

## Dei vaccini e delle «pene» per gli operatori sanitari. Prime osservazioni sul D.L. 1° aprile 2021, n. 44 (G.U. n. 79 del 1° aprile 2021)

*di V. A. Poso - 10 aprile 2021*

1. L'intervento legislativo sull'obbligo del vaccino imposto agli operatori sanitari per evitare la diffusione del contagio da SARS-CoV-2 (da molti auspicato, da alcuni demonizzato e contestato, da altri ritenuto inutile) c'è stato. Seguiremo il percorso del decreto-legge verso la sua (sicura) conversione in legge, per una complessiva e più completa valutazione, che al momento affidiamo ad alcune osservazioni a caldo.

L'intervento legislativo, per nulla scontato, era nell'aria e nasce, soprattutto, in conseguenza della posizione intransigente assunta da alcuni sanitari, in gran parte infermieri, che hanno opposto il rifiuto alla vaccinazione, mettendo, talvolta, in seria difficoltà l'organizzazione sanitaria, ma compromettendo anche l'immagine della sanità stessa in un momento delicato della emergenza sanitaria che stiamo vivendo, tutti, con serie difficoltà e gravi restrizioni di diritti e libertà fondamentali.

In *questa Rivista* il tema è stato affrontato da studiosi di diversa formazione e sensibilità nell'ambito di un «*Dibattito istantaneo su vaccini anti-Covid e rapporti di lavoro*», promosso dal Direttore Oronzo Mazzotta, al quale sono stati invitati per esprimere la loro opinione ([www.rivistalabor.it](http://www.rivistalabor.it) dal 22 gennaio al 23 febbraio 2021), cui si rinvia.

2. L'evidenza giudiziaria di questa resistenza è stata assai timida, ma significativa.

Il Tribunale di Belluno, con una ordinanza cautelare del 19 marzo 2021, ha considerato legittimo il collocamento forzato in ferie degli operatori socio-sanitari di due RSA che avevano rifiutato di sottoporsi alla somministrazione del vaccino anti Covid-19. Dalla motivazione, assai scarna, dell'ordinanza non è dato capire, con esattezza, l'oggetto e il perimetro della domanda cautelare proposta. Se è stata richiesta l'adozione di provvedimenti generici e indefiniti, come par di capire, diretti a dichiarare o realizzare il diritto degli operatori sanitari alla libera scelta di vaccinarsi o meno, esprimo forti dubbi sull'ammissibilità stessa del ricorso. Se sono stati impugnati specifici provvedimenti datoriali (risultano, comunque, smentite le prime notizie di stampa riportate da alcune testate giornalistiche secondo le quali i lavoratori ricorrenti sarebbero stati sospesi senza retribuzione alcuna, anche alla luce di quanto afferma il giudice nella sua ordinanza per escludere la sussistenza del *periculum in mora*) per l'unilaterale decisione del datore di lavoro di disporre il collocamento forzato in ferie (come probabilmente è accaduto, a leggere bene l'ordinanza), la decisione del giudice del lavoro di Belluno è, a mio avviso, corretta, proprio per il bilanciamento degli interessi in gioco – diritto alle ferie, con un minimo di autodeterminazione nella scelta del periodo di fruizione da parte del

lavoratore, e sicurezza delle condizioni e dell'ambiente di lavoro – evidenziato, seppur sinteticamente, nella stessa.

E tuttavia si tratta di una soluzione che risolve il problema in maniera surrettizia, solo per il periodo, limitato, di fruizione delle ferie, esaurito il quale, perdurando la loro condizione di non vaccinati, i lavoratori si ritroveranno nella stessa situazione precedente. Dovranno, quindi, essere sottoposti alla visita del medico competente ex art. 279, co. 2, lett. b), d.lgs. n. 81/2008 e, in caso di ritenuta inidoneità alla mansione specifica, il datore di lavoro dovrà disporre l'allontanamento temporaneo, secondo le procedure dell'art. 42 (adibizione del lavoratore, ove possibile, a mansioni equivalenti o, in difetto, a mansioni inferiori, con la garanzia del trattamento corrispondente alle mansioni di provenienza).

Peraltro, se il datore di lavoro ha considerato la situazione del lavoratore non vaccinato pericolosa per l'esercizio delle sue mansioni a contatto diretto con gli assistiti, ma anche con i colleghi di lavoro, la sua valutazione, in termini (anche generali) di sicurezza, di prevenzione e di misure tecniche e organizzative da adottare, non potrà certamente cambiare dopo il breve periodo delle ferie godute, a meno che non muti (ma ciò non accadrà, almeno in tempi brevi) il quadro generale della pandemia e della diffusione del contagio, oppure non risulti con certezza o grande approssimazione l'inefficacia della vaccinazione.

Come ho avuto modo di osservare in altra sede, il rigetto del ricorso poteva essere deciso sulla (sola) base della manifesta insussistenza del *periculum in mora*, in quanto è stato, correttamente, rilevato dal giudicante il difetto assoluto di allegazione di fatti e comportamenti che facessero solo pensare all'intenzione del datore di lavoro di procedere alla sospensione dal lavoro e dalla retribuzione o addirittura al licenziamento. Sul *fumus boni iuris* il giudice richiama, correttamente, il dovere di sicurezza del datore di lavoro nei confronti dei propri dipendenti, previsto dall'art. 2087 c.c., ma anche la necessità di protezione dei colleghi di lavoro, dei pazienti e dei terzi con i quali il lavoratore non vaccinati possano venire in contatto.

Peraltro (e non è cosa di poco conto) il datore di lavoro avrebbe potuto ipotizzare anche il rischio, concreto, di azioni risarcitorie, in conseguenza del contagio diffuso, di pazienti, dipendenti e terzi (non solo in caso di esiti infausti) per responsabilità ad esso imputabile per non aver messo in campo tutte le misure tecniche e organizzative adeguate al fine di evitare il danno.

L'ordinanza dà per scontata la notorietà di fatti e circostanze, anche sulle acquisizioni scientifiche, che avrebbero meritato una più chiara esposizione, compatibilmente con la natura sommaria del procedimento.

Ho, poi, trovato contraddittoria (ma è possibile che sia sbagliata la mia lettura) l'affermazione di cui al quarto cpv dell'ordinanza ove si legge: «*ritenuto che è, pertanto, evidente il rischio per i ricorrenti di essere contagiati, essendo fra l'altro notorio che non è scientificamente provato che il vaccino per cui è causa prevenga, oltre alla malattia, anche l'infezione*». Detta così sembra quasi che il vaccino non impedisca il propagarsi dell'infezione, ma tuteli solo il vaccinato.

In precedenza il Tribunale di Messina con l'ordinanza cautelare del 12 dicembre 2020 (pronunciata in una causa promossa da alcuni sanitari ausiliari), senza entrare nel merito delle altre

problematiche lavoristiche, ha disapplicato il decreto assessoriale regionale siciliano e le note aziendali ospedaliere di sua conseguente applicazione, che, proprio per evitare la concomitanza della “ordinaria” influenza con il contagio pandemico, avevano imposto al personale sanitario l’obbligo della vaccinazione antinfluenzale e anti pneumococcica, sul presupposto, incontestabile, che la tutela della salute è materia che la Costituzione, con l’art. 32, riserva alla legge statale.

