

La pressione del legislatore sui diritti dei lavoratori: la vaccinazione anti SARS-CoV-2 al vaglio della Corte costituzionale*

di
Mario Cerbone**

Sommario: 1. Notazioni metodologiche preliminari. – 2. Sul presupposto normativo dell'obbligo vaccinale: le oscillazioni interpretative della Corte costituzionale. – 3. La svalutazione del ruolo datoriale nell'attuazione della finalità di prevenzione sanitaria. – 4. Segue. La vaccinazione anti-Covid-19 quale requisito professionale? – 5. Il meccanismo sanzionatorio della sospensione del lavoratore renitente. – 6. Le garanzie violate di dignità del lavoratore: la questione dell'assegno alimentare. – 7. Allentare la pressione sui diritti dei lavoratori per ritornare alla centralità del lavoro nella società democratica.

1. Notazioni metodologiche preliminari

Vorrei concentrarmi su quella che potrebbe definirsi la parte “giuslavoristica” dell'intervento della Corte costituzionale con le recenti sentenze del 9 febbraio 2023, nn. 14, 15 e 16. Più precisamente, muoverò da alcune considerazioni generali in ordine alle caratteristiche dell'intervento del legislatore¹, per poi convergere sulle ricadute sul contratto di lavoro dell'obbligo di vaccinazione anti SARS-CoV-2 sancito *ex lege*, segnatamente attraverso la previsione del meccanismo della sospensione del lavoratore inadempiente e della correlata privazione della retribuzione (nonché di ogni altro emolumento comunque denominato). Due

* Il contributo riprende, in una versione elaborata, la Relazione svolta al Convegno su «La giurisprudenza costituzionale sull'obbligo vaccinale nella pandemia da Covid-19», Università di Cassino e del Lazio meridionale, 22 marzo 2023.

** Professore associato di Diritto del Lavoro – Università degli Studi del Sannio.

¹ La legge che impone l'obbligo della vaccinazione «... compie deliberatamente una valutazione degli interessi collettivi e individuali in questione, al limite di quelle che sono state denominate “scelte tragiche” del diritto» (così Corte costituzionale 9 febbraio 2023, n. 14).

vicende, queste ultime, che assumono, per la prospettiva del giuslavorista, una rilevanza molto marcata per le implicazioni che potrebbero ricavarsi anche “oltre la pandemia” sull’obbligo di sicurezza del lavoro, al quale, in ogni caso, è tenuto il datore di lavoro.

2. Sul presupposto normativo dell’obbligo vaccinale: le oscillazioni interpretative della Corte costituzionale.

Prima di andare sul terreno squisitamente “contrattualistico”, mi pare importante toccare alcuni punti di ambiguità dell’*iter* argomentativo seguito dalla Corte costituzionale, segnatamente quanto al presupposto normativo dell’applicazione dell’obbligo vaccinale in questione.

Al riguardo, quel che sembra emergere dalla lettura dei passaggi motivazionali è una discutibile e, a tratti, confusionaria rappresentazione della idoneità della vaccinazione anti-Covid-19 a perseguire l’istanza di prevenzione sanitaria prescelta dal legislatore. La valutazione del presupposto normativo dell’obbligo – nelle parole dei giudici costituzionali – vacilla, difettando nella sua intrinseca coerenza logico-giuridica.

Un primo motivo di perplessità delle decisioni in commento discende, a ben vedere, dal non rispetto della premessa logica che la stessa Consulta antepone nella sua motivazione, là dove accoglie in astratto il principio di una valutazione della conformità delle norme al dettato costituzionale radicata imprescindibilmente «... sulle risultanze scientifiche disponibili in merito all’efficacia e alla sicurezza dei vaccini»², ritenendo pertanto decisiva la correlazione tra esercizio della discrezionalità legislativa e «acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica, che debbono guidare il legislatore nell’esercizio delle sue scelte in materia»³.

² Così Corte costituzionale n. 14/2023, punto 6 del *Considerato in diritto*.

³ In questi termini Corte costituzionale n. 14/2023, punto 8 del *Considerato in diritto*, nel richiamo a Corte costituzionale 18 gennaio 2018, n. 5 e alla giurisprudenza costante della Corte costituzionale (a partire dalla fondamentale sentenza 26 giugno 2002, n. 282).

Ebbene, pur volendo ammettere in linea di principio la plausibilità della premessa adottata, non si può non rimarcare come, nello sviluppo dell'argomentazione, il predetto nesso causale tra discrezionalità legislativa e scienza medica venga tuttavia a scolorire e a perdere di consistenza. Soprattutto colpisce, nelle parole utilizzate dalla Consulta, la arbitraria commutazione, in corso d'opera, della asserita idoneità della vaccinazione ad interpretare ragionevolmente la misura del sacrificio imponibile ai singoli lavoratori. Sicché la finalità di prevenzione sanitaria risulta atteggiarsi dapprima a mezzo per impedire il contagio⁴, poi quale fattore di ostacolo alle forme più severe di contrazione della malattia («nei confronti della malattia severa o peggior esito»⁵) e, comunque, efficace «nella riduzione della circolazione del virus»⁶, fino all'estrema concezione di strumento di mera protezione dei soggetti in condizione di fragilità e quindi potenzialmente già in situazione di rischio letale («il peggior esito» prima richiamato). Viene cioè a prospettarsi una sorta di “protezione modulare” dello strumento vaccino, che integra gli estremi di una discrezionalità legislativa che rischia di debordare in arbitrarietà delle scelte, in quanto non controllabili nelle loro ricadute sulle posizioni soggettive dei destinatari.

Su un altro versante, l'idoneità allo scopo viene poi valutata dalla Consulta in riferimento ad un elemento *esterno* al bilanciamento dei diritti fino a quel momento condotto e cioè alla idoneità del vaccino ad «evitare l'interruzione di servizi essenziali per la collettività»⁷.

Qui la Corte costituzionale modifica lo schema interpretativo allargando appunto la sua valutazione altresì ai pazienti che si trovano in condizione di fragilità e sono esposti a gravi pericoli di contagio, inferendo dal riferimento a queste specifiche

⁴ Sull'efficacia della vaccinazione *per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2* si sofferma l'ISS, esponendo che «la vaccinazione anti-COVID-19 costituisce una misura di prevenzione fondamentale per contenere la diffusione dell'infezione da SARS-CoV-2»: così Corte costituzionale n. 14/2023, punto 10.2 del *Considerato in diritto*.

⁵ V. ancora Corte costituzionale n. 14/2023, punto 10.2 del *Considerato in diritto*.

⁶ Corte costituzionale n. 14/2023, punto 11 del *Considerato in diritto*.

⁷ Dal punto di vista argomentativo, si inserisce cioè una valutazione esterna al rapporto costi-benefici nei confronti della persona che riceve il trattamento sanitario in via impositiva: v. Corte costituzionale n. 14/2023, punto 12 e punto 12.1 del *Considerato in diritto*.

categorie ulteriore supporto alla ragionevolezza della misura di prevenzione sanitaria, idonea anche per la sua (indiretta) capacità di evitare un «danno al sistema sanitario nazionale in termini di garanzia e continuità nell'erogazione delle cure»⁸.

A me pare che questa oscillazione in punto di efficacia del vaccino travalichi la linea di quella intrinseca «genetica e originaria transitorietà» (alla quale fa riferimento la stessa giurisprudenza costituzionale⁹) della disciplina giuridica giustificata in rapporto alla evoluzione della scienza medica, andandosi a collocare, invece, ed impropriamente, in un'area di discrezionalità legislativa non tollerabile, in quanto ben oltre i canoni della ragionevolezza e della proporzionalità, al di fuori cioè di quella «attendibilità scientifica» pur richiesta dalla stessa Corte costituzionale¹⁰. Mi sembra cioè, in altre parole, che, nell'economia del suo provvedimento (mi riferisco in particolare alla sentenza n. 14/2023), la Corte è come se dicesse che per stare nel parametro della ragionevolezza è sufficiente (ci si può accontentare di) una correlazione qualsiasi, intervenuta anche in corso d'opera, a risultanze medico-scientifiche delle quali tuttavia non si perita di effettuare il benché minimo vaglio critico, necessario invece per rapportarle al caso concreto¹¹.

