

Franco Scarpelli

Arriva l'obbligo del vaccino (solo) per gli operatori sanitari: la disciplina e i suoi problemi interpretativi

**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, *Interludio*, 1993

Franco Scarpelli

Arriva l'obbligo del vaccino (solo) per gli operatori sanitari: la disciplina e i suoi problemi interpretativi

*aggiornato al 3 aprile 2021

Dopo settimane di dibattito, il legislatore ha dunque deciso di introdurre l'obbligo vaccinale anti-Covid in ambito lavorativo: non in generale, ma con una norma dedicata selettivamente a “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” (art. 4 del d.l. 44 del 1° aprile).

La disposizione stabilisce a chiare lettere, al 1° comma, che la vaccinazione “costituisce requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative rese dai soggetti obbligati”: ma, come vedremo tra poco, questa regola va vista alla luce di quanto segue. D'altro lato, al 2° comma prevede l'esenzione dall'obbligo nelle ipotesi di “accertato pericolo per la salute, in relazione a specifiche condizioni cliniche documentate, attestate dal medico di medicina generale”: in tali casi la vaccinazione può essere omessa o differita.

Come opera l'obbligo?

Il Decreto prevede che entro il 6 aprile (e non sarà facile, vista la sovrapposizione con la Pasqua) gli Ordini delle professioni sanitarie trasmettano alle Regioni (e Province autonome) gli elenchi degli iscritti (per residenza), mentre entro la stessa data i datori di lavoro degli “operatori di interesse sanitario” che svolgono la loro attività nelle strutture sanitarie, sociosanitarie, ecc., trasmettono l'elenco di tali dipendenti alla Regione. A quel punto Regioni e Province autonome verificano lo stato vaccinale degli interessati e, se non risultano già vaccinati, o non hanno già presentato la richiesta di vaccinazione, la posizione viene segnalata all'azienda sanitaria territoriale del luogo di residenza (le ASL o diversa denominazione secondo le regole regionali, ad es. le ATS in Lombardia).

Le ASL devono subito invitare gli interessati a produrre documentazione che provi l'effettuazione della vaccinazione, ovvero la sua richiesta oppure la sussistenza delle condizioni che consentono l'omissione o il differimento della vaccinazione. Se l'interessato non presenta tale documentazione, l'ASL lo inviterà formalmente a sottoporsi al vaccino tramite le strutture autorizzate, assegnandogli un termine. Se ciò non avviene, l'ASL “accerta l'inosservanza dell'obbligo vaccinale” e ne dà comunicazione al datore di lavoro e all'Ordine professionale di appartenenza, oltre che all'interessato: la conseguenza, stabilita dal decreto, è

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”. Gli stessi ordini comunicano tale sospensione agli interessati.

Non è invece previsto che l’ASL comunichi agli Ordini professionali e ai datori di lavoro i nominativi dei soggetti esentati dall’obbligo vaccinale: il che appare una contraddizione della complessiva disciplina che, anche per questa ipotesi, prevede l’adozione di specifiche misure cautelative.

A questo punto, il provvedimento stabilisce che il datore di lavoro adibisce il lavoratore, ove possibile, a mansioni diverse, anche inferiori, che non implicano rischi di diffusione del contagio (precisando che in tal caso il trattamento dovuto è quello corrispondente alle mansioni temporaneamente assegnate, quindi eventualmente anche inferiore): quando tale assegnazione non risulti possibile, il lavoratore rimarrà sospeso dal lavoro senza retribuzione. La sospensione, dice infine il Decreto, opererà “fino all’assolvimento dell’obbligo vaccinale o, in mancanza, fino al completamento del piano vaccinale nazionale e comunque non oltre il 31 dicembre 2021”.

Invece, per i lavoratori per i quali la vaccinazione è omessa o differita per ragioni mediche - ammesso che, come si è detto, il datore di lavoro abbia notizia di tali nominativi – la disciplina prevede che il datore di lavoro li adibisca a mansioni anche diverse, senza decurtazione della retribuzione, salva l’applicazione delle regole di cui all’art. 26, commi 2 e 2bis del d.l. 18/2020 (diritto al lavoro agile ove possibile, o equiparazione della sospensione al ricovero ospedaliero). Per tali soggetti è comunque prevista l’approvazione di specifiche misure di prevenzione igienico-sanitarie, con un protocollo che dovrà essere adottato dal Ministero della salute entro il 21 aprile.

