

# Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l'opinione di Stefano Bellomo

di S. Bellomo - 23 gennaio 2021

## Vaccinazione Covid-19 e rapporto di lavoro: quali conseguenze per gli “obiettori”?

Nella sentenza n. 218/1994, precedente assai significativo in quanto dedicata al tema della sottoposizione ad accertamenti sanitari anche ai fini dell'**accesso al posto di lavoro** o al suo **mantenimento** (così testualmente, la norma allora scrutinata, ossia l'art. 5 della legge n. 135 del 1990), la Corte Costituzionale ha rimarcato che *“l'art. 32 della Costituzione prevede un temperamento del coesistente diritto alla salute di ciascun individuo; implica inoltre il bilanciamento di tale diritto con il dovere di tutelare il diritto dei terzi che vengono in necessario contatto con la persona per attività che comportino un serio rischio, non volontariamente assunto, di contagio”*.

Prendendo le mosse da questa impostazione come generale chiave di lettura delle diverse sottoposizioni connesse al tema generale dell'incidenza sul rapporto di lavoro delle scelte individuali in tema di vaccinazione COVID-19, l'ammissibilità innanzitutto degli accertamenti datoriali relativi alle scelte del lavoratore può trovare un fondamento nel combinato disposto dell'art. 8 St.lav. e dell'art. 83, comma 1, del d.l. n. 34 del 2020 – posto che indubbiamente la mancata vaccinazione determina una persistente maggiore esposizione al rischio di contagio –, oltre che sulla base del generale obbligo di sicurezza enunciato nell'art. 2087 c.c.

Il richiamo alle disposizioni del T.U. in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro ed in particolare all'art. 279 (il quale, comunque, non si presta ad essere letto come norma impositiva di un obbligo di vaccinazione ed anzi ne ribadisce, al comma 5, la generale facoltatività) e alle misure adottabili in applicazione di tale disposizione, vale a dire il mutamento di mansioni o l'allontanamento temporaneo previsti dall'art. 42 dello stesso D.Lgs. 81/08, appare pertinente con riferimento alle sole attività, come quelle dell'ambito sanitario, in cui la possibile esposizione al contagio virale sia configurabile come un rischio biologico specifico, come appare confermato anche dalla Dir. UE 2020/739 del 3 giugno 2020 e dalla disposizione attuativa contenuta nell'art. 17 del d.l. n. 149 del 2020.

Per ciò che concerne i rapporti di lavoro diversi da quelli rientranti nell'ambito di applicazione delle speciali disposizioni del T.U. sicurezza non appaiono ipotizzabili soluzioni univoche né tempistiche che non debbano necessariamente essere calibrate *ad personam*, con riferimento, per ora, alle scadenze fissate dai cronoprogrammi regionali e un domani, eventualmente, alla diretta disponibilità della somministrazione vaccinale da parte e a cura dei datori di lavoro.

Sino all'apertura di tali “finestre” individuali, le condotte giuridicamente doverose rimarranno quelle del rispetto delle misure di mero contenimento (e non risolutive come il vaccino, stando alle indicazioni delle autorità sanitarie internazionali e interne) imposte alla generalità della

popolazione nonché, con riferimento agli specifici contesti lavorativi, definite sulla base del Protocollo condiviso Governo-Parti sociali del 24 aprile (alle quali rinvia l'art. 29-*bis* del d.l. n. 23 del 2020).

A partire dal momento in cui la scelta del lavoratore di fare esercizio della libertà costituzionalmente riconosciuta di non sottoporsi alla vaccinazione (libertà limitabile solo per espressa volontà del legislatore, come puntualizzato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 5/2018; cfr. anche C. Cost., n. 137/2019) diverrà attuale, competerà al datore di lavoro valutare caso per caso l'utilizzabilità della prestazione (declinabile nell'antitesi possibilità/impossibilità) in relazione alla persistente attitudine del lavoratore, a differenza dei vaccinati, a subire il contagio ovvero a veicolarlo potenzialmente ai colleghi di lavoro ovvero ai terzi (ad es. la clientela).

