



UNIMORE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI
MODENA E REGGIO EMILIA

Quaderni Fondazione Marco Biagi

Roberto Pinardi (a cura di)

L'obbligo vaccinale dei lavoratori durante l'emergenza sanitaria

Atti del Seminario svoltosi a distanza il 14 maggio del 2021

Quaderni Fondazione Marco Biagi

ISSN 2239-6985

Registrazione presso il Tribunale di Modena n. 2031 del 03/05/2011

**L'obbligo vaccinale dei lavoratori durante l'emergenza sanitaria
Roberto Pinardi (a cura di). Modena: Fondazione Marco Biagi, 2021**

© Copyright 2021 degli autori

ISBN 979-12-81397-13-2

Comitato di direzione

Tindara Addabbo, Francesco Basenghi (Direttore Responsabile), Tommaso M. Fabbri

Comitato scientifico

Marina Orlandi Biagi (Presidente), Tommaso M. Fabbri (Vice Presidente), Tindara Addabbo, Edoardo Ales, Francesco Basenghi, Janice Bellace, Susan Bisom-Rapp, Ylenia Curzi, Luigi E. Golzio, Frank Hendrickx, Csilla Kollonay, Alan Neal, Roberto Pinardi, Ralf Rogowski, Riccardo Salomone, Iacopo Senatori, Yasuo Suwa, Tiziano Treu, Manfred Weiss

Comitato di redazione

Ylenia Curzi, Alberto Russo, Olga Rymkevich, Iacopo Senatori

Editore

Fondazione Marco Biagi, Università di Modena e Reggio Emilia

Largo Marco Biagi 10, 41121 Modena

Tel. +39 059 2056031

E-mail: fondazionemarcobiagi@unimore.it

INDICE

Pandemia da Covid-19 e obbligo vaccinale per i lavoratori: quali limiti costituzionali? <i>Roberto Pinardi</i>	7
Aspetti medici della vaccinazione anti-covid-19 nei lavoratori: il rischio di infezione negli ambienti di lavoro, la efficacia ed i rischi dei vaccini <i>Fabriziomaria Gobba</i>	32
Dall'obbligo vaccinale contro il Coronavirus (SARS-CoV-2) per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario al "Green Pass" <i>Giuseppe Pellacani</i>	45
Somministrazione vaccinale e gestione prevenzionistico-cautelare del rapporto di lavoro: dalle misure generali di tutela al Titolo X del d.lgs. n. 81/2008 <i>Maria Giovannone</i>	57
Rifiuto del vaccino, prestazioni assicurative INAIL e profili di rivalsa <i>Cesare Damiano</i>	69
La privacy del lavoratore al tempo delle vaccinazioni <i>Noemi Miniscalco</i>	74

PANDEMIA DA COVID-19 E OBBLIGO VACCINALE PER I LAVORATORI: QUALI LIMITI COSTITUZIONALI?

Roberto Pinardi
Professore Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico
Università di Modena e Reggio Emilia

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Pandemia e Costituzione. - 3. Trattamenti sanitari “obbligatori” e “coattivi”. - 4. Il trattamento sanitario obbligatorio come eccezione alla regola della libera autodeterminazione terapeutica. - 5. I limiti costituzionali all’imposizione di obblighi vaccinali (anche) per i lavoratori. - 5.1. L’«interesse della collettività». - 5.2. La salvaguardia della salute del soggetto vaccinato. - 5.3. La riserva di legge. - 5.4. La necessaria «determinatezza» del trattamento imposto. - 6. Per concludere: alcune brevi osservazioni sul riparto di competenza Stato-Regioni.

1. Premessa.

Il tema oggetto della mia Relazione attiene ai profili costituzionalistici ovvero, più precisamente, ai limiti che la Costituzione impone alla previsione di un obbligo di vaccinazione anti Covid-19¹ per i lavoratori.

Prima di entrare nel merito della tematica in parola, cerco innanzitutto di ...giustificare la mia presenza. Può sembrare strano, infatti – per lo meno a prima vista – che all’interno di un Incontro, come l’odierno, che si propone di indagare la problematica *de qua* (anche) con riferimento ad aspetti tecnici e di dettaglio trovino spazio riflessioni ben più generali formulate da un cultore del diritto costituzionale. In premessa, pertanto, cercherò di argomentare, sia pur brevemente, il senso (e con esso l’utilità) del mio intervento.

2. Pandemia e Costituzione.

La situazione di emergenza che si è generata a causa della pandemia che stiamo vivendo ha portato, con forza, al centro della riflessione giuridica, ma anche dell’interesse generale

¹ È questo, com’è noto, il nome ufficiale della malattia causata dal virus SARS-CoV-2 (*severe acute respiratory syndrome coronavirus2*) secondo le indicazioni tecniche adottate dall’Organizzazione mondiale della sanità in *Naming the coronavirus disease (Covid-19) and the virus that causes it* (www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019).

di massmedia, forze politiche e cittadini, tutta una serie di questioni, tra loro connesse, che riguardano, principalmente, le seguenti tre aree tematiche:

primo: quale sia il modello di produzione normativa che deve essere utilizzato, dallo Stato, in periodi del genere e cosa ciò comporti sul concreto funzionamento della nostra forma di Governo (a partire dal delicato rapporto tra Parlamento e Governo);

secondo: di chi sia la competenza a prendere decisioni in periodi siffatti con particolare riguardo all'esatta individuazione della linea di confine che separa le rispettive competenze di Stato ed autonomie territoriali;

terzo: entro che limiti e con quali strumenti sia possibile limitare i diritti costituzionalmente garantiti durante fasi di "eccezione" come quella determinata dall'attuale pandemia.

Ebbene, non mi pare necessario argomentare in maniera particolarmente ampia ed approfondita per poter affermare che tali questioni toccano tutti aspetti fondamentali della nostra struttura ordinamentale e trovano, pertanto, nella Costituzione, il loro primo e più naturale riferimento giuridico. Con una conseguenza che non va sottaciuta.

La Carta del '48, infatti, a differenza di quanto era possibile predicare con riguardo allo Statuto albertino, non rappresenta esclusivamente un importante documento sotto il profilo storico e politico-sociale, ma è anche e soprattutto una fonte del diritto che si colloca al vertice del nostro ordinamento. Ne consegue che procedere all'analisi di una certa tematica muovendo dai suoi profili di carattere più propriamente costituzionale non si rivela un vuoto esercizio di stile o tutt'al più un'operazione di nostalgica deferenza nei confronti del pensiero dei Padri fondatori, ma si ricollega, piuttosto, all'esigenza ben più concreta di tenere nella dovuta considerazione quanto risulta, in effetti, (giuridicamente) fondamentale in quella materia. Ben consapevoli che la violazione del dettato costituzionale innesca una precisa reazione, da parte dell'ordinamento giuridico, che può portare all'annullamento della legge viziata.

Se, dunque, è forse eccessivo affermare, come ha fatto qualche Autore², che l'obbligo vaccinale è problema « eminentemente di diritto costituzionale », non ci deve stupire se anche studiosi di altri settori del diritto, nell'approcciarsi al tema del presente Seminario, assai spesso procedono da una ricostruzione (più o meno accurata, in verità) del quadro

² Il riferimento è a A. A. NEGRONI, L'obbligatorietà delle vaccinazioni (decreto legge n. 73/2017) è questione eminentemente di diritto costituzionale, in *Forum di Quad. cost.*, 29 giugno 2017.

costituzionale di riferimento³. Come va rimarcato, del resto, che riferimenti espliciti alla Costituzione si ritrovano anche in documenti di diversa natura, come i pareri del Comitato nazionale per la bioetica o il Piano strategico nazionale dei vaccini per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2⁴.

In quest'ottica, pertanto, nelle pagine che seguono, intendo soffermarmi sui principali aspetti di rilievo costituzionale che sono emersi nell'attuale dibattito sull'obbligo vaccinale (anche) dei lavoratori e che riguardano, per lo più, questioni attinenti alla disciplina contenuta nel secondo comma dell'art. 32 Cost. Svolgerò, inoltre, qualche breve annotazione conclusiva sul tema del riparto di competenze, in materia, tra Stato e Regioni.

3. Trattamenti sanitari “obbligatori” e “coattivi”.

Procedo da una facile constatazione: la somministrazione del vaccino anti Covid-19 rientra a pieno titolo nella nozione, anche giuridica, di “trattamento sanitario”. Dato che questa risulta pacificamente «comprensiva non solo dei trattamenti curativi (di un processo morboso in atto) e riabilitativi (volti al recupero dell'integrità fisica intesa in senso funzionale), ma anche di quelli effettuati a titolo di prevenzione»⁵. Si tratta, dunque, visto il tema del presente Seminario, di indagare se e quali limiti ponga la Costituzione all'astratta previsione ed alla concreta somministrazione di un trattamento sanitario obbligatorio. Laddove, peraltro, in via preliminare, risulta necessario precisare il significato di quest'ultimo aggettivo.

³ Cfr. in tal senso, tra i giuslavoristi, ed a titolo meramente esemplificativo, P. ICHINO, Il dovere di vaccinarsi di fonte contrattuale, in www.pietroichino.it, gennaio 2021; ID., Perché e come l'obbligo di vaccinazione può nascere anche solo da un contratto di diritto privato, in *Lav. Dir. Eur.* n. 1/2021, 2 ss.; 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, *ivi*, 2, 7, 9 e 11; G. BENINCASA - G. PIGLIALARM, Covid-19 e obbligo giuridico di vaccinazione del dipendente, in salus.adapt.it, n. 1 del 2021, 10 ss.; G. NATULLO, Salute e ambienti di lavoro nell'emergenza Covid-19, in *Federalismi.it*, 24 marzo 2021, 150 e 156; e M. GIOVANNONE, La somministrazione vaccinale nei luoghi di lavoro dopo il d.l. n. 44/2021, *ivi*, 2 giugno 2021, 104-105. Del resto, che i trattamenti sanitari obbligatori assumano un indiscutibile rilievo pubblicistico, dal momento che rappresentano uno dei «problemi che l'intervento pubblico a tutela della salute suscita nei suoi rapporti con le norme costituzionali» e, più precisamente, con le condizioni ricavabili dall'art. 32, comma 2, Cost., è affermazione risalente in dottrina: cfr. ad esempio, per la frase riportata tra virgolette, S. P. PANUNZIO, Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione (a proposito della disciplina delle vaccinazioni), in *Dir. e soc.* 1979, 876.

⁴ Rinvio, sul punto, alle osservazioni di M. MASSA, *Lavoro e vaccinazione contro il Covid-19. Note costituzionali su un dibattito giuslavoristico*, in *Quad. cost.* 2021, 90, note 3 e 4.

⁵ In termini D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Giuffrè, Milano 2002, 172. In essa rientrano, pertanto, «non solo le attività terapeutiche ma anche quelle diagnostiche e in generale tutti gli accertamenti sanitari, purché presentino un'immediata attinenza con la salute del soggetto e la finalità di tutela di essa» ovvero, «senza pretesa di esautività, tanto le visite mediche quanto le vaccinazioni, le misure di isolamento e di ricovero o gli accertamenti sierologici del sangue per la profilassi di malattie infettive e diffuse» (*ivi*, risp. 172 e 173-174).

Quando parliamo, infatti, di un trattamento sanitario “obbligatorio” facciamo specifico riferimento ad un trattamento che viene, sì, effettuato a prescindere dal consenso del destinatario, ma che non viene, tuttavia, coattivamente imposto. In altre parole: mentre la previsione di un obbligo al trattamento non determina, di per sé, la possibilità che lo stesso venga effettuato mediante coazione, ma fa scattare, piuttosto, a seguito di un eventuale inadempimento, le sanzioni di volta in volta previste dalla disciplina vigente, nell’ipotesi, al contrario, di trattamenti sanitari coattivi siamo in presenza di misure «che raggiungono il loro obiettivo in virtù non già della collaborazione più o meno spontanea dell’individuo che vi è sottoposto, ma dell’assoggettamento di quest’ultimo all’impiego, sia pur potenziale, della forza (coercibilità)»⁶. Ora, non è questa, con ogni evidenza, la prospettiva che è all’ordine del giorno per la vaccinazione anti Covid-19 nel nostro Paese, né è questa, del resto, l’ottica che ha informato l’adozione dell’art. 4 del d. l. n. 44 del 2021⁷, con il quale, com’è noto, si è imposto, fino alla completa attuazione del Piano strategico nazionale dei vaccini per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2, e comunque non oltre il 31 dicembre 2021, l’obbligo vaccinale agli esercenti le professioni sanitarie e agli operatori del medesimo settore. Che è, ad oggi, l’unico caso di vaccinazione obbligatoria anti Covid-19 che è previsto (non soltanto) nel nostro ordinamento⁸, prevalendo, viceversa, per tutti gli consociati – come meglio vedremo nelle pagine successive – il diritto alla libera autodeterminazione terapeutica. Merita conto, tuttavia, evidenziare che eventuali misure che prevedessero una vaccinazione (non meramente obbligatoria, ma piuttosto) coattiva del lavoratore darebbero vita ad una delle “altre” forme di «restrizione della libertà personale», di cui parla l’art. 13, comma 2, Cost.⁹, e come tali sarebbero sottoposte non soltanto ai vincoli, che illustrerò tra un attimo, e che discendono dal secondo comma dell’art. 32 della Carta costituzionale, ma anche ai ben più stringenti limiti che sono stabiliti a garanzia della

⁶ Così S. P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari*, cit., 888-889. Si pensi, per fare solo un esempio, ai ricoveri coattivi prescritti nei confronti di soggetti affetti da disturbi psichiatrici.

⁷ Ora convertito, con modificazioni, dalla l. 28 maggio 2021, n. 76.

⁸ Dato che nessuno Stato o istituzione di diritto internazionale ha sinora adottato, a quanto consta, un’analoga previsione normativa. Va segnalata, piuttosto, in senso contrario, la Risoluzione 2361, che è stata approvata dal Consiglio d’Europa il 27 gennaio 2021 (leggila in: pace.coe.int/en/files/29004/html), nella quale viene espressamente escluso che gli Stati possano rendere obbligatoria la vaccinazione anti Covid-19 e viene inoltre vietato di usarla per discriminare lavoratori o chiunque decida di non avvalersene (cfr., rispettivamente, i punti

7.3.1 e 7.3.2 della Risoluzione in parola).

⁹ Almeno secondo una parte della dottrina nella cui tesi mi riconosco: per una sintetica ricostruzione del dibattito sul punto cfr. ad esempio, A. SIMONCINI - E. LONGO, *Art. 32*, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Utet, Torino 2006, 667-668 ed Autori *in* richiamati.

libertà personale¹⁰. Tra cui, innanzitutto, la riserva di giurisdizione e la possibilità di ricorrere in Cassazione, ai sensi dell'art. 111, comma 7, Cost., contro un provvedimento giurisdizionale che disponesse la vaccinazione.

4. Il trattamento sanitario obbligatorio come eccezione alla regola della libera autodeterminazione terapeutica.

Stabilito, pertanto, che “obbligatorio” non significa “coattivo” e precisato, del tutto conseguentemente, che nel caso di vaccinazione anti Covid-19 siamo propriamente in presenza di un trattamento sanitario “obbligatorio”, la mente corre immediatamente a quanto dispone, al riguardo, l'art. 32, comma 2, Cost. Il quale, sua volta – è bene ricordarlo – contiene una disciplina speciale rispetto a quella, meno garantista, che è contemplata dall'art. 23¹¹ della Carta del '48¹², in ragione della particolare importanza e dell'accentuata delicatezza della sfera materiale (quella della salute, per l'appunto) che viene interessata, nel caso di specie, dall'intervento dei pubblici poteri.

Ebbene, per comprendere l'esatta portata ed ancor prima la natura delle prescrizioni contenute nell'art. 32, comma 2, Cost. occorre procedere dall'analisi del primo comma della medesima disposizione. Il quale prevede, tra l'altro – com'è risaputo – che «la Repubblica tutela la salute¹³ come fondamentale diritto dell'individuo».

È ormai un luogo comune nelle riflessioni della dottrina costituzionalistica¹⁴ l'affermazione secondo cui, con l'espressione di sintesi “diritto alla salute”, si fa riferimento, in realtà, ad un diritto complesso¹⁵ e quindi a più situazioni giuridiche soggettive che sono

¹⁰ In tema, ampiamente, ed anche per ulteriori riferimenti bibliografici, D. MORANA, *La salute*, cit., 185 ss. Nella giurisprudenza della Corte costituzionale cfr. invece, ad esempio, le sentt. nn. 194 e 238 del 1996 con riferimento all'ipotesi di prelievo ematico praticato su persona non consenziente.

¹¹ Con riferimento alla categoria, più generale, delle prestazioni personali imposte, di cui i trattamenti sanitari obbligatori non sono altro, con ogni evidenza, che una delle diverse *species*.

¹² Tale articolo, infatti, disponendo che: «Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge» si limita a prevedere, in materia, una riserva di legge relativa (cfr., sul punto, le riflessioni sviluppate, *infra*, nel corso del par. 5.3).

¹³ Da intendersi, pacificamente, sulla scorta della definizione datane nel Preambolo del Protocollo istitutivo dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, di cui è stata data esecuzione in Italia con d.lgs. c.p.S. n. 1068 del 1947, non soltanto come assenza di malattia o di infermità, ma anche come completo benessere fisico, mentale e sociale della persona umana (cfr. ad esempio, sul punto, A. SIMONCINI - E. LONGO, *Art. 32*, cit., 656 ss.).

¹⁴ Cfr. almeno, al riguardo, C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, ora in ID., *Raccolta di scritti*, III, Giuffrè, Milano 1972, 433 ss.; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. e soc.* 1983, 21 ss.; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, parte generale, Cedam, Padova 1990, 44 ss.; M. LUCIANI, voce *Salute*, I) *Diritto alla salute (dir. cost.)*, in *Enc. Giur.*, XXVII, Treccani, Roma 1991; D. MORANA, *La salute*, cit., 1 ss.; A. SIMONCINI - E. LONGO, *Art. 32*, cit., 666 ss.; ed E. CAVASINO, *La flessibilità del diritto alla salute*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012.

¹⁵ Parla, ad esempio, del diritto alla salute come di un diritto che «è indiscutibilmente uno dei più complessi da esaminare, interpretare ed applicare, in quanto esso garantisce un insieme variegato di posizioni giuridiche

tutte garantite dall'art. 32, comma 1, Cost.¹⁶. Tali situazioni, inoltre – viene comunemente posto in rilievo – fanno capo a due aspetti principali del diritto in questione: per un verso, il diritto alla salute come diritto (assoluto) di libertà, ossia come pretesa di contenuto negativo a che i pubblici poteri e tutti i consociati¹⁷ non pongano in essere comportamenti lesivi «dell'integrità fisio-psichica della persona umana»¹⁸; per l'altro, il diritto alla salute come diritto (relativo) «a trattamenti sanitari»¹⁹, ossia come pretesa di contenuto (questa volta) positivo a che la «Repubblica»²⁰ sviluppi politiche rivolte alla tutela del bene salute²¹, ad iniziare, com'è ovvio, dallo stanziamento di risorse adeguate²² che risultino finalizzate a tale scopo.

Tra i diversi profili che compongono il diritto alla salute come diritto di libertà rientra, poi, il diritto di *non* essere curato.

Tale aspetto del diritto alla salute, oltre ad essere da tempo riconosciuto in dottrina²³, viene fatto discendere, più in generale, dalla stessa configurazione di tale diritto come libertà

soggettive» M. CARTABIA, *La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, in *Quad. cost.* 2012, 455.

¹⁶ Salvo poi dividersi, in verità – a seconda delle diverse ricostruzioni prospettate – sulla più precisa individuazione delle singole fattispecie riconducibili al dettato costituzionale: sul punto, per una sintesi efficace, cfr. per tutti D. MORANA, *La salute*, cit., 1-2, nota 1.

¹⁷ Dato che: «La tutela della salute implica e comprende il dovere dell'individuo di non ledere né porre a rischio con il proprio comportamento la salute altrui, in osservanza del principio generale che vede il diritto di ciascuno trovare un limite nel reciproco riconoscimento e nell'eguale protezione del coesistente diritto degli altri» (così Corte costituzionale, sent. n. 218 del 1994, punto 2 del Considerato in diritto, con evidente riferimento alla tradizionale distinzione milliana tra *harm to self* e *harm to others*: J. S. MILL, *On liberty*, Longman, London 1859).

¹⁸ Così si esprime la Corte costituzionale nella sent. n. 455 del 1990, punto 3 del *Considerato in diritto* (ma v. ad esempio, nel medesimo senso, l'art. 3, comma 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, laddove si prevede che: «Ogni persona ha diritto alla propria integrità fisica e psichica»).

¹⁹ Cfr. ancora, in tal senso, Corte costituzionale, sent. n. 455 del 1990, punto 3 della motivazione in diritto.

²⁰ Intesa, secondo l'insegnamento di M. S. GIANNINI, voce *Repubblica (diritto costituzionale)*, in *Enc. del dir.*, XXXIX, Giuffrè, Milano 1988, 893, come il «complesso dei pubblici poteri costituiti dallo Stato e dagli enti pubblici», territoriali e non.

²¹ Sulla configurazione del diritto alla salute come diritto sociale cfr. tra i primi, e da diverse prospettive, F. PERGOLESI, *Alcuni lineamenti dei "diritti sociali"*, Giuffrè, Milano 1953, 38; P. BISCARETTI DI RUFFIA, voce *Diritti sociali*, in *Nov.mo dig. it.*, V, UTET, Torino 1960, 761; M. MAZZIOTTI DI CELSO, voce *Diritti sociali*, in *Enc. del dir.*, XII, Giuffrè, Milano 1964, 803; e A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, XI, Treccani, Roma 1989, 255 ss.

²² Ricordo, tuttavia, a tal proposito, che la Corte costituzionale è ferma nel ritenere che, nell'assolvere al compito in oggetto, il legislatore deve bilanciare il diritto alla salute «con gli altri interessi costituzionalmente protetti» e dunque tener conto dei limiti oggettivi che derivano alla sua azione dalle «risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento» (in termini sent. n. 455 del 1990, punto 3 del *Considerato in diritto*). Anche se siffatta operazione non può mai condurre a soluzioni che comprimano «il nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana» (cfr. in tal senso, tra le tante, la sent. nn. 354 del 2008, punto 4 della motivazione in diritto, ed *ivi* ulteriori richiami giurisprudenziali).

²³ V. almeno F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione (a proposito del rifiuto delle trasfusioni di sangue)*, in *Dir. e soc.* 1982, 303 ss.; B. CARAVITA DI TORITTO, *La disciplina costituzionale della salute, ivi* 1984, 21 ss.; M. LUCIANI, voce *Salute*, cit., 1 ss.; S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano 2006; C. CUPELLI, *Il "diritto" del paziente (di rifiutare) e il "dovere" del medico (di non perseverare)*, in *Cass. pen.* 2008, 73 ss.; G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32, co. 2 Cost.*,

di natura individualistica e non funzionale²⁴. Esso, inoltre, è chiaramente ricavabile, a livello sovranazionale, da quanto dispone l'art. 3, comma 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (la cosiddetta Carta di Nizza), laddove si prevede che: «Nell'ambito della medicina» debba essere garantito «il consenso libero e informato» del paziente²⁵; nonché, a livello nazionale, dall'art. 1, comma 1, della l. n. 219 del 2017 (recante «Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento»)²⁶ il quale stabilisce il principio secondo cui «nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato²⁷ della persona interessata»²⁸. E del resto ricordo che la Corte costituzionale ha affermato a chiare lettere che il consenso di cui si discute «si configura quale vero e proprio diritto della persona» giacché «trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 [...] e negli artt. 13 e 32 della Costituzione» in

al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita, in *Dir. pubbl.* 2008, 85 ss.; P. FALZEA (a cura di), *Thanatos e Nomos. Questioni bioetiche e giuridiche di fine vita*, Jovene, Napoli 2009; P. VERONESI, *Uno statuto costituzionale del corpo*, in S. CANESTRARI - G. FERRANDO - C. M. MAZZONI - S. RODOTÀ - P. ZATTI (a cura di), *Trattato di biodiritto*, I, *Il governo del corpo*, Giuffrè, Milano 2011, 137 ss.; F. MEOLA, *Sul diritto di rifiutare le cure fino a lasciarsi morire*, in *Rass. dir. pub. eur.* 2013, 87 ss.; A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, Editoriale scientifica, Napoli 2016; P. BORSELLINO, *Bioetica tra "moralì" e diritto*, Raffaello Cortina, Milano 2018; C. CASONATO, *I limiti all'autodeterminazione individuale al termine dell'esistenza: profili critici*, in *Dir. pub. comp. eur.*, 1, 2018, 3 ss.; L. CHIEFFI *Il diritto all'autodeterminazione terapeutica. Origine ed evoluzione di un valore costituzionale*, Giappichelli, Torino 2019.

²⁴ Cfr., al riguardo, quanto evidenziato, *infra*, a nota 37.

²⁵ Ricordo, inoltre, sempre a livello sovranazionale, il richiamo operato dall'art. 8, comma 1, della CEDU al «diritto al rispetto della vita privata e familiare»; nonché il più stringente riconoscimento del principio di autodeterminazione in materia sanitaria che si rinviene negli artt. 5, 6 e 9 della *Convenzione per la protezione dei Diritti dell'Uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti dell'applicazioni della biologia e della medicina*, firmata ad Oviedo il 4 aprile del 1997 (a proposito della quale va però precisato che il Parlamento italiano ha sì autorizzato, con l. n. 145 del 2001, la ratifica del trattato, ma ad oggi la stessa non è ancora stata depositata presso il Consiglio d'Europa), laddove troviamo, all'art. 5, la «Regola generale» per cui «un trattamento sanitario può essere praticato solo se la persona interessata abbia prestato il proprio consenso libero ed informato».

²⁶ Su cui v., tra gli altri, U. ADAMO *Costituzione e fine vita. Disposizioni anticipate di trattamento ed eutanasia*, Wolters Kluwer, Milano 2018; G. BALDINI *Prime riflessioni a margine della legge n. 219/2017*, in *BioLaw Journal* 2018, 97 ss.; C. CASONATO - S. PENASA - M. RIDOLFI, *Consenso informato e DAT: tutte le novità*, Giuffrè, Milano 2018; B. FILIPPIS, *Biotestamento e fine vita. Nuove regole nel rapporto fra medico e paziente: informazioni, diritti, autodeterminazione*, CEDAM; Padova 2018.

²⁷ Laddove a tal proposito merita conto ricordare che sulla base dell'art. 33, commi 1 e 2, del Codice di deontologia medica approvato nel 2014, ogni medico deve garantire «alla persona assistita o al suo rappresentante legale un'informazione comprensibile ed esaustiva sulla prevenzione, sul percorso diagnostico, sulla diagnosi, sulla prognosi, sulla terapia e sulle eventuali alternative diagnostico-terapeutiche, sui prevedibili rischi e complicanze, nonché sui comportamenti che il paziente dovrà osservare nel processo di cura», adeguando, altresì, «la comunicazione alla capacità di comprensione della persona assistita o del suo rappresentante legale».

²⁸ Secondo la consolidata giurisprudenza comune tale consenso, inoltre, deve risultare personale, reale, sempre revocabile e ripetuto se il trattamento sanitario si compone di diverse fasi (cfr. ad es. Cass., sez. III civ, sent. n. 364 del 1997, in *Foro it.* 1997, I, cc. 771 ss., con nota di A. PALMIERI, *Relazione medico-paziente tra consenso "globale" e responsabilità del professionista*).

ragione «della sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali [...]: quello all'autodeterminazione e quello alla salute»²⁹.

Ne consegue che non soltanto, nel nostro ordinamento, non è predicabile l'esistenza di un dovere individuale di mantenersi in buona salute, secondo una concezione della stessa che appartiene ad un passato ormai tramontato³⁰, quanto piuttosto l'esistenza dell'opposto principio della libera autodeterminazione terapeutica³¹. Il quale comprende, in quanto tale, anche il diritto a non essere sottoposto a trattamenti sanitari indesiderati³², ovvero il diritto di «rifiutare in tutto o in parte [...] qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico», in relazione alla propria patologia, finanche nel caso, estremo e drammatico, di «trattamenti sanitari necessari alla propria sopravvivenza»³³.

Insomma: se la regola è quella del consenso, libero ed informato, che deve essere espresso dal paziente in rapporto ad ogni trattamento sanitario che lo riguarda, è evidente che l'art. 32, comma 2, Cost., nell'individuare i casi in cui la pubblica autorità può disporre, viceversa, trattamenti obbligatori, non fa altro che disciplinare un'eccezione rispetto a quanto è garantito, ad ogni individuo, dal primo comma dello stesso articolo³⁴. Così come si ricava, del resto, da un lato, dalla stessa costruzione logica della disposizione in parola, laddove dapprima si ribadisce la regola («Nessuno può essere...»), per poi esplicitare le condizioni che legittimano a disporre eccezioni («se non...»); e come dimostra, d'altro canto, il fatto che chiedersi se ed in quali ipotesi risulti ammissibile «che taluno sia obbligato e/o costretto a sottoporsi ad un determinato trattamento sanitario» equivale, in ultima

²⁹ Cfr., rispettivamente, per le prime due frasi riportate nel testo, Corte costituzionale, sent. n. 438 del 2008, punto 4 del *Considerato in diritto* e per l'ultima la sent. n. 253 del 2009, punto 2.

³⁰ Un dovere del genere, infatti, risulterebbe ricollegabile ad una visione funzionalistica della salute individuale che ha le sue lontane radici nella concezione ottocentesca della stessa e che trova, come noto, il suo apice durante il regime fascista, in nome dell'esigenza di tutelare interessi superiori quali la potenza della Nazione o l'integrità della stirpe. Significativo, al riguardo, quanto affermava, ad esempio, A. LABRANCA, voce *Sanità pubblica*, in *N. dig. it.*, XI, UTET, Torino 1939, 1045, secondo il quale «de necessità della difesa sanitaria della collettività non debbono trovare ostacoli nell'ideologico rispetto della libertà individuale, che spesso si risolve in una trascuranza degli individui per la propria salute e in un vero e proprio pericolo per la società».

³¹ Il quale esprime, a sua volta, «un'esigenza», più generale, e «profondamente avvertita nel nostro tempo, di emancipare l'individuo dallo stato di soggezione rispetto a qualunque forma di potere: nel nostro caso dallo stato di soggezione del paziente rispetto al legislatore, alla struttura sanitaria, al medico e ad ogni altra autorità» (in termini M. CARTABIA, *La giurisprudenza*, cit., 464).

