

Carlo Pisaniello

**Le minacce dei datori di lavoro contro i lavoratori
“dissidenti” che non accettano la vaccinazione
contro la “SARS-CoV-2” definiti a sproposito “no-
vax”. Presupposti qualificativi, giuridici e relativa
efficacia pratica.**

Dott. Carlo Pisaniello

Presidente dell'Associazione Avvocatura degli Infermieri

Le minacce dei datori di lavoro contro i lavoratori “dissidenti” che non accettano la vaccinazione contro la SARS-CoV-2 definiti a sproposito “no-vax”. Presupposti qualificativi, giuridici e relativa efficacia pratica¹.

Di Carlo Pisaniello

Abstract (It): Il presente *pamphlet* riguarda il dibattito scaturito recentemente sull'obbligatorietà vaccinale contro il SARS-Cov2 pretesa da alcuni datori di lavoro. I relativi effetti che questa potrebbe ingenerare sul rapporto di lavoro. Si è tentato di ricostruire le varie posizioni emerse e le dichiarazioni di alcuni illustri giuslavoristi. Si è tentato poi di esprimere una chiave di lettura critica ed alternativa basata non solo sugli aspetti giuridici e dottrinali, ma anche su quelli scientifici attualmente a nostra disposizione, soprattutto in virtù del dettato costituzionale dell'art. 32, comma 2, Cost., e della mancanza di una norma *ad hoc* che renda tale pratica obbligatoria.

Abstract (En): This very pamphlet concerns the debate that has recently arisen regarding the SARS-Cov2 vaccination mandate imposed by several employers, and the effects this mandate could entail on the employment relationship. It illustrates various stances and perspectives as put forth by eminent labor lawyers. It then attempts to offer a weighed interpretation of these stances, relating to the current scientific principles in addition to juridical and didactic ones, especially in accordance to the Art. 32, clause #2 of the Constitution and considering the lack of dedicated legislature on the matter of a vaccination mandate.

Sommario: 1- Premessa; 2- Aspetti giuslavoristici; 3- Legittimità Costituzionale dei DPCM; 4- Protocolli condivisi; 5- La questione della vaccinazione obbligatoria; 6- Legittimità dell'obbligatorietà vaccinale; 7- Il medico competente; 8- La voce del garante della Privacy; 9- Il Consiglio D'Europa sulle vaccinazioni obbligatorie; 10- conclusioni

1- Premessa

Si sta assistendo da diverso tempo ad una campagna del terrore orchestrata da molti datori di lavoro ed amplificata da alcuni media, contro tutti quei lavoratori che hanno osato ed osano porre dei legittimi dubbi sulla campagna vaccinale anti

¹ Il presente elaborato è il frutto dell'opinione personale dello scrittore, seppur i riferimenti bibliografici ed i link e collegamenti alle varie fonti siano inopinabili.

SarsCov-19, campagna rivolta in special modo agli operatori sanitari. Orbene, illustrissimi giuristi hanno già espresso la loro opinione sull'obbligatorietà della vaccinazione da parte degli operatori sanitari, obbligo secondo costoro, derivante dalle ragioni professionali o di servizio, poiché a stretto contatto con i pazienti ad alto rischio di contagio infettivo o con pazienti che sono c.d. fragili e quindi, anziani o immunodepressi, ovvero, solamente a rischio generico. Le tesi che si sono contrapposte sul tema, lasciano però dei seri dubbi interpretativi, soprattutto in riferimento alla reale obbligatorietà della somministrazione della vaccinazione vista l'assenza di una specifica norma giuridica di riferimento. Tant'è, che molti altri eminenti giuristi hanno espresso invece idee diametralmente opposte. Il tema è certamente complesso ed articolato, ma una cosa è certamente acclarata e non opinabile: ad oggi, non c'è una norma di legge che imponga la vaccinazione obbligatoria agli operatori sanitari né a nessun'altra tipologia di lavoratore, *di conseguenza*, chi vi si sottopone volontariamente, lo fa esclusivamente per una libera scelta personale. La cosa che però va evidenziata è che comunque, indipendentemente dalla presenza o dall'assenza della norma giuridica, alcuni datori di lavoro si siano immediatamente attivati iniziando a minacciare e violare i diritti dei propri dipendenti, senza averne per altro le ragioni di diritto. Le minacce profuse sono varie e per giunta anche fantasiose, ne citiamo alcune che ci è capitato di dover opporre come associazione: l'Azienda Ospedaliera S. Andrea di Roma, ad esempio, tramite alcuni coordinatori infermieristici, ha fatto sapere a tutti i lavoratori di loro afferenza che, contro coloro i quali non si fossero sottoposti "liberamente" alla vaccinazione, si sarebbe provveduto in brevissimo tempo a trasferirli all'interno dei reparti c.d. "Covid" per assistere i pazienti ricoverati.

Una sorta di reparti "lager" evidentemente, o almeno così lascia intendere l'amm.ne dell'Azienda Universitaria S. Andrea di Roma, di nefasta memoria. Dei luoghi punitivi per dissidenti evidentemente e certamente una modalità di natura ritorsiva, discriminatoria ed illegittima. In altre strutture private del Lazio e nel resto d'Italia invece, si è arrivati a minacciare direttamente il licenziamento di quel personale che avesse deciso "arbitrariamente" di non sottoporsi a vaccinazione. Persino nel centro del culto Cattolico per eccellenza, la Città del Vaticano, si è arrivati alla minaccia contro i propri dipendenti dissidenti, nella "Nazione" della tolleranza si assiste così

ad una scellerata campagna di vero terrorismo² e se ve ne fosse ulteriore bisogno, in alternativa al licenziamento potrebbe arrivare addirittura la scomunica Papale³, almeno così asserisce il Vescovo. Nella ASL BT di Andria (Bari) invece, con atteggiamento decisamente più sibillino e prudente, è stata inviata una circolare interna a firma del Direttore responsabile della Sorveglianza Sanitaria e del Direttore *ff.* del Dipartimento dei PP.OO. (presidi ospedalieri) nella quale si chiede di trasmettere i nominativi di tutti i dipendenti che ancora non si sono sottoposti a vaccinazione e che nel qual caso, costoro, avrebbero dovuto firmare un “dissenso informato” su apposito modulo prestampato. Notizia di queste ultime ore poi, proprio mentre si sta scrivendo il presente articolo, la Regione Puglia, contro il dettato Costituzionale imposto dall’art. 32 Cost. e contro la riserva di legge Statale in fatto di misure di contrasto in merito alla pandemia da SARS-Cov-19 e più in generale, della riserva di legge assegnata allo Stato in fatto di tutele di natura sanitaria⁴, ha deliberato in consiglio regionale una legge che impone l’obbligo del vaccino anti SARS-Cov19 agli operatori sanitari, una palese intromissione nella sfera di competenza Statale⁵. La Costituzione infatti, si impone come suprema norma di riferimento, per quanto il bene salute risulti tutelato da un insieme di disposizioni collocate non solo ai diversi livelli delle fonti del diritto, ma anche da un denso impianto di norme di carattere deontologico: l’articolo 32 della Costituzione al primo comma, affida alla Repubblica il compito di tutelare la salute, considerata *“come fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività”* disponendo inoltre al secondo comma, che *“nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana”*. L’obbligatorietà di un trattamento sanitario può sorgere quindi solo *“per disposizione di legge”* e per giunta, su questo aspetto vi è una riserva di legge in materia, da ritenersi riserva di legge statale, e ciò anche dopo l’entrata in vigore della legge costituzionale n. 3/2001 di riforma del titolo V della Costituzione «sul riparto di competenze in materia sanitaria dopo la riforma

² <https://www.ilgiorno.it/mondo/vaticano-vaccino-1.6038837>;

<https://www.avvenire.it/chiesa/pagine/vaticano-possibili-sanzioni-per-chi-non-si-vaccina>;
<https://www.ilfattoquotidiano.it/2021/02/18/vaticano-rigide-sanzioni-per-i-dipendenti-che-non-si-vaccinano-contro-il-covid/6105468/>

³https://www.ilgazzettino.it/nordest/rovigo/vescovo_pierantonio_pavanello_vaccino_monito_cristiani-5799598.html

⁴ <https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>

⁵ <https://fb.watch/3VL5ydIonq/>

del titolo V della Costituzione, si vedano le sentenze della Corte costituzionale nn. 282/2002, 338/2003 e 438/2008». Ma la Regione Puglia, contro ogni previsione normativa ed in netto contrasto rispetto della Carta, ha comunque deciso di legiferare nel tentativo di imporre la terapia vaccinale al personale sanitario, sebbene non vi sia una legge a carattere nazionale. Le modalità di approccio dei vari datori di lavoro al problema sono molteplici e, per altro, non hanno né carattere prettamente giuridico e né tantomeno carattere sanitario, senza parlare poi dell'anti-scientificità che manifestano, ma è sul piano della lesione della dignità della persona e dei diritti dei lavoratori che si sta spingendo forzatamente *contra legem*. Se siamo ancora in uno stato di diritto, allora, viene da chiedersi da dove derivi tutta questa eccessiva pressione nei confronti di una pratica come quella della vaccinazione contro il SARS-CoV-2 che a tutt'oggi, a detta di molti eminenti esperti, è scientificamente opinabile? Tutta questa estrema sollecitudine sembra essere quindi del tutto fuori contesto se non addirittura lesiva di principi costituzionalmente garantiti e tutelati.

2- Aspetti giuslavoristici.

Per quello che concerne l'aspetto squisitamente giuridico, è evidente che bisogna partire da un fatto acclarato che non può essere messo in discussione, almeno fino alla stesura del presente articolo, ossia, non esiste ancora una disposizione normativa di carattere nazionale e specifica, che imponga la vaccinazione anti SARS-CoV-2, a nessuno lavoratore, operatori sanitari compresi, può quindi essere imposto un trattamento contro la loro volontà. Chi opina diversamente, asserendo che gli operatori sanitari, in quanto tali, dovrebbero vaccinarsi tutti perché lo prevede il codice deontologico, o non sa di cosa parla, ovvero, è in mala fede. Innanzitutto, va chiarito che il codice deontologico non è una norma riconosciuta dalla gerarchia delle fonti del diritto, che annoverano al loro interno, dalla fonte primaria alle fonti secondarie come fosse una piramide, dall'alto verso il basso le seguenti fonti:

Fonti primarie rinforzate:

- 1- la costituzione e le leggi costituzionali;
- 2- le fonti comunitarie;

Fonti primarie:

- 3- leggi ordinarie, decreto-legge, decreti legislativi, leggi regionali;

Fonti secondarie

4- regolamenti ministeriali, governativi ed amm.vi.

