

Matteo Verzaro

ECCE LEX!

L'obbligo di vaccinazione per gli operatori sanitari

**Conversazioni sul lavoro dedicate
a Giuseppe Pera dai suoi allievi**

Virus, stato di eccezione e scelte tragiche.

**Le politiche del lavoro, economiche e sociali e la tutela
dei diritti fondamentali nei tempi incerti dell'emergenza
sanitaria e della crisi.**

La costruzione di un nuovo diritto del lavoro.

Conversazioni sul lavoro a distanza

da agosto 2020 a marzo 2021

promosse e coordinate da **Vincenzo Antonio Poso**

Gruppo delle Conversazioni sul lavoro del Convento di San Cerbone





Andrea Gabbriellini, *Spazio necessario*, 2000

Matteo Verzaro

ECCE LEX!

L'obbligo di vaccinazione per gli operatori sanitari

*aggiornato al 5 aprile 2021

** Il presente contributo è destinato ad essere pubblicato sul fascicolo n. 2/2021 della Rivista *Lavoro Diritti Europa* – Rivista nuova di Diritto del Lavoro – www.lavorodirittieuropa.it

SOMMARIO: **1.** *Obbligo legale: efficacia temporale, destinatari ed esclusi.* – **1.1.** *Responsabilità sanitaria: l'esclusione indipendente dalla vaccinazione.* – **2.** *Status vaccinale tra decisione e ripensamento.* – **3.** *(Segue) La procedura di accertamento.* – **4.** *Effetti sul rapporto di lavoro: (duplice) sospensione e ius variandi.* – **5.** *Vaccinazione omessa o differita e rapporto di lavoro.* – **6.** *Diritto all'indennizzo: una previsione mancante.*

1. Obbligo legale: efficacia temporale, destinatari ed esclusi. – L'art. 4, comma 1, d.l. 1 aprile 2021, n. 44 ha sancito, in conformità con quanto disposto dall'art. 32, comma 2, Cost., l'obbligo¹ «a sottoporsi a vaccinazione gratuita per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2». Tale obbligo viene posto dal Governo, come riconosciuto dalla medesima norma, per una finalità specifica e non generale: vale a dire «al fine di tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza». Il Governo indica, così, un interesse pubblico², per rendere obbligatorio il sottoporsi al trattamento sanitario, diverso rispetto a quello generale stabilito dal legislatore nell'adozione del piano strategico nazionale dei vaccini per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2. L'art. 1, comma 457, l. 30 dicembre 2020, n. 178 ha, infatti, dichiarato l'interesse pubblico alla campagna vaccinale «per garantire il più efficace contrasto alla diffusione del virus SARS-CoV-2», dunque un interesse generale ed indirizzato verso l'intera

¹ Per alcune utili riflessioni sulla prospettiva di un intervento legislativo in tema di vaccinazione anti-coronavirus, v. le posizioni espresse dagli Intervistati in M. BASILICO, *Per operatori sanitari e socioassistenziali è il momento dell'obbligo vaccinale? Intervista di M. Basilico a F. Amendola, R. De Luca Tamajo e V. A. Poso*, in *Giustizia insieme*, 30 marzo 2021.

² Sulla necessità dell'individuazione di tale interesse da parte della legge impositiva del trattamento sanitario cfr. C. cost. 23 giugno 1994, n. 258, in www.cortecostituzionale.it, in tema di vaccinazione contro l'HIV.

compagine sociale. Di fronte alla apparente discrasia tra le due finalità, occorre, però, sottolineare che, ai fini del dettato costituzionale, ciò che rileva è il *solo* interesse pubblico dichiarato dall'art. 4, comma 1, d.l. n. 44/2021 poiché è questa, e solo questa (per ora), la norma che stabilisce l'obbligo vaccinale. Va, inoltre, notato che tale interesse è strettamente collegato a quello del piano strategico nazionale di vaccinazione poiché, come specifica la norma, lo stesso sussiste «*fino alla completa attuazione del piano di cui all'articolo 1, comma 457, della legge 30 dicembre 2020, n.178, e comunque non oltre il 31 dicembre 2021*».

Sorge, qui, un primo evidente problema: la correlazione, infatti, viene³ *comunque* meno allo scadere dell'ultimo giorno dell'anno sia che la campagna vaccinale possa (come spero) dirsi conclusa sia che la stessa sia ancora in corso. Duole constatare che i ritardi nella somministrazione dei vaccini, a causa di mancate consegne delle dosi ovvero di malfunzionamenti dei sistemi sanitari regionali, potrebbero far ritenere, allo stato, il termine del 31 dicembre 2021 come già incombente sull'interesse pubblico che sancisce l'obbligo di vaccinazione. Né, altrimenti, potrebbe ritenersi slegato tale termine dalla «*completa attuazione del piano*» vaccinale, dato che il Governo, nel formulare l'art. 4, comma 1, d.l. n. 44/2021, ha utilizzato una espressione particolarmente puntuale in tal senso: «*e comunque non oltre*» il 31 dicembre 2021. Di guisa che non può sussistere l'interesse pubblico all'obbligatorietà del vaccino al di là di tale data, indipendentemente dalla felice o meno attuazione del piano vaccinale. Tenuto anche conto, come riportato dalla stessa norma, che «*la vaccinazione è somministrata nel rispetto delle indicazioni fornite dalle regioni, dalle province autonome e dalle altre autorità sanitarie competenti, in conformità alle previsioni contenute nel piano*»: dunque senza alcuna accelerazione o avanzamento rispetto a quanto ivi previsto⁴.

Ora, il Governo ha, altresì, individuato in maniera specifica i destinatari dell'obbligo di vaccinazione ne «*gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario che svolgono la loro attività nelle strutture sanitarie, sociosanitarie e socio-assistenziali, pubbliche e private, nelle farmacie, parafarmacie e negli studi professionali*»; stabilendo, inoltre, che «*la vaccinazione costituisce requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative rese dai soggetti obbligati*». Occorre, innanzitutto, capire quali soggetti rientrano nelle professioni sanitarie e quali tra gli operatori di interesse sanitario, specificando, però, che l'obbligo vaccinale sussiste solo per quelli di loro che svolgono l'attività nelle strutture sanitarie, sociosanitarie e socio-assistenziali, pubbliche e private, nelle farmacie, parafarmacie e negli studi professionali.

