni previste».

²⁷ Cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, *Atto giuridico (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, IV, 1959, § 3: «posta la volontà dell'atto, comune a ogni tipo di atto». V., anche, E. BETTI, op. cit., p. 74.

²⁸ Per il discorso che si sta facendo in tema di produzione di effetti giuridici nei rapporti obbligatori, non rileva, a mio avviso, l'art. 1, commi 457-467, l. 30 dicembre 2020, n. 178, in merito al piano strategico nazionale dei vaccini per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2, adottato con decreto non regolamentare del Ministro della Salute, ed alla individuazione dei professionisti sanitari per la somministrazione dei vaccini.

Se così non fosse, non avrebbe - come già detto - senso interrogarsi su effetti giuridici che l'ordinamento non prevede.

Alcune delle interpretazioni avanzate ritengono che il problema della vaccinazione del lavoratore, ed il suo eventuale obbligo²⁹, trovi soluzione in alcune norme concernenti gli obblighi di sicurezza del datore di lavoro (artt. 2087 c.c. e art. 279, d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81) e del lavoratore (art. 20, d.lgs. n. 81/2008)³⁰. Sicché, il datore può esigere la vaccinazione, anche in assenza di una specifica norma di legge in merito perché è nella disponibilità delle parti regolare o limitare i diritti assoluti della persona, ed «egli ha il potere/dovere contrattuale – e non solo – di adottare questa misura, consigliata dalla scienza e dall'esperienza, ed esigerne il rispetto da parte dei dipendenti come parte dell'obbligazione contrattuale gravante su di loro, salvo il caso di un motivo giustificato che sconsigli a una determinata persona di sottoporvisi»³¹.

Di fronte a queste posizioni, altri Autori³² hanno sottolineato come il riferimento a tali disposizioni non possa essere fondante dell'obbligo di vaccinazione in quanto norme generali che concernono misure di sicurezza obbligatorie a carico del datore e che richiedono la necessaria cooperazione del lavoratore; evidenziando, inoltre, che, per il Covid-19, misure specifiche sono dettate dai protocolli adottati dalle parti sociali in virtù del rinvio operato dall'art. 29-bis, d.l. 8 aprile 2020, n. 23³³.

²⁹ C. CESTER, *Vaccinazione anti Covid-19 e rapporto di lavoro, in corso di pubblicazione*, in *Labor*, 23 gennaio 2021, p. 2, parla di onere a carico del lavoratore finalizzato alla «prosecuzione “ordinata” del rapporto, senza il carico di rischi eccedenti la relazione contrattuale, gravanti sugli altri lavoratori o su terzi soggetti». Sulla stessa linea, con riferimento ai lavoratori addetti a mansioni che implicano stretto contatto con altri dipendenti o con terzi, C. PISANI, *Emergenza coronavirus, rifiuto del vaccino e licenziamento*, in *Guida al lavoro*, 2021, 3, pp. 13 ss.

³⁰ S. BELLOMO, *Vaccinazione Covid-19 e rapporto di lavoro: quali conseguenze per gli “obiettori”?*, in *Labor*, 23 gennaio 2021, p. 1, limita il richiamo a tali disposizioni alle attività in cui il contagio da Covid-19 configuri un rischio biologico specifico; C. CESTER, *op. cit.*, pp. 4 ss., e V. FERRANTE, *Rischio di contagio da Covid e doveri del datore di lavoro*, in *Labor*, 22 gennaio 2021, pp. 1 ss., ritengono rilevante il solo art. 20; P. ICHINO, *Perché e come l'obbligo di vaccinazione può nascere anche solo da un contratto di diritto privato*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2021, 1, pp. 4 ss., ritiene, invece, tutte e tre le norme come fondanti l'obbligo e, dunque, esperibili da parte del datore di lavoro per pretendere la vaccinazione. Su quest'ultima linea, v., anche, R. RIVERSO, *L'obbligo del vaccino anti Covid nel rapporto di lavoro tra principio di prevenzione e principio di solidarietà*, in *Questione Giustizia*, 18 gennaio 2021. P. ALBI, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l'opinione di Pasqualino Albi*, in *Labor*, 2 febbraio 2021, p. 2, costata l'impossibilità attuale per il datore di mettere a disposizione il vaccino, ritiene, per ora (ma non la esclude in futuro appena tale disponibilità si verifichi), non applicabile la disposizione dell'art. 279, d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81. V., anche, F. FERRARO, *Rifiuto del vaccino anti-covid19 e rapporto di lavoro subordinato*, in *Labor*, 10 febbraio 2021, p. 4.