Dallo schema suindicato, quindi, non risultano essere inserite le norme etiche o deontologiche, che risultano invece essere delle mere regole di condotta ad esclusivo interesse etico, ovverosia sono dei “precetti extra-giuridici”, cioè regole che hanno sì un’efficacia, ma solo all’interno della categoria a cui si rivolgono, non sono pertanto norme dell’ordinamento statale, inteso come ordinamento generale⁶. È del tutto evidente quindi che, rifarsi alla deontologia professionale per perorare obblighi contro i lavoratori “dissidenti” non rappresenta di fatto un punto di svolta giuridicamente legittimo ai fini della obbligatorietà della vaccinazione, ma forse, e si sottolinea forse, solo una forma di coercizione di natura meramente morale ed etica che fa leva sulla sensibilità individuale dei sanitari, che ha origine certamente “volontaristica” e di “crocerossiniana” memoria. Ora, appurato ciò, va necessariamente analizzato il profilo giuridico della questione, ovverosia, come molti datori di lavoro vorrebbero imporre ai loro lavoratori l’obbligo vaccinale. Tutti i datori di lavoro si rifanno alle dichiarazioni rilasciate dal prof. Pietro Ichino⁷, docente di diritto del lavoro e all’ex magistrato Raffaele Guariniello⁸. Le due tesi, sono ovviamente rilevanti, ma tendono solo in una unica direzione che è quella che vede il lavoratore obbligato alla vaccinazione contro il SARS-CoV-2, seppur in assenza di una norma *ad hoc* che la prescriva. E per avvalorare le loro tesi, si rifanno

⁶ Le norme presenti in un codice deontologico di un ordine professionale non sono equiparabili a quelle di diritto che operano nell’ordinamento generale, né possono essere considerate tali nell’accezione e ai fini di cui all’articolo 360 n. 3 del c.p.c. Lo hanno ribadito i giudici della Suprema corte con la sentenza n. 23017 dell’11 novembre 2015. Un principio consolidato - In particolare, viene richiamata in motivazione nella pronuncia in rassegna, la sentenza della Cassazione del 23 gennaio 2007 n. 1476, secondo cui le norme del codice deontologico di un ordine professionale, al di fuori dell’ambito disciplinare, non sono assimilabili a norme di diritto operanti nell’ordinamento generale, né possono essere considerate tali nell’accezione e ai fini di cui all’articolo 360 n. 3, del c.p.c. Analogamente, nell’ambito della violazione di legge - in relazione alla quale (oltre che per incompetenza ed eccesso di potere) le decisioni del Consiglio nazionale forense sono ricorribili per cassazione (art. 56 del regio decreto - legge 27 novembre 1933 n. 1578 e articolo 111 della Costituzione) - va compresa anche la violazione delle norme del codice deontologico dell’Ordine professionale, trattandosi di norme giuridiche obbligatorie valesi per gli iscritti all’albo degli avvocati che integrano il diritto oggettivo ai fini della configurazione dell’illecito disciplinare, Cassazione, sentenza 23 marzo 2004, n. 5776.

⁷ cfr. P. Ichino, Vaccino Covid, Ichino: «Il datore di lavoro può chiudere il contratto se un dipendente si rifiuta», nel Corriere della Sera, 29 dicembre 2020.

⁸ cfr. R. Guariniello, Covid-19: l’azienda può obbligare i lavoratori a vaccinarsi? in www.ipsoa.it, 28 dicembre 2020.

al D.lgs. 81/2008, cioè il testo Unico sulla Sicurezza nei luoghi di lavoro ed all'art. 2087 c.c.. Secondo costoro, il datore di lavoro potrebbe imporre ai propri dipendenti la somministrazione "coatta" della vaccinazione SARS-CoV-2, ed in caso di rifiuto sanzionarli disciplinarmente per inadempimento contrattuale e financo licenziarli. Di contro, tesi avverse e segnatamente, quelle del Prof. Giampiero Falasca, magistrato, il quale sostiene che il datore di lavoro non possa imporre la vaccinazione ai propri dipendenti perché la questione vaccini non è stata demandata come responsabilità ai datori di lavoro ma è rimasta di pertinenza dell'autorità sanitaria pubblica⁹, pertanto, in assenza di una norma specifica, il datore di lavoro non può sostituirsi all'autorità sanitaria pubblica ed imporre al lavoratore, contro la propria volontà poi, una terapia farmacologica o vaccinale, perché ricordiamo che il vaccino è pur sempre un farmaco. L'altra tesi, del Prof. Giuseppe Pellacani, che individua nell'obbligo vaccinale un'imposizione che non può essere posta in essere dove non vi sia una stretta correlazione tra la probabilità di contagio sul luogo di lavoro e lavoratore¹⁰, tesi del tutto condivisibile e certamente scientificamente più valida, poiché tutti gli studi che riguardano gli effetti della vaccinazione non hanno prodotto risultati certi rispetto al rischio che, seppur vaccinati, i lavoratori possano comunque contrarre di nuovo l'infezione e addirittura essere dei potenziali portatori del contagio stesso¹¹. Quindi è doveroso, se si vuole affrontare la problematica dell'obbligatorietà vaccinale dei lavoratori della sanità, analizzare anche il dato scientifico per poter poi eventualmente argomentare anche in punto di diritto. È questo il fulcro del problema, indipendentemente dalle questioni giuridiche che comunque sono valide ed opportune, la questione principale è scientifica ancor prima che giuridica, se prima non si stabilisce dal punto di vista scientifico che la vaccinazione sia l'unico mezzo veramente determinante per l'interruzione della propagazione del virus, l'obbligatorietà imposta, sarebbe solo una chimera ed una palese violazione dei diritti insiti nella Carta Costituzionale, violando quei principi incompressibili della persona umana che sono rappresentati

⁹ cfr. G. Falasca, *Non si può licenziare il dipendente che rifiuta di vaccinarsi*, in www.open.online.it, 25 dicembre 2020.

¹⁰ cfr. G. Pellacani, *Vi spiego perché non si può licenziare chi non si vaccina contro Covid-19*, in www.startmag.it, 1° gennaio 2021.

¹¹ <https://www.facebook.com/paolo.fulcos/posts/10225470076364417>;
<https://www.bbc.com/news/av/uk-55159618>;
<https://www.facebook.com/fabio.franchi.2.0/posts/281636050092553>

dagli artt.: art. 32 Cost.; art. 2, 13, 54: All'art. 2. *La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*; All'art. 13. *“La libertà personale è inviolabile. Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria [cfr. art. 111 c. 1, 2] e nei soli casi e modi previsti dalla legge [cfr. art. 25 c. 3]. In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto. È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà [cfr. art. 27 c. 3]; La legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva*; Art. 54: *“Tutti i cittadini hanno il dovere di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi. I cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle con disciplina ed onore, prestando giuramento nei casi stabiliti dalla legge”*. Inoltre, risulterebbero violati anche la Convenzione d'Oviedo agli artt. 1, 3, 5, 6, 9, 13¹²; la Convenzione di Norimberga agli

¹² <https://www.coe.int/it/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/164>; art. 1: *Le Parti di cui alla presente Convenzione proteggono l'essere umano nella sua dignità e nella sua identità e garantiscono ad ogni persona, senza discriminazione, il rispetto della sua integrità e dei suoi altri diritti e libertà fondamentali riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina. Ogni Parte prende nel suo diritto interno le misure necessarie per rendere effettive le disposizioni della presente Convenzione.* Art. 3: *Accesso equo alle cure sanitarie. Le Parti prendono, tenuto conto dei bisogni della salute e delle risorse disponibili, le misure appropriate in vista di assicurare, ciascuna nella propria sfera di giurisdizione, un accesso equo a cure della salute di qualità appropriata.* Art. 5: *Regola generale. Un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato. Questa persona riceve innanzitutto una informazione adeguata sullo scopo e sulla natura dell'intervento e sulle sue conseguenze e i suoi rischi. La persona interessata può, in qualsiasi momento, liberamente ritirare il proprio consenso.* Art. 6: *Protezione delle persone che non hanno la capacità di dare consenso. Sotto riserva degli articoli 17 e 20, un intervento non può essere effettuato su una persona che non ha capacità di dare consenso, se non per un diretto beneficio della stessa. Quando, secondo la legge, un minore non ha la capacità di dare consenso a un intervento, questo non può essere effettuato senza l'autorizzazione del suo rappresentante, di un'autorità o di una persona o di un organo designato dalla legge. Il parere di un minore è preso in considerazione come un fattore sempre più determinante, in funzione della sua età e del suo grado di maturità.* Art. 9: *Desideri precedentemente espressi. I desideri precedentemente espressi a proposito di un intervento medico da parte di un paziente che, al momento dell'intervento, non è in grado di esprimere la sua volontà saranno tenuti in considerazione.* Art.13: *Interventi sul Genoma Umano Un intervento che ha come obiettivo di modificare il genoma umano non può essere intrapreso che per delle ragioni preventive, diagnostiche o terapeutiche e solamente se non ha come scopo di introdurre una modifica nel genoma dei discendenti.*

artt. 1, 3, 5, 10¹³; la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea agli artt. 3, 10, 14, 21, 52¹⁴ e la dichiarazione Universale di Bioetica dell'Unesco del 2005 agli artt. 3, 11, 14d, 18¹⁵. C'è poi chi ha prospettato di inserire questa obbligatorietà vaccinale direttamente nel CCNL «contratto collettivo nazionale di lavoro» al fine di rendere impositiva la disciplina, poiché, il rinvio della legge alla fonte collettiva, ossia, l'inserimento della vaccinazione obbligatoria all'interno dei contratti, potrebbe, rappresentare la modalità attraverso la quale superar *l'impasse* della mancanza della norma di riferimento, così facendo, si tenterebbe di ottenere un'efficacia generalizzata direttamente nell'atto negoziale ¹⁶ senza violare il dettato

¹³ https://it.wikipedia.org/wiki/Codice_di_Norimberga. Art. 1: Il soggetto volontariamente dà il proprio consenso a essere sottoposto a un esperimento. Prima di dare il consenso, la persona deve conoscere: natura, durata e scopo della sperimentazione clinica, il metodo e i mezzi con cui sarà condotta, eventuali effetti sulla salute e sul benessere della persona, eventuali pericoli cui sarà sottoposta. (Questo è alla base del concetto di "consenso informato", ovvero di un consenso fornito in piena consapevolezza delle implicazioni di quello a cui ci si sta per sottoporre). Art. 3: Ci dovrà essere una pianificazione dell'esperimento sulla base degli esperimenti in fase preclinica in vivo, e sulla base della conoscenza approfondita della malattia. Art. 5: Non si deve eseguire la sperimentazione se a priori si è a conoscenza che tale sperimentazione possa causare danni o morte. Art. 10: Durante l'esperimento lo scienziato responsabile deve essere pronto a interromperlo in qualunque momento se indotto a credere che la continuazione dell'esperimento comporterebbe probabilmente lesioni, invalidità o morte per il soggetto umano.

¹⁴ https://www.echr.coe.int/documents/convention_ita.pdf. Art. 3: Proibizione della tortura Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti. Art. 10: Libertà di espressione 1. Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. Il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, cinematografiche o televisive. 2. L'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario. Art. 14: Divieto di discriminazione Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione. Art. 52: Inchieste del Segretario generale. Ogni Alta Parte contraente, su domanda del Segretario generale del Consiglio d'Europa, fornirà le spiegazioni richieste sul modo in cui il proprio diritto interno assicura l'effettiva applicazione di tutte le disposizioni della presente Convenzione.

¹⁵ https://unipd-centrodirittiumani.it/it/strumenti_internazionali/Dichiarazione-Universale-sulla-bioetica-e-i-diritti-umani-2005/192. Art.

¹⁶ Sul punto la letteratura è ampia; M.V. Ballestrero, Riflessioni in tema di inderogabilità dei contratti collettivi, in RIDL, 1989, n. 1, p. 357 ss. G. Proia, Il contratto collettivo fonte e le "funzioni" della contrattazione collettiva, in AA. VV., Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro. Foggia-Baia delle Zagare, 25-26 maggio 2001, Milano, 2002, spec. p. 112 ss. B. Caruso, A. Lo Faro, Contratto collettivo di lavoro (Voce per un Dizionario), in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – n. 97/2010, de- finiscono

costituzionale rappresentato dall'art. 39 Cost.¹⁷. Sarebbe quindi possibile che un contratto, seppur a valenza nazionale, possa così superare una previsione di legge e, questo, potrebbe essere possibile poiché la norma, di fatto, sarebbe già esistente. Ci si riferisce, nello specifico, al testo coordinato del decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23, all'articolo 29-bis¹⁸ norma che si limiterebbe a recepire il protocollo condiviso tra Governo e Sindacati e Associazioni dei datori di lavoro, sebbene sappiamo che questo protocollo in realtà sia solo una fonte extra-statuale e come tale, non avrebbe la relativa forza al pari della legge ordinaria. Sempre secondo i medesimi autori, per far sì che si possa derogare al comma 2 dell'art. 32 Cost. «vista la riserva assoluta di legge» non sarebbe necessario che sia sempre presente una norma di legge a definirne l'obbligatorietà, perché lo stesso legislatore avrebbe di fatto già derogato, soprattutto in fatto di protocollo di sicurezza, ad altri soggetti e, nello specifico agli attori industriali e le parti sociali¹⁹. Proprio allo specifico scopo di impedire che si creasse *“una difficile accettabilità da parte dei lavoratori”* oltretutto, al fatto che sono state le stesse parti sociali ad imporsi con il legislatore per la gestione, anche sul piano

tali rinvii come attribuzione al contratto collettivo di una funzione “para-legislativa”. Nella medesima ottica si colloca F. Liso, *Autonomia collettiva e occupazione*, in DLRI, 1998, n. 78, p. 191 ss., sostenendo che mediante la devoluzione del potere normativo alla contrattazione collettiva, il legislatore mira proprio ad ottenere discipline efficaci nei confronti di tutti gli appartenenti alla categoria professionale di riferimento, iscritti o meno alle organizzazioni sindacali stipulanti.

