

PROF. AVV. ORONZO MAZZOTTA
ORDINARIO DI DIRITTO DEL LAVORO NELL'UNIVERSITÀ DI PISA
Borgo Stretto, 52 - PISA - Tel. (050) 540152 - 540512 - Fax 541167
e-mail: oronzo.mazzotta@tin.it

Osservazioni sul Disegno di legge n. 2167 del 2021
(conversione del decreto legge 1° aprile 2021, n. 44)

1. *Lo stato dell'arte.*

Intorno alla vicenda della possibile imposizione della vaccinazione da parte del datore si è aperto un amplissimo dibattito, inaugurato da me a ridosso dell'Epifania sul *Quotidiano giuridico* e di cui ha dato conto la rivista, da me diretta, *Labor-Il lavoro nel diritto*¹.

Il panorama che deriva dai contributi pubblicati, pur nella varietà degli itinerari, dà conto della complessità della questione e della necessità di affrontarla senza trascurare alcun particolare, per piccolo che possa apparire. Prevale in linea di massima un atteggiamento prudente che non cede alle lusinghe di mannaie *tranchant*, auspicabili magari per ragioni extra-giuridiche, ma assai poco rispondenti ai pesi e contrappesi che propone il panorama dell'ordinamento.

La delicatezza della discussione deriva dal fatto, pressoché ovvio, per cui il retroterra delle opinioni giuridiche è caricato dai tanti pre-giudizi, nel senso letterale di giudizi precosti-

¹ V. per il mio contributo:

<https://www.rivistalabor.it/dibattito-istantaneo-vaccini-anti-covid-rapporto-lavoro-lopinione-oronzo-mazzotta/>

Per la rubrica con le varie opinioni v.:

<https://www.rivistalabor.it/diritto-del-lavoro-ed-emergenza-pandemica/>

Per un rapidissimo riepilogo v. altresì: O. MAZZOTTA, *Rifiuto del vaccino, licenziamento solo in assenza di un proficuo impiego*, in *Il Sole 24 Ore* del 13 gennaio 2021.

tuiti, che tutti noi abbiamo maturato nel lunghissimo, interminabile anno appena trascorso, sulla pandemia, sui suoi effetti e sui comportamenti – virtuosi o irresponsabili – dei nostri connazionali.

Per non incorrere in fraintendimenti sulla mia posizione o sul mio pre-giudizio faccio mio il pensiero espresso recentemente da Michele Serra, nella sua rubrica su *la Repubblica*. Serra risponde così al conformismo individualista di “quelli che non la bevono”: «l’anno appena trascorso, così duro e insolito, ci ha aiutato a capire che in certi momenti bisogna... essere gregge, accettare le fatiche dell’uguaglianza, ammettere di essere legati a doppio filo a un destino collettivo. Per questo, soprattutto per questo vaccinarsi è non solo utile. È anche giusto».

Ecco allora che per affrontare il discorso da un punto di vista giuridico, anche volendo fornire una prima lettura degli eventi, occorre sgombrare il campo da quei presupposti/pregiudizi ed accostarsi ad una discussione condotta al lume del diritto che ci governa.

Anzitutto proviamo a formulare esattamente il quesito che ci interessa: in un contesto ordinamentale nel quale la vaccinazione non è obbligatoria può il datore di lavoro imporla ai propri dipendenti per ragioni di sicurezza e, conseguentemente, sanzionare con il licenziamento per giusta causa chi non si adegua a tale disposizione?

I parametri di riferimento per impostare una risposta sono anzitutto l’art. 32 Cost. e l’art. 2087 cod. civ.

Il primo, come è noto, al secondo comma, prevede che «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge». Il secondo impegna il datore di lavoro ad «adottare le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l’esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l’integrità fisica e la personalità morale del prestatore di lavoro».