Per i primi, la precisazione sulla vaccinazione quale requisito essenziale per l'esercizio della professione aiuta certamente ad individuare gli stessi negli iscritti agli ordini professionali che operano nel settore sanitario e sui quali il Ministero della salute esercita la vigilanza⁵; e quindi: Ordine dei Medici Chirurghi e Odontoiatri; Ordine Veterinari Italiani; Ordine Farmacisti Italiani; Ordine professioni Infermieristiche; Ordine della Professione di Ostetrica; Ordine dei Tecnici sanitari di radiologia medica e delle professioni sanitarie tecniche, della riabilitazione e della prevenzione; Ordine Psicologi; Ordine nazionale Biologi; Ordine dei Chimici e dei Fisici.

Per i secondi, pur non sussistendo un albo professionale di iscrizione e considerato che il vaccino è comunque requisito essenziale non per l'esercizio della professione, bensì per lo svolgimento della prestazione lavorativa, ritengo ci si debba riferire all'elenco delle professioni sanitarie riconosciute

³ Salvo ulteriori proroghe della legge di conversione ovvero successivi interventi correttivi.

⁴ La vaccinazione prioritaria dei sanitari deve intendersi ormai conclusa, visto il progredire della vaccinazione per fasce d'età.

⁵ Cfr. art. 4, l. 11 gennaio 2018, n. 3.

dal Ministero della salute⁶; e dunque: tecnico audiometrista; tecnico della fisiopatologia cardiocircolatoria e perfusione cardiovascolare; igienista dentale; dietista; podologo; fisioterapista; logopedista; ortottista - assistente di oftalmologia; terapista della neuro e psicomotricità dell'età evolutiva; tecnico riabilitazione psichiatrica; terapista occupazionale; educatore professionale; tecnico della prevenzione nell'ambiente e nei luoghi di lavoro. A queste professioni, si aggiungono gli operatori di interesse sanitario riconosciuti dal Ministero della salute⁷; vale a dire: massofisioterapista; operatore socio-sanitario; assistente di studio odontoiatrico.

Nel campo di applicazione dell'obbligo legale dovrebbero, a mio avviso⁸, rientrare anche le arti ausiliarie delle professioni sanitarie, poiché il loro ruolo ausiliario è comunque funzionalmente collegato alle professioni sanitarie e, inoltre, anche gli appartenenti alle stesse (massaggiatore capo bagnino stabilimenti idroterapici; ottico; odontotecnico; puericultrice) vengono individuati dal Ministero della salute⁹, analogamente agli «operatori di interesse sanitario», per «profilo professionale».

Nel prosieguo, per indicare i soggetti appartenenti a tutte tali categorie, si utilizzerà la formula “operatore sanitario”: *«inteso come il personale sanitario che, a vario titolo (anche di volontariato), svolge attività di assistenza ai pazienti sia in ambito comunitario che di ricovero, inclusi medici, infermieri, operatori socio-sanitari, tecnici di laboratorio e tecnici di radiologia»*¹⁰.

Ebbene, l'obbligo di vaccinazione sussiste *unicamente* per i soggetti rientranti nelle professioni suindicate e per nessun altro. Il Governo ha, così, dato conferma del fatto che non è rinvenibile nell'ordinamento, al di là di una legge impositiva secondo il dettato costituzionale, una norma che renda obbligatoria la vaccinazione né la stessa può ricavarsi, sia in via diretta che in via indiretta, dalla normativa in tema di sicurezza sul lavoro.

Restano, pertanto, esclusi tutti i lavoratori che non sono iscritti negli albi professionali sanitari e che non esercitano professioni sanitarie, compresi quelli che, però, lavorano all'interno di strutture sanitarie, sociosanitarie e socio-assistenziali, nelle farmacie, parafarmacie e studi professionali. Si pensi, ad esempio, all'addetto alla sicurezza agli ingressi delle *hub* vaccinali regionali ovvero agli addetti alla *reception* delle strutture sanitarie ed assistenziali od ancora al personale addetto alla pulizia dei locali e ai servizi di mensa e distribuzione pasti. Per queste categorie, il Governo non ha imposto alcun obbligo vaccinale¹¹ e, quindi, tali soggetti possono esercitare legittimamente il diritto

⁶ http://www.salute.gov.it/portale/temi/p2_6.jsp?lingua=italiano&id=808&area=professioni-sanitarie&menu=vuoto&tab=2.

Alcune di queste professioni, come ad esempio logopedista, vengono iscritte all'interno degli ordini professionali summenzionati, ma l'iscrizione all'albo non è richiesto dalla legge per lo svolgimento della professione.

⁷ http://www.salute.gov.it/portale/temi/p2_6.jsp?lingua=italiano&id=808&area=professioni-sanitarie&menu=vuoto&tab=2#tab-3.

⁸ Diversamente, F. SCARPELLI, *Arriva l'obbligo del vaccino (solo) per gli operatori sanitari: la disciplina e i suoi problemi*, in *Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi. Conversazioni sul lavoro a distanza da agosto 2020 a marzo 2021*, promosse e coordinate da V.A. POSO, 3 aprile 2021, p. 6.

⁹ http://www.salute.gov.it/portale/temi/p2_6.jsp?lingua=italiano&id=808&area=professioni-sanitarie&menu=vuoto&tab=2#tab-3.