¹⁷ Il rapporto di delega tra legge e atto negoziale non colliderebbe con l'art. 39 Cost. perché ha ad oggetto solo alcune materie – e non tutto il contenuto del rapporto di lavoro – e precisamente quelle che «esigono uniformità di disciplina in funzione di interessi generali [da tutelare] connessi al mercato del lavoro» (cfr. C. Cost. 18 ottobre 1996, n. 344).

¹⁸ Obblighi dei datori di lavoro per la tutela contro il rischio di contagio da COVID-19

1. 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.)

¹⁹ E. Dagnino, *Il sistema delle fonti alla prova della emergenza sanitaria: una prospettiva giuslavoristica e di relazioni industriali*, in D. Garofalo, M. Tiraboschi, V. Fili, F. Seghezzi, *Welfare e lavoro nella emergenza epidemiologica*, Volume V – Le sfide per le relazioni industriali, ADAPT e-Book, n. 93, 2020, p. 69.

(29) E. Dagnino, op. cit., p. 69.

legislativo, dell'emergenza in corso²⁰ L'ipotesi quindi dell'obbligatorietà, ed addirittura della previsione che tale obbligo possa essere inserito nella contrattazione collettiva, è una tesi certamente interessante, ma non condivisibile. Infatti, il rapporto tra la legge ed il contratto di lavoro è un rapporto di gerarchia, fondato sull'inderogabilità della norma legale rispetto alla fonte collettiva e di integrazione funzionale con questa, cioè di rinvii operati dalla legge alla disciplina pattizia²¹. L'autonomia privata, rappresentata dalla contrattazione, anche se collettiva, è sempre subordinata alla legge, infatti il contratto collettivo non può mai peggiorare i livelli di trattamento e le condizioni stabilite direttamente dal legislatore. Le clausole in contrasto con la previsione di legge sarebbero infatti nulle per violazione del 1418 c.c.²² Pertanto, si ritiene che dal punto di vista dell'obbligatorietà vaccinale, in assenza di una prerogativa di legge, seppur inserita nella disciplina pattizia, questa non potrebbe mai imporre un obbligo che non è previsto dalla norma regolatrice di carattere generale. Proprio perché non può porsi in contrasto con la legge, si rimane sempre dell'idea che l'unica via costituzionalmente orientata, ai fini di una imposizione di un obbligo che ha natura certamente "lesiva" della libertà personale, sia sempre una legge, emanata in conseguenza della normale dialettica parlamentare, luogo dove vengano tutelate anche le idee delle minoranze politiche e le posizioni diverse. Del resto, ad oggi la scienza è concorde nel ritenere che la vaccinazione contro il SARS-CoV-2 programmata dall'Unione Europea ed in particolare, dall'Italia, non potrà mai raggiungere la tanto agognata "Herd Immunity" o immunità di gregge, ed il motivo ce lo spiegano gli stessi scienziati; la vaccinazione è stata progettata e programmata solo ed esclusivamente per alcuni settori della popolazione, ossia, gli adulti²³, escludendo una fascia importante della popolazione come i bambini e le donne in gravidanza. Se anche si riuscisse quindi, a vaccinare in tempi brevi tutta la popolazione *target*, escludendo però queste due categorie, ecco che l'immunità di

²⁰ Sul punto si veda anche la ricostruzione di F. Focareta nella relazione al seminario COVID-19: fase 2. Principi e tecniche per produrre lavorando in sicurezza, Università Cattolica del Sacro Cuore di Roma, Freccia Rossa, 15 maggio 2020, che sottolinea come lo spazio di intervento le parti sociali se lo siano guadagnato posizionandosi prontamente sulla materia sia a livello aziendale sia a livello istituzionale.

²¹ G. Santoro Passarelli, *Diritto dei lavori e dell'occupazione*, edizione Giappichelli, 2020 pag. 103

²² <https://www.altalex.com/documents/news/2008/09/08/nullita-del-contratto-breve-analisi-della-recente-casistica-giurisprudenziale>

²³ http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_3014_allegato.pdf

gregge non si potrebbe mai raggiungere, considerando che tutti gli studi scientifici sul caso dichiarano che per avere una immunità totale bisognerebbe vaccinare oltre il 95% della popolazione, cosa quindi del tutto irrealizzabile²⁴.

3- Legittimità Costituzionale dei D.P.C.M.

Sulla questione D.P.C.M., si sono espressi molti costituzionalisti, studiosi, giuristi e da ultimi i tribunali di Roma, di Frosinone e Reggio Emilia, dichiarando i D.P.C.M. emanati in urgenza dal Governo illegittimi e, come tali, posti in violazione della Costituzione Repubblicana. I giudici locali hanno inquadrato i D.P.C.M. come puri e semplici atti amministrativi, inidonei quindi a comprimere diritti fondamentali come la libertà e la salute, diritti incomprimibili se non in forza di un atto di legge o avente forza di legge. Tesi supportate anche da precedenti manifestazioni del tutto sovrapponibili di eminenti costituzionalisti come Baldassarre, Marini, Cassese. In effetti, l'emergenza sanitaria dichiarata dal Governo è nata su presupposti di legge che non riguardano specificatamente le situazioni segnatamente sanitarie, nello specifico infatti, è stato posto a fondamento della situazione emergenziale l'art. 7, comma 1, lettera c) del D.lgs. n. 1/18 "1. Ai fini dello svolgimento delle attività di cui all'articolo 2, gli eventi emergenziali di protezione civile si distinguono in: a) emergenze connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che possono essere fronteggiati mediante interventi attuabili, dai singoli enti e amministrazioni competenti in via ordinaria;²⁵. Ma l'articolo in oggetto non riguarda affatto eventi di "natura sanitaria" ma bensì eventi naturali come terremoti, eruzioni vulcaniche, inondazioni, ovvero, eventi creati dall'uomo stesso. Secondo gli eminenti giudici costituzionali "i nostri Padri Costituenti hanno previsto nella Costituzione Repubblicana, una sola fattispecie attribuitiva al Governo di poteri normativi peculiari (emergenziali) ed è quella prevista e regolata dall'art. 78 e all'art. 87 Cost. relativa allo stato di guerra. Non vi è nella costituzione italiana nessun riferimento ad ipotesi di dichiarazioni di emergenza per rischio sanitario". In conseguenza quindi, la dichiarazione adottata dal Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020 è palesemente illegittima, perché emanata su presupposti legislativi inesistenti, nessuna fonte di rango costituzionale o avente

²⁴ <https://www.humanitas.it/news/covid-19-e-vaccino-quando-avremo-l-immunita-di-gregge/>

²⁵ http://www.protezionecivile.gov.it/amministrazione-trasparente/provvedimenti/dettaglio/-/asset_publisher/default/content/decreto-legislativo-n-1-del-2-gennaio-2018-codice-della-protezione-civile

forza di legge ordinaria attribuisce al Consiglio dei Ministri il potere di limitare la libertà personale per motivi sanitari e di conseguenza di dichiarare lo stato di emergenza sanitaria. Si tratta di una riserva di legge assoluta, se non altro per i seguenti motivi: l'obbligo del trattamento può sorgere solo "per disposizione di legge" e non "secondo disposizione di legge" o "in base alla legge", poiché con queste due ultime formulazioni potrebbero aprirsi spiragli a fonti subordinate (ossia ad atti regolamentari basati sulla legge o che disciplinino la materia secondo quanto dispone la legge), mentre la prima formulazione, esclude tale apertura a fonti subordinate; da un punto vista sistematico quindi, se l'articolo 23 della Costituzione contiene una riserva relativa di legge «come in genere pacificamente ammesso dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale» per l'imposizione di prestazioni personali, appare logico e armonico rispetto alla Costituzione nel suo complesso che l'articolo 32 contenga una riserva assoluta di legge per stabilire l'obbligatorietà non già di una prestazione personale qualsiasi, ma di un trattamento sanitario contro la volontà dell'individuo. Il fatto stesso che la legge possa imporre solo un determinato trattamento sanitario, implicando che disciplini in modo "diretto e puntuale" la materia, suggerisce e rafforza la tesi che si tratti di una riserva di legge assoluta²⁶. Essendo quindi gli atti Governativi sottoposti a principio di legalità, si può certamente affermare che i D.P.C.M. sono incostituzionali per eccesso di potere, ne consegue quindi che, tutti gli atti amministrativi conseguenti all'emanazione dell'atto principale sono affetti dallo stesso vizio e pertanto disapplicabili dal giudice *a quo*. Per il fatto che si sta agendo, o si vorrebbe agire contro la volontà e la dignità della persona, costringendola a vaccinarsi, quantomeno, la disposizione di legge che ne prevedrebbe *la ratio*, dovrebbe essere soggetta a riserva di legge assoluta, che come tale quindi, garantisce il rispetto della persona umana e la rigorosa tutela voluta anche dagli stessi Costituenti. In ogni caso, quand'anche la riserva di legge fosse considerata solo relativa, e molti studiosi la ritengono tale, in ogni caso, solo una legge formale del Parlamento, a cui è preceduta una accurata rappresentazione e ponderazione degli interessi coinvolti, con una discussione in aula, ovvero, attraverso le istanze, mozioni, interpellanze parlamentari o di associazioni e stakeholder istituzionali, potrebbe garantire che le risultanze della

²⁶ A. Pace, *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, Milano 1967, pp. 87-88; a sostegno del carattere relativo si segnala V. Crisafulli, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in «Diritto e società», 1982, pp. 558-559).

stessa legge fossero prive di qualsivoglia tendenza autarchica o i violazione dei diritti fondamentali dell'uomo. Qualsiasi altra forma di previsione di legge, come ad esempio un decreto-legge o un decreto-legislativo, sarebbe comunque limitativo della dialettica parlamentare e delle opinioni, anche contrapposte dei vari gruppi parlamentari, una sede scelta appositamente dal costituente per la formazione delle leggi dello stato. Non solo, la legge ordinaria proviene direttamente dall'organo rappresentativo della volontà popolare, all'interno del quale trovano ampio spazio anche le minoranze parlamentari e non solo la maggioranza politica, anche nel rispetto quindi della dialettica tra maggioranza e minoranza politica che è condizione di massima libertà e tutela dei cittadini senza esclusione di nessuno, fossero essi, esclusi per ragioni di religione, sesso, o condizione sociale diversa.