3. Sul piano legislativo, per quanto qui interessa, merita segnalare la l. 10 marzo 2021, n. 2 della Regione Puglia che, in applicazione della precedente l. 19 giugno 2018, n. 27 e del suo regolamento attuativo 25 giugno 2020, n. 10 ( muovendosi nella stessa prospettiva), ha esteso le disposizioni di sicurezza da questi atti normativi previste a carico degli operatori sanitari *«per prevenire e controllare la trasmissione delle infezioni occupazionali e degli agenti infettivi ai pazienti, ai loro familiari, agli altri operatori e alla collettività, si applicano anche per la vaccinazione anti-Coronavirus-19, purché la pratica di prevenzione sia prescritta in forma di obbligo o raccomandazione dalla legislazione statale, ovvero contenuta in disposizioni normative statali eccezionali e d’emergenza, oppure sia prevista da atti amministrativi nazionali, comunque denominati, diretti a favorire la massima copertura vaccinale della popolazione e per questo aventi efficacia integrativa del Piano nazionale di prevenzione vaccinale»* (art. 1, co. 1).

La l. n. 27/2018, che all’art. 1 prevedeva: *«1. La Regione Puglia, al fine di prevenire e controllare la trasmissione delle infezioni occupazionali e degli agenti infettivi ai pazienti, ai loro familiari, agli altri operatori e alla collettività, individua con la deliberazione di cui all’articolo 4, i reparti dove consentire l’accesso ai soli operatori che si siano attenuti alle indicazioni del Piano nazionale di prevenzione vaccinale vigente per i soggetti a rischio per esposizione professionale. – 2. In particolari condizioni epidemiologiche o ambientali, le direzioni sanitarie ospedaliere o territoriali, sentito il medico competente, valutano l’opportunità di prescrivere vaccinazioni normalmente non raccomandate per la generalità degli operatori»* è approdata anche alla Corte Costituzionale, che su di essa si è pronunciata con la sentenza n. 137 del 6 giugno 2019.

La Corte Costituzionale ha assolto dalla censura di incostituzionalità il comma 1 dell’art.1 e gli altri articoli della legge regionale pugliese; mentre dichiarato l’illegittimità costituzionale *dell’art. 1, co. 2, perché conferisce alle direzioni sanitarie un potere indefinito e, consentendo loro di rendere obbligatorie anche vaccinazioni non menzionate a livello statale, senza nemmeno operare alcun rinvio al PNPV all’epoca vigente, invade l’ambito di competenza riservato al legislatore statale dall’art. 117, co. 3 Cost.; mentre, sotto altro profilo, il potere di prescrivere obblighi vaccinali senza un’adeguata individuazione a livello di fonte primaria dei presupposti, del contenuto e dei limiti dei suddetti obblighi, trasgredisce la riserva di legge imposta dall’art. 32 Cost., a sua volta connessa al principio di eguaglianza previsto dall’art. 3 Cost.* (sul punto richiamando le sentenze n. 169 del 2017 e n. 5 del 2018).

A prescindere dal titolo della legge e dalla rubrica dell’articolo censurato, dove viene evocato l’*obbligo vaccinale*, la Corte Costituzionale ha ritenuto, correttamente, che le disposizioni censurate esaminate possono essere ricondotte all’ambito della organizzazione sanitaria, parte integrante della competenza legislativa regionale in materia della tutela della salute di cui al

terzo comma del citato art. 117 Cost. (*ex plurimis* sentenze n. 54 del 2015 e n. 371 del 2008). La prescrizione, infatti, non si rivolge alla generalità dei cittadini «*ma si indirizza specificamente agli operatori sanitari che svolgono la loro attività professionale nell'ambito delle strutture facenti capo al servizio sanitario nazionale, allo scopo di prevenire e proteggere la salute di chi frequenta i luoghi di cura: anzitutto quella dei pazienti, che spesso si trovano in condizione di fragilità e sono esposti a gravi pericoli di contagio, quella dei loro familiari, degli altri operatori e, solo di riflesso, della collettività*»; tenuto conto, peraltro, che anche «*le società medico-scientifiche [...] segnalano l'urgenza di mettere in atto prassi adeguate a prevenire le epidemie in ambito ospedaliero, sollecitando anzitutto un appropriato comportamento del personale sanitario, per garantire ai pazienti la sicurezza nelle cure*».

In questa ottica la regolamentazione regionale dell'accesso ai reparti degli istituti di cura è finalizzata a prevenire le epidemie in ambito nosocomiale, rimanendo così all'interno delle competenze regionali che in materia di vaccinazioni «*continuano a trovare spazi non indifferenti di espressione, ad esempio con riguardo all'organizzazione dei servizi sanitari e all'identificazione degli organi competenti a verificare e sanzionare le violazioni*» (in questi termini si esprime la sentenza n. 5 del 2018); così muovendosi nel solco del PNPV vigente che «*indica per gli operatori sanitari alcune specifiche vaccinazioni in forma di raccomandazione, sulla base della fondamentale considerazione che un adeguato intervento di immunizzazione degli operatori sanitari non solo protegge gli interessati, ma svolge un ruolo di «garanzia nei confronti dei pazienti ai quali», date le loro particolari condizioni di vulnerabilità, «l'operatore potrebbe trasmettere l'infezione determinando gravi danni e persino casi mortali» (PNPV 2017-2019, p. 67)*».

4. Non è possibile esaminare, in questa sede, la rilevanza delle specifiche disposizioni contenute nei Codici deontologici di settore (per i medici il Codice di deontologia approvato il 18 maggio 2014; per le professioni infermieristiche il Codice approvato il 12 e 13 aprile 2019), tutte incentrate sui principi di competenza e responsabilità e finalizzate alla cura dei pazienti e alla realizzazione della salute pubblica, al fine di garantire le più idonee condizioni di sicurezza del paziente e degli operatori coinvolti, così contribuendo alla prevenzione e alla gestione del rischio clinico, anche con le buone pratiche cliniche e perseguendo il bene della persona, della famiglia e della collettività.

Altrove ho individuato, in estrema sintesi, quattro profili di *etica* nella materia che ci occupa: etica clinica, etica di salute pubblica, etica professionale, etica delle istituzioni. E tuttavia era difficile ipotizzare, solo sulla base delle norme di *deontologia sanitaria*, un obbligo di vaccinazione di rilevanza giuridica, sia nel rapporto con gli ordini professionali, che nel rapporto con il datore di lavoro, così introducendo in maniera surrettizia un obbligo che può essere imposto solo dalla legge.

5. Sul piano etico, in generale, dobbiamo tenere conto dell'evoluzione delle posizioni espresse negli ultimi anni dal Comitato nazionale per la Bioetica (ad es., nel parere del 22 settembre 1995 «*Le vaccinazioni*» i problemi della vaccinazione, sotto i diversi profili di facoltatività, obbligatorietà e coattività, rapporto costi-benefici, consenso, alternative sono stati esaminati nella «*prospettiva di ampio respiro, nella quale il bene di cui si va alla ricerca è insieme il bene del singolo e il bene di tutti*», rappresentando anche la possibilità di una coercizione

esplicita, per singoli soggetti o per l'intera popolazione, allo scopo precipuo di evitare rischi significativi di contagio; ed ancora nella mozione del 24 aprile 2015 «*L'importanza delle vaccinazioni*», di fronte della recrudescenza del morbillo, veniva richiamata la responsabilità personale e sociale per assicurare una copertura adeguata per le vaccinazioni obbligatorie e per quelle solo raccomandate, senza escludere l'obbligatorietà della vaccinazione in caso di emergenza).

