

Vaccinazione contro il Covid-19 ed effetti sulle posizioni soggettive nel contratto di lavoro* di Rosario Santucci*

SOMMARIO: 1. Le questioni. – 2. Nessun obbligo di vaccinazione senza legge (statale). – 3. Il vaccino nella rete del rapporto di lavoro tra obbligo di sicurezza del datore di lavoro, inesigibilità della prestazione lavorativa e onere del lavoratore. – 4 (segue). Il datore di lavoro e il controllo sullo stato di salute del lavoratore prima dell'assunzione... – 5 (segue). ... e dopo: il fondamento nell'obbligo di sicurezza. – 5.1. Il compito e la vincolatività dei protocolli sindacali nella pandemia. – 6. Il bilanciamento del potere di controllo: il limite della verifica dell'idoneità professionale e del diritto alla riservatezza del lavoratore. – 7. Il rispetto delle modalità fissate dalle regole in materia di sicurezza sul lavoro, ovvero della rilevanza del medico competente. – 8. Poteri datoriali, oneri e garanzie dei lavoratori non vaccinati.

1. Le questioni

Non vi sono dubbi sul fatto che la pandemia si rifletta in modo drammatico sui rapporti di lavoro sia per i rischi occupazionali, sia per il loro svolgimento, messo a dura prova dalla simultanea contrapposizione ed esasperazione di diritti e obblighi delle parti tanto nei rapporti reciproci e tra lavoratori, quanto nei confronti di terzi (utenti, clienti e fornitori). Ciò avviene sicuramente non solo quando non si registra uno specifico intervento legislativo. Ma *ictu oculi* è accaduto anche quando discipline legislative e regolamentari speciali siano intervenute e la normativa,

* L'articolo riprende l'intervento predisposto per il *webinar* del 31 marzo 2021 su "Vaccinazione anti-covid, precauzioni alternative e rapporti di lavoro: i contemperamenti tra obblighi e diritti nel ginepraio di regole", organizzato dai proff. Mario Cerbone e Rosario Santucci dell'Università del Sannio Benevento. L'autore ha provveduto ad integrarlo e aggiornarlo, considerando gli sviluppi normativi successivi.

* Professore ordinario di Diritto del lavoro – Università del Sannio.

anche sotto la spinta delle emergenze, abbia offerto soluzioni di contemperamento tra i diritti in gioco, o di garanzie ragionevolmente diversificate, di incerta riuscita¹.

La questione della vaccinazione contro il Covid-19 mostra pienamente le criticità del bilanciamento sia nel tempo precedente all'emanazione del d. l. 1° aprile 2021 n. 44, conv. in l. 28 maggio 2021 n. 76, sia in quello successivo². In quest'ultimo caso, tra l'altro, la disposizione legislativa *ad hoc* (art. 4) introduce "obblighi" vaccinali per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario, lasciando la restante parte del mondo del lavoro priva di una disciplina specifica. Essa indirettamente conferma l'insussistenza di un vincolo generale ma, oltre a suscitare dubbi di opportunità e interpretativi, per i rapporti di lavoro non considerati il discorso è ancora più aperto.

Il datore di lavoro può pertanto pretendere dai propri dipendenti che si vaccinino contro il Covid-19 per accedere ai luoghi di lavoro e per svolgere determinate mansioni? Può chiedere al medico competente i nominativi dei dipendenti vaccinati? O domandare direttamente ai lavoratori? In quale posizione

¹ Si rinvia al dibattito dottrinale e giurisprudenziale originato dai provvedimenti anti-Covid: v. il materiale raccolto da varie riviste nel 2020 e 2021 e in particolare *Diritti Fondamentali* (www.dirittifondamentali.it); *Il Diritto del Mercato del Lavoro*; *Federalismi.it*; *Lavoro Diritti Europa*; *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*; *Variazione sui temi di diritto del lavoro*; *Working Paper C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*. Cfr. poi, nell'ambito delle Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi, le *Conversazioni sul lavoro a distanza* promosse e coordinate da V. A. POSO e, inoltre, da ultimo, M. CERBONE, *Vaccinazione anti-Covid, autodeterminazione del lavoratore e riflessi sul rapporto di lavoro*, in *q. rivista*, n. 1/2021; R. RIVERSO, *Note in tema di individuazione dei soggetti obbligati ai vaccini a seguito del decreto legge n. 44/2021*, in *Quest. Giust.*, 20 aprile 2021; G. PROIA (a cura di), *Divieto di licenziamenti e libertà d'impresa nell'emergenza Covid. Principi costituzionali*, Giappichelli, 2020. Una riflessione particolare è svolta da M. MASSA, *Lavoro e vaccinazione contro il Covid-19. Note costituzionali su un dibattito giuslavoristico*, in *Quad. cost.*, n. 1/2021, 89 ss.

² A tale questione è stato dedicato un *webinar*, organizzato dal sottoscritto e dal prof. Mario Cerbone, Università del Sannio Benevento, il 31 marzo 2021, dal titolo "*Vaccinazione anti-Covid, precauzioni alternative e rapporti di lavoro: i contemperamenti tra obblighi e diritti nel ginepraio di regole*" (le relazioni sono in corso di pubblicazione in *q. rivista* e saranno raccolte, insieme ad altri interventi, in un successivo numero monografico). In ogni caso v. M. D'APONTE, *Sulla configurabilità di un obbligo generale del lavoratore di sottoporsi alla vaccinazione nell'ordinamento giuridico vigente* e M. MOCELLA, *Vaccini e diritti costituzionali: una prospettiva europea*, in *q. rivista*, n. 2/2021; P. PASCUCCHI e C. LAZZARI, *Prime considerazioni di tipo sistematico sul d.l. 1 aprile 2021, n. 44*, in *Dir. Sic. Soc.*, 2021, 152 ss.; F. SCARPELLI, *Arriva l'obbligo del vaccino (solo) per gli operatori sanitari: la disciplina e i suoi problemi*, in *Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera*, cit.; M. VERZARO, *Ecce Lex! L'obbligo di vaccinazione per gli operatori sanitari*, in *Lav. Dir. Eur.*, 2021.

si trova il lavoratore non vaccinato? Quali provvedimenti può o deve adottare il datore di lavoro in caso di mancata vaccinazione? I provvedimenti hanno carattere disciplinare? Questi sono gli interrogativi che stanno agitando il mondo lavoro – e non solo – da un po' di mesi, quando si sono resi disponibili i vaccini e il piano di vaccinazione è partito, coinvolgendo innanzitutto i "sanitari".

Per cercare di dipanare l'immaginabile matassa normativa - a ben vedere il materiale giuridico è abbondante, non specifico e disorganico -, è preferibile procedere come nella composizione di un puzzle, avvalendosi dei suoi diversi pezzi.

2. Nessun obbligo di vaccinazione senza legge (statale)

Il primo passo è quello di chiedersi quale sia la posizione delle persone (e dei lavoratori) in materia di vaccinazione. L'attenzione, in prima battuta, deve rivolgersi all'art. 32 della Costituzione che, per un verso, impone alla Repubblica di tutelare la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività e di garantire cure gratuite agli indigenti; per l'altro verso, garantisce ogni individuo, disponendo che «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge»; e «in nessun caso» la legge può violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana. In materia di trattamenti sanitari obbligatori, la tutela accordata dalla Costituzione contiene una riserva di legge rafforzata, in quanto è imposto il vincolo del rispetto della persona umana³.

³ Se la riserva di legge sia assoluta o relativa è questione che trova posizioni diversificate: nel primo senso v. A. A. NEGRONI, *Decreto legge sui vaccini, riserva di legge e trattamenti sanitari obbligatori*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 26 maggio 2017. Diversamente in parte R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, Giappichelli, 2020, 78 ss., che individua una riserva relativa di legge sui trattamenti sanitari obbligatori e una rinforzata di legge per il rispetto della persona umana. E' noto che, in generale, sul carattere della riserva di legge le posizioni siano diversificate e che il criterio testuale sia fragile (cfr. al riguardo R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da A. CICU, F. MESSINEO e L. MENGONI e continuato da P. SCHLESINGER, Giuffrè, 2010, 136 ss.; G. PICCIRILLI, *La "riserva di legge". Evoluzioni costituzionali, influenze sovratatuali*, Giappichelli, 2019): nel nostro caso sembrano deporre il dato testuale («se non per disposizione di legge», dice la Costituzione) e soprattutto il

Del resto, anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea impone che la dignità umana sia inviolabile, debba essere rispettata e tutelata.

E il nostro ordinamento ha introdotto la regola del previo consenso, libero e informato, per iniziare o proseguire un trattamento sanitario, tranne nei casi previsti espressamente dalla legge, in attuazione degli artt. 2 (la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo), 13 (la libertà personale è inviolabile, tranne per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge)⁴ e 32 della Costituzione e degli artt. 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, per garantire il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona⁵.

Va ricordato che della salute, indirettamente o direttamente, si occupa anche il titolo V della Costituzione: allo Stato spetta intervenire, nella sua potestà esclusiva, per definire i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale (art. 117, co. 2, lett. m), nonché per garantire la «profilassi internazionale» (lett. q); mentre è materia di legislazione concorrente la «tutela della salute», nella quale si ritiene che siano comprese l'assistenza sanitaria e gli interventi in materia di igiene e sanità pubblica (art. 117, co. 3)⁶.

riferimento ad un diritto fondamentale. Comunque, qualora si dovesse convenire sull'inesistenza della distinzione e sul carattere relativo di tutte le riserve, posizione che appare più conforme all'orientamento complessivo più recente degli interpreti e agli spazi che devono lasciarsi agli organi costituzionali, giurisdizionali e amministrativi, deputati all'interpretazione e all'applicazione (in tal senso v. R. BALDUZZI, F. SORRENTINO, voce *Riserva di legge*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, 1989, 1213 ss.), è necessario poi verificare quali siano i margini di discrezionalità che il legislatore può lasciare ai predetti organi.