A ragion veduta quindi, una parte della dottrina²⁷ trova nella decretazione d'urgenza, ovvero, in quella delegata, men che meno in atti amministrativi, una breccia nel nostro ordinamento costituzionale che potrebbe giustificare ogni ingerenza governativa a discapito dei cittadini. Non da ultimo, il giudice penale di Reggio Emilia ha ritenuto l'utilizzo degli atti amministrativi come i D.P.C.M. una pratica illegittima e contro la costituzione. Il GUP²⁸ della Procura di Reggio Emilia ha emesso un'ordinanza di proscioglimento dell'imputato, incolpato del reato di cui all'art. 483 c.p. – falsità ideologica commessa da privato in atto pubblico – perché resosi responsabile di aver falsamente attestato nell'autocertificazione richiesta per gli spostamenti in zona rossa, ai sensi del DPCM 8 marzo 2020. Il trasgressore è stato quindi denunciato per violazione dell'art. 650 c.p. – Inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità-, ed il PM ha quindi chiesto di emettere decreto immediato di condanna. Il GUP, nell'udienza preliminare ha invece dichiarato il proscioglimento dell'imputato ai sensi dell'art. 129 c.p. perché il fatto non costituisce reato, motivando l'ordinanza in maniera articolata ed approfondita. IL GUP ritiene che la limitazione della libertà dell'individuo, costringendolo a rimanere nella propria abitazione, configuri un vero e proprio obbligo di permanenza domiciliare, ma tale obbligo, nel nostro ordinamento giuridico, equivale ad una specifica sanzione penale, restrittiva della libertà personale che solo l'autorità giudiziaria può irrogare. Nella fattispecie quindi trattasi di vera e propria custodia cautelare con l'obbligo

²⁷ A. Negroni, Decreto-legge sui vaccini, riserva di legge e trattamenti sanitari obbligatori, 26 maggio 2017

²⁸ Cfr. ordinanza Tribunale di Reggio Emilia, sez. GIP-GUP, n. 54 del 27 gennaio 2021

della dimora presso la propria abitazione. Unitamente ad altre attività limitative della libertà personale come, ad esempio, il prelievo ematico coatto, il DASPO o l'accompagnamento alla frontiera dello straniero, questi, richiedono un controllo pregante del giudice ordinario sui presupposti applicativi delle misure previste tassativamente dalla legge. L'art. 13²⁹ Cost. infatti, prevede che tutte le misure restrittive della libertà personale possono essere adottate solo *“su atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge”* cosa che il D.P.C.M., quale atto meramente amministrativo, non può disporre, trattandosi di fonte regolamentare ed amministrativa di rango secondario e non di un atto normativo avente forza di legge. Non solo, in realtà l'art. 13 Cost. pone argine alla limitazione della libertà, come fonte primaria, solo la legge, o atti avente forza di legge come il D.L. ma solo ad un soggetto determinato e non ad una pluralità indeterminata di soggetti, infatti si tratta di una riserva assoluta di legge e di giurisdizione che implicano quindi limiti solo individuali. Il giudice che deve applicare la legge non è nemmeno costretto a rimettere la questione alla Corte Costituzionale, essendo i D.P.C.M. atti amministrativi e come tali, possono essere disapplicati direttamente dal giudice *a quo* perché emessi in violazione di legge.

4- Protocolli condivisi.

Le tesi di alcuni giuristi, quindi, prendono spunto dalle normative già in essere, come l'art. 2087 c.c. e il T.U. 81/2008, oltreché dai protocolli condivisi, che vanno qui intesi, come degli accordi tra Confindustria e Sindacati confederati CGIL, CISL, UIL, ovvero un accordo intersindacale, su invito del Governo³⁰, per la prevenzione della diffusione del coronavirus nei luoghi di lavoro. Dal punto di vista giuridico, seppur nella loro non facile qualificazione, alcuni autori li considerano come *“pratiche di*

²⁹ *“Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria [cfr. art. 111 c. 1, 2] e nei soli casi e modi previsti dalla legge [cfr. art. 25 c. 3]. In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto. È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà [cfr. art. 27 c. 3]. La legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva”.*

³⁰ Si veda l'art. 1, comma 1, n. 9, del d.P.C.M. 11 marzo 2020, Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale, dove il Governo si impegna a favorire «limitatamente alle attività produttive, intese tra organizzazioni datoriali e sindacali».

concertazione”³¹ fra istituzioni, intese come associazioni imprenditoriali³² e sindacati di categoria, ovvero, confederati, il tutto, al fine di stabilire in piena fase emergenziale, le modalità di accesso alle strutture lavorative, le condizioni di lavoro, le modalità di articolazione oraria dell’orario di lavoro e le prescrizioni datoriali in fatto di sicurezza dei lavoratori, in modo da tradurre “*in norme vincolanti ciò che oggi è frutto di determinazioni volontarie*”³³. Esempio di accordo, è quello rappresentato dal protocollo 14 marzo 2020, documento reso noto solo attraverso alcuni quotidiani nazionali, ma sconosciuto ai più, se non dopo la sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del DPCM 22 marzo 2020, dalla quale si è potuto evincere che lo stesso, era stato poi sottoscritto anche dal Governo, infatti nel sito di Palazzo Chigi è apparso il protocollo sottoscritto e che porta la firma del Governo (Presidente del Consiglio dei Ministri, Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali, Ministro dello Sviluppo Economico, Ministro della Salute) e delle principali associazioni datoriali (Confindustria, Confesercenti, Casartigiani, CNA, Confartigianato, Confcommercio, Confapi, Confimi, Lega Coop, Conf-cooperative, AGCI, Federdistribuzione, Conf-professioni) e sindacali (CGIL, CISL, UIL, UGL).

Al presente protocollo segue una seconda versione integrativa del 24 aprile 2020, sempre a firma delle stesse parti “*Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di*

³¹ In questo senso vedi, tra i primi, F. DI NOIA, Covid-19 e relazioni industriali: il Protocollo del 14 marzo e oltre, in GC, 2020, qui p. 3 e anche p. 7. Nello stesso senso cfr. S. CASSAR, Prime osservazioni in ordine ai Protocolli di sicurezza anti-contagio, in A. PILEGGI (a cura di), Il diritto del lavoro dell’emergenza epidemiologica, LPO, 2020, qui p. 78.

³² È stato infatti sostenuto, a conferma di voci provenienti da ambienti sindacali, che le trattative che hanno dato luogo, sotto la regia del Governo, alla firma del protocollo 14 marzo 2020 siano state condotte unicamente tra Confindustria e Confapi, da un lato, e Cgil, Cisl e Uil, dall’altro lato. Si veda A. COMETTO, Coronavirus, protocollo a tutela dei lavoratori: è una misura efficace? in *Salvo Juribus*, 2020.

³³ Così P. PASCUCCI, op. cit., p. 9 e anche p. 14, dove si avanza la tesi, con «un’interpretazione non formalistica, ma forse non così ardita, e comunque volta a garantire i migliori livelli di salubrità e di sicurezza nell’attuale drammatica emergenza» che il protocollo 14 marzo 2020 «possa configurarsi almeno sostanzialmente come una buona prassi per contrastare il contagio nei luoghi di lavoro». In termini adesivi a Pascucci si veda anche S. BOLOGNA, Tutela del lavoro e emergenza da COVID-19. Coronavirus e salute e sicurezza: le risposte degli ordinamenti intersindacale e statale, in www.treccani.it, 31 marzo 2020, secondo cui «si tratta di un accordo interconfederale che, per quanto rappresenti la più alta espressione dell’autonomia collettiva, riveste pur sempre natura privatistica, e si applica pertanto alle sole imprese o lavoratori iscritti alle associazioni stipulanti, e a quanti vi abbiano volontariamente aderito», ragione per cui «sarebbe auspicabile il recepimento dell’accordo del 14.3.2020 in atto avente natura pubblicistica (ad es., tramite DPCM o decreto legge) in ragione del contesto di straordinaria necessità o urgenza».

lavoro” del 14 marzo 2020³⁴, dove si stabilisce che ha contenuto generale ed ha validità su tutto il territorio nazionale per “tutte le attività produttive industriali e commerciali” pena, la sospensione dell’attività fino al ripristino delle condizioni di sicurezza. Parte della dottrina, ha sostenuto che tale “Protocollo di intesa non ha rango di fonte di legge, nemmeno secondaria rappresentando tutt’al più una regolamentazione cosiddetta di soft law” così opinando, la valenza normativa del protocollo condiviso del 14 marzo 2020, al di fuori del suo perimetro di riferimento non discenderebbe neppure dalla decretazione adottata dal Governo che pure al suddetto protocollo fa espresso riferimento³⁵, mentre altra autorevole dottrina, rilevando il fatto che questi siano stati successivamente inclusi nel decreto-legge n. 19/2020, li considera, *latu sensu* aventi una certa potestà legislativa³⁶. Non si ritiene di concordare con la seconda ipotesi in quanto, dallo studio approfondito di tale protocollo risulta che lo stesso sia in effetti essere solo una “linea guida condivisa tra le parti per agevolare le imprese nell’adozione di protocolli di sicurezza anti-contagio” ma nulla di più di questo. Anche l’*addendum* riferibile solo ed esclusivamente al settore sanitario non apporta maggiori questioni o disposizioni di natura precettiva riguardo alla sua potestatività, pertanto, come espresso in più occasioni anche dalla Suprema Corte di Cassazione, le linee guida non sono vincolanti al pari della legge e pertanto possono essere disattese, in base al caso concreto³⁷. Chi poi vede nel Protocollo una sorta di accordo interconfederale³⁸ ossia, un contratto collettivo nazionale, dovrebbe

³⁴ Si veda P. PASCUCCI, *Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra “raccomandazioni” e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale?* in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2020, qui p. 109, e già P. PASCUCCI, *Sistema di prevenzione aziendale, emergenza coronavirus ed effettività*, cit., p. 9

³⁵ Così, tra i tanti, F. BACCHINI, *Controlli sanitari sui lavoratori al tempo del Covid-19*, in GC, 2020, qui pp. 3-4, dove tuttavia si sottolinea unicamente, in termini di sostegno alla propria tesi, la rilevanza della «distinzione tra raccomandazione e/o promozione e prescrizione, tra obbligo e relativa sanzione e persuasione e assenza di sanzione, tra norma e provvedimento».

³⁶ 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 *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2020, p. 123. In senso adesivo, per tutti, D. MEZZACAPO, *Misure in tema di distanziamento sociale, dispositivi di protezione individuale e sanificazione dei locali aziendali nell’emergenza Covid-19. Inadempimento datoriale e rifiuto di eseguire la prestazione*, in A. PILEGGI (a cura di), op. cit., p. 87, che assegna al protocollo condiviso del 14 marzo 2020 «un valore normativo ed una efficacia generale»

³⁷ Cfr. Cassazione Penale, Sezioni Unite, 22 febbraio 2018 (ud. 21 dicembre 2017), n. 8770 Presidente Canzio, Relatore Vessicchelli, P.G. Baldi, Ricorrente Mariotti

³⁸ Sul punto, con riferimento a procedure e attori, d’obbligo il rinvio a T. TREU, *La contrattazione collettiva*, in G.P. CELLA, T. TREU (a cura di), *Le nuove relazioni industriali*.

rivedere le proprie posizioni in senso più restrittivo e limitativo, poiché tale protocollo sembrerebbe più un “accordo trilaterale” al fine di definire delle procedure e condotte nell’ambiente di lavoro al fine del contenimento e della riduzione della diffusione del virus, piuttosto che un contratto collettivo. Anche perché, il Governo attraverso la condivisione del protocollo, che ricordiamo essere un “accordo trilaterale”, non avrebbe potuto condividere con le parti sociali una sorta di accordo negoziale paragonabile ai contratti collettivi, perché non ne aveva l’autonomia costituzionale³⁹ per farlo. Del resto, basta analizzare lo stesso titolo del documento definito come “Protocollo” per comprenderne l’efficacia relativa e di certo non precettiva del documento, anche il relativo *addendum*, almeno quello che riguarda l’*ambitus* sanitario, non rileva una diretta percettività in capo ai lavoratori, ma piuttosto un vincolo indirizzato più concretamente ai datori di lavoro nel rispetto dei loro doveri di protezione del lavoratore ai sensi della formulazione elastica derivante dall’art. 2087 c.c.⁴⁰ e del T.U. di sicurezza sui luoghi di lavoro n. 81/2008. Negli stessi protocolli poi, il rischio viene catalogato come “generico” e

L’esperienza italiana nella prospettiva europea, Il Mulino, 1992, spec. pp. 203-216, che sembra tuttavia ricondurre alla fattispecie degli accordi interconfederali non solo gli accordi bilaterali tra rappresentanza confederale datoriale e sindacale ma anche gli accordi trilaterali col Governo. Una posizione diversa e più analitica è invece quella di M. D’ANTONA, *Il protocollo sul costo del lavoro e l’«autunno freddo» dell’occupazione*, in RIDL, 1993, I, spec. pp. 417-418, dove pare invece circoscrivere la fattispecie degli accordi interconfederali in senso stretto ai soli accordi bilaterali tra associazioni datoriali e sindacali (che pure possono essere contenuti in più ampi documenti politici trilaterali con anche il Governo) e con connessa «efficacia propria di ogni contratto collettivo».