Le previsioni normative di riferimento si rinvencono, a tal proposito, nuovamente nell'art. 2087 c.c. nonché nell'art. 18, comma 1, lett. *c*, del T.U. 81/08, che sancisce l'obbligo per i datori di lavoro nell'affidare i compiti ai lavoratori, “*di tenere conto delle capacità e delle condizioni degli stessi in rapporto alla loro salute e alla sicurezza*”, nonché nelle previsioni degli artt. 41 e 42 in tema di sorveglianza sanitaria e di idoneità alla mansione.

Stante la specificità e la relatività di tale valutazione, l'omessa vaccinazione potrebbe essere ritenuta non incidente ad es. sulla prestazione dei lavoratori che al momento della possibile vaccinazione e del relativo diniego risultino già “remotizzati”, sia in attuazione della normativa generale posta dalla legge n. 81 del 2017 sia delle disposizioni in materia di lavoro agile “emergenziale” (e limitatamente ai casi in cui l'attività lavorativa possa svolgersi integralmente al di fuori dei locali aziendali).

Per converso, tuttavia, ipotizzare che il rifiuto del vaccino possa far insorgere *ex novo* il diritto alla prosecuzione dell'attività in modalità agile a beneficio del “renitente” precedentemente adibito ad attività presenziali a mo' di diritto potestativo, oltre a poter risultare in contrasto con la coscienza sociale, appare un'ipotesi in netto contrasto con la libertà organizzativa dell'imprenditore (oltre a sovvertire il principio di consensualità che è alla base della costruzione originaria dell'istituto); in argomento si v. recentemente Cass. 27502/2019. Ciò anche, va detto, quando tale eventualità sia astrattamente prospettabile quale *extrema ratio* per l'utilizzabilità della prestazione.

Al di là di queste specifiche ipotesi, spetterà al datore di lavoro la valutazione puntuale in merito alla sussistenza o meno, anche attraverso l'esercizio dello *ius variandi*, di un'impossibilità temporanea della prestazione correlata ai persistenti rischi potenziali di contagio derivanti dalla mancata vaccinazione, con conseguente sospensione delle obbligazioni derivanti dal contratto di lavoro, quanto meno sino al termine del “blocco” dei licenziamenti per gmo attualmente imposto sino al prossimo 31 marzo dall'art. 1, comma 310, della legge di bilancio 2021 nonché del possibile successivo recesso, laddove l'orizzonte temporale dei rischi sanitari e delle connesse limitazioni autoritativamente imposte si riveli esteso o nebuloso a tal punto da indurre a configurare ragionevolmente il venir meno dell'interesse datoriale alla conservazione del rapporto di lavoro, in applicazione di un principio di diritto più che consolidato nella giurisprudenza di legittimità.

Questa eventualità potrà manifestarsi, a valle dell'allontanamento temporaneo e in relazione all'andamento della pandemia, anche nei confronti dei lavoratori addetti ad attività rientranti nell'ambito di applicazione delle norme dei titoli speciali del T.U. sicurezza, come quelle relative ai rischi biologici specifici. Né può ritenersi, come ultima precisazione, che alla fattispecie concreta del rifiuto di vaccinazione possa trovare applicazione il divieto di licenziamento sancito dall'art. 83, comma 3, del d.l. n. 34 del 2020. Ciò in quanto tale disposizione, in ogni caso soggettivamente delimitabile ai soli lavoratori "fragili" individuati dal comma 1 dello stesso art. 83, deve essere comunque temporalmente contestualizzata nella fase anteriore alla messa a punto dei vaccini e non appare estensibile anche a situazioni nelle quali il rischio da contagio sia volontariamente perpetuato o accresciuto dal rifiuto di sottoporsi alla vaccinazione.

Stefano Bellomo, professore ordinario nell'Università di Roma La Sapienza