Non è chiaro invero – e non è questione da poco – se le misure di sospensione affidate alla valutazione del datore di lavoro riguardino solo gli operatori di interesse sanitario o anche gli appartenenti agli Ordini professionali. Per questi soggetti la disciplina presenta infatti contenuti apparentemente contraddittori: da un lato, come si è detto, il comma 1° dell’art. 4 stabilisce che la vaccinazione costituisce requisito essenziale per l’esercizio della professione, poi però il comma 6° (riferito certamente anche ai professionisti) sembra limitare l’effetto dell’accertamento dell’inosservanza dell’obbligo vaccinale alla sospensione temporanea dalle prestazioni che implicano il rischio di diffusione del contagio.

Nella maggior parte dei casi le due situazioni coincideranno di fatto, ma possono immaginarsi casi nei quali l’esercizio della professione possa proseguire per prestazioni prive del rischio detto (ad es. i medici che operano nei servizi di consultazione medica a distanza delle assicurazioni, quelli che operano nelle direzioni sanitarie in funzioni amministrative, ecc.). Come conciliare tale ipotesi con la lapidaria affermazione del comma 1°?

Sarebbe peraltro ragionevole che anche per i professionisti i relativi datori di lavoro (o committenti, per quelli che operano come collaboratori autonomi delle strutture sanitarie) fossero informati dell’intervenuto provvedimento di sospensione: la disciplina in esame prevede tuttavia che le Regioni (e dunque le ASL) ricevano, per i professionisti, la sola informazione sulla residenza e non anche quella sul luogo di impiego (che può essere situato anche in altra regione): dunque, per i professionisti, la segnalazione dell’ASL sull’inosservanza dell’obbligo sarà indirizzata ai soli Ordini del territorio di residenza.

Insomma, sembra esservi qui un possibile ‘buco’ della procedura, che potrebbe forse essere colmato, con relativo aggravio organizzativo, dalla richiesta che gli enti in cui operano i singoli professionisti potrebbero rivolgere all’Ordine di appartenenza, per verificare se per gli stessi sia stata eventualmente disposta la sospensione dalle prestazioni a rischio, o addirittura dall’esercizio della professione.

Su tutti tali aspetti è augurabile che intervengano chiarimenti del Ministero della Salute, ed eventuali correzioni in sede di conversione del decreto.

Che il legislatore potesse introdurre con una norma ad hoc l’obbligo di vaccinazione è una considerazione condivisa tra gli interpreti, e da molti persino auspicata, al fine di ridurre l’oggettiva incertezza del tema del vaccino nei luoghi di lavoro. La disciplina descritta appare peraltro attenta ad alcune cautele in materia di responsabilità dell’accertamento della mancata vaccinazione e delle sue ragioni (responsabilità correttamente posta in capo alle istituzioni pubbliche – Regioni e aziende sanitarie territoriali – e non demandata ai datori di lavoro), così come alla gestione dei dati personali e della relativa riservatezza.

D’altro canto, appare ovvio che in una situazione nella quale il legislatore stabilisce che i lavoratori che esercitano alcune mansioni debbano essere vaccinati, l’informazione sulla (in)sussistenza di tale requisito debba pervenire al datore di lavoro, così superando (almeno per le ipotesi regolate) l’incertezza sul tema sollevata dalla (informale) presa di posizione dell’Autorità garante per la tutela dei dati personali. Sul punto, come si è detto, la disciplina presenta però un difetto di coordinamento interno, non essendo prevista la comunicazione alle strutture sanitarie dei soggetti esentati dall’obbligo di vaccinazione (o per i quali la stessa è rinviata, per specifiche e documentate condizioni di salute): informazione pure indispensabile dato che ne derivano conseguenze diverse, e di maggior tutela, rispetto alla situazione del lavoratore che non accede alla vaccinazione per scelta personale, derivante da paura o (discutibili) convinzioni personali.

Ciò premesso, la disciplina solleva ulteriori questioni interpretative, oltre a quelle già segnalate.

Si pone innanzi tutto un problema di determinazione del campo di applicazione dell’obbligo, individuato dalla definizione inizialmente riportata, che prevede in primo luogo le due categorie di soggetti (esercenti le professioni sanitarie, operatori di interesse sanitario), associandovi poi un riferimento funzionale alle strutture nelle quali gli stessi operano (strutture sanitarie, sociosanitarie e socio-assistenziali, pubbliche e private, farmacie, parafarmacie, studi professionali).