L'interpretazione non appare vigilata nemmeno rispetto ai parametri prescelti dal legislatore: per esempio, si dà per scontato che il rischio sia più elevato nel

⁸ Corte costituzionale n. 14/2023, punto 12.2 del *Considerato in diritto*, ove si parla di «valenza multipla» dell'obbligo vaccinale per il personale sanitario, che differenzerebbe ragionevolmente il relativo regime giuridico rispetto alla categoria del personale della scuola.

⁹ Corte costituzionale n. 14/2023, punto 8.2 del *Considerato in diritto*.

¹⁰ Corte costituzionale n. 14/2023, punto 9 del *Considerato in diritto*.

¹¹ In dottrina, su questo punto, più articolata è la posizione di C. Iannello, *La sentenza n. 14 del 2023 della Corte Costituzionale: l'obbligo vaccinale è legittimo solo se serve a prevenire il contagio*, in *AIC Osservatorio costituzionale*, 2023, p. 27 ss., secondo il quale la valutazione della Consulta sulla legge del 2021 è stata condotta «... non alla luce delle conoscenze attuali, ma delle informazioni di cui il decisore politico disponeva *al momento* dell'assunzione della decisione». La finalità perseguita dalla legge, su cui indugia in particolare la sentenza n. 14, è la prevenzione dal contagio: la sentenza giustifica quindi l'operato del legislatore solo perché si è calato nella prospettiva del momento in cui è stato varato il d.l. n. 44, cioè alla luce dei dati allora disponibili. E solo perché quei dati asseveravano che la vaccinazione potesse avere efficacia preventiva della diffusione del *virus*. Dalla decisione n. 14/2023 emerge che se "in quel momento" le autorità del settore non avessero asseverato l'efficacia preventiva del contagio, o la legge non avesse perseguito proprio tale "finalità", l'imposizione dell'obbligo sarebbe andata oltre la sua *ratio* consolidata.

comparto sanitario rispetto a quello scolastico, ma anche qui, in punto di motivazione, non si offrono elementi a supporto in termini di aderenza a dati scientifici disponibili. Sul piano strettamente logico, è da respingere l'idea di una graduazione o differenziazione del rischio in base alla mera appartenenza ad una categoria di lavoratori piuttosto che ad un'altra. Anche perché si tratta pur sempre di rapportarsi ad un rischio di diffusione del *virus* che è sempre stato agganciato a situazioni e/o ambienti in cui si registrava affollamento di persone, indipendentemente dagli specifici contesti lavorativi (tant'è che la prima misura di prevenzione sanitaria è stata quella del "distanziamento" fisico)¹². Anche la considerazione della valenza "multipla" della vaccinazione in ambito sanitario, alla quale si riporta la giurisprudenza costituzionale, a motivo della intrinseca idoneità dello strumento ad agire in più direzioni in rapporto alla specificità dell'ambiente lavorativo, non assurge ad elemento dirimente per operare una individuazione selettiva delle categorie di lavoratori obbligati.

Così come, su un altro versante, desta perplessità il superamento di alcuni principi, fino a quel momento da ritenere stabili, della stessa giurisprudenza costituzionale,

¹² A questo specifico riguardo, può essere utile riprendere il dibattito sviluppatosi in una primissima fase di analisi del testo normativo di cui al d.l. n. 44/2021: in particolare, v. le osservazioni critiche di P. Pascucci, C. Lazzari, *Prime considerazioni di tipo sistematico sul d.l. 1 aprile 2021, n. 44*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2021, p. 156, segnatamente in ordine alla non adeguata delimitazione del campo applicativo del decreto in oggetto: il riferimento non solo all'elemento oggettivo dei luoghi di lavoro, ma anche a quello soggettivo delle figure evocate (gli «operatori di interesse sanitario») ha sin da subito posto il problema dell'eventuale «... non assoggettamento all'obbligo vaccinale di soggetti che, svolgendo mansioni inequivocabilmente "di contatto", operano nei medesimi contesti lavorativi esposti allo stesso rischio»; G. Pellacani, *Dall'obbligo vaccinale contro il Coronavirus (SARS-CoV-2) per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario al "Green Pass"*, in R. Pinardi (a cura di), *L'obbligo vaccinale dei lavoratori durante l'emergenza sanitaria*, in *Quaderni Fondazione Marco Biagi*, 2021, p. 49 ss.; secondo R. Rivero, *Note in tema di individuazione dei soggetti obbligati ai vaccini a seguito del decreto-legge n. 44/2021*, in *Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi*, promosse e coordinate da V.A. Poso, 2021, p. 10 ss., la platea dei soggetti obbligati si presta ad essere individuata in armonia con il rischio protetto, attraverso un criterio selettivo più ampio dal punto di vista soggettivo. Ai fini del decreto legge sono operatori di interesse sanitario tutti i lavoratori che esercitano attività nei luoghi indicati, a prescindere dal contenuto professionale della mansione (che potrebbe non essere strettamente sanitaria). Il fondamento della vaccinazione obbligatoria introdotta dal d.l. n. 44/2021 è propriamente «un rischio ambientale, legalmente tipizzato»: sarebbe pertanto «assurdo sospendere *ex lege* un esercente la professione sanitaria o un operatore di interesse sanitario non soggetto al rischio Covid che rifiuti il vaccino, per poi assegnargli di nuovo le mansioni in atto che egli stava svolgendo in quanto non esposto al rischio».

in riferimento ai meccanismi di flessibilizzazione e monitoraggio che consentano l'adeguamento delle misure all'evoluzione della situazione di fatto. Il legislatore ha abbandonato lo schema regolativo "flessibile", ispirato cioè alla ricerca di quei meccanismi di flessibilizzazione che ritroviamo nella (peraltro più volte richiamata) sentenza n. 5/2018, di guisa che la pur dichiarata necessità di agganciare la scelta legislativa, rigorosamente e dinamicamente, all'andamento dell'epidemia finisce per rivelarsi, a mio parere, un'asserzione apodittica, peraltro contraddetta dalla rigidità della scelta poi venutasi a configurare nella sequenza di decreti-legge modificativi dell'originario impianto del d.l. n. 44/2021 e dalla (altrettanto rigida) valutazione di conformità che viene condotta dalla Consulta. A questo riguardo è emblematica la scelta di aggravare la condizione dei lavoratori renitenti all'obbligo vaccinale eliminando la possibilità, ove praticabile si intende, di ricollocazione in mansioni "non di contatto" (ma su questo specifico punto si tornerà).

3. La svalutazione del ruolo datoriale nell'attuazione della finalità di prevenzione sanitaria

Il punto di ricaduta più evidente di quanto detto – e vengo così ad aspetti più propriamente giuslavoristici – è nel totale svilimento del ruolo del datore di lavoro nella vicenda dell'obbligo vaccinale dei suoi dipendenti: ruolo datoriale che invece nell'originario impianto del d.l. n. 44 era stato fissato nei termini di cui al comma 8 dell'art. 4 (poi abrogato).

Vorrei indugiare sulle implicazioni della scelta e della sua repentina revisione.

