

Tutela della salute nel lavoro: fra tradizione ed innovazioni al tempo del Covid-19.**

di Michele De Luca**

SOMMARIO:

- 1.Tutela della salute nel lavoro fra tradizione e innovazioni: impostazione del tema d'indagine.
- 2.Segue: tra autodeterminazione individuale del lavoratore ed obbligo di sicurezza del datore di lavoro.
- 3.Segue: riserva di legge per *trattamenti sanitari obbligatori*.
- 4.Segue: *competenza legislativa* dello stato.
- 5.Segue: *lettura* della legislazione emergenziale alla luce della disciplina precedente e viceversa.

* Rielaborazione ed ampliamento – con il corredo di note essenziali minime– della relazione da remoto al seminario su Diritti e obblighi di protezione della salute del lavoratore: profili giuslavoristici e costituzionali – nell'ambito del Curriculum di diritto e processo del lavoro 2021 – organizzato da Università degli studi di Bologna Scuola superiore di studi giuridici in collaborazione con: Scuola superiore della magistratura – Struttura decentrata territoriale della Corte d'appello di Bologna; AGER – Associazione avvocati giuslavoristi dell'Emilia Romagna; AGI-associazione giuslavoristi italiani-sezione di Bologna(Bologna, 19 luglio 2021).

** Già Presidente titolare della sezione lavoro della Corte di cassazione.

1. Tutela della salute nel lavoro fra tradizione e innovazioni: impostazione del tema d'indagine.

1.1. In principio, è la duplice *dimensione* – individuale e collettiva – della tutela della salute. È la stessa costituzione (articolo 32) a configurare la salute, appunto, *come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività*.¹

Coerenti le implicazioni per la tutela della salute (anche) nel lavoro.

La duplice *dimensione* – individuale e collettiva – sembra costituirne, infatti, *punto di sintesi*. Valga, tuttavia, il vero.

1.2. Intanto l'*autodeterminazione individuale* del lavoratore in materia sanitaria – anche nel suo contenuto di *libertà di cura* – deve essere, all'evidenza, *contemperata* con l'interesse collettivo alla tutela della salute.²

Coerente risulta l'*obbligo di prevenzione* (art. 20 decreto legislativo 81 del 2008), che impone al lavoratore di *“prendersi cura della propria salute e sicurezza e di quella delle altre persone presenti sul luogo di lavoro, su cui ricadono gli effetti delle sue azioni od omissioni, conformemente alla sua formazione, alle istruzioni e ai mezzi forniti dal datore di lavoro”*.

Volto alla protezione di entrambi gli interessi – individuale, appunto, e collettivo – risulta, parimenti, l'obbligo di sicurezza del datore di lavoro (articolo 2087 c.c.).

La *struttura aperta* della stessa norma codicistica – che impone l'adozione di tutte le misure idonee a prevenire i rischi (sia endogeni che esogeni) – pare, tuttavia, delimitata – al tempo del Covid -19 – dai *protocolli condivisi e legificati*: la loro osservanza, infatti, sembra escludere la responsabilità del datore di lavoro.³

Parimenti funzionale alla prevenzione degli stessi rischi, ne risultano la redazione e l'aggiornamento – in relazione alla evoluzione del contesto – del *documento di valutazione*, nell'adempimento dell'*obbligo strumentale* imposto al datore di lavoro.

Né può essere trascurata la coerenza – con il dovere di solidarietà (art. 2 cost.) – della protezione della salute come *interesse della collettività*.

¹ Vedi, da ultimo, Alessandra Mazzola, *Il diritto alla salute tra dimensione individuale e dovere sociale*, in Consulta on line del 22 luglio 2021, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

² Sul punto, vedi, per tutte, Corte costituzionale 18 gennaio 2018, numero 5. In Foro it., 2018, I, 710, n. PASCUZZI; Giur. costit., 2018, 38, n. PINELLI; Rass. dir. civ., 2019, 599, n. MAISTO.; Corte cost., 23-06-1994, n. 258, in Foro it. 1995, I, 1451 con nota di richiami.

³ Vedi, per tutti, M.T. CARINCI; *Back to work al tempo del Coronavirus e obbligo di sicurezza del datore di lavoro. I test sierologici rapidi*, ADAPT, Workin paper n. 3, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

Del pari rilevanti risultano, poi, le suggestioni che rivengono dal diritto e dalla giurisprudenza comunitari (ed ora eurounitari): una *sentenza di condanna* – per così dire – della Repubblica italiana ha contribuito, infatti, ad incentivare ed orientare la evoluzione più recente della nostra legislazione in materia di sicurezza e salute nel lavoro (vedi *infra*).

1.3. La *riserva di legge* – stabilita, contestualmente, per l'imposizione di *trattamenti sanitari* (art. 32, secondo comma, cost.) – sembra parimenti volta a garantire la tutela della salute in entrambe le dimensioni ⁴.

Non pare, tuttavia, *riserva assoluta di legge*.

Fonti secondarie, pertanto, possono imporre *trattamenti sanitari*, sia pure *sulla base della legge*. ⁵

La *riserva di legge* riguarda, peraltro, soltanto i *trattamenti sanitari obbligatori*, non già l'intera materia sanitaria.

Resta affidata, poi, alla *discrezionalità* del decisore politico ogni scelta non solo sul *se*, ma anche sul *come* della imposizione del trattamento sanitario.

La *obbligatorietà* si coniuga, in tale prospettiva, con la *raccomandazione* o la *incentivazione* del trattamento.

Coerente con univoche suggestioni comparatistiche, la scelta del decisore riposa su indicazioni della scienza medica e sulla valutazione della gravità del rischio sanitario paventato e dei comportamenti spontanei della collettività in ordine al trattamento sanitario volto a contrastare lo stesso rischio.

1.4. La pandemia, all'evidenza, non ha immutato il riparto di *competenza legislativa* tra stato e regioni (articolo 117 cost.).