³² Che si risolve, in pratica, in una pretesa *erga omnes*, tutelata dalla Costituzione, ad un *non facere*, ossia ad un comportamento negativo da parte dello Stato, degli enti pubblici e degli altri consociati.

³³ Così ancora la l. n. 219 del 2017, art. 1, comma 5. Ricordo, inoltre, che il comma successivo dello stesso articolo prescrive che: «Il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo e, in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità civile o penale».

³⁴ V. tra gli altri, nel medesimo senso – e molto chiaramente – P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Giappichelli, Torino 2005, 434.

analisi, invertendo i termini della questione, a chiedersi «se e quali limiti incontri nel vigente ordinamento italiano la libertà del singolo individuo di rifiutare» quel trattamento³⁵.

Abbiamo così individuato una chiave di lettura di non secondario rilievo che risulterà certamente utile nell'opera di esegesi, che mi accingo ad affrontare, di quanto dispone l'art. 32 Cost. Non soltanto, infatti, secondo l'insegnamento della migliore dottrina³⁶, la pienezza del godimento di una libertà individualistica, qual è indubbiamente il diritto alla salute³⁷, può essere circoscritta esclusivamente entro i limiti che sono espressamente indicati dalla Carta costituzionale, ma per di più tali limiti vanno interpretati, nel caso in esame, in maniera restrittiva. Dal momento che ogni trattamento sanitario obbligatorio comporta una compressione della libertà di autodeterminazione terapeutica e rappresenta, pertanto, una deroga rispetto alla regola generale che prevede, al contrario – come s'è detto – la necessità di un consenso informato da parte del soggetto interessato.

5. I limiti costituzionali all'imposizione di obblighi vaccinali (anche) per i lavoratori.

Armati di queste premesse veniamo dunque all'analisi di quanto prescrive l'art. 32 Cost.

Il quesito cui intendo rispondere è, più precisamente, il seguente: quali sono le condizioni poste o comunque ricavabili da tale disposizione per la legittima previsione di un trattamento sanitario obbligatorio qual è la vaccinazione anti Covid-19?

Sintetizzo le condizioni in oggetto, di natura ora formale ora sostanziale³⁸, in quattro punti principali.

5.1. L'«interesse della collettività».

In primo luogo va detto che, secondo l'ottica fatta propria dalla nostra Carta costituzionale, un trattamento sanitario obbligatorio non può ritenersi giustificato dal

³⁵ Come autorevolmente lumeggiato da V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Dir e soc.* 1982, 557.

³⁶ Il riferimento è a C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano 1958, 7 ss. che ha elaborato la teoria cui si accenna nel testo con riguardo alla libertà garantita dall'art. 21 Cost., ma con affermazioni di evidente portata generale.

³⁷ Questa classificazione del diritto garantito dal primo comma dell'art. 32 Cost. discende sia dalla sua attribuzione a ciascun individuo e non ai soli cittadini, sia dalla mancata enunciazione di una sua funzione sociale, politica, o comunque collettiva che debba orientarne il godimento. Più in generale, sulla distinzione tra libertà individualistiche e libertà funzionali e sui suoi riflessi in ordine ai limiti che possono essere imposti al godimento di ogni libertà riconosciuta dalla Costituzione v. ancora C. ESPOSITO, *La libertà*, cit., 3-12.

³⁸ Rientrano, per la precisione, nella prima categoria la riserva di legge e la necessaria “determinatezza” del suo contenuto, di cui tratterò, rispettivamente, nei paragrafi 5.3 e 5.4; nella seconda, invece, l'esigenza che il trattamento obbligatorio risulti funzionale alla tutela della salute pubblica, non pregiudichi la salute dell'interessato e rispetti la persona umana (su questi limiti posti agli organi di decisione politica vedi invece le riflessioni svolte nei paragrafi 5.1, 5.2 e 5.4).

semplice danno alla salute individuale che la sua mancanza cagionerebbe, dovendo altresì sussistere un «interesse della collettività»³⁹, ex art. 32, comma 1, Cost., che giustifichi la sua imposizione⁴⁰. Diversamente opinando, infatti, dovremmo concludere che un trattamento del genere può essere legittimamente imposto anche solo per migliorare o conservare lo stato di salute individuale, con la conseguenza che si dovrebbe ammettere l'esistenza di un dovere alla salute, ricollegabile al riconoscimento dello stesso diritto, mentre questo, per le argomentazioni già esposte in precedenza, va escluso. È, pertanto, il manifestarsi di una situazione di pericolo per la salute della collettività che modifica i termini consueti del bilanciamento tra profilo individuale e profilo collettivo del diritto in questione⁴¹, facendo prevalere quest'ultimo. In analogia, del resto, a quanto avviene nel caso di limiti posti all'esercizio di altri diritti di libertà (ricordo, in particolare, gli artt. 14, comma 3; 16, comma 1 e 17, comma 3, Cost.), sempre per ragioni di sanità pubblica. Con specifico riguardo, del resto, al caso che ci occupa, è evidente che un obbligo di vaccinazione posto a carico dei lavoratori non tende a tutelare esclusivamente la loro salute individuale, o quella di chi viene con loro a contatto durante l'attività professionale, ma anche quella, più in generale, della collettività. Giacché tramite la vaccinazione dei lavoratori si evita la formazione di focolai all'interno dei luoghi di lavoro e dunque si previene il manifestarsi di un importante fattore di rischio per la diffusione del contagio all'esterno.

Potremmo anche dire così: in periodi di emergenza sanitaria, com'è quello che stiamo attraversando, sorge, a carico del destinatario della vaccinazione, «un dovere individuale»

³⁹ Che, come è desumibile dalla lettura della giurisprudenza costituzionale, può anche essere parziale, come nel caso di una comunità carceraria (cfr. ad esempio, al riguardo, le sentt. nn. 210 del 1994; 438 e 439 del 1995).

⁴⁰ Molto chiaramente, in tal senso, v. tra gli altri P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, il Mulino, Bologna 1984, 386; nonché la sentenza della Corte costituzionale n. 307 del 1990, punto 2 del *Considerato in diritto*, nella quale si legge che il trattamento obbligatorio deve sempre essere diretto «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»; ed ancora, più di recente, la sent. n. 5 del 2018, nel cui punto 8.2.1 della motivazione in diritto si evidenzia «che la giurisprudenza di questa Corte in materia di vaccinazioni è salda nell'affermare che l'art. 32 Cost. postula il necessario temperamento del diritto alla salute del singolo (anche nel suo contenuto di libertà di cura) con il coesistente e reciproco diritto degli altri e con l'interesse della collettività (da ultimo sentenza n. 268 del 2017)».

⁴¹ Bilanciamento che sulla base dell'ordine testuale e logico che è desumibile dalla lettera dell'art. 32, comma 1, Cost. viene comunemente ricostruito secondo un rapporto di regola (tutela del diritto individuale) ed eccezione (tutela dell'interesse della collettività): cfr. ad esempio, in tal senso, L. CARLASSARE, *L'art. 32 della Costituzione e il suo significato*, in R. ALESSI (a cura di), *L'amministrazione sanitaria*, Neri Pozza, Vicenza 1967, 110 ss.; D. VINCENZI AMATO, *Art. 32, 2° comma*, in G. BRANCA (fondato da) - A. PIZZORUSSO (continuato da) *Commentario della Costituzione* (artt. 29-34), Zanichelli - Il Foro italiano, Bologna-Roma 1976, 174 ss.; S. P. PANUNZIO, *Trattamenti*, cit., 904; cui *adde*, nella giurisprudenza costituzionale, la sent. n. 88 del 1979, laddove la Consulta afferma, nel punto 2 della motivazione in diritto, che il bene afferente alla salute «è tutelato dall'art. 32 Cost. non solo come interesse della collettività, ma anche e *soprattutto* come diritto fondamentale dell'individuo» (corsivo aggiunto).

che è «sostanzialmente quello di concorrere, anche attraverso limitazioni della sua libertà, a preservare la salute pubblica»⁴². E tale dovere, si potrebbe aggiungere, si manifesta soprattutto nei confronti dei soggetti che per vari motivi non possono vaccinarsi, e che proprio per tale ragione si trovano in uno stato di particolare vulnerabilità, potendo contare, quindi, per la propria protezione contro il virus, esclusivamente sulla realizzazione della cosiddetta *herd immunity*, ossia sul raggiungimento di un'alta percentuale di immunizzazione da parte dell'intera collettività.

Questo dovere, inoltre, rientra a pieno titolo tra quei «doveri inderogabili di solidarietà» di cui parla l'art. 2 Cost. richiedendone «l'adempimento» a ciascun individuo. Ed è dunque l'architrave su cui poggia la copiosa giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di risarcibilità dei danni causati, alla salute, a seguito di vaccinazioni⁴³.

La Consulta, infatti, ritiene da tempo condizione di legittimità costituzionale di qualsivoglia «legge impositiva di un trattamento sanitario» il fatto che la stessa prescriva, in favore di chi abbia subito, quale conseguenza del trattamento imposto, una menomazione di non lieve entità e di carattere permanente, l'indennizzabilità di tale «danno ulteriore»⁴⁴. Giudicando, quindi, in contrasto con la Costituzione la circostanza che il singolo esponga a rischio la propria salute per la tutela di un interesse che è (anche) collettivo – e dunque si dimostri solidale con gli altri – senza che poi la stessa collettività si dimostri, a sua volta, solidale con lui. E cioè sia disposta a condividere il peso, quanto meno economico, di eventuali conseguenze (assai) negative determinate dalla vaccinazione.

La Corte, più precisamente, reputa necessario che, in casi del genere, la legge riconosca al soggetto danneggiato il diritto ad un «equo ristoro»⁴⁵. Il quale trova, per l'appunto, il

⁴² Stabilendosi, in tal modo, un punto di equilibrio tra autonomia individuale nell'esercizio di un diritto fondamentale e «legittimo intervento autoritario in vista del perseguimento dell'interesse generale ad un'efficace profilassi» (in termini, rispettivamente, B. PEZZINI, *Il diritto alla salute*, cit., 31; e F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano 2002, 250).

⁴³ Per un quadro sintetico di tale giurisprudenza cfr. L. PRINCIPATO, *La parabola dell'indennizzo, dalla vaccinazione obbligatoria al trattamento sanitario raccomandato*, in *Giur. cost.* 2018, 375 ss.; cui *adde*, più di recente, la sent. n. 118 del 2020, nel cui punto 3.4 del *Considerato in diritto* si afferma, molto chiaramente che: «La ragione che fonda il diritto all'indennizzo del singolo [...] riposa [...] sul necessario adempimento», da parte di quest'ultimo, «di un dovere di solidarietà», sicché è possibile affermare che «la previsione dell'indennizzo completa il “patto di solidarietà” tra individuo e collettività in tema di tutela della salute».

⁴⁴ Così, da ultima, la sent. n. 5 del 2018, punto 8.2.1. del *Considerato in diritto*, richiamandosi espressamente alle sentt. nn. 258 del 1994 e 307 del 1990.

⁴⁵ Che è «dovuto per il semplice fatto obiettivo e incolpevole dell'aver subito un pregiudizio non evitabile, in un'occasione del quale la collettività nel suo complesso trae un beneficio», sicché il ristoro va riconosciuto «indipendentemente dal risarcimento in senso proprio che potrà eventualmente essere richiesto dall'interessato, ove ricorrano le condizioni previste dall'art. 2043 del codice civile», in sede giudiziale (così, tra le altre, Corte costituzionale, sent. n. 118 del 1996, punto 5 della motivazione in diritto). La Corte, inoltre, riconosce al danneggiato «il diritto, ove ne sussistano i presupposti a norma degli artt. 38 e 2 Cost., a misure di sostegno assistenziale disposte dal legislatore», e sia pure «nell'ambito dell'esercizio costituzionalmente

proprio fondamento costituzionale nel dovere di «solidarietà (da ritenere ovviamente reciproca) fra individuo e collettività che» è alla «base dell'imposizione del trattamento sanitario»⁴⁶. E questo anche nell'ipotesi, si osservi, di danni causati da vaccinazioni che, pur non essendo qualificabili come obbligatorie, sono fortemente incentivate dal legislatore⁴⁷.

Ricordo del resto, in senso analogo, una recentissima pronuncia della Corte EDU, ossia la sent. n. 116 dell'8 aprile 2021⁴⁸, con la quale la Corte di Strasburgo ha affermato che ai fini della valutazione della legittimità di un sistema di vaccinazione obbligatoria, ai sensi dell'art. 8 della Convenzione, è rilevante che nella legge nazionale sia prevista, giustappunto, la possibilità di un risarcimento del danno nell'ipotesi di lesioni alla salute.

5.2. La salvaguardia della salute del soggetto vaccinato.

Un secondo elemento da tenere in considerazione è il fatto che la previsione di un obbligo vaccinale, sia pur legittimato dal perseguimento di un interesse della collettività, deve comunque assicurare che le condizioni psicofisiche di colui che si sottopone al trattamento non vengano pregiudicate. Il principio personalista, infatti, che presidia la disciplina costituzionale relativa ai limiti apponibili al diritto individuale di cui all'art. 32, comma 1, Cost., non permette – ha posto in luce la Consulta – il «sacrificio della salute di ciascuno per la tutela della salute degli altri»⁴⁹. I trattamenti sanitari, pertanto, possono essere imposti solo se «non incida[no] negativamente sullo stato di salute di colui che vi è

legittimo dei [...] poteri discrezionali» di quest'ultimo (in termini sent. n. 226 del 2000, punto 3 del *Considerato in diritto*).

⁴⁶ Così Corte costituzionale, sent. n. 307 del 1990, punto 2 del *Considerato in diritto*, con affermazione sul «dovere di solidarietà che lega», in casi del genere, «il singolo alla collettività, ma anche la collettività al singolo», che è stata ripresa, in seguito, in varie occasioni, a partire dalla sent. n. 118 del 1996 (da questa sentenza sono tratte – punto 5 della motivazione in diritto – le parole riportate, in questa nota, tra virgolette).

⁴⁷ La Consulta, infatti, mediante l'utilizzo di pronunce di natura additiva, ha esteso il medesimo diritto all'indennizzo che è previsto dall'art. 1 della l. n. 210 del 1992 a vantaggio di chi abbia subito effetti patologici determinati da una vaccinazione obbligatoria, anche a favore dei soggetti che versino nella medesima condizione a seguito di una vaccinazione non imposta. Ciò è avvenuto, più precisamente, con le sentt. nn. 27 del 1998, in relazione alla vaccinazione antipoliomelitica (per il periodo, dal 1959 al 1966, in cui la stessa non era ancora obbligatoria), 423 del 2000 (per coloro che erano stati sottoposti a vaccinazione anti-epatite B a partire dall'anno 1983), 107 del 2012 (per i vaccinati contro il morbillo, la rosolia e la parotite), 268 del 2017 (con riferimento alla vaccinazione antinfluenzale) e 118 del 2020 (per coloro che erano stati vaccinati contro il virus dell'epatite A).

⁴⁸ Leggila in: images.go.wolterskluwer.com/Web/WoltersKluwer/%7Bac49be92-d1e3-41ea-b343-385831d87e4d%7D_corte-europea-diritti-uomo-sentenza-8-aprile-2021.pdf, spec. § 302. Per un commento a tale sentenza v. M.L.LO GIACCO, Vaccini obbligatori e obiezione di coscienza dei genitori. (La decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo Vavrička ed altri c. Repubblica Ceca, 8 aprile 2021), in Oss. cost., 1° giugno 2021, 272 ss.

⁴⁹ Testualmente Corte costituzionale, sent. n. 307 del 1990, punto 2 del *Considerato in diritto*, dove si leggono anche le due frasi riportate, di seguito, nel testo.

assoggettato», fatte salve «quelle sole conseguenze, che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiano normali di ogni intervento sanitario, e pertanto tollerabili»⁵⁰.

È questa, dunque, la ragione per cui la Corte costituzionale presta specifica attenzione anche al dovere del legislatore di introdurre tutti gli accorgimenti necessari allo scopo di prevenire, per quanto possibile, l'insorgere di complicanze connesse alla somministrazione di vaccini⁵¹. Nella sent. n. 258 del 1994, in particolare, il giudice delle leggi, benché giunga all'adozione di una pronuncia di inammissibilità motivata dall'esigenza di non invadere, con una sentenza manipolativa al di fuori delle "rime obbligate", la sfera di discrezionalità politica che è riservata al legislatore, non manca di ammonire quest'ultimo circa la necessità di un suo pronto intervento che valga a salvaguardare, sotto il profilo che qui viene in considerazione, il diritto individuale alla salute. Auspicando, in quest'ottica, l'adozione di una disciplina che non si limiti a stabilire il carattere obbligatorio di quelle vaccinazioni che, sulla base delle più recenti acquisizioni mediche, siano da ritenersi indispensabili, ma che introduca, altresì, «in termini normativi, specifici e puntuali, ma sempre entro limiti di compatibilità con le sottolineate esigenze di generalizzata vaccinazione, gli accertamenti preventivi idonei a prevedere ed a prevenire i possibili rischi di complicanze»⁵².

5.3. La riserva di legge.

Un terzo limite si ricava direttamente dalla lettura dell'art. 32, comma 2, Cost. che prescrive, lo ricordo, che: «Nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge». Ponendo, dunque, la regola secondo la quale – come ebbe ad affermare Aldo Moro durante il dibattito costituente⁵³ – trattandosi «di un problema di libertà individuale che non può non essere garantito dalla Costituzione, [...] non possono essere imposte obbligatoriamente ai cittadini pratiche sanitarie se non vi sia una disposizione legislativa, impedendo, per conseguenza, che disposizioni del genere possano essere prese dalle autorità senza l'intervento» degli organi democratico-rappresentativi.

Ecco, quindi, che, in assenza di una disposizione legislativa che disponga esplicitamente l'assoggettamento ad uno specifico trattamento sanitario, chi rifiuta l'imposizione di un trattamento del genere non fa altro che esercitare un proprio diritto costituzionalmente

⁵⁰ Concetto più volte ripreso, in seguito, dalla Consulta, a partire dalla sent. n. 258 del 1994.

⁵¹ Si veda, in senso analogo, l'importanza conferita al medesimo tema dalla sentenza della Corte EDU dell'8 aprile del 2021, già richiamata, supra, a nota 48 (spec. § 301) ed ivi ulteriori richiami giurisprudenziali.

⁵² In termini Corte costituzionale, sent. n. 258 del 1994, punto 6 della motivazione in diritto.

⁵³ A. MORO, Intervento alla seduta plenaria della Commissione per la Costituzione. Esame degli articoli sui diritti e doveri dei cittadini (art. 32 Cost.) (28 gennaio 1947), in www.nascitacostituzione.it.

garantito. Dato che, in mancanza di questa pre-condizione costituzionalmente prescritta, tale «diritto non può essere validamente limitato: meno che mai mediante atti negoziali, individuali o collettivi»⁵⁴.

La previsione di una riserva di legge esplica, come sempre, la sua funzione garantistica lungo due direttrici principali. Per un verso, infatti, la legge richiede, per la sua approvazione, un dibattito trasparente, che coinvolge, quindi, tutte le forze politiche, e non solo, dentro e fuori gli organi legislativi; per l'altro, essa, disponendo in via generale ed astratta, garantisce l'uguaglianza di tutti i consociati evitando, pertanto, arbitri.

La dottrina si è divisa tra chi vede nella prescrizione in esame una riserva assoluta di legge⁵⁵, vieppiù rinforzata dalla previsione del necessario rispetto della persona umana⁵⁶ e chi ritiene, al contrario – suffragato, in questo, dalla posizione assunta dalla Corte costituzionale⁵⁷ – che si tratti di una riserva relativa⁵⁸. A mio avviso, argomenti di natura testuale, teleologica e sistematica depongono a favore del primo orientamento.

Così, innanzitutto, la lettera dell'art. 32, comma 2, Cost. stabilisce, come s'è detto, che un trattamento sanitario non risulti ammissibile se non «per disposizione di legge». Ora, se si procede ad un'attenta lettura della formula utilizzata dalla Carta costituzionale ritengo corretto affermare che la stessa richiede che la disciplina in materia debba essere adottata, per l'appunto «per» – e dunque mediante – disposizioni di legge o atto equiparato. Mentre mancano riferimenti testuali che possano avvalorare la diversa ipotesi di un legittimo ricorso anche ad atti di natura secondaria. Si pensi, per comprendere meglio quanto vado dicendo, alla diversa espressione che viene utilizzata dall'art. 23 Cost., anch'esso riferito, come già ricordato, all'imposizione, più in generale, di prestazioni personali. Queste, infatti, non sono

⁵⁴ Come rileva M. MASSA, *Lavoro*, cit., 102.

⁵⁵ In questo senso v. almeno A. PACE, *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano 1967, 87-88; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute*, cit., 28-29; P. BARILE, *Diritti dell'uomo*, cit., 385; D. MORANA, *La salute*, cit., 192 ss.; ID., *La salute come diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino 2013, 42-43; P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, cit., 434; nonché, più di recente, A. A. NEGRONI, *Decreto legge sui vaccini, riserva di legge e trattamenti sanitari obbligatori*, in *Forum di quad. cost.*, 26 maggio 2017.

⁵⁶ Su tale specifica previsione che è contenuta nell'art. 32, comma 2, Cost., v. quanto posto in rilievo nel corso del paragrafo successivo.

⁵⁷ V. ad esempio la sent. n. 458 del 1994, nel cui punto 5 bis del Considerato in diritto la Corte parla espressamente di una «riserva relativa di legge» e quindi della possibilità di adottare, in materia, anche normativa di «livello secondario». Una posizione non dissimile si ritrova nella già citata sentenza della Corte EDU dell'8 aprile del 2021, laddove la Corte di Strasburgo ribadisce (nel § 269) che il termine «legge», di cui agli artt. 8 e 11 della Convenzione, non va inteso in senso «formale» quanto piuttosto «sostanziale», sicché una vaccinazione obbligatoria può essere disciplinata non soltanto dalla legge primaria ma anche da atti giuridici di rango inferiore.

⁵⁸ Cfr. in tal senso, tra gli altri, A. M. SANDULLI, *La sperimentazione clinica sull'uomo (profili costituzionali)*, in *Dir. e soc.* 1978, 516; S. P. PANUNZIO, *Trattamenti*, cit., 900; F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari*, cit., 309; V. CRISAFULLI, *In tema*, cit., 558-560 (ma sulla effettiva posizione di questo Autore v. le acute osservazioni di D. MORANA, *La salute*, cit., 192, nota 92); M. LUCIANI, voce *Salute*, cit., 10; ed E. CAVASINO, *La flessibilità*, cit., 181.

ammesse «se non in base alla legge». E proprio questa diversa formulazione fa propendere, unanimemente, per la natura relativa di tale riserva per cui è pacifico, da sempre, che, in quest'ultimo caso, «quello alla “legge” è da intendersi come un riferimento ad un atto che si colloca a fondamento (alla base) di un'ulteriore normazione posta da fonti subordinate»⁵⁹.

In secondo luogo, sotto il profilo teleologico, concordo con quella parte della dottrina che evidenzia come la riserva di cui all'art. 32, comma 2, Cost. «de[bb]a essere ritenuta assoluta, in quanto pone un limite ad una libertà fondamentale dell'individuo»⁶⁰. Per cui se è vero⁶¹ che tra «i criteri in base ai quali stabilire se una certa materia è coperta da riserva assoluta o relativa [...] ci si affida», tra l'altro, «alla tradizione, per cui c'è riserva assoluta in quelle materie che per tradizione sono state ritenute coperte da riserva assoluta» in ragione del loro rilievo nel contesto ordinamentale, mi pare possibile affermare che, nel nostro caso, trattandosi di trattamenti che riguardano il diritto alla salute, si debba parlare di riserva assoluta.

Ho già ricordato, inoltre, che la previsione contenuta nell'art. 32, comma 2, Cost. sottrae alla disciplina generale in tema di prestazioni personali obbligatorie quelle particolari imposizioni che limitano la libertà di autodeterminazione terapeutica. E lo fa, come dicevo, per accordare, in materia, una maggiore garanzia, proprio in ragione della particolare delicatezza del bene della vita (la salute, per l'appunto) che viene inciso dall'intervento dei pubblici poteri. Ebbene, è evidente che risulta irragionevole ipotizzare che da questo più accentuato intento garantistico sia scaturita, alla fine – sotto il profilo che qui viene in considerazione – una disciplina sostanzialmente equivalente. Rendendo così inutile, tra l'altro, l'adozione di una norma speciale, rispetto a quanto dispone l'art. 23 Cost., quale è quella contenuta nel secondo comma dell'art. 32⁶².

Ad ogni modo, anche accogliendo la tesi che propende per il carattere relativo della riserva *de qua*, ne consegue che per prevedere legittimamente un obbligo vaccinale (anche) nei confronti dei lavoratori risulta necessaria l'adozione di una legge o di un atto con forza di legge. Non essendo invece sufficiente il ricorso ad un semplice d.P.C.M., dal momento che un provvedimento del genere, sia che si ritenga rientri nella categoria dei regolamenti in quanto fonte secondaria sia che lo si collochi nel *genus* dei provvedimenti amministrativi, non soddisfa, con ogni evidenza, la condizione posta dal testo costituzionale. Legittimo,

⁵⁹ In termini D. MORANA, *La salute*, cit., 193.

⁶⁰ Così P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, cit., 434.

⁶¹ Come scrive G. U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, Zanichelli, Bologna 2017, 270.

⁶² Mutuo, sostanzialmente, questo argomento, da D. MORANA, *La salute*, cit., 194-195.

invece, sotto il profilo di cui si sta discorrendo, va ritenuto l'intervento posto in essere dal Governo nei confronti dei professionisti e degli operatori del settore sanitario, se è vero che, come già ricordato, per prevedere un obbligo vaccinale nei confronti di tali lavoratori si è fatto ricorso ad un decreto legge. Anche se poi non va sottaciuto che una fonte del genere è destinata a decadere, retroattivamente, se non convertita in legge entro sessanta giorni, con la conseguenza che, al verificarsi di un simile frangente, saremmo in presenza di trattamenti sanitari imposti e già eseguiti che risulterebbero, tuttavia, privi, *ex post*, della necessaria base legislativa.

Amnesso e non concesso, infine, che la riserva di legge di cui all'art. 32 Cost. rivesta carattere meramente relativo sorge immediato il problema di stabilire quali siano «le caratteristiche fondamentali della disciplina»⁶³, ovvero i principi e le linee essenziali della stessa, che devono essere necessariamente previste direttamente dall'atto legislativo. E quali profili, invece, possano essere legittimamente disciplinati da altri strumenti, normativi o pattizi.

Ritengo che il legislatore dovrebbe quanto meno prevedere:

- a) i presupposti per procedere alla vaccinazione obbligatoria;
- b) le categorie di soggetti che vi sono obbligati⁶⁴;
- c) le condizioni personali che legittimano, viceversa, il rifiuto di sottoporsi alla vaccinazione⁶⁵;
- d) la procedura da seguire per l'accertamento dell'inosservanza dell'obbligo vaccinale⁶⁶;
- e) le conseguenze che si determinano nell'ipotesi di un rifiuto ingiustificato⁶⁷.

Il punto b) viene incluso, dalla dottrina costituzionalistica, tra gli aspetti «più essenziali»⁶⁸ di cui dovrebbe occuparsi una legge *ex art. 32*, comma 2, Cost. Come conferma la circostanza, per fare un esempio, che è stata dichiarata, in passato, costituzionalmente illegittima l'estensione dell'obbligo di vaccinazione antitetanica ad alcune categorie di

⁶³ Per utilizzare parole di G. U. RESCIGNO, *Corso*, cit., 270.

⁶⁴ Cfr. ora, al riguardo, l'art. 4, comma 1, del d. l. n. 44 del 2021, convertito, con modificazioni, nella l. n. 76 dello stesso anno, con riferimento all'obbligo vaccinale che è imposto agli esercenti le professioni sanitarie ed agli operatori del medesimo settore.

⁶⁵ V. ancora l'art. 4 del d. l. n. 44 del 2021, comma 2.

⁶⁶ Cfr., in tema, quanto dispone l'art. 4, commi 5 e 6, del d. l. n. 44 cit.

⁶⁷ Tali conseguenze sono disciplinate, per quel che concerne il personale sanitario, dall'art. 4, commi da 6 a 11, del d. l. n. 44 del 2021.

⁶⁸ Così si esprime, infatti, S. P. PANUNZIO, *Trattamenti*, cit., 901. Evidenziano che è questa la posizione prevalente degli Autori che si sono occupati della questione L. MEZZETTI - M. ZAMA, voce *Trattamenti sanitari obbligatori*, in *Dig. disc. pubbl.*, XV, UTET, Torino 1999, 338.

lavoratori, che non erano contemplate nella previsione legislativa⁶⁹, tramite decreti ministeriali.

I punti c), d) ed e), inoltre, mi paiono particolarmente significativi giacché risulterebbe, a mio avviso, deleterio scaricare sul singolo datore di lavoro, pubblico o privato che sia, la responsabilità di decidere, in buona sostanza, il comportamento da tenere. Con la conseguenza, inevitabile, di soluzioni (anche molto) diversificate sul territorio nazionale, a discapito del principio di eguaglianza, e con il conseguente insorgere, com'è facile pronosticare, di un imponente contenzioso giudiziario.

Non procedo, poi, ad un'analisi approfondita di quanto dispone, al riguardo, l'art. 4 del d. l. n. 44 del 2021 – convertito, con modificazioni, nella l. n. 76 dello stesso anno – allo scopo di verificare se tale decreto contenga, o meno, siffatto contenuto minimo, anche perché la disciplina *in vi* prevista sarà oggetto di specifica analisi da parte di altri relatori.

5.4. La necessaria «determinatezza» del trattamento imposto.

La Costituzione, infine – quarta ed ultima condizione – prescrive due limiti di contenuto che ogni legge che preveda un trattamento sanitario imposto deve rispettare, dando così vita ad una riserva di legge di natura rinforzata.