Il richiamato comma 8 valorizzava il ruolo propulsivo del datore di lavoro al quale il legislatore rimetteva la decisione in ordine alla impossibilità o meno di evitare la scelta tragica della sospensione, evidentemente assunta ad ipotesi eccezionale (e non già ordinaria), pur in presenza dell'opzione del singolo lavoratore di rifiutare l'obbligo (tant'è che la dottrina più attenta si era ben presto affannata ad accostare la disposizione di cui all'art. 4 più alla figura dell'"onere" che a quella

dell'“obbligo”¹³). Del resto, in perfetta aderenza alle indicazioni della giurisprudenza costituzionale, il legislatore aveva ritenuto proprio nell'attività datoriale in materia il naturale meccanismo di flessibilizzazione dell'imposizione del trattamento sanitario, mostrando attenzione alla concezione che debba essere il datore di lavoro, in base alle specificità del contesto organizzativo di riferimento, ad incaricarsi di compiere quella delicata operazione di scomposizione in concreto delle attività lavorative comportanti un rischio (anche solo potenziale), tenendole distinte ed isolate rispetto a quelle esenti invece da ogni rischio di contagio (per esempio, le attività lavorative “remotizzabili”). Sottraendo al legislatore la facoltà di optare per una scelta generalizzata, discutibile già soltanto per la distanza spazio-temporale dal fenomeno da regolare, veniva affidato al datore di lavoro il funzionamento della fase più importante della procedura di cui all'art. 4. Al datore di lavoro si attribuiva la responsabilità di selezionare le attività lavorative, e le connesse condotte, strettamente collegate all'istanza di prevenzione sanitaria e, per converso, ciò induceva a radicare il principio che là dove, invece, l'istanza di prevenzione si dovesse esprimere al livello più alto, in ragione del contatto diretto e continuativo dei lavoratori tra loro e/o con l'utenza (e quindi nelle fasi ove il contagio è oggettivamente diffusivo), il rapporto di lavoro non potesse che subire l'alterazione più profonda (la sospensione), posta però pur sempre al di fuori del legame sinallagmatico tra le parti del contratto di lavoro, ma appunto imposta *ex lege*. Ciò spiegava la assenza di connotazione disciplinare della prevista sospensione e la stessa preclusione del licenziamento, in quanto entrambi aspetti che il legislatore riteneva non funzionali all'obiettivo della prevenzione sanitaria. Il descritto meccanismo mostrava, in astratto, una sua intrinseca coerenza logica, raccolta anche dalla giurisprudenza di merito che aveva iniziato, sia pur timidamente, a introdurre il tema dell'obbligo per il datore di lavoro del c.d. *repechage* e della rigorosa prova in giudizio della impossibilità di adibizione a

¹³ Sul punto, cfr., in particolare, la posizione di C. Pisani, *Il vaccino per gli operatori sanitari obbligatorio per legge e requisito essenziale per la prestazione*, in A.a.V.v., *Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi*, promosse e coordinate da V.A. Poso, 2021, p. 6; v. anche, in una prospettiva più ampia, R. Romboli, *Aspetti costituzionali della vaccinazione contro il Covid-19 come diritto, come obbligo e come onere (certificazione verde Covid-19)*, in *Questione Giustizia*, 2021.

mansioni alternative, declinando il provvedimento datoriale di sospensione quale *extrema ratio*¹⁴. Si radicava insomma, pur tra mille difficoltà, l'idea di un plausibile superamento delle contestazioni in ordine all'*an* della scelta dell'imposizione della vaccinazione (profilo rimesso, in ogni caso, al Giudice delle leggi, quanto alla preliminare questione della sicurezza del vaccino) a favore di un'interpretazione focalizzata esclusivamente sulle doglianze riguardanti il *quomodo* della medesima decisione, in ottica di rispetto delle prerogative del lavoratore attivabili in sede giudiziale. Si configurava in altri termini un'interpretazione in linea non soltanto con l'idea di prevedere meccanismi di flessibilità ma anche di attenuare l'impatto della misura vaccinale (anche in ragione della durata della compressione), in rapporto non solo ai valori costituzionali del bene della salute di cui all'art. 32 Cost., ma anche dei principi lavoristici condensati negli articoli 4, 35 e 36 Cost.

Al netto di un'applicazione datoriale il più delle volte distorsiva nella pratica, ispirata cioè ad una sorta di automaticità della determinazione in chiave deresponsabilizzante, il meccanismo descritto mostrava, in altre parole, gli anticorpi per fronteggiare interpretazioni illegittime sul piano costituzionale¹⁵.

La scelta legislativa, inoltre, risultava coerente con il "modello partecipato" che il legislatore italiano e quello euro-unitario hanno affermato, non senza fatica, negli ultimi anni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro. Mi riferisco in particolare al d.lgs. n. 81/2008, la cui innovazione principale è da rinvenire proprio nella "prevenzione attraverso la partecipazione", formula sintetica che si fonda sulla cooperazione di tutti i soggetti coinvolti, intorno alla figura di garanzia più importante che è, e resta, il datore di lavoro.

Si trattava di una scelta coerente altresì con le tendenze normative sulla responsabilità datoriale che richiedono all'esercizio dei poteri datoriali di assumere sempre più una peculiare curvatura in rispondenza ad interessi superindividuali: si

¹⁴ Di particolare interesse in questa prospettiva è Tribunale di Milano, sez. lav., 15 settembre 2021, che comunque riguarda un momento temporale antecedente all'entrata in vigore del d.l. n. 44, anche se i passaggi argomentativi appaiono di ampio respiro.

¹⁵ In questa prospettiva, v. Tribunale di Velletri, sez. lav., 14 dicembre 2021.

pensi, per esempio, alla tutela del lavoratore disabile attraverso l'obbligo degli accomodamenti ragionevoli.

L'impostazione normativa originaria, come detto, è stata tuttavia rivista dal legislatore, nella direzione della svalutazione del ruolo datoriale e le argomentazioni ora utilizzate dalla Corte costituzionale sul punto mostrano non poche ambiguità.

Anzitutto, non mi paiono plausibili le obiezioni circa il rischio che il legislatore finisca per addossare al datore di lavoro un obbligo *generalizzato* di adottare accomodamenti organizzativi¹⁶: si tratta piuttosto di chiamarlo a gestire l'impossibilità temporanea non imputabile del lavoratore non vaccinato alla stregua dei principi vevoli per tutte le altre ipotesi di sospensione del rapporto di lavoro (es. infortunio o malattia). Anche perché non si può obliterare la valutazione esclusivamente aziendale sulla fungibilità del lavoratore non vaccinato, a ciò ostando il richiamo di cui agli artt. 2103 e 2104 c.c. che legano la professionalità (e la diligenza professionale quale misura dell'adempimento contrattuale) alla valutazione del datore di lavoro in rapporto alla natura della prestazione dovuta e all'interesse dell'impresa, in una logica propriamente contrattualistica delle mansioni.

In altri termini, se il legislatore si convince della inevitabilità della scelta tragica dell'imposizione sanitaria, nel compierla non può che essere tenuto ad apprestare, quale limite ricavabile dal comma 2 dell'art. 32 Cost., i contrappesi necessari. Ciò significa che, in una logica di progressività, la sospensione dal servizio e dalla retribuzione non può che intervenire (non in maniera generalizzata sempre e comunque ma) soltanto quale *extrema ratio*, in maniera rapportata alla specificità della condizione dell'ambiente di lavoro. E sarà il datore a doversi fare carico di questa ineliminabile funzione di traduzione in concreto delle posizioni coinvolte, sicché l'attività datoriale in questo specifico ambito assume una precipua configurazione: contrariamente alla lettura della Consulta, essa è tutt'altro che

¹⁶ Come, invece, viene riportato da Corte costituzionale n. 15/2023, punto 13.4 del *Considerato in diritto*.

secondaria, apparendo piuttosto necessaria al perseguimento degli interessi superindividuali di salvaguardia della salute, con una proiezione *in via sintetica* (non analitica) al “risultato” della prevenzione dal contagio (e non tanto al procedimento che ne è alla base).

La prospettiva di un coinvolgimento del datore di lavoro appare irrinunciabile, segnatamente nelle ipotesi dell’obbligo, anche in un’altra accezione ovvero nell’ottica della individuazione delle misure di mitigazione e di precauzione più appropriate a compensare gli effetti negativi dell’imposizione del trattamento (si pensi, per esempio, all’assegno alimentare da riconoscere *medio tempore* al lavoratore sospeso, come vedremo) o, se possibile, di altre misure anch’esse alternative alla vaccinazione (per esempio, il ricorso al lavoro da remoto). Naturalmente, tutto ciò non può che avvenire nel limite della ragionevolezza dell’intervento datoriale, che può sempre addurre, con congrua motivazione, l’impossibilità di fare ricorso alle predette misure (opportunamente nel dettato normativo originario era riportata la formulazione «ove possibile»).

