

IL RUOLO DELL'AUTORITA' GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI NEL DIBATTITO SUL POTERE DATORIALE DI IMPORRE L'OBBLIGO VACCINALE ANTI COVID-19

Nei giorni scorsi l'Autorità Garante per la Protezione dei Dati Personali ha pubblicato sul sito istituzionale le FAQ concernenti il trattamento di dati relativi alla vaccinazione anti Covid-19 nel contesto lavorativo, chiarendo che:

(i) Il datore di lavoro non può chiedere ai propri dipendenti di fornire informazioni sul proprio stato vaccinale o copia di documenti che comprovino l'avvenuta vaccinazione anti Covid-19, poiché ciò non è consentito né dalle disposizioni dell'emergenza, né dalla disciplina in materia di tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro.

Inoltre, è **illecito il trattamento dei dati relativi alla vaccinazione anche se effettuato sulla base del consenso del dipendente**, non potendo il consenso costituire in tal caso una valida condizione di liceità in ragione dello squilibrio del rapporto tra titolare e interessato nel contesto lavorativo.

Al riguardo, si richiama il Considerando 43 del Reg. EU 2016/679, secondo cui qualora esista un grave squilibrio tra l'interessato e il titolare del trattamento è opportuno che il consenso non costituisca valido fondamento giuridico per il trattamento dei dati personali.

(ii) Il datore di lavoro non può chiedere al medico competente i nominativi dei dipendenti vaccinati. Solo il medico competente può infatti trattare i dati sanitari dei lavoratori e tra questi, se del caso, le informazioni relative alla vaccinazione, nell'ambito della sorveglianza sanitaria e in sede di verifica dell'idoneità alla mansione specifica di cui agli artt. 25, 39, comma 5, e 41, comma 4, d.lgs. n. 81/2008.

Il datore di lavoro può invece acquisire, in base al quadro normativo vigente, i soli giudizi di idoneità alla mansione specifica e le eventuali prescrizioni e/o limitazioni in essi riportati.

(iii) La vaccinazione anti Covid-19 dei dipendenti non può essere richiesta come condizione per l'accesso ai luoghi di lavoro e per lo svolgimento di determinate mansioni (ad es. in ambito sanitario). Nell'attesa di un intervento del legislatore nazionale che, nel quadro della situazione epidemiologica in atto e sulla base delle evidenze scientifiche, valuti se porre la vaccinazione anti Covid-19 come requisito per lo svolgimento di determinate professioni, attività lavorative e mansioni, **allo stato, nei casi di esposizione diretta ad "agenti biologici" durante il lavoro, come nel contesto sanitario che comporta livelli di rischio elevati per i lavoratori e per i pazienti**, trovano applicazione le <<misure speciali di protezione>> previste per taluni ambienti lavorativi.

In tale quadro solo il medico competente, nella sua funzione di raccordo tra il sistema sanitario nazionale/locale e lo specifico contesto lavorativo e nel rispetto delle indicazioni fornite dalle autorità sanitarie anche in merito all'efficacia e all'affidabilità medico-scientifica del vaccino, può trattare i dati personali relativi alla vaccinazione dei dipendenti e, se del caso, tenerne conto in sede di valutazione dell'idoneità alla mansione specifica.

Il datore di lavoro dovrà invece limitarsi ad attuare le misure indicate dal medico competente nei casi di giudizio di parziale o temporanea inidoneità alla mansione cui è adibito il lavoratore (art. 279, 41 e 42 del d.lgs. n.81/2008)>>.¹

Nel delicatissimo dibattito recentemente apertosi in ordine alla sussistenza o meno in capo al datore di lavoro del potere di imporre ai propri dipendenti l'obbligo di vaccinazione anti Covid-19, alle soprariportate dichiarazioni del Garante sono state sollevate svariate critiche, nel senso che ostacolerebbero la campagna nazionale vaccinale a discapito della salute dei lavoratori.