¹⁰ Definizione impiegata dall'INAIL nel *Monitoraggio sugli operatori sanitari risultati positivi a Covid-19 dall'inizio dell'epidemia fino al 30 aprile 2020: studio retrospettivo in sette regioni italiane*, marzo 2021, p. 8, consultabile online al seguente link: <https://www.inail.it/cs/internet/comunicazione/pubblicazioni/catalogo-generale/pubbl-monitoraggio-operatori-sanitari-studio.html>

¹¹ A. DE MATTEIS, *Il decreto - legge sull'obbligo di vaccino del personale sanitario*, in *Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi. Conversazioni sul lavoro a distanza da agosto 2020 a marzo 2021*, promosse e coordinate da V.A. POSO, 5 aprile 2021, p. 4, nel valorizzare la *ratio legis* dell'intervento legislativo, ritiene inclusi nell'obbligo vaccinale «*tutti coloro che operano nelle sedi menzionate*», indipendente dall'appartenenza o meno ai profili professionali sanitari.

di autodeterminazione, anche negativa, al trattamento sanitario, pur essendo *comunque* a contatto con il pubblico e con altri lavoratori e, quindi, potenziali diffusori del contagio¹².

Va dato conto che per gli esercenti una delle professioni sanitarie dianzi elencate, il Governo ha previsto (art. 4, comma 2, d.l. n. 44/2021) che la vaccinazione sia omessa o differita *«solo in caso di accertato pericolo per la salute, in relazione a specifiche condizioni cliniche documentate, attestate dal medico di medicina generale»*. Come statuito, infatti, dalla Corte costituzionale¹³ *«un trattamento sanitario può essere imposto solo nella previsione che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato, salvo che per quelle sole conseguenze, che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiano normali di ogni intervento sanitario, e pertanto tollerabili»*. Di guisa che i soggetti che, pur rientranti in tali categorie, non possono sottoporsi al trattamento sanitario, a fronte di documentata condizione clinica attestata dal medico di base, sono beneficiari dell'esclusione dalla ovvero del rinvio della vaccinazione e, come si vedrà, di un particolare regime di tutela delle condizioni di lavoro in linea con l'interesse alla salute pubblica.

1.1. Responsabilità sanitaria: l'esclusione indipendente dalla vaccinazione. – Prima di procedere all'ulteriore analisi della norma concernente l'imposizione del trattamento sanitario, penso sia utile soffermarsi brevemente su un'altra disposizione posta dal Governo e concernente la responsabilità penale da somministrazione del vaccino anti SARS-CoV-2. L'art. 3, d.l. n. 44/2021 prevede, infatti, la non punibilità per i reati di omicidio colposo (art. 589 c.p.) e di lesioni personali colpose (art. 590 c.p.) derivanti dalla somministrazione del vaccino anti SARS-CoV-2, quando la stessa è effettuata in maniera *«conforme alle indicazioni contenute nel provvedimento di autorizzazione all'immissione in commercio emesso dalle competenti autorità e alle circolari pubblicate sul sito istituzionale del Ministero della salute relative alle attività di vaccinazione»*.

Ora, come può agevolmente notarsi, la norma non specifica l'ambito soggettivo di efficacia della norma, dovendosi pertanto ritenere che tale esclusione operi nei confronti di tutti gli operatori sanitari che hanno svolto, in virtù del principio del *favor rei* ex art. 2, comma 2, c.p., ovvero che svolgono la somministrazione della vaccinazione anti-coronavirus. Ciò, a mio avviso, porta a ritenere che il beneficio di non punibilità opera anche nei confronti degli operatori sanitari coinvolti nel procedimento di vaccinazione che decidono, oggi, ovvero hanno già deciso, al momento in cui ricorreva il proprio turno vaccinale, di non effettuare il trattamento sanitario. Né, tanto più, possono escludersi quegli operatori sanitari che, come si vedrà, anche a fronte dell'ulteriore invito alla vaccinazione decidessero di non procedere. Tali soggetti, infatti, finché non sia intervenuta una delle conseguenze che l'art. 4, commi 6, 8 e 9, d.l. n. 44/2021 dispone, continuano a svolgere la propria prestazione, anche di somministrazione del vaccino, e sono comunque beneficiari della regola di non punibilità sancita dall'art. 3, d.l. n. 44/2021. Lo stesso, infatti, non introduce alcuna distinzione tra operatori sanitari vaccinati e non vaccinati; semmai, questi ultimi saranno esclusi dal momento di efficacia dei provvedimenti che l'art. 4, commi 6, 8 e 9, prescrive, poiché è logico ritenere che non saranno, da allora, più addetti alla somministrazione del vaccino. La conseguenza dell'esclusione dal beneficio non è, però, derivante dalla lettura combinata delle due norme, bensì dalla semplice constatazione che non potendo attuare la condotta, non potrà prodursi il nesso causale con l'evento (omicidio colposo ovvero lesioni personali colpose) a cui il Governo riconduce la non punibilità.

¹² V. il parere della Direzione centrale INAIL del 1 marzo 2021, n. 2402 che ha riconosciuto la tutela assicurativa anche in caso di contagio in occasione di lavoro, concretamente accertata, del lavoratore non vaccinato.

¹³ Corte cost. 22 giugno 1990, n. 307, in *Foro It.*, 1990, I, p. 2694. Il caso concerneva una madre affetta da poliomielite a seguito di vaccinazione obbligatoria antipoliomielitica cui era stato sottoposto il figlio minore.

Occorre, dunque, constatare che non sussiste alcuna dipendenza o connessione tra obbligo di vaccinazione per gli operatori sanitari e non punibilità per i reati colposi verificatesi a seguito della loro condotta in fase di somministrazione del vaccino.

2. Status vaccinale tra decisione e ripensamento. – L'art. 4, commi 3-6, d.l. n. 44/2021 prevede una articolata procedura di accertamento sullo *status* vaccinale degli operatori sanitari individuati nel comma 1 della norma. Occorre, preliminarmente, dire che il Governo ha inteso tale *status* in tre accezioni¹⁴: 1) vaccinato; 2) in progressione di vaccinazione; 3) non vaccinato. Al primo, appartengono i soggetti già vaccinati; al secondo, quelli in attesa di vaccinazione secondo le tempistiche e le modalità della campagna vaccinale in atto; al terzo, quelli che hanno già rifiutato la vaccinazione ovvero che rifiutano la vaccinazione al nuovo invito dell'azienda sanitaria locale.