Per quel che qui interessa, resta la *potestà legislativa* dello stato relativa a:

⁴ Sul punto vedi, per tutte, Corte costituzionale 18 gennaio 2018, numero 5, cit.: Corte cost., 23-06-1994, n. 258, cit. In dottrina, vedi, per tutti, P. ALBI, *Sicurezza sul lavoro e sistema civile*, ((articolo 2087 c.c.)), in G. NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, UTET, 2015, 147 ss.; M.T. CARINCI; *Back to work al tempo del Coronavirus e obbligo di sicurezza del datore di lavoro. I test sierologici rapidi*, ADAPT, Workin paper n. 3. Ad entrambi si rinvia per riferimenti ulteriori.

⁵ Significativi risultano, al tempo del Covid-19, i DPCM ed altre fonti secondarie (quali decreti del Ministro della salute) – anche nella soggetta materia – *sulla base di legge* o di decreti legge poi convertiti. Sul punto, vedi: P. PASCUCCI, *Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro: novità e conferme nello ius superveniens del dPCM 22 marzo 2020 e soprattutto del d.l.n 19/2020*, in DSL, 2020, n.1, 117 ss., spec. 123 ss..

principi fondamentali nella materia - di *competenza concorrente* - di tutela della salute (comma 3, ultimo periodo); *livelli essenziali* di assistenza (comma 2, lettera m); *profilassi internazionale* (comma 2, lettera q).

Assume particolare rilievo, tuttavia, la materia della *profilassi internazionale*.

Forma oggetto, infatti, di sentenza di accoglimento della Corte costituzionale, previa sospensione della legge regionale che ne risulta investita (vedi *infra*).

1.5. L'emergenza pandemica ha enfatizzato i problemi (anche) giuridici – in materia di tutela della salute nel lavoro – offrendo occasioni preziose per approfondirne ed affinarne le soluzioni.

In tale prospettiva, va considerato, tuttavia, che la legislazione emergenziale ⁶ – pur introducendo innovazioni, anche nella soggetta materia – si innesta sulla disciplina ordinaria pregressa della stessa materia, mutuandone suggestioni sia sul piano delle fattispecie che su quello degli effetti.

Coerentemente, la disciplina medesima – e la relativa elaborazione dottrina e giurisprudenziale – non può essere trascurata.

Assume, infatti, palese rilievo al fine di *ottimizzarne* la lettura, anche alla luce di suggestioni rivenienti dalla legislazione emergenziale sopravvenuta (vedi *infra*).

E consente, nel contempo, la lettura della stessa legislazione emergenziale, valorizzandone l'innesto nella tradizione.

Si tratta di scelta di metodo – all'evidenza virtuosa ed ineludibile – che non sempre ha ricevuto seguito o, comunque, riscontro puntuale nella *lettura* della legislazione emergenziale.

Da un lato, la *lettura del blocco dei licenziamenti al tempo del Covid-19* – pure essendone la disciplina innestata sul nostro sistema di tutela contro i licenziamenti – ne ha, talora, malinteso la stessa nozione legale di *licenziamento per giustificato motivo oggettivo ai sensi dell'articolo 3 della legge 604/66* – e ne ha ignorato la estraneità ai limiti di applicazione

⁶ Sul punto, vedi, per tutti, R. GUARINIELLO, *La sicurezza sul lavoro al tempo del coronavirus*, Wolters Kluwer, 2020, ebook, p. 10 ss.; A. INGRAO, *C'è il COVID, ma non adeguati dispositivi di protezione: sciopero o mi astengo?*, in Giustiziavivile.com, 18 marzo 2020, p. 4; R. DUBINI, *COVID-19: sulla valutazione dei rischi da esposizione ad agenti biologici*, in Punto sicuro, 2 marzo 2020; M. GALLO, *Coronavirus, obblighi del datore per tutelare i lavoratori a contatto con il pubblico*, in Guida al lavoro, 2020, n. 10, p. 13; F. BACCHINI, *Controlli sanitari sui lavoratori al tempo del COVID-19*, in Giustiziavivile.com, 18 marzo 2020, pp. 3-4.; P. PASCUCCI, *Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra "raccomandazioni" e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale?*, in DSL, 2019, n. 2, p. 98 ss.; ID., *Sistema di prevenzione aziendale, emergenza coronavirus ed effettività*, in Giustiziavivile.com, 2020, n. 3, 17 marzo 2020; ID., *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 DSL, 2020, n. 1, p. 117 ss

imposti per la *disciplina limitativa dei licenziamenti* (ai sensi della legge 604 del 1966: art. 10 in relazione agli articoli 2-8) – discostandosi da una elaborazione costante più che cinquantennale (a cominciare da Corte cost. 7/1958, 45/1965, 121/72).⁷

Al contrario, una recente ordinanza del Tribunale di Modena ⁸ – in tema di obbligo vaccinale degli operatori sanitari – *proietta la luce* della *disciplina emergenziale* sopravvenuta, nella stessa materia, sulla *interpretazione evolutiva* – nella accezione recentemente accolta dalle sezioni unite civili della Corte di cassazione – della disciplina applicabile *ratione temporis*. Ne risulta confermato, viepiù. il significato della stessa disciplina, quale era emerso all'esito della applicazione di altri canoni ermeneutici (letterale, teleologico, sistematico).

2.Segue: tra autodeterminazione individuale del lavoratore ed obbligo di sicurezza del datore di lavoro.

2.1. L'*autodeterminazione individuale* del lavoratore in materia sanitaria – anche nel suo contenuto di *libertà di cura* – deve essere, all'evidenza, *contemperata* con l'interesse collettivo alla tutela della salute.

Coerente risulta – come pure è stato anticipato - l'*obbligo di prevenzione* posto a carico del lavoratore (art. 20 decreto legislativo 81 del 2008).

Impone, infatti, al lavoratore (comma 1) l'obbligo di *“prendersi cura della propria salute e sicurezza e di quella delle altre persone presenti sul luogo di lavoro, su cui ricadono gli effetti delle sue azioni od omissioni, conformemente alla sua formazione, alle istruzioni e ai mezzi forniti dal datore di lavoro”*.