Di seguito si richiama, per miglior comprensione del Lettore, un sintetico cenno alle argomentazioni delle due contrapposte tesi dottrinali, l'una orientata a ritenere sussistente il potere datoriale di imporre ai lavoratori l'obbligo di vaccinazione sulla base della vigente normativa, e l'altra propensa invece ad escluderla in difetto di una specifica legge che lo preveda e lo disciplini.

¹ <https://www.garanteprivacy.it/temi/coronavirus/faq#vaccini>

1 → A sostegno della sussistenza di tale potere, parte dei commentatori richiama il combinato disposto degli artt. 2087 cod. civ. e l'art. 279 del D.Lgs. 81/2008.

L'articolo 2087 del Codice civile obbliga l'imprenditore, pubblico o privato, ad adottare <<le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro>>.

Al riguardo, si è osservato che: <<occorre dunque chiedersi se, in una situazione di pandemia da Covid-19, una fabbrica o un ufficio nel quale tutti siano vaccinati contro questo virus realizzi condizioni di sicurezza contro il rischio dell'infezione apprezzabilmente maggiore, rispetto alla fabbrica o ufficio nel quale una parte dei dipendenti non sia vaccinata. Se le indicazioni della scienza medica sono univocamente nel senso della risposta positiva, l'imprenditore ben può, in ottemperanza all'articolo 2087, a seguito di attenta valutazione del rischio specifico nella propria azienda, richiedere a tutti i propri dipendenti la vaccinazione, dove questa sia per essi concretamente possibile. Né gli interessati potranno opporre alla richiesta di un certificato di vaccinazione il divieto di indagini di cui all'art. 8 St. lav. (in questo senso v. invece G. Benincasa, G. Pigliararmi, 2020; G. Falasca 2021), dal momento che l'essersi sottoposti alla misura protettiva diventa, per effetto del contratto di lavoro, un dato rilevante circa la loro prontezza ad adempiere correttamente>>.²

L'art. 279 D.Lgs. 81/2008, al c. 2, dispone che il datore di lavoro, su conforme parere del medico competente, adotta misure protettive particolari per quei lavoratori per i quali, anche per motivi sanitari individuali, si richiedono misure speciali di protezione fra le quali <<a) la messa a disposizione di vaccini per quei lavoratori che non sono già immuni all'agente biologico presente nella lavorazione, da somministrare a cura del medico competente>> e da qui discenderebbe l'obbligo del datore di lavoro di somministrare il vaccino ai propri dipendenti.

In particolare, la tesi in questione fa leva sull'art. 17 del D.L. 9/11/2020, n. 49 che ha modificato il D.Lgs. 81/2008 sostituendone gli allegati XLVII e XLVIII a seguito del recepimento della Dir. EU. 2020/739 che ha classificato il virus SARS-CoV-2 fra gli agenti biologici di gruppo di rischio 3 (l'allegato XLVI del D.Lgs. 81/2008 è stato aggiornato inserendo tra i rischi da agenti biologici quello della Sindrome respiratoria acuta grave da coronavirus 2 (SARS-CoV-2) con il D.L. n. 125/2020).

In tale ottica, è stato argomentato che la valutazione del rischio biologico relativa al Covid-19 per il nuovo coronavirus secondo il Titolo X del D.Lgs. 81/08 deve necessariamente essere effettuata in tutte le realtà lavorative e non solo in quelle cui la presenza dell'agente biologico è una peculiarità dell'attività lavorativa stessa quali, ad esempio, ospedali, case di cura, laboratori di analisi, etc. , respingendo l'opinione secondo la quale, per tutte quelle diverse da quelle poc'anzi esemplificate, il nuovo coronavirus rappresenterebbe un rischio generico proveniente solamente dall'esterno e con conseguente inapplicabilità della valutazione di cui al Titolo X in favore dell'applicabilità della valutazione del rischio generico.