Tale suddivisione verrà in evidenza nell'illustrazione della procedura, ma, qui, rileva sottolineare come l'obbligo di vaccinazione imposto dal comma 1 dell'art. 4, non deve intendersi come concluso in se stesso (l'obbligo è adempiuto solo se la vaccinazione è avvenuta), bensì *in fieri*: l'obbligo è adempiuto *anche se* la vaccinazione non è ancora stata effettuata, ma lo sarà (presto o tardi). Ciò pone in luce un possibile problema di temporaneità nell'adempimento dell'obbligo: se, infatti, l'operatore è in lizza per la vaccinazione, ma le tempistiche della campagna vaccinale si dilatano, per le ragioni a tutti note, allora tale *status* lo esime egualmente dalle conseguenze dell'inadempimento dell'obbligo, fermo restando il suo possibile ruolo di diffusione del contagio. In questo caso, infatti, la tardività nella vaccinazione è una causa a lui non imputabile e, dunque, non può essere soggetto alle conseguenze del mancato adempimento in quanto indipendente dalla sua volontà.

Occorre, altresì, evidenziare che sorge, poi, un ulteriore problema relativo ai soggetti che rientrano nel terzo *status* (non vaccinato): questi, infatti, possono aver legittimamente rifiutato la vaccinazione¹⁵, nel tempo in cui potevano accedere alla stessa, in virtù del diritto all'autodeterminazione al sottoporsi al trattamento sanitario sancito dall'art. 32, comma 2, Cost., sicché hanno perso, allo stato, la priorità vaccinale spettante. Ora, stante l'obbligo vaccinale, gli stessi sono legittimati dall'art. 4 a riacquisire tale priorità¹⁶? Oppure basterà che cambino idea e rientreranno - immagino con tempi molto più lunghi¹⁷ -, così, nel secondo *status* (in progressione di vaccinazione)?

¹⁴ Le accezioni e il lessico utilizzato per distinguerle sono frutto della penna di chi scrive e non della norma, nella speranza di rendere più chiaro il discorso.

¹⁵ Cfr. Trib. Messina 12 dicembre 2020, in www.olympus.uniurb.it, che ha disapplicato nei confronti di un'operatrice sanitaria non vaccinata contro l'influenza il decreto dell'Assessorato Regionale della Salute della Regione Sicilia n. 743/2020, che aveva introdotto l'obbligo della vaccinazione antinfluenzale per il personale medico-sanitario e dichiarato, in assenza di giustificazioni di tipo medico, temporaneamente inidonei allo svolgimento della mansione i lavoratori non vaccinati, e le conseguenti note del Direttore dell'azienda ospedaliera. Il giudice del lavoro di Messina ha, infatti, statuito che «la normativa volta a contrastare la diffusione del covid 19 non ha introdotto un obbligo vaccinale per il personale sanitario, il cui mancato assolvimento determina inidoneità al lavoro» e che, inoltre, l'introduzione dell'obbligo vaccinale non rientra nella competenza regionale. In argomento, v. L. TASCHINI, *Il vaccino anti Covid nel rapporto di lavoro. Riflessioni a partire dall'ordinanza cautelare del Giudice del lavoro di Messina*, in *Giustizia insieme*, 16 febbraio 2021.

¹⁶ Non si dimentichi che ci sono regioni ove ancora i soggetti di elevata fragilità, come definiti dalle *Raccomandazioni* ad interim sui gruppi target della vaccinazione anti-SARS-CoV-2/COVID-19 allegate al D.M. 12 marzo 2021, non hanno ricevuto nemmeno la prima dose di vaccino e risulta emblematica, in tal senso, la risposta fornita dal call center di Regione Lombardia per le prenotazioni del vaccino nel servizio di A. LASTA per *Piazzapulita* su La7, 1 aprile 2021, consultabile online al seguente link: <https://video.corriere.it/cronaca/call-center-vaccini-lombardia-se-siete-religiosi-pregate/87de8d4a-9387-11eb-a162-c78b02fef827>: «se siete religiosi pregate».

¹⁷ Cfr. la risposta dell'Assessore alla Sanità della Regione Lazio Alessio D'Amato, riportata nell'articolo di AN.GA., *Coronavirus, AstraZeneca: cosa rischia chi rifiuta il vaccino*, in *Il Sole 24 Ore*, 18 marzo 2021: «nel Lazio abbiamo avuto poche cancellazioni delle prenotazioni per AstraZeneca. Chiaramente le sconsigliamo perché chi lo farà, finirà in coda ed è un rischio rilevante».

Per il primo quesito, parrebbe rinvenirsi una risposta nel Piano strategico - Elementi di preparazione e di implementazione della strategia vaccinale¹⁸, laddove¹⁹ si prevede che «*nel corso dell'epidemia si potrà attuare una strategia di tipo adattivo, qualora venissero identificate particolari categorie a rischio o gruppi di popolazione in grado di sostenere la trasmissione dell'infezione nella comunità [...], destinando eventuali scorte di vaccino a strategie vaccinali di tipo "reattivo" (reactive vaccination)*». Sennonché, gli operatori sanitari sono già stati individuati come categoria prioritaria per la vaccinazione²⁰ e, dunque, si tratterebbe di una nuova ed ulteriore priorità che si riconosce ai medesimi soggetti a fronte dell'intervenuta obbligatorietà della vaccinazione. Di guisa che l'operatore sanitario che ora cambia idea ha, per così dire, una "seconda chance" per vaccinarsi e passare, ai fini dell'adempimento dell'obbligo legale, dallo *status* 3) allo *status* 2).

È, altrimenti, vero che il Governo potrebbe decidere di non includere tali soggetti nella «*strategia adattiva*», corrispondendo agli stessi le medesime conseguenze del non sanitario che ha rifiutato il vaccino, ma, ai fini dell'adempimento dell'obbligo vaccinale, il risultato non cambierebbe: l'operatore sanitario passerà comunque allo *status* "in progressione di vaccinazione" con l'esclusione dalle conseguenze previste dal decreto legge per l'inadempimento all'obbligo legale.