Secondo una lettura davvero radicale della vicenda il combinato disposto, come si diceva un tempo, delle due norme dovrebbe condurre all'affermazione della perfetta ammissibilità della scelta datoriale di imporre la vaccinazione obbligatoriamente ai proprio dipendenti "senza se e senza ma". Non solo i diritti assoluti della persona – si assume in questa prospettiva – sarebbero perfettamente disponibili da parte dell'interessato, ma il lavoratore, tramite la sottoscrizione del contratto di lavoro, avrebbe in qualche modo accettato *a priori* siffatta limitazione dei suoi diritti.

Francamente non vedo come una prospettiva del genere possa accordarsi con una corretta visualizzazione delle obbligazioni delle parti del rapporto di lavoro. In primo luogo è seriamente discutibile la premessa, secondo cui vi sarebbe una obbligazione "implicita" assunta dal lavoratore diretta a veder limitati i propri diritti assoluti. Vero è proprio il contrario e cioè che sono i diritti assoluti che condizionano l'amministrazione del contratto di lavoro, costituendo proprio un *limite all'autonomia privata*, che, come sappiamo, non può porsi in conflitto con norme imperative di legge. Così come è altrettanto indiscutibile che le ipotesi di disposizione dei diritti assoluti all'interno del rapporto di lavoro (pensiamo alla riservatezza) sono rigidamente regolate dalla legge, che costruisce intorno alla persona del lavoratore una serie di garanzie proprio allo scopo di evitare che il rapporto possa essere fonte tali limitazioni.

In realtà, nella prospettiva qui avversata, si scrive "contratto di lavoro", ma si deve leggere "poteri unilaterali del datore di lavoro". Intendo dire che qui stiamo ragionando non di spazi di libera autonomia che dovrebbero riguardare il contratto e cioè libere scelte (semmai esplicite) di ambedue le parti, ma di spazi di libertà ed autonomia che dovrebbero caratterizzare il potere direttivo del datore di lavoro, cioè *il potere di una parte del contratto di imporre limitazioni ai diritti assoluti dell'altro contraente*.

Il che mi pare francamente un po' troppo in controtendenza rispetto a quello che grandi Maestri chiamavano "lo spirito del diritto del lavoro".

Ciò posto, se si esce fuori dalla dimensione generalissima (ed alquanto ardita) appena criticata non può che prendersi atto, nei rapporti fra art. 32 Cost. e art. 2087 cod. civ., che quest'ultima disposizione non può di certo essere considerato la "disposizione di legge" cui allude la riserva formulata dalla prima, dovendo questa consistere in una normazione *ad hoc*, specificamente diretta ad imporre la vaccinazione.

D'altra parte è sì vero che il rispetto dell'obbligo di cui all'art. 2087 impone al datore di conformarsi al criterio della "massima sicurezza possibile", ma il rispetto di tale criterio è pur sempre ancorato a dati scientifici dedotti dall'"esperienza e la tecnica". 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. Così come il lavoratore potrebbe addurre, se non il rispetto della riservatezza, particolari condizioni personali che possono sconsigliare di sottoporsi alla vaccinazione.

Si dice ancora che, secondo l'art. 20 del d.lgs. 81/2008 (il testo unico in materia di sicurezza sul lavoro), è fatto obbligo *allo stesso lavoratore* di prendersi cura della propria salute e sicurezza e di quella delle altre persone presenti sul luogo di lavoro. Si tratta però di un precetto che può essere astrattamente invocato rispetto alle misure che impongono di indossare la mascherina e/o rispettare il distanziamento o, ancora, farsi misurare la temperatura all'ingresso dei luoghi di lavoro (misure del resto previste da fonti sovraordinate), ma non per quelle che, come la vaccinazione, incontrano un limite che deriva da una norma costituzionale.

Altrettanto discutibile è il richiamo dell'art. 279 del Testo unico, secondo cui, ove il lavoratore sia esposto ad agenti

biologici, il datore di lavoro può disporre le più idonee misure sanitarie di protezione, ivi compresa «la messa a disposizione di vaccini efficaci per quei lavoratori che non sono già immuni all'agente biologico presente nella lavorazione». È evidente infatti che in questo caso la vaccinazione è imposta a protezione dello stesso lavoratore esposto ad un rischio che comunque promana dall'ambiente lavorativo.