Sul punto è stato evidenziato che: <<I sostenitori della tesi secondo cui il datore di lavoro non potrebbe, in linea generale, richiedere ai dipendenti la vaccinazione anti-Covid ammettono che la vaccinazione possa essere invece richiesta ai medici e infermieri di un ospedale o casa di cura (v. per tutti G. Pellacani, 2020; G. Falasca, 2021); ma non spiegano in che cosa si differenzi la responsabilità del titolare di ospedale o casa di cura nei confronti dei dipendenti o dei terzi rispetto alla responsabilità del titolare di qualsiasi altra impresa: la particolare intensità del rischio di contagio da contatto tra persone nel luogo di degenza e/o cura non toglie che un rischio della stessa natura – forse meno intenso per il meno diretto contatto tra le persone, ma pur sempre molto elevato nel caso del Covid-19 e in particolare delle sue mutazioni più recenti – sussista anche in un albergo, in un luogo di ristorazione, in un centro commerciale e in qualsiasi altra azienda nella quale diverse persone operino continuamente ed entrino in contatto fra di loro in un ambiente chiuso. La severità della giurisprudenza consolidatasi nell'ultimo trentennio in materia di responsabilità dell'imprenditore per la sicurezza e igiene degli ambienti di lavoro non sembra lasciare dubbi al riguardo (v. in questo senso G. Cazzola, 2021)>>.³

² <https://www.pietroichino.it/?p=57793>

³ <https://www.pietroichino.it/?p=57793>

2 → Altra parte della dottrina sostiene invece che allo stato non si rinvergono i presupposti normativi per legittimare il potere del datore di lavoro di imporre la vaccinazione al lavoratore in ragione del superiore disposto costituzionale di cui all'art. 32 Cost. che recita: <<Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana>>. In virtù di tale riserva di legge rafforzata, pertanto, solo l'adozione di una norma *ad hoc* potrebbe riconoscere tale potere.

Sempre in tale ottica, pur se sotto altro profilo, v'è chi ha osservato che il rischio di contagio non è un rischio lavorativo poiché, trattandosi di una pandemia, ovvero un fenomeno epidemiologico globale, il rischio è di salute pubblica. In particolare <<nella prospettiva dei luoghi di lavoro, il rischio di contagio da COVID-19 è un rischio non professionale, che espone i lavoratori ad un rischio generico identico a quello cui sono esposti coloro che lavoratori non sono. Ci sono naturalmente alcune di categorie di lavoratori per i quali il contagio da COVID-19 può avere natura professionale (ad es. i sanitari, n.d.r.) e per questo può e deve farsi un ragionamento diverso; ma per tutti gli altri lavoratori la gestione del rischio-contagio è stata fin da subito e lo è tutt'ora una questione pubblica, di salute pubblica>>. ⁴

Fatti questi brevissimi cenni alla *querelle* in atto, l'Autorità Garante ha replicato in data 23.2.2021 ⁵ alle critiche ricevute – ovvero di aver interposto inutili ostacoli all'azione di prevenzione sanitaria, in particolare nei luoghi di lavoro - partendo dalla premessa che la tensione tra dimensione individuale e collettiva è sottesa allo stesso articolo 32 della Costituzione, e che proprio per garantire un equilibrio <<alto>> tra la dimensione individuale e quella collettiva, si è disposta una riserva di legge rafforzata tale da non consentire la violazione dei limiti imposti dal rispetto della persona umana, complementari alla tutela della dignità.

In particolare, il Prof. Pasquale Stanzone, Presidente dell'Autorità Garante, ha dichiarato che: << non si è in alcun modo pronunciato sul tema dell'esigibilità, da parte datoriale, della vaccinazione quale misura di protezione del lavoratore stesso e della sicurezza dell'ambiente di lavoro>>, e che: <<l'Autorità si è limitata a chiarire che nei casi di esposizione diretta ad "agenti biologici" durante il lavoro, come in ambito sanitario, che comporta livelli di rischio elevati, si applicano le disposizioni vigenti sulle "misure speciali di protezione" previste per tali contesti, in attesa di eventuali, ulteriori disposizioni legislative>>.