Nel parere del 27 novembre 2020 «*I vaccini e Covid-19: aspetti etici per la ricerca, il costo e la distribuzione*» il CNB, pur ribadendo il rispetto dell'autonomia individuale e della spontanea adesione, non esclude un'imposizione autoritativa del vaccino, ove il diffondersi di un senso di responsabilità individuale e le condizioni complessive della diffusione della pandemia lo consentano, ritenendo legittimi i trattamenti sanitari obbligatori in caso di necessità e pericolo per la salute delle singole persone, affermando che : «*[...] a fronte di un vaccino validato e approvato dalle autorità competenti – non vada esclusa l'obbligatorietà, soprattutto per gruppi professionali che sono a rischio di infezione e trasmissione di virus. Tale obbligo dovrebbe essere discusso all'interno delle stesse associazioni professionali e dovrà essere revocato qualora non sussista più un pericolo per la collettività*».

6. Nel perimetro tracciato dall'art. 32 Cost. e dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale, l'intervento legislativo appariva del tutto coerente con i principi enunciati dalla Corte costituzionale nelle sentenze 2 giugno 1994, n. 218 e 23 giugno 1994, n. 258, proprio nella prospettiva di evitare rischi per la salute dei terzi e per realizzare un virtuoso bilanciamento tra la salute del singolo individuo e la salute collettiva, realizzata anche, e soprattutto, dalle prescrizioni di legge relative alle vaccinazioni obbligatorie.

Dirimenti sono le acquisizioni della scienza medica sugli effetti del vaccino per chi lo riceve e nei confronti degli altri, se, come in passato è accaduto (cito, per tutte, le sentenze n. 307 del 22 giugno 1990 n. 307 e n. 258 del 23 giugno 1994) la Corte Costituzionale, al fine di affermare la liceità dell'obbligo vaccinale, nel rispetto dell'art. 32 Cost., valuterà «*[...] se il trattamento sia diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato ma anche a preservare lo stato di salute degli altri.*».

Fondamentale rimane la sentenza 18 gennaio 2018, n. 5 con la quale la Corte Costituzionale ha rigettato tutte le censure di incostituzionalità, sollevate dalla Regione Veneto, nei confronti del d.l. 7 giugno 2017, n. 73 (c.d. *Decreto Lorenzin*), convertito, con modificazioni, dalla l. 31 luglio 2017, n. 119 (per l'intero testo e per specifiche disposizioni normative) che aveva imposto ai minori fino a sedici anni di età dieci (così ridotte, in sede di conversione in legge, rispetto all'originario numero di dodici) vaccinazioni obbligatorie e gratuite delle quali otto non erano previste dalla normativa previgente.

La Corte Costituzionale, partendo dal presupposto che l'art. 32 Cost. postula il necessario contemperamento del diritto alla salute del singolo (anche nel suo contenuto di libertà di cura) con il coesistente e reciproco diritto degli altri e con l'interesse della collettività (da ultimo sentenza n. 268 del 2017), precisa, per quanto qui interessa, 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 (sentenze n. 258 del 1994 e n. 307 del 1990). *«Il contemperamento di questi molteplici principi lascia spazio alla discrezionalità del legislatore nella scelta delle modalità attraverso le quali assicurare una prevenzione efficace dalle malattie infettive, potendo egli selezionare talora la tecnica della raccomandazione, talaltra quella dell'obbligo, nonché, nel secondo caso, calibrare variamente le misure, anche sanzionatorie, volte a garantire l'effettività dell'obbligo. Questa discrezionalità deve essere esercitata alla luce delle diverse condizioni sanitarie ed epidemiologiche, accertate dalle autorità preposte (sentenza n. 268 del 2017), e delle acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica, che debbono guidare il legislatore nell'esercizio delle sue scelte in materia (così, la giurisprudenza costante di questa Corte sin dalla fondamentale sentenza n. 282 del 2002)».*

In questo quadro l'attenzione verso l'obbligatorietà delle vaccinazioni è scemata in concomitanza con l'accentuarsi di una più spiccata sensibilità per i diritti di autodeterminazione individuale anche in campo sanitario e per questo motivo sono state privilegiate le politiche vaccinali basate sulla sensibilizzazione, l'informazione e la persuasione, ma il dibattito è rimasto sempre aperto e si assiste a una inversione di tendenza – dalla raccomandazione all'obbligo di vaccinazione, come è accaduto per le vaccinazioni obbligatorie per i minori.

Nel contemperamento degli interessi in gioco la Corte Costituzionale considera positivamente *« la scelta del legislatore statale non può essere censurata sul piano della ragionevolezza per aver indebitamente e sproporzionatamente sacrificato la libera autodeterminazione individuale in vista della tutela degli altri beni costituzionali coinvolti [...] intervenendo in una situazione in cui lo strumento della persuasione appariva carente sul piano della efficacia»;* osservando, comunque, che *«nell'orizzonte epistemico della pratica medico-sanitaria la distanza tra raccomandazione e obbligo è assai minore di quella che separa i due concetti nei rapporti giuridici. In ambito medico, raccomandare e prescrivere sono azioni percepite come egualmente doverose in vista di un determinato obiettivo (tanto che sul piano del diritto all'indennizzo le vaccinazioni raccomandate e quelle obbligatorie non subiscono differenze: si veda, da ultimo la sentenza n. 268 del 2017). In quest'ottica, occorre considerare che, anche nel regime previgente, le vaccinazioni non giuridicamente obbligatorie erano comunque proposte con l'autorevolezza propria del consiglio medico».*

Non deve essere sottovalutato il fatto che, con riferimento alla normativa vigente sulle vaccinazioni obbligatorie per i minori la Corte Costituzionale, pur valutando positivamente il fatto che il Legislatore ha ritenuto di dover rafforzare la cogenza degli strumenti della profilassi vaccinale, configurando un intervento non irragionevole allo stato attuale delle condizioni epidemiologiche e delle conoscenze scientifiche, non ha escluso che, mutate le condizioni, la scelta possa essere rivalutata e riconsiderata. Questa prospettiva di valorizzazione della dinamica evolutiva propria delle conoscenze medico-scientifiche che debbono sorreggere le scelte normative in campo sanitario, quale elemento di flessibilizzazione della normativa, da attivarsi alla luce dei dati emersi nelle sedi scientifiche appropriate, ha fatto sì che la Corte Costituzionale considerasse legittima la scelta legislativa del 2017 a favore dello strumento dell'obbligo, perché fortemente ancorata al contesto ed è suscettibile di diversa valutazione al mutare di esso.