³⁹ In tema d’obbligo il rinvio a G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Cacucci, 2014, spec. pp. 247-248, dove ricorda come questi accordi triangolari sono diversi dai contratti collettivi trattandosi, piuttosto, di documenti programmatici degli impegni che ciascuno degli attori del sistema di relazioni industriali assume «in vista della realizzazione degli obiettivi consensualmente fissati (Maresca, 2000) senza che da essi discendano vincoli giuridici».

⁴⁰ Questo in coerenza con la costante elaborazione dottrinale in materia di obbligazione di sicurezza posta dalla legge a carico dell’imprenditore. Si veda infatti R. RIVERSO, op. cit., § 2, dove sottolinea come «per configurare la responsabilità penale (e, a maggiore ragione, civile) del datore di lavoro, in materia di infortuni e malattie professionali, non occorre che sia integrata la violazione di specifiche norme cogenti dettate per la prevenzione degli infortuni, essendo sufficiente che l’evento dannoso si sia verificato a causa dell’omessa adozione di quelle misure e accorgimenti imposti all’imprenditore dalla scienza e dalla tecnica (e dal buon senso) ai fini della più efficace tutela dell’integrità fisica del lavoratore (Cass. Sez. 3, Sentenza n. 6360 del 26/01/2005)». In tema cfr. altresì D. CALAFIORE, *La sicurezza nei luoghi di lavoro tra disciplina dell’emergenza da covid 19 e disciplina ordinaria*, in *Giustizia Civile*, 2020, secondo cui «le regole contenute nel protocollo condiviso del 14 marzo scorso costituiscono specificazioni e conferme dell’obbligo di sicurezza incombente sul datore di lavoro ai sensi dell’art. 2087 c.c. e delle disposizioni che tale obbligo specificano».

quindi ricadente indistintamente su tutta la popolazione e non specifico per categorie di professioni, pertanto si può anche ritenere che dove vi sia la corretta applicazione dei protocolli e delle relative procedure, possa essere anche esclusa la responsabilità penale, amm.va e civile del datore di lavoro. È evidente quindi che, il datore di lavoro ha delle specifiche responsabilità rispetto alla sicurezza dei lavoratori, dovendo adottare tutte quelle precauzioni atte alla protezione degli stessi contro potenziali rischi per la salute derivanti dalle più svariate situazioni, inclusa quella del Sars-Cov2. A tal proposito, la Sindrome respiratoria acuta grave da coronavirus 2 (SARS-CoV-2) è stata inserita, in attuazione della direttiva (UE) 2020/739, nell'elenco degli agenti biologici classificati nell'Allegato XLVI al T.U. del 2008 quale agente biologico di classificazione 3 che *"può causare gravi malattie agli uomini e presenta un grave rischio per i lavoratori; può anche presentare un rischio di contagio nei confronti della comunità, ma in linea generale sono disponibili protocolli di profilassi e di trattamento ragionevolmente efficaci"* art. 4, D.L. n. 125/2020⁴¹. Il fatto stesso che non sia stata inserita nella classificazione 4, come da molti auspicato, lascia sottintendere che la vaccinazione non è considerata come una misura di sicurezza della massima efficacia. Il livello di rischio 4 infatti, presuppone che l'agente biologico *"può causare gravi malattie agli uomini e rappresenta un grave pericolo per i lavoratori. Presenta un elevato rischio di contagio nei confronti della comunità; e di solito, non sono disponibili efficaci protocolli di profilassi e di trattamento"* sembra infatti che la maggioranza degli stati membri, tra cui la nostra Italia, abbiano optato per il livello di rischio 3 dove inserire la SARS-CoV-2. Il datore di lavoro quindi, in sede di valutazione dei rischi, dovrà prendere in considerazione ogni informazione disponibile sull'agente biologico e predisporre le misure più idonee a contenere il rischio, secondo la normativa vigente, l'esperienza e la tecnica. Il tutto, attraverso il ruolo principale del medico competente, unico artefice e dominus dell'applicazione della normativa antinfortunistica, in collaborazione con il datore di lavoro, l'RLS ed i preposti⁴². Tra le misure specifiche vanno ricompresi anche i **"vaccini efficaci"** ex art. 279, comma 2, lett. a) senza dimenticare però che i lavoratori hanno il diritto di essere adeguatamente informati sui "vantaggi ed inconvenienti della vaccinazione

⁴¹ <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto-legge:2020;125>

⁴² Le raccomandazioni del NITAG (National Immunization Technical Advisory Group, comitato consultivo costituito da esperti indipendenti presso il Ministero della Salute) per la stesura del nuovo Piano Nazionale Vaccini 2020-2022 rimarcano il ruolo assolutamente centrale del medico competente.

e della non vaccinazione”⁴³.

5- La questione della vaccinazione obbligatoria.

Giova rammentare che in ambito sanitario, ci si è già trovati ad affrontare la questione contagi e relativi vaccini, soprattutto alla fine degli anni '80/90, quando fece la comparsa improvvisa il virus dell'epatite B, virus altamente contagioso e ad alto rischio di complicanze, che poteva essere contratto soprattutto dai sanitari in ambito lavorativo da sangue e emoderivati, ovvero, da punture accidentali. All'epoca non ci si pose il problema di rendere la vaccinazione obbligatoria, sebbene in quel periodo venne ideato il primo vaccino a DNA ricombinante «mediante la produzione da batteri» che dava per altro, garanzie non solo di successo dal punto di vista dell'immunizzazione e di sicurezza, ma anche limitazione della contagiosità verso altri soggetti. Ciò posto, non venne comunque mai chiesto da nessun datore di lavoro di rendere la vaccinazione contro l'epatite B obbligatoria per i sanitari, né mai nessun datore di lavoro si arrogò la potestà di obbligare e minacciare i propri dipendenti, sebbene all'epoca, fosse una patologia decisamente grave ed insidiosa e considerando anche la scarsità di DPI «dispositivi di protezione individuale» disponibili in quel preciso contesto storico. La vaccinazione poi, appena divenuta disponibile, fu solo altamente consigliata e successivamente, nel '91, divenne obbligatoria per i nuovi nati ed anche per gli adolescenti al compimento del dodicesimo anno di età. Non si vuole escludere quindi, che la vaccinazione contro il SARS-CoV-2 possa rappresentare una misura precauzionale altamente consigliata, seppur però gli studi epidemiologici e clinici, non dimostrino con assoluta certezza la sua efficacia⁴⁴ e soprattutto, la durata degli anticorpi neutralizzanti prodotti a seguito della somministrazione, anche per il fatto che potrebbe scatenare l'avvento di molteplici varianti (inglese-brasiliana-nigeriana) che ne possono ulteriormente compromettere l'efficacia⁴⁵. A questo, va

⁴³ Su tale norma, letta in connessione con l'art. 42 del medesimo T.U. fa leva R. Guariniello, Sorveglianza sanitaria: vaccino obbligatorio per i lavoratori? in *Dir. Prat. Lav.*, 2021, n. 1, p. 27 ss. per sostenere la possibilità per il datore di imporre l'obbligo vaccinale.

⁴⁴ <https://blogs.bmj.com/bmj/2020/11/26/peter-doshi-pfizer-and-modernas-95-effective-vaccines-lets-be-cautious-and-first-see-the-full>

data/?fbclid=IwAR0ZokbjfGtYmkEOoJVDpuVCCq_z2t9Pfn9iS8cLWuhv3huevm6ViQxs_t8

⁴⁵ <https://www.biorxiv.org/content/10.1101/2021.01.25.427948v1>;

[https://www.databeitalia.it/le-ridicole-varianti-del-sars-](https://www.databeitalia.it/le-ridicole-varianti-del-sars-cov-2/)

cov2/?fbclid=IwAR1tBS80NN8G5uG1Ec8AGJu1LjPkNT050mII5PYEDc8DtWlgYeIJl1Z4gJg

<https://www.biorxiv.org/content/10.1101/2021.01.25.428137v3>

aggiunta la possibilità di eventuali eventi avversi che potrebbero verificarsi a seguito della somministrazione del vaccino⁴⁶, tutte situazioni che messe insieme potrebbero far risultare eccessiva, almeno nell'immediato, l'idea che l'obbligatorietà vaccinale possa essere imposta per legge. I dati epidemiologici ci parlano di una infezione che ha un tasso di letalità appena superiore a quello dell'influenza⁴⁷, tali numeri quindi, non giustificerebbero, almeno in via precauzionale, la violazione dei diritti dell'uomo e del principio di autodeterminazione in fatto di libertà di scelta vaccinale. Del resto, utilizzando le dovute precauzioni, in ambito sanitario, come si è sempre fatto per altre patologie altamente infettive e ad alto rischio, si può certamente limitare il propagarsi dell'infezione, se non altro in ambito nosocomiale, del resto gli stessi produttori di vaccini, unitamente al CTS e all'OMS dichiarano che anche se vaccinati è comunque necessario mantenere le precauzioni di base come il distanziamento e le mascherine⁴⁸. Viene quindi lecito chiedersi, a che titolo imporre

⁴⁶ "Quantifying the possible cross-reactivity risk of an hPV16 vaccine" – Journal of Experimental Therapeutics and Oncology, 2009 <https://sanevax.org/.../Kanduc-09-HPV-cross-reactivity13.pdf> (leggere, in ordine di citazione nel post: i paragrafi "Abstract", "Results", "Conclusion" e il secondo capoverso della colonna destra a pag. 2 del paragrafo "Results and Discussion") (*) La prof. Kanduc è stata docente di Biochimica Comparata, presso il Corso di Laurea in Scienze Biologiche e, successivamente, docente di Biochimica III presso il Corso di Laurea Magistrale in Scienze Bio-Sanitarie, Facoltà di Scienze, Università di Bari. Componente del Dottorato di Ricerca in "Morfometria Analitica e Modelli di Medicina Molecolare" avente sede presso il Dipartimento di Anatomia Patologica della Facoltà di Medicina, Università di Bari. Già componente del Dottorato di Ricerca in "Cancerogenesi, Immunoregolazione ed Invecchiamento" avente sede presso il Dipartimento di Medicina Interna, Sezione di Geriatria, della Facoltà di Medicina, Università di Bari. Ha pubblicato più di 150 lavori scientifici occupandosi di cancerogenesi e malattie autoimmuni, con una particolare attenzione rivolta verso l'immunoterapia. Ha fondato e diretto un Centro per la Ricerca sul Cancro; <http://goldageonline.it/goldage/speaker/darja-kanduc/>; <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/33501451/>; [https://www.facebook.com/permalink.php?story_fbid=2902598966651607&id=100007045965350](https://www.facebook.com/permalink.php?story_fbid=2902598966651607&id=100007045965350;); [https://www.med4.care/ade-antibody-dependent-enhancement/?fbclid=IwAR24zxeOE7hOgmBOiqcybl_HnqIk5_fd3NVPBtjNxbdc9cOBxxF9x_NE2I](https://www.med4.care/ade-antibody-dependent-enhancement/?fbclid=IwAR24zxeOE7hOgmBOiqcybl_HnqIk5_fd3NVPBtjNxbdc9cOBxxF9x_NE2I;);

⁴⁷ https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2020.04.14.20062463v1.full.pdf?fbclid=IwAR1cD894u6KnyJ1nhFCgOioMfiPnJIGWUv6v0_WF8fZZwEGb7k6u80OxF_k; https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2020.05.13.20101253v3.full.pdf?fbclid=IwAR3kekygBMNCKNXhM75Xy3sDi-BVnj_D5PX9q-y8kZePuSr4hkUVqAdigE; https://www.who.int/bulletin/online_first/BLT.20.265892.pdf?fbclid=IwAR2oQYOiZBwTeZf_v7_f_3kFYU70_1zagSIzfXkb1TMqUYUvPv1Lqco6uvlA