I comportamenti *particolari* – contestualmente imposti al lavoratore (comma 2) ⁹ – ne confermano la destinazione a garantire, da un lato, la tutela della salute – nella duplice

⁷ Vedi M.DE LUCA, *Blocco dei licenziamenti al tempo del Covid-19: alla ricerca delle tipologie di licenziamento che ne risultano investite* (note minime), in *Variazioni su temi di diritto del lavoro (VTDL)*, 2020, n. 4; ID., *Condizionalità ed ipotesi di esclusione* (dalla seconda proroga) del *blocco dei licenziamenti al tempo del Covid-19: molto rumore per* (quasi) *nulla* (note minime), in corso di pubblicazione in *Variazioni su temi di diritto del lavoro (VTDL)*, 2021, n.2, già pubblicato (in un testo in progressivo aggiornamento) in: CSDLE WP 434/2021; cassazione.net del 18 febbraio 2021; europeanrights.eu. del 15 marzo 2021; ID., *Il blocco dei licenziamenti, un anno dopo: è tempo di bilanci*, in *Lav. giur.* n. 5/2021; ID. *Per ogni problema complesso esiste una soluzione semplice, che in genere è quella sbagliata: il licenziamento dei dirigenti nel blocco Covid* (nota a margine di Trib. Roma 15 aprile 2021), in corso di pubblicazione in *Labor*, 2021; CSDLE newsletter 17 maggio 2021. Agli stessi contributi si rinvia per riferimenti ulteriori.

⁸ Trib. Modena, ordinanza 19 maggio 2021 (in Cassazione. net, 12 luglio 2021, con nota di D. FERRARA), ora *confermata* dallo stesso Tribunale – in formazione collegiale – con ordinanza del 23 luglio 2021

⁹ Il comma 2 sancisce testualmente:

“2. I lavoratori devono in particolare:

a) contribuire, insieme al datore di lavoro, ai dirigenti e ai preposti, all'adempimento degli obblighi previsti a tutela della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro;

b) osservare le disposizioni e le istruzioni impartite dal datore di lavoro, dai dirigenti e dai preposti, ai fini della protezione collettiva ed individuale;

c) utilizzare correttamente le attrezzature di lavoro, le sostanze e le miscele pericolose, i mezzi di trasporto, nonché i dispositivi di sicurezza (1);

d) utilizzare in modo appropriato i dispositivi di protezione messi a loro disposizione;

dimensione individuale e collettiva – ed a contrastare, dall’altro, rischi sia endogeni che esogeni.

2.2. Parimenti volto alla protezione di entrambi gli interessi – individuale, appunto, e collettivo – risulta l’obbligo di sicurezza del datore di lavoro (articolo 2087 c.c.).

La *struttura aperta* della stessa norma codicistica – che impone l’adozione delle misure idonee a prevenire i rischi (sia endogeni che esogeni) ¹⁰ – pare, tuttavia, delimitata – al tempo del Covid -19 – dai *protocolli condivisi e legificati*: la loro osservanza, infatti, sembra escludere la responsabilità del datore di lavoro.

Parimenti funzionale alla prevenzione degli stessi rischi, ne risultano la redazione e l’aggiornamento – in relazione alla evoluzione del contesto ¹¹ – del *documento di valutazione*, nell’adempimento dell’*obbligo strumentale* imposto al datore di lavoro.

Palese ne risulta, comunque, la coerenza con i limiti - alla libertà di iniziativa economica privata - imposti dalla costituzione, laddove (articolo 41, secondo comma) stabilisce che “*non può svolgersi (...) in modo da recare danno alla sicurezza (...)*”.

2.3. Non può essere, all’evidenza, trascurata la coerenza – con il *dovere di solidarietà* (art. 2 cost.) – della protezione della salute come *interesse della collettività*.

Né la rilevanza – parimenti anticipata - delle suggestioni rivenienti dal diritto¹² e dalla giurisprudenza comunitari (ed ora eurounitari).

Particolare rilievo assume, in tale prospettiva, la *sentenza di condanna* – per così dire – della Repubblica italiana ¹³ , che risulta così *massimata*:

e) segnalare immediatamente al datore di lavoro, al dirigente o al preposto le deficienze dei mezzi e dei dispositivi di cui alle lettere c) e d), nonché qualsiasi eventuale condizione di pericolo di cui vengano a conoscenza, adoperandosi direttamente, in caso di urgenza, nell’ambito delle proprie competenze e possibilità e fatto salvo l’obbligo di cui alla lettera f) per eliminare o ridurre le situazioni di pericolo grave e imminente, dandone notizia al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza;

f) non rimuovere o modificare senza autorizzazione i dispositivi di sicurezza o di segnalazione o di controllo;

g) non compiere di propria iniziativa operazioni o manovre che non sono di loro competenza ovvero che possono compromettere la sicurezza propria o di altri lavoratori;

h) partecipare ai programmi di formazione e di addestramento organizzati dal datore di lavoro;

i) sottoporsi ai controlli sanitari previsti dal presente decreto legislativo o comunque disposti dal medico competente.

¹⁰ M.T. CARINCI, *op. cit.* ed, ivi, riferimenti ulteriori.

¹¹ Sul punto vedi per tutte, Cass. 24 giugno 2019, n. 16835, che risulta così *massimata*: “In materia di rapporto di lavoro a tempo determinato, grava sul datore di lavoro l’onere probatorio circa l’effettuato aggiornamento del documento di valutazione dei rischi, correlato ad adeguamenti necessari in ragione di mutamenti dell’organizzazione aziendale; tuttavia, avvenuta la produzione del documento in questione da parte del datore di lavoro, è onere del lavoratore allegare, in primo grado anche in replica alla produzione avversaria, gli elementi da cui desumere l’inadeguatezza di tale documento, costituente fatto costitutivo della domanda”.