Del resto, questo è un passaggio assolutamente ragionevole nella logica del contemperamento tra i diritti. Quel che è centrale è il rigoroso esercizio del potere direttivo ad opera del datore di lavoro, funzionalizzato sul piano teleologico all’assorbente finalità di tutela della salute dei lavoratori e degli utenti. Con questo fine che il legislatore imprime all’esercizio del potere datoriale il datore di lavoro è chiamato ad una delicata attività, che si traduce in una altrettanto rigorosa prova in giudizio delle mansioni alternative attribuibili al lavoratore resiliente “ove possibile”. Si intercetta in questo modo tutta quell’elaborazione della giurisprudenza sul c.d. obbligo di *repechage*, che il datore di lavoro è tenuto necessariamente ad effettuare e in ogni caso a motivare adeguatamente¹⁷.

¹⁷ Secondo Tribunale di Milano, sez. lav., 15 settembre 2021, cit., l’onere probatorio che grava sul datore di lavoro in caso di sospensione del rapporto per impossibilità temporanea della prestazione è analogo a quello previsto per il caso di licenziamento per impossibilità definitiva della prestazione (impossibilità del c.d. *repechage*). Vi è un preciso onere del datore di lavoro di verificare l’esistenza in azienda di posizioni lavorative alternative, astrattamente assegnabili al lavoratore, atte a preservare la condizione occupazionale e retributiva, da un lato, e compatibili, dall’altro, con la tutela della salubrità dell’ambiente di lavoro, in quanto non prevedenti contatti interpersonali con soggetti fragili o comportanti, in qualsiasi altra forma il rischio di diffusione

Sul piano teorico, la funzionalizzazione del potere datoriale giustifica il fatto che l'ordinamento "utilizza" (e può utilizzare) la sanzione privata della sospensione dal lavoro (che trascina con sé la decurtazione della retribuzione in ottica sinallagmatica) in funzione proprio dell'interesse generale. Ciò spiega la translitterazione delle conseguenze della mancata vaccinazione dal piano "pubblicistico" al piano sinallagmatico della relazione contrattuale (a differenza di ciò che avviene per il c.d. *green pass*, per il quale tecnicamente non è prevista la sospensione del lavoratore che ne risulti sprovvisto, ma il mero allontanamento dal luogo di lavoro). Lo schema applicato dal legislatore si differenzia altresì da quello utilizzato in occasione delle vaccinazioni per i bambini introdotte dal c.d. d.l. Lorenzin (d.l. 7 giugno 2017, n. 73, conv. l. 31 luglio 2017, n. 119): in quel caso, il diritto all'istruzione è stato bilanciato con le istanze della prevenzione sanitaria non attraverso la previsione della inibizione all'ingresso a scuola dei bambini (cioè colpendo il nucleo essenziale del diritto costituzionale) ma con la previsione di sanzioni amministrative a carico dei genitori. L'art. 1, comma 4, del d.l. 73/2017 prevedeva, infatti, in caso di mancata osservanza dell'obbligo vaccinale, una sanzione amministrativa pecuniaria a carico dei genitori esercenti la responsabilità genitoriale, i tutori o i soggetti affidatari¹⁸.

del contagio da SARS CoV-2; al riguardo, cfr. altresì Tribunale di Ravenna, sez. lav., 6 settembre 2017, n. 276.

¹⁸ La giurisprudenza di merito si è attestata su posizioni interpretative diverse, rimarcando come la vaccinazione anti-Covid-19 rivelasse una duplice finalità, di salute pubblica e di sicurezza del lavoro, e quindi ritenendola requisito essenziale per lo svolgimento dell'attività lavorativa, pur ammettendo che la procedura fosse farraginosa (in tal senso, v. Tribunale di Roma, sez. lav., ord. 20 agosto 2021, n. 79833; dello stesso tenore argomentativo Tribunale di Roma, sez. lav., ord. 20 agosto 2021, n. 79834 e Tribunale di Roma, sez. lav., ord. 20 agosto 2021, n. 79835). La stessa giurisprudenza ha ritenuto pertanto che lo schema logico-interpretativo utilizzato dal legislatore nel richiamato d.l. Lorenzin 2017 (art. 1, comma 4) non fosse in ogni caso comparabile con quello per la vaccinazione anti-Covid, in ragione della pervasività del *virus* in condizioni di pandemia, condizione che ha impedito di fare ricorso ad una sanzione rimessa al datore di lavoro o una sanzione a carattere amministrativo del tutto sganciata dalle vicende dell'esecuzione contrattuale del contratto di lavoro e ascrivibile agli effetti negativi e pregiudizievoli non certo dell'esecuzione della prestazione quanto del venir meno ad un obbligo statuito in legge. Qui ha dovuto giocoforza utilizzare il potere datoriale di sospensione ma in maniera del tutto speciale: in questa prospettiva, v. Tribunale di Modena, sez. lav., ord. 19 maggio 2021 nel quadro normativo antecedente al d.l. n. 44/2021.

Nell'impianto originario, le caratteristiche degli adempimenti che la legge prescriveva al datore di lavoro erano perciò più coerenti con le premesse di un potere datoriale funzionalizzato all'interesse generale e spiegavano così la natura non disciplinare del meccanismo predisposto nei confronti dei prestatori di lavoro resilienti: il legislatore infatti stabiliva la sospensione dal diritto a svolgere le sole mansioni a contatto con il pubblico, dando per scontato che soltanto una porzione del contenuto professionale del lavoratore venisse inibita, a motivo del vincolo finalistico e lasciando al datore l'individuazione della restante parte, ove possibile. Questa configurazione sottoponeva a forte tensione la prescrizione che riteneva il vaccino requisito essenziale per lo svolgimento dell'attività lavorativa (e addirittura per la professione), spingendo l'interprete ad intendere la suddetta formulazione limitata restrittivamente (e coerentemente con quanto detto in premessa) soltanto a quel contenuto, a quella porzione dell'attività lavorativa "a contatto". Il ragionamento implicava quindi – è bene ribadirlo – una scomposizione in concreto dell'attività lavorativa, isolando quella "a contatto" da quella che ragionevolmente, con uno sforzo organizzativo tollerabile, individuata di volta in volta dal datore, fosse da ritenere non a rischio, rifiutando la concezione di una totale preclusione in assoluto della professione finanche dovesse svolgersi con modalità sicure.

Sullo sfondo della imposizione *ex lege* resisteva in ogni caso una valutazione pienamente imprenditoriale e in quanto tale insindacabile in ordine alla fungibilità professionale dei lavoratori presenti nell'organizzazione, valutazione anch'essa ineliminabile per dare effettività alla finalità di prevenzione sanitaria. Valutazione da condurre in via preventiva e urgente non avendosi conoscenza del dato personale del lavoratore sulla scelta vaccinale e pertanto quanto mai necessaria per individuare in concreto le misure alternative alle quali fare ricorso.

L'inasprimento del regime giuridico del nuovo art. 4, come riscritto per effetto delle disposizioni di cui al d.l. n. 172/2021 (per il personale sanitario ma con proiezione di estensione dell'obbligo anche ad altre categorie di lavoratori), si muove invece in diversa direzione. Il legislatore restringe la facoltà datoriale di adibizione a

mansioni diverse alla sola ipotesi eccezionale, e già derogatoria, dell'acquisita esenzione da parte del lavoratore, al quale la legge attribuisce il beneficio della omissione o del differimento della vaccinazione. Esclusivamente per il periodo in cui la vaccinazione è omessa o differita, il datore di lavoro sarà onerato di adibire i soggetti esentati dalla vaccinazione ai sensi del comma 2 a «mansioni anche diverse, senza decurtazione della retribuzione, in modo da evitare il rischio di diffusione del contagio da SARS-CoV-2» (art. 1, comma 7, d.l. n. 172/2021).