⁴⁸ https://www.iss.it/covid19-faq/-/asset_publisher/yJS4xO2fauqM/content/quanto-dura-la-protezione-una-volta-fatto-il-vaccino-posso-tornare-alla-vita-di-prima-della-pandemia-; <https://www.quotidiano.net/cronaca/i-vaccinati-covid-possono-contagiare-l-immunologo->

una vaccinazione in modo generalizzato che potrebbe, nelle migliori delle ipotesi, servire a poco o nulla e che ci costringerà comunque ad adottare le stesse precauzione che abbiamo sostenuto per un intero anno?⁴⁹ Il contagio, secondo le linee guida espresse dai recenti studi epidemiologici e clinici, può essere considerato come rischio generico, non direttamente collegato quindi all'attività lavorativa, visto che non viene contratto solo in ambiente ospedaliero ma anche e soprattutto in ambiente esterno al luogo di lavoro, quindi prevedere le estreme conseguenze per il rifiuto del lavoratore di sottoporsi a vaccinazione, sembrerebbe una forzatura non dettata dalla logica e dalla scienza.⁵⁰ Ad ogni modo, ciò che deve tenersi sempre a mente quando si discute di obbligatorietà in ambito sanitario, deve essere solo ed esclusivamente l'art. 32, co. 2 Cost. e la ponderazione degli interessi del singolo individuo rispetto agli interessi della collettività. L'art. 32 Cost. vede l'interesse del singolo prevalente su quello della collettività, espresso dal comma 1, proprio perché qui non si tratta di sacrificare il proprio interesse in nome per conto di un interesse più grande che è rappresentato da quello del riconoscimento delle minoranze etniche o culturali e quindi, della dignità dei soggetti che le compongono, qui si tratta invece di minare i principi cardine che sono intrinseci dell'uomo, come la sua dignità, la sua libera determinazione, la sua libertà di scelta della propria esistenza, attraverso l'imposizione di una terapia contro la propria volontà, senza voler entrare nel merito delle ragioni sottese a questo rifiuto, ma solo rispettando la volontà ed il volere del singolo individuo. Seppur non è possibile escludere che in particolari circostanze l'interesse collettivo debba comunque prevalere, non a caso, la Corte Costituzionale ha affermato che: *«la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 della Costituzione se il trattamento sia diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale. Ma si desume soprattutto che un*

[no-al-patentino-](#)

[1.5947112?fbclid=IwAR1Aoqr75q8w49jdfEyyXoozDvY7NCXNx6xNgurq0XDU52zm2wIW1848CH8;](#)

⁴⁹ <https://www.facebook.com/fabio.franchi.2.0/posts/281636050092553>

⁵⁰ Nello stesso senso G. Falasca, Non si può licenziare il dipendente che rifiuta di vaccinarsi, in www.open.online.it, 25 dicembre 2020, secondo cui "non è possibile considerare la vaccinazione come un obbligo connaturato all'adempimento del contratto di lavoro, salvo che non si svolgano mansioni specifiche per le quali è richiesto uno specifico standard di sicurezza sanitaria"

trattamento sanitario può essere imposto solo nella previsione che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato, salvo che per quelle sole conseguenze, che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiano normali di ogni intervento sanitario, e pertanto tollerabili»⁵¹. Ma deve necessariamente esservi una legge impositiva che identifica la necessità costituzionale di limitare l'autodeterminazione dell'individuo in funzione sociale di tutela della collettività, ma nel caso di specie, ossia, del Covid-19, alle dichiarazioni del Governo sull'esigenza di tutelare l'interesse pubblico⁵² non è seguita la relativa disposizione di legge impositiva del vaccino.⁵³ Questo ipotetico conflitto tra la libertà individuale e quello della salute della collettiva, secondo la Consulta, potrebbe essere risolto solo nel caso in cui la tutela della collettività non contrasti, bensì, coincida con la tutela della salute individuale⁵⁴ «proprio per la necessità - già sottolineata - di realizzare un corretto bilanciamento tra la tutela della salute del singolo e la concorrente tutela della salute collettiva, entrambe costituzionalmente garantite, si renderebbe necessario porre in essere una complessa e articolata normativa di carattere tecnico - a livello primario attesa la riserva relativa di legge, ed eventualmente a livello secondario integrativo - che, alla luce delle conoscenze scientifiche acquisite, individuasse con la maggiore precisione possibile le complicità potenzialmente derivabili dalla vaccinazione, e determinasse se e quali strumenti diagnostici idonei a prevederne la concreta verificabilità fossero praticabili su un piano di effettiva fattibilità. Ed al tempo stesso [...] si dovrebbero fissare standards di fattibilità che nella discrezionale valutazione del legislatore potrebbero dover tenere anche conto del rapporto tra costi e benefici, eventualmente stabilendo criteri selettivi in ordine alla utilità - apprezzata anche in termini statistici - di eseguire gli accertamenti in questione»⁵⁵

Di contro quindi, abbiamo l'interesse della collettività che non viene messo in pericolo dalla scelta del singolo individuo, perché la scienza ci dice che la possibilità di colui

⁵¹ Corte Cost. 22 giugno 1990, n. 307, in Foro italiano, 1990, I, p. 2694. Il caso concerneva una madre affetta da poliomielite a seguito di vaccinazione obbligatoria antipoliomielitica cui era stato sottoposto il figlio minore.

⁵² Art. 1, comma 457, l. 30 dicembre 2020, n. 178: «per garantire il più efficace contrasto alla diffusione del virus SARS-CoV-2».

⁵³ Cfr. V.A. POSO, Il bene del singolo e il bene di tutti. E le «chiacchiere» dei politici (e dei giuristi) a proposito del vaccino anti Covid - 19 tra obbligo e libertà, in Labor, 25 gennaio 2021, p. 2.

⁵⁴ V. Corte Cost. 22 giugno 1990, n. 307, cit.; Corte Cost. 27 marzo 1992, n. 132; Corte Cost. 2 giugno 1994, n. 218, in Massimario di giurisprudenza del lavoro, 1994, p. 469. In tema, v. A. MAZZITELLI, Il ragionevole dubbio in tema di vaccinazioni obbligatorie, in federalismi.it, Osservatorio di diritto sanitario, 15 novembre 2017, pp. 4 ss.

⁵⁵ Corte cost. 23 giugno 1994, n. 258

che si è vaccinato di poter essere a sua volta un veicolo di contagio è fortemente presente, anzi, è quasi certo che questo possa avvenire. Quindi solo se si dimostrasse senza dubbio alcuno, che solo attraverso la vaccinazione di massa si potrebbe debellare il contagio e la diffusione della malattia, cosa che ad oggi, non è dimostrata e non è dimostrabile, allora forse, potrebbe venir meno l'interesse del singolo individuo per agevolare l'interesse dell'intera collettività, sempre che vi fossero le garanzie che il vaccino in sé, non sia dannoso per la salute individuale come espresso dalla stessa Consulta. Le ultime notizie in merito però non sono confortanti, in molti paesi della Comunità Europea ed altri extra Europa, infatti, hanno sospeso la somministrazione del vaccino denominato "Oxford Astrazeneca" poiché sono risultati molti casi di eventi avversi, anche letali appena successivi alla vaccinazione, hanno quindi sospeso la somministrazione e ritirato i lotti incriminati⁵⁶. È la stessa previsione costituzionale quindi, che non fa discendere direttamente in capo al singolo, un obbligo generalizzato di sottoposizione a vaccinazione obbligatoria, né tantomeno una obbligatorietà in capo al datore di lavoro di imposizione di tale somministrazione, non essendoci una disposizione di legge specifica. L'art. 2, lettera s, D.Lgs. 81/08 definisce il "rischio" come la *"probabilità di raggiungimento del livello potenziale di danno nelle condizioni di impiego o di esposizione ad un determinato fattore o agente oppure alla loro combinazione"*. Il rischio biologico si configura come "generico ed esogeno", qualora esso sia presente nell'ambiente sociale esterno all'organizzazione aziendale ma che potrebbe aggravarsi all'interno di quest'ultima. Di contro, il medesimo rischio è definito "specifico ed endogeno" qualora esso sia insito nell'organizzazione aziendale e connesso e presente nella lavorazione che viene svolta, la previsione dell'art. 279, comma 2 del D.lgs. 81/2008 impone al datore di lavoro, su parere del medico competente, di adottare *"misure protettive particolari per quei lavoratori per i quali, anche per motivi sanitari individuali, si richiedono misure speciali di protezione"*. Inoltre, semmai l'obbligatorietà vaccinale fosse sancita per legge, sarebbe, ad avviso dello scrivente, necessario verificare preventivamente, attraverso screening efficaci, prima di qualsiasi somministrazione, la titolazione anticorpale del lavoratore rispetto al virus SARS-COV 2, e solo poi, eventualmente, procedere alla vaccinazione, ma solo nei casi accertati di assenza di anticorpi.

⁵⁶ <https://www.ilsole24ore.com/art/astrazeneca-perche-danimarca-norvegia-e-islanda-hanno-sospeso-vaccino-ADM2FhPB>; <https://www.uslnordovest.toscana.it/notizie/6801-lotto-astrazeneca-la-toscana-ha-gia-sospeso-le-dosi-non-utilizzate>

6- segue: la questione dell'obbligatorietà vaccinale.

Quindi, l'obbligo della vaccinazione sussiste solo per contrastare patologie che possono derivare da agenti biologici presenti nella lavorazione, ma il coronavirus è presente ovunque e non solo nell'ambito di lavoro, il rischio di contagio non è quindi direttamente correlabile con l'ambiente di lavoro e neppure è impossibile impedire che seppur il lavoratore risulti vaccinato, esso non possa comunque trasmettere il virus, magari dopo che siano trascorsi alcuni mesi dalla vaccinazione. Sappiamo dalle notizie scientifiche in merito che, il titolo anticorpale tende a scemare con il decadere del tempo fino ad annullarsi, quindi, il lavoratore, secondo tale ipotesi sarebbe costretto a continui richiami per poter mantenere dei livelli anticorpali appena sufficienti, ma in ogni caso, senza avere la certezza che non possa comunque rappresentare un veicolo di contagio⁵⁷. Il punto focale, quindi, è sempre e comunque l'invulnerabilità della dignità della persona in base all'art. 32 Cost. *"la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana"*. Come magistralmente espresso dall'ormai scomparso Prof. Stefano Rodotà, l'art. 32 Cost. non focalizza il suo dettato sull'assenza di malattia, ma *"nel governo della propria vita in ogni momento"* quindi neanche la legge può imporre limiti che violino la dignità umana che è un principio ed una qualità che è insita nella persona umana al pari della libertà e dell'uguaglianza⁵⁸. E dal momento che l'uomo che decide della propria vita, deve poter decidere anche in relazione a tutte quelle terapie che ritiene per sé stesso lesive non solo della dignità ma della propria autodeterminazione. Nel corso degli anni, soprattutto dalla nascita della Costituzione in poi c'è stato un ovvio cambio di paradigma che vede l'uomo al centro del mondo, non più soggetto alla proprietà dell'imprenditore, del medico o della società, ma soggetto individuale, libero ed in grado di determinarsi, il medico non potrà più assoggettare l'individuo al suo volere "terapeutico" sebbene lo faccia per la sua salute o per salvargli la vita⁵⁹, avrà necessità comunque di un suo preventivo consenso senza il quale non potrà e non dovrà

⁵⁷ https://www.ansa.it/sito/notizie/topnews/2021/01/24/gb-vaccinati-possono-trasmettere-covid-seguire-le-regole_aacb0580-152d-4c99-96de-58262b2c91f3.html;

<https://www.sciencemediacentre.org/expert-reaction-to-preprint-on-the-chadox1-ncov-19-vaccine-and-sars-cov-2-pneumonia-in-rhesus-macaques/> 18 maggio;

<https://www.telegraph.co.uk/global-health/science-and-disease/doubts-oxford-vaccine-fails-stop-coronavirus-animal-trials/> 18 maggio

⁵⁸ S. Rodotà, La dignità della persona, 14 gennaio 2011, p. 3, lectio magistralis tenuta presso la Scuola di cultura costituzionale presso l'Università di Padova.; S. Rodotà, op. cit., p. 9.