³¹ P. ICHINO, *op. cit.*, p. 9. V., anche, L. ZOPPOLI, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l'opinione di Lorenzo Zoppoli*, in *Labor*, 22 gennaio 2021, p. 1, che individua l'obbligo di vaccinazione *ex contractu*, laddove la stessa incida sulla idoneità del lavoratore a svolgere le mansioni.

³² G. BENINCASA - G. PIGLIALARMI, *Covid-19 e obbligo giuridico del vaccino per il dipendente: sono più i dubbi che le certezze*, in *Boll. Adapt*, n. 10, 30 dicembre 2020; G. FALASCA, *Non si può licenziare il dipendente che rifiuti di vaccinarsi*, in *open.online.it*, 25 dicembre 2020; A. MARESCA, *Obblighi di prevenzione o di vaccinazione?*, in *Labor*, 22 gennaio 2021, pp. 1 ss.; A. PERULLI, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l'opinione di Adalberto Perulli*, in *Labor*, 25 gennaio 2021, p. 2; R. ROMEI, *Vaccinazione e licenziamento*, in *Labor*, 23 gennaio 2021, pp. 1 ss.

³³ Ritiene, invece, esclusa la vaccinazione da tali protocolli per la “obsolescenza” degli stessi P. ICHINO, *op. cit.*, p. 5. V., anche, L. DE ANGELIS, *Ragionando a caldo su vaccinazioni e rapporto di lavoro*, in *Labor*, 17 febbraio 2021, p. 3.

Al di là del fondamento dell'obbligo di vaccinazione³⁴ - del quale, come già detto, ritengo che solamente una legge *ex art. 32*, comma 2, Cost. possa costituire la fonte³⁵ -, appaiono particolarmente interessanti gli effetti che la dottrina ha, finora, ricondotto alla possibile scelta del lavoratore di non vaccinarsi, salvo giustificazioni³⁶. Alcuni Autori hanno prospettato la conseguenza del licenziamento per giusta causa³⁷ ovvero per motivi disciplinari³⁸ ovvero per giustificato motivo oggettivo³⁹. Tale ultima ipotesi discende o dalla sopravvenuta inidoneità alle mansioni del lavoratore non vaccinato⁴⁰ ovvero dalla sospensione ad opera del datore dell'obbligazione lavorativa, con conseguente sospensione dell'obbligazione retributiva⁴¹, e, stante il suo perdurare⁴², il verificarsi delle ragioni inerenti l'attività produttiva, l'organizzazione del lavoro e il regolare funzionamento di essa⁴³. Il licenziamento per g.m.o. dovrà essere, naturalmente, preceduto dalla verifica della possibilità dell'adibizione del lavoratore ad altre mansioni per le quali non rilevi, in concreto, l'incidenza della vaccinazione sulla prestazione lavorativa⁴⁴.

Alla luce di tali posizioni, si tenterà - forse «*dicendo cose che neppure [si vuole siano] credute*»⁴⁵ - di muovere alcune critiche alle stesse; stante, in primo luogo, la prospettata qualificazione di atto meramente lecito

³⁴ O. MAZZOTTA, *Vaccino anti-covid e rapporto di lavoro*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2021, 1, p. 9: «*in una situazione di tale incertezza e su una materia così delicata, sarebbe auspicabile che intervenisse il legislatore*». Per C. PISANI, *op. cit.*, p. 15, per i rapporti in cui le mansioni svolte comportino un elevato rischio di contagio ovvero una maggiore pericolosità per la salute, l'art. 2087 c.c. costituirebbe «*la "disposizione di legge" a cui fa riferimento l'art. 32, comma 2 Cost.*».