In primo luogo, infatti, un trattamento del genere «non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana». Questo requisito, che è previsto dall'ultima parte dell'art. 32, comma 2, Cost. e che appare chiaramente ricollegabile al principio personalista che informa il nostro ordinamento⁷⁰, fu inserito nella Carta costituzionale con l'intento di vietare il ripetersi di alcuni fenomeni degradanti che la storia, allora recente, aveva drammaticamente materializzato, quali la sterilizzazione eugenetica o la sperimentazione su cavie umane⁷¹. Senonché, anche interpretando in maniera estensiva la formula in oggetto, per comprendere, nella stessa, anche aspetti collegati, ad esempio, al pudore della persona sottoposta al trattamento obbligatorio, non mi pare che il limite *de quo* possa dirsi particolarmente significativo in rapporto al caso specifico della vaccinazione anti Covid-19⁷². Come conferma, del resto, il fatto che nessuno, a quanto consta, ha sinora prospettato

⁶⁹ Si trattava dell'art. 1 della l. n. 292 del 1963 (sulla vicenda, anche per ulteriori considerazioni ed informazioni, rinvio a S. P. PANUNZIO, *Trattamenti*, cit., 901).

⁷⁰ A partire dall'art. 2 Cost., il quale recita, come è a tutti noto, che: «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo».

⁷¹ Cfr. tra gli altri, sul punto, V. CRISAFULLI, *In tema*, cit., 562.

⁷² In senso analogo v. ad esempio M. MASSA, *Lavoro*, cit., 93, il quale ritiene «fuori discussione che la vaccinazione [...] sia compatibile con il “rispetto per la persona umana”», a patto che questa, come avviene pacificamente nel caso che ci occupa, venga «seguita mediante la somministrazione di farmaci la cui sicurezza ed efficacia sia stata convalidata in base ai criteri e alle procedure condivisi dalla comunità scientifica». Un accenno, ora, alla necessità di adottare «misure volte a garantire la riservatezza e la *dignità del lavoratore*, anche

problemi al riguardo, pur all'interno di un dibattito così vasto ed onnipervasivo come quello che ha caratterizzato, negli ultimi mesi, la questione dell'obbligo vaccinale.

Molto più interessante è invece l'analisi dell'altra condizione che viene posta al decisore politico e che consiste nel fatto che per poter legittimamente prescrivere un trattamento sanitario questo debba risultare «determinato». Sulla base di tale previsione, per fare qualche esempio, è stato da tempo posto in rilievo che deve ritenersi costituzionalmente illegittima una disciplina che disponga «*un generale obbligo di curarsi*»: la legge può imporre, infatti, solo «*singoli trattamenti sanitari*» e comunque mai «*in modo polivalente, cioè per scopi cumulati o indifferenziati*»⁷³. Né risultano ammissibili trattamenti obbligatori se non disciplinati dalla legge «*in modo sufficientemente preciso*»⁷⁴.

In senso analogo, del resto, si è espressa, a più riprese, la Corte costituzionale, la cui giurisprudenza, invero, viene giudicata «*piuttosto esigente nell'interpretare*» la previsione in oggetto, «*richiedendo*», infatti, «*che ciascun trattamento sanitario sia specificamente individuato dalla legge*»⁷⁵; così come va posto in rilievo⁷⁶ che la «*testimonianza più forte a favore della necessità di una norma di legge statale esplicita e precisa viene dalla stessa attuazione legislativa ricevuta dall'art. 32 Cost. attraverso indirizzi tutt'altro che occasionali o frammentari*».

Ebbene, se questa è la lettera della Costituzione, il significato che alla stessa attribuiscono sia la Consulta che la dottrina più autorevole nonché la prassi che su di essa si è da sempre sviluppata, mi pare difficile condividere la tesi che è stata avanzata, qualche mese orsono, proprio a proposito della vaccinazione anti Covid-19 per i lavoratori, secondo cui, al contrario, sarebbe configurabile, in capo agli stessi, un obbligo di sottoporsi a vaccinazione, ricavabile o dal generale «*obbligo di sicurezza*» datoriale (*ex art. 2087 c.c.*)⁷⁷, oppure da alcune disposizioni contenute nel d.lgs. n. 81 del 2008⁷⁸ (tra cui l'art. 20 ed il titolo X di tale

nella fase immediatamente successiva alla vaccinazione», si ritrova nel par. 5 del Documento di indirizzo intitolato: «*Vaccinazione nei luoghi di lavoro: indicazioni generali per il trattamento dei dati personali*» che è allegato al Provvedimento del 13 maggio 2021 del Garante per la protezione dei dati personali (leggilo in www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9585356, enfasi aggiunta).

⁷³ Così P. BARILE, *Diritti dell'uomo*, cit., 385 (corsivi testuali).

⁷⁴ In termini V. CRISAFULLI, *In tema*, cit., 561.

⁷⁵ Cfr., in tal senso, M. CARTABIA, *La giurisprudenza*, cit., 458.

⁷⁶ Con M. MASSA, *Il lavoro*, cit., 95.

⁷⁷ Cfr., al riguardo, P. ICHINO, *Il dovere*, cit.; ID., *Perché e come*, cit., 4 ss.; ed A. BOTTINI, *Inidoneo e poi licenziabile chi non si vaccina*, in *Quotidiano del lavoro. Il Sole 24-Ore*, 12 gennaio 2021.

⁷⁸ In quest'ottica R. GUARINIELLO, *Sorveglianza sanitaria: vaccino obbligatorio per i lavoratori?*, in *Dir. Prat. lav.*, 2021, 31; e le opinioni espresse da V. FERRANTE, L. ZOPPOLI e C. CESTER nel Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro, in *Labor*, 22-23 gennaio 2021. Contra, P. PASCUCCI - A. DELOGU, *L'ennesima sfida della pandemia Covid-19: esiste un obbligo vaccinale nei contesti lavorativi?*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro - Rivista dell'Osservatorio Olympus* - 2020, I, 93; P. PASCUCCI - C. LAZZARI, *Prime considerazioni di tipo sistematico sul d.l. 1 aprile 2021, n. 44*, in *Rivista dell'Osservatorio Olympus* «*Diritto*

dlgs. e qui, soprattutto, l'art. 279). Con la conseguenza che sussisterebbe già adesso, per i datori di lavoro, la possibilità di reagire ad un eventuale rifiuto ingiustificato finanche con il licenziamento per giustificato motivo soggettivo oppure, addirittura, per giusta causa⁷⁹.

Le norme richiamate, infatti, non soltanto non prevedono un obbligo nei confronti del soggetto che dovrebbe subire il trattamento sanitario – ossia il lavoratore – quanto piuttosto in capo al datore di lavoro, ma per di più hanno tutte portata (più o meno) generale e come tali non soddisfano quella esigenza di “determinatezza” che è invece richiesta dal dettato costituzionale⁸⁰.

D'altro canto, se ben si considera, la decisione di limitare un diritto fondamentale della persona qual è quello alla libertà di autodeterminazione terapeutica non può essere lasciata all'ampia discrezionalità (se non proprio all'arbitrio) del singolo datore di lavoro. Essa è il frutto, infatti, di un giudizio che è molto complesso ed assai delicato, giacché coinvolge, come abbiamo visto, vari interessi contrapposti e tutti di rilievo costituzionale. Opportunamente, pertanto, la Costituzione riserva tale compito agli organi legislativi, in quanto rappresentativi della volontà generale, attribuendo, quindi, agli stessi il potere di decidere⁸¹ quando si verifichi quella situazione di necessità che sola consente di derogare

della Sicurezza sul Lavoro ”, 2021, n. 1, I, 152-165; e le opinioni di A. PERULLI, e P. ALBI, in Dibattito istantaneo, cit., risp. 25 gennaio e 2 febbraio 2021.

⁷⁹ Per una ricostruzione dell'ampio dibattito generato dalla tesi cui si accenna nel testo cfr. ad esempio M. BASILICO (a cura di), Il vaccino anti Covid, scomoda novità per gli equilibri del rapporto di lavoro subordinato, intervista ad Arturo Maresca, Roberto Rivero, Paolo Sordi e Lorenzo Zoppoli, in www.giustiziainsieme.it, 22 gennaio 2021; e M. GIOVANNONE, La somministrazione, cit., 106-108.

⁸⁰ Nel medesimo senso, nella dottrina giuslavoristica, cfr. i numerosi Autori richiamati da M. GIOVANNONE, La somministrazione, cit., 107, nota 15. Per ulteriori rilievi nei confronti dell'orientamento in oggetto v. tra gli altri, in un'ottica costituzionalistica, M. MASSA, Il lavoro, cit., 96-100 e 103-104. Non mi pare condivisibile, inoltre, per analoghi motivi, l'opinione formulata da G. BENINCASA - G. PIGLIALARMI, Covid-19, cit., 15, secondo cui l'obbligo vaccinale potrebbe passare attraverso l'art. 29-bis del d. l. n. 23 del 2020, ovvero basarsi su specifici protocolli negoziali fra associazioni datoriali e sindacali, giacché nemmeno la disposizione richiamata appare, in realtà, sufficientemente determinata, risultando, infatti, dichiaratamente generica e residuale.

⁸¹ Sulla base, innanzitutto, di un'attenta ponderazione dei dati statistici e delle cognizioni medico-scientifiche disponibili al momento, le quali finiscono, pertanto, per guidare il legislatore non soltanto sotto l'aspetto della valutazione circa l'opportunità dell'intervento normativo, ma anche come vincolo di natura contenutistica e finanche nella scelta della fonte da utilizzare: si pensi, a quest'ultimo riguardo, al ricorso al decreto legge, che è avvenuto, come già ricordato, per i lavoratori del settore sanitario e che è peraltro possibile, com'è a tutti noto, esclusivamente «in casi straordinari di necessità ed urgenza» (ex art. 77 Cost.), la cui sussistenza è tuttavia dimostrabile, in simili occasioni, soltanto attraverso valutazioni di ordine tecnico-scientifico (in questo modo, come è stato efficacemente sintetizzato, tali valutazioni finiscono per svolgere la funzione di parametri interposti di legittimità costituzionale: così C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, 15 maggio 2016, 1 ss.). Per un esempio di quanto vado dicendo ricordo la sentenza della Corte costituzionale n. 5 del 2018, di cui tratterò nel paragrafo successivo, ed in particolare le riflessioni svolte, dalla Consulta, nei punti 6.2., 6.3. e 6.4. del *Considerato in diritto*. Sul più generale tema del rapporto tra giustizia costituzionale, tecnologia e scienza v. almeno, nella vasta produzione scientifica, i contributi contenuti in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*. Atti del Seminario di Parma svoltosi il 19 marzo 2004, Giappichelli, Torino 2005; cui adde, tra gli altri, P. VERONESI, *Le cognizioni scientifiche nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.* 2009, 591 ss.;

alla regola generale secondo cui la somministrazione di un trattamento sanitario non può avvenire se non a seguito del consenso dell'interessato.

6. Per concludere: alcune brevi osservazioni sul riparto di competenza Stato-Regioni.

Come mi ero ripromesso, infine, svolgerò qualche breve considerazione conclusiva in ordine al riparto di competenze tra i diversi livelli territoriali. Fino ad adesso, infatti, ho parlato della previsione costituzionale di una riserva di legge in tema di obbligo vaccinale. Ma a chi spetta, più precisamente, disporre in materia? Allo Stato o alle Regioni⁸²?

Il discorso, in verità, potrebbe concludersi in maniera estremamente rapida. La Corte costituzionale, infatti, con la recente sent. n. 37 del 2021, ha riconosciuto, come noto, allo Stato la competenza ad adottare «ogni misura atta a contrastare una pandemia sanitaria in corso ovvero a prevenirla»⁸³, *ivi* compresa, pertanto, anche l'eventuale previsione di vaccinazioni obbligatorie a carico dei lavoratori⁸⁴. E ciò argomentando sulla base della considerazione principale secondo cui l'intera materia *de qua* ricadrebbe «nella competenza legislativa esclusiva dello Stato a titolo di “profilassi internazionale” (art. 117, comma 2, lettera g, Cost.)».

S. PENASA, *Il dato scientifico nella giurisprudenza della Corte costituzionale, la ragionevolezza scientifica come sintesi tra dimensione scientifica e dimensione assiologica*, in *Pol. del dir.* 2015, 271 ss.; G. D'AMICO, *Scienza e diritti nella giurisprudenza costituzionale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, I, Giappichelli, Torino, 2016, 718 ss.; M. CARTABIA, *Qualche riflessione di un giudice costituzionale intorno al problema dell'intreccio tra diritto, scienza e tecnologia*, contributo al Forum su *Le responsabilità nei confronti della scienza*, in *Bio Law Journal* 2017, 9 ss.; E. CHELLI, *Scienza, tecnica e diritto: dal modello costituzionale agli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC*, 27 febbraio 2017, 1 ss.; A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico scientifico e Costituzione*, Editoriale scientifica, Napoli 2018, spec. 143 ss.; e R. BIN, *Normatività del fattuale*, Mucchi editore, Modena 2021, spec. 39 ss.

⁸² Sul problema del riparto di competenze legislative in materia di obbligo vaccinale cfr. tra gli altri C. PINELLI, *Gli obblighi di vaccinazione fra pretese violazioni di competenze regionali e processi di formazione dell'opinione pubblica*, in *Giur. cost.* 2018, 100 ss.; V. CIACCO, *I vaccini obbligatori al vaglio di costituzionalità. Riflessioni a margine di Corte Cost., sent. n. 5 del 2018, ivi*, 451 ss.; C. SALAZAR, *La Corte costituzionale “immunizza” l'obbligatorietà dei vaccini*, in *Quad. cost.* 2018, 465 ss.; e P. GIANGASPERO, *Oneri vaccinali per gli operatori sanitari e competenze regionali concorrenti*, in *Le Regioni*, 2019, 1058 ss.

⁸³ Come si legge nel punto 7 del Considerato in diritto. Sul tema, più generale, dei rapporti tra Stato e Regioni nella gestione della pandemia v. almeno, in dottrina, U. ALLEGRETTI - E. BALBONI, *Autonomismo e centralismo nella lotta contro la pandemia coronavirus*, in *Forum di Quad. cost.*, 9 aprile 2020, 537 ss.; G. DI COSIMO - G. MENEGUS, *L'emergenza coronavirus tra Stato e Regioni: alla ricerca della leale collaborazione*, in *Biolaw Journal*, special issue, 2020, 183 ss.; M. BETZU - P. CIARLO, *Epidemia e differenziazione territoriale*, *ivi*, 201 ss.; F. BILANCIA, *Le conseguenze giuridico-istituzionali della pandemia sul rapporto Stato/Regioni*, in *Dir. pubbl.* 2020, 333 ss.; E. LONGO, *Episodi e momenti del conflitto Stato-Regioni nella gestione della epidemia da covid-19*, in *Oss. fonti* 2020, 377 ss.; e A. MORELLI, *I rapporti tra i livelli di governo alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *Quad. cost.* 2020, 747 ss.

⁸⁴ Il carattere statale della riserva di legge di cui all'art. 32, comma 2, Cost. è, del resto, da sempre riconosciuto dalla dottrina e nella giurisprudenza costituzionale: cfr. ex multis, in tal senso, A. A. NEGRONI, *Sul concetto di “trattamento sanitario obbligatorio”*, in *Rivista AIC*, 26 novembre 2017; e S. AGOSTA, *Il legislatore ed il nodo di Gordio della prevenzione vaccinale*, in *Consulta OnLine*, 13 luglio 2017, 386 (il quale ricorda, in proposito, la sent. n. 185 del 1998 della Corte costituzionale).

Volendo, tuttavia, approfondire, sia pur rapidamente, la questione, sono rinvenibili, a mio avviso, due buone ragioni che inducono a non accontentarsi di questa prima risposta.

In primo luogo, infatti, come posto in evidenza da numerosi commentatori della sentenza in parola⁸⁵, «in alcuni passaggi nodali» della stessa il «percorso argomentativo» seguito dal giudice delle leggi «desta talune perplessità e pone domande non marginali per le prospettive del nostro assetto regionale»⁸⁶.

La Consulta, infatti, nella sua consolidata giurisprudenza pregressa⁸⁷ – la quale viene peraltro espressamente richiamata⁸⁸ – era ferma nel ritenere che la materia “profilassi internazionale” si attiva solo qualora risulti necessario dare «attuazione in ambito nazionale» a «programmi elaborati in sede internazionale e sovranazionale»⁸⁹. Mentre è evidente che, nel caso dell’attuale pandemia, ciò non è possibile affermare né sotto il profilo formale, per l’inesistenza di programmi del genere; né sotto il profilo sostanziale, per la mancata elaborazione di una metodica condivisa, a livello internazionale o sovranazionale, per combattere il virus, ossia per l’assenza di una procedura medica comune atta a prevenire l’insorgere o la diffusione della malattia pur in mancanza di un atto formale che la recepisca. Al contrario, la cronaca di tutti i giorni è lì a dimostrare che non è mai stata istituita una chiara regia, circa le misure da adottare per contrastare la pandemia, sia da parte delle organizzazioni internazionali sia da parte dell’Unione europea. Di modo che se è vero, in ultima analisi, che «gli esempi comparati mostrano come l’approccio dei diversi ordinamenti sia stato profondamente diverso, anche con riferimento al riparto di competenze tra livelli di governo»⁹⁰, ne discende che la Corte, con la sent. n. 37 del 2021, compie, in realtà, «una netta sterzata» – com’è stato evidenziato⁹¹ – «distanziandosi sensibilmente dai [suoi]

⁸⁵ V. ad esempio, oltre agli Autori richiamati nel prosieguo della trattazione, i vari relatori intervenuti nel corso del recente Webinar su Emergenza sanitaria e ripartizione delle competenze tra Stato e Regioni: analisi e prospettive, organizzato da I.S.S.I.R.F.A. il 10 giugno del 2021 (in www.issirfa.cnr.it/10-giugno-2021-emergenza-sanitaria-e-ripartizione-delle-competenze-tra-stato-e-regioni-analisi-e-prospettive.html).

⁸⁶ Cfr., in tal senso, D. MORANA, Ma è davvero tutta profilassi internazionale? Brevi note sul contrasto all’emergenza pandemica tra Stato e regioni, a margine della sent. n. 37/2021, in *Forum di Quad. cost.*, 17 aprile 2021, 14.

⁸⁷ Sul cui esame rinvio a M. MEZZANOTTE, *Pandemia e riparto delle competenze Stato-Regioni in periodi emergenziali*, in *Consulta OnLine* 26 aprile 2021, 332-333.

⁸⁸ Nel punto 7 della motivazione in diritto.

⁸⁹ Così, ad esempio, la sent. n. 5 del 2018, punto 7.2.3. del Considerato in diritto, con esplicito richiamo alle sentt. nn. 12 del 2004, 406 del 2005, 173 del 2014 e 270 del 2016.

⁹⁰ In termini L. CUOCOLO - F. GALLARATI, *La Corte difende la gestione unitaria della pandemia con il bazooka della profilassi internazionale*, in *Corti supr. e sal.* 2021, 1, 11-12 ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

⁹¹ Da M. MEZZANOTTE, *Pandemia*, cit., 334 richiamandosi espressamente a G. DI COSIMO, *La pandemia è dello Stato (la Corte costituzionale e la legge valdostana)*, in *laCostituzione.info*, 21 marzo 2021.

precedenti»⁹², ossia rompe con il passato giacché opera «un profondo mutamento nell'interpretazione dei confini» entro cui può essere fatta valere la riserva di competenza statale stabilita dalla lettera *q* del secondo comma dell'art. 117 Cost.⁹³. Dato che solo mediante un utilizzo (non tanto discrezionale, quanto piuttosto) creativo⁹⁴ della formula “profilassi internazionale” essa giunge a giustificare la competenza esclusiva dello Stato ad adottare qualsivoglia provvedimento atto a fronteggiare l'emergenza sanitaria⁹⁵.

In secondo luogo, non va sottaciuto, inoltre, che esistono altre decisioni della Corte costituzionale cui è preferibile far riferimento, dal momento che le stesse, pur pervenendo, alla fine, al medesimo risultato⁹⁶, presentano, tuttavia, il duplice vantaggio di riferirsi in maniera specifica proprio al tema degli obblighi vaccinali e dunque di argomentare, al riguardo, in maniera più ampia ed approfondita.

È il caso, soprattutto, della fondamentale⁹⁷ sent. n. 5 del 2018, con la quale la Corte si è trovata a giudicare sulla legittimità del cosiddetto decreto legge Lorenzin⁹⁸, che aveva provveduto ad estendere da quattro a dieci le vaccinazioni obbligatorie per i minori fino ai

⁹² Il giudizio, condivisibile, è ripreso da L. CUOCOLO - F. GALLARATI, *La Corte*, cit., 5; ma v. ad esempio, in senso analogo e fortemente critico nei confronti delle argomentazioni (non) sviluppate, dalla Corte, nel caso di specie, V. BALDINI, *Conflitto di competenza tra Stato e Regione nella lotta alla pandemia. Un sindacato politico della Corte costituzionale? Riflessioni a margine della sent. n. 37 del 2021 della Corte costituzionale*, in *Diritti fondamentali*, it, 6 aprile 2021, 417 ss.; gli interventi di M. CECCHETTI e M. RUBECHI al Convegno del 12 aprile 2021 su: *Tutela della salute: problema regionale, statale o internazionale? La Corte costituzionale e la sentenza n. 37 del 2021* (vedilo in www.youtube.com/watch?v=oxJQpcP_R3g&t=4s); e A. POGGI - G. SOBRINO, *La Corte, di fronte all'emergenza Covid, espande la profilassi internazionale e restringe la leale collaborazione (ma con quali possibili effetti?)* (nota a *Corte Cost.*, sentenza n. 37/2021), in *Oss. cost.*, 6 luglio 2021, spec. 8 ss.

⁹³ Per utilizzare ancora parole di L. CUOCOLO - F. GALLARATI, *La Corte*, cit., 12.

⁹⁴ E per ciò stesso criticabile anche perché, in tal modo, la Corte non esplicita quella che invece appare la ratio di fondo che ha guidato una scelta così drastica come è quella di richiamarsi alla “profilassi internazionale” e che consiste nell'esigenza, per certi versi comprensibile, di privilegiare esigenze di unitarietà e dunque l'interesse nazionale chiudendo in maniera definitiva qualsivoglia discussione tra Stato e Regioni circa la competenza ad adottare misure per fronteggiare la pandemia. Risultato che era raggiungibile, se ben si considera, solo facendo leva su una materia non trasversale e a competenza esclusiva statale, così da escludere in radice querelle sull'estensione dei principi fondamentali o sull'applicazione del canone di “leale collaborazione”, nonché la stessa eventualità dell'esercizio del potere regolamentare, da parte delle Regioni, ex art. 117, comma 6 Cost.

⁹⁵ Per ulteriori rilievi critici nei confronti dell'iter argomentativo sviluppato dalla Corte nella sent. n. 37 del 2021 rinvio in particolare a D. MORANA, *Ma è davvero*, cit., 15-17.

⁹⁶ Nel senso della competenza esclusivamente statale in materia. Cfr. del resto, nella giurisprudenza comune, le decisioni del Tar del Lazio, sezione III-quater, 2 ottobre 2020, n. 10047, in arsg.it/?p=2333; e del Tribunale di Messina, 12 dicembre 2020, segnalata e commentata da L. TASCHINI, *Il vaccino anti Covid nel rapporto di lavoro. Riflessioni a partire dall'ordinanza cautelare del Giudice del lavoro di Messina*, in www.giustiziainsieme.it, 16 febbraio 2021.

⁹⁷ Dato che, come è stato giustamente posto in rilievo da F. PASSANANTI, *Riflessioni sugli obblighi vaccinali, tra esigenze di unitarietà e ridotti spazi per le Regioni*, in *Consulta OnLine*, 9 agosto 2018, 475, in ragione della «copiosità e [del]l'importanza dei temi trattati dal giudice delle leggi» la sentenza in parola è «verosimilmente destinata ad imprimere nell'ordinamento un'impronta indelebile sul tema dell'obbligatorietà della vaccinazione con riguardo ai molteplici profili affrontati».

⁹⁸ Ossia del d. l. n. 73 del 2017, convertito, con modifiche, nella l. n. 119 dello stesso anno.

sedici anni di età, *ivi* compresi i minori stranieri non accompagnati. In questa sentenza, infatti, il giudice delle leggi, per quel che concerne il riparto di competenze tra Stato e Regioni, ha respinto le doglianze avanzate dalla ricorrente Regione Veneto facendo applicazione, essenzialmente⁹⁹, di due consolidati criteri di giudizio.

Il primo attiene al fatto che, nell'ipotesi in cui venga impugnata una legge che prescrive un obbligo vaccinale, la normativa sottoposta al vaglio dei giudici della Consulta si configura come un classico caso di «oggetto ad imputazione multipla»¹⁰⁰, per cui è contemporaneamente riferibile a materie diverse che seguono differenti regimi competenziali. La Corte, quindi, nella fattispecie, dopo aver evidenziato che la normativa in tema di obblighi vaccinali interseca numerosi ambiti materiali riconducibili sia al secondo che al terzo comma dell'art. 117 Cost.¹⁰¹, ha applicato il canone della prevalenza ed ha ritenuto, per l'appunto, prevalenti i profili ascrivibili alla competenza legislativa statale. Nell'ambito, poi, di questa complessa valutazione un ruolo preminente ha giocato – e non poteva essere altrimenti – la “tutela della salute”. Che è materia, come noto, a competenza concorrente, in cui spetta, quindi, allo Stato dettare i principi fondamentali della disciplina vigente e a ciascuna Regione legiferare, nel rispetto di quei principi, per individuare la normativa (più) di dettaglio. Ebbene, la Corte ha affermato a chiare lettere che la previsione di trattamenti sanitari obbligatori va fatta rientrare tra i principi fondamentali attinenti a questa materia. «Se è vero», infatti, si legge nel punto 7.2.2. del *Considerato in diritto*, «che il “confine tra le terapie ammesse e terapie non ammesse, sulla base delle acquisizioni scientifiche e sperimentali, è determinazione che investe direttamente e necessariamente i principi fondamentali della materia” (sentenza n. 169 del 2017)¹⁰², lo è altrettanto, «a maggior ragione», che «deve essere riservato allo Stato – ai sensi dell'art. 117, terzo comma,

⁹⁹ La Corte utilizza, infatti, nel punto 7.2 della motivazione in diritto, anche il criterio dell'«evoluzione storica della normativa in materia di vaccinazioni» rilevando «che, anche prima dell'impugnato d. l. n. 73 del 2017, da lungo tempo la legislazione statale ha previsto norme in materia di obblighi vaccinali».

¹⁰⁰ La definizione è ripresa da A. D'ATENA, *Diritto regionale*, Giappichelli, Torino 2017, 157.

¹⁰¹ *Id est*: la tutela della salute (art. 117, comma 3 Cost.); la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali; le norme generali sull'istruzione; la profilassi internazionale (art. 117, comma 2, rispettivamente lettere *m*, *n* e *q* Cost.).

¹⁰² Dato che stabilire tale confine è determinazione che si colloca «“all'incrocio fra due diritti fondamentali della persona malata: quello ad essere curata efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell'arte medica; e quello ad essere rispettata come persona, e in particolare nella propria integrità fisica e psichica”» (così Corte costituzionale, sent. n. 169 del 2017, p. 8 del motivato in diritto, riportando un passo della sent. n. 338 del 2003, la quale, a sua volta, faceva riferimento, sul punto, alla sent. n. 282 del 2002).

Cost. – il compito di qualificare come obbligatorio un determinato trattamento sanitario, sulla base dei dati e delle conoscenze medico-scientifiche disponibili»¹⁰³.

Si noti, inoltre:

a) che siffatta conclusione vale anche, nel pensiero della Corte, per quelle previsioni «che, sebbene a contenuto specifico e dettagliato, per la finalità perseguita, si pongono in rapporto di coesistenzialità e necessaria integrazione con i principi di settore»¹⁰⁴. Ad iniziare dalla previsione delle sanzioni comminabili in caso di inottemperanza all'obbligo di vaccinazione, dato che, come affermato chiaramente in un altro frangente¹⁰⁵, esiste un «parallelismo tra i due poteri», il quale «comporta, in linea di principio, che la determinazione delle sanzioni sia nella disponibilità del soggetto al quale è rimessa la predeterminazione delle fattispecie da sanzionare». Anche se, ha precisato la Consulta¹⁰⁶, ciò non significa che le attribuzioni regionali non possano trovare «spazi non indifferenti di espressione, ad esempio con riguardo all'organizzazione dei servizi sanitari e all'identificazione degli organi competenti a verificare e sanzionare le violazioni»¹⁰⁷;

b) nel caso di vaccinazioni nei confronti di lavoratori viene anche in rilievo un altro ambito materiale, ugualmente incluso nell'elenco di cui al terzo comma dell'art. 117 Cost., ossia la “sicurezza del lavoro”, stante l'indubbio rilievo che l'obbligo vaccinale riveste per poter svolgere, in sicurezza per l'appunto, le proprie mansioni lavorative. Di modo che il ragionamento sviluppato dalla Corte costituzionale a proposito della “tutela della salute” potrebbe essere ripetuto, a mio avviso, anche con riferimento a quest'altra materia a competenza concorrente, pervenendo, pertanto, alla medesima conclusione secondo cui la previsione di una vaccinazione obbligatoria attiene ai principi fondamentali di tale materia e come tale rientra nell'ambito riservato alla legislazione statale.

Il secondo criterio, infine, che la Corte utilizza, nella sent. n. 5 del 2018, per argomentare la natura statale della competenza in tema di vaccinazioni obbligatorie discende

¹⁰³ Del resto, e più in generale – come rileva F. PASSANANTI, *Riflessioni*, cit., 484 – che «i principi fondamentali in materia di tutela della salute abbiano assunto nella giurisprudenza costituzionale contorni particolarmente ampi, è una tendenza che si conferma anche nelle più recenti pronunce».

¹⁰⁴ La frase riportata nel testo si legge nel punto 7.2.2 del *Considerato in diritto*.

¹⁰⁵ Ossia nella sent. n. 361 del 2003, punto 3 della motivazione in diritto.

¹⁰⁶ Nel punto 7.2.5 del *Considerato in diritto* della sent. n. 5 del 2018.