¹² Direttiva 89/391 (“direttiva quadro” sulla SSL) del 12 giugno 1989 concernente l’attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro (in prosieguo: “direttiva quadro”); successive modifiche ed integrazioni.

¹³ Corte just. 15 novembre 2001 in causa49/2000 (FI 2002, IV, 18). Sulla stessa pronuncia, vedi, per tutti, Carlo Smuraglia, *Sicurezza del lavoro e obblighi comunitari i ritardi dell’Italia nell’adempimento e le vie per uscirne*, in *Riv. It, dir, lavoro*, 2002, I, 183.

“Non avendo prescritto che il datore di lavoro debba valutare tutti i rischi per la salute e la sicurezza esistenti sul luogo di lavoro, avendo consentito al datore di lavoro di decidere se fare o meno ricorso a servizi esterni di protezione e di prevenzione quando le competenze interne all'impresa sono insufficienti, non avendo definito le capacità e le attitudini di cui devono essere in possesso le persone responsabili delle attività di protezione e di prevenzione dei rischi professionali per la salute e la sicurezza dei lavoratori, la repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che ad essa incombono in forza degli art. 6, n. 3, lett. a), e 7, n. 3, 5 e 8, direttiva del consiglio 12 giugno 1989 n. 89/391/Cee, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro.

La disposizione di cui all'art. 4, 1° comma, d.leg. n. 626 del 1994, la quale pone l'obbligo del datore di lavoro di valutare i rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori sui luoghi di lavoro con espresso e limitato riferimento alle ipotesi ivi previste, costituisce non corretta trasposizione nell'ordinamento nazionale del disposto dell'art. 6, n. 3, lett. a), della direttiva n. 391/89/Cee, che pone un obbligo generale per il datore di lavoro di valutare l'insieme dei rischi sopra indicati, senza limitazione ad alcune specifiche fattispecie

La disposizione di cui all'art. 8, 5° comma, d.leg. n. 626 del 1994, la quale prevede la facoltà e non l'obbligo del datore di lavoro di ricorrere, in caso di insufficienza di competenze interne all'azienda, a persone e servizi esterni per la protezione e la prevenzione di rischi professionali, non costituisce corretta trasposizione nell'ordinamento nazionale della disposizione recata dall'art. 7, n. 3, della direttiva n. 391/89/Cee, che detto ricorso all'esterno pone come obbligatorio.

Le disposizioni di cui all'art. 8, 9° e 11° comma, d.leg. n. 626 del 1994, le quali rimettono all'autorità ministeriale la facoltà di stabilire regole in ordine alle competenze dei soggetti responsabili delle attività di protezione e prevenzione dei rischi e stabiliscono l'obbligo dei datori di lavoro di comunicare alle autorità nazionali informazioni sui soggetti responsabili, non costituiscono corretta trasposizione nell'ordinamento nazionale delle disposizioni recate dall'art. 7, n. 5 e 8, della direttiva n. 391/89/Cee, che in materia pongono alcune regole generali e rimettono ai singoli stati membri l'adozione di disciplina di dettaglio chiara e sufficientemente precisa”.

Non può essere negato, infatti, che tale sentenza ha contribuito ad incentivare e ad orientare la evoluzione più recente della nostra legislazione in materia di sicurezza e salute nel lavoro.¹⁴

3. Segue: riserva di legge per *trattamenti sanitari obbligatori*.

3.1. La *riserva di legge* – stabilita per l'imposizione di *trattamenti sanitari* (art. 32, secondo comma, cost.) – sembra affidare alla *discrezionalità* del decisore politico ogni scelta non solo sul *se*, ma anche sul *come*.

La *obbligatorietà* si coniuga, in tale prospettiva, con la *raccomandazione* o la *incentivazione* del trattamento.

Anche in questo caso si impone un bilanciamento equilibrato tra le esigenze di tutela della salute individuale e collettiva, da un lato, e la libertà di cura, dall'altro.

Tuttavia la giurisprudenza costituzionale – in materia di vaccinazioni – “è *salda nell'affermare che la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 Cost.*:

se il trattamento è diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri;

se si prevede che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che è obbligato, salvo che per quelle sole conseguenze che appaiano normali e, pertanto, tollerabili; e se, nell'ipotesi di danno ulteriore, sia prevista comunque la corresponsione di una equa indennità in favore del danneggiato, e ciò a prescindere dalla parallela tutela risarcitoria (sentenze n. 258 del 1994 cit., e n. 307 del 1990, id., 1990, I, 2694).¹⁵

3.2. Resta affidata, tuttavia, alla discrezionalità del decisore politico – secondo la stessa giurisprudenza costituzionale – la scelta non solo sul *se*, ma anche sul *come* imporre il trattamento sanitario.

Coerenti suggestioni – in tal senso – provengono dal panorama comparatistico.

Ad un estremo, si trovano esperienze che ancora di recente hanno conosciuto obblighi vaccinali muniti di sanzione penale (Francia); all'estremo opposto si trovano programmi promozionali massimamente rispettosi dell'autonomia individuale (come nel Regno Unito);

¹⁴ Decreto legislativo n. 81/2008 e successive modifiche

¹⁵ Così, testualmente, Corte cost. 5 del 2018, cit.

nel mezzo, si ravvisa una varietà di scelte diversamente modulate, che comprendono ipotesi in cui la vaccinazione è considerata requisito di accesso alle scuole (come avviene negli Stati Uniti, in alcune comunità autonome in Spagna e tuttora anche in Francia) ovvero casi in cui la legge richiede ai genitori (o a chi esercita la responsabilità genitoriale) di consultare obbligatoriamente un medico prima di operare la propria scelta, a pena di sanzioni pecuniarie (Germania).

Il livello delle coperture vaccinali – alimentato anche dal diffondersi del convincimento circa l'utilità, o meno, delle vaccinazioni – orienta la scelta del decisore politico.

Concorre, tuttavia, la gravità del rischio sanitario da contrastare.