Che dovesse essere una legge statale, attesa la riserva assoluta prevista dall'art. 32 Cost., ce lo ricorda la stessa Corte Costituzionale che di recente, con la sentenza n. 37 del 12 marzo 2021, a definizione del giudizio di attribuzione relativo alla legge "aperturista" della Regione autonoma della Valle d'Aosta 9 dicembre 2020, n. 11 (la cui efficacia è stata sospesa in via cautelare con l'ordinanza n. 4 pronunciata il 14 gennaio 2021), ha dichiarato l'illegittimità di diverse norme, confermando che la materia della profilassi internazionale, sancita dall'art. 117, co. 2, lett. Q, Cost., non spetta alle Regioni, nemmeno a statuto autonomo, ma rientra nella competenza esclusiva dello Stato, così riaffermando la clausola di supremazia dello Stato (contenuta nella fallita riforma costituzionale del 2016 e riproposta in alcuni progetti di riforma dell'attuale governo) e censurando l'autonomia della Regione Valle d'Aosta di derogare alle misure governative anti Covid-19, con la prospettazione di un rischio di pregiudizio irreparabile all'interesse pubblico a una gestione unitaria dell'epidemia a livello nazionale. Scrive la Corte Costituzionale: «*A fronte di malattie contagiose in grado di diffondersi a livello globale, «ragioni logiche, prima che giuridiche» (sentenza n. 5 del 2018) 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 (sentenze n. 169 del 2017, n. 338 del 2003 e n. 282 del 2002)».*

7. Meritano di essere segnalate, anche, le FAQ del 17 febbraio 2021 («*Trattamento di dati relativi alla vaccinazione anti Covid-19 nel contesto lavorativo*») del Garante della Privacy, che, in mancanza di un obbligo vaccinale sancito dalla legge, aveva affermato che il datore di lavoro non può acquisire, neanche con il consenso del dipendente o tramite il medico competente, i nominativi del personale vaccinato, non essendo ciò consentito dalle disposizioni emergenziali e dalla disciplina in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro; fermo restando che solo il medico competente può trattare i dati sanitari dei lavoratori e tra questi anche le informazioni relative alla vaccinazione, nell'ambito della sorveglianza sanitaria e in sede di verifica dell'idoneità alla mansione specifica (artt. 25, 39, co. 5, e 41, co. 4, d.lgs. n. 81/2008); mentre il datore di lavoro può invece acquisire, in base al quadro normativo vigente, i soli giudizi di idoneità alla mansione specifica e le eventuali prescrizioni e/o limitazioni in essi riportati (es. art. 18, co. 1, lett. c), g) e bb) d.lgs. n. 81/2008).

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

8. Di un certo interesse è la nota che la Direzione centrale Inail ha inviato alla sede regionale ligure, riscontrando l'interpello contenente il quesito formulato dall'Ospedale San Martino di Genova su se e quali provvedimenti debbano essere adottati per il personale infermieristico che non abbia aderito al piano vaccinale anti-Covid-19 ed abbia contratto il virus (v., in proposito, l'analisi di Lisa Taschini, *L'Inail riconosce il diritto all'infortunio da Covid-19 anche ai lavoratori e agli infermieri no-vax e dà il suo contributo al dibattito sull'obbligo di vaccino*, in questa Rivista, [www.rivistalabor.it](http://www.rivistalabor.it), 10 marzo 2021), in assenza della legge sull'obbligo vaccinale. L'Inail ha chiarito che «*il rifiuto di vaccinarsi, configurandosi come esercizio della libertà di scelta del singolo individuo rispetto ad un trattamento sanitario, ancorché fortemente raccomandato dalle autorità, non può costituire una ulteriore condizione a cui subordinare la tutela assicurativa dell'infortunato*», anche se ciò «*non comporta l'automatica ammissione a tutela del lavoratore che abbia contratto il contagio e non si sia sottoposto alla profilassi vaccinale*» dovendo essere necessariamente e concretamente accertato il collegamento causale tra l'evento infortunistico e l'occasione di lavoro. Assai discutibilmente, però, l'Inail ha escluso, nel caso di rifiuto di sottoporsi al vaccino anti Covid-19, la sussistenza del «*rischio elettivo*», così come configurato dalla giurisprudenza.

9. È passata sotto silenzio la Risoluzione n. 2361 del 27 gennaio 2021 («*Vaccini Covid-19: considerazioni etiche, legali e pratiche*») approvata dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa che, dopo aver definito il vaccino un «*bene pubblico globale*», facendo propria la determinazione dell'OMS, e adottato alcune direttive di carattere generale, al paragrafo n. 7.3 («*per quanto riguarda la garanzia di un elevato assorbimento del vaccino*»), con riferimento alla questione dell'obbligo vaccinale ha così disposto: «*7.3.1. garantire che i cittadini siano informati che la vaccinazione NON è obbligatoria e che nessuno è politicamente, socialmente o altrimenti sottoposto a pressioni per farsi vaccinare, se non lo desidera farlo da solo; 7.3.2. garantire che nessuno sia discriminato per non essere stato vaccinato, a causa di possibili rischi per la salute o per non voler essere vaccinato; 7.3.3. adottare tempestivamente misure efficaci per contrastare la disinformazione, la disinformazione e l'esitazione riguardo ai vaccini Covid-19*»).

10. C'erano tutte le premesse, quindi, per arrivare al decreto- legge di cui oggi si discute.

È superfluo rilevare che la riserva di legge è assoluta (e a mio avviso non sono consentiti atti normativi secondari derivanti dalla legge), anche se, come pure è stato osservato, una legge sull'obbligo vaccinale imposto a soggetti adulti, sebbene limitato ad una categoria professionale, è un «*inedito costituzionale*», anche perché il tema dei vaccini obbligatori nei confronti degli adulti in modo generalizzato non è stato mai affrontato dalla Corte Costituzionale (a differenza, ad esempio, delle materie riguardanti i vaccini obbligatori per i minori e le ipotesi di indennizzo per i danni derivanti dalle vaccinazioni non obbligatorie).

Come da alcuni è stato osservato, le soluzioni possibili erano due: obbligo o libertà di scelta, *tertium non datur*. Dal precetto obbligatorio conseguono le sanzioni; ma se la scelta



fosse rimasta libera non sarebbe stato possibile condizionare alla avvenuta vaccinazione l'esercizio di diritti fondamentali della persona, che non possono subire alcuna diminuzione.

Nel dibattito precedente ci si è chiesti se una legge che imponga agli adulti *trattamenti sanitari obbligatori*, contrasti, e in che misura, con il diritto alla libertà di cura e al consenso informato, che pure sono considerati valori a protezione costituzionale.

Ci si è anche interrogati sulla portata delle sanzioni conseguenti all'inosservanza dell'obbligo vaccinale, che, per essere veramente dissuasive, devono essere adeguate al caso concreto, sol che si consideri quanto blande siano quelle conseguenti alla violazione dell'obbligo vaccinale per i minori (sanzioni amministrative e condizione di accesso solo alle scuole dell'infanzia e agli asili).

È difficile dubitare della sussistenza dei presupposti di necessità e urgenza, di carattere straordinario previsti dall'art. 77, co. 2 Cost., per l'emissione del decreto-legge, considerato lo stato di emergenza epidemiologica che da oltre un anno stiamo vivendo, per ora dichiarato, di proroga in proroga, dal 31 gennaio 2020 sino al 30 aprile 2021, ma destinato ad essere confermato (almeno) sino al 31 luglio 2021, e i caratteri di pandemia riconosciuti dall'OMS l'11 marzo 2020 in considerazione dei livelli di diffusività e gravità raggiunti a livello globale.