⁵⁹ <https://journals.seedmedicalpublishers.com/index.php/PMeAL/article/view/1296/1621>

procedere, pena la lesione della dignità dell'individuo. Anche la Carta dei Diritti dell'Unione Europea pone al primo articolo proprio la dignità umana come simbolo di emancipazione dall'oppressione «*l'Unione pone la persona al centro della sua azione*»⁶⁰. Nella nostra Carta Costituzionale il concetto di dignità è ben espresso all'articolo 36 quando, dice che al lavoro deve essere legata una retribuzione dignitosa che lo renda anche libero, un concetto profondo che contiene in sé il significato pieno ed a tutto tondo, del termine dignità. Non si vuole con questo dimenticare o emarginare il fatto che l'eventuale obbligatorietà della vaccinazione, se mai venisse imposta, avrebbe, nelle intenzioni del legislatore, la finalità di protezione dei lavoratori, atta quindi a prevenire gli eventuali infortuni, ma ciò non toglie che anche nel caso di contagio dei lavoratori non vaccinati⁶¹, si tratterebbe comunque di infortunio sul lavoro, come espresso dalla Direzione Centrale dell'INAIL, nella sua circolare esplicativa.⁶²

Quindi, che venga espressamente posta in essere una disposizione normativa *ad hoc*, o che invece si tenti di ricavare l'obbligatorietà della vaccinazione per «*analogia legis*» dalle norme già esistenti e, ci si riferisce all'art. 2087 c.c. e all'art. 279 del D.lgs n. 81/2008, in ogni caso, il fine dovrebbe essere sempre la tutela dei lavoratori sui luoghi di lavoro. Ciò posto, va però chiarito che, tra bilanciamento tra interessi individuali ed interessi collettivi, l'unico modo per far sì che questi interessi siano realmente bilanciati, è necessaria comunque una previsione normativa di rango primario e quindi certamente una legge, che possa essere discussa in ambito parlamentare ed a cui è necessario porre i dovuti emendamenti, istanze, confronti e discussioni in aula. Il ricorso facile alla decretazione d'urgenza, ovvero, ai regolamenti governativi o agli atti amm.vi come i D.P.C.M. non rappresenta il modo migliore di affrontare una

⁶⁰ <https://www.unipd.it/scuolacostituzionale/documenti/2011/La%20dignita%20della%20persona%20-%20Rodota.pdf>

⁶¹ <https://www.ipsoa.it/documents/lavoro-e-previdenza/amministrazione-del-personale/quotidiano/2021/03/04/contagio-lavoro-covid-19-tutela-inail-rifiuto-vaccino>

⁶² Art. 29 del D.lgs 81/2008, «*il datore di lavoro, su conforme parere del medico competente, adotta misure protettive particolari...tra cui 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*»; Il presidente dell'INAIL è molto chiaro: "Il rifiuto di vaccinarsi, configurandosi come esercizio della libertà di scelta del singolo individuo rispetto a un trattamento sanitario, ancorché fortemente raccomandato dalle autorità, non può costituire una ulteriore condizione a cui subordinare la tutela assicurativa dell'infortunato». «*Sebbene il rifiuto di vaccinarsi non corrisponda al pressante invito formulato da tutte le autorità sanitarie per l'efficace contrasto della pandemia - continua la nota, "questo non preclude in alcun modo, in base alle regole consolidate, l'indennizzabilità dell'infortunio in caso di contagio in occasione di lavoro. Il rifiuto di sottoporsi al vaccino, espressione comunque della libertà di scelta del singolo individuo, non può comportare l'esclusione per l'infortunato dalla tutela Inail*»; <https://www.inail.it/cs/internet/atti-e-documenti/istruzioni-operative/istruzione-operativa-1-03-2021.html>.

problematica così importante come quella sull'obbligatorietà dei vaccini, ma soprattutto non rappresenta una modalità costituzionalmente orientata. Un esempio di tale modalità operativa, lo si è avuto con la famosa legge Lorenzin sui vaccini, il decreto-legge 7 giugno 2017, n. 73 *“Disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale, modificato dalla Legge di conversione 31 luglio 2017, n. 119”*, che impose ben dieci vaccinazioni obbligatorie ai bambini da zero a sedici anni e un corredo di sanzioni e coercizioni ai trasgressori. Questa legge, ma prima ancora il decreto-legge, è stato il frutto di questa forma di legiferazione che preferisce la decretazione d'urgenza ai dibattiti parlamentari sul tema, preferendo affrontare le tematiche di così grande rilevanza pubblicistica non nelle sedi all'uopo dedicate, ossia, il Parlamento, ma all'interno del più snello e più ristretto Consiglio dei Ministri. E' d'uopo ricordare che obbligatorietà vaccinale in Italia era già esistente fin dal 1939, ma riguardava situazioni di malattie che all'epoca generavano centinaia di morti tra la popolazione neonata e in età prescolare, con il passare del tempo e con il progresso della medicina, oltre che, con i cambiamenti di qualità di vita, questi numeri si sono ridotti notevolmente, tali da non giustificare più un'obbligatorietà vaccinale ma piuttosto nella direzione di un superamento della stessa, volta soprattutto a valorizzare le scelte libere dei cittadini. La decisione di invertire la rotta per ritornare agli obblighi, e per di più, aumentando il numero dei vaccini fino al numero di dieci, includendo anche patologie oramai quasi del tutto innocue⁶³ è stata una vera e propria lezione di *“dittatura sanitaria”*, se si fa anche il confronto con le altre nazioni Europee⁶⁴. Lo studio condotto da *Eurosurveillance* dimostra che 15 dei 29 Paesi interessati – Austria, Danimarca, Estonia, Finlandia, Germania, Irlanda, Islanda, Lituania, Lussemburgo, Norvegia, Olanda, Portogallo, Spagna, Svezia e Regno Unito – non hanno alcuna vaccinazione obbligatoria, e che gli altri 14 ne prevedono almeno una all'interno del proprio programma vaccinale nazionale, a differenza dell'Italia che invece ha imposto per legge ben dieci vaccini. Sorge il dubbio che forse, lo stesso, lo si voglia fare anche per la vaccinazione contro il SARS-Cov2, attraverso la complicità involontaria di alcuni datori di lavoro. Va inoltre ricordato che nessuno degli enti regolatori, FDA

⁶³https://www.researchgate.net/publication/324360425_Incidenza_del_morbillo_nel_2017_e_coperture_vaccinali_previsionsi_rispettate;

<https://www.facebook.com/PBellavite/posts/382206335749774/>

⁶⁴ <https://www.eurosurveillance.org/content/10.2807/ese.17.22.20183-en>

americana⁶⁵ ed EMA Europeo⁶⁶ ad oggi, ha ancora fornito garanzie rispetto alla sicurezza dei vaccini anti SARS-COV2 finora approvati, tutti i soggetti che si sottoporranno a vaccinazione, in realtà, fanno parte di un mega un esperimento sul vaccino stesso⁶⁷ come confermato anche dalle stesse case produttrici. In tema di vaccini, ma più in generale di farmaci, uno dei maggiori scienziati al mondo in fatto di studi scientifici, autore di più di 80 pubblicazioni di revisioni sistematiche della letteratura scientifica “metanalisi”⁶⁸ sui giornali scientifici più importanti al mondo (The Lancet, BMJ, JAMA, Annals of Internal Medicine e New England Journal of Medicine) ideatore e della Cochrane Collaboration⁶⁹, Presidente della Nordic Cochrane Collaboration, Peter Gotzsche, ha più volte ribadito nei suoi libri, di diffidare delle case farmaceutiche che ci propinano farmaci e vaccini “è stato ampiamente documentato che non possiamo fidarci nemmeno delle autorità di controllo dei farmaci” (Gotzsche 2013a, 2015)⁷⁰ perché, continua Gotzsche, “non sappiamo praticamente nulla di quello che succede quando usiamo dei vaccini e dei loro effetti a lungo termine sul sistema immunitario, ed è scioccante che abbia dovuto scrivere un intero libro sui vaccini prima di trovare prove del fatto che i vaccini possano interagire negativamente”⁷¹ Quindi la correlazione vaccini ed efficacia e soprattutto, assenza di rischi connessi è tutta ancora da dimostrare⁷², sebbene, lo stesso scienziato, affermi che almeno alcuni vaccini siano efficaci e soprattutto “quasi sicuri”, come ad esempio quello del morbillo, o più in generale l’MMR.. La problematica dell’obbligatorietà vaccinale ha investito anche il Consiglio Europeo a seguito di pressioni ricevute da alcuni Stati

⁶⁵ <https://www.fda.gov>

⁶⁶ <https://www.ema.europa.eu/en>

⁶⁷ <https://www.facebook.com/PBellavite/posts/769893746981029>
<https://www.facebook.com/paolo.fulcos/posts/10225883348535963>;
<https://www.facebook.com/ReportRai3/posts/3765058810199904>;
<https://www.facebook.com/IvanCatalano.eu/posts/1865567773591511>;
<https://www.facebook.com/fabio.franchi.2.0/posts/265152845074207>;

⁶⁸ <http://www.unife.it/medicina/lm.odontoiatria/insegnamenti/igiene/materiale/lezioni-statistica-medica-1b0-anno/lezione-10-metanalisi.pdf>

⁶⁹ <https://www.cochrane.org>; è un network internazionale formato da operatori, amministratori sanitari e utenti interessati a preparare, aggiornare e diffondere revisioni sistematiche degli studi primari sugli effetti dell’assistenza sanitaria. La Cochrane esiste affinché le decisioni sanitarie possano essere prese nel migliore dei modi. Nel corso degli ultimi 20 anni, ha contribuito, attraverso revisioni sistematiche, a trasformare il modo in cui vengono prese le decisioni riguardo la salute.

⁷⁰ P. Gotzsche, “vaccini, verità bugie e controversie, Naviganti, Fioriti Editori, 2020, pag. 164

⁷¹ Ibidem capp. 4 e 7

⁷² <https://www.byoblu.com/2021/03/12/vaccinazione-covid19-e-sistema-cardiovascolare-il-pre-print-di-paolo-bellavite/>

membri, ci si è chiesti quindi se la vaccinazione contro il Covid-19 fosse o meno una pratica percorribile nel senso dell'obbligatorietà, ovvero, in via derogativa, se fosse ipotizzabile almeno la c.d. certificazione o passaporto vaccinale. Le risultanze, non sono per ora indirizzate verso l'imposizione di una "terapia vaccinale" poiché questa, violerebbe la libertà e l'autodeterminazione dell'individuo, ed infatti, con una recente risoluzione, la n. 2361/2021, la quale, oltre a contenere le specificazioni riguardanti la distribuzione e la somministrazione dei vaccini anti-covid, non dimenticando gli aspetti pratici, e il perseguimento di linee guida condivise, auspica anche che i Governi, evitino di imporre la vaccinazione *tout court* e che anzi, adottino una risoluzione che tenda a dare: *"Informazione e somministrazione dei vaccini: si richiede agli Stati una corretta campagna di informazione, soprattutto relativa alla non obbligatorietà del vaccino, alla sua sicurezza e ai possibili effetti indesiderati, in modo da assicurare una scelta consapevole e libera, senza alcuna forma di discriminazione o svantaggio per coloro che decideranno di non sottoporsi al vaccino, sottolineando che eventuali certificazioni vaccinali dovranno avere solo lo scopo di monitoraggio"*⁷³

7- Il ruolo del medico competente.