⁴ Su nozioni ed ambiti delle garanzie si rinvia alle trattazioni pubblicistiche: v. R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, 2016, 549 ss.; M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, Giappichelli, 2020.

⁵ Va anche ricordato che con l. 28 marzo 2001, n. 145 è stata ratificata la Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano riguardo all'applicazione della biologia e della medicina (Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, adottata a Oviedo il 4 aprile 1997, nonché il Protocollo addizionale del 12 gennaio 1998, n. 168, sul divieto di clonazione di esseri umani) che si occupa del consenso libero e informato. Cfr. in generale V. PICCONE, O. POLLICINO, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Efficacia ed effettività*, Editoriale scientifica, 2018.

⁶ Sulle competenze in materia di salute v. di recente la sentenza della Corte costituzionale n. 37 del 2021. Cfr. inoltre M. C. D'ARIENZO, *Dimensioni organizzative e modelli culturali in sanità: stato dell'arte e prospettive evolutive*, in *Federalismi.it*, 13 gennaio 2021; R. FERRARA, *op. cit.*; N.

Il tema dell'obbligo generale, come può immaginarsi e non solo per effetto della recente pandemia, è stato oggetto di ampia e profonda riflessione⁷. In via essenziale, decisiva al riguardo sul piano dell'effettività è la posizione assunta dalla Corte costituzionale. La Corte conferma il carattere multidimensionale della garanzia costituzionale (tra l'altro diritto "di libertà" e diritto "di prestazione")⁸ e, intervenendo proprio in materia di vaccinazioni, afferma che l'art. 32 Cost. postula il necessario temperamento del *diritto alla salute del singolo* - anche nel suo contenuto di *libertà di cura e di autodeterminazione* - con il coesistente e reciproco *diritto degli altri* e con *l'interesse della collettività*⁹.

Per la Corte, la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 Cost. alle seguenti condizioni: se il trattamento è diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri (impedire che la salute del singolo possa arrecare danno alla salute della collettività e, contemporaneamente, non danneggiare, ma anzi essere utile alla salute di chi vi è sottoposto); se si prevede che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che è obbligato, salvo che per quelle sole conseguenze che appaiano normali e, pertanto, tollerabili; e se, nell'ipotesi di danno ulteriore, sia prevista comunque la corresponsione di una equa indennità in favore del danneggiato, e ciò a prescindere dalla parallela tutela risarcitoria¹⁰.

AICARDI, *La sanità*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, *Diritto amministrativo speciale*, II edizione, Giuffrè, 2003, tomo I, 625-710.

⁷ Cfr. di recente A. RUGGERI, *La vaccinazione contro il Covid-19 tra autodeterminazione e solidarietà*, in *q. Rivista*, n. 2/2021, 170 ss. Per una sintesi del dibattito cfr. A.A. NEGRONI, *Trattamenti sanitari obbligatori e tutela della salute individuale e collettiva*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1° novembre 2017 (www.forumcostituzionale.it).

⁸ V. ancora di recente la sentenza n. 5 del 2018.

⁹ E' richiamata la precedente sentenza n. 268 del 2017. Nel caso di vaccinazioni obbligatorie, la Corte costituzionale sottolinea anche la necessità di salvaguardare l'interesse del minore, che esige tutela anche nei confronti dei genitori che non adempiono ai loro compiti di cura (tra le tante precedenti sentenze, fa riferimento alla n. 258 del 1994). Per la rilevanza del dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., al fine di giustificare l'obbligo generale di vaccinazione, v. in modo ampio A. RUGGERI, *op. cit.*

¹⁰ Si richiamano le sentenze n. 258 del 1994 e n. 307 del 1990.

I valori costituzionali coinvolti nelle vaccinazioni sono quindi molteplici e il loro contemperamento lascia al legislatore la scelta delle modalità attraverso le quali assicurare una prevenzione efficace dalle malattie infettive, potendo esso selezionare talora la tecnica della raccomandazione, talaltra quella dell'obbligo, nonché, nel secondo caso, calibrare variamente le misure, anche sanzionatorie, volte a garantire l'effettività dell'obbligo. Questa discrezionalità deve esercitarsi alla luce sia delle diverse condizioni sanitarie ed epidemiologiche, accertate dalle autorità preposte, sia delle acquisizioni mutevoli della ricerca medica, che devono guidare il legislatore nelle scelte¹¹.

Al discorso è utile acquisire anche le posizioni della Corte costituzionale in ordine alle competenze statali o regionali in materia, che rafforzano la centralità della base legislativa generale¹². La Corte è molto determinata al riguardo. La malattia da Covid-19 è una pandemia di rilievo internazionale e la profilassi internazionale concerne norme che garantiscano «uniformità anche nell'attuazione, in ambito nazionale, di programmi elaborati in sede internazionale e sovranazionale»¹³. Fin dagli artt. 6 e 7 della legge n. 833 del 1978, la profilassi internazionale e la profilassi delle malattie infettive e diffusive, per le quali siano imposte la vaccinazione obbligatoria o misure di quarantena, sono state qualificate quali materie tra loro strettamente legate, affidate alla competenza dello Stato, per quanto la seconda di esse poi delegata alle Regioni. Il nuovo art. 117, secondo comma, Cost. ha perciò confermato, con la menzionata norma di cui alla lettera q), la comprensione, nella sfera della *competenza legislativa esclusiva dello Stato*, della cura degli interessi che emergono innanzi ad una malattia pandemica di larga distribuzione geografica, ovvero tale da dover essere reputata "internazionale", sulla base della diffusività che la connota. E la materia della profilassi internazionale ha infatti un oggetto ben distinto, che include la prevenzione o il contrasto delle malattie pandemiche, tale da assorbire ogni profilo della disciplina.

¹¹ In questo senso è la giurisprudenza costante della Corte a partire dalla sentenza n. 282 del 2002.

¹² Cfr. la recente sentenza n. 37 del 2021.

¹³ Sono richiamati le precedenti sentenze n. 5 del 2018, n. 270 del 2016, n. 173 del 2014, n. 406 del 2005 e n. 12 del 2004.

Per la Corte, a fronte di malattie altamente contagiose in grado di diffondersi a livello globale, «ragioni logiche, prima che giuridiche (...) *radicano nell'ordinamento costituzionale l'esigenza di una disciplina unitaria, di carattere nazionale, idonea a preservare l'uguaglianza delle persone nell'esercizio del fondamentale diritto alla salute e a tutelare contemporaneamente l'interesse della collettività (...).* Accade, infatti, che ogni decisione in tale materia, per quanto di efficacia circoscritta all'ambito di competenza locale, abbia un effetto a cascata, potenzialmente anche significativo, sulla trasmissibilità internazionale della malattia, e comunque sulla capacità di contenerla. Omettere, in particolare, di spezzare la catena del contagio su scala territoriale minore, mancando di dispiegare le misure a ciò necessarie, equivale a permettere che la malattia dilaghi ben oltre i confini locali e nazionali. Né si tratta soltanto di questo. Un'azione o un coordinamento unitario può emergere come corrispondente alla distribuzione delle competenze costituzionali e alla selezione del livello di governo adeguato ai sensi dell'art. 118 Cost., per ogni profilo di gestione di una crisi pandemica, per il quale appaia invece, secondo il non irragionevole apprezzamento del legislatore statale, inidoneo il frazionamento su base regionale e locale delle attribuzioni.». Con il contagio diffuso sul territorio nazionale e internazionale, «le scelte compiute a titolo di profilassi internazionale si intrecciano le une con le altre, fino a disegnare un quadro che può aspirare alla razionalità, solo se i tratti che lo compongono sono frutto di un precedente indirizzo unitario, dotato di una necessaria visione di insieme atta a sostenere misure idonee e proporzionate».

In definitiva, per quanto fondamentale sia l'apporto dell'organizzazione sanitaria regionale, a mezzo della quale lo Stato stesso può perseguire i propri scopi, il legislatore statale è titolato a prefigurare tutte le misure occorrenti. Non vi può essere perciò alcuno spazio di adattamento della normativa statale alla realtà regionale, che non sia stato preventivamente stabilito dalla legislazione statale. Quest'ultima è l'unica competente sia a normare la materia in via legislativa e regolamentare, sia ad allocare la relativa funzione amministrativa, anche in forza, quanto alle autonomie speciali, del perdurante principio del parallelismo.

Appare assai evidente, nell'interpretazione della Corte costituzionale, il ruolo centrale del legislatore nazionale come anche, ancora una volta, il necessario contemperamento tra i diritti garantiti dalla nostra Carta costituzionale¹⁴.

3. Il vaccino nella rete del rapporto di lavoro tra obbligo di sicurezza del datore di lavoro, inesigibilità della prestazione lavorativa e onere del lavoratore

La posizione della Corte appare chiara, equilibrata e condivisibile.

Ciò consente di incastrare il primo pezzo del puzzle quanto all'insussistenza dell'obbligo generale di vaccinarsi contro il Covid-19, in mancanza di una legge che lo imponga.