E per esemplificare quanto in tale ambito i limiti normativi siano rigorosi ha richiamato l'ordinanza con cui il Giudice del lavoro di Messina ha ritenuto illegittima l'imposizione, a livello regionale, dell'obbligo vaccinale (influenzale) per gli operatori sanitari, perché in violazione della riserva di legge (statale) in materia.

Proseguendo, ha altresì precisato che <<sulla base del riparto di competenze normativamente sancito tra medico del lavoro e datore, il Garante ha chiarito che spetta al primo e non al secondo trattare i dati sanitari dei lavoratori, verificandone l'idoneità alla "mansione specifica" anche, se del caso, sulla base del dato relativo alla vaccinazione, secondo le indicazioni fornite dalle autorità sanitarie. Spetterà perciò al datore di lavoro attuare le misure indicate dal medico competente nei casi di parziale o temporanea inidoneità alla mansione assegnata. Infatti, <<tale essendo il riparto di competenze tra medico del lavoro e datore, è chiaro che il consenso del dipendente a una diversa circolazione delle informazioni (oltre che essere invalido perché prestato in condizioni di squilibrio, in primo luogo contrattuale), sarebbe comunque irrilevante perché non potrebbe alterare tale distinzione di compiti, non derogabile in base alla mera autonomia privata>>.

Al riferimento al consenso è sotteso il richiamo del Considerando 43 del Reg. Eu 2016/679, secondo cui il consenso prestato non costituisce valido fondamento giuridico per il trattamento dei dati personali qualora esista un evidente squilibrio tra l'interessato e il titolare del trattamento. Nella fattispecie, è di immediata intuizione lo squilibrio sussistente tra datore di lavoro e lavoratore, laddove quest'ultimo facilmente potrebbe essere indotto a prestare il proprio consenso nel timore di ritorsioni,

⁴“Vaccino e licenziamento: salute pubblica (non) ancora sicurezza sul lavoro”, Avv. Giovanni Scudier, sul sito AIAS: <https://www.aias-sicurezza.it/rg-sn-vaccino-e-licenziamento-salute-pubblica-non-ancora-sicurezza-sul-lavoro>

⁵ <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9547803>

anche gravi e discriminatorie, in caso di diniego: un siffatto consenso non avrebbe le caratteristiche richieste dal Regolamento all'art. 4 par. 11, non costituendo per quanto detto <<manifestazione di volontà libera, specifica, informata e inequivocabile>> ed il relativo trattamento sarebbe pertanto illegittimo.

Ancora, prosegue l'Autorità Garante <<Non si confonda il rispetto delle competenze e delle procedure legislative con mero formalismo o, peggio, con l'ostacolo all'azione di prevenzione sanitaria che il Garante in questi mesi ha invece dimostrato di sostenere e promuovere, coniugandola con le garanzie irrinunciabili per non condannare ciascuno di noi a forme di biosorveglianza il cui impatto sulla libertà è assai più invasivo di quanto possa apparire>>.

Il riferimento, qui, è all'accento che il Garante ha posto sulla centralità della figura del medico competente sin dall'esordio del contesto pandemico, chiarendo che, in virtù del riparto di competenze sancito tra medico competente e datore di lavoro dalla vigente normativa, spetta al primo, e non al secondo, trattare i dati sanitari dei dipendenti (il medico del lavoro è infatti titolare autonomo di tali trattamenti) al fine di verificarne l'idoneità alla mansione specifica anche, se del caso, sulla base del dato relativo alla vaccinazione in base alle indicazioni delle autorità sanitarie. Ed ha chiarito altresì che in caso di esposizione diretta ad "agenti biologici" che comporta elevati livelli di rischio durante il lavoro (come ad es. in ambito sanitario), si applica, de iure condendo, la normativa sulle "misure speciali di protezione" prevista per tali contesti (d.lgs. 81/2008 così come integrato dalla l. 159/2020 che ha inserito il SARS-CoV-2 tra le voci dell'All. XLVI).