Si tratta di poche, ma essenziali acquisizioni, che insieme ad altre leggiamo della premessa dell'atto normativo, che per questi punti essenziali merita riportare: *«Ritenuta la straordinaria necessità e urgenza di integrare il quadro delle vigenti misure di contenimento alla diffusione del predetto virus, adottando adeguate e immediate misure di prevenzione e contrasto all'aggravamento dell'emergenza epidemiologica; Ritenuta la straordinaria necessità ed urgenza di emanare disposizioni per garantire in maniera omogenea sul territorio nazionale le attività dirette al contenimento dell'epidemia e alla riduzione dei rischi per la salute pubblica, con riferimento soprattutto alle categorie più fragili, anche alla luce dei dati e delle conoscenze medico-scientifiche acquisite per fronteggiare l'epidemia da COVID-19 e degli impegni assunti, anche in sede internazionale, in termini di profilassi e di copertura vaccinale.»*

Certamente si dovrà verificare il contenuto della relazione di accompagnamento al disegno di legge di conversione in legge del decreto-legge che il Governo presenterà alle Camere e il dibattito parlamentare e l'istruttoria legislativa, ma è indubbio che, come già è accaduto in passato (mi riferisco sempre alla sentenza n. 5 del 2018 della Corte Costituzionale) a fronte della campagna straordinaria di vaccinazione per raggiungere una copertura vaccinale soddisfacente e per superare le criticità riscontrate nel settore sanitario nel presente ritiene rientri nella discrezionalità – e nella responsabilità politica – degli organi di governo apprezzare l'urgenza di intervenire, alla luce dei dati disponibili e dei fenomeni epidemiologici frattanto emersi, anche in nome del principio di precauzione che deve presidiare un ambito così delicato per la salute di ogni cittadino come è quello della prevenzione (riadatto, con queste parole, uno dei passaggi motivazionali della sentenza suindicata).

Il Legislatore, nel bilanciamento degli interessi in gioco, ha considerato prevalente la tutela in via precauzionale della salute dei pazienti rispetto alla libertà di non vaccinarsi, anche se non vi sono sicure evidenze scientifiche sull'impedimento della trasmissione del contagio ad opera del vaccino.

Se partiamo dal presupposto che la vaccinazione anti Covid-19 serve a proteggere non solo se stessi, ma l'intera collettività, non ha senso riservarla *solamente* agli operatori del settore sanitario. È indiscutibile che nel settore sanitario l'incidenza del rischio sia maggiore rispetto ad altri, ma quanto meno tutti gli addetti ai servizi essenziali dovrebbero essere coinvolti. E non sono pochi. Questa del Legislatore è una scelta minimale, per molti versi discutibile, ma dettata dalla volontà di non comprimere la libertà di cura e l'autodeterminazione dei cittadini.

11. La norma del decreto-legge che qui interessa è l'art. 4 che prevede l'obbligo vaccinale per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario, nell'ambito delle misure di prevenzione del contagio da SARS-CoV-2 (cito, quasi testualmente, dalla rubrica della norma).

Innanzitutto i destinatari dell'obbligo della vaccinazione gratuita per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2 sono «*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*». È una platea molto ampia di soggetti che non è limitata solo a chi esercita le professioni sanitarie in senso tecnico e ordinistico (anche se questa necessaria caratterizzazione sembrerebbe derivare dalla evocazione, in più punti, del rapporto con l'ordine professionale di appartenenza); e comprende, a mio avviso, l'attività di somministrazione svolta fuori delle strutture (utilizzo questo termine in senso lato) specificamente indicate, dovendo valere per tutti quelli che inoculano il vaccino presso l'abitazione dell'assistito o in strutture esterne appositamente dedicate alla somministrazione o utilizzate per la somministrazione.

Dato atto della situazione di emergenza epidemiologica da SARS-CoV-2, la durata dell'obbligo è legata alla completa attuazione del piano vaccinale e comunque non oltre il 31 dicembre 2021. Trattasi di una data presuntivamente indicata per la fine della campagna straordinaria vaccinale, che, tuttavia, può non essere esaustiva, perché possono rendersi necessari anche richiami e vaccinazioni ulteriori, anche nei mesi a venire, se è vero, come è vero, che l'efficacia del vaccino è comunque temporalmente limitata e il virus rimane comunque in circolazione.

La finalità perseguita dalla previsione dell'obbligo vaccinale è presto detta: «*al fine di tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza*».

Il punto fondamentale della norma, al quale sono collegate le conseguenze specificate nei commi successivi, è che la «*vaccinazione costituisce requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative rese dai soggetti obbligati*».

Va da sé che la vaccinazione debba essere somministrata nel rispetto delle indicazioni fornite dalle regioni, dalle province autonome e dalle altre autorità sanitarie competenti, in conformità alle previsioni contenute nel piano: valgono per gli operatori sanitari le procedure che si applicano a tutti i beneficiari del vaccino.

Il comma 2 prevede che la vaccinazione non sia obbligatoria e possa essere, quindi, omessa o differita, solo ed esclusivamente in caso di accertato pericolo per la salute, in relazione a specifiche condizioni cliniche documentate, attestate dal medico di medicina generale. È, questa,

una soluzione che agevola la procedura spiegata nei commi successivi, della quale diremo, ma trattandosi di una platea comunque limitata di soggetti interessati, anche in ragione delle specifiche competenze che i medici di medicina generale potrebbero non avere, questo può rappresentare un punto di criticità. Sarebbe stato preferibile affidare questa *certificazione* a personale medico-legale afferente a una struttura sanitaria pubblica, come succede anche per altre situazioni meno rilevanti.

Altro punto di criticità è che in queste ipotesi di omissione o differimento della vaccinazione non è previsto, comunque, l'allontanamento dell'operatore sanitario, pur con le dovute garanzie di trattamento economico e normativo, cioè senza applicare alcuna penalizzazione.

A seguire, dal n. 3, una serie di commi che disciplinano procedure farraginose, che sembrano semplici, ma non lo sono, nelle quali assumono un ruolo rilevante gli Ordini professionali di appartenenza del personale interessato territorialmente competenti, scadenzate entro termini stringenti, ma anche i datori di lavoro.

Il primo, doppio, adempimento deve essere effettuato entro cinque giorni dall'entrata in vigore del d. l. (1° aprile), quindi il giorno dopo le festività pasquali. Troppo poco, a mio avviso, il tempo messo a disposizione, ma questo è.

Da una parte, «*ciascun Ordine professionale territoriale competente trasmette l'elenco degli iscritti, con l'indicazione del luogo di rispettiva residenza, alla regione o alla provincia autonoma in cui ha sede*». Dall'altra, «*i datori di lavoro degli operatori di interesse sanitario che svolgono la loro attività [...] trasmettono l'elenco dei propri dipendenti con tale qualifica, con l'indicazione del luogo di rispettiva residenza, alla regione o alla provincia autonoma nel cui territorio operano*». In buona sostanza è stato previsto un incrocio per consentire una verifica incrociata di iscritti agli ordini professionali ed esercenti le professioni sanitarie nelle condizioni date.

Questo doppio adempimento poteva essere evitato responsabilizzando i soggetti interessati con dichiarazioni rese ai propri datori di lavoro o, meglio ancora, ai servizi informativi vaccinali specificamente individuati, lasciando ad una verifica successiva l'intervento di ordini e datori.