Tale effetto pone, a mio avviso, una questione di costituzionalità (lesione del principio di eguaglianza) circa il trattamento di quegli operatori che ancora non hanno avuto accesso alla vaccinazione secondo le tempistiche e le modalità del piano vaccinale e che decidano, oggi in presenza dell'obbligo legale, di non vaccinarsi. Per gli stessi, infatti, la norma, come si vedrà, riconduce precise conseguenze in via diretta e - si badi - *senza diritto al ripensamento* che, invece, viene riconosciuto, dalla procedura che ora si illustrerà, a coloro che, come visto, avevano in precedenza rifiutato la vaccinazione. Mi pare si possa ravvisare, in questo caso, un trattamento differente di situazioni omogenee²¹ laddove per coloro che esprimono *ora* il rifiuto alla vaccinazione non venga prevista una possibilità di ripensamento come, invece, è stabilito per coloro che *già* avevano declinato l'invito a vaccinarsi.

3. (Segue) La procedura di accertamento. – Venendo, dunque, al procedimento di accertamento dello *status* vaccinale, entro il 6 aprile²² l'Ordine professionale territorialmente competente deve trasmettere alla regione o alla provincia autonoma in cui ha sede l'elenco dei propri iscritti. Entro il medesimo termine, il datore di lavoro degli operatori di interesse sanitario, che operano nelle strutture individuate dal comma 1 dell'art. 4, d.l. n. 44/2021, comunica alla regione o alla provincia autonoma in cui operano «*l'elenco dei propri dipendenti con tale qualifica, con l'indicazione del luogo di rispettiva residenza*».

Occorre notare che i due elenchi potrebbero non coincidere poiché, come visto²³, non per tutti gli operatori sanitari esiste uno specifico albo professionale con conseguente obbligo di iscrizione. Ciò non deve, però, portare a ritenere che gli operatori *sine* ordine possano ritenersi esclusi dall'obbligo vaccinale poiché, in tal caso, il procedimento omette unicamente la comunicazione da e per l'ordine professionale, restando fermo tutto il resto.

¹⁸ Allegato 1, D.M. 12 marzo 2021.

¹⁹ P. 7.

²⁰ Cfr. Allegato 1, D.M. 2 gennaio 2021, p. 6.

²¹ V., da ultimo, C. cost. 1 aprile 2021, n. 59, in *Dir. & giust.*, 2 aprile 2021.

²² Art. 4, comma 3, d.l. n. 44/2021: «*cinque giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto*», laddove l'art. 12 ne prescrive l'entrata in vigore «*il giorno stesso della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana*», pubblicazione avvenuta nella G.U. n. 79 del 1 aprile 2021.

²³ V. *supra* § 1.

Entro dieci giorni dalla data di ricezione di tali elenchi²⁴ - quindi, considerato il periodo pasquale, molto presumibilmente entro il 16 aprile -, la regione o la provincia autonoma accerta, per il tramite dell'anagrafe vaccinale, lo *status* vaccinale di ciascun soggetto riportato negli elenchi. Qualora risulti che il soggetto non sia vaccinato o non abbia ancora effettuato la prenotazione secondo le modalità del piano vaccinale, segnala il nominativo all'azienda sanitaria locale di residenza. La stessa invita quindi l'interessato a produrre, entro cinque giorni dalla ricezione dell'invito, la documentazione che attesti²⁵: a) l'effettuazione ovvero la presentazione della richiesta di vaccinazione, in caso di errore nell'anagrafe vaccinale; b) le condizioni cliniche, certificate dal medico di base, che richiedano l'omissione o il differimento della vaccinazione; c) la non appartenenza alle categorie soggette all'obbligo di vaccinazione.

Se tale documentazione non viene presentata entro il termine previsto - termine che deve ritenersi riferito alla ricezione e non alla spedizione, escludendosi così il caso fortuito - l'azienda sanitaria locale «*invita formalmente l'interessato a sottoporsi alla somministrazione del vaccino anti SARS-CoV-2*», indicandone le relative modalità e termini di adempimento. Qualora l'interessato risponda a tale invito con l'invio della documentazione attestante la richiesta di vaccinazione, lo stesso dovrà trasmettere, entro tre giorni dalla somministrazione, «*la certificazione attestante l'adempimento all'obbligo vaccinale*».

Su questo fitto scambio di comunicazioni, va sottolineato che la norma non specifica alcun requisito formale; sicché deve ritenersi, considerati anche i termini piuttosto stringenti, che per le stesse viga il principio della libertà della forma. Inoltre, va notato che in caso di mancata comunicazione da parte del datore ovvero dell'Ordine professionale degli elenchi, non viene prevista alcuna conseguenza, se non quella (logica) dell'impossibilità di avvio del procedimento.

Diverso è, invece, il caso di mancato invio della documentazione richiesta da parte dell'operatore sanitario: a tale deficienza consegue, infatti, l'invito formale da parte dell'azienda sanitaria locale a sottoporsi alla vaccinazione. A tale invito, l'interessato deve dar risposta nelle modalità e nei termini indicati nello stesso al fine dell'adempimento all'obbligo di vaccinazione. Decorsi inutilmente tali termini, l'azienda sanitaria locale adotta l'atto di accertamento dell'inosservanza dell'obbligo vaccinale²⁶ e ne dà comunicazione immediata in forma scritta all'interessato, al datore di lavoro e, se sussiste obbligo di iscrizione, all'Ordine professionale di appartenenza.

4. Effetti sul rapporto di lavoro: (duplice) sospensione e ius variandi. – All'accertamento dello *status* “non vaccinato” dell'operatore sanitario, l'art. 4, comma 6, d.l. n. 44/2021 fa conseguire «*la sospensione dal diritto di svolgere prestazioni o mansioni che implicano contatti interpersonali o comportano, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio da SARS-CoV-2*». Tale sospensione interviene, così, sul rapporto contrattuale che lega l'operatore con la struttura sanitaria, interrompendo lo svolgimento di prestazioni o mansioni che pongano lo stesso a contatto con altri soggetti sia lavoratori che terzi. Occorre notare che la sospensione discende dalla legge e che, pertanto, non si verifica nessun intervento da parte del datore di lavoro. Non può, quindi, parlarsi di sospensione cautelare a seguito dell'esercizio del potere disciplinare né di sanzione disciplinare a seguito dell'inadempimento dell'obbligo vaccinale. Si tratta, invece, di un effetto legale che la legge riconduce a tale inadempimento.