Il d.l. n. 44 del 2021 introduce un vincolo solo per specifiche categorie di lavoratori. E' necessario chiarirne la natura e in generale riflettere sugli effetti derivanti dalla predisposizione dei vaccini. Il rapporto di lavoro non può considerarsi immune, nella misura in cui gli stessi riducano il rischio di contagio (sia attivo, sia passivo). E' noto che esso è presidiato da principi e regole alla luce dei quali valutare obblighi, oneri e diritti delle parti, beninteso nel rispetto dei principi fondamentali garantiti dall'art. 32 Cost.; e non solo.

Il vaccino, che costituisce il mezzo, anche se non esclusivo, più efficace per contrastare il contagio, innesca l'obbligo di sicurezza, fissato dall'art. 2087 c.c. e dalla legislazione speciale in materia, e – come si argomenterà più avanti – il “dover provvedere” da parte del datore di lavoro. Sono evidenti anche i suoi effetti sulla prestazione lavorativa. Ciò riguarda tanto quel che dispone il d.l. n. 44, quanto gli altri rapporti di lavoro. A ben vedere, l'intervento legislativo non ne muta la configurazione. Anche se il legislatore impropriamente lo definisce obbligo, senza prevedere alcuna conseguenza sanzionatoria, esso, se riconosciuto

¹⁴ Di recente il Trib. Messina 12 dicembre 2020 ha dichiarato l'illegittimità della previsione della legge della Regione Sicilia (l. n. 46/2020) sull'obbligatorietà del vaccino antinfluenzale per il personale sanitario, poiché il legislatore regionale non può sostituirsi a quello statale nell'adozione di obbligo un vaccinale.

requisito della prestazione lavorativa - come espressamente nel caso dei lavori considerati dal d.l. n. 44 -, incide sulla possibilità/esigibilità della prestazione lavorativa, e ricade, in quanto espressione del diritto di autodeterminazione della persona¹⁵, in un onere per il lavoratore, riflettendosi sulla continuazione o, viceversa, sulla sospensione e interruzione del rapporto di lavoro¹⁶.

Sono rilevanti le modalità in cui la vicenda si realizza, sulla quale s'incentreranno i paragrafi successivi.

4. (segue) Il datore di lavoro e le informazioni sullo stato di salute del lavoratore prima dell'assunzione ...

Il datore di lavoro ha la facoltà di acquisire informazioni sulla persona del lavoratore e sul suo stato di salute? La questione ha rilievo anche nella fase prodromica all'assunzione.

E' noto che l'accordo tra le parti su cui si fonda il contratto di lavoro è soggetto, al pari di ogni fattispecie negoziale, alla disciplina codicistica del consenso e dei relativi vizi. L'elemento rilevante, essenziale, nella formazione e nella conclusione del contratto di lavoro, è costituito dunque dalle qualità personali del lavoratore e dalla sua attitudine professionale. Esse determinano la volontà del datore di lavoro, contraente. La rilevanza di tale elemento è connessa alla considerazione soggettiva della persona dell'obbligato in relazione alle caratteristiche della prestazione dovuta ed è ipotizzabile quando le attitudini professionali o personali del lavoratore abbiano specifico rilievo ai fini della prestazione o del particolare tipo di impresa; e il datore di lavoro, esercitando la

¹⁵ Tale diritto ha portato ad escludere l'inadempimento della prestazione lavorativa nel caso del dipendente licenziato per aver rifiutato la prestazione lavorativa al cliente che non indossava la mascherina protettiva: v. Trib. Arezzo 13 gennaio 2021, in *GI*, maggio 2021, 1154 ss., con nota di M. LA BARBERA, *Il rischio di contagio da Covid-19 e la liceità dell'inadempimento della prestazione lavorativa*.

¹⁶ Sul tema la letteratura è vasta: per tutti cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè, 2011, spec. 520 ss. e 935 ss.; E. BALLETTI, *La risoluzione consensuale, la novazione e l'impossibilità della prestazione*, in M. PERSIANI e F. CARINCI (diretto da) *Trattato di diritto del lavoro*, vol. V a cura di E. GRAGNOLI, Cedam, 2017, 125 ss.

propria autonomia negoziale nella scelta del prestatore da assumere, ha la facoltà di valutarle ai fini della conclusione del contratto.

In questo campo può prodursi l'errore, quale vizio della volontà che porta all'annullamento del contratto (v. art. 1427 c. c.), relativamente al quale la giurisprudenza ha avuto modo di individuarne il tratto caratterizzante nella sua capacità di incidere sul processo formativo del consenso, dando origine ad una falsa o distorta rappresentazione della realtà, per effetto della quale la parte sia indotta a manifestare la propria volontà. Pertanto, l'effetto invalidante dell'errore dipende dalla circostanza – della cui prova è onerata la parte che deduce il vizio del consenso – che la volontà sia stata manifestata in presenza di tale falsa rappresentazione¹⁷. Ciò, sebbene necessario, non è sufficiente a rendere rilevante l'errore ai sensi dell'art. 1428 c.c., poiché la rilevanza dipende dai requisiti dell'essenzialità e della riconoscibilità. L'essenzialità deve essere provata con criteri oggettivi e riguardare aspetti determinanti nell'architettura complessiva della fattispecie negoziale da verificare con riferimento al dato negoziale concreto¹⁸. È chiaro che, quando si fa riferimento alle qualità del contraente, esse vanno, come si è già detto, filtrate dal contratto di lavoro, dovendo essere individuate nelle qualità tecniche-professionali o, comunque, in quelle da cui dipende il corretto espletamento della prestazione in funzione della mansione assegnata o della particolare attività dell'impresa. La riconoscibilità dell'errore, invece, esprime l'astratta possibilità che esso possa essere ravvisato da chi è dotato della media diligenza (art. 1431 c.c.).

Accanto all'errore potrebbe rinvenirsi il dolo, i raggiri, cioè, usati da uno dei contraenti per determinare l'errore dell'altro contraente. In questo caso non sono necessari i connotati della riconoscibilità e dell'essenzialità, essendo sufficiente dimostrare che, in assenza del dolo, la parte indotta in errore non avrebbe mai concluso il contratto. La casistica giurisprudenziale dimostra come diffuse siano non solo le tradizionali ipotesi di dolo commissivo, ma anche quelle omissive; e

¹⁷ Cfr. Cass. n. 16679/2004.

¹⁸ V. Cass. n. 75/1998.

l'esempio più evidente è rappresentato dal caso delle reticenze, che, comunque, per invalidare il contratto *ex art. 1439 c.c.*, devono riguardare elementi costitutivi del rapporto o qualità essenziali del lavoratore¹⁹.

Pertanto, nella fase pre-assuntiva il datore di lavoro possiede questa facoltà di indagine. Il suo esercizio è però circoscritto e funzionale alle specifiche attitudini professionali del lavoratore, e, come si dirà fra un momento, soggetto a limiti più intensi di rilevazione, previsti dalla legislazione speciale, che valgono sia in fase di assunzione, sia quando il rapporto di lavoro è instaurato.

5 (segue) ... e dopo l'assunzione: il fondamento nell'obbligo di sicurezza

Qui si inseriscono ulteriori pezzi del puzzle. Il datore di lavoro, relativamente allo stato di salute del dipendente, se rilevante ai fini dello svolgimento dell'attività lavorativa, è tenuto ad informarsi e a provvedere perché l'art. 2087 c. c. gl'impone la tutela delle condizioni di lavoro, «di adottare nell'esercizio dell'impresa le misure 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' noto che la disciplina in materia di sicurezza è articolata e si fonda attualmente anche sul testo unico emanato con d.lgs. n. 81/2008 e successive modifiche e integrazioni e sui "protocolli sindacali" che, durante la pandemia, sono stati sottoscritti in attuazione dell'art. 2087. L'art. 2087 c.c. fa derivare in capo al datore di lavoro la responsabilità della vigilanza sull'applicazione delle misure di sicurezza e la scelta circa l'idoneità dei propri dipendenti a svolgere, in condizioni di sicurezza, le mansioni ricoperte, nonché della loro informazione sui rischi e le cautele da adottare e della loro formazione. La disposizione del codice civile garantisce la chiusura del sistema, colmando le eventuali lacune delle disposizioni speciali. L'obbligo di sicurezza trae alimento anche dal dovere inderogabile di solidarietà sociale garantito dall'art. 2 Cost.²⁰, in contemperamento con la libertà individuale di autodeterminazione; solidarietà che

¹⁹ V. Cass. n. 7751/2012.

²⁰ Si segue in chiave "privatistica" la prospettiva valorizzata da A. RUGGERI, *op. cit.*

costituisce il valore guida delle garanzie contenute nel Titolo IV della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (tra queste l'art. 31 stabilisce che ogni lavoratore ha diritto «a condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose»)²¹. C'è dunque un imperativo nei confronti del legislatore e una legislazione che impone al datore di lavoro un dovere di agire perché tali condizioni si avverino sia per il singolo lavoratore, sia per la collettività di lavoro.

Il d.lgs. n. 81/2018 ribadisce e dettaglia misure generali e specifiche di tutela, al fine di ridurre i rischi, e procedimentalizza l'obbligo di sicurezza mediante una serie di adempimenti, individuando e accrescendo i soggetti che cooperano all'obiettivo della sicurezza: datore di lavoro, dirigente, preposto, responsabile del servizio di prevenzione e protezione, medico competente, rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, lavoratore²². Notevole rilevanza hanno la figura e le funzioni del medico competente.