La scelta del decisore politico riposa, in ogni caso, sulle indicazioni della scienza medica.

3.3. Parimenti funzionali alla tutela della salute – nella duplice dimensione individuale e collettiva – pare, altresì, la *obbligatorietà degli accertamenti di sieropositività*.

Risulta stabilita dalla Corte costituzionale¹⁶, che ha dichiarato “*costituzionalmente illegittimo l'art. 5, 3° e 5° comma, l. 5 giugno 1990 n. 135 recante il programma di interventi urgenti per la prevenzione e la lotta contro l'Aids, nella parte in cui non prevede l'obbligatorietà di accertamenti sanitari volti a stabilire l'assenza di sieropositività all'infezione da Hiv come condizione per l'espletamento di attività che comportano rischi per la salute di terzi*”.

3.4. Su tali precedenti – rivenienti dalla legislazione ordinaria pregressa e dalla relativa elaborazione (giurisprudenziale e dottrina) – si innesta la disciplina emergenziale, nella stessa materia, al tempo del Covid-19.

All'evidenza, non se ne può prescindere al fine della corretta *lettura* di entrambe le discipline.

4. Segue: competenza legislativa dello stato.

4.1. La pandemia, all'evidenza, non ha immutato il riparto di *competenza legislativa* tra stato e regioni (articolo 117 cost.).¹⁷

¹⁶ Vedi Corte cost. 2 giugno 1994, n.218, in Foro it., 1995, I, 46, n. IZZO; Riv. giur. lav., 1995, II, 840, n. FASSINA; Riv. trim. dir. pen. economia, 1994, 473, n. RIONDATO; Dir. regione, 1995, 105, n. MAGRI; Dir. lav., 1994, II, 478, n. PIZZUTI Giur. costit., 1994, 1812 e 1995, 559, n. RECCHIA.

¹⁷ L'articolo 117 della Costituzione – per quel che qui interessa – sancisce testualmente

“[I] La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali (2).

[II] Lo Stato ha legislazione esclusiva nelle seguenti materie:

a) politica estera e rapporti internazionali dello Stato; rapporti dello Stato con l'Unione europea; diritto di asilo e condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea;

b) immigrazione;

c) rapporti tra la Repubblica e le confessioni religiose;

d) difesa e Forze armate; sicurezza dello Stato; armi, munizioni ed esplosivi;

Per quel che qui interessa, resta la *potestà legislativa* dello stato relativa a: *principi fondamentali* nella materia – di *competenza concorrente* - di tutela della salute (comma 3, ultimo periodo); *livelli essenziali* di assistenza (comma 2, lettera m); *profilassi internazionale* (comma 2, lettera q).

Assume particolare rilievo al tempo del Covid-19, tuttavia, la materia della *profilassi internazionale*.

Forma oggetto, infatti, di sentenza di accoglimento della Corte costituzionale¹⁸, previa sospensione della legge regionale che ne risulta investita.¹⁹

4.2. La sentenza di accoglimento della Corte costituzionale risulta, infatti, così *massimata*:
“*Va dichiarata la illegittimità costituzionale degli artt. 1, 2, e 4, commi 1, 2 e 3 l. reg. Valle d'Aosta 9 dicembre 2020, n. 11 (Misure di contenimento della diffusione del virus SARS-COV -2 nelle attività sociali ed economiche della Regione autonoma Valle d'Aosta in relazione allo stato d'emergenza); legge regionale impugnata ha dato luogo ad un meccanismo autonomo ed alternativo di gestione dell'emergenza sanitaria, cristallizzando*

e) moneta, tutela del risparmio e mercati finanziari; tutela della concorrenza; sistema valutario; sistema tributario e contabile dello Stato; armonizzazione dei bilanci pubblici; (3) perequazione delle risorse finanziarie;

f) organi dello Stato e relative leggi elettorali; referendum statali; elezione del Parlamento europeo;

g) ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali;

h) ordine pubblico e sicurezza, ad esclusione della polizia amministrativa locale;

i) cittadinanza, stato civile e anagrafi;

l) giurisdizione e norme processuali; ordinamento civile e penale; giustizia amministrativa;

m) determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale;

n) norme generali sull'istruzione;

o) previdenza sociale;

p) legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane (4);

q) dogane, protezione dei confini nazionali e profilassi internazionale;

r) pesi, misure e determinazione del tempo; coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale; opere dell'ingegno;

s) tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali.

[III] Sono materie di legislazione concorrente quelle relative a: rapporti internazionali e con l'Unione europea delle Regioni; commercio con l'estero; tutela e sicurezza del lavoro; istruzione, salva l'autonomia delle istituzioni scolastiche e con esclusione della istruzione e della formazione professionale; professioni; ricerca scientifica e tecnologica e sostegno all'innovazione per i settori produttivi; tutela della salute; alimentazione; ordinamento sportivo; protezione civile; governo del territorio; porti e aeroporti civili; grandi reti di trasporto e di navigazione; ordinamento della comunicazione; produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia; previdenza complementare e integrativa; (5) coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario; valorizzazione dei beni culturali e ambientali e promozione e organizzazione di attività culturali; casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale; enti di credito fondiario e agrario a carattere regionale. Nelle materie di legislazione concorrente spetta alle Regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato (...).”