²⁴ Art. 4, comma 4, d.l. n. 44/2021.

²⁵ Art. 4, comma 5, d.l. n. 44/2021.

²⁶ Art. 4, comma 6, d.l. n. 44/2021.

Bisogna, allora, comprendere se questo effetto possa iscriversi nelle cause di impossibilità sopravvenuta della prestazione *ex art. 1256 c.c.* È bene, innanzitutto, ricordare che l'art. 4, comma 1, d.l. n. 44/2021 ha prescritto la vaccinazione come «*requisito essenziale*» per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative degli operatori sanitari individuati dalla medesima norma, sicché in assenza della stessa si potrebbe ricadere in una delle ipotesi di inidoneità alla mansione che darebbe luogo ad un'impossibilità parziale della prestazione *ex art. 1464 c.c.* con conseguente possibilità, a seguito della manifestazione del datore di lavoro del non interesse alla continuazione del rapporto, di licenziamento per giustificato motivo oggettivo²⁷. Ma, come si dirà subito, la norma non arriva a tanto. È bene, altresì, sottolineare che l'inidoneità alla mansione non discende da una valutazione del medico competente, bensì dall'accertamento dello *status* vaccinale: sicché si evidenzia, ancora, come la normativa in materia di salute e sicurezza sul lavoro non sia in alcun modo vincolante ai fini del sottoporsi o meno al trattamento sanitario.

Vale, inoltre, la pena notare che la sospensione opera, a mio avviso, non solo sul piano del rapporto di lavoro, bensì anche su quella dell'abilitazione alla professione per quegli operatori sanitari che sono tenuti all'iscrizione all'albo professionale. L'art. 4, comma 7, d.l. n. 44/2021 sancisce, infatti, che la sospensione discendente dall'atto di accertamento della mancata vaccinazione da parte dell'azienda sanitaria locale venga «*comunicata immediatamente all'interessato dall'Ordine professionale di appartenenza*». Il senso di tale ulteriore comunicazione può apparire a prima vista tautologico dato che l'interessato riceve, *ex comma 6*, già dall'azienda sanitaria locale l'accertamento dello *status* vaccinale negativo da cui consegue la sospensione. Per evitare la tautologia, a mio avviso, bisogna interpretare la comunicazione da parte dell'ordine nel senso che comporti l'estensione dell'effetto sospensivo non solo al rapporto di lavoro, bensì anche all'iscrizione stessa all'albo professionale. L'ordine, in sostanza, comunica, all'iscritto la propria sospensione dallo stesso per i periodi individuati dalla norma, al termine dei quali opera - in via automatica così come la sospensione - la re-iscrizione, con effetto *ex tunc*, all'albo.

Va, difatti, precisato che l'art. 4, comma 9, d.l. n. 44/2021 sancisce che la sospensione ha efficacia «*fino all'assolvimento dell'obbligo vaccinale o, in mancanza, fino al completamento del piano vaccinale nazionale e comunque non oltre il 31 dicembre 2021*»; di guisa che l'impossibilità è solo temporanea poiché ha, nell'ultimo giorno dell'anno, il termine massimo della sua durata. Al 1° gennaio 2022 il lavoratore non vaccinato potrà tornare a svolgere la propria prestazione o mansione che implica contatti interpersonali. Ciò comporta che per il perdurare dell'impossibilità a rendere la prestazione non possa venir meno l'interesse del creditore al perseguimento della stessa, dovendo questi, invece, conservare *comunque* il posto di lavoro all'operatore sanitario non vaccinato. Si verifica, qui, una evidente discrasia con il disposto dell'art. 1256, comma 2, c.c. che consente, invece, al creditore di recedere dal rapporto obbligatorio se viene meno l'interesse al conseguimento della prestazione.

Inoltre, l'art. 4, comma 8, d.l. n. 44/2021 stabilisce che, «*ove possibile*», il datore di lavoro adibisca il lavoratore «*a mansioni, anche inferiori*» che non implicino contatti interpersonali o che non comportino, in qualsiasi forma, il rischio di diffusione del contagio. Sicché, la prestazione non è *sic et simpliciter* impossibile, bensì la stessa può essere, a seguito dell'esercizio del potere direttivo del datore, mutata. Ritengo, quindi, che anche la qualificazione dell'impossibilità sopravvenuta debba

²⁷ Cfr. Cass. 11 novembre 2019, n. 29104, in *Giust. civ. mass.*, 2019; Cass. 12 ottobre 2017, n. 24016, in www.italgiure.giustizia.it; Cass. 25 maggio 2017, n. 13192, in www.italgiure.giustizia.it; Cass. 20 febbraio 2017, n. 4316, in www.italgiure.giustizia.it; Cass. 29 marzo 2010, n. 7531, in *Dir. rel. ind.*, 2011, 1, p. 151, con nt. di PIETRA.

essere scartata poiché troppi elementi differiscono dalla fattispecie dell'art. 1256 c.c. Direi che si tratti, più semplicemente, di un periodo di aspettativa non retribuita, con conseguente venir meno non solo della retribuzione, ma anche di ogni altro trattamento diretto, indiretto e differito²⁸, cui l'operatore sanitario non vaccinato viene sottoposto.

Tale "pesante" conseguenza non appare, però, a mio avviso, inderogabile. Il Governo, come già ricordato, ha previsto (art. 4, comma 8), infatti, la possibilità di adibizione del lavoratore ad altre mansioni, anche inferiori, che non comportino rischio di diffusione del contagio, introducendo, così, fino al 31 dicembre 2021 (termine massimo di efficacia della sospensione ex art. 4, comma 9) una ulteriore ipotesi di *ius variandi* (verticale *in peius*) rispetto a quelle stabilite dall'art. 2103, commi 2 e 4 c.c., senza, in questa nuova ipotesi, il diritto alla conservazione del trattamento retributivo in godimento. Occorre notare che, invece, l'operatore sanitario non vaccinato demansionato è *comunque* titolare del diritto alla conservazione del livello di inquadramento poiché, stante la temporaneità della sospensione ex art. 4, comma 9, lo stesso, al verificarsi di uno di tali termini, deve essere nuovamente adibito alle mansioni di provenienza, tornando a godere del relativo trattamento.