Un sintetico ed essenziale riepilogo degli obblighi in materia di sicurezza è funzionale alla tesi qui sostenuta. Il datore di lavoro e/o i suoi collaboratori nel sistema di sicurezza - oltre alla valutazione di tutti i rischi per la salute e la sicurezza dei lavoratori, presenti nell'ambito dell'organizzazione in cui prestano la loro attività, finalizzata all'individuazione delle adeguate misure di prevenzione e protezione e a elaborare il programma delle misure che garantiscano anche nel tempo il miglioramento dei livelli di salute e sicurezza (v. art. 2, co. 1, lett. q, d.lgs. n. 81/2008) - devono effettuare anche interventi specifici di valutazione, in particolare quella dei rischi derivanti dall'esposizione agli agenti biologici presenti nell'ambiente (art. 282, co. 1 e 2, lett. a). E di conseguenza, una volta individuato il

²¹ In tema v. per tutti S. RODOTÀ, *Solidarietà un'utopia necessaria*, Laterza, 2014, spec. 107 ss.; A. BARBERA, sub art. 2, in AA.VV., *Principi fondamentali*, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. BRANCA, Zanichelli-II Foro Italiano, 1975, 50 ss., spec. 97 ss.

²² Cfr. da ultimo P. ALBI, *Sicurezza sul lavoro e responsabilità del datore di lavoro nella fase della pandemia*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2020, 1117 ss.; M. T. CARINCI, *Obbligo di sicurezza e responsabilità datoriale: il rischio di contagio da Covid-19*, in *Labor*, 2020, 385 ss.; S. GIUBBONI, *Covid-19: obblighi di sicurezza, tutele previdenziali, profili riparatori*, in *Lavoro e previdenza oggi*, 2020, 283 ss. Per aspetti generali, R. GUARINIELLO, *Il T.U. sicurezza commentato con la giurisprudenza*, Wolters Kluwer, 2020; M. D'APONTE, *La tutela della salute del lavoratore dopo il Jobs Act*, Giappichelli, 2018; C. LAZZARI, *Figure e poteri datoriali nel diritto della sicurezza sul lavoro*, FrancoAngeli, 2015; A. TROJSI, *Il diritto del lavoratore alla protezione dei dati personali*, Giappichelli, 2013, 193 ss.

rischio, devono adottare le misure generali di tutela (art. 15), disponendo il controllo sanitario dei lavoratori (lett. l), allontanando il lavoratore dall'esposizione al rischio per motivi sanitari inerenti alla sua persona e adibendolo, ove possibile, ad altra mansione (lett. m). Si devono inoltre informare i lavoratori anche sulle misure predisposte e sui comportamenti da adottare (art. 36), fornire i necessari e idonei dispositivi di protezione individuale (art. 18, co. 1, lett. d), convocare la riunione del servizio di prevenzione e protezione, che ha luogo in occasione di eventuali significative variazioni di esposizioni al rischio, che hanno riflessi sulla sicurezza e la salute dei lavoratori (art. 35, co. 4), richiedere sia al medico competente l'osservanza degli obblighi previsti a suo carico (art.18, co. 3-bis), sia ai singoli lavoratori il rispetto delle norme vigenti e delle disposizioni aziendali in materia di sicurezza e di igiene del lavoro e di uso dei mezzi di protezione. Il datore di lavoro deve anche programmare gli interventi da attuare «in caso di pericolo immediato» (art. 55, co. 5, lett. c)²³.

Non bisogna poi trascurare le responsabilità penali che, a vario titolo, incombono in materia di sicurezza. Oltre a quelle previste specificamente in materia di sicurezza sul lavoro, rilevanti appaiono le responsabilità per aver ommesso di predisporre misure di sicurezza idonee ad impedire l'evento, per mancata valutazione dei rischi connessi al lavoro, per condotta omissiva in violazione degli obblighi di informazione, istruzione, formazione e addestramento del lavoratore²⁴.

²³ Anche il dipendente ha uno specifico obbligo di segnalare al datore di lavoro qualsiasi situazione di pericolo per la salute e la sicurezza sui luoghi di lavoro (art. 20 del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81). Durante la prima fase della pandemia, la direttiva n.1/2020 del Ministro per la pubblica amministrazione ha specificato che in base a tale obbligo il dipendente pubblico deve segnalare all'amministrazione di provenire (o aver avuto contatti con chi proviene) da un'area a rischio. Per misure di prevenzione e contenimento del contagio v. Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro sottoscritto il 14 marzo 2020 fra il Governo e le parti sociali), nonché FAQ del Garante per la protezione dei dati personali sul trattamento dei dati nel contesto lavorativo pubblico e privato nell'ambito dell'emergenza sanitari.

²⁴ Nel primo caso v. Cass. pen., sez. 4, sent. n. 34734 del 7 dicembre 2020 con condanna del datore di lavoro per omicidio colposo (art. 589, co. 2, c.p.); nel secondo caso, v. Cass. pen., sez. 4, sent. n. 26618 del 25 settembre 2020; nell'ultimo caso v. Cass. pen., sez. 4, sent. n. 32194 del 17 novembre 2020. Più di recente Cass. pen., sez. 4, sent. n. 5255 del 25 febbraio 2021 che esclude la responsabilità penale del datore solo quando il lavoratore abbia attivato un rischio eccentrico o

Il datore di lavoro, e i soggetti che fanno parte del sistema di tutela della sicurezza sul lavoro, non possono dunque restare inerti non solo di fronte alla pandemia, ma anche verso tutte le cautele che riducono il rischio di diffusione del contagio nei luoghi di lavoro.

5.1. Il compito e la vincolatività dei protocolli sindacali nella pandemia

Un compito importante è stato riconosciuto ai protocolli sindacali, immaginando il coinvolgimento delle parti sociali nella battaglia contro il Covid-19 e approfittando delle regole specifiche, dettagliate e munite del consenso sociale che solo gli accordi e i contratti collettivi posseggono²⁵. Occorre partire dall'art. 29-bis del d.l. n. 23/2020, conv. in l. n. 40/2020. Esso ha stabilito che, ai fini della tutela contro il rischio di contagio da Covid-19, «i datori di lavoro pubblici e privati *adempono all'obbligo di cui all'art. 2087 c. c. 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'art. 1, co. 14, del d.l. n. 33/2020, 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.*».

Il richiamo ai protocolli è contenuto inoltre nel DPCM 2 marzo 2021²⁶. L'art. 4 sulle misure di contenimento del contagio per lo svolgimento in sicurezza delle attività produttive, industriali e commerciali stabilisce che, sul territorio nazionale,

esorbitante dalla sfera di rischio governata dal soggetto titolare della posizione di garanzia. Cfr. in generale M. ARENA – S. CUI, *I reati sul lavoro*, Giuffrè, 2012.

²⁵ Sul tema v. P. PASCUCI, *Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra "raccomandazioni" e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale?*, in *Dir. Sic. Lav.*, n. 2/2019, 98 ss.; S. BOLOGNA, M. FAIOLI, *Covid-19 e salute e sicurezza nei luoghi di lavoro: la prospettiva intersindacale*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, n. 2/2020, 375 ss.

²⁶ Le sue misure sono applicate fino al 31 luglio 2021, secondo quanto fissato in recenti decreti leggi: v., al riguardo, l'art. 16 dell'ultimo d. l. n. 65 del 18 maggio 2021, che ribadisce già quanto disposto dal d.l. n. 52/2021 e proroga i termini fissati dall'art. 1, co. 1, del d.l. n. 44/2021, conv. in l. n. 76/2021, fatte salve le regole diverse ivi disposte.

tutte le attività produttive, industriali e commerciali, «rispettano i contenuti del Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro sottoscritto il 24 aprile 2020 fra il Governo e le parti sociali di cui all'allegato 12 nonché, per i rispettivi ambiti di competenza, il protocollo condiviso di regolamentazione per il contenimento della diffusione del Covid-19 nei cantieri, sottoscritto il 24 aprile 2020 fra il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, il Ministro del lavoro e delle politiche sociali e le parti sociali, e il protocollo condiviso di regolamentazione per il contenimento della diffusione del Covid-19 nel settore della logistica e del trasporto sottoscritto il 20 marzo 2020, di cui all'allegato 14».

I protocolli sottoscritti dalle parti sociali obbligano pertanto i datori di lavoro ad adottare le misure di precauzione indicate negli stessi, da integrare con altre equivalenti o più incisive, secondo le peculiarità della propria organizzazione aziendale, al fine di tutelare la salute delle persone presenti all'interno dell'azienda e di garantire la salubrità dell'ambiente di lavoro. Di recente (il 6 aprile 2021) è stato sottoscritto il protocollo dedicato alla realizzazione dei piani aziendali finalizzati all'attivazione di punti straordinari di vaccinazione anti Sars-Cov-2/Covid-19 nei luoghi di lavoro, che sembra costituire un'integrazione, più che un aggiornamento, del precedente del 2020.

La normativa afferma dunque la vincolatività generale dei protocolli (anche se non sono previste sanzioni per la loro inattuazione) in quanto la legge stabilisce che essi fissano le modalità di adempimento dell'obbligo di cui all'art. 2087 c.c. Il d.l. n. 23/2020 contiene una delega aperta nei confronti dei protocolli successivi, modificativi e integrativi di quello del 24 aprile 2020.