Si realizza così una torsione che ridonda a detrimento dell'impostazione innanzi rappresentata e va a conculcare il diritto al lavoro. Essa si pone al di fuori di un rapporto di stretta causalità con l'istanza di prevenzione sanitaria che il legislatore intende perseguire. Riservando la misura ai soli lavoratori già esentati dalla vaccinazione – lavoratori cioè oggettivamente collocati al di fuori del bilanciamento, per superiori e prevalenti ragioni di protezione della propria salute individuale – il legislatore spezza definitivamente il rapporto di equilibrio tra diritti costituzionali, indirizzandosi alla finalità del perseguimento dell'obiettivo della salute pubblica con ogni tipo di mezzo, anche sproporzionato.

L'iter procedimentale successivamente stabilito dalle norme contribuisce poi a radicare siffatta scelta, dal momento che il legislatore elide ogni possibile apporto del datore di lavoro e inopinatamente lo sostituisce con meccanismi rigidi e automatici, in alcuni casi paradossali per la mancata ponderazione dell'impatto sull'organizzazione del lavoro (si pensi alla risoluzione di diritto dei contratti di lavoro stipulati per la sostituzione dei lavoratori resilienti alla vaccinazione, nelle ipotesi in cui il lavoratore medesimo si determini alla inoculazione del siero¹⁹).

Quel che colpisce è allora la trasfigurazione della misura giuridica predisposta per i lavoratori che rifiutano la vaccinazione, per i quali si profila, nel delineato quadro normativo, un meccanismo che si disallinea rispetto alla finalità di prevenzione sanitaria, e che acquisisce evidentemente una diversa connotazione, di natura

¹⁹ Si tratta di un'ipotesi espressamente prevista per il personale docente della scuola dall'art. 2, comma 4, d.l. n. 172/2021.

afflittiva se non “punitiva” della condotta renitente in assoluto: ad essere colpita è la sola inosservanza dell’obbligo previsto *ex lege*.

Questi mutamenti dell’assetto normativo, intervenuti nel corso dei mesi, in realtà hanno determinato effetti di ordine sistematico, che conviene brevemente tratteggiare.

Il legislatore, da un lato, ha mostrato di fare uso accorto del criterio della ragionevolezza e della proporzionalità, nel momento in cui ha escluso in radice la prospettiva (pure avanzata in dottrina) della risoluzione del rapporto di lavoro a motivo del rifiuto di adempimento dell’obbligo vaccinale; dall’altro lato, però non ha voluto condurre fino in fondo la sua operazione di bilanciamento fra diritti, anzi persuadendosi della necessità di condurla ed esaurirla *uno actu*, fermandosi proprio alla scelta assunta in merito all’esclusione del licenziamento. Sennonché è proprio questo il limite dell’intervento legislativo, in quanto il bilanciamento fra i diritti, per stare in una logica di equilibrio e di proporzionalità fra “mezzi” e “fini”, non può che assumere una dimensione dinamica che attraversa lo svolgimento del rapporto di lavoro in relazione al concreto rischio di contagio che si può o meno prospettare nell’ambiente di lavoro.

Il punto critico più evidente di questo assetto è nella già richiamata qualificazione giuridica della vaccinazione quale «requisito essenziale» non soltanto «per lo svolgimento delle prestazioni lavorative dei soggetti obbligati» ma addirittura «per l’esercizio della professione» (così l’art. 4, d.l. n. 44/2021, conv. l. n. 76/2021, come sostituito dall’art. 1, comma 1, d.l. n. 172/2021).

Tale combinazione normativa agisce sul presupposto giuridico dell’esercizio in forma professionale (subordinata o autonoma) dell’attività lavorativa, minandone alla radice ogni possibilità di estrinsecazione. Il che equivale ad azzerare il significato stesso del lavoro quale diritto-dovere contemplato dall’art. 4 Cost. e quale fattore di esplicazione della persona umana, ancora una volta venendosi a frantumare ogni nesso di causalità con l’istanza di prevenzione sanitaria. Non si tratta allora di valutare soltanto la lesione del minimo vitale della retribuzione quale corollario della prevista sospensione, ma di vagliare anche (e soprattutto)

l'antecedente logico della preclusione di ogni prestazione lavorativa in assoluto, specie quando le condizioni di svolgimento del rapporto si pongano, quantomeno in astratto, in situazione di compatibilità con l'istanza sanitaria.

Si consideri che un differente regime giuridico è stato previsto dal legislatore per il personale scolastico, per il quale invece viene attribuita rilevanza all'apporto datoriale, nei termini di adozione dell'atto di accertamento in capo al dirigente e contestuale sospensione, sia pure quale atto vincolato all'esito della procedura (art. 2, comma 3). Nell'accertamento si applica il comma 2 e il comma 7 (esenzione e ricorso a "mansioni diverse"). L'atto di accertamento dell'inadempimento dell'obbligo vaccinale impone al dirigente scolastico di utilizzare il docente in attività di supporto alla istituzione scolastica. Ai docenti inadempienti si applica, per quanto compatibile, il regime stabilito per i docenti dichiarati temporaneamente inidonei alle proprie funzioni.

È evidente, anche in questo caso, il carattere afflittivo-punitivo delle misure legislative, che vanno oltre anche la valutazione professionale del docente che viene sacrificata dal legislatore innanzi alla finalità di salvaguardia della salute pubblica. Ancora una volta la valutazione condotta dal legislatore (e avallata dalla Corte costituzionale) non tiene in considerazione il profilo della tutela professionale dei lavoratori tanto della sanità quanto della scuola, sia quando deve salvaguardarne la professionalità anche nell'interesse pubblico al buon funzionamento delle strutture sanitarie, sia quando deve salvaguardarne il contenuto professionale costituzionalmente libero e autonomo e funzionale all'effettività di beni come l'istruzione pubblica²⁰.

L'inasprimento del regime giuridico adottato in via legislativa ha così progressivamente mostrato i segni di un cambiamento più profondo, che sembrerebbe materializzarsi nei termini di un inerziale scivolamento

²⁰ La giurisprudenza di merito, in alcuni casi, ha dovuto fare chiarezza rispetto a condotte datoriali assolutamente discutibili in merito all'applicazione delle richiamate disposizioni normative al personale scolastico: v., per esempio, Tribunale di Benevento, sez. lav., 5 dicembre 2022, ove l'amministrazione scolastica viene condannata per avere adottato la sospensione di una docente che invece aveva allegato la sua assenza dal servizio per malattia; v. altresì Tribunale di Torino, sez. lav., 17 novembre 2022; v. Tribunale di Milano, sez. lav., 14 dicembre 2022, per fattispecie analoga riguardante personale sanitario.

dell'applicazione delle prescrizioni normative in tema di emergenza sanitaria verso una vera e propria trasformazione dell'assetto costituzionale, ove l'istanza di prevenzione sanitaria, assunta dal legislatore, svolge una funzione *normativa-limitativa* dei diritti, in una duplice direzione: non soltanto nel senso di comprimere la sfera individuale di autodeterminazione sanitaria del singolo lavoratore (sia pure temporaneamente ma con l'intensità di cui abbiamo parlato) ma anche (e simultaneamente) nella direzione di conformare i poteri organizzativi datoriali alla finalità prevenzionistica medesima, spingendosi fino ad esaurire la discrezionalità del medesimo potere ed esaurire lo stesso fondamento ultimo del potere imprenditoriale datoriale, protetto in astratto dall'art. 41, comma 1, Cost. Sicché l'istanza di prevenzione sanitaria si porta ben oltre la classica prospettiva della funzionalizzazione ad interessi generali del potere privato e finisce per investire, anche nella percezione collettiva, il quadro dei diritti e principi fondamentali dell'identità costituzionale, consolidando un nuovo ordine ove interessi, pubblici e privati, vengono fissati in un quadro di sempre più problematica compatibilità con la costituzione vigente²¹.