Né può escludersi una soluzione di maggiore (temporanea) garanzia della mansione e dei trattamenti goduti dal lavoratore, e dunque di miglior favore rispetto alla sospensione *ex lege*, come quella prospettata dal Tribunale di Belluno nella nota ordinanza del 19 marzo u.s.²⁹: messa in ferie coatta dei lavoratori non vaccinati.

Insomma, mi pare che la sospensione prevista dal Governo debba essere letta come una misura di *extrema ratio*³⁰, cui non può conseguire, a mio avviso, altra ben più grave quale quella del licenziamento per g.m.o. In tal senso, come già detto, il termine massimo della misura (31 dicembre 2021) non consente il venir meno dell'interesse creditorio al proseguimento del rapporto obbligatorio. Tale interesse, del resto, non patendo i costi della prestazione, può trovare comunque soddisfazione, ove possibile (penso soprattutto nel settore privato), in nuove assunzioni magari a termine per il periodo di operatività della sospensione.

5. Vaccinazione omessa o differita e rapporto di lavoro. – L'art. 4, commi 10 e 11, d.l. n. 44/2021 prevede particolari misure per gli operatori sanitari le cui documentate condizioni cliniche sconsigliano o differiscono la vaccinazione. Come rilevato da attenta Dottrina³¹, la norma non prevede alcuna comunicazione da parte dell'azienda sanitaria locale al datore di lavoro e all'Ordine professionale dello *status* di impossibilità (temporanea o definitiva) alla vaccinazione di tali soggetti, sicché non è ben chiaro come gli interventi cautelari che si vanno a descrivere possano, *sine cognitione status*, essere adottati dal datore di lavoro ovvero dall'ordine professionale.

In linea con il principio solidaristico, il Governo ha, infatti, stabilito che - ferme restando le tutele per i lavoratori fragili ex art. 26, commi 2 e 2-bis, d.l. 17 marzo 2020, n. 18³² per i periodi di assenza dal servizio, per lo svolgimento della prestazione lavorativa in modalità agile e per l'adibizione a diversa mansione ricompresa nella medesima categoria o livello di inquadramento - tali soggetti, per il periodo in cui la vaccinazione è omessa o differita e comunque non oltre il 31 dicembre 2021, sono

²⁸ Cfr. Art. 4, comma 8, secondo periodo, d.l. n. 44/2021.

²⁹ Trib. Belluno 19 marzo 2021, in *Dir. & giust.*, 24 marzo 2021. Su cui, v. M. BASILICO, *op. cit.*; A. DE MATTEIS, *op. cit.*, pp. 11 ss.

³⁰ In termini analoghi, v. F. SCARPELLI, *op. cit.*, p. 6.

³¹ *Idem*, pp. 4-5.

³² Come modificati dall'art. 1, comma 481, l. 30 dicembre 2020, n. 170 e dall'art. 15, comma 3, d.l. 22 marzo 2021, n. 41.

adibiti «a mansioni anche diverse, senza decurtazione della retribuzione, in modo da evitare il rischio di diffusione del contagio».

In questo caso, dunque, lo *ius variandi* può attuarsi solo in via orizzontale con il mantenimento del trattamento retributivo integrale, inclusa quindi anche la parte c.d. “dinamica” dello stesso, della mansione di provenienza per il tempo indicato dalla norma al fine di evitare il rischio di diffusione del contagio.

L’art. 4, comma 11, d.l. n. 44/2021 sancisce, invece, l’adozione delle misure di prevenzione igienico-sanitarie, indicate da uno specifico protocollo di sicurezza adottato, entro il 21 aprile, con decreto del Ministro della salute, di concerto con i Ministri della giustizia e del lavoro e delle politiche sociali, da parte degli operatori sanitari, a cui la vaccinazione è omessa o differita, «*nell’esercizio dell’attività libero-professionale*». La norma non si riferisce, quindi, alla prestazione lavorativa resa in regime di subordinazione³³, bensì all’attività che l’operatore sanitario svolge in maniera autonoma come libero professionista³⁴. Lo stesso sarà, dunque, tenuto, e sarà responsabile in tal senso anche verso i pazienti, ad adottare le misure che saranno emanate - ritengo - al fine di evitare il rischio di diffusione del contagio da SARS-CoV-2 e che dovranno, però, garantire, in considerazione dello stato di fragilità dell’operatore sanitario, la possibilità di svolgimento dell’attività libero-professionale. Tale attività risulta, invece, sospesa per gli operatori il cui *status* vaccinale negativo è stato accertato dall’azienda sanitaria locale poiché l’art. 4, comma 11, trova espressa applicazione solamente nei confronti de«*i soggetti di cui al comma 2*» e, dunque, non è, a mio avviso, suscettibile di estensione.

6. Diritto all’indennizzo: una previsione mancante. – Il Governo nel formulare l’art. 4, d.l. n. 44/2021 pare aver dimenticato - ma sul punto mi auguro intervenga il legislatore in fase di conversione - una disposizione di rinvio concernente il diritto all’indennizzo a seguito dell’obbligatorietà della vaccinazione. Anzi, il comma 12 della norma sembra operare in senso decisamente contrario, laddove puntualizza che dall’attuazione della stessa «*non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica*».

Ora, come statuito dall’art. 1, comma 1, l. 25 febbraio 1992, n. 210: «*chiunque abbia riportato, a causa di vaccinazioni obbligatorie per legge o per ordinanza di una autorità sanitaria italiana, lesioni o infermità, dalle quali sia derivata una menomazione permanente della integrità psico-fisica, ha diritto ad un indennizzo da parte dello Stato*». Tale norma non ha, però, un’applicazione diretta e, dunque, non garantisce in caso di qualsiasi vaccinazione obbligatoria per legge il diritto all’indennizzo, ma occorre che il suo ambito di efficacia sia esteso dalla norma impositiva del trattamento sanitario. La Corte costituzionale ha, infatti, dichiarato più volte³⁵ incostituzionale tale disposizione, nella parte in cui non ha previsto l’indennizzo, alle condizioni ivi stabilite, di coloro che si siano sottoposti a vaccinazione obbligatoria, od anche solo raccomandata, contro varie patologie.