Di fronte a tale apertura ed espressa vincolatività, si potrebbe richiamare l'annoso dibattito giuslavoristico sulla problematica efficacia *erga omnes* di contratti collettivi nazionali, in mancanza dell'attuazione della seconda parte dell'art. 39 Cost. (i co. 2-4). Ma si è consapevoli del fatto che, di fronte all'inerzia legislativa per una regolamentazione organica, si è diffusa da tempo, tra le varie idee sulla

sostenibilità dell'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi nazionali di lavoro, quella secondo la quale essa è predicabile quando agli stessi faccia espresso rinvio la legge (ferma restando la possibilità che si possa eccepire il mancato rispetto non solo della parte seconda dell'art. 39, ma anche della libertà sindacale, sancita dal primo comma, da parte di coloro che non appartengono alle associazioni stipulanti). Il legislatore e il DPCM tentano di aggirare la questione, vincolando i datori di lavoro; ma ammesso che si possano considerare i protocolli come contratti di tipo "gestionale", la questione della vincolatività generale non pare in questo modo disinnescata. Sarebbe servita una legislazione promozionale per evitare lo scoglio, pur se si tratta di un ostacolo virtuale²⁷.

E' evidente comunque che i protocolli s'imbattano nei limiti fissati anche per il datore di lavoro: il rispetto dei principi costituzionali e delle regole contenute anche nella legislazione speciale, principi e regole già indicati o sui quali più avanti ci si soffermerà. Sull'osservanza di tali garanzie vigileranno la giurisprudenza e il Garante per la protezione dei dati personali²⁸.

Per ora nel puzzle normativo che si sta componendo, sono inseriti per il datore di lavoro la rilevanza eventuale della qualità personale dell'aspirante lavoratore, l'obbligo in chiave di sicurezza, che incombe anche sui soggetti che condividono le responsabilità datoriali, derivante dalle regole sulla sicurezza, integrate da quelle elaborate dalle parti sociali, nonché le responsabilità penali conseguenti alla violazione delle regole di prevenzione del rischio.

²⁷ Il punto, in questa sede, non può essere approfondito più di tanto. In argomento v. le recenti Giornate di studio dell'AIDLASS su *Libertà e attività sindacale dopo i cinquant'anni dello statuto dei lavoratori*, 5 e 6 maggio 2021, con relazioni di P. A. VARESI, *Pluralismo e rappresentatività sindacale* e G. PELLACANI, *Il sindacato nella prospettiva pluriordinamentale oggi*, reperibili nel sito dell'AIDLASS; E. GRAGNOLI, *Il contratto collettivo nazionale di lavoro*, Giappichelli, 2021 nonché - si consenta sia solo per indicazioni bibliografiche e giurisprudenziali - R. SANTUCCI, *Il diritto sindacale e la disorganica formazione legislativa*, in ID., *L'effettività e l'efficacia del diritto del lavoro. Saggi di un quinquennio*, Giappichelli, in corso di pubblicazione.

²⁸ Il Garante per la protezione dei dati personali ha redatto di recente «indicazioni generali» su «Il ruolo del "medico competente" in materia di sicurezza sul luogo di lavoro, anche con riferimento al contesto emergenziale» (14 maggio 2021) e su «Vaccinazione nei luoghi di lavoro: indicazioni generali per il trattamento dei dati personali» (13 maggio 2021): ha tracciato le regole da rispettare – tra cui ha incluso quelle contenute nei Protocolli – ma pare che non abbia sollevato problemi in ordine al contenuto delle regole pattizie.

6. Il bilanciamento del potere di controllo: il limite della verifica dell'idoneità professionale e del diritto alla riservatezza del lavoratore

Nel processo di valutazione delle qualità professionali del lavoratore contano anche ulteriori specifici limiti imposti dall'ordinamento: in particolare quelli definiti dall'art. 8 Stat. lav., dall'art. 10 del d.lgs. n. 276/2003, dalla normativa di protezione dei dati personali del lavoratore *ex General Data Protection Regulation – GDPR* -, Regolamento UE 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, e dal d.lgs. n. 196/2003 come modificato ed integrato dal d.lgs. n. 101/2018.

L'art. 8 dello Statuto dei lavoratori, vietando al datore di lavoro di assumere sia personalmente che a mezzo terzi, informazioni «non rilevanti» ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore (c.d. indagini personali) non soltanto ai fini dell'assunzione, ma anche durante lo svolgimento del rapporto, conferma implicitamente il potere datoriale (in quanto il datore di lavoro ha il potere di valutare l'idoneità professionale e psico-fisica del prestatore di lavoro alla prestazione) e ne circoscrive i limiti. Il divieto posto a carico del datore di lavoro di effettuare indagini sulle opinioni o su fatti non rilevanti ai fini dell'attitudine professionale è sanzionato penalmente dall'art. 38 Stat. lav. La stessa sanzione si applica anche al divieto di svolgere indagini rivolte ad accertare l'esistenza di uno stato di sieropositività all'infezione HIV nel lavoratore dipendente o da assumere (l. n. 135/1990, art. 5), anche se in virtù dell'intervento della Corte costituzionale²⁹ la disposizione va interpretata nel senso che l'accertamento di sieropositività costituisce condizione per l'espletamento di attività che comportano rischi per la salute dei terzi³⁰. Ed assume rilevanza anche l'art. 10 del d.lgs. n. 276/2003 sul divieto di indagini sulle opinioni e trattamenti discriminatori, che estende (o specifica) il divieto nei confronti delle agenzie per il lavoro e degli altri soggetti pubblici e privati autorizzati o accreditati di effettuare qualsivoglia indagine o

²⁹ V. sent. n. 218/1994.

³⁰ Cfr. al riguardo A. MARESCA, *La conclusione del contratto di lavoro*, in M. MARTONE (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, 2012.

comunque trattamento di dati ovvero di preselezione di lavoratori, anche con il loro consenso, in base ad una serie di fattori sensibili tra cui anche lo stato di salute, «a meno che non si tratti di caratteristiche che incidono sulle modalità di svolgimento dell'attività lavorativa o che costituiscono un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell'attività lavorativa».

Ecco che, quindi, la normativa generale, che consente al datore di lavoro di acquisire informazioni, viene ulteriormente integrata dalle disposizioni speciali relative ai rapporti di lavoro: non è esclusa, riguarda anche il potere esercitabile durante il rapporto, però incontra il limite della rilevanza ai fini dell'attitudine professionale del lavoratore. Il legislatore è poi intervenuto, in modo manchevole, sulla specifica infezione da HIV e la Corte costituzionale ha compiuto il necessario contemperamento di diritti individuali e collettivi: l'accertamento della sieropositività non è escluso quando costituisca condizione per svolgere attività che «comportano rischi per la salute dei terzi».

Il diritto alla riservatezza del prestatore di lavoro viene ulteriormente ampliato ed approfondito da un'altra normativa di carattere generale, cioè quella relativa alla protezione dei dati personali del lavoratore³¹.

E' noto che tale protezione sia oggetto di disciplina a livello nazionale ed europeo, in attuazione delle norme costituzionali che implicitamente la garantiscono (artt. 2, 14 e 15)³² ed espressamente dell'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea contempla il Titolo II dedicato alla Libertà, nel quale si ritrova tanto il diritto di ogni individuo al rispetto della vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle proprie comunicazioni (art. 7), quanto il diritto di ogni persona al rispetto della protezione dei dati di carattere personale che lo riguardano (art. 8, co. 1). Tali dati «devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità

³¹ V. al riguardo A. TROJSI, *op. cit.*; A. M. GAMBINO (a cura di), *La circolazione dei dati. Titolarità, strumenti negoziali, diritti e tutele*, Pacini giuridica, 2020. Sull'incidenza del trattamento dei dati sul rapporto di lavoro v. incisivamente A. SORO, *Democrazia e potere dei dati*, Baldini+Castoldi, 2019, 129 ss.

³² V. da ultimo Corte cost. sent. n. 20/2019. Sia consentito il rinvio a R. SANTUCCI, *La quarta rivoluzione industriale e il controllo a distanza dei lavoratori*, in *Lav. giur.* n. 1/2021, 19 ss.

determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. Ogni persona ha il diritto di accedere ai dati raccolti che la riguardano e di ottenerne la rettifica» (art. 8, co. 2). Il rispetto delle regole in materia «è soggetto al controllo di un'autorità indipendente» (art. 8, co. 3) (si tratta del Garante europeo per la protezione dei dati³³). Come per tutti gli altri diritti, l'art. 52, co. 1, della Carta prevede che eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Carta stessa «devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà». Inoltre, nel rispetto del *principio di proporzionalità*, «possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui». Ma sulla protezione in questione era già intervenuto l'art. 16 TFUE, secondo cui «ogni persona ha diritto alla protezione dei dati che la riguardano».

Il diritto alla protezione dei dati personali è tutelato poi in modo assai ampio e approfondito dal citato GDPR. Il Regolamento, rispetto alla normativa previgente, ha esteso i diritti riconosciuti all'interessato con riferimento ai dati che lo riguardano, conferendo loro una maggiore incisività in una realtà caratterizzata sempre più dal ricorso alle tecnologie informatiche³⁴. Per l'attuazione della normativa europea, vanno ricordati innanzitutto il d.lgs. n. 196/2003 (Codice in materia di protezione dei dati personali) e il recente d.lgs. n. 101/2018 (che ha adeguato la normativa alle disposizioni del GDPR).

Il d.lgs. n. 196/2003, nel capo II sul Trattamento di dati riguardanti i prestatori di lavoro facente parte del Titolo VIII su trattamenti nell'ambito dei rapporti di lavoro, mantiene quanto disposto dall'art. 8 Stat. lav. e dall'art. 10 del d.lgs. n. 276/2003. A ciò si aggiunge il divieto di "trattare dati personali dei lavoratori che non siano strettamente attinenti alle loro attitudini professionali e al loro inserimento lavorativo" (art. 113 su raccolta di dati e pertinenza). La sanzione

³³ Il Garante europeo della protezione dei dati (GEPD) ha varato di recente (gennaio 2020) Linee Guida sulla valutazione della **proporzionalità** e della necessità.