³⁵ Cfr. O. MAZZOTTA, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l'opinione di Oronzo Mazzotta*, in *Labor*, 28 gennaio 2021, p. 2. Appare particolarmente interessante, a questo proposito, la sentenza del Tribunale di Messina 12 dicembre 2020, inedita a quanto consta, che ha disapplicato nei confronti di un'operatrice sanitaria non vaccinata contro l'influenza il decreto dell'Assessorato Regionale della Salute della Regione Sicilia n. 743/2020, che aveva introdotto l'obbligo della vaccinazione antinfluenzale per il personale medico-sanitario e dichiarato, in assenza di giustificazioni di tipo medico, temporaneamente inidonei allo svolgimento della mansione i lavoratori non vaccinati, e le conseguenti note del Direttore dell'azienda ospedaliera. 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.

³⁶ Che dovrebbero anch'esse essere attentamente e specificamente disciplinate dalla legge.

³⁷ V. FERRANTE, *op. cit.*, p. 3, «*per grave violazione dell'obbligo di sicurezza di cui all'art. 20 d. lgs. n. 81/2008*».

³⁸ C. CESTER, *op. cit.*, p. 5, per violazione dell'obbligo di prendersi cura della propria salute *ex art. 20*, d.lgs. n. 81/2008.

³⁹ Solo allo scadere del blocco dei licenziamenti al 31 marzo 2021 *ex art. 1*, comma 309, l. n. 178/2020.

⁴⁰ Cfr. E. GRAGNOLI, *L'epidemia, le vaccinazioni e il rapporto di lavoro in questa prima fase dell'epidemia*, in *Labor*, 22 gennaio 2021, p. 2, che circoscrive il caso ai lavoratori impiegati presso gli attuali destinatari del vaccino: centri riservati agli anziani e organizzazioni sanitarie.

⁴¹ A. MARESCA, *Obblighi...*, *cit.*, p. 4, ritiene, in tale ipotesi, utilizzabili i trattamenti della cassa Covid. Di diverso avviso, R. ROMEI, *op. cit.*, p. 3.

⁴² P. ICHINO, *op. cit.*, p. 8, e R. RIVERSO, *op. cit.*, ne prospettano la durata fino a fine pandemia. R. PESSI - A.D. ZUMBO, *Covid-19, vaccinazione e rapporto di lavoro*, in *Labor*, 23 gennaio 2021, p. 2, evidenziano, però, come la fine della pandemia o la c.d. immunità di gregge siano termini ontologicamente fortemente incerti.

⁴³ P. ICHINO, *op. cit.*, p. 9; A. MARESCA, *Obblighi*, *op. cit.*, p. 4, e R. ROMEI, *op. cit.*, p. 3, ne sottolineano, però, la valutazione in concreto.

⁴⁴ Cfr. C. PISANI, *op. cit.*, p. 14.

⁴⁵ L.N. TOLSTOJ, *Guerra e pace*, Libro I, Parte I, 1, Einaudi, Torino, 2018, Vol. I, p. 6.

del vaccinarsi, e dunque l'assenza di effetti giuridici disciplinati dall'ordinamento, e, in secondo luogo, l'assenza, al momento, di alcuna certezza circa il blocco del contagio da parte del vaccino⁴⁶.

3. (segue) Critica alla teoria del licenziamento

La premessa generale del recesso datoriale risiede, a mio avviso, nel fatto che il vaccino sia veicolo di eliminazione del rischio da contagio, ma, come visto, sono le stesse EMA ed AIFA⁴⁷ che escludono, per ora, tale certezza. Raccomandando, anche per le persone vaccinate, l'attenta osservanza delle misure di prevenzione finora adottate (mascherine, distanziamento, sanificazione diffusa).