¹⁰⁷ Più in generale, in relazione alla competenza regionale ad adottare leggi per affrontare l'emergenza pandemica, la Corte ha affermato, nella sent. n. 37 del 2021, punto 7.2 della motivazione in diritto, che: «Le autonomie regionali, ordinarie e speciali, non sono [...] estranee alla gestione delle crisi emergenziali in materia sanitaria, in ragione delle attribuzioni loro spettanti nelle materie “concorrenti” della tutela della salute e della protezione civile. In particolare, spetta anche alle strutture sanitarie regionali operare a fini di igiene e profilassi, ma nei limiti in cui esse si inseriscono armonicamente nel quadro delle misure straordinarie adottate a livello nazionale, stante il grave pericolo per l'incolumità pubblica».

dall'esigenza di unitarietà che caratterizza la disciplina in materia a fronte del rischio di non garantire in maniera omogenea un diritto fondamentale qual è quello alla salute. Sotto questo profilo, pertanto, la Corte costituzionale sottolinea il diritto di ciascuno di essere curato in maniera efficace e la circostanza che siffatto diritto «deve essere garantito in condizioni di eguaglianza in tutto il Paese, attraverso una legislazione generale dello Stato»¹⁰⁸. Da cui l'attribuzione allo stesso, e non ad ogni singola Regione, del «compito di qualificare come obbligatorio un determinato trattamento sanitario», e quindi la natura statale della riserva di legge di cui all'art. 32, comma 2, Cost.¹⁰⁹, «al fine di evitare inammissibili differenziazioni tra gli individui»¹¹⁰.

¹⁰⁸ Testualmente Corte costituzionale, sent. n. 5 del 2018, punto 7.2.2 della motivazione in diritto, dove si legge anche la frase che è riportata, di seguito, nel testo.

¹⁰⁹ Mette in rilievo siffatta connessione tra la riserva di legge in parola e l'art. 3 Cost. anche la sent. n. 137 del 2019 (relatrice sempre Marta Cartabia), punto 5 del *Considerato in diritto*.

¹¹⁰ Cfr., in tal senso, A. SIMONCINI - E. LONGO, *Art. 32*, cit., 667.

**ASPETTI MEDICI DELLA VACCINAZIONE ANTI-COVID-19 NEI
LAVORATORI: IL RISCHIO DI INFEZIONE NEGLI AMBIENTI DI LAVORO, LA
EFFICACIA ED I RISCHI DEI VACCINI**

*Fabriziomaria Gobba
Professore Ordinario di Medicina del Lavoro
Università di Modena e Reggio Emilia*

SOMMARIO: 1. Premessa generale. - 2. Il rischio di infezione negli ambienti di lavoro. - 3. La vaccinazione. - 4. Altre misure per la prevenzione del contagio. - 5. Conclusioni.

1. Premessa generale

Il tema della vaccinazione anti-COVID-19 nei lavoratori è certamente ampio, e comprende vari aspetti rilevanti: in questa sede ci occuperemo in particolare di quelli medici, mentre gli altri saranno affrontati in ulteriori contributi contenuti in questo stesso fascicolo.

In questo ambito, il primo punto preliminare che è necessario affrontare è se esista, o meno, un rischio di infezione da SARS-CoV-2 specificamente connesso all'attività lavorativa.

2. Il rischio di infezione negli ambienti di lavoro

Una risposta a questo punto è ovviamente dirimente perché ha fondamentali ricadute sull'approccio all'intero problema.

Per rispondere è necessario partire dalle modalità con cui può avvenire il contagio da SARS-CoV-2, pur senza voler entrare in approfonditi dettagli squisitamente tecnici.

Il virus del COVID-19, il SARS-CoV-2, è presente nelle prime vie aeree delle persone infettate, e viene inglobato in piccole goccioline, definite “*droplets*”, che vengono emesse nell'aria respirando, durante la fonazione o con starnuti o colpi di tosse, oppure durante alcune procedure diagnostiche mediche. Un aumento dei flussi espiratori come può avvenire ad es. durante sforzi, oppure attività come il parlare a voce alta, gridare o cantare, aumentano la quantità di *droplets* che vengono emesse. Questi *droplets* possono essere distinti in 2 gruppi: quelli più grossolani, con diametro superiore a 5-10 micron, che tendono a depositarsi rapidamente e a breve distanza, stimabile in 1-2 metri circa, ed altri più fini, definiti “*droplets nuclei*”, con diametro inferiore ai 5 micron, che possono restare in

sospensione nell'aria per tempi più lunghi ed essere trasportati da correnti d'aria a diversi metri, anche oltre i cinque¹.

L'infezione delle persone può avvenire con meccanismo diretto, per inalazione dei *droplets* o per loro deposizione (o per schizzi di materiale infetto) su membrane, es. oculari o orali, o mediante meccanismo indiretto, per contatto indiretto delle membrane con il virus, come può avvenire toccando gli occhi o la bocca con le mani, o con materiali contaminati (es. toccando il viso o sfregando gli occhi con le mani, gesti che vengono fatti molto più frequentemente di quanto non ci si renda conto).

In realtà, data la presenza del virus anche nelle feci, un'infezione è possibile anche per contatti diretti o indiretti con materiali fecali o con aerosol contenenti particelle di tali materiali (es. come può avvenire durante l'assistenza diretta a pazienti con COVID-19), ma esistono insufficienti dati su questa modalità, che è ritenuta comunque poco significativa.

Un ulteriore aspetto problematico è che, purtroppo, le persone con COVID-19 possono trasmettere l'infezione già in fase pre-sintomatica, 1 o 2 giorni prima della comparsa dei sintomi. Inoltre, una significativa quota di persone con COVID-19 rimane asintomatica: la proporzione reale è difficilmente stimabile, ma secondo una recente meta-analisi varierebbe dal 47% circa nei giovani fino ai 18 anni, al 32% negli adulti da 19 a 59 anni, e scenderebbe al 20% nelle persone oltre 59 anni². Anche queste persone, che nelle fasce di età lavorativa sono circa 1/3 di tutti i casi di infezione da SARS-CoV-2, possono infettare soggetti suscettibili pur in assenza di manifestazioni di malattia. Nell'insieme, secondo alcuni dati almeno il 50% (ma forse anche di più) di tutti i casi di COVID-19 occorsi nella pandemia attuale deriverebbe proprio da persone asintomatiche o pre-sintomatiche³.

Volendo riassumere queste caratteristiche, quindi, la infezione:

- è possibile nel caso di persone a conoscenza del proprio stato di infezione, ma anche nel caso di persone che non ne sono a conoscenza, o comunque non la manifestano;
- può avvenire non soltanto in conseguenza di contatti con una persona con COVID-19, ma anche nel caso di contatti indiretti, come ad es. l'accesso in ambienti precedentemente frequentati contaminati da persone infette.

¹ KLOMPAS M ET AL. Airborne Transmission of SARS-CoV-2: Theoretical Considerations and Available Evidence. JAMA. 2020;324(5).

² SAH P. ET AL. Asymptomatic SARS-CoV-2 infection: A systematic review and meta-analysis, Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America 2021.

³ SUBRAMANIAN R ET AL. Quantifying asymptomatic infection and transmission of COVID-19 in New York City using observed cases, serology, and testing capacity. Proceedings of the National Academy of Sciences, Mar 2021, 118 (9).

Queste caratteristiche della infezione sono alla base delle misure di prevenzione previste fin dall'inizio della pandemia, quali il distanziamento, la protezione delle vie aeree (importante sia per filtrare i *droplets* eventualmente presenti nell'aria inalata, che per intercettare quelli emessi da persone infette nel corso della fonazione, starnuti, tosse ecc.), e l'uso di guanti, il lavaggio delle mani, le procedure adeguate per indossare, togliere e smaltire i mezzi protettivi indossati, la disinfezione delle superfici ed altre.

Sulla base di queste premesse, risulta quindi evidente come qualunque attività lavorativa che comporti il contatto diretto con altre persone e/o lo svolgimento di mansioni in ambienti nei quali siano state presenti altre persone suscettibili al SARS-CoV-2 debba essere considerata potenzialmente una occasione di possibile contagio. Tra le occasioni potenziali di contagio da considerare per quanto riguarda il rischio lavorativo vanno considerate anche l'uso di servizi condivisi, specie se in ambienti confinati, quali mense (durante i pasti vengono tolte le protezioni respiratorie e, usualmente, le persone si parlano) e spogliatoi, ed i trasferimenti casa-lavoro nel caso di utilizzo di mezzi pubblici o, comunque, condivisi.

Va poi considerato un aspetto del rischio infettivo in ambito occupazionale del tutto peculiare rispetto agli altri rischi lavorativi: mentre per la larghissima maggioranza dei rischi professionali la problematica è sostanzialmente connessa alla possibilità di effetti avversi per la salute dell'operatore stesso, nel caso di rischio infettivo il problema è non soltanto quello per il lavoratore di essere infettato, ma anche quello di trasmettere l'infezione ad altre persone. Questo aspetto è molto importante, specialmente in alcune attività, e sarà ripreso successivamente.

È pertanto possibile concludere che, per le ragioni che abbiamo indicato, nella grandissima maggioranza delle attività lavorative, se non la quasi totalità, lo svolgimento dell'attività lavorativa comporta un rischio di essere infettato e/o di causare infezioni da SARS-CoV-2.

In alcune attività, poi, per varie ragioni, questo rischio diventa particolarmente elevato. Un palese esempio è quello delle attività in ambito sanitario, ma ne esistono varie altre.

A questo proposito, fin da Aprile 2020 l'INAIL aveva provveduto ad una classificazione delle varie attività lavorative in funzione di classi di rischio di COVID-19 (basso, medio-basso, medio-alto e alto) in base alle variabili: esposizione, prossimità e aggregazione. Questa classificazione è stata utilizzata per la indicazione delle strategie di prevenzione ritenute necessarie, presentate nel "Documento tecnico sulla possibile rimodulazione delle

misure di contenimento del contagio da SARS-CoV-2 nei luoghi di lavoro e strategie di prevenzione”⁴.

E a questo punto sorge però la domanda se queste ultime valutazioni di tipo teorico relative al rischio di infezione da SARS-CoV-2 in ambito occupazionale abbiamo poi trovato anche un corrispettivo pratico, ad esempio nei dati finora presentati. Al proposito si può rilevare che i lavori pubblicati nella letteratura scientifica sulla infezione da SARS-CoV-2 sono decine di migliaia, ma quelli che affrontano specificamente il rischio occupazionale non sono molti.

Inoltre, nella interpretazione dei dati disponibili vanno considerate sia le limitazioni, o la sospensione, di moltissime attività lavorative introdotte dalle norme emanate già dall’inizio della pandemia dal febbraio 2020 (ne sono chiari esempi il settore della scuola e quello della ristorazione, ma anche numerosi altri), accanto alla già citata esistenza di una proporzione non nota, ma certamente elevata, di casi di COVID-19 asintomatici (circa 1/3 nelle persone di età lavorativa, come abbiamo visto) che non è inclusa nei dati disponibili. Pur con questi limiti significativi, i dati forniti da INAIL indicano che il settore di gran lunga più colpito è quello della sanità e assistenza sociale (*incluse le case di cura e riposo*), che rappresenta da solo ben più della metà delle denunce ricevute dall’Ente, seguito dal noleggio, agenzie di viaggio e servizi di supporto alle imprese (*servizi di vigilanza, di pulizia, call center...*), dal trasporto (*inclusi conducenti di bus e taxi*) e dal settore manifatturiero (*addetti alla lavorazione di prodotti chimici, farmaceutici, stampa, industria alimentare*), dalle attività dei servizi di alloggio e di ristorazione, dal commercio e dalle altre attività di servizi (*pompe funebri, lavanderia, riparazione di computer e di beni alla persona, parrucchieri, centri benessere...*) e da varie attività professionali, scientifiche e tecniche (*consulenti del lavoro, della logistica aziendale, di direzione aziendale, ecc.*) (Fig. 1)⁵. I dati forniti dallo European Centre for Disease Prevention and Control (ECDC), sono sostanzialmente coerenti, confermando un numero elevato di infezioni da SARS-CoV-2 nel personale sanitario: è citato uno studio britannico che rileva un rischio di COVID-19 in questi operatori 7 volte maggiore rispetto a quello di lavoratori non-essenziali⁶. Nel nostro Paese, nei primi mesi del 2020 gli operatori sanitari

⁴ INAIL, Documento tecnico sulla possibile rimodulazione delle misure di contenimento del contagio da SARS-CoV-2 nei luoghi di lavoro e strategie di prevenzione. Aprile 2020.

⁵ INAIL, Scheda nazionale infortuni sul lavoro da Covid-19. I dati delle denunce al 30 giugno 2021. NR. 18 – Giugno, 23 luglio 2021.

⁶ ECDC, COVID-19 clusters and outbreaks in occupational settings in the EU/EEA and the UK. 11 August 2020.

rappresentavano una proporzione, verosimilmente sottostimata, dell'11% circa di tutti i casi di COVID-19 diagnosticati, ed un'elevata proporzione dei decessi⁷.

Figura 1



Principali settori lavorativi dai quali sono pervenute ad INAIL la maggioranza delle denunce di infortunio professionale per infezione da SARS-CoV-2 (da INAIL, scheda nazionale infortuni COVID-19, giugno 2021) ⁵

In un nostro studio abbiamo confermato un'elevata frequenza di casi di COVID-19 nel settore manifatturiero, nel commercio, nei trasporti, in attività scientifiche e nello sport ed altre attività ricreative⁸. Non possono poi essere dimenticati, inoltre, i numerosi cluster negli impianti per la macellazione e lavorazione delle carni, miniere e nei cantieri edili⁶. Un altro settore a rischio, anche se finora con un numero di casi relativamente contenuto in ragione della prolungata interruzione delle attività in presenza, è certamente quello della scuola. Paradigmatica al proposito è una recentissima segnalazione di un insegnante di scuola elementare negli USA, non vaccinato, che ha infettato il 50% degli alunni della sua classe (non vaccinati per motivi di età)⁹.

In conclusione, la risposta al quesito iniziale è che:

⁷ A. MODENESE, F. GOBBA, Increased Risk of COVID-19-Related Deaths among General Practitioners in Italy. *Healthcare* 2020, 8, 155.

⁸ A. MODENESE ET AL., Frequency of Anti-SARS-CoV-2 Antibodies in Various Occupational Sectors in an Industrialized Area of Northern Italy from May to October 2020. *Int J Environ Res Public Health*. 2021 Jul 27;18(15).

⁹ LAM-HINE T ET AL. Outbreak Associated with SARS-CoV-2 B.1.617.2 (Delta) Variant in an Elementary School - Marin County, California, May-June 2021. *MMWR Early Release* 2021;70(35).

- la infezione da SARS-CoV-2 può essere contratta in ambito occupazionale in tutte le attività con mansioni che comportino il contatto diretto con altre persone e/o lo svolgimento di mansioni in ambienti nei quali siano state presenti persone suscettibili al SARS-CoV-2, in pratica la grandissima parte, se non la quasi totalità;
- il rischio è particolarmente elevato in alcune attività specifiche, tra le quali vanno certamente annoverate quelle sanitarie e connesse alla cura della persona, ma anche in altre, sostanzialmente tutte quelle che comportano frequenti contatti interpersonali;
- il rischio non è solo quello di infezione per il lavoratore, ma anche quello di causare infezioni da SARS-CoV-2 in altre persone suscettibili.

3. La vaccinazione

Il punto successivo da affrontare nell'ambito degli aspetti medici è se, e in quale misura, la vaccinazione anti-COVID-19 sia un intervento in grado di influire significativamente sulla diffusione dell'infezione da SARS-CoV-2 nei lavoratori, e quali siano le conoscenze sui rischi effettivi connessi.

I vaccini attualmente disponibili sono numerosi, e molti altri sono in varie fasi di sviluppo (l'OMS ha raccolto una lista di circa 300)¹⁰, ma quelli finora autorizzati, in Europa dall'Agenzia europea dei medicinali (EMA) sono attualmente quattro: Pfizer-BioNTech, Moderna, AstraZeneca e Janssen Pharmaceutica, i primi due ad acido nucleico (mRNA), gli altri a vettore virale¹¹. Approfondimenti sui vaccini, che esulano dagli scopi di questa relazione, sono reperibili nelle pagine web dell'EMA e dell'Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA).

Sulla efficacia di questi vaccini la mole di dati finora raccolta è così ampia da lasciare spazio a pochi dubbi: numerosi studi condotti su gruppi di popolazione vaccinata, ben documentati e condotti su campioni nell'ordine delle migliaia o decine di migliaia di persone, o di intere nazioni, com'è il caso di Israele, sono tutti concordi nell'indicare un crollo del numero di nuovi casi di COVID-19, di ricoveri e di decessi dovuti al virus.

¹⁰ World Health Organization. Overview - The COVID-19 vaccine tracker and landscape compiles detailed information of each COVID-19 vaccine candidate in development by closely monitoring their progress through the pipeline: www.who.int/publications/m/item/draft-landscape-of-covid-19-candidate-vaccines

¹¹ European Medicines Agency. COVID-19 vaccines: www.ema.europa.eu/en/human-regulatory/overview/public-health-threats/coronavirus-disease-covid-19/treatments-vaccines/covid-19-vaccines

Dati sulla vaccinazione completa con 2 dosi di con Pfizer-BioNTech condotta in Israele dimostrano un'efficacia pari al 95,3% nei confronti dell'infezione e del 97% sia nei confronti di forme sintomatiche di COVID-19, che verso forme gravi e di decessi dovuti al SARS-CoV-2. La protezione era dimostrabile in tutte le fasce d'età. Per il vaccino Astra-Zeneca la protezione stimata, pur lievemente inferiore (67%), resta molto ragguardevole¹².

Anche se attualmente la comparsa e diffusione di nuove varianti del SARS-CoV-2 ha condotto ad un ridimensionamento, la protezione fornita dai vaccini attualmente disponibili sul rischio di infezione da COVID-19, specie di forme gravi o di ricoveri in rianimazione rimane relevantissima, come dimostrano le recentissime elaborazioni dell'Istituto Superiore di Sanità (ISS) su dati provenienti dall'Anagrafe Nazionale Vaccini (ANV) e dalla sorveglianza integrata dei casi di infezione da virus SARS-CoV-2 relativi al periodo nel periodo tra il 21 giugno e il 4 luglio. Esaminando lo status vaccinale di persone infette, ricoverati e deceduti per COVID-19 nel periodo preso in esame, l'ISS ha calcolato l'efficacia vaccinale separatamente per quattro fasce di età: 12-39, 40-59, 60-79 e infine oltre 80: il ciclo completo di vaccinazioni ha dimostrato un'efficacia sull'infezione tra il 79,8% e l'81,5% a seconda della fascia d'età. Ancora più elevata è la protezione nei confronti del rischio di ricoveri ordinari; variabile dal 91,0% al 97,4%, con il valore più alto proprio nella classe 40-59 anni, ovvero quella totalmente ricompresa nella fascia di età lavorativa. Per quanto riguarda i ricoveri in terapia intensiva l'efficacia è del 100% nelle due fasce più giovani (cioè non si è verificato nessun ricovero in terapia intensiva nei vaccinati nel periodo considerato) che comprendono i lavoratori, e scende leggermente al 97% solo per i più anziani (over 80). Simili i risultati anche per quanto riguarda la protezione nei confronti dei decessi per COVID-19: l'efficacia è di nuovo del 100% nelle due fasce più giovani, mentre scende al 99% in quella 60-79 (2 decessi tra i vaccinati contro i 78 dei non vaccinati) e al 97% negli over 80 (15 decessi nei vaccinati e 62 nei non vaccinati¹³).

Questi dati, peraltro del tutto coerenti con i risultati di un crescente numero di studi condotti in varie Nazioni, dimostrano che il ciclo vaccinale completo con i vaccini attualmente in uso, nonostante la crescente diffusione di varianti del SARS-CoV-2, ha elevata efficacia nei confronti dell'infezione, che diventa altissima nel prevenire i ricoveri,

¹² HAAS EJ ET AL, Impact and effectiveness of mRNA BNT162b2 vaccine against SARS-CoV-2 infections and COVID-19 cases, hospitalisations, and deaths following a nationwide vaccination campaign in Israel: an observational study using national surveillance data. *Lancet*. 2021 May 15; 397(10287).

¹³ Comunicato Stampa ISS N°36/2021 - Covid-19: il vaccino protegge da infezioni, ricoveri e decessi fino al 100% www.iss.it/comunicati-stampa/-/asset_publisher/fjTKmjlgSgdK/content/cs-n%25C2%25B036-2021-covid-19-il-vaccino-protegge-da-infezioni-ricoveri-e-decessi-fino-al-100%2525

specie quelli in terapia intensiva, ed i decessi per COVID-19, e questo in particolare nelle persone incluse nelle classi di età lavorativa.

Anche gli ultimi dati, relativi a periodi molto recenti, sono sostanzialmente coerenti: sempre utilizzando i dati forniti dall'ISS, la protezione (nell'intera popolazione, incluse tutte le fasce d'età) sarebbe dell'88% dall'infezione, del 94% dal ricovero in ospedale, del 97% dal ricovero in terapia intensiva e del 96% da un esito fatale della malattia¹⁴.

L'apparente (peraltro molto contenuta) riduzione dei valori è la conseguenza di un effetto paradosso noto, dovuto fatto che, con l'aumentare della copertura vaccinale decresce il numero dei casi nella popolazione, proprio per l'efficacia della vaccinazione, mentre aumenta il numero di vaccinati, che diventa molto numeroso. Per questo anche se la percentuale di casi di COVID-19 tra i vaccinati è bassissima, nell'ordine di pochi punti, il numero assoluto diventa più alto, mentre il numero assoluto di casi nel sempre più ridotto, gruppo dei non vaccinati, diventa minore. In sostanza, in gruppi di popolazione con una copertura vaccinale altissima la maggior parte dei casi segnalati si potrebbe così verificare in soggetti vaccinati, solo perché la numerosità della popolazione vaccinata è molto più elevata di quella dei soggetti non vaccinati. Questo risultato è un paradosso atteso e ben conosciuto, ed è dovuto al fatto che i sistemi di sorveglianza fanno emergere solo i casi di malattia malgrado la vaccinazione, mentre non rendono evidenti i casi di malattia evitati dalla vaccinazione. Bisogna però saperlo riconoscere per evitare perdita di fiducia nella vaccinazione.

Al proposito possono forse aiutare i dati di un recente bollettino dell'ISS del 18 Agosto 2021 che dimostra come, nel periodo tra luglio e agosto, tra i vaccinati a ciclo completo i ricoverati in terapia intensiva nell'età tra 12 e 39 anni siano stati zero, contro i 49 tra i non vaccinati; analogamente, nella fascia di età tra 40 e 59 anni i ricoveri tra i vaccinati (2 dosi) sono stati 7 contro 121 tra i non vaccinati. Per quanto riguarda i decessi, a fronte di zero casi tra vaccinati, anche a ciclo incompleto, nella fascia d'età 12-39 anni, si sono riscontrati 4 decessi solo tra i non vaccinati, mentre sono stati 2 i decessi nei vaccinati contro 28 nei non vaccinati nella fascia tra 40 e 59 anni (Tabella 1, Bollettino Iss)¹⁵.

¹⁴ Istituto Superiore di Sanità 20 luglio 2021:
www.iss.it/covid19-faq/-/asset_publisher/yJS4xO2fauqM/content/id/5799698

¹⁵ Istituto Superiore di Sanità. Epidemia COVID-19. Aggiornamento nazionale 18 agosto 2021.

Tabella 1

GRUPPO	FASCIA DI ETÀ	NON VACCINATI	VACCINATI CON CICLO INCOMPLETO	VACCINATI CON CICLO COMPLETO
Popolazione (31/07/2021)	12-39	9.409.901 (54%)	4.366.588 (25%)	3.659.066 (21%)
	40-59	5.754.829 (31,2%)	3.425.683 (18,6%)	9.266.948 (50,2%)
	60-79	2.083.299 (15,3%)	2.020.243 (14,9%)	9.469.237 (69,8%)
	80+	320.296 (7%)	127.610 (2,8%)	4.106.201 (90,2%)
Diagnosi di Sars-CoV-2 (16/07/2021-15/08/2021)	12-39	67.101 (75,7%)	14.327 (16,2%)	7.195 (8,1%)
	40-59	21.581 (59,2%)	5.897 (16,2%)	9.003 (24,7%)
	60-79	5.553 (40,1%)	2.221 (16%)	6.079 (43,9%)
	80+	1.026 (26,6%)	123 (3,2%)	2.701 (70,2%)
Ospedalizzazioni** (09/07/2021-08/08/2021)	12-39	1.373 (89,2%)	110 (7,1%)	57 (3,7%)
	40-59	1.455 (85,5%)	125 (7,3%)	121 (7,1%)
	60-79	893 (64,1%)	176 (12,6%)	325 (23,3%)
	80+	331 (40,4%)	33 (4%)	456 (55,6%)
Ricoveri in Terapia Intensiva** (09/07/2021-08/08/2021)	12-39	49 (96,1%)	2 (3,9%)	0 (0%)
	40-59	121 (89%)	8 (5,9%)	7 (5,1%)
	60-79	140 (74,9%)	11 (5,9%)	36 (19,3%)
	80+	24 (55,8%)	1 (2,3%)	18 (41,9%)
Decessi** (25/06/2021-25/07/2021)	12-39	4 (100%)	0 (0%)	0 (0%)
	40-59	28 (80%)	5 (14,3%)	2 (5,7%)
	60-79	80 (84,2%)	9 (9,5%)	6 (6,3%)
	80+	65 (59,1%)	5 (4,5%)	40 (36,4%)

Dati dell'aggiornamento nazionale dell'Istituto Superiore di Sanità del 18 agosto 2021 riferiti ai precedenti 30 giorni relativi al numero di infezioni da SARS-CoV-2, ricoveri in terapia intensiva e decessi in soggetti vaccinati vs. non vaccinati ¹⁵.

Questi dati sono riferiti alla popolazione generale, composta di persone a rischio di contagio molto variabile. Nei gruppi di lavoratori che svolgono attività ad elevato rischio di infezione (ricordando che il rischio è sia quello di essere infettati che di infettare), specie nelle situazioni che comportano contatti (diretti e/o indiretti) frequenti, la efficacia della vaccinazione in termini di riduzione della diffusione del SARS-CoV-2 diventa ancora più rilevante. Nel caso degli operatori sanitari, inclusi gli operatori delle RSA, va inoltre considerata la possibilità di frequenti contatti con persone con fattori di rischio per forme gravi di COVID-19 (età, sovrappeso/obesità, patologie intercorrenti, ecc.), o/e che non possono essere vaccinate: in questo caso è evidente che la vaccinazione assume un ruolo positivo particolarmente significativo.

Passando ora ad affrontare la tematica dei possibili rischi connessi alla somministrazione dei vaccini, l'eventuale comparsa di reazioni avverse (risposte nocive e non intenzionali alla vaccinazione per le quali è possibile stabilire una relazione causale) è costantemente monitorata in Italia e nella maggioranza degli altri Paesi. Nel nostro paese è attivo da anni un apposito sistema di farmacovigilanza dedicato al monitoraggio di quello che succede dopo la somministrazione di un vaccino, i cui dati sono disponibili nel sito web dell'Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA), che pubblica periodicamente dei Rapporti sulla Sorveglianza dei vaccini COVID-19. L'ultimo, aggiornato al 26 agosto 2021, indica che, su un totale di circa 76.510.000 dosi di vaccino somministrate (dati comprensivi di tutti i 4 vaccini autorizzati in Italia) le segnalazioni di sospette reazioni avverse sono state 119 ogni 100.000 dosi. Di queste sono state considerate come gravi il 13,8%, comunque con esito in risoluzione completa o miglioramento nella maggior parte dei casi (Figura 2)¹⁶.

Figura 2



*Dati dell'Agenzia Italiana del farmaco dall'ottavo "Rapporto sulla Sorveglianza dei vaccini COVID-19" aggiornati al 26 agosto 2021: dosi di vaccino somministrate, numero e tipologia di sospette reazioni avverse segnalate*¹⁶.

Considerando tutti i vaccini insieme, gli eventi avversi più segnalati sono stati febbre, stanchezza, cefalea, dolori muscolari/articolari, reazione locale o dolore in sede di iniezione, brividi e nausea. Gli eventi avversi correlabili al vaccino ad esito più grave possibile, ovvero quelli che hanno causato il decesso, sono stati in totale 14, pari a 0,2 casi ogni milione di dosi somministrate. Sebbene da un punto di vista freddamente numerico il dato sia molto

¹⁶ Agenzia Italiana del Farmaco. Rapporto sulla Sorveglianza dei vaccini COVID-19, N° 8, dal 27/12/2020 al 26/8/2021: www.aifa.gov.it/documents/20142/1315190/Rapporto_sorveglianza_vaccini_COVID-19_8.pdf

contenuto, va considerato che ogni caso di decesso andrebbe comunque evitato, e quindi il massimo impegno va dedicato alla prevenzione.

Può però essere utile considerare che nel nostro Paese, secondo i dati del Ministero della Salute aggiornati ad inizio settembre 2021, i casi di COVID-19 confermati dall'inizio della pandemia sono stati 4.585.423, ed i decessi 129.707, con un tasso di letalità (percentuale di decessi rispetto ai positivi al tampone) stimabile del 2,8%¹⁷. Nell'interpretazione di questo valore è da tenersi conto che il tasso è molto maggiore nelle fasce di età più elevate, e che è da ritenersi che una certa quota di tutti i casi effettivi di COVID-19 sia sfuggita alla diagnosi, tuttavia i tassi di letalità per vaccinazione sono palesemente inferiori di vari ordini di grandezza.

Non abbiano lo spazio, né il tempo per entrare in una discussione sulle obiezioni relative ai possibili rischi legati ad una incompleta valutazione sperimentale dei vaccini, sollevate da alcuni. Possiamo solo osservare in questa sede che le dosi di vaccino finora somministrate sono state milioni in tutto il mondo, e che la stessa Food and Drug Administration statunitense ha ormai autorizzato l'uso del Pfizer-BioNTech in via definitiva negli adulti, e quindi a scopo non più soltanto di emergenza¹⁸.

Sembra quindi di poter concludere senza ombra di dubbio che il rapporto costi/benefici sia larghissimamente sbilanciato a favore dei vantaggi della vaccinazione.

4. Altre misure per la prevenzione del contagio

L'ultimo aspetto che si ritiene utile affrontare è se esistano altre misure valide che possano essere utilizzate nei lavoratori per la prevenzione dell'infezione, in modo alternativo alla vaccinazione.

Fin dall'inizio della pandemia per la prevenzione della diffusione del SARS-CoV-2 sono state indicate una serie di misure preventive derivate da esperienze precedenti, consistenti essenzialmente nella protezione delle vie aeree (e del viso), distanziamento, lavaggio delle mani, uso di guanti, sanificazione, ricambio d'aria con procedure adeguate, vestizione e svestizione secondo procedure rigorose, ecc¹⁹. Anzi, all'esordio della pandemia, in assenza di altre misure note, la prevenzione è stata basata proprio su queste.