¹⁸ Corte cost. sentenza n. 37 del 2021, annotata da: G. Marino, Diritto e giustizia, 2021; Beniamino Caravita, La sentenza della Corte sulla Valle d'Aosta: come un bisturi nel burro delle competenze (legislative) regionali, per g.c. di Federalismi.it

Il. Massimiliano Mezzanotte, Pandemia e riparto delle competenze Stato-Regioni in periodi emergenziali, negli Studi 2021/I di questa Rivista, 329; Donatella Morana, Ma è davvero tutta profilassi internazionale? Brevi note sul contrasto all'emergenza pandemica tra Stato e regioni, a margine della sent. n. 37/2021, per g.c. del Forum di Quaderni costituzionali; V. Corrado Caruso, Il regionalismo autarchico è incostituzionale: dal Giudice delle leggi una pronuncia che mettrdine nella gestione territoriale della pandemia, per g.c. di Questione Giustizia; Raffaella Nigro, La sentenza della Corte costituzionale n. 37 del 2021 e il controllo dello Stato sulle questioni di rilievo internazionale, per g.c. di Diritti Regionali

¹⁹ Corte costituzionale, ordinanza n4 del 2921, annotata da Giacomo Menegus, Osservazioni sulla prima sospensione cautelare (ordinanza n. 4/2021) di una legge regionale da parte della Corte costituzionale (e sulla sent. n. 37/2021) per g.c. del Costituzionali

con legge una situazione che la normativa statale consente alle Regioni di gestire esclusivamente in via amministrativa in base al principio di sussidiarietà. A fronte di malattie altamente contagiose in grado di diffondersi a livello globale, ragioni logiche, prima che giuridiche, radicano nell'ordinamento costituzionale l'esigenza di una disciplina unitaria, di carattere nazionale, idonea a preservare l'uguaglianza delle persone nell'esercizio del fondamentale diritto alla salute e a tutelare contemporaneamente l'interesse della collettività”.

5. Segue: lettura della legislazione emergenziale alla luce della disciplina precedente e viceversa.

5.1. La legislazione emergenziale al tempo del Covid -19 – pur introducendo innovazioni, in materia di tutela della salute sul lavoro – si innesta sulla disciplina ordinaria pregressa della stessa materia, mutuandone suggestioni sia sul piano delle fattispecie che su quello degli effetti.

Coerentemente, la disciplina medesima – e la relativa elaborazione dottrina e giurisprudenziale – non può essere trascurata.

Assume, infatti, palese rilievo – come pure è stato anticipato - al fine di *ottimizzarne* la lettura, anche alla luce di suggestioni rivenienti dalla legislazione emergenziale.

E consente, nel contempo, la lettura della stessa legislazione emergenziale, valorizzandone l'innesto nella tradizione.

Si tratta di scelta di metodo – all'evidenza virtuosa ed ineludibile – che ha ricevuto puntuale riscontro, come è stato ricordato, in una recente ordinanza del Tribunale di Modena.²⁰

5.2. Pronunciando sull'obbligo vaccinale di operatori sanitari, infatti, ha *proiettato la luce* della *disciplina emergenziale* sopravvenuta, nella stessa materia, sulla *interpretazione evolutiva* – nella accezione recentemente accolta dalle sezioni unite civili della Corte di cassazione – della disciplina pregressa, applicabile *ratione temporis*.

Ne risulta confermato, viepiù il significato della stessa disciplina, quale era emerso all'esito della applicazione di altri canoni ermeneutici (letterale, teleologico, sistematico).

²⁰ Trib. Modena 19 maggio 2021, cit.

5.3. In principio, è la sentenza delle sezioni unite civili evocata dal Tribunale di Modena.²¹

²¹Vedi Cassazione, sezioni unite civili. 18 gennaio 2021, n. 2061, Laddove (punto 4.3) si legge testualmente:

"4.3. - Giova precisare sin d'ora, in termini più generali (o di sistema) che, ai fini dell'approdo nomofilattico che si ritiene di privilegiare, non è affatto in discussione la forza propulsiva dell'attività interpretativa rimessa al giudice, anche nella sua declinazione di ermeneutica c.d. evolutiva (o storico-evolutiva), affinché l'ordinamento giuridico risponda, in ogni momento, alle esigenze cangianti della realtà socio-economica di riferimento, nei confronti della quale l'interprete deve sempre tendere lo sguardo attento a cogliere l'emersione di nuove ed effettive esigenze meritevoli di tutela.

E l'anzidetto canone interpretativo - che si coordina con gli altri (letterale, teleologico, sistematico) per guidare lo svolgimento dell'interpretazione giuridica, così da costituire un complesso di criteri filtranti la "lettura" delle norme, le quali, in quanto modelli deontici di condotta, necessitano di trovare concreta attuazione e, quindi, di essere immerse nella realtà viva e mutevole dell'ordinamento - può ben esplicare la propria modalità operativa anche nutrendosi del diritto positivo di più recente conio, successivo, dunque, all'assetto regolatorio pertinente alla disciplina da interpretare, gettando su di essa un luce retrospettiva capace di disvelarne senso e orientamento anche differenti da quelli sino ad allora affermati, ove rispondenti alle predette esigenze.

Nè l'interpretazione giuridica così dinamicamente modulata si rende disarmonica con il disegno legislativo degli ultimi tre lustri volto - attraverso le varie riforme del processo civile di legittimità (da cui le disposizioni, introdotte o novellate, dell'art. 360-bis c.p.c., n. 1, art. 363 c.p.c., art. 374 c.p.c., comma 3, e art. 384 c.p.c., comma 1) - ad implementare lo spazio vitale della funzione nomofilattica della Corte di cassazione sempre più nell'ottica valoriale della certezza del diritto e della sicurezza giuridica, a presidio di un trattamento uniforme dei cittadini dinanzi al giudice, quale precipitato immediato del principio di eguaglianza, così da accreditare il "precedente" come regola "forte" di decisione di casi a venire e, dunque, elevandolo a criterio e misura della prevedibilità e calcolabilità riguardo alla decisione di controversie future.

Al "precedente", infatti, è affidato quel grado di stabilità che il dinamismo propulsivo dell'ordinamento giuridico, alimentato dal mutamento dei fattori ambientali (socio-economici) regolati, rende, comunque, solo tendenziale e che l'evoluzione giurisprudenziale sa, per l'appunto, cogliere in un incessante riequilibrio delle condizioni atte a garantire tutela ai beni/interessi che, come detto, a buon ragione la reclamino in termini di effettività proprio attraverso lo jus dicere.