Addurre la sussistenza di un inadempimento a carico del lavoratore non vaccinato, mi pare alquanto arduo. Come noto, l'art. 2106 c.c. sancisce il principio di proporzionalità tra l'infrazione commessa e la sanzione irrogata⁴⁸ e l'art. 7, comma 1, l. 20 maggio 1970, n. 300, prescrive la conoscenza da parte dei lavoratori delle «*norme disciplinari relative alle sanzioni*» e «*alle infrazioni in relazione alle quali ciascuna di esse può essere applicata*», ma, nel nostro caso, non è ravvisabile alcuna violazione dei codici disciplinari poiché gli stessi non potrebbero disporre obblighi, e dunque prescriberne l'ottemperanza con il rispetto dei relativi comportamenti, che abbiano ad oggetto diritti (quello fondamentale della salute individuale e quello al rifiuto del trattamento sanitario, salvo disposizione di legge) costituzionalmente garantiti dell'individuo⁴⁹. Le clausole che prevedessero prescrizioni in tal senso sarebbero, a mio parere, nulle per contrarietà alle norme imperative e, in questo caso, a norme imperative di supremo rango (art. 32 Cost.).

Né, tanto meno, può prospettarsi la lesione del vincolo fiduciario tra datore di lavoro e lavoratore in caso di mancata vaccinazione di quest'ultimo. La lettera dell'art. 2119, comma 1, c.c. parla, infatti, di «*causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto*»; sicché se la vaccinazione integrasse tale causa, allora il rapporto di lavoro avrebbe dovuto interrompersi ben prima del ritrovamento del vaccino poiché durante il periodo trascorso - ma ancora in corso - il lavoratore poteva essere esposto al contagio ovvero essere veicolo dello stesso e, dunque, non si sarebbe preso cura della sua salute *ex art. 20, d.lgs. n. 81/2008*⁵⁰.

⁴⁶ *Memento* di quanto affermato sul punto dall'EMA e dall'AIFA.

⁴⁷ V., *supra*, § 1.1.

⁴⁸ L. DE ANGELIS, *op. cit.*, p. 4, sottolinea che tale principio deve guidare anche la sanzione per la mancata vaccinazione: configurandosi il licenziamento come «*l'ultima sanzione*» possibile.

⁴⁹ Cfr. O. MAZZOTTA, *Dibattito, op. cit.*, p. 2.

⁵⁰ O. MAZZOTTA, *Dibattito, op. cit.*, p. 3, sottolinea come anche tale obbligo sia sottoposto al limite della riserva relativa di legge in tema di trattamento sanitario obbligatorio.

Per quanto concerne l'inidoneità alle mansioni del lavoratore non vaccinato, occorre rilevare, a mio avviso, tutta l'illogicità di tale ipotesi⁵¹. Fino ad oggi il lavoratore non è stato vaccinato; eppure ha lavorato per molti mesi (quasi un anno) in un contesto di pandemia senza vaccinazione. D'improvviso diviene inidoneo? Ma soprattutto: inidoneo perché? Perché non è più in grado di svolgere la sua mansione? No, diviene inidoneo perché potenziale fonte di contagio ovvero esposto al rischio di contagio. Ma questo lo era anche prima del vaccino. Inoltre, come noto, il contagio non è circoscritto all'ambiente di lavoro, ma può avvenire anche all'esterno dei locali aziendali e al di fuori della prestazione lavorativa⁵². L'inidoneità che viene, così, prospettata non è legata alla sopravvenuta incapacità del lavoratore ad adempiere alla sua mansione, bensì ad un rischio cui la mansione può essere legata (ed a cui è stata e continua ad esserlo): quello da contagio. Allo stato, però, non si conoscono gli effetti del vaccino sul contagio ed allora non può escludersi che anche il lavoratore vaccinato sia veicolo (soggetto asintomatico) dello stesso. Tale lavoratore, allora, sarebbe anch'egli inidoneo alle mansioni. Inoltre, visto che sono ancora in vigore tutte le misure precauzionali pre-vaccino, che hanno finora limitato od impedito il contagio, va detto che rispettando tali misure non può riscontrarsi l'inidoneità alle mansioni, pena la contraddizione della idoneità fino ad oggi esistente e la sconfessione delle misure di sicurezza adottate⁵³ e che devono continuare ad esserlo.