D'altra parte questa disposizione costituisce la migliore conferma del fatto che solo con una esplicita previsione legislativa si può superare il divieto previsto dall'art. 32 Cost. Con il corollario che, trattandosi di norma di stretta interpretazione, non se ne possono allargare le maglie estendendola a situazioni diverse e non previste.

Ciò detto spostiamo ora il *focus* del discorso sulla posizione del lavoratore e sui suoi obblighi contrattuali. Si può ritenere che non aderire alla direttiva del datore possa costituire una violazione di tali obblighi, cioè un inadempimento passibile di licenziamento per giusta causa?

Non dobbiamo dimenticare che la valutazione dell'inadempimento non può essere condotta una volta per tutte ed in astratto, come pretenderebbe chi formula la facile equazione fra il rifiuto della vaccinazione ed il licenziamento.

Il giudizio sull'inadempimento non può che essere condotto *sul piano del singolo rapporto*; è un giudizio che va *individualizzato*.

E qui si entra in quel delicato territorio in cui vengono in conflitto le *obbligazioni contrattuali del lavoratore* con la sua *vita privata*. Bisogna quindi chiedersi – fermo per il lavoratore l'ovvio rispetto delle obbligazioni relative alla sua prestazione – fino a che punto il comportamento complessivo incide sulla agibilità della prestazione e la permanenza dell'interesse del creditore di lavoro alla prosecuzione del rapporto.

Basta porsi questo interrogativo per avere una bussola che può orientare la discussione.

Stiamo qui mettendo in campo quegli obblighi che hanno a che fare con l'*affidamento* che il datore ripone sull'adempimento della prestazione del lavoratore.

Ora in questa vasta categoria rientrano anzitutto i cc.dd. *obblighi preparatori all'adempimento*, entro i quali vanno inquadrati i comportamenti del lavoratore estranei alla prestazione ma che possono incidere sul rapporto (ad es. il caso di un lavoratore che, mentre è assente per malattia, presta lavoro per altri).

Vi rientrano poi i cosiddetti *doveri di protezione*, altra categoria fecondissima, che ci consente di sottoporre a valutazione tutti quegli inadempimenti da *contatto sociale*, posti in essere *in occasione di lavoro* (pensiamo al furto sul luogo di lavoro o alla rissa, ma anche alla lesione dell'interesse dell'impresa a non subire pregiudizi sul mercato con danni all'immagine, etc.).

Ed allora se osserviamo la nostra specie alla luce di tali direttive è facile dedurre che la personalizzazione della valutazione dell'inadempimento non può che condurci ad operare importanti distinzioni fra rapporto e rapporto e fra ambiente ed ambiente. È fin troppo ovvio che i doveri di protezione richiesti ad un dipendente bancario sono ben diversi da quelli pretesi nei confronti della prestazione di un semplice manovale nell'edilizia.

Ma soprattutto la distinzione appena evocata ci consente di personalizzare gli inadempimenti in relazione ai contesti lavorativi nell'ambito dei quali si verificano.

Ne deve conseguire che legittimamente un ospedale o una casa di cura privata possono pretendere la vaccinazione da medici ed infermieri, anche perché sarebbero esposti a responsabilità risarcitoria nei confronti di chi, ricoverato per curarsi, abbia contratto il virus in conseguenza di un comportamento inadempiente di un dipendente. È evidente però che con riferimento a tali specifici rapporti la protezione della salute degli assistiti è proprio l'oggetto della prestazione richiesta agli ad-

detti del settore. In qualche modo – lo dico consapevole della scarsa precisione giuridica dell’espressione – la tutela della salute altrui entra in nella “causa” del contratto.

Infine, una volta che, caso per caso ed in relazione ai diversi “ambienti” lavorativi, si sia considerata esigibile la richiesta di vaccinazione, resta la questione della sanzione applicabile al comportamento deviante del lavoratore.