³⁴ Sull'argomento v. N. BERNARDO e A. SORO (a cura di), *Privacy*, Ipsoa, 2019; N. ZORZI GALGANI (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, Cedam, 2019.

penale prevista dall'art. 38 Stat. lav. – in origine già prevista per l'art. 8 Stat. lav., ma successivamente abrogata dal d.lgs. n. 196/2003 – è stata poi reintrodotta dall'art. 171 dello stesso decreto legislativo.

Entrando ancora di più nel merito della questione, la salute³⁵ fa parte delle categorie particolari di dati personali – una volta definiti “sensibili” – che hanno una protezione più rigida rispetto agli altri. Il loro trattamento è vietato (art. 9, par. 1), tranne quando si verificano casi prefissati (art. 9, par. 2).

La prima condizione di liceità di trattamento è costituita dal *consenso esplicito* dell'interessato per una o più finalità, salvo nei casi in cui il diritto dell'Unione o degli Stati membri dispone che l'interessato non possa revocarne il divieto. Il consenso deve consistere nella manifestazione di una volontà libera, specifica, informata e inequivocabile (art. 4, par. 1, p. 11, e art. 7). A tal riguardo il dubbio sull'utilizzabilità del consenso nell'ambito dei rapporti di lavoro subordinato sorge spontaneo in quanto è noto lo squilibrio tra le parti. Nel considerando n. 43 del GDPR si sottolinea proprio tale rischio: per assicurare la libertà di prestare il consenso, «è opportuno che il consenso non costituisca un valido fondamento giuridico per il trattamento dei dati personali in un caso specifico, qualora esista un evidente squilibrio tra l'interessato e il titolare del trattamento (...) Si presume che il consenso non sia stato liberamente prestato se non è possibile prestare un consenso separato a distinti trattamenti di dati personali, nonostante sia appropriato nel singolo caso, o se l'esecuzione di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, è subordinata al consenso sebbene esso non sia necessario per tale esecuzione». Questo costituisce il presupposto che ha indotto il Garante per la protezione dei dati nelle sue FAQ e nei suoi documenti di indirizzo a negare la liceità del consenso nel trattamento dei dati sulla salute³⁶, anche se è

³⁵ Ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 15, del GDPR, per dati relativi alla salute s'intendono i dati personali relativi alla salute fisica o mentale di una persona fisica, compresa la prestazione di servizi di assistenza sanitaria, che rivelano informazioni circa il suo stato di salute.

³⁶ V. le FAQ del 17 febbraio 2021. In esse è spiegato che il datore di lavoro non può acquisire, neanche con il consenso del dipendente o tramite il medico competente, i nominativi del personale vaccinato o la copia delle certificazioni vaccinali, in quanto non è consentito dalla disciplina in materia di tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro né dalle disposizioni sull'emergenza sanitaria. Il consenso del dipendente non può costituire, in questi casi, una

noto che lo squilibrio non è assoluto e ci sono strumenti di tutela contro comportamenti discriminatori.

In ogni caso, esistono strade alternative più realistiche e sicure di liceità, fissate dall'art. 9. Nel nostro caso possono essere rilevanti: «b) (...) assolvere gli obblighi ed esercitare i diritti specifici del titolare del trattamento o dell'interessato in materia di diritto del lavoro e della sicurezza sociale e protezione sociale, nella misura in cui sia autorizzato dal diritto dell'Unione o degli Stati membri o da un contratto collettivo ai sensi del diritto degli Stati membri, in presenza di garanzie appropriate per i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato; (...) e) (...) dati personali resi manifestamente pubblici dall'interessato; f) (...) accertare, esercitare o difendere un diritto in sede giudiziaria o ogniqualvolta le autorità giurisdizionali esercitino le loro funzioni giurisdizionali; g) (...) motivi di interesse pubblico rilevante sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri, che deve essere proporzionato alla finalità perseguita, rispettare l'essenza del diritto alla protezione dei dati e prevedere misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato; h) (...) finalità di medicina preventiva o di medicina del lavoro, valutazione della capacità lavorativa del dipendente, diagnosi, assistenza o terapia sanitaria o sociale ovvero gestione dei sistemi e servizi sanitari o sociali sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri o conformemente al contratto con un professionista della sanità, fatte salve le condizioni e le garanzie di cui al paragrafo 3 (...)».

Tali condizioni sono state *considerate* e *adattate* anche dal provvedimento del 5 giugno 2019, n. 146 del Garante per la protezione dei dati personali, che ha

condizione di liceità del trattamento dei dati. Il datore di lavoro può, invece, acquisire, in base al quadro normativo vigente, i soli giudizi di idoneità alla mansione specifica redatti dal medico competente. Il datore di lavoro non può considerare lecito il trattamento dei dati relativi alla vaccinazione sulla base del consenso dei dipendenti, non potendo il consenso costituire in tal caso una valida condizione di liceità in ragione dello squilibrio del rapporto tra titolare e interessato nel contesto lavorativo (considerando 43 del Regolamento). Solo il medico competente può, infatti, trattare i dati sanitari dei lavoratori e tra questi, se del caso, le informazioni relative alla vaccinazione, nell'ambito della sorveglianza sanitaria e in sede di verifica dell'idoneità alla mansione specifica (artt. 25, 39, co. 5, e 41, co. 4, d.lgs. n. 81/2008). Il datore di lavoro invece acquisisce i soli giudizi di idoneità alla mansione specifica e le eventuali prescrizioni e/o limitazioni in essi riportati (es. art. 18, co. 1, lett. c), g) e bb) d.lgs. n. 81/2008). V. anche le linee di indirizzo del 13 e del 14 maggio 2021, cit.

emanato le prescrizioni relative al trattamento di categorie particolari di dati nei rapporti di lavoro. In via generale, ai sensi dell'articolo 9, par. 2 del GDPR, il trattamento di tali dati può essere effettuato solo se necessario per alcune finalità, tra cui, per quanto rilevanti nel caso in questione, vi sono: a) l'adempimento o l'esigenza dell'adempimento di specifici obblighi o per eseguire specifici compiti previsti dalla normativa dell'Unione europea, da leggi, da regolamenti o da contratti collettivi anche aziendali, ai sensi del diritto interno, in particolare ai fini dell'instaurazione, gestione ed estinzione del rapporto di lavoro (art. 88 del Regolamento UE 2016/679); b) il perseguimento di finalità di salvaguardia della vita o dell'incolumità fisica del lavoratore o di un terzo; c) l'adempimento di obblighi derivanti da contratti di assicurazione finalizzati alla copertura dei rischi connessi alla responsabilità del datore di lavoro in materia di salute e sicurezza del lavoro e di malattie professionali e per i danni cagionati a terzi nell'esercizio dell'attività lavorativa o professionale³⁷. Inoltre, seguendo le prescrizioni del Garante, relativamente ai *trattamenti effettuati nella fase preliminare alle assunzioni*, i dati idonei a rivelare lo stato di salute e l'origine razziale ed etnica dei candidati all'instaurazione di un rapporto di lavoro o di collaborazione possono essere trattati, solo se la loro raccolta sia giustificata da scopi determinati e legittimi e sia necessaria per instaurare tale rapporto. Il trattamento effettuato ai fini dell'instaurazione del rapporto di lavoro, sia attraverso questionari inviati anche per via telematica sulla base di modelli predefiniti, sia nel caso in cui i candidati forniscano dati di propria iniziativa, in particolare attraverso l'invio di curricula, deve riguardare, nei limiti stabiliti dalle disposizioni richiamate dall'art. 113 del Codice, le sole informazioni strettamente pertinenti e limitate a quanto necessario a tali finalità, anche tenuto conto delle particolari mansioni e/o delle specificità dei profili professionali richiesti. I dati genetici non possono essere trattati al fine di stabilire l'idoneità professionale di un candidato all'impiego, neppure con il

³⁷ Va ricordato che l'Inail, in un recente parere del 1° marzo 2021 n. 2402, ha stabilito che il rifiuto di vaccinarsi, «configurandosi come esercizio della libertà di scelta del singolo individuo rispetto ad un trattamento sanitario, ancorché fortemente raccomandato dalle autorità, non può costituire un'ulteriore condizione a cui subordinare la tutela assicurativa dell'infortunato».

consenso dell'interessato (quest'ultimo divieto vale anche *relativamente ai trattamenti effettuati nel corso del rapporto di lavoro*).