Per quanto concerne il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, occorre, come noto, che la mancata vaccinazione dia luogo al verificarsi di una ragione inerente l'attività produttiva, l'organizzazione del lavoro e il regolare funzionamento di essa. Ora, potrebbe ipotizzarsi una ragione legata all'organizzazione del lavoro laddove il lavoratore non vaccinato sia a contatto con il pubblico ovvero con i colleghi, ma, anche in tal caso, non è il vaccino ad escludere, ad oggi, il rischio di contagio. Sicché una riorganizzazione basata sul *discrimen* lavoratore vaccinato/lavoratore non vaccinato apparirebbe, a mio avviso, discriminatoria perché basata sulle convinzioni personali del lavoratore⁵⁴ (art. 15, comma 1,

⁵¹ Cfr. L. DE ANGELIS, *op. cit.*, p. 4, che esclude l'ipotesi dell'inidoneità in quanto derivante dall'esclusiva volontà del lavoratore ricollegata all'esercizio di un suo diritto fondamentale, quale quello alla salute e all'autodeterminazione sul trattamento sanitario cui sottoporsi.

⁵² V. P. PASCUCCHI, *Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra "raccomandazioni" e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale?*, in *Diritto della sicurezza sul lavoro*, 2019, 2, p. 100; L.M. PELUSI, *Tutela della salute dei lavoratori e COVID-19: una prima lettura critica degli obblighi datoriali*, in *Diritto della sicurezza sul lavoro*, 2019, 2, pp. 126 ss.; 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 *Diritto della sicurezza sul lavoro*, 2020, 1, p. 140; 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)*, in *Diritto della sicurezza sul lavoro*, 2020, 2, pp. 5 ss.

⁵³ Cfr. art. 29-bis, d.l. 8 aprile 2020, n. 23 e i relativi protocolli delle parti sociali. Cfr. M. CERBONE, *op. cit.*, pp. 91 ss.

⁵⁴ V. L. ZOPPOLI, *op. cit.*, p. 2; L. MENGHINI, *Covid, sicurezza, vaccini: rappresentanze e partecipazione*, in *Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi - Conversazioni sul lavoro a distanza da agosto 2020 a marzo 2021*, p. 18, che, pertanto, indica come conseguenza del rifiuto del lavoratore a vaccinarsi la sola impossibilità temporanea dell'esecuzione della prestazione.

lett. b) e comma 2, l. n. 300/1970): quale il diritto costituzionalmente riconosciuto, in assenza di specifico obbligo legale, all'autodeterminazione circa i trattamenti sanitari cui sottoporsi.

4. (segue) Critica alla teoria della sospensione della prestazione

Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, laddove non intervenisse per sopravvenuta inidoneità alle mansioni, sarebbe esperibile a seguito del prolungarsi della sospensione dell'obbligazione lavorativa del dipendente non vaccinato ad opera del datore. È bene, innanzitutto, domandarsi se la natura di questa sospensione sia cautelare, dunque discendente dall'esercizio del potere direttivo del datore, ovvero se sia la conseguenza di una impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile al debitore. Nella prima ipotesi, occorre riferirsi alla mora del creditore (art. 1206 c.c.): il datore di lavoro rifiuta la prestazione lavorativa offerta dal lavoratore non vaccinato e continua, però, ad adempiere alla propria obbligazione retributiva. Sennonché la mancata vaccinazione non pare costituire, in assenza di una disposizione di legge ed in mancanza di riflessi accertati sul contagio, un motivo legittimo di rifiuto poiché tale comportamento non rientra nell'alveo di obblighi ed obbligazioni cui il lavoratore è tenuto a rispettare ed adempiere. Né, come visto, la mancata vaccinazione integrerebbe un illecito disciplinare e, dunque, non potrebbe dar luogo a licenziamento per giustificato motivo soggettivo né per giusta causa, di cui solitamente la sospensione cautelare costituisce "l'anticamera". Similmente, non sembra potersi configurare in tale situazione un giustificato motivo oggettivo poiché è il datore a scegliere di non utilizzare il lavoratore non vaccinato e, dunque, non potrebbe configurarsi quel nesso di causalità richiesto dalla fattispecie del licenziamento⁵⁵. Deve, dunque essere scartata l'ipotesi della natura cautelare della sospensione del lavoratore non vaccinato.