Il licenziamento, come si sa, presuppone o un “notevole inadempimento degli obblighi contrattuali” (giustificato motivo soggettivo) o, addirittura, una “causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto” (giusta causa).

Anche nelle situazioni appena descritte non è detto che la più corretta reazione datoriale debba essere considerato il licenziamento.

Intanto potrebbe esservi per il datore l’opzione di adibire il lavoratore, che abbia scelto di non vaccinarsi, a posizioni compatibili (o meno incompatibili) con tale scelta, in attuazione del suo potere direttivo, un potere oggi dalle maglie assai più larghe in conseguenza della riforma renziana che ha modificato l’art. 13 dello statuto dei lavoratori (e per esso l’art. 2103 cod. civ.).

Residuerrebbe infine la possibilità di configurare il comportamento del lavoratore come un oggettivo impedimento alla prestazione di lavoro, in ragione di una *impossibilità sopravvenuta*. Anche se riguardata la questione in questa luce il licenziamento potrebbe non essere una conseguenza automatica.

Come si sa in casi del genere (pensiamo alla carcerazione preventiva del lavoratore o, per le situazioni di impossibilità regolamentata, al comporto per malattia) ci collochiamo non nella sfera della impossibilità totale, perché l’agibilità del contratto di lavoro non è radicalmente compromessa, ma in quella della *impossibilità parziale* *ratione temporis* (art. 1464 cod. civ.) o *temporanea* (art. 1256, 2° co. cod. civ.): l’inquadramento

nell'una o nell'altra categoria dipende per così dire dal gusto costruttivo dell'interprete.

Prescindo nel presente intervento dal prendere posizione sullo strumento tecnico che il datore dovrebbe adoperare per sancire la rottura del vincolo. Come è ben noto se si opta per l'impossibilità parziale lo strumento è quello del recesso, mentre se si inquadra la specie entro l'impossibilità temporanea il punto di caduta è la risoluzione *ipso iure*.

Conta piuttosto ricordare che sia l'una che l'altra ipotesi di impossibilità non abilitano il contraente adempiente ad una rottura immediata del vincolo negoziale, ma attribuiscono al datore-creditore il potere di risolvere il contratto solo quando non è più rinvenibile un «apprezzabile interesse» all'adempimento parziale (o temporaneo) dell'altra parte.

Ed in situazioni del genere la giurisprudenza, per calcolare il tempo necessario per il venir meno di tale interesse, fa riferimento ad un complesso di parametri come la collocazione del lavoratore nell'ambito del processo produttivo, le mansioni e la qualifica (un lavoratore più qualificato sarà meno facilmente sostituibile), la dimensione dell'impresa, etc. I nostri giudici tendono così a scivolare sul terreno delle ragioni oggettive, descritte dall'art. 3 della l. 604/66, prendendo in considerazione le conseguenze disorganizzative del comportamento del lavoratore sull'assetto dell'impresa.

Resta fermo comunque che, così facendo, la giurisprudenza opera un adeguato bilanciamento fra l'interesse del datore alla cessazione del rapporto e quello del lavoratore alla conservazione del posto e ritiene che alla scelta di licenziare si possa giungere solo dopo un certo periodo di tempo. Nel frattempo il rapporto di lavoro si trova quindi in una situazione di sospensione fino al momento in cui venga a cessare l'impedimento o si esaurisce l'interesse datoriale all'adempimento parziale.

Come si vede dalla rapida ricognizione effettuata la soluzione del problema non è affatto né semplice né immediata, ma

è sottoposta ad una lunga serie di valutazioni intermedie che mettono in discussione sia il potere di imporre la vaccinazione che quello di disporre necessariamente il licenziamento all'inadempiente.

*

Premesso che una buona parte dei problemi in precedenza evocati ce li porteremo dietro anche dopo l'entrata in vigore del D.L. 44/2021, va detto però che l'intervento del legislatore conferma la correttezza della posizione espressa.