Il secondo step (comma 4) prevede questi ulteriori passaggi: entro dieci giorni dalla data di ricezione degli elenchi di cui sopra le regioni e le province autonome, per il tramite dei servizi informativi vaccinali, verificano lo stato vaccinale di tutti i soggetti inseriti negli elenchi; quando non risulta l'effettuazione della vaccinazione anti SARS-CoV-2 o la presentazione della richiesta di vaccinazione nelle modalità stabilite nell'ambito della campagna vaccinale in atto, la regione o la provincia autonoma, nel rispetto delle disposizioni in materia di protezione dei dati personali, segnala immediatamente all'azienda sanitaria locale di residenza i nominativi dei soggetti che non risultano vaccinati.

Dopo la segnalazione «*l'azienda sanitaria locale di residenza invita l'interessato a produrre, entro cinque giorni dalla ricezione dell'invito, la documentazione comprovante l'effettuazione della vaccinazione, l'omissione o il differimento della stessa ai sensi del comma 2, ovvero la presentazione della richiesta di vaccinazione o l'insussistenza dei presupposti per l'obbligo vaccinale di cui al comma 1*». Questo prevede il comma 5, che ancora dispone che, in caso di

mancata presentazione della documentazione prescritta, alla scadenza di detto termine, senza ritardo «l'azienda sanitaria locale, [...] invita formalmente l'interessato a sottoporsi alla somministrazione del vaccino anti SARS-CoV-2, indicando le modalità e i termini entro i quali adempiere all'obbligo di cui al comma 1. – In caso di presentazione di documentazione attestante la richiesta di vaccinazione, l'azienda sanitaria locale invita l'interessato a trasmettere immediatamente e comunque non oltre tre giorni dalla somministrazione, la certificazione attestante l'adempimento all'obbligo vaccinale».

A ben considerare, nella prospettiva non solo di una lodevole semplificazione, ma anche della dovuta accelerazione della procedura, poteva essere questo l'adempimento iniziale da imporre ai soggetti interessati in tempi ragionevoli a far data dall'entrata in vigore del decreto. Assisiamo, invece, ad un complicato sistema di comunicazioni che si intrecciano tra di loro, dalla cui esecuzione dipendono i successivi adempimenti.

Con il comma 6 ci si avvia a comprendere le conseguenze sanzionatorie dell'inosservanza dell'obbligo vaccinale, il cui atto di accertamento, decorsi inutilmente i termini di cui sopra, viene adottato (in forme e modalità che non sono spiegate) dall'azienda sanitaria locale competente che, «previa acquisizione delle ulteriori eventuali informazioni presso le autorità competenti, ne dà immediata comunicazione scritta all'interessato, al datore di lavoro e all'Ordine professionale di appartenenza». «L'adozione dell'atto di accertamento da parte dell'azienda sanitaria locale determina 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» che (comma 7) viene comunicata immediatamente all'interessato dall'Ordine professionale di appartenenza.

Viene quindi in tal modo risolto il problema della inidoneità alla mansione che prevedeva l'allontanamento dal servizio limitatamente a chi lavori a stretto contatto del virus oggetto di contagio, e non anche di chi corra un rischio di contagio anche solo potenziale.

È difficile comprendere quali siano, nel senso letterale voluto dalla norma, le prestazioni o mansioni che implicano contatti interpersonali, considerato che, nell'ambito (non solo) dell'organizzazione sanitaria è davvero difficile individuarle se non si fa riferimento a ipotesi di *smart working*; intendo dire che anche prestazioni o mansioni puramente amministrative comportano rapporti interpersonali. Più semplice, all'apparenza, sono le prestazioni o mansioni che comportano, *in qualsiasi altra forma*, il rischio del contagio da SARS CoV-2, che, però, dovrebbero essere meglio specificate, posto che, si potrebbe facilmente obiettare, l'operatore sanitario non vaccinato, utilizzando le dovute, e rafforzate, precauzioni (come del resto è avvenuto per circa un anno) potrebbe svolgere la sua attività senza correre il rischio del contagio, attivo e passivo. Sarebbe stata, a mio avviso, preferibile, affermare la sospensione di diritto dall'attività, *tout court*, per la sopravvenuta impossibilità di svolgerla, in difetto di un requisito di idoneità previsto dalla legge.

La formulazione della norma, che può essere foriera di incerta interpretazione, aprendo il fronte di un ampio contenzioso, è il presupposto di quanto poi dispone il comma 8, ulteriore step, con questi ulteriori sotto passaggi: «il datore di lavoro [ dopo aver ricevuto questa comunicazione ] adibisce il lavoratore, ove possibile, a mansioni, anche inferiori, diverse da quelle indicate al comma 6, con il trattamento corrispondente alle mansioni esercitate, e che,

*comunque, non implicano rischi di diffusione del contagio»; «quando l'assegnazione a mansioni diverse non è possibile, per il periodo di sospensione di cui al comma 9, non è dovuta la retribuzione, altro compenso o emolumento, comunque denominato».*

Il Legislatore, quindi, accredita la tesi di chi in dottrina aveva escluso l'opzione del licenziamento di natura disciplinare, evidentemente non attribuendo al rifiuto ingiustificato di sottoporsi a vaccinazione un connotato di disvalore, anche sociale, restando possibile, a mio avviso, la determinazione datoriale del licenziamento per g. m. o., se dal rifiuto consegue una incidenza effettiva sull'organizzazione del lavoro (anche a voler prescindere dai profili di carattere strettamente economico), da poter attuare nei limiti consentiti dal divieto prorogato per l'emergenza.

In ogni caso un punto di criticità è rappresentato dal fatto che la sospensione dei dipendenti non vaccinati comporta, comunque, per i datori di lavoro la riorganizzazione del lavoro e dei servizi sanitari con le sostituzioni e le assunzioni a termine che si rendono necessarie.

In coerenza con quanto affermato all'inizio, il comma 9 prevede che *«la sospensione di cui al comma 6 mantiene 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».*

I commi 10 e 11 riguardano la disciplina dei rapporti di lavoro e delle attività libero-professionali *«per il periodo in cui la vaccinazione di cui al comma 1 è omessa o differita e comunque non oltre il 31 dicembre 2021»*, sempre al fine di evitare il rischio della diffusione del contagio da SARS-CoV-2.

Il datore di lavoro adibisce i soggetti di cui al comma 2 a mansioni anche diverse, senza decurtazione della retribuzione; ma viene fatto salvo, in ogni caso, quanto disposto dall'art. 26, co. 2 e 2-bis, d. l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla l. 24 aprile 2020, n. 27 (comma 10).

La disciplina richiamata dei commi 2 e 2-bis dell'art. 26, d. l. n. 18/2020, c.d. Decreto "Cura Italia", nel testo risultante dalla legge di conversione n. 27/2020 e dalle disposizioni successive modificative ed integrative, che ne hanno prorogato anche gli effetti (art. 1, co. 481, l. 30 dicembre 2020, n. 178, e art. 15, co.3, d.l. 22 marzo 2021, 41) prevede misure di tutela, di vario contenuto, fino al 30 giugno 2021, laddove la prestazione lavorativa non possa essere resa in modalità agile, dei lavoratori dipendenti pubblici e privati, *fragili («in possesso di certificazione rilasciata dai competenti organi medico-legali, attestante una condizione di rischio derivante da immunodepressione o da esiti da patologie oncologiche o dallo svolgimento di relative terapie salvavita, ivi inclusi i lavoratori in possesso del riconoscimento di disabilità con connotazione di gravità ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104»*: così li individua il comma 2).