¹⁷ Istituto Superiore di Sanità. Dati della Sorveglianza integrata COVID-19 in Italia: www.epicentro.iss.it/coronavirus/sars-cov-2-dashboard

¹⁸ U.S. Food and Drug Administration FDA Approves First COVID-19 Vaccine: www.fda.gov/news-events/press-announcements/fda-approves-first-covid-19-vaccine

¹⁹ World Health Organization. Coronavirus disease (COVID-19) / Prevention: www.who.int/health-topics/coronavirus#tab=tab_2

In linea del tutto teorica un rigoroso, scrupoloso e costante utilizzo di tutte queste misure potrebbe essere in grado di prevenire il contagio, ma l'esperienza ci ha dimostrato che, all'atto pratico, un approccio di questo tipo, che andrebbe oltretutto mantenuto per lunghi periodi, non è realisticamente immaginabile.

Peraltro, anche in un ambiente altamente specializzato e con precedente esperienza di uso di queste misure, com'era il caso degli ospedali in epoca pre-vaccinazione, i casi di contagio da SARS-CoV-2 avvenuti in ambiente lavorativo sia tra gli operatori sanitari che tra operatori e pazienti, sono stati purtroppo tutt'altro che rari. È facile prevedere che misure di questo tipo in ambienti di lavoro non sanitari, ed in particolare una loro applicazione costante e sufficientemente rigorosa per tempi verosimilmente prolungati come unico intervento preventivo sia da considerarsi poco o per nulla proponibile.

Va poi ricordato che, sempre nel caso queste misure vengano utilizzate come unico intervento preventivo, una distrazione anche solo occasionale, quale il mancato o la errata applicazione di procedure, possa comportare la induzione di casi di contagio, come purtroppo dimostrato in alcuni casi descritti in letteratura.

In conclusione un'adozione di queste misure di prevenzione è sicuramente un'arma importante per la prevenzione del contagio da SARS-CoV-2 (e, verosimilmente, almeno alcune dovranno essere mantenute ancora per un certo tempo) ma da sola è da considerarsi non risolutiva, come la pratica ha purtroppo già dimostrato.

In questa sede non viene affrontato, invece, il discorso delle terapie non vaccinali, che esulano dall'argomento in quanto non possono essere considerate misure di prevenzione.

5. Conclusioni

I dati riportati indicano che un contagio da SARS-CoV-2 negli ambienti di lavoro è possibile sia per contatti diretti con persone con COVID-19, che anche nel caso di accesso in ambienti contaminati perché precedentemente frequentati da persone infette. Va anche ricordato che una sensibile quota di persone può essere inconsapevolmente contagiosa in quanto asintomatica o in fase pre-sintomatica. Da questo punto di vista, pertanto, infezioni possono avvenire nella grande maggioranza delle attività lavorative. In alcune, però, il rischio è maggiore, almeno potenzialmente, in funzione di alcune caratteristiche dell'attività svolta. Al proposito, ad es. l'INAIL ha preparato una classificazione in funzione di esposizione, prossimità e aggregazione.

Gli studi che hanno affrontato questa problematica finora hanno dei limiti dovuti alla carenza di dati relativi a molte attività per le interruzioni/pesanti limitazioni imposte dagli interventi di lockdown imposti dalle varie Autorità, ma i dati disponibili sono concordi nel confermare un elevato rischio, in primo luogo, nelle attività sanitarie e servizi sociali, ma anche in altri, ed in particolare in vari servizi.

L'unica misura di prevenzione che si è dimostrata in grado di intervenire significativamente sul contagio è indubbiamente la vaccinazione, la cui efficacia è stata ormai largamente dimostrata sia in Italia che in numerose altre nazioni. La sicurezza dei vaccini è costantemente seguita mediante misure di farmacovigilanza nel nostro e in vari altri Paesi, ed i dati attuali confermano la sua elevata sicurezza. Non risultano invece esistere altre misure praticamente applicabili in modo generalizzato negli ambienti di lavoro per le quali, se applicate in modo alternativo invece della vaccinazione, ci si possa attendere un'efficacia confrontabile, o anche solo simile.

Per quanto riguarda gli aspetti medici, non si può quindi che concludere sull'assoluta utilità ed insostituibilità attuale della vaccinazione.

Per quanto riguarda invece altri, e tutt'altro che semplici, aspetti relativi all'obbligo vaccinale dei lavoratori, rimandiamo agli altri contributi presenti in questo volume.

**DALL’OBBLIGO VACCINALE CONTRO IL CORONAVIRUS (SARS-CoV-2)
PER GLI ESERCENTI LE PROFESSIONI SANITARIE E GLI OPERATORI DI
INTERESSE SANITARIO AL “GREEN PASS”**

Giuseppe Pellacani
Professore Ordinario di diritto del lavoro
Università di Modena e Reggio Emilia

SOMMARIO. 1. Il contesto: la disciplina emergenziale per la pandemia COVID-19 e l'inconfigurabilità di un generico obbligo di vaccinazione sui luoghi di lavoro. - 2. L'intervento del legislatore e delle parti sociali tra imposizioni ed incentivi: l'obbligo vaccinale per il personale sanitario, la vaccinazione nei luoghi di lavoro, il green pass e gli scenari possibili per i servizi pubblici di primario interesse collettivo (soprattutto scuola e trasporti). - 3. La previsione di un obbligo vaccinale per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario. - 4. Segue. La procedura per l'attuazione del piano. - 5. Segue. I destinatari dell'obbligo. - 6. Segue. Le esenzioni. - 7. Segue. Le misure nei confronti dei lavoratori non vaccinati. - 8. Segue. Il diritto all'equo ristoro.

1. Il contesto: la disciplina emergenziale per la pandemia COVID-19 e l'inconfigurabilità di un generico obbligo di vaccinazione sui luoghi di lavoro

La disponibilità, dai primi giorni del 2021, di una misura di prevenzione di riconosciuta efficacia, vale a dire di vaccini contro il Coronavirus (SARS-CoV-2),¹ ha innescato un acceso dibattito sulla possibilità ed opportunità di imporne la somministrazione anche *contra voluntem* o in alternativa, di limitarsi ad una raccomandazione, semplice oppure rafforzata da penalizzazioni di vario genere (quali ad esempio limitazioni all'utilizzo dei mezzi di trasporto pubblici o all'ingresso in locali aperti al pubblico) per chi decidesse di non sottoporvisi.

D'altra parte, si osserva, soltanto una vaccinazione di massa potrà verosimilmente consentire di raggiungere la cosiddetta “immunità di gregge” e quindi di porre fine alla pandemia. Di qui la tensione fra la dimensione solidaristica e collettiva del diritto alla salute (art. 32, c. 1 Cost.) e l'interesse individuale a non essere sottoposto a trattamenti sanitari imposti.²

¹ Su tali aspetti si rinvia al contributo di F. GOBBA, Aspetti medici della vaccinazione anti-COVID-19 nei lavoratori: il rischio di infezione negli ambienti di lavoro, la efficacia ed i rischi dei vaccini, in questo fascicolo.

² In argomento si rinvia al contributo di R. PINARDI, Pandemia da Covid-19 e obbligo vaccinale per i lavoratori: quali limiti costituzionali?, in questo fascicolo.

In ambito giuslavoristico ci si è fin da subito interrogati sulla possibilità/necessità per i datori di lavoro di pretendere che un proprio dipendente si sottoponga alla vaccinazione, messa a disposizione gratuitamente dal servizio sanitario o dallo stesso datore di lavoro.³

In linea generale e di principio, per tutte quelle attività in cui il Coronavirus-2 (SARS-CoV-2) costituisca un rischio generico la risposta può dirsi negativa.

È infatti noto che, per contrastare gli effetti della diffusione del virus, il Governo ha adottato un modello inedito “a geometria variabile” basato su un intreccio fra fonti legislative e non legislative (d.p.c.m.) e atti di autonomia negoziale collettiva, i protocolli condivisi (innanzitutto il protocollo 14 marzo 2020, integrato il 24 aprile 2020 aggiornati il 6 aprile 2021).⁴

Funzione principale della disciplina emergenziale è stata (ed è) quella di consentire la prosecuzione delle attività produttive assicurando alle persone che lavorano (e agli utenti/clienti/pazienti) adeguati livelli di protezione mediante l'adozione e l'attuazione di un complesso di misure operative specifiche ispirate al principio precauzionale. Siffatte misure, in una condizione di incertezza scientifica, riempiono di contenuto la clausola generale dell'articolo 2087 del codice civile (che impone all'imprenditore di adottare tutte le misure, anche non codificate, *che* secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro) e in tal modo fissano il perimetro dell'obbligo contrattuale di sicurezza posto da tale disposizione in capo ai datori di lavoro, definendo un'area di rischio autorizzato.

L'Esecutivo ha dunque operato un complesso ed articolato bilanciamento fra interessi (della collettività e dei singoli) e diritti di rilievo costituzionale tra cui vengono in particolare rilievo quelli alla salute, alla libertà dell'iniziativa economica d'impresa, al lavoro, all'istruzione, all'assistenza e previdenza, alla libertà di circolazione.

Per ciò che in questa sede interessa, preme poi rilevare che la qualificazione, confermata nei protocolli, del contagio da Coronavirus quale “rischio generico” in quanto incombente indistintamente su tutta la popolazione unitamente all'individuazione di precise prescrizioni precauzionali, induce a ritenere che l'adozione e la corretta applicazione delle misure

³ Quanto al dibattito iniziale, tendenzialmente favorevoli, pur con sfumature diverse, R. GUARINIELLO, *Sorveglianza sanitaria: vaccino obbligatorio per i lavoratori?*, in *DPL*, 2021, n. 1, p. 27 ss.; P. ICHINO, *Perché e come il dovere di vaccinarsi può nascere da un contratto di diritto privato*, *LDE*, n. 1, 2021. *Contra* G. FALASCA, *Non si può licenziare il dipendente che rifiuta di vaccinarsi*, in www.open.online/, 25 dicembre 2020. Per una ricostruzione delle diverse posizioni G. BENINCASA, G. PIGLIALARMI, *COVID-19 e obbligo giuridico di vaccinazione per il dipendente*, in *WP Salus*, 2021, n. 1, 13.

⁴ M. MARAZZA, *L'art. 2087 nella pandemia COVID-19 (e oltre)*, in *RIDL*, 2020, I, 267 ss.; A. PERULLI, *«Diritto riflessivo» e autonomia collettiva al tempo del COVID-19*, *ivi*, 2020, I, 299 ss..

previste nei protocolli e nelle specifiche discipline di settore escluda la responsabilità datoriale, penale, contrattuale ed extracontrattuale.

La soluzione trova conferma nell'articolo 29-bis (Obblighi dei datori di lavoro per la tutela contro il rischio di contagio da COVID-19) del "decreto liquidità" (n. 23/2020), articolo inserito in sede di conversione (l. n. 40/2020) che, fornendo un importante chiarimento rispetto a quanto stabilito dall'articolo 42 del decreto Cura Italia (n. 18/2020) dispone espressamente che *"Ai fini della tutela contro il rischio di contagio da COVID-19, i datori di lavoro pubblici e privati adempiono all'obbligo di cui all'articolo 2087 del codice civile mediante l'applicazione delle prescrizioni contenute nel protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del COVID-19 negli ambienti di lavoro, sottoscritto il 24 aprile 2020 tra il Governo e le parti sociali, e successive modificazioni e integrazioni, e negli altri protocolli e linee guida di cui all'articolo 1, comma 14, del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, nonché mediante l'adozione e il mantenimento delle misure ivi previste. Qualora non trovino applicazione le predette prescrizioni, rilevano le misure contenute nei protocolli o accordi di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale"*.

Per gli ambienti di lavoro in cui il Coronavirus-2 (SARS-CoV-2) costituisca un rischio specifico,⁵ ovvero laddove il virus sia introdotto intenzionalmente nel ciclo produttivo, come nei laboratori di ricerca, di didattica o di diagnostica, o quando la sua presenza non possa essere impedita, come nelle strutture sanitarie dove siano ricoverati e sottoposti a cure pazienti affetti da Coronavirus-2 (SARS-CoV-2),⁶ o soggetti particolarmente esposti al rischio in caso di contagio (strutture per anziani), la questione è più complessa. Oltre alle previsioni dell'articolo 2087 del codice civile e dei protocolli condivisi richiamati dall'articolo 29-bis del "decreto liquidità", viene infatti in rilievo anche il titolo X del Testo unico sulla sicurezza (decreto legislativo n. 81/2008) e la vaccinazione rientra senz'altro tra le misure da prendere in considerazione in sede di giudizio di idoneità⁷ e quindi da adottare per proteggere contro i rischi per la salute e la sicurezza derivanti dall'esposizione all'agente biologico i lavoratori e tutti *"terzi che si trovino nell'ambiente di lavoro, indipendentemente*

⁵ V. la nota 0a) all'allegato XLVI del d.lgs. n. 81 del 2008 (Nota inserita dall'articolo 4, comma 1, del D.L. 7 ottobre 2020, n. 125, convertito, con modificazioni, dalla Legge 27 novembre 2020, n. 159).

⁶ Si consenta il rinvio a 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 LDE, n. 1, 2021.

⁷ In argomento si rinvia al contributo di M. GIOVANNONE, *Somministrazione vaccinale e gestione prevenzionistico-cautelare del rapporto di lavoro: dalle misure generali di tutela al Titolo X del d.lgs. n. 81/2008*, in questo fascicolo.

dall'esistenza di un rapporto di dipendenza con il titolare dell'impresa" (da ultima Cass. Pen. sez. IV, 26 febbraio 2019, n. 13583)⁸, soprattutto se "fragili".

Per di più "intendendo il rinvio legislativo esteso, oltre che alle misure di sicurezza espressamente tipizzate dal Protocollo, anche a quelle dinamicamente individuate o individuabili nel necessario processo di adattamento dei Protocolli nazionali ai contesti aziendali", è "corretto affermare che nel difficile bilanciamento dei molti diritti coinvolti in questa materia il datore di lavoro possa legittimamente porre in essere, anche nei confronti dei *no vax*, tutte le misure di sicurezza contemplate dai Protocolli nazionali cui espressamente rinvia la legge e/o riconducibili alla loro diligente applicazione", "con la centralità del ruolo del medico competente, nel rispetto delle procedure previste dagli accordi (a partire dal coinvolgimento del Comitato aziendale o territoriale) e con il coinvolgimento dei soggetti ivi previsti".⁹

2. L'intervento del legislatore e delle parti sociali tra imposizioni ed incentivi: l'obbligo vaccinale per il personale sanitario, la vaccinazione nei luoghi di lavoro, il *green pass* e gli scenari possibili per i servizi pubblici di primario interesse collettivo (soprattutto scuola e trasporti)

In ogni caso, il compito di realizzare il bilanciamento fra il complesso di interessi e diritti costituzionali in gioco, della collettività, dei lavoratori e dei terzi, spetta in via prioritaria al legislatore nonché alle parti sociali (a quei "protocolli" cui il legislatore, come si è detto, ha affidato il delicato compito di riempire di contenuto il precetto dell'art. 2087), non ai datori di lavoro.

Un primo atteso e invocato intervento del legislatore, utile ad superare dubbi ed incertezze interpretative in un contesto di particolare delicatezza, è giunto, come noto, con il d.l. n. 44 del 2021, che ha introdotto l'obbligo di vaccinazione per gli esercenti le professioni sanitarie (su cui v il § successivo).

Le parti sociali al fine di favorire la vaccinazione ed accelerare il completamento della campagna vaccinale (che rimane un'iniziativa di sanità pubblica), il 6 aprile 2021 hanno sottoscritto, su invito del Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali e del Ministro della Salute, un protocollo (il Protocollo nazionale per la realizzazione dei piani aziendali finalizzati all'attivazione di punti straordinari di vaccinazione anti SARS-CoV-2/Covid-19 nei luoghi di lavoro) che *consente (non impone) ai "datori di lavoro, singolarmente o in forma aggregata e indipendentemente dal numero di lavoratrici e lavoratori occupati, con il supporto o il coordinamento delle*

⁸ In *RIDL*, 2019, II, p. 392.

⁹ M. MARAZZA, *Gli effetti giuslavoristici della mancata vaccinazione*, in *GCiv*, n. 7/2021, 9.

Associazioni di categoria di riferimento” di “manifestare la disponibilità ad attuare piani aziendali per la predisposizione di punti straordinari di vaccinazione anti SARS-CoV-2 (Covid-19) nei luoghi di lavoro destinati alla somministrazione in favore delle lavoratrici e dei lavoratori che ne abbiano fatto volontariamente richiesta”.¹⁰

Con il d.l. 23 luglio 2021, n. 105 è stato poi recentemente introdotto l'obbligo del possesso di una “certificazione verde” (c.d. “green pass”)¹¹ per l'accesso, a partire dal 6 agosto 2021, ad una serie di servizi ed attività individuate dalla legge,¹² che apre nuovi scenari.

È vero infatti che la norma fa espressamente riferimento al “green pass” quale requisito per “l'accesso” ad una serie di “servizi e attività”, con ciò lasciando intendere che l'onere gravi esclusivamente sui clienti/utenti, ma l'incongruità (al limite della bizzarria) di una soluzione che consente l'accesso a quei medesimi ambienti a lavoratori, fornitori, collaboratori non in possesso di certificazione è piuttosto evidente.

Tant'è che, sulla scorta di una proposta di Confindustria, si sta discutendo dell'opportunità di introdurre il *green pass* obbligatorio negli ambienti di lavoro in modo più generalizzata. Il dialogo è stato avviato, ma la strada che dovrebbe condurre ad un aggiornamento dei protocolli richiederà qualche tempo, e le coordinate non possono che essere stabilite muovendo da quanto già previsto in relazione al *green pass*.

Un tema molto delicato (ed urgente) è in particolare quello relativo ai servizi pubblici di primario interesse collettivo, soprattutto scuola e trasporti. Pur non trattandosi di contesti in cui il Coronavirus costituisce rischio specifico, ma solo rischio generico, il pericolo di

¹⁰ Il 12 Maggio 2021 è stato pubblicato il Documento tecnico operativo per l'avvio delle vaccinazioni in attuazione delle indicazioni ad interim per la vaccinazione anti-SARS-COV-2/COVID-19 nei luoghi di lavoro approvate dalla Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome l'8 aprile 2021, di Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome, Inail, Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, Ministero della Salute, Struttura di supporto alle attività del Commissario straordinario per emergenza COVID-19 e per l'esecuzione della campagna vaccinale nazionale, in www.inail.it/cs/internet/docs/alg-pubbl-documento-tecnico-vaccinazione-luoghi-di-lavoro_6443162042662.pdf

¹¹ Art. 9-bis d.l. 22 aprile 2021, n. 52, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 giugno 2021, n. 87, introdotto dall'art. 3 d.l. 23 luglio 2021, n. 105; d.P.C.M. 17 giugno 2021. La disposizione non si applica ai soggetti esclusi per età dalla campagna vaccinale e ai soggetti esenti sulla base di idonea certificazione medica rilasciata secondo i criteri definiti con circolare del Ministero della salute. La certificazione verde è valida: a) dal quindicesimo giorno successivo alla somministrazione della prima dose di vaccino sino alla data prevista per la seconda dose (nel caso di vaccino a doppia dose) e per i 9 mesi successivi al completamento del ciclo vaccinale; b) per i 6 mesi successivi alla guarigione dal Covid; c) nelle 48 ore successive ad un test negativo.

¹² Al momento, ai sensi dell'art. 9-bis, c. 1, del d.l. n. 52/2021: “a) servizi di ristorazione svolti da qualsiasi esercizio, di cui all'articolo 4, per il consumo al tavolo, al chiuso; b) spettacoli aperti al pubblico, eventi e competizioni sportivi, di cui all'articolo 5; c) musei, altri istituti e luoghi della cultura e mostre, di cui all'articolo 5-bis; d) piscine, centri natatori, palestre, sport di squadra, centri benessere, anche all'interno di strutture ricettive, di cui all'articolo 6, limitatamente alle attività al chiuso; e) sagre e fiere, convegni e congressi di cui all'articolo 7; f) centri termali, parchi tematici e di divertimento; g) centri culturali, centri sociali e ricreativi, di cui all'articolo 8-bis, comma 1, limitatamente alle attività al chiuso e con esclusione dei centri educativi per l'infanzia, compresi i centri estivi, e le relative attività di ristorazione; h) attività di sale gioco, sale scommesse, sale bingo e casinò, di cui all'articolo 8-ter; i) concorsi pubblici”.

contagio è particolarmente intenso anche in considerazione della non occasionalità del contatto, delle condizioni in cui l'attività si svolge (in ambienti chiusi e ad elevata densità di presenza) e del gran numero di soggetti coinvolti.

Nel momento in cui si scrive (fine luglio), l'adozione di uno specifico provvedimento è stata rinviata di qualche settimana e la questione è ancora aperta ma è chiaro che un intervento è ineludibile in considerazione dei diritti di rilievo costituzionale implicati e delle potenziali gravi conseguenze, su più fronti, di soluzioni approssimative.

Per gli studenti e gli utenti del servizio il modello potrebbe essere tarato sulla falsariga di quello introdotto dal d.l. 105/2021 (*green pass*). Per i lavoratori la questione è più complessa e non è possibile prevedere come ci si orienterà. La soluzione più agevole, in quanto già sperimentata e "pronta all'uso", consisterebbe nell'introduzione di un obbligo vaccinale analogo a quello già previsto per il personale sanitario.

In ogni caso, occorrerà tener conto che non si tratta di disciplinare eventi singoli e non necessari, come l'ingresso a fiere, musei, ristoranti, palestre e così via. Tanto gli studenti quanto gli insegnanti e i collaboratori scolastici debbono accedere all'istituto scolastico pressochè ogni giorno ed è chiaro che, se l'opzione dovesse cadere sul *green pass*, bisognerà rivedere il meccanismo e tararne il funzionamento in funzione delle specifiche esigenze del contesto. La certificazione verde, in particolare, non potrà in concreto che essere quella derivante dalla vaccinazione o dall'avvenuta guarigione, essendo difficilmente ipotizzabile il ricorso al tampone (di durata massima pari a 48 ore). Al di là delle difficoltà pratiche legate alla necessità di un controllo quotidiano, per i dipendenti si aggiungerebbe il problema di gestire dal punto di vista organizzativo l'eventuale episodica carenza del requisito.

3. La previsione di un obbligo vaccinale per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario. La natura dell'obbligo

L'art. 4 del decreto legge 1 aprile 2021, n. 44, convertito con modificazioni dalla Legge 28 maggio 2021, n. 76, ha introdotto¹³ un obbligo (o più esattamente un onere) di vaccinazione per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2 a carico degli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario.¹⁴

¹³ Non senza contestazioni. La stampa riferisce di numerosi casi di ricorsi ai T.a.r. di diverse regioni (ad esempio Liguria, Piemonte, Lombardia-Brescia, Emilia Romagna) di molte centinaia sanitari. Al momento, i T.a.r. hanno per lo più rinviato la decisione nel merito a diversi mesi di distanza.

¹⁴ Sulla legittimità costituzionale del provvedimento si rinvia a contributo di R. PINARDI, *Pandemia da Covid-19 e obbligo vaccinale per i lavoratori: quali limiti costituzionali?*, in questo fascicolo.

La vaccinazione è gratuita e costituisce requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative rese dai soggetti obbligati.

Il decreto recepisce le richieste provenienti dal mondo delle professioni sanitarie e le indicazioni e i suggerimenti degli esperti, realizzando un ragionevole bilanciamento fra l'interesse collettivo alla salute e quello individuale a non essere sottoposti a trattamenti sanitari contro la propria volontà, facendo prevalere il primo ma con adeguati temperamenti.

L'imposizione è infatti riferita solamente alle categorie di lavoratori maggiormente esposti al rischio di essere contagiati e di diffondere il contagio, è limitata all'arco temporale strettamente indispensabile, è prevista un'esenzione in caso di comprovate controindicazioni mediche.

In ogni caso, poi, il rifiuto di sottoporsi al vaccino non comporta provvedimenti definitivi (licenziamento o radiazione dall'albo), ma soltanto temporanei (spostamento a mansioni compatibili o sospensione dall'esercizio dell'attività).

L'obbligo, infine, non è *sine die*, ma vale sino alla completa attuazione del piano strategico nazionale dei vaccini previsto dall'articolo 1, comma 457, della legge 30 dicembre 2020, n. 178 e comunque (per il momento) non oltre il 31 dicembre 2021.

4. Segue. La procedura per l'attuazione del piano

Dal punto di vista operativo, l'attuazione del piano è affidata alle regioni e alle province autonome, cui gli ordini professionali e i datori di lavoro degli operatori di interesse sanitario dovranno inviare, entro cinque giorni dall'entrata in vigore del decreto, i nominativi e la residenza degli iscritti o dei dipendenti (art. 4, c. 3).

La regione o la provincia autonoma dovrà poi verificare, entro dieci giorni dal ricevimento dei dati, per il tramite dei servizi informativi vaccinali, lo stato vaccinale degli interessati e segnalare immediatamente all'azienda sanitaria locale di residenza i nominativi dei soggetti che non risultano vaccinati (art. 4, c. 4).

L'azienda sanitaria locale inviterà quindi l'interessato a produrre, entro cinque giorni dalla ricezione dell'invito, la documentazione comprovante l'effettuazione della vaccinazione o l'omissione, la presentazione della richiesta di vaccinazione, l'insussistenza dei presupposti per l'obbligo vaccinale, le ragioni che giustificano l'omissione o il differimento della stessa per ragioni di salute. Alla scadenza del predetto termine l'azienda sanitaria locale dovrà quindi invitare formalmente e senza ritardo l'interessato (per il quale risulti sussistente l'obbligo) a sottoporsi alla somministrazione del vaccino e a trasmettere

entro tre giorni dalla somministrazione il certificato vaccinale, con indicazione delle modalità e dei termini per gli adempimenti (art. 4, c. 5). Decorsi i predetti termini, laddove accerti l'inosservanza dell'obbligo vaccinale, l'azienda sanitaria locale competente, previa acquisizione delle ulteriori eventuali informazioni presso le autorità competenti, ne darà immediata comunicazione all'interessato, al datore di lavoro e all'ordine professionale di appartenenza (art. 4, c. 6). Poiché, come si è detto, la vaccinazione costituisce requisito essenziale all'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative, l'adozione dell'atto di accertamento da parte dell'azienda sanitaria locale determina 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 da SARS-CoV-2 (art. 4, c. 6), sospensione che l'Ordine professionale di appartenenza, è tenuto a comunicare immediatamente all'interessato (art. 4, c. 7) e che mantiene efficacia fino all'assolvimento dell'obbligo vaccinale o, in mancanza, fino al completamento del piano vaccinale nazionale e comunque non oltre il 31 dicembre 2021 (art. 4, c. 9).

5. Segue. I destinatari dell'obbligo

La legge configura l'obbligo in capo agli esercenti le professioni sanitarie e agli operatori di interesse sanitario di cui all'articolo 1, comma 2, della legge 1° febbraio 2006, n. 43,¹⁵ (precisazione opportunamente introdotta in sede di conversione) che svolgono la loro attività nelle strutture sanitarie, sociosanitarie e socio-assistenziali, pubbliche e private, nelle farmacie, nelle parafarmacie e negli studi professionali.

L'elenco è dunque molto lungo e i soggetti potenzialmente interessati sono assai numerosi.¹⁶

¹⁵ Legge 1° febbraio 2006, n. 43 (in Gazz. Uff., 17 febbraio, n. 40) - Disposizioni in materia di professioni sanitarie infermieristiche, ostetrica, riabilitative, tecnico-sanitarie e della prevenzione e delega al Governo per l'istituzione dei relativi ordini professionali - ART. 1. (Definizione). 1. Sono professioni sanitarie infermieristiche, ostetrica, riabilitative, tecnico-sanitarie e della prevenzione, quelle previste ai sensi della legge 10 agosto 2000, n. 251, e del decreto del Ministro della sanità 29 marzo 2001, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 118 del 23 maggio 2001, i cui operatori svolgono, in forza di un titolo abilitante rilasciato dallo Stato, attività di prevenzione, assistenza, cura o riabilitazione. 2. 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 1. 3. Le norme della presente legge si applicano alle regioni a statuto speciale e alle province autonome di Trento e di Bolzano in quanto compatibili con i rispettivi statuti speciali e le relative norme di attuazione.

¹⁶ Come riporta il Ministero della salute, lo Stato italiano riconosce attualmente 30 professioni sanitarie per l'esercizio delle quali è obbligatoria l'iscrizione ai rispettivi Ordini professionali: Medici chirurghi e Odontoiatri; Veterinari; Farmacisti; Psicologi; Chimici e Fisici; Biologi; Professioni infermieristiche; Ostetriche; Tecnici sanitari di Radiologia medica e delle Professioni Sanitarie Tecniche, della Riabilitazione e della Prevenzione; a questi si aggiungono gli operatori di interesse sanitario e gli ausiliari delle professioni sanitarie (massofisioterapisti, operatori socio-sanitari, assistenti di studio odontoiatrico, odontotecnici, ottici, ma anche massaggiatori capi bagnini degli stabilimenti idroterapici, puericultrici).

Non tutti, poi, sono tenuti a vaccinarsi, ma solo coloro che, dal punto di vista oggettivo, lavorano negli ambienti specificamente individuati.

Dalla combinazione dei predetti requisiti soggettivi ed oggettivi si ricava dunque che un obbligo di vaccinazione non è configurabile in capo a coloro che, pur operando nell'ambito di "strutture sanitarie, sociosanitarie e socio-assistenziali", "farmacie, parafarmacie e studi professionali" non appartengano ad una delle categorie interessate (non è un "sanitario") e a chi, pur essendo un "sanitario", lavori in contesti diversi da quelli previsti dal decreto.

Inoltre, da una lettura sistematica del testo normativo si ricava che l'obbligo vale solo per gli addetti a prestazioni o mansioni "che implicano contatti interpersonali o comportino, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio da SARS-CoV".

È pertanto ragionevole ritenere che sia escluso dall'obbligo di vaccinazione, ad esempio, un impiegato addetto allo sportello di un ospedale, un commesso di una farmacia, un ottico che presti la propria attività all'interno di un esercizio commerciale, un odontotecnico che operi solo nel proprio laboratorio senza contatto con i pazienti, e così via.