La legge conferma anzitutto che l'obbligo vaccinale può essere imposto solo per legge, in attuazione dell'art. 32 Cost.

Essa inoltre circoscrive l'obbligatorietà all'ambito sanitario, secondo linee di intervento che erano state auspiccate in precedenza e rispetto alle quali è largamente opportuno che il legislatore abbia fatto chiarezza.

2. *Problemi costituzionalità.*

Lasciando ai costituzionalisti il tema mi limito a rilevare che non sembrano esservi dubbi di costituzionalità sotto il profilo della necessità e dell'urgenza ed altresì sotto il profilo dell'individuazione dei soli operatori sanitari come destinatari.

Quanto a quest'ultimo profilo in particolare la discriminazione appare ampiamente assistita da ragionevolezza.

Altrettanto deve dirsi rispetto al conflitto obbligo/libertà. Secondo le indicazioni della Corte costituzionale il bilanciamento fra i due principi va sciverato alla luce del *criterio della proporzionalità*. In tale contesto il diritto-libertà di ri-

fiutare il trattamento va bilanciato con il diritto alla salute degli altri.

Esemplare in questo ambito è quanto la Corte ha statuito con riferimento alla vicenda Ilva (sentenza n. 85 del 2013), vicenda nella quale si contrapponevano salute e lavoro. Secondo la Corte i diritti fondamentali si trovano in una relazione di reciproca integrazione, senza che l'uno prevalga sull'altro. La protezione non può essere parcellizzata ma va vista nell'insieme ed in contestualità, pena l'espansione di un diritto ai danni dell'altro.

3. *Ambito soggettivo di applicabilità.*

Una prima questione riguarda i *destinatari dell'obbligo vaccinale*.

Secondo l'art. 4 sono «*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, nelle farmacie, parafarmacie e negli studi professionali*». Vi rientrano le professioni sanitarie, collegate ad un ordine professionale, ma anche chi esercita l'attività di somministrazione al di fuori delle strutture indicate.

Per tali soggetti «*la vaccinazione costituisce requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative rese dai soggetti obbligati*». Vedremo le conseguenze di questa affermazione sull'apparato sanzionatorio predisposto.

L'elenco comprende logicamente ogni operatore a prescindere dalla qualificazione del rapporto di lavoro (subordinato, autonomo, parasubordinato).

Inoltre la definizione contrappone le figure degli esercenti la professione sanitaria, rispetto ai quali l'ordinamento for-

nisce indicazioni abbastanza chiare, dalla nozione di «operatore di interesse sanitario» che è quella su cui si è già sviluppata una vivace discussione.

A) Per *i medici et similia* è di aiuto l'*iscrizione agli ordini professionali* che operano nel settore sanitario e sui quali il Ministero della salute esercita la vigilanza (Ordine dei Medici Chirurghi e Odontoiatri; Ordine Veterinari Italiani; Ordine Farmacisti Italiani; Ordine professioni Infermieristiche; Ordine della Professione di Ostetrica; Ordine dei Tecnici sanitari di radiologia medica e delle professioni sanitarie tecniche, della riabilitazione e della prevenzione; Ordine Psicologi; Ordine nazionale Biologi; Ordine dei Chimici e dei Fisici).

Per *i non medici* si può fare riferimento all'elenco delle professioni sanitarie riconosciute dal Ministero della salute (tecnico audiometrista; tecnico della fisiopatologia cardiocircolatoria e perfusione cardiovascolare; igienista dentale; dietista; podologo; fisioterapista; logopedista; ortottista - assistente di oftalmologia; terapista della neuro e psicomotricità dell'età evolutiva; tecnico riabilitazione psichiatrica; terapista occupazionale; educatore professionale; tecnico della prevenzione nell'ambiente e nei luoghi di lavoro).

Vi rientrerebbero anche *gli operatori di interesse sanitario* riconosciuti dal Ministero della salute (massofisioterapista; operatore socio-sanitario; assistente di studio odontoiatrico) nonché le cc.dd. *arti ausiliarie delle professioni sanitarie* (massaggiatore capo bagnino stabilimenti idroterapici; ottico; odontotecnico; puericultrice) anch'esse riconosciute dal Ministero.