4. Segue. La vaccinazione anti-Covid-19 quale requisito professionale?

Veniamo a questo punto ad un altro aspetto critico dell'impalcatura normativa di riferimento, strettamente connesso alla svalutazione che il legislatore propone dell'apporto datoriale: proprio il parallelo tra professioni sanitarie e personale scolastico, appena tratteggiato, è utile a disvelare l'intrinseca contraddittorietà della scelta legislativa, che spinge l'imposizione del trattamento sanitario fino a farlo assurgere al rango di «requisito essenziale per l'esercizio dell'attività lavorativa».

Ho sin dappprincipio ritenuto erronea siffatta qualificazione giuridico-formale, adottata per il personale sanitario²²: la comparazione con il personale scolastico non fa altro che far emergere, in maniera ancora più nitida, la assoluta irragionevolezza

²¹ Così V. Baldini, *Dinamiche della trasformazione costituzionale*, Cacucci, Bari, 2023, pp. 94-95.

²² In dottrina, condivide invece la scelta legislativa C. Pisani, *Il vaccino per gli operatori sanitari obbligatorio per legge è requisito essenziale per la prestazione*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2021, p. 6 ss., facendo ricorso alla fattispecie dell'onere.

di essa. Non si trascuri inoltre che l'impianto normativo originario del d.l. n. 44, proprio su questo specifico punto, presentava vistosi elementi di contraddittorietà: da un lato, il legislatore (per i sanitari) elevava la vaccinazione a «requisito essenziale per lo svolgimento della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative dei soggetti obbligati» (art. 4, comma 1); dall'altro lato, limitava la sfera di operatività dell'atto di accertamento alla sospensione del (solo) diritto «a svolgere prestazioni o mansioni che implicano contatti interpersonali o comportano, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio da SARS-CoV-2». Si radicava con ogni evidenza una considerazione della vaccinazione non già quale requisito generale per lo svolgimento della professione ma solo, più modestamente, quale limite allo svolgimento delle mansioni di contatto²³.

Lo stesso legislatore configura l'«obbligo vaccinale per il personale docente ed educativo della scuola» quale requisito per lo svolgimento (ora si dice espressamente) delle «attività didattiche a contatto». Nel caso di inosservanza dell'obbligo vaccinale, si è visto che il dirigente scolastico è tenuto ad utilizzare il docente inadempiente in attività di supporto alla istituzione scolastica (art. 4.-ter.2, comma 3).

Ebbene, al di là della considerazione che siffatto regime giuridico differenziato in rapporto alle categorie dei lavoratori, come detto, appaia sganciato in punto di diritto da attendibili e specifici dati scientifici riferibili, in un rapporto di diretta causalità, a quella categoria di lavoratori, a me pare che la qualificazione del vaccino anti-Covid-19 quale requisito essenziale sia profondamente erronea in assoluto, anche se riferita al personale sanitario.

L'imposizione *ex lege* del trattamento sanitario ai lavoratori incontra infatti un limite intrinseco dettato dal suo scrupoloso e costante rapportarsi alla sfera di operatività dell'istanza di prevenzione sanitaria come individuata dallo stesso

²³ Coglie questa discrasia normativa A. Boscato, *L'obbligo di vaccinazione introdotto dal d.l. n. 44/2021 tra principi costituzionali ed applicazione concreta*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, 2021, p. 336; sulla finalità e sui limiti del "ripescaggio", v. E. Gagnoli, *L'obbligo di vaccinazione e il cosiddetto certificato verde*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, 2021, p. 601; al riguardo, v. anche L. Taschini, *Il vaccino anti Covid nel rapporto di lavoro. Dalle prime pronunce di merito al d.l. n. 44 del 2021*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2021, p. 15, in ordine alla natura derogatoria delle predette previsioni normative rispetto ai principi di cui all'art. 2103 c.c.

legislatore. È evidente che siffatta istanza non è dotata di una forza espansiva illimitata, incontrando piuttosto limitazioni provenienti dalla sfera personale e professionale del lavoratore, destinatario degli obblighi di legge. La valutazione del legislatore non può che arrestarsi al limite della sfera personale e professionale del lavoratore, in quanto tale ricadente nella disponibilità delle sole parti del contratto di lavoro. L'accezione di requisito essenziale della vaccinazione, pertanto, non può che essere accolta restrittivamente nel significato di requisito per lo svolgimento delle sole mansioni "di contatto", cioè quando la proiezione del contratto di lavoro, segnatamente della attribuzione delle specifiche mansioni al lavoratore, si trovi ad impattare direttamente con il cono d'ombra della istanza di prevenzione dal contagio, ma non già quando essa investa invece una valutazione squisitamente professionale attinente alle condizioni tecniche per lo svolgimento in astratto di quelle mansioni. In questa ipotesi, sono le parti (intese anche sul piano collettivo-sindacale) a decidere le condizioni (o il mutamento delle condizioni) per lo svolgimento di quella specifica attività lavorativa.

La lettura di segno opposto rappresenterebbe un'estensione irragionevole e sproporzionata della proiezione della prevenzione sanitaria, spingendola in un ambito ove la valutazione attinge alle parti del contratto di lavoro. È questo un altro motivo per ritenere del tutto impropria la scelta legislativa di svalutare l'apporto datoriale: apporto invece, si ribadisce, decisivo proprio nella concreta operazione di separazione degli spazi contrattuali oggettivamente impermeabili rispetto alla proiezione dell'istanza di prevenzione sanitaria, in funzione della effettività della stessa prevenzione sanitaria.

Non aver considerato il ruolo datoriale inficia la legittimità dell'intervento legislativo sul piano della proporzionalità della misura dell'obbligo vaccinale, specie se il bilanciamento dei diritti è guardato, come accennato, nella visuale specifica del datore di lavoro pubblico, la cui sfera di azione è, a sua volta, compressa dai vincoli dell'imparzialità e del buon andamento di cui all'art. 97 Cost. Nel caso specifico del lavoro prestato alle dipendenze di pubbliche amministrazioni (si pensi alle strutture sanitarie ospedaliere, in particolare), nel

balancing test sulla sostenibilità della misura impositiva del vaccino non può non entrare altresì l'interesse generale dei cittadini-utenti, mediato proprio dall'interesse organizzativo al buon funzionamento della struttura sanitaria. Sicché un'imposizione generalizzata dell'obbligo comprime *ab origine* l'interesse organizzativo così configurato, elidendo un pezzo egualmente importante ai fini della stessa salvaguardia della salute pubblica. Non a caso, a più riprese, negli ultimi mesi, notizie di cronaca hanno evidenziato la necessità di "richiamo" in servizio dei medici sospesi al fine di assicurare le prestazioni sanitarie indispensabili).

A riprova di questo restringimento/azzeramento dello spazio individuale del diritto alla salute del singolo lavoratore valgono due elementi normativi: il dato della formale traslazione per il personale sanitario in capo all'Ordine professionale (non al datore di lavoro) della titolarità dell'avvio della procedura preordinata all'accertamento della condizione di vaccinato, da un lato, l'effetto discendente dalla mancata vaccinazione intesa quale requisito non soltanto per lo svolgimento dell'attività lavorativa ma anche per l'esercizio della professione con regime differente per il personale scolastico, come visto (su questo punto, v. la sentenza n. 16 che però è di mera inammissibilità).

Questo passaggio offre la dimensione chiara della sproporzione della misura normativa, che comprime in assoluto ogni forma di esercizio della professione sanitaria (a differenza di quella scolastica), ivi incluse quelle sicuramente svolgibili senza alcun contatto con altre persone (le attività lavorative a distanza), ancora una volta conculcando la fondamentale libertà di ogni cittadino di svolgere un'attività lavorativa espressiva della sua personalità (art. 4 Cost.).