³³ Per la quale è obbligo del datore di lavoro, ex art. 29-bis, d.l. 8 aprile 2020, n. 23, conv. con modificazioni dalla l. 5 giugno 2020, n. 40, adottare le misure previste dal *Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del COVID-19 negli ambienti di lavoro*, sottoscritto il 24 aprile 2020 tra il Governo e le parti sociali.

³⁴ Per un’utile ricostruzione del tema, v., da ultimo, M. FALSONE, *La libera professione dei dirigenti medici e sanitari: l’attività intramoenia e quella extramuraria*, in A. BOSCATI e G. ZILIO-GRANDI (a cura di), *Il lavoro in sanità. Diritti, obblighi, doveri e responsabilità*, in corso di pubblicazione.

³⁵ V. C. cost. 23 giugno 2020, n. 118, in *Giur. cost.*, 2020, 3, p. 1322, in tema di vaccinazione facoltativa contro il contagio dal virus dell’epatite A; C. cost. 14 dicembre 2017, n. 268, in *Guida dir.*, 2018, 4, p. 18, in tema di vaccinazione facoltativa antinfluenzale; C. cost. 26 aprile 2012, n. 107, in *www.cortecostituzionale.it*, in tema di vaccinazione contro il morbillo, la parotite e la rosolia; C. cost. 16 ottobre 2000, n. 423, in *www.cortecostituzionale.it*, in tema di vaccinazione antiepatite B; C. cost. 23 febbraio 1998, n. 27, in *Foro. Amm.*, 1999, p. 565, in tema di vaccinazione antipoliomielitica.

L'indennizzo, del resto, non opera automaticamente, ma occorre l'accertamento della sussistenza di un nesso causale tra la somministrazione del vaccino e il danno alla salute verificatosi, sussistenza che può essere valutata anche secondo la regola della preponderanza dell'evidenza³⁶.

La "dimenticanza" del Governo non può, del resto, trovare giustificazione nel modulo di consenso informato che viene fornito al paziente prima della vaccinazione anti-coronavirus. Per il vaccino Pfizer-BioNTech, l'allegato 1 al modulo di consenso, punto 10³⁷, afferma che «*non è possibile al momento prevedere danni a lunga distanza*». Per i vaccini AstraZeneca e Moderna, l'allegato al modulo di consenso³⁸ si limita a prevedere che «*se [il paziente] manifesta un qualsiasi effetto indesiderato, anche se non elencati di sopra, si rivolga al medico curante o contatti il centro vaccinale*» ovvero ad invitare il paziente ad indicare gli effetti indesiderati tramite il sistema nazionale di segnalazione. La non conoscenza degli effetti, *rectius* danni, a lungo termine ovvero l'invito a rivolgersi al medico di base o al centro vaccinale non mi sembra siano degli esimenti per l'indennizzo da vaccinazione. Né il modulo di consenso informato contiene alcun riferimento in tal senso, riferimento che qualora fosse inserito avrebbe, a mio avviso, un connotato "quasi-vessatorio".

Ritengo, pertanto, che il legislatore dovrà intervenire, in fase di conversione, a colmare l'omissione governativa poiché la stessa può essere tacciata di incostituzionalità tanto più se si considera l'obbligatorietà della vaccinazione. Il diritto all'indennizzo non può, infatti, essere escluso neanche per i soggetti che non rientrano nel campo di applicazione dell'art. 4, d.l. n. 44/2021 e che riportino, a seguito della somministrazione del vaccino, lesioni o infermità dalle quali derivi una menomazione permanente della integrità psico-fisica. La Consulta³⁹ ha, infatti, statuito che «*la ragione che fonda il diritto all'indennizzo del singolo non risiede quindi nel fatto che questi si sia sottoposto a un trattamento obbligatorio: riposa, piuttosto, sul necessario adempimento, che si impone alla collettività, di un dovere di solidarietà, laddove le conseguenze negative per l'integrità psico-fisica derivino da un trattamento sanitario (obbligatorio o raccomandato che sia) effettuato nell'interesse della collettività stessa, oltre che in quello individuale*».

Non può, dunque, negarsi il diritto all'indennizzo a quei soggetti, obbligati o non, che riportino danni permanenti a seguito della vaccinazione anti-coronavirus poiché è, indubbio, che tale trattamento sanitario sia votato alla salvaguardia dell'interesse collettivo alla salute⁴⁰ costituzionalmente sancito.

³⁶ V., da ultimo, Cass. 3 febbraio 2021, n. 2474, in *Giust. civ. mass.*, 2021.

³⁷ Allegato 1 della circolare del Ministero della salute 24 dicembre 2020, n. 42164.

³⁸ Allegato 1 della circolare del Ministero della salute 25 marzo 2021, n. 12238.

³⁹ C. cost. 23 giugno 2020, n. 118, cit.

⁴⁰ Sull'efficacia dei vaccini Pfizer-BioNTech e Moderna *anche* contro il contagio, v. il recentissimo studio dei Centers for Disease Control and Prevention del Dipartimento della salute e dei servizi umani degli Stati Uniti, *Interim Estimates of Vaccine Effectiveness of BNT162b2 and mRNA-1273 COVID-19 Vaccines in Preventing SARS-CoV-2 Infection Among Health Care Personnel, First Responders, and Other Essential and Frontline Workers — Eight U.S. Locations, December 2020–March 2021*, in *Morbidity and Mortality Weekly Report*, Early Release / Vol. 70, March 29, 2021, pp. 1 ss., consultabile online al seguente link:

https://www.cdc.gov/mmwr/volumes/70/wr/mm7013e3.htm?s_cid=mm7013e3_w#suggestedcitation