Le tesi restrittive si fermano qui. Esse escludono una lunga serie di soggetti che operano a stretto contatto con i malati.

Si tratta di tesi errata anzitutto sul piano del metodo perché la fonte dell'individuazione è insoddisfacente. Non può certo essere il rinvio ad un sito del Ministero anzitutto.

E poi soprattutto l'individuazione dei soggetti è complicata dalla competenza regionale. Come si sa infatti secondo la legge 1° febbraio 2006, n. 43 (art. 1), dopo aver individuato le *professioni sanitarie infermieristiche, ostetrica, riabilitative, tecnico-sanitarie e della prevenzione*, al secondo comma dispone che «*resta ferma la competenza delle regioni nell'individuazione e formazione dei profili di operatori di interesse sanitario non riconducibili alle professioni sanitarie come definite dal comma uno*».

In tal modo più che difficile diviene impossibile la determinazione dei profili interessati, non tanto per la necessità di verificare la frammentaria legislazione regionale, ma anche perché così verrebbe meno l'unitarietà della scelta di politica legislativa.

Si tratta però di un approccio errato perché qui l'interesse è necessariamente nazionale, per un bisogno da trattare omogeneamente su tutto il territorio. È sufficiente allo scopo richiamare la fondamentale decisione 5/2018 della Corte costituzionale, secondo cui «ragioni logiche, prima che giuridiche» impongono una disciplina unitaria, di carattere nazionale, idonea a preservare l'uguaglianza delle persone nell'esercizio del fondamentale diritto alla salute e a tutelare contemporaneamente l'interesse della collettività (v. altresì le sentenze n. 169 del 2017, n. 338 del 2003 e n. 282 del 2002).

Alle Regioni del resto compete *l'organizzazione dei servizi non la scelta di selezionare i soggetti da sottoporre a vaccinazione obbligatoria*. Infatti «l'intervento del legislatore regionale non ha per oggetto la regolazione degli obblighi vaccinali – che chiamerebbe in causa la competenza statale in tema di determinazione dei principi fondamentali della materia di tutela della salute (sentenza n. 5 del 2018)» ma solo, appunto, il profilo organizzativo.

B) Quelle tesi lasciano fuori almeno due categorie: a) gli operatori non sanitari (i collaboratori dei medici a vario titolo, come addetti alla segreteria, assistenti amministrativi, addetti alle pulizie, etc.); b) gli addetti “esterni” (vi rientra il personale dipendente da imprese di pulizia o i soggetti che accolgono i vaccinandosi nelle strutture di vaccinazione o, ancora, il personale di segreteria che opera nelle medesime strutture?)

L’itinerario più credibile che è stato proposto per superare questa evidente aporia è quello che *fa capo al concetto di rischio*. Non avrebbe senso in sostanza una disciplina che non considerasse come destinatari dell’obbligo tutti quelli che operano, con qualsiasi veste, entro le strutture sanitarie (come ad es. un cuoco, un addetto alle pulizie dei locali, un badante, un portiere, un impiegato amministrativo, l’addetto all’ufficio informazione, alla cassa, il portiere, un vigilante, un addetto alle manutenzioni, uno studente tirocinante, ecc.).

Quindi vi devono necessariamente rientrare anche i dipendenti di imprese “esterne” che svolgono attività all’interno delle strutture.

Sul piano interpretativo potrebbe soccorrere il criterio adottato nella disciplina prevenzionistica (d.lgs. 81/2008), che per *datore di lavoro* intende il soggetto che ha la responsabilità dell’organizzazione produttiva (art. 2 lett. b) e per *lavoratore* la persona che, indipendentemente dalla tipologia contrattuale, svolge un’attività lavorativa nell’ambito dell’organizzazione di un datore di lavoro pubblico o privato, con o senza retribuzione, anche al solo fine di apprendere un mestiere (art. 2 due lett. a). E qui è evocata una lunga lista di persone equiparate (tra cui ad es. gli studenti universitari, chi alterna studio e lavoro, etc.).