Nella seconda ipotesi, l'impossibilità sopravvenuta della prestazione è generata dalla mancata vaccinazione del debitore. Impossibilità che discenderebbe dal fatto che il lavoratore non vaccinato sarebbe fonte di contagio rispetto a quello vaccinato ed esporrebbe, così, il datore al rischio del risarcimento del danno verso gli utenti del servizio eventualmente contagiatisi e che riuscissero a dimostrare la causalità tra il contagio e l'incontro con il lavoratore non vaccinato. Sennonché, l'EMA, come visto⁵⁶, ha affermato che, allo stato, non si conoscono gli effetti dei vaccini sul contagio, bensì solamente l'efficacia degli stessi sulla malattia. Di guisa che, ad oggi, non può escludersi che anche un lavoratore vaccinato sia una potenziale fonte di contagio: con il risultato che l'ipotesi dell'impossibilità varrebbe anche per costui.

⁵⁵ V., per tutti, M. FERRARESI, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento. Dalla legge 604 del 1966 al contratto a tutele crescenti*, Torino, 2016, pp. 10 e 26.

⁵⁶ V., *supra*, § 1.1.

A mio avviso, dunque, deve escludersi che, attualmente, il vaccino rientri tra le misure che il datore è tenuto ad adottare in base all'esperienza e la tecnica⁵⁷ per tutelare l'integrità fisica dei lavoratori (art. 2087 c.c.) poiché non si hanno, allo stato, dati che confermino, magari anche secondo il criterio della maggiore probabilità, che il vaccino riduca od impedisca il contagio⁵⁸. Sicché, l'impiego del lavoratore che, pur potendo, decida di non vaccinarsi, non può costituire una causa di impossibilità della prestazione né può esporre il datore a responsabilità per mancata adozione delle misure di sicurezza richieste dall'esperienza e la tecnica, se lo stesso ha adottato tutte le misure previste dai protocolli anti-Covid-19⁵⁹.

Forse, si potrebbe dire che l'impossibilità sia temporanea (art. 1256, comma 2, c.c.), ma non sembra che, al momento, si possa dare un termine certo all'accreditamento dell'effetto impeditivo del vaccino sul contagio né, tanto meno, alla fine della pandemia.

5. Una precisazione e qualche conclusione realista, ma (ahimè!) senza “bacchetta magica”

Mi sia consentita, al termine di questa mia breve riflessione, qualche considerazione di contesto e di prospettiva sul dibattito sull'obbligatorietà o meno del vaccino anti-coronavirus.

Mi preme, innanzitutto, sottolineare che le considerazioni sin qui svolte non costituiscono affatto una critica al vaccino ed alla campagna vaccinale intrapresa dal Governo, bensì si fondano e si limitano esclusivamente ad una visione giuridica dell'obbligatorietà della vaccinazione e dei suoi effetti, in assenza di una legge in merito, sul rapporto di lavoro. Non è mia intenzione quella di esprimere posizioni c.d. *no vax*, né, men che meno, scoraggiare la vaccinazione. Trovo, però, opportuno valutare il problema alla luce di quanto, ad oggi, affermato da fonti cliniche accreditate quali l'EMA e l'AIFA, come ho cercato di fare. In secondo luogo, condivido la diffusa speranza che la vaccinazione di massa interrompa quanto prima la pandemia, ma non vorrei che tale prospettiva porti ad assumere decisioni “affrettate” sulla base di dati, per ora, sconosciuti circa l'incidenza della vaccinazione sul contagio. La situazione reale è, infatti, troppo “acerba” per consentire di ritenere il vaccino una misura di sicurezza idonea secondo l'esperienza e la tecnica; né l'adozione delle misure dettate dai protocolli anti-Covid-19 può venir meno a seguito della