Tuttavia, non può l'attività di interpretazione delle norme, come tale, superare quei limiti che si impongono nel suo svolgimento e che danno la misura della distinzione di piani sui quali operano, rispettivamente, il legislatore e il giudice, tanto da non potersi collocare il "precedente" stesso, seppure proveniente dal giudice di vertice del plesso giurisdizionale (e, dunque, anche se integrativo del parametro legale: art. 360 bis c.p.c., n. 1), allo stesso livello della cogenza che esprime, per statuto, la fonte legale (cfr. anche Corte Cost., sent. n. 230 del 2012), alla quale il giudice è (soltanto) soggetto (art. 101 Cost., comma 2).

Il legislatore, infatti, "introduce nell'ordinamento un quid novi che rende obbligatorio per tutti un precetto o una regola di comportamento"; il giudice, come detto, "applica al caso concreto la legge intesa secondo le comuni regole dell'ermeneutica (Corte Cost. n. 155 del 1990) e in tal modo ne disvela il significato corretto, pur sempre insito nella stessa, in un dato momento storico, quale espressione di un determinato contesto sociale e culturale" (Cass., S.U., n. 4135/2019).

È in tal senso, pertanto, che la funzione assolta dalla giurisprudenza è di natura "dichiarativa", giacché riferita ad una preesistente disposizione di legge, della quale è volta a riconoscere l'esistenza e l'effettiva portata, "con esclusione formale di un'efficacia direttamente creativa" (Cass., 25 febbraio 2011, n. 4687; Cass., S.U., 24 aprile 2004, n. 21095).

4.3. - Giova precisare sin d'ora, in termini più generali (o di sistema) che, ai fini dell'approdo nomofilattico che si ritiene di privilegiare, non è affatto in discussione la forza propulsiva dell'attività interpretativa rimessa al giudice, anche nella sua declinazione di ermeneutica c.d. evolutiva (o storico-evolutiva), affinché l'ordinamento giuridico risponda, in ogni momento, alle esigenze cangianti della realtà socio-economica di riferimento, nei confronti della quale l'interprete deve sempre tendere lo sguardo attento a cogliere l'emersione di nuove ed effettive esigenze meritevoli di tutela.

E l'anzidetto canone interpretativo - che si coordina con gli altri (letterale, teleologico, sistematico) per guidare lo svolgimento dell'interpretazione giuridica, così da costituire un complesso di criteri filtranti la "lettura" delle norme, le quali, in quanto modelli deontici di condotta, necessitano di trovare concreta attuazione e, quindi, di essere immerse nella realtà viva e mutevole dell'ordinamento - può ben esplicare la propria modalità operativa anche nutrendosi del diritto positivo di più recente conio, successivo, dunque, all'assetto regolatorio pertinente alla disciplina da interpretare, gettando su di essa un luce retrospettiva capace di disvelarne senso e orientamento anche differenti da quelli sino ad allora affermati, ove rispondenti alle predette esigenze.

Nè l'interpretazione giuridica così dinamicamente modulata si rende disarmonica con il disegno legislativo degli ultimi tre lustri volto - attraverso le varie riforme del processo civile di legittimità (da cui le disposizioni, introdotte o novellate, dell'art. 360-bis c.p.c., n. 1, art. 363 c.p.c., art. 374 c.p.c., comma 3, e art. 384 c.p.c., comma 1) - ad implementare lo spazio vitale della funzione nomofilattica della Corte di cassazione sempre più nell'ottica valoriale della certezza del diritto e della sicurezza giuridica, a presidio di un trattamento uniforme dei cittadini dinanzi al giudice, quale precipitato immediato del principio di eguaglianza, così da accreditare il "precedente" come regola "forte" di decisione di casi a venire e, dunque, elevandolo a criterio e misura della prevedibilità e calcolabilità riguardo alla decisione di controversie future.

Al "precedente", infatti, è affidato quel grado di stabilità che il dinamismo propulsivo dell'ordinamento giuridico, alimentato dal mutamento dei fattori ambientali (socio-economici) regolati, rende, comunque, solo tendenziale e che l'evoluzione giurisprudenziale sa, per l'appunto, cogliere in un incessante riequilibrio delle condizioni atte a garantire tutela ai beni/interessi che, come detto, a buon ragione la reclamino in termini di effettività proprio attraverso lo jus dicere.

Tuttavia, non può l'attività di interpretazione delle norme, come tale, superare quei limiti che si impongono nel suo svolgimento e che danno la misura della distinzione di piani sui quali operano, rispettivamente, il legislatore e il giudice, tanto da non potersi collocare il "precedente" stesso, seppure proveniente dal giudice di vertice del plesso giurisdizionale (e, dunque, anche se integrativo del parametro legale: art. 360 bis c.p.c., n. 1), allo stesso livello della cogenza che esprime, per statuto, la fonte legale (cfr. anche Corte Cost., sent. n. 230 del 2012), alla quale il giudice è (soltanto) soggetto (art. 101 Cost., comma 2).

Il legislatore, infatti, "introduce nell'ordinamento un quid novi che rende obbligatorio per tutti un precetto o una regola di comportamento"; il giudice, come detto, "applica al caso concreto la legge intesa secondo le comuni regole dell'ermeneutica (Corte Cost. n. 155 del 1990) e in tal modo ne disvela il significato corretto, pur sempre insito nella stessa, in un dato momento storico, quale espressione di un determinato contesto sociale e culturale" (Cass., S.U., n. 4135/2019).