D’altra parte alla medesima conclusione orienta l’*ordinanza del 9 aprile 2021, n. 6, del Commissario straordinario per l’emergenza Covid-19* (adottata nel rispetto delle previsioni del decreto del Ministro della salute del 12 marzo 2021).

Essa dispone infatti l'ordine di priorità della vaccinazione, prevedendo che, parallelamente alle altre categorie prioritarie, sia «completata la vaccinazione di tutto il personale sanitario e sociosanitario, in prima linea nella diagnosi, nel trattamento e nella cura del Covid-19 e di tutti coloro che operano in presenza presso strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private».

Punto critico. Per maggiore chiarezza si potrebbe richiamare la nozione di "lavoratore" di cui al d.lgs. 81/2008 che, come detto, ricomprende anche dipendenti "esterni" nonché figure non riconducibili né alla subordinazione né all'autonomia (come tirocinanti o stagisti).

4. *Le deroghe*

Le deroghe sono riferibili all'ipotesi *di accertato pericolo per la salute, in relazione a specifiche condizioni cliniche documentate, attestate dal medico di medicina generale.*

Punto critico. C'è da chiedersi se i medici di medicina generale possano avere la necessaria competenza. *Si potrebbe pensare ad una certificazione redatta da medici legali, appartenenti ad una struttura sanitaria pubblica.*

5. *La procedura*

Una prima osservazione: la procedura è farraginoso e lunga. Forse si poteva partire dall'adempimento che è previsto

in coda alla sequenza e cioè l'invito dall'Asl a sottoporsi alla vaccinazione, indicando modalità e tempi.

Mi rendo però conto che, essendo la procedura già in moto, una modifica dell'*iter* complicherebbe la situazione lungi dal semplificarla.

La procedura è prevista sia per i medici (e qui provvedono gli Ordini) che per *i datori di lavoro degli operatori di interesse sanitario che svolgono la loro attività in strutture sanitarie, socio-sanitarie, socio-assistenziali, pubbliche o private, nelle farmacie, parafarmacie e negli studi professionali.*

È evidente che questo dato si collega a quello che abbiamo visto serve per individuare la latitudine dell'estensione dei soggetti coinvolti nella vaccinazione obbligatoria.

Quindi basandosi sul *criterio del rischio* si deve far capo alla disciplina prevenzionistica ed alla nozione di lavoratore, come abbiamo visto.

6. *Le conseguenze del rifiuto sul rapporto di lavoro*

Il punto di partenza del discorso è che, secondo il DL, per le professioni indicate, *«la vaccinazione costituisce requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative rese dai soggetti obbligati».*

Quindi rispetto ai rapporti implicati nell'obbligo, la vaccinazione si colloca nel novero delle obbligazioni contrattuali, cui è collegata ogni valutazione in termini di adempimento/inadempimento.

Il D.L. però – in sintonia con quanto in gran parte si riteneva in generale già in precedenza – non configura l'omesso adempimento come un illecito disciplinare, ma colloca la reazione del datore su un altro piano che, per semplicità espositi-

va, possiamo collocare entro *l'ampia categoria dell'impossibilità sopravvenuta*.

La procedura muove dall'*atto di accertamento*, da parte dell'ASL, della mancata ottemperanza all'obbligo vaccinale.

Tale atto va comunicato all'interessato *«dall'Ordine professionale di appartenenza»*. Qui ritorna il problema degli operatori sanitari che non siano iscritti ad Ordini e di tutta quella pletera di soggetti che ruotano intorno ai “luoghi” consacrati alla cura.

Punto critico. Forse si potrebbe dire che la sospensione è comunicata agli Ordini *“nonché ai datori di lavoro interessati”* (il pensiero va alle imprese di pulizia).

Da tale accertamento consegue la *«sospensione dal diritto di svolgere prestazioni o mansioni che implicano contatti interpersonali o comportano, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio»*.