Le situazioni dubbie, che sarebbe bene chiarire, comunque non mancano.

Si pensi, ad esempio, alla posizione dei veterinari: senz'altro rientranti nella previsione legale laddove operino all'interno di uno studio professionale o in una struttura sanitaria veterinaria ma non, a rigore, se prestano la propria attività a favore di un soggetto diverso esterno (ad esempio un'azienda di macellazione carni, un allevamento o a domicilio), per quanto un rischio analogo sia oggettivamente configurabile anche in questi casi.

Oppure agli addetti (non sanitari) ai laboratori in cui il Coronavirus-2 (SARS-CoV-2) sia introdotto intenzionalmente nel ciclo produttivo, riguardo ai quali solo un'interpretazione sistematica e ispirata alla *ratio* della disciplina speciale e generale in materia di tutela della salute e della sicurezza sui luoghi di lavoro induce a dare una risposta affermativa.

La formulazione della norma, secondo cui "*i datori di lavoro*" ... (*omissis*) ... "trasmettono l'elenco dei propri *dipendenti*", e le misure da adottarsi (adibizione a mansioni diverse, sospensione senza retribuzione), tarate sul rapporto di lavoro subordinato, potrebbero poi far sorgere il dubbio che destinatari dell'obbligo di vaccinazione siano (oltre ai professionisti) solo i dipendenti con contratto di lavoro subordinato, ma un'interpretazione estensiva consente di includervi chiunque, a qualunque titolo, lavori a contatto con pazienti/utenti.¹⁷

¹⁷ In generale, nel senso della necessità di "una interpretazione estensiva, sulla base del principio di precauzione, volta a evitare contatti con persone non protette", che porta a ritenere compreso nell'obbligo chiunque operi "a beneficio dei pazienti, con rischi di contagio indotti dai relativi contatti", v. E. GRAGNOLI, *L'epidemia, la vaccinazione, il rifiuto e l'ultimo provvedimento normativo*, in LDE, n. 2/2021, 7.

Laddove la prestazione sia resa in forza di un contratto di somministrazione di lavoro, di collaborazione coordinata e continuativa o di lavoro autonomo od occasionale, il rapporto deve essere sospeso e il datore di lavoro utilizzatore o committente, sulla scorta dei tradizionali rimedi civilistici, può recedere dal relativo contratto. Laddove la prestazione sia resa in forza di un contratto di appalto sarà l'appaltatore a disporre la sospensione e a provvedere alla sostituzione.

Manca poi ogni riferimento agli studenti in medicina e di odontoiatria, agli allievi infermieri e a chiunque altro operi negli ambienti considerati dal decreto, svolgendo attività analoghe a quelle dei sanitari, ma senza essere ancora in possesso della qualifica, che, ancora una volta, una lettura di buon senso induce a ritenere equiparabili ai professionisti sanitari ai fini della normativa sulla profilassi vaccinale.¹⁸

6. Segue. Le esenzioni

Dall'obbligo di vaccinazione sono esentati, sino a quando non venga a cessare la situazione di rischio, quei soggetti per i quali la vaccinazione possa costituire accertato pericolo per la salute (art. 4, c. 2).

L'accertamento e l'attestazione delle specifiche e documentate condizioni cliniche in presenza delle quali la vaccinazione non è obbligatoria e può essere omessa o differita sono affidati al medico di medicina generale. La scelta solleva perplessità, per la difficoltà che il medico può incontrare nell'accertare la reale sussistenza di un pericolo per la salute (a fronte ad esempio di un paziente che riferisca reazioni avverse, non supportate da documentazione, casomai perché risalenti nel tempo, ad un precedente vaccino o a d uno specifico farmaco) e dunque per il rischio di possibili elusioni. A tal riguardo potrebbe soccorrere l'emananda circolare del Ministero della salute cui l'art. 3 del d.l. n. 105 del 2021 affida il compito di individuare i criteri per il rilascio della certificazione medica per l'esenzione dal possesso di una delle certificazioni verdi COVID-19.

7. Segue. Le misure nei confronti dei lavoratori non vaccinati

Sotto il profilo lavoristico, esclusa la possibilità di licenziamento, le misure che i datori di lavoro debbono adottare nei confronti dei lavoratori che rifiutano il vaccino¹⁹ sono di tipo organizzativo.

¹⁸ Per gli specializzandi il problema non si pone, in quanto iscritti all'albo professionale.

¹⁹ Prima dell'entrata in vigore del d.l. 44/2021, l'Inail con nota 1.3.2021 aveva espresso l'indirizzo secondo cui gli infermieri che rifiutino il vaccino anti-covid, e si ammalinino di questo, avessero diritto comunque alle prestazioni previdenziali. Secondo A. DE MATTEIS, *Infermieri che rifiutano il vaccino anti-Covid: note critiche sulla*

Innanzitutto, occorre considerare la possibilità di adibire il lavoratore a mansioni diverse, equivalenti o anche inferiori, che non implicino contatti interpersonali e non comportino il rischio di diffusione del contagio, con il trattamento economico corrispondente alle mansioni esercitate, e quindi con possibile riduzione della retribuzione. Quando l'assegnazione a diverse mansioni non è possibile, il lavoratore è sospeso senza retribuzione, compenso o emolumento comunque denominato, fino all'assolvimento dell'obbligo vaccinale o, in mancanza, fino al completamento del piano vaccinale nazionale e comunque non oltre il 31 dicembre 2021.

Come nel più sta il meno, pur in mancanza di una espressa previsione in tal senso, è ragionevole ritenere che sia possibile il ricorso a misure alternative, come lo *smart working*, le ferie o il recupero dei permessi non goduti.²⁰

Quanto alle misure per i lavoratori esclusi dall'obbligo di vaccinazione per ragioni di salute, per il periodo in cui la vaccinazione è omessa o differita e comunque non oltre il 31 dicembre 2021, il datore di lavoro può disporre l'adibizione a mansioni anche diverse, senza decurtazione della retribuzione, in modo da evitare il rischio di diffusione del contagio da SARS-CoV-2 oppure fare ricorso al lavoro agile ai sensi dell'art. 26, c. 2-bis del d.l. n. 17 marzo 2020, n. 18 (convertito, con modificazioni dalla Legge 24 aprile 2020, n. 27) (art. 4, c. 10).

Laddove le anzidette strade risultino impercorribili, il lavoratore dovrà essere sospeso ma, ai sensi dell'art. 26, c. 2, d.l. n. 18/2020, il periodo di assenza dal servizio è equiparato al ricovero ospedaliero, non è computabile ai fini del periodo di comporto e, per i lavoratori in possesso del predetto riconoscimento di disabilità, non rileva ai fini dell'erogazione delle somme corrisposte dall'INPS, a titolo di indennità di accompagnamento. In considerazione della *ratio* della disposizione, la previsione dovrebbe valere non solo per i lavoratori fragili, ovvero aventi un'accertata "condizione di rischio derivante da immunodepressione o da esiti da patologie oncologiche o dallo svolgimento di relative terapie salvavita, ivi inclusi i lavoratori in possesso del riconoscimento di disabilità con connotazione di gravità ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104" ma per tutti.

direttiva Inail, anche alla luce del d.l. 44/2021, in *LDE*, n. 2/2021, siffatta posizione deve ora ritenersi superata. Sul tema si rinvia comunque al contributo di C. DAMIANO, *Rifiuto del vaccino, prestazioni assicurative INAIL e diritto di rivalsa*, in questo fascicolo.

²⁰ Diverse decisioni di merito, anche su vicende anteriori all'entrata in vigore del d.l. 44/2021, hanno confermato la legittimità di provvedimenti datoriali che hanno disposto la sospensione del rapporto, casomai con la collocazione in ferie (v. Trib. Belluno, ord. 19 marzo 2021; Trib. Modena, ord. 19 maggio 2021; Trib. Modena, ord. 23 luglio 2021, n. 2467).

Laddove si tratti di professionisti, gli stessi per il periodo di esenzione sono tenuti ad adottare “le misure di prevenzione igienico-sanitarie indicate dallo specifico protocollo di sicurezza adottato con decreto del Ministro della salute, di concerto con i Ministri della giustizia e del lavoro e delle politiche sociali, entro venti giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto” (art. 4, c. 11).

8. Segue. Il diritto all'equo ristoro

Nella legge per il personale della sanità non compare la previsione di un “equo ristoro” a favore di chi, per effetto del trattamento obbligatorio, dovesse subire un pregiudizio alla salute. Nonostante ciò, anche alla luce dei principi espressi dalla Corte costituzionale²¹ non pare possa dubitarsi che anche nell'ipotesi che ci occupa, trovi applicazione la legge 25 febbraio 1992, n. 210 la quale riconosce il “diritto ad un indennizzo da parte dello Stato” a chiunque abbia riportato “lesioni o infermità, dalle quali sia derivata una menomazione permanente della integrità psico-fisica” “a causa di vaccinazioni obbligatorie per legge o per ordinanza di una autorità sanitaria italiana” (art. 1, c. 1).

Più difficile giungere alla medesima conclusione per le vaccinazioni effettuate al di fuori del predetto contesto, rimanendo il vaccino una scelta libera e non imposta, seppur fortemente incentivata. Certo è che, soprattutto dopo l'introduzione del *green pass*, sarebbe auspicabile che il legislatore prevedesse espressamente l'applicazione dell'indennizzo ai sensi della l. n. 210 del 1992 anche a favore di chi si sottoponga volontariamente alla vaccinazione contro il Coronavirus.

²¹ Corte Cost. 22 giugno 1990, n. 307, in *G. cost.*, 1990, 1874; cui *adde* Corte cost. 23 giugno 1994, n. 258, in *FI*, 1995, I, 1451

**SOMMINISTRAZIONE VACCINALE E GESTIONE PREVENZIONISTICO-
CAUTELARE DEL RAPPORTO DI LAVORO: DALLE MISURE GENERALI DI
TUTELA AL TITOLO X DEL D.LGS. N. 81/2008**

Maria Giovannone

*Ricercatrice in Diritto del Lavoro - Professoressa Aggregata in Diritto del Mercato del Lavoro
Università degli Studi Roma Tre*

SOMMARIO: 1. Il dibattito *ante legem* sulla somministrazione del vaccino anti Covid-19 alla comunità lavorativa: gestione prevenzionistico-cautelare vs gestione disciplinare-risolutoria. - 2. L'obbligo vaccinale nel d.l. n. 44/2021 e l'adesione volontaria dei lavoratori alla somministrazione in azienda. - 3. Considerazioni conclusive.

1. Il dibattito *ante legem* sulla somministrazione del vaccino anti Covid-19 alla comunità lavorativa: gestione prevenzionistico-cautelare vs gestione disciplinare-risolutoria

Tra le tante questioni che la diffusione della pandemia da COVID-19 ha suscitato sul piano tecnico-giuridico, il vivace dibattito sorto *ante legem*, sulla somministrazione del vaccino anti Covid-19 alla comunità lavorativa, denota come il rischio di contagio possa generare forti implicazioni anche nella gestione dei rapporti di lavoro. Più precisamente, il confronto è nato a seguito dell'avvio della campagna nazionale del 27 dicembre 2020, a partire dalla constatazione che il *Piano strategico nazionale dei vaccini per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2*¹ non avesse imposto alcun un obbligo di vaccinazione in riferimento ad alcuna categoria di lavoratori². Si tratta di un dibattito polarizzato principalmente sulla possibilità di configurare tale obbligo attraverso l'emanazione di una specifica disposizione o se, invece, esso sia già ricavabile dalle disposizioni vigenti a tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro³, nel pieno rispetto della riserva assoluta di legge ex art. 32

Il presente contributo è frutto di un adattamento del più ampio studio di M. GIOVANNONE, *La somministrazione vaccinale nei luoghi di lavoro dopo il D.L. n. 44/2021*, in *Federalismi*, n. 14, 103-126.

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

² Il documento è imperniato su raccomandazioni rivolte alla generalità dei cittadini.

³ In tal senso, tra tutti, L. ZOPPOLI, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro*, in *Labor*, 22 gennaio 2021, secondo il quale nel d.lgs. n. 81/2008 ci sono già tutte le regole necessarie a modulare anche l'obbligo di vaccinarsi con la finalità di garantire le misure di sicurezza più efficaci.

Cost. A mitigare i termini della questione è stato - solo parzialmente e con ricadute applicative ed interpretative ancora tutte da valutare - l'auspicato intervento del legislatore, con il d.l. n. 44 del 1° aprile 2021⁴. Il provvedimento, al fine di tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza, ha introdotto l'obbligo di sottoporsi alla vaccinazione per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2 per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario che svolgono la loro attività nelle strutture sanitarie, sociosanitarie e socio-assistenziali, pubbliche e private, farmacie, parafarmacie e studi professionali.

Ben prima dell'intervento normativo sopra richiamato, sulla gestione dell'obbligo vaccinale per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2 all'interno del rapporto di lavoro, si è pronunciata una vasta letteratura⁵. Secondo un primo orientamento dottrinale,⁶ declinatosi a sua volta attraverso sfumature interpretative differenti, il datore di lavoro potrebbe esigere dai lavoratori la vaccinazione anti Covid-19 a pena di licenziamento - per giustificato motivo soggettivo o, addirittura, per giusta causa - a prescindere dall'intervento del legislatore. Tale assunto troverebbe fondamento nella circostanza che il rifiuto metterebbe a rischio la salute degli altri lavoratori, la cui responsabilità sul luogo di lavoro grava sull'imprenditore. In questa prospettiva, vi è chi ha fondato le proprie convinzioni sull'obbligo generale di sicurezza *ex art. 2087 c.c.* che imporrebbe al datore di lavoro di allontanare i lavoratori che decidano di non vaccinarsi in caso non sia possibile adibirli a diversa e adeguata mansione, o addirittura di licenziarli, al fine di tutelare la comunità lavorativa dal rischio di contagio. Nella stessa prospettiva, altri autori⁷ hanno posto a fondamento dell'obbligo vaccinale, e dell'adozione di siffatte misure datoriali, determinate

⁴ Art. 4 d.l. n. 44 del 1 aprile 2021 convertito, con modificazioni, nella l. 28 maggio 2021 n. 76.

⁵ Per una ampia ricostruzione si rinvia a V. IERVOLINO, *Vaccinazione e pandemia tra diritto ed etica*, in *Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi*, 8 febbraio 2021, 4 e ss; G. BENINCASA, G. PIGLIALARMI, *Covid-19 e obbligo giuridico del vaccino per il dipendente: sono più i dubbi che le certezze*, in *Working Paper Salus n. 1/2021*, UNIMORE, Inail e Adapt, 30 dicembre 2020, 4; M. VERZARO, *Abundans cautela non nocet. A (s) proposito del c.d. licenziamento per mancata vaccinazione anti-coronavirus*, in *federalismi.it*, n. 6/2021, 273; M. CERBONE, *Vaccinazione anti-Covid, autodeterminazione del lavoratore e riflessi sul rapporto di lavoro*, in *Diritti Fondamentali*, www.dirittifondamentali.it, n. 1, 2021, 79 ss.

⁶ Si veda in particolar modo P. ICHINO, *Vaccino Covid, Ichino: stop al contratto di lavoro se il dipendente si rifiuta*; C. PISANI, *Emergenza coronavirus, rifiuto del vaccino e licenziamento*, in *Guida al Lavoro*, n. 3, 19 gennaio 2021, e in www.studiolegalecarlopisani.it, 4 gennaio 2021; P. ICHINO, *Perché e come il dovere di vaccinarsi può nascere da un contratto di diritto di privato*, www.pietroichino.it.

⁷ Sul punto C. CESTER, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l'opinione di Carlo Cester*, in *Labor*, 23 gennaio 2021, 12; V. FERRANTE, *Rischio di contagio da Covid e doveri del datore di lavoro*, in *Labor*, 22 gennaio 2021, 3. *Contra*, P. PASCUCCI E A. DELOGU, *L'ennesima sfida della pandemia Covid-19: esiste un obbligo vaccinale nei contesti lavorativi?*, in *DSL*, 2020, I, 93; P. PASCUCCI E C. LAZZARI, *Prime considerazioni di tipo sistematico sul d.l. 1 aprile 2021, n. 44*, in *DSL*, 2021, n. 1, 152-165; ALBI P., *Dibattito istantaneo su vaccini anti covid e rapporto di lavoro: l'opinione di Pasqualino Albi*, in *Labor*, 2 febbraio 2021, 3; A. PERULLI, *Dibattito istantaneo su vaccini anti covid e rapporto di lavoro: l'opinione di Adalberto Perulli*, in *Labor*, 25 gennaio 2021, 2.

disposizioni del d.lgs. n. 81/2008: *in primis* l'art. 20 e in seconda battuta, la lettura in combinato disposto degli artt. 279, commi 1 e 2, e 42⁸, delineando in quest'ultimo caso la possibilità, a fronte di un rifiuto del lavoratore all'inoculazione, dell'allontanamento temporaneo dello stesso, secondo le procedure dell'art. 42 del d.lgs. n. 81/2008, o *in extremis* la risoluzione del rapporto di lavoro⁹. Tale ultima posizione interpretativa legittimerebbe pertanto l'adozione di specifiche misure organizzative nei confronti dei soli lavoratori operanti nei settori esposti al rischio biologico specifico¹⁰ (come appunto quelli operanti in ambito sanitario) e che si oppongano alla somministrazione, escludendo coloro per i quali l'esposizione a detta classe di rischio si possa qualificare soltanto come generica.

Non sono mancate invero obiezioni, specie da parte di coloro che hanno assunto un approccio prudenziale, asserendo che l'art. 2087, letto in combinato con le disposizioni del d.lgs. n. 81/2008, non soddisferebbe la riserva costituzionale posta dall'art. 32 Cost., ai sensi della quale la legge dovrebbe prevedere in maniera specifica un trattamento sanitario obbligatorio¹¹. Del resto, chi argomenta in tal senso¹² rileva come in materia di prevenzione del contagio da Covid-19, il perimetro dell'obbligazione datoriale di sicurezza sarebbe stato delineato attraverso un intervento normativo chiarificatore rispetto all'equiparazione della contrazione del Coronavirus sul luogo di lavoro, o *in itinere*, ad infortunio sul lavoro, avvenuta ad opera dell'art. 42 del d.l. n. 18/2020¹³. Il riferimento è alla l. n. 40/2020 di

⁸ La tesi ha tra i suoi principali sostenitori R. GUARINIELLO, *Sorveglianza sanitaria: vaccino obbligatorio per i lavoratori?*, in *Diritto e Pratica del Lavoro*, n. 1, 2021, 31.

⁹ Ancora R. GUARINIELLO, *Sorveglianza sanitaria...*, cit., p. 31, che per corroborare quanto sostenuto richiama l'orientamento della giurisprudenza di legittimità (Cass., sez. lav., 7 marzo 2019 6678; Cass. 16 luglio 2019 n. 19025; Cass. 21 maggio 2019 n. 13649).

¹⁰ Per una ricognizione in materia di rischio biologico cfr P. TULLINI, *Tutela della salute dei lavoratori e valutazione del rischio biologico: alcune questioni giuridiche*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, n. 2, 2020, 335-351.

¹¹ In questi termini F. SCARPELLI, *Rifiuto del vaccino e licenziamento: andiamoci piano!*, in *LinkedIn*, 29 dicembre 2020; G. PELLACANI, *Vi spiego perché non si può licenziare chi non si vaccina contro Covid-19*, in www.startmag.it, 1 gennaio 2021; G. BENINCASA, G. PIGLIALARMI, *Covid-19 e obbligo giuridico del vaccino ...*, cit. p. 11; P. PASCUCCI, A. DELOGU, *L'ennesima sfida della pandemia Covid-19...*, cit., 87 e ss; A. MARESCA, *Obblighi di prevenzione o di vaccinazione?*, in *Labor*, 22 gennaio 2021, 1; G. FALASCA, *Non si può licenziare il dipendente che rifiuta di vaccinarsi*, in open.online.it, 25 dicembre 2020; ROMEI R., *Vaccinazione e licenziamento*, in *Labor*, 23 gennaio 2021, 2; PERULLI A., *Dibattito istantaneo su vaccini anti covid...*, cit., 2. e ss; O. MAZZOTTA, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l'opinione di Oronzo Mazzotta*, in *Labor*, 28 gennaio 2021, 2; V.A. POSO, *Il bene del singolo e il bene di tutti. E le «chiacchiere» dei politici (e dei giuristi) a proposito del vaccino anti Covid-19 tra obbligo e libertà*, in *Labor*, 25 gennaio 2021, 3.

¹² D.l. 17 marzo 2020 n. 18 convertito, con modificazioni, dalla l. 24 aprile 2020 n. 27.

¹³ Sul tema cfr P. SANDULLI, A. PANDOLFO, M. FAIOLI, *Coronavirus e responsabilità datoriale da infortunio sul lavoro*, in *RDSS*, n. 3, 2020, 631-641; A. DE MATTEIS, *Le infezioni da coronavirus come infortunio sul lavoro: le specialità della tutela italiana*, in *RDSS*, n. 3, 2020, 643-658; S. GIUBBONI, *I presupposti della responsabilità civile del datore per infortunio sul lavoro nella nomofilachia della Suprema Corte (con una chiosa sul risarcimento del danno da Covid-19) (Corte di cassazione, sezione lavoro, 19 giugno 2020, n. 12041)*, in *RDSS*, n. 3, 2020, 669-689; G. LUDOVICO, *Il contagio da Covid-19 come infortunio sul lavoro tra copertura INAIL e responsabilità civile*, in *RDSS*, n. 2, 2020, 353-364; G. CORSALINI, *L'INAIL e il Covid-19*, in *RDSS*, n. 2, 2020, 365-374.

conversione, con modifiche, del d.l. n. 23/2020 che ha previsto l’inserimento dell’art. 29-*bis*, alla stregua del quale, ai fini della tutela contro il rischio di contagio da Covid-19, i datori di lavoro pubblici e privati adempiono all’obbligo di cui all’art. 2087 c.c. mediante l’applicazione delle prescrizioni contenute nel Protocollo condiviso sottoscritto il 24 aprile 2020 tra il Governo e le parti sociali¹⁴, e negli altri Protocolli e Linee guida di cui all’art. 1, co. 14, del d.l. n. 33/2020 (convertito, con modificazioni, dalla l. 14 luglio 2020, n. 74), nonché mediante l’adozione e il mantenimento delle misure ivi previste¹⁵. Di conseguenza, solo nel caso in cui l’obbligo vaccinale fosse stato in qualche modo recepito in detti protocolli lo stesso sarebbe stato un indicatore di esatto adempimento dell’obbligazione datoriale ex art. 2087 c.c.

In questo contesto, pertanto, più condivisibile è apparsa la posizione di chi¹⁶ ha riportato il dibattito sul terreno delle disposizioni speciali del d.lgs. n. 81/2008, in particolare l’art. 279, e delle misure preventive adottabili in applicazione di tale disposizione, tra cui spiccano in particolare l’adibizione ad altra mansione disponibile ovvero l’allontanamento temporaneo e la sospensione dalla stessa (*ex art.* 42), con riferimento alle sole attività in cui l’esposizione al contagio sia configurabile come un rischio biologico specifico, ed escludendo per converso la legittima adozione di dette misure per gli altri ambiti di attività, nei quali il rischio da esposizione al Covid-19 può essere considerato generico ed analogo a quello cui è esposta tutta la restante popolazione¹⁷. Più realisticamente, dunque, l’adozione delle menzionate misure datoriali, in caso di assenza di un obbligo vaccinale generalizzato stabilito *ex lege*, è sembrata praticabile nei confronti dei soli lavoratori operanti in settori esposti al rischio biologico, quale rischio professionale specifico, rientranti nel campo di applicazione delle disposizioni di cui al Titolo X del d.lgs. n. 81/2008 e rispetto ai quali, l’art. 279 effettivamente prevede che, ove la valutazione dei rischi evidenzia un rischio per la salute a seguito della sorveglianza sanitaria, il datore di lavoro, su conforme parere del

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

¹⁵ A. MARESCA, *Obblighi...*, cit., p. 2 e, più di recente, MARESCA A., *La vaccinazione volontaria anti Covid nel rapporto di lavoro*, editoriale in *Federalismi*, n. 8, 2021; FALASCA G., *Non si può licenziare...*, cit.; G. BENINCASA, G. PIGLIALARMI, *Covid-19 e obbligo giuridico del vaccino*, op. cit., 12.

¹⁶ P. IERVOLINO, *Vaccinazione e pandemia...*, cit., 16; BELLOMO S., *Vaccinazione Covid-19 e rapporto di lavoro: quali conseguenze per gli “obiettivi”?* in *Labor*, 22 gennaio – 10 febbraio 2021, 6; MAZZOTTA O., *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid...*, cit., 3; G. PELLACANI, *Vi spiego perché...*, op.cit.

¹⁷ P. IERVOLINO, *Vaccinazione e pandemia*, op. cit., 16; S. BELLOMO, *Vaccinazione Covid-19...*, cit., 6; O. MAZZOTTA, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid*, op. cit., 3 e ss; G. PELLACANI, *Vi spiego perché*, op. cit.; G. PELLACANI, *La vaccinazione contro il Coronavirus (SARS-CoV-2)...*, cit., 4 ss.

medico competente, possa adottare misure protettive particolari fra le quali la messa a disposizione di vaccini efficaci per quei lavoratori che non sono già immuni all'agente biologico presente nella lavorazione, da somministrare a cura del medico competente, e l'allontanamento temporaneo del lavoratore secondo le procedure dell'art. 42 del TU stesso¹⁸. Ciò varrebbe tanto più alla luce dell'inserimento, nell'allegato XLVI del d.lgs. n. 81/2008, nella sezione VIRUS, della voce «*Sindrome respiratoria acuta grave da coronavirus 2 (SARS-CoV-2)*^(0a) - 3» con la relativa nota 0a)¹⁹. Tale deduzione, in una prospettiva *ante legem*, appariva peraltro più coerente con la tesi avanzata dalla dottrina lavoristica prevalente che ravvisa l'obbligo di aggiornamento del DVR a fronte del rischio Covid-19, proprio in quei settori esposti al rischio biologico specifico di cui al citato Titolo X, ritenendo invece sufficiente, negli altri ambiti caratterizzati da una esposizione al virus generica, la mera adozione del protocollo anti-contagio ai fini dell'esatto adempimento degli obblighi datoriali²⁰.

Così argomentando, per i settori che sfuggono al suo campo di applicazione e in assenza di una ulteriore previsione *ad hoc*, il rifiuto alla vaccinazione non si configurerebbe *de plano* come un comportamento disciplinarmente sanzionabile, essendo manifestazione di un diritto costituzionalmente tutelato, ma potrebbe al più costituire un presupposto per una valutazione cautelare – comunque non sempre agevole – di inidoneità alla mansione specifica, da ricondurre al sistema della tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, e nello specifico alla sorveglianza sanitaria generale *ex art.* 41 del d.lgs. n. 81/2008²¹. Si ricorda infatti che ai sensi dell'art. 42 del d.lgs. 81/2008, il datore di lavoro, in relazione ai giudizi di cui all'art. 41, co. 6, dello stesso d.lgs. n. 81/2008, attua le misure indicate dal medico competente e qualora le stesse prevedano un'inidoneità alla mansione specifica lo adibisce,

¹⁸ In tal senso R. GUARINIELLO, *Sorveglianza sanitaria*, *op. cit.*, 27-34.

¹⁹ Ad opera del d.l. 7 ottobre 2020 n. 125 convertito nella l. 27 novembre n. 159, mediante il quale è stata trasposta nel nostro ordinamento la direttiva (UE) 2020/739, concernente l'inserimento del SARS-CoV-2 nell'elenco degli agenti biologici che possono causare malattie infettive nell'uomo.

²⁰ In tal senso cfr. la ricostruzione efficace di L. FANTINI, *Valutazione dei rischi e necessaria indicazione delle misure contro il Coronavirus*, in M. GIOVANNONE, L. FANTINI, F. D'ORSI, M. SECONDO (a cura di), *La tutela della salute e sicurezza sul lavoro ai tempi del COVID-19*, Teleconsul Editore, Roma, 2020, 78-81. In particolare, in questo senso, la posizione di P. PASCUCCI, *Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro: novità e conferme nello ius superveniens del d.P.C.M. 22 marzo 2020 e soprattutto del d.l. n. 19/2020*, in *DLs*, n. 1, 2020, 117-135. Lo stesso A., *Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra "raccomandazioni" e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale?*, in *DSL*, n. 2, 2019, 98-121; nonché *Covid-19 e tutela della salute e sicurezza dei lavoratori*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 166, 2020, 2, 373-395. Tra gli altri A. MARESCA, *Il rischio di contagio da COVID-19 nei luoghi di lavoro: obblighi di sicurezza e art. 2087 c.c. (prime osservazioni sull'art. 29-bis della l. n. 40/2020)*, cit., 1-10; L.M. PELUSI, *Tutela della salute dei lavoratori e COVID-19: una prima lettura critica degli obblighi datoriali*, in *DSL*, n. 2, 2019; C. LAZZARI, *Per un (più) moderno diritto della salute e della sicurezza sul lavoro: primi spunti di riflessione a partire dall'emergenza da Covid-19*, in *DSL*, n. 1, 2020.

²¹In senso contrario, A. PERULLI, *Dibattito istantaneo su vaccini anti covid*, *op. cit.*, 2.

ove possibile, a mansioni equivalenti o, in difetto, a mansioni inferiori garantendo il trattamento corrispondente alle mansioni di provenienza. La disposizione si traduce nell'obbligo del datore di lavoro che, una volta accertata la inidoneità alla mansione specifica, valuterà, tenendo conto effettivamente delle condizioni oggettive (della sua organizzazione) e soggettive (afferenti alla preparazione e alla formazione del lavoratore), la possibilità di assegnazione del lavoratore ad altra mansione (equivalente o inferiore). Una disposizione che secondo la giurisprudenza²², va letta come il contemperamento tra il diritto al *repêchage* e la libertà di iniziativa economica, in virtù del quale l'adibizione a diversa mansione è il frutto di una valutazione di concreta fattibilità, in relazione alla struttura organizzativa aziendale²³. Ai fini della configurabilità di un legittimo licenziamento per giustificato motivo oggettivo non sarebbe quindi sufficiente la inidoneità del lavoratore ad effettuare la propria prestazione, in un determinato luogo e secondo determinate modalità. Occorrerebbe infatti anche la prova circa la impossibilità di reimpiego dello stesso lavoratore nell'ambito della organizzazione aziendale²⁴.