Il ruolo del medico competente poi nella questione, è di fondamentale importanza, abbiamo già detto che deve collaborare con il datore di lavoro, gli RLS ed i vari preposti per *"integrare e proporre tutte le misure di regolamentazione legate al COVID-19"* nonché per applicare *"le indicazioni delle Autorità Sanitarie"* soprattutto riferite al protocollo di sicurezza⁷⁴. A tal proposito, anche sulla scorta di quanto prevede il d.lgs. n. 81/2008 (in particolare l'art. 25), merita ricordare che secondo il Ministero della Salute il medico competente rafforza il proprio ruolo di "consulente globale" del datore di lavoro proprio per l'applicazione del protocollo 24 aprile 2020 in base alle caratteristiche organizzative dell'azienda. È quindi il medico competente a

⁷³ https://www.biodiritto.org/Biolaw-pedia/Docs/Consiglio-d-Europa-Assemblea-Parlamentare-risoluzione-n.-2361-2021-considerazioni-sulla-distribuzione-e-somministrazione-dei-vaccini-contro-il-COVID19?fbclid=IwAR1B18hl_URYdgY3HuNAmsEAKcIPhRSE5Q7N7pQgs85tBxrYcwIhsc9QO8k

⁷⁴ Cfr. art. 13 del Protocollo di sicurezza condiviso del 24 aprile 2020. La centralità e l'importanza di questo organo è confermato anche dalla giurisprudenza (v. Trib. Treviso, 2 luglio 2020, n. 2571, in Bollettino ADAPT 13 luglio 2020, n. 28). Sul punto, v. M. Lai, *Contrasto al Covid-19: è condotta antisindacale violare i protocolli stipulati in materia di salute e sicurezza*, in Bollettino ADAPT 13 luglio 2020, n. 28

dover valutare se, nelle circostanze epidemiologiche del momento e in considerazione del suo ruolo nella valutazione dei rischi e nella sorveglianza sanitaria, vi sia la necessità di ulteriori ed eventuali mezzi diagnostici ritenuti al momento utili ai fini del contenimento della diffusione del virus. Viste le peculiarità del medico competente, che lo vedono come il *trade union* tra SSN e datore di lavoro, si può certamente asserire che costui è autorizzato dalla legge ad emettere dei giudizi di idoneità o inidoneità alla mansione specifica, per tutti i lavoratori inseriti organicamente all'interno della compagine aziendale, anche per coloro che rifiutano la vaccinazione contro il SARS-Cov2. Il medico competente ha certamente un ruolo di primo piano, in tutte le situazioni e le circostanze che coinvolgono i lavoratori e la loro salute, costui avrà ad esempio, l'onere di raccomandare⁷⁵, ove possibile, la vaccinazione per poter svolgere l'attività lavorativa in sicurezza, sempre dopo però aver accertato il rischio che questa potrebbe provocare, ad esempio, su un soggetto allergico a cui non è certamente consigliato praticare questa tipologia di vaccino visti i possibili eventi avversi che procurano⁷⁶. In base quindi all'art. 42 del D.lgs. n. 81/2008, il datore di lavoro su indicazione del medico competente, ai fini dell'accertamento dell'idoneità lavorativa alla mansione specifica, è tenuto ad adottare le indicazioni che si ricavano dalla visita di accertamento dell'idoneità e "qualora le stesse prevedano un'inidoneità alla mansione specifica" *il datore di lavoro deve adibire il lavoratore, ove possibile, a mansioni equivalenti o, in difetto, a mansioni inferiori garantendo il trattamento corrispondente alle mansioni di provenienza*⁷⁷. In ogni caso, nell'eventualità che sia necessario ricorrere alla vaccinazione e il lavoratore si rifiuti, prima di arrivare all'estrema *ratio* del licenziamento, comunque, al datore di

⁷⁵ Nell'ambito della medicina del lavoro le vaccinazioni sono classificate in: (1) vaccinazione come requisito di legge, richiesta per svolgere un determinato tipo di lavoro o per determinate categorie di lavoro; (2) vaccinazione come raccomandazione, per poter svolgere il lavoro in sicurezza (in questo caso il compito di verifica è in capo al medico competente); (3) vaccinazione come requisito richiesto dai paesi esteri.

⁷⁶ <https://www.facebook.com/fabio.franchi.2.0/posts/265152845074207>

⁷⁷ C. Zoli, La disciplina delle mansioni, in corso di pubblicazione in Fiorillo, Perulli, Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni, Giappichelli; M. Miscione, Jobs Act: le mansioni e la loro modificazione, in *Il Lav. nella Giur.*, 2015, 5, 437 e ss. L. De Angelis, Note sulla nuova disciplina delle mansioni e dei suoi (difficilissimi) rapporti con la delega, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona"*, IT, 263/2015; F. Liso, Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenute nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporti di lavoro, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona"*. IT, 257/2015

lavoro viene imposto dalla legge di applicare l'istituto del "repechage"⁷⁸ «il ripescaggio», ossia, il datore di lavoro deve riuscire a trovare una collocazione all'interno dell'organizzazione aziendale che sia di pari livello, ovvero, di un livello appena inferiore, piuttosto che arrivare all'estremo del licenziamento. Ma l'ipotesi che stiamo percorrendo è plausibile solo nel caso in cui vi fosse una norma *ad hoc* che prevedesse la vaccinazione obbligatoria, cosa che ancora non c'è, di conseguenza, al di là delle ipotetiche previsioni o delle mere ipotesi, bisognerebbe invece ragionare su questioni concrete, ove non c'è l'obbligo vaccinale, non è possibile e non è lecito minacciare il dipendente di licenziamento se non ottempera alla vaccinazione.

8- La voce del garante della Privacy.

Nel caso del SARS-Cov2, ad oggi, ancora non sussiste quindi nessuna disposizione di legge in merito all'obbligatorietà, ma è comunque iniziata una campagna indirizzata contro i dipendenti definiti "no-vax" o negazionisti. Ma molte istituzioni sono già intervenute in merito ed hanno espresso, per quello che è di loro competenza, in diverse occasioni, veti su tali ipotesi, almeno fino all'approvazione della legge. Infatti a dare un ulteriore contributo all'ipotesi della non percorribilità del licenziamento, ovvero, della dequalificazione del lavoratore che si è rifiutato di sottoporsi a vaccinazione è lo stesso Garante della Privacy, il quale, in risposta alle FAQ poste in merito ai quesiti sull'obbligatorietà o meno e sulla potestatività delle scelte e delle richieste dei Direttori Generali, risponde attraverso un documento denominato "*Trattamento di dati relativo alla vaccinazione anti Covid-19 nel contesto lavorativo*" chiarendo alcuni punti fermi decisamente risolutivi della questione, nel merito⁷⁹:

1- Il datore di lavoro può chiedere conferma ai propri dipendenti dell'avvenuta vaccinazione?

NO. Il datore di lavoro non può chiedere ai propri dipendenti di fornire informazioni sul proprio stato vaccinale o copia di documenti che comprovino l'avvenuta vaccinazione anti Covid-19. Ciò non è consentito dalle disposizioni dell'emergenza e dalla disciplina in materia di tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro. Il datore di lavoro non può considerare lecito il trattamento dei

⁷⁸https://www.researchgate.net/publication/327012135_Il_justificato_motivo_oggettivo_per_una_rilettura_del_pensiero_di_Mario_Napoli

⁷⁹ <https://www.garanteprivacy.it/temi/coronavirus/faq#vaccini>

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);

2. Il datore di lavoro può chiedere al medico competente i nominativi dei dipendenti vaccinati?

NO. Il medico competente non può comunicare al datore di lavoro i nominativi dei dipendenti vaccinati. 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, comma 5, e 41, comma 4, d.lgs. n. 81/2008). Il datore di lavoro può invece acquisire, in base al quadro normativo vigente, i soli giudizi di idoneità alla mansione specifica e le eventuali prescrizioni e/o limitazioni in essi riportati (es. art. 18 comma 1, lett. c), g) e bb) d.lgs. n. 81/2008);

3. La vaccinazione anti covid-19 dei dipendenti può essere richiesta come condizione per l'accesso ai luoghi di lavoro e per lo svolgimento di determinate mansioni (ad es. in ambito sanitario)?

Nell'attesa di un intervento del legislatore nazionale che, nel quadro della situazione epidemiologica in atto e sulla base delle evidenze scientifiche, valuti se porre la vaccinazione anti Covid-19 come requisito per lo svolgimento di determinate professioni, attività lavorative e mansioni, allo stato, nei casi di esposizione diretta ad "agenti biologici" durante il lavoro, come nel contesto sanitario che comporta livelli di rischio elevati per i lavoratori e per i pazienti, trovano applicazione le "misure speciali di protezione" previste per taluni ambienti lavorativi (art. 279 nell'ambito del Titolo X del d.lgs. n. 81/2008).

Inoltre, il Garante, ha espresso ulteriori perplessità anche sulle modalità con le quali si vorrebbe ad esempio far accedere i clienti all'interno dei locali come ristoranti, pub e sale ballo, infatti ha dichiarato che i "pass o i certificati vaccinali" non possono essere iniziativa dei singoli privati, neppure di singole istituzioni pubbliche, essendo l'obbligatorietà vaccinale una ipotesi non percorribile in questo momento. Se non c'è quindi una obbligatorietà derivante dalla legge, non è ammissibile nessuna forma di discriminazione⁸⁰. In tale quadro solo il medico competente, nella sua funzione di

⁸⁰ <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9550331>

raccordo tra il sistema sanitario nazionale/locale e lo specifico contesto lavorativo e nel rispetto delle indicazioni fornite dalle autorità sanitarie anche in merito all'efficacia e all'affidabilità medico-scientifica del vaccino, può trattare i dati personali relativi alla vaccinazione dei dipendenti e, se del caso, tenerne conto in sede di valutazione dell'idoneità alla mansione specifica. Il datore di lavoro dovrà invece limitarsi ad attuare le misure indicate dal medico competente nei casi di giudizio di parziale o temporanea inidoneità alla mansione cui è adibito il lavoratore (art. 279, 41 e 42 del d.lgs. n.81/2008).

9- Conclusioni.

In conclusione, quindi, ad oggi, non vi è nessuna disposizione normativa specificatamente predisposta che imponga la vaccinazione contro il SARS-Cov2, i datori di lavoro pertanto devono necessariamente predisporre qualsiasi mezzo necessario affinché la propagazione del virus sia il più possibile contenuta, anche attraverso la messa a disposizione dei propri dipendenti consenzienti un "vaccino efficace", oltretutto, mettere a disposizione degli stessi adeguati e sufficienti DPI (dispositivi di protezione individuale), il medico competente, valutate le circostanze di fatto e cliniche è l'unico, come lo era anche in precedenza, a poter decidere se il lavoratore sia o meno, idoneo alla mansione specifica e quindi certificare che, indipendentemente dal fatto che acconsenta o meno alla somministrazione del vaccino, costui sia in grado di assolvere ai propri compiti istituzionali. Semmai optasse invece per una limitazione al lavoro, con prescrizioni derivanti dal fatto che il lavoratore si è rifiutato di vaccinarsi, il giudizio espresso dal medico competente potrebbe sempre essere messo in discussione con un ricorso per via gerarchica alla commissione medica superiore, chiedendo l'annullamento del giudizio per eccesso di potere. All'esito del giudizio della commissione, se il ricorso è accolto, il lavoratore potrà tornare nella sua postazione di lavoro, ovvero, potrà essere adibito a compiti che non consentano di metterlo a rischio specifico. In ogni caso, quand'anche venisse giudicato inidoneo alla mansione specifica, sarà obbligo del datore di lavoro ricollocarlo all'interno dell'organizzazione aziendale, in un posto che sia parimenti equiparabile, ovvero, demansionarlo, ma solo ai fini dell'esclusione del licenziamento. Il datore di lavoro non può minacciare o fare indagini interne attraverso, le sue compagini aziendali, per determinare chi e quali lavoratori si sono sottoposti a vaccinazione SARS-COV2, deve quindi rispettare i legittimi dubbi ed

incertezze dei lavoratori sulla reale efficacia della vaccinazione. Può invece raccomandare, attraverso circolari interne, ai lavoratori di aderire alla campagna vaccinale, ma non può, né pretendere l'adesione indiscussa di tutti i lavoratori, né tantomeno mobbizzare, estromettere o emarginare coloro i quali decidono, seppur momentaneamente, di soprassedere. Almeno fino a quando il legislatore non predisporrà una norma *ad hoc* che possa superare il vaglio costituzionale dell'art. 32 Cost..