Per quel che qui interessa, infatti, ne risulta:

- “(...) la forza propulsiva dell'attività interpretativa rimessa al giudice, anche nella sua declinazione di ermeneutica c.d. evolutiva (o storico-evolutiva), affinché l'ordinamento giuridico risponda, in ogni momento, alle esigenze cangianti della realtà socio-economica di riferimento (...);

- “ l'anzidetto canone interpretativo - che si coordina con gli altri (letterale, teleologico, sistematico) per guidare lo svolgimento dell'interpretazione giuridica, così da costituire un complesso di criteri filtranti la "lettura" delle norme, le quali, in quanto modelli deontici di condotta, necessitano di trovare concreta attuazione e, quindi, di essere immerse nella realtà viva e mutevole dell'ordinamento - può ben spiegare la propria modalità operativa anche nutrendosi del diritto positivo di più recente conio, successivo, dunque, all'assetto regolatorio pertinente alla disciplina da interpretare, gettando su di essa un luce retrospettiva capace di disvelarne senso e orientamento anche differenti da quelli sino ad allora affermati, ove rispondenti alle predette esigenze”.

5.4. In coerenza con le indicazioni delle sezioni unite, pare agevole – sulla falsariga del Tribunale di Modena²² - *gettare una luce retrospettiva* - proveniente dalla vigente disciplina *emergenziale* in materia di *obbligo vaccinale* degli esercenti professioni sanitarie e degli operatori sanitari²³ - sulla disciplina pregressa nella stessa od analoga materia (vedi *retro*). Ne risulta che la legislazione emergenziale sia niente altro che la evoluzione diacronica della legislazione ordinaria pregressa nella stessa materia.

C'è da domandarsi se gli obblighi di prevenzione posti a carico del lavoratore e l'obbligo di sicurezza del datore di lavoro contenessero già quanto stabilito dalla legislazione emergenziale sopravvenuta.²⁴

È in tal senso, pertanto, che la funzione assolta dalla giurisprudenza è di natura "dichiarativa", giacché riferita ad una preesistente disposizione di legge, della quale è volta a riconoscere l'esistenza e l'effettiva portata, "con esclusione formale di un'efficacia direttamente creativa" (Cass., 25 febbraio 2011, n. 4687; Cass., S.U., 24 aprile 2004, n. 21095)".

²² Vedine l'ordinanza citata, laddove si legge testualmente:

“Deve darsi atto poi di un apprezzabile orientamento, maturato precedentemente all'avvento della novella, che aveva raggiunto conclusioni equiparabili a quelle cui è pervenuto il Legislatore. È stato precisato che nell'ambito di un rapporto di lavoro contrassegnato dal disimpegno di mansioni a contenuto sanitario (.....), la protezione e la salvaguardia della salute dell'utenza rientri nell'oggetto della prestazione esigibile. Tutela della salute dell'utenza, penetrata nella struttura del contratto tanto da qualificare la prestazione lavorativa, che non può che attuarsi (anche) mediante la sottoposizione al trattamento sanitario del vaccino contro il virus Sars Cov-2. Con la conseguenza per cui un ingiustificato contegno astensivo rende la prestazione (ove tramontata la possibilità di ricollocamento aliunde) inutile, irricevibile da parte del datore di lavoro”.

²³ Articolo 4 del decreto 44 del 2021, nel testo coordinato con la legge di conversione.

²⁴L'ordinanza de Tribunale di Modena, citata, sembra dare soluzione positiva all'interrogativo: il nodo resta, tuttavia, problematico.

Comunque la configurazione come “*requisito essenziale (.....) delle prestazioni lavorative dei soggetti obbligati*”, in caso di inadempienza – stabilita, esplicitamente, dalla *legislazione emergenziale* impositiva dell’obbligo vaccinale per gli *esercenti professioni sanitarie e per gli operatori di interesse sanitario* - risulta, tuttavia, implicita – alla luce di principi civilistici – per qualsiasi altra inadempienza – nella prestazione lavorativa – di obblighi, parimenti, imposti dalla legislazione (anche) pregressa.

Del pari alla luce di principi civilistici, la *sospensione dal diritto di svolgere prestazioni o mansioni* senza ricevere retribuzione od altro compenso – stabilita, esplicitamente, dalla legislazione emergenziale per l’inadempimento dell’obbligo vaccinale – risulta implicito per il difetto di qualsiasi altro requisito, parimenti essenziale, delle *prestazioni lavorative*.

Non trovano, invece, applicazione estensiva – al di fuori della stessa *legislazione emergenziale* – le norme procedurali, che ne risultano previste, per l’accertamento dei soggetti gravati dall’obbligo vaccinale e degli inadempimenti dello stesso obbligo, in funzione del sistema sanzionatorio prospettato (sospensione della prestazione lavorativa, appunto, senza compenso).

5.5. L’esaminata *legislazione emergenziale* – in materia di obbligo vaccinale per gli *esercenti professioni sanitarie e per gli operatori di interesse sanitario* ²⁵ – risulta rispettosa, poi, dei principi, che *governano* – per quanto si è detto (vedi *retro*) - l’imposizione di *trattamenti sanitari* (art. 32, secondo comma, Cost.)

Resta affidata, infatti, alla *discrezionalità* del decisore politico – per quanto si è detto - ogni scelta non solo sul *se*, ma anche sul *come* della imposizione del trattamento sanitario.

La *obbligatorietà* si coniuga, in tale prospettiva, con la *raccomandazione* o la *incentivazione* del trattamento.

E la scelta del legislatore nel caso di specie – per la *obbligatorietà della vaccinazione*, appunto – risulta, da un lato, coerente con univoche suggestioni comparatistiche e riposa, dall’altro, su indicazioni della scienza medica e sulla valutazione della gravità del rischio sanitario paventato e dei comportamenti spontanei della collettività in ordine al trattamento sanitario volto a contrastare lo stesso rischio.

²⁵ Articolo 4 del decreto 44 del 2021, nel testo coordinato con la legge di conversione.

Sussistono, peraltro, le *condizioni* alle quali la giurisprudenza costituzionale subordina – per quanto si è detto – la compatibilità, con l’articolo 32 della costituzione, delle leggi impositive di trattamenti sanitari.

Anche nella specie, infatti, *“il trattamento è diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri”*.

Né manca la considerazione della *incidenza* – del trattamento imposto - *sullo stato di salute di colui che è obbligato*, esonerandolo dal trattamento, nel caso di *incidenza negativa* sul suo stato di salute.