⁵⁷ Sull'utilizzo di tali canoni a fini di completezza e aggiornamento del sistema prevenzionistico, si esprimeva già L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, Milano, 1976, pp. 76 ss. Sul canone dell'idoneità delle misure di sicurezza secondo l'esperienza e la tecnica, v., già, C. SMURAGLIA, *La sicurezza del lavoro e la sua tutela penale*, Milano, 1974^{III}, p. 85. Più di recente, v. G. NATULLO, *Il quadro normativo dal Codice civile al Codice della sicurezza sul lavoro. Dalla massima sicurezza (astrattamente) possibile alla massima sicurezza ragionevolmente (concretamente) applicata?*, in *I Working papers di Olympus*, n. 39, 2014; M. LAI, *Il diritto della sicurezza sul lavoro tra conferme e sviluppi*, Torino, 2017, pp. 14 ss.

⁵⁸ Cfr. O. MAZZOTTA, *Vaccino*, *op. cit.*, p. 3: «*sennonché nel nostro caso poco o nulla si sa sul vaccino ed i suoi effetti, ma soprattutto gli scienziati si dividono anche sui mezzi di propagazione del virus. Mancherebbero quindi quei dati di acquisita “esperienza e tecnica”, che potrebbero imporre al datore l'adozione di tale misura*». V., anche, A. PERULLI, *op. cit.*, p. 2.

⁵⁹ Cfr. G. PELLACANI, *La vaccinazione contro il Coronavirus (SARS-CoV-2) negli ambienti di lavoro tra norme generali in tema di prevenzione e tutela della salute e sicurezza, disciplina emergenziale per la pandemia COVID-19 e prospettive di intervento del legislatore*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2021, 1, pp. 3-4.

vaccinazione. Di guisa che la logica *aut aut* in merito al vaccino per l'utilizzabilità della prestazione del lavoratore credo sia incauta da applicarsi, in questa fase, al rapporto di lavoro e non aiuta certo a svolgere quella valutazione in concreto dalla quale non si può prescindere⁶⁰.

Vi è, poi, il caso dei lavoratori che non possono vaccinarsi in virtù di una documentazione medica che ne attesti l'incompatibilità. A quale sorte sarebbero esposti secondo tale logica? Si potrebbe ipotizzare - anche in assenza, per adesso, di dimostrazione dell'efficacia del vaccino sul contagio - di considerarli come lavoratori in malattia e, dunque, al termine del periodo di comportamento potranno essere licenziati? Oppure dovranno considerarsi come lavoratori fragili? L'art. 26, comma 2, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, include in tale categoria «*i lavoratori dipendenti pubblici e privati in possesso del riconoscimento di disabilità con connotazione di gravità ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, nonché per i lavoratori in possesso di certificazione rilasciata dai competenti organi medico-legali, attestante una condizione di rischio derivante da immunodepressione o da esiti da patologie oncologiche o dallo svolgimento di relative terapie salvavita, ai sensi dell'articolo 3, comma 1, della medesima legge n. 104 del 1992*». Ma si può dire che siano questi i lavoratori per i quali è sconsigliata la vaccinazione? Non sembrerebbe, visto che l'AIFA⁶¹ dichiara che le persone con malattie croniche, diabete, tumori e malattie cardiovascolari sono quelle più a rischio ed alle quali sarà rivolto prioritariamente l'invito alla vaccinazione.