Con riferimento alle modalità di trattamento, le regole che valgono per tutti le particolari categorie di dati impongono che: a) i dati debbano essere raccolti, di regola, presso l'interessato; b) in tutte le comunicazioni all'interessato debbano utilizzarsi «forme di comunicazione anche elettroniche individualizzate nei confronti di quest'ultimo o di un suo delegato, anche per il tramite di personale autorizzato. Nel caso in cui si proceda alla trasmissione del documento cartaceo, questo dovrà essere trasmesso, di regola, in plico chiuso, salva la necessità di acquisire, anche mediante la sottoscrizione per ricevuta, la prova della ricezione dell'atto»; c) i documenti, trasmessi ad altri uffici o funzioni della medesima struttura organizzativa in ragione delle rispettive competenze, «devono contenere esclusivamente le informazioni necessarie allo svolgimento della funzione senza allegare, ove non strettamente indispensabile, documentazione integrale o riportare stralci all'interno del testo. A tal fine dovranno essere selezionate e impiegate modalità di trasmissione della documentazione che ne garantiscano la ricezione e il relativo trattamento da parte dei soli uffici o strutture organizzative competenti e del solo personale autorizzato; d) quando per ragioni di organizzazione del lavoro, e nell'ambito della predisposizione di turni di servizio, si proceda a mettere a disposizione a soggetti diversi dall'interessato (ad esempio, altri colleghi) dati relativi a presenze ed assenze dal servizio, il datore di lavoro non deve esplicitare, nemmeno attraverso acronimi o sigle, le causali dell'assenza dalle quali sia possibile evincere la conoscibilità di particolari categorie di dati personali (es. permessi sindacali o dati sanitari)».

Oltre alle condizioni di liceità, il datore di lavoro deve rispettare anche gli ulteriori obblighi previsti dal Regolamento e dal codice della *privacy*. In primo luogo, l'informazione deve essere resa ai lavoratori interessati in occasione del trattamento, in ossequio ai principi di liceità, trasparenza e correttezza; tra le informazioni devono essere indicate le finalità del trattamento attorno alla quale ruotano i principi fissati dal regolamento. In secondo luogo, i dati raccolti devono

essere adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alla finalità dei trattamenti (principio della minimizzazione dei dati); devono essere esatti, e se necessario aggiornati. Infine, i dati devono essere conservati per un arco di tempo non superiore al conseguimento delle finalità del trattamento.

Una conferma – se fosse stato necessario –, o piuttosto un'applicazione, della rilevanza delle regole sulla *privacy* è desumibile dal protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro del 24 aprile 2020, sottoscritto dalle parti sociali, su invito del Presidente del Consiglio dei ministri. Con il Protocollo sono state individuate le misure in merito alle modalità di ingresso in azienda, di accesso dei fornitori esterni, a pulizia e sanificazione, precauzioni igieniche personali, dispositivi di protezione individuale, gestione degli spazi comuni, turnazione aziendale, entrata e uscita dei dipendenti, eventi interni e riunioni, gestione di persone sintomatiche, sorveglianza sanitaria in azienda e costituzione di un Comitato per l'applicazione e la verifica delle regole del protocollo di regolamentazione. I dati relativi alla salute dei lavoratori sono trattati nel rispetto delle regole sulla protezione della *privacy* (in particolare la rilevazione della temperatura corporea).

7. Il rispetto delle modalità fissate dalle regole in materia di sicurezza sul lavoro, ovvero della rilevanza del *medico competente*

Il datore di lavoro ha pertanto l'obbligo e non solo la facoltà di controllo in funzione della sicurezza dei luoghi di lavoro, ma il controllo dell'idoneità fisica del lavoratore non può esercitarlo direttamente, è vietato, per garantire l'imparzialità (significativo in materia è stato l'art. 5 Stat. lav.)³⁸.

Il problema delle visite di idoneità fisica, pur considerate dall'art. 5 Stat. lav., va esaminato alla luce del d.lgs. n. 81/2008.

³⁸ Da ultimo v. Cass. n. 14346/2015.

Il fulcro è costituito dal medico competente³⁹. L'art. 41 stabilisce che il medico competente ha il compito di effettuare la sorveglianza sanitaria, che viene definita dal d. lgs. n. 81 (art. 2, co. 1, lett. m) come «l'insieme degli atti medici, finalizzati alla tutela dello stato di salute e sicurezza dei lavoratori, in relazione all'ambiente di lavoro, ai fattori di rischio professionali e alle modalità di svolgimento dell'attività lavorativa». Nella sorveglianza sanitaria si comprende la visita medica periodica «per controllare lo stato di salute dei lavoratori ed esprimere il giudizio di idoneità alla mansione specifica. La periodicità di tali accertamenti, qualora non prevista dalla relativa normativa, viene stabilita, di norma, in una volta all'anno. Tale periodicità può assumere cadenza diversa, stabilita dal medico competente in funzione della valutazione del rischio». Per la sorveglianza sanitaria dei dipendenti il medico competente ha il compito di effettuare tra l'altro anche gli accertamenti sia preventivi sia periodici al fine di valutare l'idoneità del lavoratore ad una specifica mansione (la legge prevede anche il procedimento di impugnazione del relativo accertamento). La centralità dell'operato del medico competente è ribadita dal Protocollo del 24 aprile 2020 con riguardo alla sorveglianza sanitaria e al monitoraggio delle condizioni di salute dei lavoratori.

L'art. 41, co. 2-*bis*, prevede che a scelta del datore di lavoro la visita preassuntiva sia svolta o dal medico competente o dal dipartimento di prevenzione dell'ASL.

In ogni caso il d.lgs. n. 81, come già accennato, è una miniera per quel che riguarda le misure generali di tutela (art. 15), gli obblighi del datore di lavoro (art. 18), dei lavoratori (art. 20), del medico competente (art. 25) e modelli di organizzazione e gestione (art. 30), che costringono tutti questi soggetti ad intervenire nelle situazioni di rischio della salute dei singoli e della collettività⁴⁰. Un obbligo d'intervento lo si potrebbe desumere anche dal Titolo X, che si occupa di

³⁹ Non a caso su tale figura si è concentrata l'attenzione del Garante per la protezione dei dati personali che ha redatto di recente (13 maggio 2021) le «indicazioni generali», cit.

⁴⁰ Sul ruolo autonomo e attivo del medico competente v., per la responsabilità penale *ex* d.lgs. n. 81, Cass. pen., sez. IV, n. 21521/2021.

«Esposizione ad agenti biologici», anche se il campo di applicazione è dato «dalle attività lavorative nelle quali vi è rischio di esposizione ad agenti biologici» (art. 266). In quest'ambito c'è la disposizione sulla sorveglianza sanitaria (art. 279) secondo la quale, qualora l'esito della valutazione del rischio ne rilevi la necessità, i lavoratori esposti ad agenti biologici sono sottoposti alla sorveglianza sanitaria di cui all'articolo 41. Il datore di lavoro, secondo l'art. 279, «su conforme parere del medico competente, adotta misure protettive particolari per quei lavoratori per i quali, anche per motivi sanitari individuali, si richiedono misure speciali di protezione, fra le quali: 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; b) l'allontanamento temporaneo del lavoratore».

Ecco che quindi lo stretto passaggio per il controllo dello stato di salute del lavoratore in relazione alla mansione espletata è delineato. Sulla base delle risultanze delle visite mediche, il medico competente esprime, per iscritto, il giudizio di idoneità, di idoneità parziale, temporanea o permanente (parziale, temporanea o permanente), con prescrizioni o limitazioni, di inidoneità temporanea o permanente, dando copia del giudizio medesimo al lavoratore e al datore di lavoro.

8. Poteri datoriali, oneri e garanzie dei lavoratori non vaccinati

Si è giunti ai pezzi finali del puzzle. A tal fine, le misure, predisposte dal decreto n. 44 in caso di omessa vaccinazione, potrebbero rivelarsi utili come parametro di riferimento, anche quando situazioni analoghe dovessero verificarsi, e si valutassero quali fatti giuridici rilevanti, per gli altri rapporti di lavoro, svolti in ambito *non sanitario*.

Il datore di lavoro, sulla base del giudizio del medico competente, assume i provvedimenti adeguati. Il d.lgs. n. 81/2018 (artt. 15, co. 1, lett. m), 42, 229, co. 5, 279, co. 2, lett. b) stabilisce che, qualora si preveda un'inidoneità alla mansione

specifica, il lavoratore potrebbe essere innanzitutto allontanato temporaneamente dal lavoro e poi adibito, ove possibile, a mansioni equivalenti o, in difetto, a mansioni inferiori, garantendo il trattamento corrispondente alle mansioni di provenienza.

Un'analoga soluzione, di modifica delle mansioni del lavoratore "onerato" al vaccino, ma non vaccinato, è prevista dal d.l. n. 44 del 2021, con l'aggravante della corresponsione della retribuzione per le mansioni che effettivamente si svolgono. La perdita della retribuzione acquisita costituisce però una discriminazione; i lavoratori non vaccinati già sono penalizzati dal mutamento di mansioni: questo però è finalizzato al contenimento del contagio e costituisce dunque un equo bilanciamento dei diritti in campo.

Se non vi fossero le condizioni per l'utilizzazione in sicurezza del lavoratore, come nel caso in cui le mansioni diverse non escludessero rischi di diffusione del contagio, il d.l. n. 44 prevede la sospensione dal lavoro e dalla retribuzione, da altro compenso o emolumento, comunque denominato, che pone un argine nei confronti di ipotesi risolutive immediate. Tale sospensione opera fino alla rimozione delle cause della specifica inidoneità al lavoro (il lavoratore si sottopone al vaccino) ovvero, in mancanza, fino al completamento del piano vaccinale nazionale e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2021.