Si vedano a tal proposito i chiarimenti pubblicati dal Garante sul sito istituzionale il 14 maggio 2020⁶, laddove viene specificato che il datore di lavoro, nell'ambito del sistema di prevenzione e sicurezza sui luoghi di lavoro o di protocolli di sicurezza anti-contagio, può richiedere ai lavoratori l'effettuazione di test sierologici

<<ma solo se disposta dal medico competente e, in ogni caso, nel rispetto delle indicazioni fornite dalle autorità sanitarie, anche in merito all'affidabilità e all'appropriatezza di tali test.

Solo il medico competente, infatti, in quanto professionista sanitario, tenuto conto del rischio generico derivante dal Covid-19 e delle specifiche condizioni di salute dei lavoratori sottoposti a sorveglianza sanitaria, può stabilire la necessità di particolari esami clinici e biologici e suggerire l'adozione di mezzi diagnostici, qualora ritenuti utili al fine del contenimento della diffusione del virus e della salute dei lavoratori (cfr. par. 12 del Protocollo condiviso tra il Governo e le Parti sociali aggiornato il 24 aprile 2020).

Resta fermo che le informazioni relative alla diagnosi o all'anamnesi familiare del lavoratore non possono essere trattate dal datore di lavoro (ad esempio, mediante la consultazione dei referti o degli esiti degli esami), salvi i casi espressamente previsti dalla legge. Il datore di lavoro può, invece, trattare i dati relativi al giudizio di idoneità alla mansione specifica e alle eventuali prescrizioni o limitazioni che il medico competente può stabilire come condizioni di lavoro.>>.

A conclusione del presente contributo, si riportano le parole di chiusura della replica dell'Autorità Garante, alle quali, a modesto avviso di chi scrive, non pare ci si possa esimere dall'associarsi: <<Tutt'altro che di ostacolo all'interesse pubblico, il contributo dell'Autorità è servito semmai per essere insieme più efficaci, ma non meno liberi; a non cedere alle sirene del modello coreano (se non addirittura cinese), pur realizzando un'azione di prevenzione lungimirante. Del resto, confondere le garanzie con la burocrazia rischia di farci dimenticare che lo Stato di diritto è quello del governo sub lege e non sub homine: una distinzione che, invece, è centrale per una democrazia>>.

Di tale impostazione garantistica e democratica in materia di vaccinazione anti-Covid-19, il Garante ha fornito lo scorso 1° marzo ulteriore conferma esprimendo la posizione dell'Autorità che presiede in merito ai c.d. "pass vaccinali".

Ribadito che i dati relativi allo stato vaccinale, infatti, sono dati particolarmente delicati e un loro trattamento non corretto può determinare conseguenze gravissime per la vita e i diritti fondamentali

⁶ <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9343635>

delle persone, che gli stessi possono tradursi in discriminazioni, violazioni e compressioni illegittime di libertà costituzionali, l'Autorità ritiene che

<<il trattamento dei dati relativi allo stato vaccinale dei cittadini a fini di accesso a determinati locali o di fruizione di determinati servizi, debba essere oggetto di una norma di legge nazionale, conforme ai principi in materia di protezione dei dati personali (in particolare, quelli di proporzionalità, limitazione delle finalità e di minimizzazione dei dati), in modo da realizzare un equo bilanciamento tra l'interesse pubblico che si intende perseguire e l'interesse individuale alla riservatezza.

In assenza di tale eventuale base giuridica normativa - sulla cui compatibilità con i principi stabiliti dal Regolamento Ue il Garante si riserva di pronunciarsi - l'utilizzo in qualsiasi forma, da parte di soggetti pubblici e di soggetti privati fornitori di servizi destinati al pubblico, di app e pass destinati a distinguere i cittadini vaccinati dai cittadini non vaccinati è da considerarsi illegittimo. La questione sarà oggetto di una prossima segnalazione al Parlamento>>.⁷

⁷ <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9550331>