Questa disciplina prevede, per quanto qui interessa, che: il periodo di assenza dal servizio è equiparato al ricovero ospedaliero ed è prescritto dalle competenti autorità sanitarie, nonché dal medico di assistenza primaria che ha in carico il paziente, sulla base documentata del riconoscimento di disabilità o delle certificazioni dei competenti organi medico-legali, i cui riferimenti sono riportati, per le verifiche di competenza, nel medesimo certificato; i periodi di assenza dal servizio non sono computabili ai fini del periodo di comporta e, per i lavoratori in

possesso del predetto riconoscimento di disabilità, non rilevano ai fini dell'erogazione delle somme corrisposte dall'Inps, a titolo di indennità di accompagnamento.

In base comma 2-bis (a decorrere dal 16 ottobre 2020 e fino al 30 giugno 2021) «*i lavoratori fragili di cui al comma 2 svolgono di norma la prestazione lavorativa in modalità agile, anche attraverso l'adibizione a diversa mansione ricompresa nella medesima categoria o area di inquadramento, come definite dai contratti collettivi vigenti, o lo svolgimento di specifiche attività di formazione professionale anche da remoto*».

Per quanto riguarda, invece, i soggetti che esercitano attività libero-professionale, la prescrizione è quella di adottare «*le misure di prevenzione igienico-sanitarie indicate dallo specifico protocollo di sicurezza adottato con decreto del Ministro della salute, di concerto con i Ministri della giustizia e del lavoro e delle politiche sociali, entro venti giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto*».

12. Nel dibattito precedente tutti si sono interrogati sulle conseguenze del rifiuto di vaccinarsi sul piano del rapporto di lavoro in assenza dell'obbligo, ipotizzando varie soluzioni, non sempre nella prospettiva della conservazione del rapporto di lavoro.

Ora che l'obbligo per gli operatori sanitari di vaccinarsi è previsto dalla legge questo dibattito è in gran parte superato o, per meglio dire, si deve misurare con le disposizioni normative introdotte.

Non è possibile darne conto in questa sede, perciò mi limito a riportare la mia opinione, in precedenza espressa, per punti essenziali: **a)** il datore di lavoro può, anzi deve pretendere dai suoi dipendenti e collaboratori una certificazione attestante la loro avvenuta vaccinazione, assumendo le necessarie informazioni, nel rispetto della privacy sui lavoratori vaccinati e non vaccinati, per accettare la loro prestazione, in attuazione del rapporto obbligatorio in cui si realizza l'esecuzione del contratto di lavoro. Su questo punto la posizione espressa da ultimo dal Garante deve essere presa in considerazione, per valutarne gli effetti, ma non mi sembra condivisibile; **b)** l'attività di *prevenzione e controllo* è prevista espressamente dall'art. 279, d.lgs. n. 81/2008, che affida la sorveglianza sanitaria al medico competente (*ex art. 41*), e al datore di lavoro, anche con la messa a disposizione di vaccini efficaci e con le informazioni necessarie sui vantaggi e gli inconvenienti delle vaccinazioni; **c)** il comportamento del lavoratore non collaborativo, ostativo, assume indubbiamente un connotato disciplinare, con tutto ciò che ne consegue, sul piano fisiologico o patologico del rapporto di lavoro.

Ora, nella situazione data, considerato che l'obbligo vaccinale è previsto dalla legge per gli operatori sanitari la valutazione datoriale del comportamento di chi non ha effettuato il vaccino e rifiuta la sua somministrazione, non è di natura disciplinare, ma non è immune da conseguenze: quanto meno quelle indicate dalla norma in commento.

In precedenza molti avevano parlato di sospensione del rapporto di lavoro, impossibilità temporanea sopravvenuta della prestazione, inadempimento, che consentono al datore di lavoro di non corrispondere la retribuzione (e non versare la relativa contribuzione previdenziale ed assistenziale), escludendo la misura estrema del licenziamento, per motivi disciplinari, che, frettolosamente, qualcuno ha pure avanzato all'inizio del dibattito su questo tema.

In estrema sintesi, si riteneva che il datore di lavoro potesse eccepire l'inadempimento del lavoratore all'obbligo di sicurezza del lavoratore e pertanto rifiutarsi di ricevere la sua prestazione e non retribuire il lavoratore fino a quando questi non provveda a vaccinarsi.

Io resto della convinzione che, nella grave contingenza nella quale ci troviamo, il datore di lavoro, a maggior ragione nell'ambito sanitario, abbia interesse non solo a che il proprio dipendente si sottoponga alla vaccinazione, così da fare tutto il possibile per realizzare la prevenzione del rischio di contagio nei luoghi di lavoro, ma deve porsi anche il problema interno alla sua organizzazione del lavoro e dei servizi, come detto, per evitare o quanto meno limitare, nei limiti del possibile, le probabili assenze causate dal Covid-19, e, all'esterno, per fornire a clienti e utenti prestazioni e servizi resi da personale vaccinato, tendenzialmente immunizzato, per evitare i rischi del contagio.

Peraltro non è detto che la vaccinazione risolva ogni problema, potendo sussistere gli obblighi, a mio avviso concorrenti con il vaccino, del referto del tampone negativo e della quarantena, nelle situazioni date (qui dovrebbero intervenire il legislatore e le parti sociali, anche con l'adeguamento dei protocolli in essere, in base a direttive e accordi-quadro).

E tuttavia la mancata valutazione disciplinare del rifiuto del vaccino, nei termini sopra riferiti, non esclude, certamente, le implicazioni, e le conseguenti valutazioni, sul piano oggettivo della organizzazione del lavoro e della proficuità della prestazione di lavoro resa.

Il datore di lavoro del settore sanitario non può essere costretto ad adeguare la sua organizzazione, anche in termini di organico dei lavoratori dipendenti (ad esempio con un lavoratore a termine o somministrato), per consentire l'esercizio di un diritto, seppure di rilevanza costituzionale, ad un suo dipendente che non intende vaccinarsi, oggi che l'obbligo è previsto dalla legge.

La sospensione dal lavoro e dalla retribuzione, come *extrema ratio* imposta ora dalla legge, potrebbe non essere risolutiva di tutti i problemi. Certamente il problema dovrà essere valutato nell'ambito concreto del luogo di lavoro e della struttura sanitaria, ma il datore di lavoro potrebbe arrivare alla determinazione del recesso per motivi oggettivi e ad anche per inidoneità all'esercizio delle mansioni assegnate o assegnabili.

Diventa difficile immaginare il trasferimento del lavoratore in altro luogo di lavoro (quale?) immune da ogni possibilità di contagio o l'assegnazione di mansioni compatibili con l'assenza del vaccino (quali?) nella condizione di non contagiare. Innanzitutto perché solo per alcune patologie esiste questo diritto; e comunque perché altrove (se non in regime di *smart working* o in luogo isolato da tutti) il problema della diffusione del contagio agli altri si porrebbe in ogni caso, non può essere evitato. È difficile, anche, potere immaginare mansioni, espletate nel luogo di lavoro, immuni dal contagio, sebbene inferiori

E allora, in questo contesto, il datore di lavoro dovrà valutare, attentamente, la rilevanza nel caso concreto dell'art. 42, d.lgs. n. 81/2008, sull'inidoneità alla mansione specifica espressa dal medico competente, per verificare se e a quali condizioni possa anche arrivare al licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

È, indubbiamente, una situazione che dovrà essere valutata, nelle sue implicazioni oggettive, quando la campagna di vaccinazione ( che sta procedendo a rilento e per gradi, per territori, per età e categorie ritenute a rischio) sarà completata e a regime, a meno che già oggi, risultando acquisito il rifiuto di sottoporsi alla vaccinazione o di fornire le informazioni utili, il datore di lavoro non sia in grado di assumere le determinazioni conseguenti in ordine al comportamento assunto dal lavoratore.