La sospensione dal lavoro e dalla retribuzione può disporsi anche per i lavoratori *non considerati* dal d.l. n. 44? La risposta non può che essere positiva. Tuttavia prima di arrivare alla sospensione, occorrerebbe tener conto del fatto che i lavoratori non vaccinati – e perciò ritenuti inidonei dal medico competente – potrebbero esserlo indipendentemente dalla propria volontà. Ne tiene conto anche il d.l., art. 4, co. 3: «in caso di accertato pericolo per la salute, in relazione a specifiche condizioni cliniche documentate, attestate dal medico di medicina generale, la vaccinazione non è obbligatoria e può essere omessa e differita». Si sa inoltre che i vaccini disponibili devono essere utilizzati prioritariamente per i cittadini di alcune fasce di età o che in ogni caso vi sono tempi di attesa, dopo la prenotazione presso i centri vaccinali. Quindi prima di assumere provvedimenti

con effetti negativi nei loro confronti (la sospensione dal lavoro e dalla retribuzione), il datore di lavoro dovrebbe offrire la possibilità di vaccinarsi, o tenere conto dell'impossibilità del lavoratore, di vaccinarsi per motivi di salute. A tale prima finalità si ispira 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, stipulato tra le parti sociali il 6 aprile 2021. E l'attivazione dei datori di lavoro, per i lavoratori del settore sanitario onerati a vaccinarsi, è disposta dall'art. 4, co. 3 e ss., del d.l. n. 44.

In attesa che ai lavoratori sia offerta l'effettiva opportunità di vaccinarsi, *si deve* ricorrere soltanto a forme organizzative e gestionali che consentano agli stessi di continuare a svolgere la propria attività lavorativa. Le alternative sono già state sperimentate durante le varie fasi della pandemia e quindi possono essere le più varie, tenendo conto delle esigenze organizzative specifiche delle aziende. Quindi potrebbero essere utilizzate rigorosamente le stesse cautele della fase pandemica "pre-vaccinale". In ogni caso, oltre all'esercizio dello *ius variandi*, si potrebbe utilizzare l'orario flessibile di lavoro oppure ricorrere al lavoro agile, anche su istanza dello stesso lavoratore.

Ciò non significa affermare l'esistenza di un diritto al lavoro agile. Si sa che questo è assente nell'ambito della normativa generale su tale tipo di lavoro (l. n. 81/2017, artt. 18 ss.), mentre sussiste nell'ambito della normativa emergenziale a favore di dipendenti disabili nelle condizioni di gravità indicate dall'art. 3, co. 3, l. n. 104/1992 o che abbiano nel proprio nucleo familiare una persona con disabilità nella predetta situazione di gravità, a condizione che tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione (v. art. 39, co. 1, d.l. n. 18/2020 conv. in l. n. 27/2020)⁴¹. Analogo diritto, compatibilmente con le caratteristiche della prestazione, è garantito ai genitori con figli in DAD dal d. l. n. 30/2021⁴². Ai lavoratori del settore privato affetti da gravi e comprovate patologie con ridotta capacità lavorativa è

⁴¹ V. Trib. Grosseto, ord., 23 aprile 2020. Sul punto cfr. M. TUFO, *Il lavoro agile (dell'emergenza) esordisce in giurisprudenza: come bilanciare gli interessi in gioco nell'era della pandemia?*, in *Lav. Dir. Eur.*, n. 2/2020.

⁴² Per altre garanzie v. art. 90 del d.l. n. 30/2020, conv. in l. n. 77/2020.

riconosciuta la priorità nell'accoglimento delle istanze di svolgimento delle prestazioni lavorative in modalità agile (art. 39, co. 2, d.l. n. 18/2020). La forma organizzativa agile è promossa dal Protocollo del 24 marzo 2020 non soltanto come risposta all'emergenza della prima fase pandemica, ma anche nella successiva fase di riattivazione del lavoro in quanto strumento utile e modulabile di prevenzione del rischio, ferma restando la necessità dell'adeguato supporto a tale tipo di attività (specie modulazione dei tempi di lavoro e delle pause).

In via eccezionale, si potrebbe utilizzare l'istituto delle ferie, che però ha il fiato corto⁴³.

La conclusione è conforme al principio del ragionevole adattamento del datore di lavoro nel caso di inidoneità che colpiscano il lavoratore, purché la situazione non si trasformi in un onere sproporzionato per il datore⁴⁴. La contrattazione collettiva anche aziendale potrebbe svolgere un ruolo importante nell'individuare i percorsi opportuni e consensuali, bilanciando gli interessi in campo.

Solo quando tutte le strade fossero state percorse ovvero quando il lavoratore non intendesse sottoporsi alla cautela del vaccino, offerto dal datore di lavoro o comunque fruibile secondo le regole del piano vaccinale, si potrebbe arrivare alla sospensione dal lavoro e dalla retribuzione di fronte all'inidoneità del lavoratore. Questa determina un'impossibilità temporanea della prestazione lavorativa, essendo configurabile il vaccino, in base alle determinazioni del medico competente, come un requisito dell'oggetto dell'obbligazione lavorativa; e l'obbligazione lavorativa sarebbe resa inesigibile e quindi impossibile, non in modo

⁴³ Cfr. Trib. Belluno, decr., 19 marzo 2021 n. 12, che, considerata notoria l'efficacia del vaccino nell'impedire l'evoluzione negativa del virus e rilevato l'impiego dei lavoratori in questioni in mansioni a contatto con persone che accedono al loro luogo di lavoro, ha ritenute legittime le ferie imposte ad operatori sanitari non vaccinati in quanto, sull'interesse dei lavoratori a periodi diversi di ferie, prevale l'interesse del datore di lavoro di osservare il disposto dell'art. 2087 c.c.; in precedenza il Trib. Grosseto, cit., aveva messo però in guardia dall'abuso nell'utilizzazione dell'istituto, che ha una diversa funzione, e aveva ritenuto che, nella comparazione tra ferie forzate e altre modalità di organizzazione del lavoro, la scelta dovesse ricadere prioritariamente sul lavoro agile, specie se già programmato e adottato per la comunità di lavoro.

⁴⁴ Sul principio v. da ultimo Cass. n. 6497/2021, con nota di P. DE PETRIS, in *Arg. Dir. Lav.*, n. 4/2021 (in corso di pubblicazione).

assoluto, ma per la presenza del diritto del prestatore all'autodeterminazione in materia di salute. Il lavoratore potrebbe porre fine all'inidoneità (se non ci fossero controindicazioni relative al suo stato di salute), vaccinandosi; quindi assume la posizione di onerato, e non di obbligato.

Sulla base di tale premessa, è necessario distinguere e precisare tra lavoratori "onerati" *ex lege* n. 76/2021 (d.l. n. 44) e no.

Nel caso del d.l. n. 44, l'impossibilità si presume e la sospensione dal lavoro e dalla retribuzione è disposta dalla legge, tenuto conto del contesto lavorativo "sanitario" che richiede una soluzione immediata.

Per i lavoratori che non potessero vaccinarsi per motivi di salute ("onerati" *ex lege* o no), potrebbe applicarsi in via temporanea la disciplina della malattia, che è nozione ampia tale da ricomprendere aspetti della salute che impediscano la somministrazione del vaccino.

Negli altri casi, l'impossibilità della prestazione lavorativa o la sua inutilizzabilità, per fatti non addebitabili allo stesso datore di lavoro (tra cui carenze di programmazione o di organizzazione aziendale), che diano vita alla sospensione della stessa e della retribuzione, vanno identificate dal medico competente e, in caso di contestazione, provate⁴⁵. Per la difficoltà della prova, è preferibile che la sospensione dal lavoro e dalla retribuzione costituisca l'*extrema ratio*. La sospensione dal lavoro e dalla retribuzione, almeno fino al 31 dicembre 2021, è comunque il provvedimento più drastico che può irrogarsi anche ai lavoratori non del settore sanitario. Non si è beninteso nel campo disciplinare. Si sa che, identificata l'impossibilità temporanea della prestazione lavorativa, potrebbe eccipirsi anche il venir meno dell'apprezzabile interesse creditorio alla continuazione del rapporto di lavoro, se si determinano le condizioni per l'applicazione del licenziamento per giustificato motivo oggettivo (art. 1464 c.c.; art. 3 l. n. 604/1966)⁴⁶. Tuttavia, evitando disparità ingiustificate e irrazionali di

⁴⁵ V. al riguardo Trib. Chieti 3 maggio 2018 n. 161; Trib. Bologna 25 settembre 2020.

⁴⁶ Da ultimo Cass. n. 19025/2019; P. PIZZUTI, *Le sopravvenienze d'impresa nel contratto di lavoro*, Giappichelli, 2020, 157 ss.

trattamento, se si prevede la sospensione fino a quella data per i lavoratori onerati al vaccino, non si può per gli altri lavoratori consentire il ricorso al licenziamento

Quest'ultimo drammatico scenario potrebbe verificarsi per tutti, successivamente. Sospeso il lavoratore, superato il termine previsto dal d.l. e provata la permanenza dell'impossibilità della prestazione lavorativa, è ipotizzabile la cessazione del rapporto di lavoro, che va ricondotta nell'alveo del licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Va sottolineato che la situazione è diversa dall'assoluta e permanente impossibilità a svolgere *qualsiasi* attività lavorativa per infermità. In questi casi la giurisprudenza ritiene che si determini la risoluzione del rapporto, senza necessità che la parte interessata manifesti, mediante recesso, l'assenza di un suo interesse al mantenimento del vincolo giuridico e dovendosi escludere che l'autonomia privata possa mantenere in vita il rapporto contrattuale⁴⁷. Nel nostro caso, non trattandosi di un'impossibilità assoluta e definitiva, devono provarsi le condizioni economico-produttive, che rendono legittimo l'esercizio del potere di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, una volta che si protragga la temporanea impossibilità della prestazione lavorativa per fatto del lavoratore e venga meno l'interesse creditorio oggettivo alla prestazione lavorativa.

⁴⁷ V. da ultimo Cass. n. 9556/2021.