Inoltre, a fronte di un giudizio del medico competente di inidoneità temporanea alla mansione, legata nel caso in esame ad un evento transitorio dettato dalle caratteristiche e dall'andamento della pandemia, il licenziamento del lavoratore potrebbe essere configurabile solo come *extrema ratio*, dovendo invece, in un'ottica di maggior favore, ritenersi più ragionevole l'applicazione dell'istituto della sospensione cautelare obbligatoria, priva di connotazioni colpevolizzanti o disciplinari nei confronti del lavoratore²⁵. D'altra parte, e più in generale, la sospensione cautelare è spesso sanzionata in quelle situazioni eccezionali in cui vige un'esigenza di contemperare la tutela della salute del lavoratore con quella di terzi (ad esempio utenti o colleghi) in caso di pendenti accertamento sulla idoneità fisica dello stesso lavoratore²⁶. A differenza della sanzione disciplinare, essa si pone quale strumento di autotutela operativo per tutto il tempo necessario ad acquisire la certezza della sussistenza del fatto nell'ambito degli accertamenti sanitari esperiti in sede aziendale e riconducibile nell'alveo delle misure adottabili dal datore di lavoro *ex art 2087 c.c.* ed a

²² Cfr. *ex multis*, Cass. S.U. n. 7755/1998; Cass., 19 marzo 2018, n. 6798; Cass., 26 ottobre 2018, n. 27243; Cass., 21 maggio 2019, n. 13649; Cass., 19 dicembre 2019 n. 34132.

²³ Sul **punto** cfr. POSO V.A., *Il bene del singolo e il bene di tutti...*, cit., 6.

²⁴ *Ex multis*, Cass. 27 febbraio 2004 n. 4050.

²⁵ Contra, P. PASCUCCI, A. DELOGU, *L'ennesima sfida della pandemia Covid-19*, op. cit., 115.

²⁶ Per approfondimenti sull'istituto della sospensione cautelare in caso di rifiuto del lavoratore di sottoporsi alle visite periodiche in regime di sorveglianza sanitaria speciale, M. GIOVANNONE, M. TIRABOSCHI, *La sorveglianza sanitaria speciale: l'accertamento sull'uso di sostanze psicotrope e alcolemiche*, in M. TIRABOSCHI, L. FANTINI (a cura di), *La tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro dopo il decreto legislativo n. 106 del 2009: il nuovo testo unico*, 701–720.

fronte della quale si è addirittura ipotizzato, in via minoritaria, il permanere dell'obbligo retributivo in capo al datore di lavoro²⁷. Ciò muovendo dalla osservazione, pur validata dalla giurisprudenza di legittimità²⁸, che la sospensione unilaterale del rapporto, farebbe venire meno l'obbligo retributivo solo quando la prestazione lavorativa sia stata legittimamente rifiutata dal datore, per fatto addebitabile al lavoratore (come nel caso d'inesattezza o inidoneità permanente alla prestazione offerta) oppure in casi di forza maggiore, derivanti da eventi naturali o da provvedimento dell'autorità (ad esempio chiusura o requisizione dell'azienda) o da fatto del terzo (occupazione dello stabilimento o sciopero di altri lavoratori), sempreché tutti questi fatti non siano riconducibili ad una condotta illecita del datore di lavoro. Più in generale²⁹, se il lavoratore offre regolarmente la propria prestazione, ma il datore di lavoro non è in grado di utilizzarla, il mancato pagamento della retribuzione sarebbe giustificato solo quando lo stesso non sia imputabile al fatto del datore di lavoro e lo stesso sia imprevedibile, inevitabile e non riferibile a carenze di programmazione o di organizzazione aziendale e neppure a contingenti difficoltà del mercato.

Il licenziamento *tout court*, non sembra pertanto essere la soluzione più verosimile anche nel caso di rifiuto alla profilassi vaccinale da parte del lavoratore che opera in settori assoggettati al campo di applicazione del Titolo X del d.lgs. n. 81/2008. Ragionando diversamente, le scelte del datore di lavoro rischiano di divenire gravemente arbitrarie.

2. L'obbligo vaccinale nel d.l. n. 44/2021 e l'adesione volontaria dei lavoratori alla somministrazione in azienda

Con l'art. 4 del d.l. n. 44/2021 (convertito nella l. n. 76/2021), il legislatore ha condivisibilmente imposto, fino alla completa attuazione del *Piano strategico nazionale dei vaccini per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2*, e comunque non oltre il 31 dicembre 2021, l'obbligo vaccinale agli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario (di cui all'art. 1, co. 2, della l. 1° febbraio 2006, n. 43) che svolgono la loro attività nelle strutture sanitarie, socio sanitarie, pubbliche e private, nelle farmacie, nelle parafarmacie e negli studi professionali³⁰. Per tali categorie, la vaccinazione è stata elevata a

²⁷ M. CERBONE, Vaccinazione anti-Covid..., cit, 79 ss. Contra, ALBI P., Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid..., cit.; ICHINO P., Il dovere di vaccinarsi di fonte contrattuale, in *rivista online* Guida al Lavoro, **12 gennaio 202**.

²⁸ Ex multis, Cass. 15 giugno 1984, n. 3577.

²⁹ Cass. Civ., sez. Lav. n. 14419/2019; Cass. Civ., sez. Lav., n. 15372/2004; Cass. Civ., sez. Lav., n. 11916/1999; Cass. Civ., sez. Lav., n. 7263/1996.

³⁰ Per una generale ricostruzione del campo di applicazione della disciplina si v. F. SCARPELLI, Arriva l'obbligo del vaccino (solo) per gli operatori sanitari: la disciplina e i suoi problemi interpretativi, in *Conversazioni sul lavoro* dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi, 3 aprile 2021, 6; M. VERZARO, ECCE

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

È stata altresì disciplinata una dettagliata procedura per la sua concreta operatività, oltre che per l'adozione di specifiche misure in caso di inottemperanza. In particolare, è stato disposto che, entro cinque giorni dalla data di entrata in vigore del provvedimento, ciascun Ordine professionale territoriale competente e i datori di lavoro degli operatori di interesse sanitario obbligati alla vaccinazione trasmettano, rispettivamente, l'elenco degli iscritti e l'elenco dei propri dipendenti con tale qualifica alla Regione o alla Provincia autonoma nel cui territorio operano³¹. Entro i successivi dieci giorni dalla data di ricezione di entrambi i menzionati elenchi, le Regioni e le Province autonome devono verificare lo stato vaccinale di ciascuno dei soggetti rientranti negli elenchi e, nel caso in cui, dai sistemi informativi vaccinali, non risultasse l'effettuazione della vaccinazione anti SARS-CoV-2 o la presentazione della richiesta di vaccinazione, esse sono tenute a segnalare immediatamente all'azienda sanitaria locale di residenza i nominativi dei soggetti che non risultano vaccinati. A seguito di tale segnalazione, l'ASL di residenza è tenuta ad invitare l'interessato a produrre, entro cinque giorni dalla ricezione dell'invito, la documentazione comprovante l'effettuazione della vaccinazione, l'omissione o il differimento della stessa per i casi consentiti, ovvero la presentazione della richiesta di vaccinazione ovvero l'insussistenza dei presupposti per l'obbligo vaccinale. In caso di mancata presentazione di detta documentazione, alla scadenza del termine dei 5 giorni, senza ritardo l'ASL deve invitare formalmente l'interessato a sottoporsi alla somministrazione del vaccino, indicando le modalità e i termini entro i quali adempiere all'obbligo. Mentre, in caso di presentazione di documentazione attestante la richiesta di vaccinazione, l'ASL deve invitare l'interessato a trasmettere immediatamente, e comunque non oltre tre giorni dalla inoculazione, la

LEX! L'obbligo di vaccinazione per gli operatori sanitari, in *Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi*, 5 aprile 2021, 4-6; A. DE MATTEIS, *Il decreto - legge sull'obbligo di vaccino del personale sanitario*, in *Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi*, 5 aprile 2021, 4; P. PASCUCCI E C. LAZZARI, *Prime considerazioni*, op. cit., 152-165; R. RIVERSO, *Note in tema di individuazione dei soggetti obbligati ai vaccini a seguito del decreto-legge n. 44/2021*, in *Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi*, 12 aprile 2021, 5- 14.

³¹ Cfr. A. DE MATTEIS, *Il decreto - legge sull'obbligo...*, cit., 5, a parere del quale, le espressioni usate nel decreto - datori di lavoro, dipendenti - vanno assunte non nel loro significato giuslavoristico, bensì in quello attribuito dal d.lgs. n. 81/2008. P. PASCUCCI, C. LAZZARI, *Prime considerazioni*, op. cit., 152-165, secondo i quali quando l'art. 4 evoca il "datore di lavoro" (commi 3, 6, 8 e 10), si riferisce al soggetto di cui all'art. 2, co. 1, lett. b, d.lgs. n. 81/2008, e lo stesso quando l'art. 4, co. 8, del d.l. n. 44/2021 si riferisce al "lavoratore", sembra "recuperare" la nozione posta dall'art. 2, co. 1, lett. a, d.lgs. n. 81/2008.

certificazione attestante l'adempimento all'obbligo. Decorso il termine per l'attestazione dell'adempimento dell'obbligo vaccinale, l'ASL accerta l'inadempimento e, previa acquisizione delle ulteriori eventuali informazioni presso le autorità competenti, è tenuta a darne immediata comunicazione scritta all'interessato, al datore di lavoro e all'Ordine professionale di appartenenza. L'adozione dell'atto di accertamento da parte dell'azienda sanitaria locale determina la sospensione dal diritto di svolgere prestazioni o mansioni che implicino contatti interpersonali o comportino, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio fino all'assolvimento dell'obbligo vaccinale o, in mancanza, fino al completamento del Piano vaccinale nazionale e comunque non oltre il 31 dicembre 2021. A seguito di tale sospensione, al datore di lavoro è stato riconosciuto il potere di adibire il lavoratore renitente alla vaccinazione, ove possibile, a mansioni anche inferiori, che non implicino contatti interpersonali o che comportino in qualsiasi altra forma il rischio di diffusione del contagio da SARS-CoV-2, con il trattamento corrispondente alle mansioni esercitate³². Il legislatore ha altresì previsto che, ove l'assegnazione a mansioni diverse per il periodo di sospensione non fosse possibile, al lavoratore interessato non debba essere corrisposta la retribuzione, nonché altro compenso o emolumento comunque denominato³³.

Inoltre, in linea di continuità con le scelte legislative del periodo emergenziale, specifiche disposizioni sono state altresì previste a tutela dei lavoratori fragili³⁴. Infatti, per il periodo in cui la vaccinazione obbligatoria degli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario è omessa o differita, e comunque non oltre il 31 dicembre 2021, il datore di lavoro³⁵ deve adibire i soggetti³⁶ 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, ivi inclusi i lavoratori in possesso del riconoscimento di disabilità con connotazione di gravità³⁷, a mansioni anche diverse, in modo da evitare il rischio di diffusione del contagio da SARS-CoV-2 e senza però disporre la decurtazione della retribuzione. Per il medesimo periodo,

³² Sul punto cfr. ancora A. DE MATTEIS, *Il decreto - legge sull'obbligo*, *op. cit.*, 6.

³³ Sul tema cfr. F. SCARPELLI, *Arriva l'obbligo del vaccino...*, *cit.*, 6; M. VERZARO, *ECCE LEX! L'obbligo di vaccinazione...*, *cit.*, 11.

³⁴ Sulle misure per i lavoratori fragili, si veda altresì la ricognizione di M. GIOVANNONE, *Il collocamento dei disabili nel mercato del lavoro post-emergenziale: criticità e prospettive*, in *Federalismi*, n. 10, 2020, 100.

³⁵ Salvo quanto sancito nell'art. 26, commi 2 e 2-bis, del d.l. 17 marzo 2020 n. 18 (convertito, con modificazioni, dalla l. 24 aprile 2020 n. 27), come modificati dall'art. 1, co. 481, della l. 30 dicembre 2020 n. 170 e dall'art. 15, co. 3, del d.l. 22 marzo 2021 n. 41 (convertito, con modifiche, in l. 21 maggio 2021 n. 69).

³⁶ Di cui all'art. 26, co. 2, dell'art. 26 del d.l. n. 18/2020.

³⁷ Ai sensi dell'art. 3, co. 3, della l. 5 febbraio 1992 n. 104.

e al fine di contenere il rischio di contagio, gli stessi soggetti fragili, nell'esercizio dell'attività libero-professionale, devono adottare le misure di prevenzione igienico-sanitarie indicate in uno specifico protocollo di sicurezza³⁸.

A riconfermare e rafforzare la base volontaria dell'adesione alla somministrazione del vaccino anti COVID-19 per la generalità dei lavoratori, in ossequio ai vigenti principi costituzionali ed al di là dell'obbligo statuito dal legislatore con riferimento ai soli operatori sanitari, è il Protocollo nazionale per la realizzazione dei piani aziendali finalizzati all'attivazione di punti straordinari di vaccinazione anti SARS-CoV-2/Covid-19 nei luoghi di lavoro, siglato il 6 aprile 2021. L'iniziativa è finalizzata alla realizzazione dell'impegno delle aziende e dei datori di lavoro alla vaccinazione diretta dei lavoratori che prestano la loro attività in favore dell'azienda e costituisce un'attività di sanità pubblica che si colloca nell'ambito del Piano strategico nazionale per la vaccinazione anti-SARS-CoV-2/Covid-19. Si tratta di un canale alternativo rispetto a quelli territoriali, che continueranno in ogni caso a garantire l'offerta vaccinale, nel rispetto del Piano nazionale di vaccinazione, anche al lavoratore che non aderisce alla vaccinazione in azienda. Attraverso tale iniziativa potranno essere vaccinati tutti i lavoratori che, a prescindere dalla tipologia contrattuale, prestano la loro attività in favore dell'azienda e che ne abbiano fatto volontariamente richiesta. Inoltre, la vaccinazione potrà riguardare anche i datori di lavoro o i titolari. L'adesione facoltativa alla somministrazione del vaccino dovrà essere raccolta con procedure gestite nel pieno rispetto delle disposizioni in materia di tutela della riservatezza, della sicurezza delle informazioni raccolte ed evitando, altresì, ogni forma di discriminazione delle lavoratrici e dei lavoratori coinvolti. A tal riguardo, il Garante per la privacy ha fornito³⁹ indicazioni in merito al trattamento dei dati personali relativi alle vaccinazioni volontarie nei luoghi di lavoro. Infine, i datori di lavoro interessati ad attuare piani aziendali per la predisposizione di punti straordinari di vaccinazione anti SARS-CoV-2 (Covid-19) devono attenersi alle *Indicazioni ad interim per la vaccinazione anti-SARS-CoV-2/Covid-19 nei luoghi di lavoro*⁴⁰.

³⁸ Da adottare con decreto del Ministro della Salute, di concerto con i Ministri della Giustizia e del Lavoro e delle Politiche Sociali.

³⁹ Con il documento di indirizzo "Vaccinazione nei luoghi di lavoro: indicazioni generali per il trattamento dei dati **personali**", adottato - ai sensi dell'art. 57, par. 1, lett. b) e d), del Regolamento (UE) 2016/679 - con un provvedimento del 13 maggio 2021.

⁴⁰ Documento tecnico, trasmesso con la circolare del 12 aprile 2021, e adottato l'8 aprile 2021 dal Ministero della Salute e dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, d'intesa con la Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome, con il Commissario Straordinario per il contrasto dell'emergenza epidemiologica e con il contributo tecnico-scientifico dell'Inail. In riferimento al documento "Indicazioni ad interim per la vaccinazione anti-SARS-CoV-2/COVID-19 nei luoghi di lavoro" l'INAIL, il Ministero del Lavoro, il Ministero della Salute, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e il Commissario straordinario per l'emergenza, hanno fornito indicazioni operative, e risposte a quesiti pervenuti, con il documento tecnico

3. Considerazioni conclusive

Il legislatore pare così aver adottato una soluzione “mediana” che, nel ricondurre la questione nell’ambito dei settori lavorativi esposti al rischio biologico specifico e con esclusivo riferimento alle categorie di lavoratori ad esso soggette, propende per una gestione del rifiuto a cavallo tra l’approccio prevenzionistico-cautelare e quello disciplinare, senza lasciare spazi formalmente aperti a misure espulsive⁴¹. Si tratta di una risposta che, condivisibilmente, appare comunque conforme alla interpretazione costituzionalmente orientata della questione e – anche se solo parzialmente – risolutiva di quei dubbi interpretativi che hanno innestato numerose problematiche applicative e lasciato ampia discrezionalità ai giudici in sede di urgenza⁴². Apprezzabile è altresì la declinazione della procedura volta a dare efficace attuazione all’obbligo ed assicurare un regime unitario a livello nazionale, sgombrando il campo da interventi regionali con soluzioni differenziate⁴³; ciò pur nella consapevolezza che lo stesso potrebbe ingenerare ulteriori profili problematici. Del resto, questa via è parsa fin dal principio auspicabile e fattivamente praticabile anche alla luce di precedenti interventi normativi. Il riferimento è al caso dell’obbligo vaccinale anti tetano⁴⁴ o contro la tubercolosi (BCG)⁴⁵ introdotti dal legislatore per alcune categorie di lavoratori impegnati nello svolgimento di una determinata attività di lavoro in quanto esposti ad uno specifico rischio biologico⁴⁶. Peraltro, non mancavano sollecitazioni in tal

operativo, del 12 Maggio 2021, per l’avvio delle vaccinazioni in attuazione delle indicazioni ad interim per la vaccinazione anti-SARS-COV-2/COVID-19 nei luoghi di lavoro.

⁴¹ In generale per alcune riflessioni sul rapporto fra il d.l. n. 44/2021 e il d.lgs. n. 81/2008, P. PASCUCCI, LAZZARI C., *Prime considerazioni*, op. cit., 152-165; R. RIVERSO, *Note in tema di individuazione...*, cit., 17.

⁴² Ordinanza cautelare Tribunale di Messina, 12 dicembre 2020 (pronunciata nella causa R.G. n. 4505/2020 promossa da alcuni sanitari ausiliari). Per contro, ordinanza n. 12 del 19 marzo 2021, Tribunale di Belluno. Ordinanza cautelare Tribunale di Modena, 19 maggio 2021. In relazione alla pronuncia del Tribunale di Belluno si v. M. BASILICO, *Per operatori sanitari e socioassistenziali è il momento dell’obbligo vaccinale? Intervista di M. BASILICO ad F. AMENDOLA, R. DE LUCA TAMAJO, V.A. POSO*, in *Giustizia insieme*, 30 marzo 2021; in dottrina A. DE MATTEIS, *Il decreto - legge sull’obbligo*, op. cit., 12; R. RIVERSO, *Questioni applicative...*; cit., C. PISANI, *Rifiuto del vaccino e ferie forzate per gli operatori sanitari in attesa del decreto legge*, in *Guida al lavoro*, 2021, n. 16, 30.

⁴³ La Corte Costituzionale nella sentenza n. 37 del 12 marzo 2021 - a seguito del giudizio di legittimità costituzionale della l. della Regione Valle d’Aosta 9 dicembre 2020, n. 11 – ha rilevato che “*la materia oggetto dell’intervento legislativo regionale ricade nella competenza legislativa esclusiva dello Stato a titolo di «profilassi internazionale» (art. 117, secondo comma, lettera q, Cost.), che è comprensiva di ogni misura atta a contrastare una pandemia sanitaria in corso, ovvero a prevenirla. La malattia da COVID-19, infatti, è notoriamente presente in tutto il mondo, al punto che dal 30 gennaio 2020 l’Organizzazione mondiale della sanità ha dichiarato l’emergenza di sanità pubblica di rilievo internazionale, profondendo in seguito raccomandazioni dirette alle autorità politiche e sanitarie degli Stati*”.

⁴⁴ Introdotto con la l. 5 marzo 1963, n. 292.

⁴⁵ Previsto dal d.P.R. n. 465/2001, emanato ai sensi dell’art. 93 della l. 23 dicembre 2000, n. 388.

⁴⁶ Fino al 2000 era obbligatoria anche la vaccinazione antitifica per gli addetti ai servizi di approvvigionamento idrico, ai servizi di raccolta e distribuzione del latte, ai servizi di lavanderia, pulizia e disinfezione degli ospedali, per le reclute, e per altri lavoratori. L’obbligo è cessato a seguito dell’abrogazione del decreto del Capo del Governo 2 dicembre 1926 e dell’art. 38 del d.P.R. 26 marzo 1980 n. 327, ad opera rispettivamente dell’art. 93 della l. n. 388/2000 (legge finanziaria 2001) e dell’art. 32 della l. n. 449/1997.

senso anche dalle sedi scientifiche posto che, come già osservato dai commentatori all'esordio della pandemia, l'emergenza sanitaria ha rinnovato la questione del rapporto tra scienza e diritto⁴⁷, al punto da sollecitare anche l'intervento del Comitato Nazionale per la Bioetica; lo stesso ha infatti ritenuto⁴⁸ che dovessero essere compiuti tutti gli sforzi per raggiungere e mantenere una copertura vaccinale ottimale, non escludendo l'obbligatorietà in casi di emergenza, soprattutto per gruppi professionali maggiormente esposti all'infezione e alla trasmissione della stessa. Al contempo, il Comitato ha auspicato che tale obbligo possa essere revocato qualora non sussista più un pericolo importante per la società e, a tal punto, sia privilegiata e incoraggiata l'adesione spontanea da parte della popolazione. Posizione attuata dal legislatore che ha ricondotto l'obbligo entro un orizzonte temporale ben determinato⁴⁹.

⁴⁷ Il richiamo al predetto dibattito, nel contesto emergenziale, è stato sin da subito evidenziato in termini ampi da L. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: una prospettiva comparata*, in *Federalismi*, Osservatorio emergenza Covid-19 aggiornato al 5 maggio 2020, 8-9.

⁴⁸ Cfr. il parere *I vaccini e Covid-19: aspetti etici per la ricerca, il costo e la distribuzione* del 27 novembre 2020.

⁴⁹ Art. 4, co. 1, d.l. n. 44 del 1 aprile 2020 convertito nella l. 28 maggio 2020 n. 76.

RIFIUTO DEL VACCINO, PRESTAZIONI ASSICURATIVE INAIL E PROFILI DI RIVALSA

On. Cesare Damiano
Componente C.d.A. INAIL, già Ministro del Lavoro

SOMMARIO: 1. Obbligo vaccinale e rapporto assicurativo INAIL. - 2. Tutela assicurativa e tutela giudiziale del lavoratore.

1. Obbligo vaccinale e rapporto assicurativo INAIL

La chiave di volta per battere la pandemia è la vaccinazione di massa. A questa semplice convinzione siamo arrivati dopo percorsi lunghi e tortuosi nei quali si sono mescolate, di volta in volta, le questioni delle aperture-chiusure accanto a quelle sulla possibile obbligatorietà della somministrazione del vaccino anti COVID-19 alla comunità lavorativa.

Proprio a tale ultimo riguardo, evitando di riproporre pedissequamente le svariate posizioni emerse¹, basti dire che il terreno di confronto è stato ampio e si è orientato principalmente sulla possibilità di introdurre tale obbligo attraverso una specifica disposizione legislativa o se, invece, esso fosse già ricavabile dalle disposizioni vigenti in materia prevenzionistica (art. 2087 c.c., art. 20 d.lgs. n. 81/2008, lettura in combinato disposto degli artt. 279, commi 1 e 2, e 42 del TU), pur sempre nel rispetto della riserva di legge ex art. 32 Cost.

A placare il dibattito è stato l'intervento del legislatore che, con l'art. 4 del d.l. n. 44 del 1° aprile 2021 (convertito, con modifiche, dalla legge del 28 maggio 2021, n. 76), che ha introdotto l'obbligo di sottoporsi alla vaccinazione per la prevenzione dell'infezione da COVID-19 per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario che svolgono la loro attività nelle strutture sanitarie, sociosanitarie e socio-assistenziali,

¹ Per una ampia ricostruzione si rinvia P. IERVOLINO, Vaccinazione e pandemia tra diritto ed etica, in *Conversazioni sul lavoro* dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi, 8 febbraio 2021, 4 e ss; G. BENINCASA, G. PIGLIALARM, Covid-19 e obbligo giuridico del vaccino per il dipendente: sono più i dubbi che le certezze, in *Working Paper Salus* n. 1/2021, UNIMORE, Inail e Adapt, 30 dicembre 2020, 4; Verzaro M., *Abundans cautela non nocet. A (s) proposito del c.d. licenziamento per mancata vaccinazione anti-coronavirus*, in *federalismi.it*, n. 6/2021, 273; M. CERBONE, *Vaccinazione anti-Covid, autodeterminazione del lavoratore e riflessi sul rapporto di lavoro*, in *Diritti Fondamentali*, www.dirittifondamentali.it, 15 febbraio 2021, fascicolo n. 1, 2021, 79 ss; M. GIOVANNONE, *La somministrazione vaccinale nei luoghi di lavoro dopo il D.L. n. 44/2021*, in *Federalismi*, n. 14/2021, 103 e ss.

pubbliche e private, nelle farmacie, nelle parafarmacie e negli studi professionali. Obbligo imposto fino alla completa attuazione del *Piano strategico nazionale dei vaccini per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2*, e comunque non oltre il 31 dicembre 2021. Il legislatore ha stabilito, altresì, una dettagliata procedura per la sua concreta operatività, oltre che per l'adozione di specifiche misure in caso di inottemperanza.

Va segnalato che il dibattito *ante legem* sull'obbligo vaccinale per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2 ha investito anche il rapporto assicurativo e, più precisamente, la permanenza o meno del diritto del lavoratore "no vax" contagiatosi in occasione di lavoro o *in itinere*, alla tutela assicurativa Inail.

Al riguardo, come chiarito dall'Inail nell'istruzione operativa del 1° marzo 2021², è utile ricordare che l'assicurazione obbligatoria opera al ricorrere dei presupposti previsti direttamente dalla legge e che si tratta di un'attività vincolata, sottratta alla disponibilità delle parti.

Del resto, non solo l'art. 67 del d.P.R. n. 1124/1965 sancisce il principio di automaticità delle prestazioni, ma alla luce degli artt. 2 e 65 dello stesso provvedimento, si evince che la stessa assicurazione ha la finalità di proteggere il lavoratore da ogni infortunio sul lavoro, anche da quelli derivanti da colpa, e di garantirgli i mezzi adeguati allo stato di bisogno discendente dalle conseguenze che ne sono derivate³. La tutela Inail è dunque esclusa soltanto in caso di infortunio doloso.

Infatti, sotto il profilo assicurativo, il comportamento colposo del lavoratore, tra cui rientra anche la violazione dell'obbligo di utilizzare i dispositivi di protezione individuale (DPI), non comporta di per sé, l'esclusione dell'operatività della tutela prevista. In tal senso il consolidato orientamento giurisprudenziale ci ricorda che "*sebbene ovviamente la violazione di norme antinfortunistiche da parte del lavoratore debba essere considerata un comportamento sicuramente illecito (tanto che la legislazione più recente, al fine di responsabilizzare il lavoratore, prevede sanzioni anche a carico di questi quando non osservi i precetti volti alla tutela della salute nei luoghi di lavoro), l'illiceità del comportamento non preclude comunque in alcun modo la configurabilità dell'infortunio come evento indennizzabile; in quanto la colpa dell'assicurato costituisce una delle possibili componenti causali del*

² Diramata in risposta al quesito posto, con la nota del 18 febbraio 2021, all'Inail dall'Ospedale Policlinico San Martino di Genova del 21 febbraio 2021, circa l'inquadramento dell'eventuale contagio tra le ipotesi di infortunio sul lavoro a cui applicare la copertura assicurativa Inail nel caso in cui il personale infermieristico, ma non solo, non abbia aderito alla profilassi vaccinale.

³ In questi termini., Cass. Civile, sez. Lav., 20 luglio 2017, n. 17917, nella quale il Supremo Collegio ha precisato che "*La colpa del lavoratore non solo non rileva, ma è invece alla base del complessivo sistema protettivo apprestato dall'ordinamento il quale, in armonia con gli artt. 32 e 38 della Cost., si prefigge, anzitutto, lo scopo di proteggere, realmente, il lavoratore da ogni infortunio sul lavoro (appunto anche da quelli derivanti da colpa) e di garantirgli, in secondo luogo, i mezzi adeguati allo stato di bisogno discendente dalle conseguenze che ne sono comunque derivate*".

*verificarsi dell'evento (insieme al caso fortuito, alla forza maggiore, al comportamento del datore di lavoro ed al comportamento del terzo)*⁴.

Né può ritenersi ipotizzabile, nel caso del rifiuto alla vaccinazione, l'applicazione del concetto giurisprudenziale del c.d. rischio elettivo che, per consolidato orientamento giurisprudenziale, *"è riferito al comportamento del lavoratore e risulta inteso come tutto ciò che sia estraneo e non attinente all'attività lavorativa e dovuto ad una scelta arbitraria di questi, nel senso che esso sia la conseguenza di un rischio collegato ad un comportamento volontario, volto a soddisfare esigenze meramente personali e, comunque, indipendente dall'attività lavorativa, cioè di rischio generato da un'attività che non abbia rapporto con lo svolgimento dell'attività lavorativa o che esoriti in modo irrazionale dai limiti di essa"*⁵. La stessa giurisprudenza ha altresì delineato gli elementi che, concorrendo simultaneamente, configurano il rischio elettivo, quali: la presenza di un atto volontario ed arbitrario, ossia illogico ed estraneo alle finalità produttive; la direzione di tale atto alla soddisfazione di impulsi meramente personali; la mancanza di nesso di derivazione con lo svolgimento dell'attività lavorativa⁶.

Si perviene dunque alla conclusione che il rifiuto di vaccinarsi non possa configurarsi come assunzione di un rischio elettivo, in quanto il rischio di contagio non è certamente voluto dal lavoratore e la tutela assicurativa opera se e in quanto il contagio sia riconducibile all'occasione di lavoro.

Tutt'altra questione è invece quella relativa all'importante contributo tecnico-scientifico che, sempre con riferimenti alla somministrazione dei vaccini, Inail ha fornito al Ministero della salute per l'adozione delle *Indicazioni ad interim per la vaccinazione anti-SARS-CoV-2/COVID-19 nei luoghi di lavoro*⁷ del 12 aprile 2021, considerato che le stesse riguardano esclusivamente le ipotesi di somministrazione volontaria in azienda, al di fuori dei casi di obbligatorietà oggetto di approfondimento in questa sede.