Inoltre, occorre rilevare che alcune iniziative cui si comincia ad assistere, quale quella degli accessi consentiti *solo* a persone vaccinate, rischiano di compromettere, per queste persone, quel pieno e paritario godimento dei diritti costituzionalmente garantiti cui tutti vivamente aspiriamo. Come in tutte le situazioni, non si possono fare distinzioni generaliste, ma occorre valutare caso per caso e, soprattutto, consentire a quelle persone affette da ulteriori patologie impeditive della vaccinazione di riprendere anch'esse quella "agognata normalità" e non portarle a patire sproporzionati sacrifici. Certamente occorre definire - ed anche in tal caso, solo la legge, magari delegando ad una normativa regolamentare, potrà

⁶⁰ Cfr. S. BELLOMO, *op. cit.*, p. 2, che riferisce, una volta che il vaccino sarà accessibile e il lavoratore potrà manifestare la propria scelta di vaccinarsi o meno, la valutazione del datore sull'utilizzabilità della prestazione al disposto dell'art. 18, comma 1, lett. c, d.lgs. n. 81/2008 che impone allo stesso, nell'affidare i compiti ai lavoratori, l'obbligo «*di tenere conto delle capacità e delle condizioni degli stessi in rapporto alla loro salute e alla sicurezza*» e delle previsioni in tema di sorveglianza sanitaria (art. 41, d.lgs. n. 81/2008) e di idoneità alla mansione (art. 42, d.lgs. n. 81/2008).

Va rilevato che il Garante per la protezione dei dati personali, nelle FAQ su *Trattamento di dati relativi alla vaccinazione anti Covid-19 nel contesto lavorativo*, pubblicate il 17 febbraio 2021 e disponibili al link: <https://www.garanteprivacy.it/temi/coronavirus/faq#vaccini>, ha precisato che il datore di lavoro non può chiedere ai propri dipendenti di fornire informazioni sul proprio stato vaccinale, né il medico competente può comunicare i nominativi dei dipendenti vaccinati al datore. Quest'ultimo potrà solo acquisire i giudizi di idoneità alla mansione specifica e le eventuali prescrizioni e/o limitazioni indicate. Sul tema, anche se precedente all'intervento del Garante, v. P. IERVOLINO, *Vaccinazione e pandemia tra diritto ed etica*, in *Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi - Conversazioni sul lavoro a distanza da agosto 2020 a marzo 2021*, pp. 14 ss.

⁶¹ V. FAQ n. 2 su *Condizioni per la vaccinazione dei vaccini Pfizer e Moderna*, disponibile al link (consultato, da ultimo, il 20 febbraio 2021, ore 11:27) <https://www.aifa.gov.it/web/guest/domande-e-risposte-su-vaccini-mrna>.



dircelo con certezza - con puntualità chi non può vaccinarsi perché la vaccinazione contrasterebbe in maniera permanente e non tollerabile con la salute individuale, ma questo non deve costituire, nel tempo che gli studi clinici richiedono, una forma di ostracismo - nell'accezione più vicina possibile al rapporto di lavoro: dalla sospensione, alla malattia, al licenziamento - di tali lavoratori. Se si applicasse questa prospettiva, un docente universitario che non potesse vaccinarsi, non tornerebbe "mai" in aula⁶².

Inevitabilmente ci vorrà tempo. Tempo per la somministrazione del vaccino, tempo per il suo studio⁶³, tempo per le eventuali iniziative legislative che ne disciplineranno o meno l'obbligatorietà. Il problema e le conseguenze del rifiuto della vaccinazione andranno, dunque, valutate a valle di questo tempo al fine di avere una visione più chiara non solo del precetto, ma anche e soprattutto degli effetti giuridici.

⁶² Su questo versante, occorre notare che la campagna di vaccinazione volontaria avviata dalla Regione Lazio il 18 febbraio 2021 per il personale dei servizi educativi per l'infanzia, il personale scolastico e universitario, docente e non docente, si indirizza verso individui «*senza patologie*».

⁶³ Si mostrano particolarmente incoraggianti i primi dati forniti, lo scorso 28 gennaio 2021, dall'Ospedale Pediatrico Bambino Gesù sul monitoraggio effettuato a 21 giorni dalla somministrazione della prima dose, consultabili online al seguente link: <http://www.ospedalebambinogesu.it/a-21-giorni-dalla-prima-dose-anticorpi-contro-il-covid-per-il-99-dei-sanitari-vaccinati>.