La combinazione di questi due elementi avrebbe dovuto convincere il giudice costituzionale di quanto l'istanza di prevenzione sanitaria avesse invece assunto, nell'assetto normativo prefigurato dal legislatore, una configurazione che travalicasse il confine della proporzionalità, nel momento in cui travolge e comprime il diritto allo svolgimento di un'attività lavorativa, azzerando non

soltanto l'attività in concreto svolta ma l'esercizio possibile anche in astratto della professione sanitaria, per giunta senza alcun emolumento.

Nella sentenza n. 15/2023, la Corte costituzionale assume invece quale presupposto della sua motivazione la scelta legislativa di elevare la vaccinazione a requisito essenziale non soltanto per lo svolgimento delle prestazioni lavorative ma anche per l'esercizio della professione, mostrando di saltare proprio lo snodo concettuale di fondo della questione.

5. Il meccanismo sanzionatorio della sospensione del lavoratore renitente

Alla luce delle considerazioni svolte, anche le altre due aree tematiche – la configurazione giuridica del meccanismo di sospensione del lavoratore che non osserva l'obbligo di vaccinazione e la questione dell'assegno alimentare – appaiono a questo punto ampiamente scandagliate.

La natura *ictu oculi* "sanzionatoria" del meccanismo della sospensione è riscontrabile in una duplice prospettiva: a) nel sostanziale svilimento della componente individuale del diritto alla salute contenuto nell'art. 32, comma 1, Cost., dal momento che la libertà di autodeterminazione in ambito sanitario del singolo lavoratore è nei fatti conculcata dalla saldatura fra obbligatorietà del vaccino (nei termini innanzi prospettati) e privazione del lavoro e della retribuzione. Sicché il singolo lavoratore non ha alcun margine di scelta se non quello di sottrarsi (se intende far prevalere un principio di precauzione rispetto ad un vaccino ritenuto non efficace) ma accettando tutte le conseguenze previste dalla legge (ivi inclusa la privazione di ogni forma di sostegno vitale). Sicché le due opzioni appaiono tali solo in apparenza; b) nel mancato riconoscimento di ogni forma di erogazione economica per il sostegno vitale del lavoratore sospeso, nel periodo in cui non riceve la retribuzione. Anche qui la scelta legislativa assume una chiara accezione lesiva del parametro del rispetto della persona umana di cui all'art. 32, comma 2, Cost., intendendo aggravare la condizione soggettiva del lavoratore sospeso inibendogli il riconoscimento anche di forme di natura

assistenziale-vitale che l'ordinamento prevede in altre situazioni ove pure viene censurata la condotta del lavoratore.

6. Le garanzie violate di dignità del lavoratore: la questione dell'assegno alimentare

Se la privazione della retribuzione appare quale corollario della sospensione del rapporto di lavoro e quindi, come correttamente dice la Consulta, dell'interruzione del sinallagma funzionale del rapporto medesimo, il richiamo invece ad ogni altro emolumento comunque denominato (anch'esso escluso nel caso *de quo*) appare funzionale, nell'assetto legislativo, ad attribuire alla scelta del singolo lavoratore di sottrarsi all'obbligo vaccinale una valenza sanzionatoria, afflittiva, del resto plasticamente rappresentata nella parte in cui la Corte costituzionale rimarca come «... l'obbligatorietà del vaccino lascia comunque al singolo la possibilità di scegliere se adempiere o sottrarsi all'obbligo, assumendosi responsabilmente, in questo secondo caso, le conseguenze previste dalla legge»²⁴. Non convince la motivazione addotta sul punto, che vede la Consulta legare la natura non disciplinare della sospensione al mero mantenimento del rapporto di lavoro, alla preclusione cioè del licenziamento pur a fronte della scelta del singolo di sottrarsi all'obbligo vaccinale. Ma se è la stessa Consulta a precisare che l'obbligo è il frutto di una inserzione *ex lege* nella dinamica del contratto di lavoro del tutto sganciata dalla dinamica stessa (tant'è che il datore come abbiamo visto non ha alcun ruolo attivo), appare poi illogico dedurre dall'inosservanza di un obbligo inserito nel contratto di lavoro dall'esterno conseguenze tipicamente contrattuali quali quelle ascrivibili al recesso datoriale. Che tipo di licenziamento si sarebbe configurato? Con un uso discutibile dell'argomentazione si nega il sinallagma per dire che si sospende il lavoratore e poi si invoca il sinallagma per dire che non si licenzia.

Se ne deduce che anche la parte della sentenza ove si propone una connessione con la responsabilità contrattuale del datore di lavoro ai sensi dell'art. 2087 c.c. appare ambigua e fuorviante. Occorre ribadire che non è possibile dedurre un obbligo

²⁴ Così Corte costituzionale n. 14/2023, punto 16.1 del *Considerato in diritto*.

vaccinale *ex contractu* in forza dell'art. 2087 c.c., a ciò ostando la previsione di cui all'art. 32, comma 2, Cost.²⁵ La Consulta parla al riguardo di integrazione *ex lege* del contenuto sinallagmatico del contratto individuale di lavoro e di sintonia con l'art. 2087 c.c. Anche in questo caso, tuttavia, oltre a svilire una dimensione pubblicistica già insita nel dovere di sicurezza di cui all'art. 2087 c.c.²⁶, la sentenza n. 15²⁷ mi pare mostri più di un punto debole: la sospensione del lavoratore (vale a dire *l'effetto* di una condotta deviante del prestatore) costituisce elemento di integrazione del contenuto sinallagmatico, ma a monte resta sempre distinta la valutazione da fare (sulla quale la Corte non si pronuncia) se la vaccinazione anti SARS CoV-2 sia sempre requisito nella duplice accezione di cui innanzi (valutazione dalla quale il datore di lavoro non può essere escluso e rispetto alla quale il giudice costituzionale doveva esprimersi in termini di proporzionalità della misura e non invece di valutazione eteronoma sul terreno insindacabile dell'imprenditore *ex art. 41 Cost.* Per giunta, in riferimento al datore di lavoro pubblico si ripete è totalmente mancato il raffronto in chiave di bilanciamento con l'art. 97 Cost.). Se la condizione del lavoratore non vaccinato è ricondotta alla fattispecie della "impossibilità temporanea non imputabile" (tant'è che la Corte dice che la sospensione non ha valenza sanzionatoria) appare illogico poi far discendere conseguenze così radicali in termini di mancata erogazione della retribuzione e finanche di ogni forma di assistenza quale l'assegno alimentare, che assumono una natura sanzionatoria *in re ipsa* per la sola condotta individuale *difforme* tenuta dal singolo lavoratore.

Nella valutazione sulla connotazione da conferire alla sospensione del lavoratore renitente entra non soltanto la previsione in negativo del licenziamento ma altresì l'incidenza della misura sullo sviluppo della personalità del lavoratore e della dignità (sua e della sua famiglia) *ex art. 36 Cost.*

²⁵ In dottrina, P. Ichino, *Perché e come l'obbligo di vaccinazione può nascere anche solo da un contratto di diritto privato*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2021, sostiene la tesi di segno contrario, facendo leva sui rimedi civilistici e sull'art. 2087 c.c. Per una ricostruzione del dibattito, sia consentito il rinvio a M. Cerbone, *Vaccinazione anti-Covid-19, autodeterminazione del lavoratore e riflessi sul rapporto di lavoro*, in *questa rivista*, 2021, p. 79 ss.

²⁶ G. Natullo, *Sicurezza del lavoro* (Voce), in *Enciclopedia del diritto*, Annali IV, 2011, p. 1073 ss.

²⁷ Corte costituzionale n. 15/2023, punto 12.1 del *Considerato in diritto*.

La questione dell'assegno chiude così il cerchio in coerenza con un meccanismo rigido che incide sul sinallagma in maniera impropria e apre ad ambigue concezioni della responsabilità e dei poteri datoriali in materia di prevenzione e sicurezza, in contrasto con i limiti di cui all'art. 41, comma 2, Cost. e all'art. 32, comma 2, Cost.