13. Un'ultima considerazione, per completezza, riguarda l'art. 3.

Da più parti era stato invocato uno *scudo penale* (che nelle intenzioni delle associazioni professionali doveva essere molto più ampio) per tutelare medici e addetti ai servizi sanitari. Alcune inchieste conseguenti alla somministrazione del vaccino hanno procurato allarme nel personale sanitario interessato.

La norma che ne è derivata, art. 3, è molto limitata perché, in tema di responsabilità penale da somministrazione del vaccino anti Covid, esclude la punibilità a determinate condizioni, che così riassumo: a) solo per i fatti di cui agli articoli 589 c.p. (“*omicidio colposo*”) e 590 c.p. (“*lesioni personali colpose*”) verificatisi a causa della somministrazione di un vaccino per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV -2; b) somministrazione effettuata nel corso della campagna vaccinale straordinaria in attuazione del piano di cui all'articolo 1, co. 457, l. 30 dicembre 2020, n. 178; c) nel caso in cui quando l'uso del vaccino sia 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.

Ovviamente l'apertura di un fascicolo penale con l'iscrizione dei soggetti interessati nel registro degli indagati è doverosa e necessaria anche per poter escludere, al termine delle indagini la punibilità, come previsto da questa norma speciale.

Senza entrare nel merito dell'esame di una norma penale che non è di mia competenza, mi limito solo ad alcune superficiali osservazioni.

Innanzitutto, questa norma speciale deve essere coordinata, a livello sistematico, con un'altra norma speciale, l'art. 590-sexies c.p. in materia di responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario, introdotta dall'art. 6, c.1, l. 8 marzo 2017, n. 24 ( c.d. Legge Gelli – Bianco), che al comma 2 prevede, per il caso in cui l'evento si sia verificato a causa di imperizia, che «*la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto*». È necessario, però, considerare che con riferimento alla specifica situazione emergenziale non esistono linee guida e buone pratiche tali da escludere la punibilità dei sanitari, anche se, nella parametrizzazione della colpa la gravità della stessa potrebbe essere esclusa, nel caso specifico, in considerazione delle limitate conoscenze scientifiche sulle patologie derivanti dal contagio da Covid-19 e sulle terapie che risultino appropriate per la cura; l'insufficienza delle risorse umane per fronteggiare l'emergenza e il numero di casi da trattare; l'utilizzazione di personale non adeguatamente specializzato.



In secondo luogo, non essendo specificamente individuati i soggetti attivi della somministrazione è possibile ritenere che l'esclusione della punibilità riguardi tutti quelli che sono in qualche modo coinvolti nell'attività di somministrazione. Non è individuato un atto medico propeedeutico alla somministrazione. Sicuramente l'esclusione della punibilità, comunque limitata a reati specifici, è ancorata ad alcuni presupposti condizionanti il legittimo esercizio dell'attività di somministrazione vaccinale: rispondenza del vaccino solo ed esclusivamente ai requisiti indicati nel provvedimento di autorizzazione all'immissione in commercio e alle disposizioni amministrative pubblicate sul sito istituzionale ministeriale; esercizio dell'attività di somministrazione vaccinale, solo ed esclusivamente, nell'ambito della campagna straordinaria in attuazione del piano strategico nazionale dei vaccini per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2, finalizzato a garantire il massimo livello di copertura vaccinale sul territorio nazionale adottato con decreto ministeriale di natura non regolamentare.

C'è poi da capire se, e con quali limiti, sono coperti dall'esonero di punibilità le attività preliminari alla somministrazione vera e propria del vaccino: ad es. la preparazione dello stesso, secondo le istruzioni tecniche, prima della inoculazione; la verifica della buona conservazione del farmaco (in alcuni casi molto sofisticata); le informazioni rese al beneficiario e la raccolta del suo consenso nelle forme di legge. Questa interpretazione estensiva sembra debba essere esclusa, considerata la lettera della norma, risultando limitata la non punibilità alla sola fase della vaccinazione. Inoltre non è dato capire se la punibilità sia esclusa quando mancano atti medici propeedeutici alla somministrazione del vaccino.

Solo in minima parte sono state recepite le istanze dei medici che ritengono necessaria, quanto meno opportuna, una norma generale e strutturata per il caso delle pandemie. In più occasioni, infatti, è stato evidenziato che si tratta di una malattia sconosciuta, le cui evidenze scientifiche sono in continuo divenire e derivano in gran parte da studi osservazionali, risultando incerti interventi e terapie. Proprio per questo motivo era stata evocata la medicina delle catastrofi per gli atti compiuti non tanto e non solo per la cura delle persone, ma per evitare la perdita di vite umane.

Manca, inoltre, il capitolo degli indennizzi per i danni derivanti dalle vaccinazioni, che pure era stato ipotizzato, anche sulla scorta di quanto previsto dall'art. 1, l. 25 febbraio 1992, n. 210, che già considera, per quanto qui interessa, la tutela indennitaria degli operatori sanitari, in diverse ipotesi (contagio da HIV, vaccinazioni rese necessarie dall'attività lavorativa); mentre la platea dei soggetti beneficiari di questa legge è stata estesa a seguito di incisivi interventi della Corte Costituzionale, che si sono susseguiti nel tempo.

Mentre qualcuno ha posto, anche, con qualche ragione il problema della grave esposizione risarcitoria delle strutture sanitarie e ospedaliere, che potrebbe essere risolto applicando il sistema "no-fault" di derivazione francese, con un ristoro meramente indennitario (a fondamento di questo allarme merita qui ricordare che, al fine di far fronte alle esigenze straordinarie ed urgenti derivanti dalla diffusione del Covid-19, nonché per assicurare al Servizio Sanitario Nazionale la liquidità necessaria allo svolgimento delle attività conseguenti alla suddetta emergenza, art. 117, c.4, d. l. 19 maggio 2020, n. 34 (c.d. Decreto Rilancio), convertito dalla l. 17 luglio 2020, n. 77, ha disposto che non possono essere intraprese o proseguite le azioni esecutive e ha dichiarato l'inefficacia dei pignoramenti e delle prenotazioni a debito delle

risorse destinate dalle Regioni agli enti sanitari, sino alla data del 31 dicembre 2020, poi prorogata al 31 dicembre 2021 dall'art. 3,c.8, d. l. 31 dicembre 2020, n. 183, convertito dalla l. 26 febbraio 2021, n. 2021).

L'aspettativa era per un intervento di carattere più ampio, rivolto comunque, a tutti gli operatori del settore sanitario e con estensione all'intero periodo della pandemia e alla gestione della stessa.; e si confida, da più parti, in alcuni interventi integrativi e migliorativi nella sede parlamentare deputata alla conversione in legge del decreto.

Vincenzo Antonio Poso, avvocato in Pisa