La situazione di sospensione può generare due ordini di effetti: a) l'adibizione del lavoratore a *mansioni anche inferiori*, con il *trattamento corrispondente*; b) la sospensione del rapporto di lavoro, senza diritto a compenso. Quest'ultimo effetto perdurerà fino all'adempimento dell'obbligo o, comunque, non oltre il 31 dicembre 2021.

La sospensione si verifica *ex lege* e il datore non ha alcun potere discrezionale di escluderla. Essa si colloca entro lo schema dell'impossibilità, dato che la vaccinazione è requisito essenziale. La conseguenza, secondo il sistema dovrebbe essere il licenziamento, ma la legge si limita alla sospensione.

Punto critico. *Potrebbe essere previsto in alternativa, per non penalizzare troppo il lavoratore, il potere datoriale di collocazione in ferie*.

La sospensione opera anche, per chi è iscritto ad un albo, sull'abilitazione allo svolgimento della professione, con diritto a ritorno *ex tunc* all'iscrizione.

Le conseguenze per chi è esentato dall'obbligo vaccinale per motivi di salute sono diverse. Rispetto a tali lavoratori non può essere emesso l'atto di accertamento di violazione dell'obbligo.

Si prevede l'adibizione a *mansioni diverse, senza decurtazione della retribuzione.*

Se poi mansioni del genere non sono reperibili si potrebbe pensare all'applicazione dei principi in materia di impossibilità sopravvenuta, con sospensione della retribuzione e magari intervento della CIG Covid.

Quanto all'attività libero-professionale di chi non possa sottoporsi a vaccinazione si prevede opportunamente l'applicazione del Protocollo di sicurezza approvato dal Ministero della Salute.

7. *Indennizzo per obbligatorietà vaccinazione.*

Manca nel D.L. una disposizione relativa al *diritto all'indennizzo a seguito dell'obbligatorietà della vaccinazione.*

La previsione secondo cui non devono derivare ulteriori oneri per la finanza pubblica deporrebbe in senso contrario (art. 4, comma 12).

Ricordo però che, secondo l'art. 1, comma 1, l. 25 febbraio 1992, n. 210: *«chiunque abbia riportato, a causa di vaccinazioni obbligatorie per legge o per ordinanza di una autorità sanitaria italiana, lesioni o infermità, dalle quali sia derivata una menomazione permanente della integrità psico-fisica, ha diritto ad un indennizzo da parte dello Stato».*

Senonché l'indennizzo non è automatico, ma occorre che la legge che prevede l'obbligo vaccinale lo dica espressamente.

Ovviamente dovrà essere dimostrata la sussistenza di un nesso causale tra la somministrazione del vaccino e il danno alla salute (sulle modalità di valutazione v. Cass., 2474/2021, che fa riferimento alla regola della “preponderanza dell'evidenza”).

Né è sufficiente allo scopo di fugare tale necessità il modulo di consenso informato, fornito al paziente prima della vaccinazione anti-coronavirus. Le indicazioni del modulo (impossibilità di prevedere effetti a lungo termine, ricorso al medico curante o al centro vaccinale in caso di effetti indesiderati) non possono di certo costituire esimenti.

Del resto il diritto all'indennizzo non potrebbe essere escluso nemmeno per i soggetti che non rientrano nel campo di applicazione dell'art. 4 d.l. n. 44/2021 e che riportino, a seguito della somministrazione del vaccino, lesioni o infermità dalle quali derivi una menomazione permanente della integrità psico-fisica.

È sufficiente allo scopo rinviare a quanto ha scritto la Corte costituzionale nella sentenza n. 118 del 2020, secondo cui *«la ragione che fonda il diritto all'indennizzo del singolo non risiede quindi 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 psico-fisica derivino da un trattamento sanitario (obbligatorio o raccomandato che sia) effettuato nell'interesse della collettività stessa, oltre che in quello individuale»*.

Punto critico. Manca ogni riferimento ad un indennizzo.