Un'impostazione garantista non può che considerare la possibilità in astratto di accompagnare la sospensione dal lavoro con privazione della retribuzione ad altre fonti di sostentamento del lavoratore sospeso, escludendo che la formulazione adottata dal legislatore possa, in chiave restrittiva, alludere ad una misura speciale *ad hoc* volta a colpire in assoluto e senza alcuna tutela la condotta assunta dal prestatore di lavoro.

Il testo letterale della disposizione è chiaro nel precludere al lavoratore ogni erogazione legata al rapporto di lavoro e al sinallagma contrattuale, che abbia cioè natura *lato sensu* retributiva: questa mi pare l'accezione da conferire all'espressione «ogni altro emolumento comunque denominato». Ciò non implicherebbe la incompatibilità della medesima disposizione con la previsione della erogazione di somme aventi differente natura giuridica, non retributiva, di tipo alimentare (tra l'altro già riconosciute agganciate a specifiche disposizioni normative previste per il personale militare e della scuola). A ragionare in senso contrario, si finirebbe infatti per attribuire alla richiamata sospensione (ancora una volta) una valenza afflittiva, in contrasto con il testuale riferimento legislativo. Certo, in senso contrario, si potrebbe obiettare che è proprio la esclusione di una connotazione disciplinare della sospensione in esame ad impedire il ricorso in via analogica a quelle ipotesi nelle quali le normative di settore e la contrattazione collettiva fanno scattare invece, a beneficio del lavoratore, l'erogazione di somme economiche nella vigenza del periodo di sospensione. Cionondimeno, ancora una volta la valorizzazione di una lettura orientata in prospettiva costituzionale consentirebbe sicuramente al lavoratore sospeso di reclamare somme volte ad assicurare un'esistenza libera e dignitosa, in rapporto alla garanzia del contenuto di minima

operatività dei diritti fondamentali, in aderenza alle indicazioni della giurisprudenza costituzionale.

Si potrebbe discutere se già dal parametro dell'art. 36 Cost. si possa ricavare la conclusione interpretativa secondo la quale non sono dovute le sole voci economiche strettamente correlate in una logica corrispettiva al lavoro prestato ma non quelle espressione della componente dell'adeguatezza sociale²⁸. Tra l'altro, qui varrebbe il principio della giurisprudenza costituzionale secondo il quale il bilanciamento non può far venir meno la minima operatività di un diritto fondamentale²⁹.

Si potrebbe far leva pertanto sull'interpretazione adeguatrice rispetto ai valori costituzionali di cui all'art. 36 Cost. che incorpora nella retribuzione (e quindi rende intangibile) anche una componente sociale esterna al sinallagma contrattuale³⁰, valorizzando altresì il principio solidaristico di cui all'art. 2 Cost. quale fondamento per il riconoscimento dell'assegno alimentare al lavoratore sospeso³¹.

Di sicuro, sostenere la privazione totale di ogni fonte di sostegno del lavoratore e, al contempo, dichiarare la natura non disciplinare della misura di sospensione appare un ossimoro interpretativo, che entra inevitabilmente nella motivazione della Corte costituzionale.

²⁸ Alla stregua del principio costituzionale scolpito nell'art. 36 Cost., la retribuzione deve mantenere una componente di adeguatezza sociale: e qui il giudice costituzionale avrebbe dovuto fornire una interpretazione adeguatrice in questi termini, come mi pare sia successo soltanto nella richiamata pronuncia del Tribunale di Velletri del dicembre 2021.

²⁹ In questi termini v. ancora Tribunale di Velletri, cit.

³⁰ Sul punto v. V. Baldini, *L'emergenza sanitaria: tra Stato di eccezione, trasformazione della Costituzione e garanzie del pluralismo democratico*, in questa rivista, fascicolo 1/2023, p. 400, secondo il quale il riferimento all'esistenza libera e dignitosa, contenuto nell'art. 36 Cost., sembra poter valere come parametro di misurazione, in ogni caso, anche della consistenza reale dell'assegno alimentare in questione; v. anche C. Iannello, *La sentenza n. 14 del 2023 della Corte Costituzionale*, cit., p. 14. Nell'elaborazione giurisprudenziale, a favore del riconoscimento dell'assegno i giudici fanno leva sul bilanciamento e sulla natura non disciplinare della sospensione applicata: v. Tar Lazio, sez. V, 25 febbraio 2022, n. 1240; Tar Marche, sez. I, 19 marzo 2022, n. 109 (Decreto del Presidente).

³¹ V. G. Cerrina Feroni, *Obblighi vaccinali, conseguenze del mancato assolvimento e Costituzione. Una lettura critica delle sentenze della Corte costituzionale n. 14 e 15 del 2023*, in questa rivista, 2023, p. 245 ss.

7. Allentare la pressione sui diritti dei lavoratori per ritornare alla centralità del lavoro nella società democratica

I rilievi critici innanzi esposti inducono, sul piano interpretativo, a meditare una conclusione più ampia e generale, che abbia la pretesa, come accennato in apertura, di collocarsi stabilmente “oltre la fase dell’emergenza pandemica” e che investa frontalmente la dimensione giuslavoristica.

Il lascito della lunga fase emergenziale è stato quello di una *pressione* costante che il legislatore ha esercitato sui diritti dei lavoratori, fondandosi sulla giustificazione della istanza di salvaguardia della dimensione collettiva della salute (art. 32, comma 2, Cost.). Di certo, al legislatore l’ordinamento ha affidato il giudizio sulle condotte dei prestatori di lavoro in funzione dell’attuazione dell’istanza di prevenzione sanitaria, ma ciò non ha mai implicato – è bene precisare – l’abbandono del principio secondo il quale siffatta difficile e complicata interazione tra “individuale” e “collettivo” dovesse esprimersi pur sempre in una logica di bilanciamento “umano” dei diritti in gioco.

Questo è il punto cruciale sul quale riflettere oggi.

Un recente contributo di Valerio Maio riporta al centro del dibattito tra gli studiosi proprio il concetto fondamentale dell’anteriorità della persona, della sua visione integrale e dell’integrazione che essa subisce in un pluralismo sociale³², sottolineando la necessità di un aggiornamento del principio “personalista” che permea il rapporto di lavoro e, aggiungerei, per questa via, di una vera e propria depurazione di quegli effetti deleteri, dannosi e perciò insostenibili della pressione legislativa cui innanzi si faceva riferimento.

Proprio in ragione dei tumultuosi cambiamenti in atto, acuiti dall’emergenza pandemica, occorre muovere nella direzione di “riumanizzare” il lavoro, prestando attenzione a quella indefettibile *dimensione relazionale* che, non senza difficoltà teoriche, ci consente pur sempre di distinguere la prospettiva personalistica, tutelata in Costituzione, da quella invece meramente individualistica. Se è compito

³² V. Maio, *Statuto dei lavoratori e principio personalista. Riflessioni sul Titolo primo della legge n. 300 del 1970 a cinquant’anni dalla sua approvazione*, in A. Bellavista, M. Marinelli (a cura di), *Studi in onore di Alessandro Garilli*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 646.

della Repubblica rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana, il diritto del lavoro non può mai rinunciare a questo suo compito: distinguere tra relazioni che, almeno prospetticamente ed in base all'esperienza, possono ritenersi *personalizzanti*, perché idonee a realizzare, completare e sviluppare la persona e relazioni invece *depersonalizzanti*, in quanto alienanti, cioè idonee a isolare, limitare, far regredire la persona³³.

Per questa via, bisogna allora abbandonare definitivamente logiche antitetiche alla descritta dimensione relazionale, che, in una sorta di ribaltamento teorico, finiscano per attribuire centralità alla sfera volitiva del singolo prestatore di lavoro subordinato, quale origine e causa di trattamenti a sé sfavorevoli, aggravando la sua già strutturale e riconosciuta debolezza contrattuale.

Al centro dell'elaborazione interpretativa occorre rimettere la "persona che lavora", nella accennata dimensione relazionale in quanto costitutiva della democrazia.

³³ Ancora V. Maio, *Statuto dei lavoratori e principio personalista*, cit., p. 655.