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

⁵ Cass. Civ., sez. Lav., 19 marzo 2019, n. 7649; Cass. Civ., sez. 6, 30 maggio 2018, n. 13720; Cass. Civ., sez. Lav., 27 gennaio 2006 n. 1718; Cass. Civ., sez. Lav., 18 agosto 2000 n. 12325; Cass. Civ., sez. Lav., 1° settembre 1997 n. 6269; Cass. Civ., sez. Lav., 23 agosto 1997 n. 7918.

⁶ Cass. Civ., 19 marzo 2019, n. 7649; Cass. Civ., 18 giugno 2018, n. 16026; Cass. Civ., 22 febbraio 2012, n. 2642; Cass. Civ., 24 settembre 2010, n. 20221; Cass. Civ., 18 maggio 2009 n. 11417.

2. Tutela assicurativa a tutela giudiziale

Posti tali chiarimenti, è dunque necessario tenere ben distinti il piano di operatività della tutela assicurativa Inail da quello della tutela in sede giudiziaria⁸.

Infatti, il comportamento colposo del lavoratore, irrilevante ai fini della copertura assicurativa, può invece in sede giudiziaria ridurre, oppure escludere, la responsabilità del datore di lavoro, facendo venir meno il diritto dell'infortunato al risarcimento del danno nei suoi confronti, così come il diritto dell'Inail ad esercitare l'azione di regresso nei confronti sempre del datore di lavoro⁹.

L'Inail, nella menzionata istruzione operativa, aveva altresì contribuito al dibattito sull'obbligo vaccinale, sostenendo che dalla – allora vigente - disciplina prevenzionistica non emergesse un obbligo specifico di aderire alla vaccinazione da parte del lavoratore. Nello specifico, nel richiamare l'art 279 del d.lgs. n. 81/ 2008 - nella parte in cui stabilisce che “*il datore di lavoro, su conforme parere del medico competente, adotta misure protettive particolari (...)*” tra cui “*a) la messa a disposizione di vaccini efficaci per quei lavoratori che non sono già immuni all'agente biologico presente nella lavorazione, da somministrare a cura del medico competente*” – rilevava come la stessa disposizione non prevedesse alcun obbligo e richiamava contestualmente la riserva di legge costituzionale¹⁰.

⁸ Sul tema cfr. le recenti ricognizioni di G. CORSALINI, A. DE MATTEIS, Il concorso tra risarcimento e indennizzo dinanzi alle giurisdizioni superiori e riflessi sull'azione di rivalsa dall'INAIL, in RDSS, n. 1, 2019, 151-182; S. GIUBBONI, Il risarcimento del danno differenziale da infortunio sul lavoro dopo la legge di bilancio 2019, in RDSS, n. 1, 2019, 183-200.

⁹ Cfr. Cass. Civ., sez. Lav., 19 marzo 2019, n. 7649: “Il comportamento colposo del lavoratore può ridurre oppure esimere, se esclusiva, la responsabilità dell'imprenditore, escludendo il diritto dell'infortunato al risarcimento del danno nei confronti del datore di lavoro, così come il diritto dell'INAIL di esercitare l'azione di regresso nei confronti del datore; esso non comporta invece, di per sé, l'esclusione dell'operatività dell'indennizzo sociale previsto dall'assicurazione gestita dall'INAIL, che ha la finalità, in armonia con gli artt. 32 e 38 della Cost., di proteggere il lavoratore da ogni infortunio sul lavoro (appunto anche da quelli derivanti da colpa) e di garantirgli i mezzi adeguati allo stato di bisogno discendente dalle conseguenze che ne sono derivate”. Nello stesso senso, Cass. Civile, sez. Lav. n. 17917 del 20 luglio 2017.

¹⁰ Sul punto L. TASCHINI, L'Inail riconosce il diritto di infortunio da Covid-19 anche ai lavoratori e agli infermieri no vax e dà il suo contributo al dibattito sull'obbligo di vaccino, in Labor, 10 marzo 2021, l'autrice rileva che “Le conclusioni cui l'Istituto perviene tornano al piano puramente assicurativo del diritto del lavoratore no vax contagiatosi in occasione di lavoro alla tutela, ma i passaggi finali del testo confermano il trend per cui al silenzio (quanto meno iniziale) del legislatore sopperiscono gli enti, chiamati a gestire quotidianamente situazioni border line, che in materia di vaccino e conseguenze sul rapporto di lavoro, adottano un atteggiamento prudente, secondo l'orientamento già espresso nelle faq pubblicate dal Garante per la protezione dei dati personali lo scorso 17 febbraio”; G. NATULLO, *Vaccini e rapporti di lavoro tra obblighi di sicurezza e diritto all'autodeterminazione*, in DSL n. 1, 2021, 145-146, che, del ragionamento seguito dall'Inail, condivide nella sostanza le conclusioni, meno le argomentazioni, specie nella parte in cui, sia pure incidentalmente, affronta specificamente la questione dell'obbligo vaccinale: “il ragionamento seguito dall'Inail appare troppo assertivo, e non considera la complessità ed articolazione del dibattito”. Sul tema si veda anche più di recente, G. NATULLO, Salute e ambienti di lavoro nell'emergenza Covid-19, in Federalismi, n. 8/201, 1491-59; M. MARINELLI, Il vaccino anti Covid-19 e l'obbligazione di sicurezza del datore di lavoro, in Il lavoro nella giurisprudenza, 2021, n. 4, 335; A. DE MATTEIS, Infermieri che rifiutano il vaccino anti-Covid: dove l'Inail sbaglia, in Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi, 7 marzo

Inoltre, rilevante appare quanto conclusivamente ricordato circa l'assenza di automatismi da parte dell'Istituto nell'apprestamento della tutela assicurativa al lavoratore che abbia contratto il virus e non si sia sottoposto alla profilassi vaccinale in quanto,¹¹ ai fini della erogazione delle prestazioni, occorre comunque accertare concretamente la riconduzione dell'evento infortunistico all'occasione di lavoro.

In tal senso è bene però ricordare che, sul piano oggettivo, la giurisprudenza è giunta ad estendere l'area dell'indennizzabilità dell'infortunio subito dall'assicurato anche al c.d. rischio improprio, ossia quello non strettamente insito nell'atto materiale della prestazione ma collegato con la prestazione stessa. Conseguentemente l'occasione di lavoro, di cui all'art. 2 d.P.R. n. 1124/1965, è configurabile anche nel caso di incidente occorso durante un'operazione strumentale alle mansioni assegnate all'operatore¹².

Riprendendo il senso della preliminare questione del diritto del lavoratore "no vax", contagiato in occasione di lavoro o *in itinere*, alla tutela assicurativa Inail, questa è dunque destinata a restare di scarso rilievo in un contesto ordinamentale come il nostro caratterizzato dal principio dell'automaticità delle prestazioni assicurative contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e per questo opportunamente sopita sul nascere nel dibattito antecedente l'entrata in vigore dell'obbligo vaccinale per i sanitari. Tuttavia, tale questione potrebbe riproporsi proprio per questi ultimi alla luce del mutato assetto ma, ad avviso di chi scrive e tenuto conto dell'orientamento della prassi amministrativa e giurisprudenziale in materia, ancora una volta non disgiuntamente da un provvedimento normativo *ad hoc*.

2021; C. PISANI, Tutela Inail e rifiuto del vaccino anti Covid-19 del personale infermieristico poi contagiato, in Guida al lavoro, 2021, n. 12, p. 27 ss; R. RIVERSO, Questioni applicative in tema di rifiuto di vaccinarsi: dalla circolare INAIL dell'1.3.2021 all'ordinanza del giudice di Belluno del 19.3.2021, in *Questione giustizia*, 29 marzo 2021; P. PASCUCCI e C. LAZZARI, Prime considerazioni di tipo sistematico sul d.l. 1 aprile 2021, n. 44, in *DSL*, 2021, n. 1, 152-165.

¹¹ Come già precisato dall'Istituto nella circolare n. 13 del 3 aprile 2020.

¹² Precisamente "*l'indennizzabilità dell'infortunio subito dall'assicurato sussiste anche nell'ipotesi di rischio improprio, non intrinsecamente connesso, cioè, allo svolgimento delle mansioni tipiche del lavoro svolto dal dipendente, ma insito in un'attività prodromica e strumentale allo svolgimento delle suddette mansioni e, comunque, ricollegabile al soddisfacimento di esigenze lavorative, a nulla rilevando l'eventuale carattere meramente occasionale di detto rischio, atteso che è estraneo alla nozione legislativa di occasione di lavoro il carattere di normalità o tipicità del rischio protetto*", così Cass. Civ., sez. Lav., 14 ottobre 2015, n. 20718, nello stesso senso *ex multis*, Cass. Civ., sez. Lav., 5 marzo 2018, n. 5066; Cass. Civ., sez. Lav., 10 febbraio 2011, n. 3227 e Cass. Civi., 4 agosto 2005, n. 16417.

LA PRIVACY DEL LAVORATORE AL TEMPO DELLE VACCINAZIONI

Noemi Miniscalco

Assegnista di ricerca in Istituzioni di diritto pubblico

Università degli studi di Modena e Reggio Emilia

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Le vaccinazioni nei luoghi di lavoro alla luce del Provvedimento n. 198 del 2021 del Garante per la protezione dei dati personali. - 3. In conclusione.

1. Premessa

In aggiunta alle misure già adottate nei luoghi di lavoro a contrasto della diffusione della pandemia da SARS-CoV-2/Covid-19¹, di recente è stata prevista la possibilità di attivazione di punti straordinari di vaccinazione². Iniziativa – quest’ultima – che, se certamente rappresenta un’opportunità aggiuntiva rispetto alle modalità ordinarie dell’offerta vaccinale, ha però pure comportato un incremento dei trattamenti di dati personali, anche particolari³, dei lavoratori, sollevando non pochi interrogativi in relazione alla loro corretta gestione e all’esatto adempimento degli obblighi dettati dalla disciplina di protezione, ossia dal Regolamento (UE) 2016/679 (di seguito, anche, semplicemente “GDPR”) e dal d.lgs. 196/2003 (il c.d. Codice della privacy). Laddove – è appena il caso di rilevarlo – in tale specifico contesto, l’eventuale violazione delle disposizioni in materia potrebbe arrecare all’interessato (ossia al lavoratore) non solo un danno alla *privacy*, ma anche, indirettamente, un rischio di discriminazione, conseguente all’eventuale sua scelta di (non) vaccinarsi⁴.

¹ Per una più ampia ricostruzione delle quali si veda S. CAIROLI, *Il lavoro agile nell'emergenza epidemiologica Covid-19 (datori di lavoro privati)*, in S. BELLOMO - A. MARESCA - G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Lavoro e tutele al tempo del Covid-19*, Giappichelli, Torino, 2020, 55 ss. In questa sede appare sufficiente ricordare che, se, in una prima fase, specularmente all’approccio che ha orientato la gestione dell’emergenza sanitaria durante il *lockdown*, le scelte operate sono state segnate da un netto *favor* per il lavoro agile, in un momento successivo, con la riapertura dei diversi comparti produttivi, accanto alle misure per il rispetto del distanziamento sociale e di prevenzione di assembramenti all’entrata e all’uscita dei locali aziendali, è stata progressivamente prevista la possibilità di attivazione di percorsi di *screening* sierologici sui dipendenti e, più di recente, appunto di campagne di vaccinazione nei luoghi di lavoro.

² In particolare, il 6 aprile 2021, il Governo e le parti sociali hanno siglato il “Protocollo nazionale per la realizzazione dei piani aziendali finalizzati all’attivazione di punti straordinari di vaccinazione anti SARS-CoV-2/Covid-19 nei luoghi di lavoro”.

³ Si pensi, ad esempio, al dato relativo alla temperatura, alle informazioni inerenti i test sierologici e, ora, al dato riguardante la somministrazione del vaccino.

⁴ Su tale profilo, rinviando alle più ampie considerazioni che sono state svolte nel corso del Convegno, relativamente alla possibilità per i datori di lavoro di introdurre o meno un obbligo di vaccinazione, ci limitiamo qui a ribadire – conformemente a quanto affermato da ROBERTO PINARDI nella sua relazione “L’obbligo vaccinale dei lavoratori: profili costituzionalistici” – che in assenza di una (generale) previsione

Ora, a far chiarezza su (almeno) talune questioni è intervenuto il Garante per la protezione dei dati personali che «al fine di promuovere la consapevolezza delle scelte da effettuare e favorire la più ampia comprensione riguardo alle norme, alle garanzie e ai diritti che, anche nel contesto dell'emergenza, devono essere rispettati in relazione al trattamento dei dati personali»⁵ dei lavoratori, il 13 maggio 2021, ha adottato, ai sensi dell'art. 57, par. 1, lett. b) e d) del GDPR, il provvedimento n. 198 ed il relativo documento di indirizzo “Vaccinazioni nei luoghi di lavoro: indicazioni generali per il trattamento dei dati personali”, che ne forma parte integrante⁶. Sulle indicazioni recate da tali atti intendiamo, pertanto, soffermare brevemente l'attenzione.

2. Le vaccinazioni nei luoghi di lavoro alla luce del Provvedimento n. 198 del 2021 del Garante per la protezione dei dati personali

Il primo dubbio che l'Autorità amministrativa indipendente ha inteso dirimere con il provvedimento n. 198 del 2021, in relazione al trattamento di dati personali necessari per la gestione della campagna vaccinale nei luoghi di lavoro, è quello dell'individuazione della base giuridica del trattamento.

A livello normativo, a venire in rilievo è non (sol)tanto l'art. 6 del GDPR, che individua sei diverse condizioni alternative al ricorrere (di almeno una) delle quali il trattamento potrà dirsi lecito, ma anche l'art. 9 GDPR, il quale sancisce, di regola, il divieto di trattamento dei dati particolari e, tra questi, dei dati relativi alla salute⁷. Questi ultimi, come noto, devono

normativa statale recante un siffatto obbligo (il quale, invero, è stato introdotto ai sensi e per gli effetti dell'art. 4 del d.l. n. 44 del 2021 solo per gli operatori sanitari), l'eventuale rifiuto di vaccinarsi del lavoratore costituisce esercizio di un diritto soggettivo costituzionalmente garantito. In dottrina, anche per una ricostruzione delle diverse tesi prospettate si vedano, tra gli altri, M. MASSA, *Lavoro e vaccinazioni contro il Covid-19. Note costituzionali su un dibattito giuslavoristico*, in *Quad. cost.*, 1, 2021, 89 ss. e M. CERBONE, *Vaccinazione anti-Covid, autodeterminazione del lavoratore e riflessi sul rapporto di lavoro*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2021, 79 ss.

⁵ Testualmente, GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Provvedimento n. 108 del 13 maggio 2021 – Documento di indirizzo “Vaccinazione nei luoghi di lavoro: indicazioni generali per il trattamento di dati personali”*, doc. web. 9585356. Per un commento, a prima lettura, si veda L. D'ARCANGELO, *Vaccinazioni antiCovid-19 e trattamento dei dati personali. Prime osservazioni al Provvedimento del Garante privacy n. 198 del 2021*, in *DSL*, 1, 2021, 185 ss. Tutti i provvedimenti e documenti del Garante per la protezione dei dati personali cui faremo riferimento nel presente contributo sono reperibili sul sito internet www.garanteprivacy.it.

⁶ Sempre il 14 maggio 2021, il Garante per la protezione dei dati personali ha reso disponibile sul suo sito internet anche il documento *Protezione dei dati – Il ruolo del medico competente in materia di sicurezza sul luogo di lavoro, anche con riferimento al contesto emergenziale*, doc. web. 9585367. Tali atti si pongono in linea di continuità rispetto alle azioni già intraprese dall'Autorità di controllo nazionale. Quest'ultima, invero, sempre nell'ottica della sensibilizzazione, aveva, tra l'altro, già pubblicato, il 17 febbraio scorso, sul sito istituzionale le *faq* sul trattamento di dati relativi alla vaccinazione anti Covid-19 nel contesto lavorativo [GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Vaccinazione dei dipendenti: le FAQ del Garante privacy. Principi generali e focus sugli operatori sanitari*, 17 febbraio 2021, doc. web. 9543615].

⁷ In relazione al corretto trattamento di dati relativi alla salute v. EPDB, *Linee guida 3/2020 sul trattamento dei dati relativi alla salute a fini di ricerca scientifica nel contesto dell'emergenza legata al Covid-19*, adottate il 21 aprile 2020 e reperibili sul sito internet www.ec.europa.eu/, nonché GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Provvedimento n. 146 del 5 giugno 2019*, recante le prescrizioni relative

essere intesi non più solo come quei dati “idonei a rilevare lo stato di salute”, secondo la definizione di cui all’art. 4, comma 1, lett. d) del “vecchio” Codice privacy⁸, ma, con maggiore ampiezza, come quell’insieme di informazioni “relative alla salute”, fisica e mentale, passata, presente o futura, di una persona⁹. Oggi, pertanto, considerata l’estensione della formulazione normativa, il dato relativo alla (non) avvenuta vaccinazione deve considerarsi certamente relativo alla salute e, per conseguenza, esso potrà essere trattato solo se si verifichi una delle condizioni previste dal par. 2 dell’art. 9 GDPR, che, in deroga al suddetto divieto, enuncia talune ipotesi al ricorrere delle quali il trattamento potrà dirsi lecito.

Seguendo tale linea, in mancanza di una disposizione di legge¹⁰, l’Autorità di controllo nazionale ha sussunto il trattamento *de quo*, tra quelli necessari per finalità di medicina preventiva e del lavoro ai sensi dell’art. 9, par. 2, lett. h) del GDPR, sebbene evidentemente nella sola ipotesi in cui esso sia effettuato da professionisti sanitari, «soggetti al segreto professionale» o comunque ad un «obbligo di segretezza», in ossequio a quanto disposto dal successivo par. 3 del medesimo articolo.

Tale soluzione, che fornisce certamente una chiara indicazione per le figure soggettive coinvolte nella campagna vaccinale nei luoghi di lavoro, per la verità non può dirsi la più adeguata; tant’è che, in effetti, lo stesso Garante per la protezione dei dati personali invita espressamente il legislatore a recepire, in specifici atti normativi, il Protocollo nazionale del 6 aprile 2021 e le allegate indicazioni *ad interim*, sì che essi possano in tal modo «integrare, dal punto di vista della protezione dei dati, la base giuridica del trattamento»¹¹.

al trattamento di categorie particolari di dati, ai sensi dell’art. 21, comma 1 del d.lgs. 10 agosto 2018, doc. web. 9124510. In dottrina, invece, ex multis, C. COLAPIETRO – F. LAVIOLA, I trattamenti in ambito sanitario, in S. SCAGLIARINI (a cura di), Il “nuovo” codice in materia di protezione dei dati personali. La normativa italiana dopo il d.lgs. n. 101/2018, Giappichelli, Torino, 2019, 201-219.

⁸ Si intende qui per “vecchio” Codice privacy il testo del d.lgs. n. 196/2003 prima delle modifiche intervenute ad opera del d.lgs. 101/2018.

⁹ In tal senso, l’art. 9 GDPR e il Considerando n. 35 GDPR. In dottrina, evidenzia la chiarezza della scelta terminologica operata dal legislatore europeo P. GUARDA, I dati sanitari, in V. CUFFARO - R. D’ORAZIO - V. RICCIUTO (a cura di), I dati personali nel diritto europeo, Giappichelli, Torino, 2019, spec. 597. Sulla maggior ampiezza di tale nuova formulazione, per tutti, S. MELCHIONNA - F. CECAMORE, Le nuove frontiere della sanità e della ricerca scientifica, in R. PANETTA (a cura di), Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole del mercato. Commentario al Regolamento UE n. 679/2016 e al d.lgs. n. 101/2018, Giuffrè, Milano, 2019, 581 ss.

¹⁰ Considerato che sia il “Protocollo nazionale per la realizzazione dei piani aziendali finalizzati all’attivazione di punti straordinari di vaccinazione anti SARS-CoV-2/Covid-19 nei luoghi di lavoro”, che le indicazioni ad interim ad esso allegate non sono fonti primarie, né vengono richiamati da una norma di tale grado.

¹¹ GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, Provvedimento del 13 maggio 2021, qui in commento, spec. 3 s.

Ora, se, come abbiamo detto, l’Autorità di controllo ha individuato la base giuridica cui potranno ricorrere gli operatori sanitari ed il medico competente, coinvolti nella campagna vaccinale in azienda, rispetto ai trattamenti effettuati dal datore di lavoro¹², all’opposto, essa ha soltanto ribadito che nell’ambito del rapporto di lavoro il consenso non può dirsi una valida condizione di liceità del trattamento di dati personali, tanto meno di dati a carattere particolare¹³, considerata la posizione di squilibrio delle parti in rilievo che porta ad escludere che, in tal contesto, la manifestazione espressa dal lavoratore possa dirsi libera¹⁴; ed al netto, peraltro, del rilievo per cui la mera autonomia privata non potrebbe comunque alterare quel riparto di competenza individuato dalla legge in relazione ai ruoli e compiti, rispettivamente, del medico competente e del datore di lavoro¹⁵.

Ed infatti – quanto alla distinzione dei ruoli e relative responsabilità dei soggetti coinvolti – ai sensi e per gli effetti del combinato disposto degli artt. 6, par. 1 lett. b) e c), 9, par. 2, lett. b) e 88 GDPR, che rinvia espressamente a «norme più specifiche [...] nell’ambito dei rapporti di lavoro, in particolare per finalità di [...] salute e sicurezza sul lavoro», e degli artt. 38 e 39 del d.lgs. 81 del 2008, trova conferma, anche in relazione alle vaccinazioni, quel tradizionale assetto di competenze per il quale il datore di lavoro dovrà individuare (e conferire specifico mandato o incarico ad) un medico in possesso dei requisiti da tali norme stabiliti¹⁶.

Specificamente, nella gestione della campagna di vaccinazione nei luoghi di lavoro, il medico competente, da qualificarsi ai sensi della disciplina in materia di protezione dei dati

¹² Specificamente, sul trattamento di dati nell’ambito dei rapporti di lavoro, tra gli altri, N. TILLI - A. ANZANI, *Privacy nell’ambito lavorativo*, in M. MAGLIO - M. POLINI - N. TILLI (a cura di), *Manuale di diritto alla protezione dei dati personali. La privacy dopo il Regolamento UE 2016/679*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2017, 691-718, spec. 692 s. e C. DEL FEDERICO, *Trattamento dei dati nell’ambito dei rapporti di lavoro*, in G. FINOCCHIARO (a cura di), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Zanichelli, Bologna, 2017, 629-644, spec. 635.

¹³ Conformemente a quanto era già stato evidenziato dal WP29 nell’Opinion n. 2, sul trattamento dei dati personali dei lavoratori sui luoghi di lavoro, adottata l’8 giugno 2017 e reperibile sul sito internet ec.europa.eu/.

¹⁴ Il consenso dell’interessato deve essere: libero, specifico, informato e inequivocabile, come si evince dagli artt. 4 par. 1 n. 11, 7, 8 GDPR e Considerando n. 32 e 43, che, in parte qua, prevede che «per assicurare la libertà di espressione del consenso, è opportuno che il consenso non costituisca un valido presupposto per il trattamento dei dati personali in un caso specifico, qualora esista un evidente squilibrio tra l’interessato e il titolare del trattamento».

¹⁵ In tal senso si è espresso lo stesso Presidente dell’Autorità P. STANZIONE, *Vaccini, il delicato equilibrio tra sanità pubblica e individuo*, *Il Messaggero*, 23 febbraio 2021, reperibile sul sito internet istituzionale, doc. web. 9547803.

¹⁶ L’attivazione di punti straordinari di vaccinazione nei luoghi di lavoro resta pur sempre una «iniziativa di sanità pubblica», in relazione alla quale «la responsabilità generale e la supervisione dell’intero processo rimane in capo al Servizio sanitario regionale, per il tramite dell’Azienda sanitaria di riferimento»; cfr. *Protocollo nazionale per la realizzazione dei piani aziendali finalizzati all’attivazione di punti straordinari di vaccinazione anti SARS-CoV-2/Covid-19 nei luoghi di lavoro del 6 aprile 2021*.

personali quale autonomo titolare del trattamento¹⁷, assume un ruolo di raccordo tra il sistema sanitario nazionale o locale e lo specifico contesto lavorativo e dovrà non solo prendere ogni decisione relativa alla idoneità (o meno) di un lavoratore rispetto alla mansione, ma anche, eventualmente con l'ausilio di altro personale sanitario¹⁸: raccogliere le adesioni, gestire le somministrazioni e quindi pianificare e programmare le sedute vaccinali, nonché registrare nei sistemi regionali l'avvenuta vaccinazione, anche con strumenti informatici ma pur sempre nel rispetto dei principi di *privacy by design* e *by default*.

Il datore di lavoro, invece, non può e non deve trattare i dati particolari dei dipendenti (né quelli relativi all'intenzione o meno di aderire alla campagna di vaccinazione, né, tanto meno, quelli relativi all'avvenuta somministrazione delle dosi), ma potrà determinare le proprie decisioni organizzative in funzione del solo giudizio di idoneità alla mansione del lavoratore, tenendo conto delle eventuali prescrizioni e limitazioni ivi indicate, come previsto dagli artt. 25, 39 c. 5 e 41 del d.lgs. 81/2008¹⁹. Se è escluso, pertanto, che il datore di lavoro possa trattare i dati particolari dei dipendenti, ciò nondimeno egli pur assume un ruolo importante, dovendo sensibilizzare il personale e fornire il supporto strumentale ed economico per la realizzazione dell'iniziativa, anche presentando all'Asl territorialmente competente il piano vaccinale aziendale nel quale dovrà essere indicato soltanto il numero di vaccini necessari (e non invece il nome dei dipendenti che abbiano manifestato l'interesse ad aderire alla campagna vaccinale).

A garanzia dei diritti dei lavoratori, si rende poi necessaria l'adozione di adeguate misure di sicurezza tecniche e organizzative, anche al fine di scongiurare il rischio della possibile commistione tra attività funzionali all'organizzazione (che ricadono sul datore di lavoro) e

¹⁷ Come chiarito dal GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI nella nota prot. n. 7798 del 27 febbraio 2019 in risposta ad una richiesta di parere avente ad oggetto proprio la definizione del ruolo del medico competente nell'ambito del trattamento dei dati personali dei lavoratori; e poi ora anche nel documento del 14 maggio 2021, Protezione dei dati – Il ruolo del medico competente in materia di sicurezza sul luogo di lavoro, anche con riferimento al contesto emergenziale, doc. web. 9585367. In qualità di titolare del trattamento il medico competente dovrà, tra gli altri adempimenti, anche: tenere un registro delle attività di trattamento (cfr. art. 30 GDPR); fornire l'informativa in materia di protezione dei dati personali agli interessati (art. 14 GDPR); individuare adeguate misure tecniche e organizzative a garanzia di un livello di sicurezza adeguato al rischio (art. 32 GDPR); eventualmente, nominare un Responsabile per la protezione dei dati personali (RPD) al ricorrere delle condizioni previste dall'art. 37 GDPR. Quest'ultimo adempimento, peraltro, può dirsi escluso per il singolo professionista sanitario che operi in regime di libera professione, con riferimento allo svolgimento della propria attività; in tal senso, già GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, Chiarimenti sull'applicazione della disciplina per il trattamento dei dati relativi alla salute in ambito sanitario, n. 55, del 7 marzo 2019, doc. web. 9091942.

¹⁸ Il citato protocollo nazionale per la realizzazione dei piani aziendali finalizzati all'attivazione di punti straordinari di vaccinazione anti SARS-CoV-2/Covid-19 nei luoghi di lavoro prevede che le suddette attività possono essere effettuate dal medico competente o da altri operatori sanitari convenzionati ovvero attraverso il ricorso ai servizi territoriali di INAIL (spec. parr. 7, 9, 10, 11, 13, 14).

¹⁹ Tali indicazioni, peraltro, erano già state fornite dal Garante per la protezione dei dati personali, lo scorso 17 febbraio 2021, con una *faq* pubblicata sul proprio sito internet istituzionale [doc. web. 9543615].

trattamenti di dati sanitari dei dipendenti (i quali, come si è detto, sono di spettanza esclusiva del medico competente o altro professionista sanitario). In tale prospettiva, ad esempio, per la somministrazione dei vaccini, devono essere scelti ambienti «con caratteristiche tali da evitare per quanto possibile di conoscere, da parte di colleghi o di terzi, l'identità dei dipendenti che hanno scelto di aderire alla campagna vaccinale», così da «garantire la riservatezza e la dignità del lavoratore, anche nella fase immediatamente successiva alla vaccinazione»²⁰.

3. In conclusione

Con il provvedimento n. 198 del 13 maggio 2021, in attesa di un definitivo assetto regolatorio, il Garante per la protezione dei dati personali ha fornito pertanto diversi chiarimenti, al fine di orientare i datori di lavoro, i medici competenti e gli altri professionisti sanitari coinvolti nelle vaccinazioni in azienda, in relazione ai comportamenti da assumere ed alle necessarie misure, anche organizzative, da adottare, a protezione dei dati personali dei lavoratori oggetto di trattamento.

Ciò nondimeno, in ossequio al principio di *accountability*, spetta pur sempre a ciascun titolare del trattamento, a seconda dello specifico contesto di riferimento, selezionare, tra le azioni e misure possibili, quelle maggiormente adeguate a garanzia dei diritti. Una scelta, certo, non facile, da effettuare nella direzione della (necessaria) rapida attuazione della campagna vaccinale, anche in azienda, a protezione della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, ma anche della tutela di altri interessi di rango costituzionale che pur vengono in rilievo e, tra questi, della privacy dei lavoratori; insomma, *adelante ma con juicio!*

²⁰ GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Provvedimento del 13 maggio 2021*, qui in commento, spec. 6. Sempre nell'ottica della tutela della riservatezza e dignità del lavoratore, quando la vaccinazione venga eseguita durante l'orario di lavoro, per la giustificazione dell'assenza, poiché il lavoratore dovrà produrre l'attestazione di prestazione sanitaria rilasciata dal soggetto che ha somministrato la vaccinazione, quest'ultima dovrà essere predisposta in modo tale che non sia possibile risalire al tipo di prestazione ricevuta.