Mi sembra che il riferimento alle due categorie di lavoratori vada inteso in senso formale, rimandando alle professioni sanitarie e agli operatori di interesse sanitario riconosciuti dall’ordinamento italiano, e dunque:

a) un elenco molto nutrito di trenta professioni sanitarie (dalle più diffuse come il medico chirurgo, il farmacista, l’odontoiatra, il veterinario, il biologo, lo psicologo, l’infermiere, l’infermiere pediatrico, l’ostetrica/o – si noti che la declinazione di genere è prevista, solo per questo caso, dalla stessa fonte di riconoscimento – alle numerose figure tecniche di radiologia, audiometrista, di laboratorio, ecc., alle figure professionali della riabilitazione, dal fisioterapista, al logopedista, all’educatore professionale, infine alle professioni sanitarie della prevenzione, quale il tecnico della prevenzione nell’ambiente e nei luoghi di lavoro);

b) un minor numero di operatori di interesse sanitario (massofisioterapista, operatore socio-sanitario, assistente di studio odontoiatrico) (v. gli elenchi con le relative fonti di riferimento nel sito del Ministero della Salute:

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

La disciplina non richiama invece le c.d. arti ausiliarie delle professioni sanitarie (tra cui ad es. l'odontotecnico e la puericultrice), che quindi dovrebbero ritenersi escluse dall'area dell'obbligo (con qualche dubbio di razionalità di tali omissioni, ove gli stessi operino nell'ambito di una struttura sanitaria, ma senza possibilità, a mio avviso, di estendere loro in via analogica la disciplina in esame).

L'appartenenza alle categorie sopra richiamate non pare tuttavia sufficiente a far scattare l'obbligo di vaccinazione, poiché deve trattarsi di sanitari e operatori impiegati in strutture sanitarie, sociosanitarie, socio-assistenziali, farmacie, parafarmacie e studi professionali (si intende studi professionali che svolgono attività sanitarie o assistenziali). Il criterio oggettivo di determinazione del campo di applicazione potrà far sorgere qualche dubbio, ove il professionista sanitario operi in strutture estranee a tale elenco: potrebbe essere l'ipotesi, ad esempio, di un medico del lavoro che operi soltanto presso imprese o amministrazioni di altri settori. Altri casi dubbi potranno presentarsi, anche se non penso saranno numerosi.

L'obbligo di cui al 1° comma dell'art. 4 sembra operare a prescindere dalla natura giuridica del rapporto in forza del quale il professionista o l'operatore sanitario opera nelle strutture indicate, e quindi pare estensibile anche ai rapporti di lavoro autonomo o di altra natura, se hanno ad oggetto l'esercizio della professione sanitaria. In caso di rapporti di lavoro autonomo potranno tuttavia esserci problemi di attuazione delle conseguenze della sospensione delle prestazioni, con riguardo alle misure dell'adibizione a mansioni diverse o al lavoro agile, che sono tagliate specificamente sul lavoro subordinato.

Le disposizioni potenzialmente più critiche, tuttavia, sono quelle sugli effetti della mancata vaccinazione comunicata dall'ASL: questa infatti determina l'obbligo del datore di lavoro di sospendere il lavoratore dallo svolgimento delle prestazioni e mansioni "che implicano contatti interpersonali o comportano, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio". La formulazione è assai generica: potenzialmente qualsiasi mansione implica la possibilità di contatti interpersonali e il rischio di contagi, ma un'applicazione senza limiti toglierebbe senso alla stessa disposizione, e ciò è confermato dalla previsione della adibizione a mansioni diverse. Mi pare che sul punto debba intervenire una valutazione concreta del datore di lavoro, in sede di valutazione dei rischi, anche con aggiornamento del DVR e tenendo conto delle altre misure di sicurezza in essere. E' ovvio, ad esempio, che il normale personale di reparto di una struttura sanitaria potrà essere compreso in quella formula, mentre potrebbe ritenersi escluso, in ipotesi, il personale di un laboratorio che non ha contatti significativi col pubblico ed altri colleghi, e dove non si lavori a stretto contatto con gli altri operatori.

Si può immaginare che l'interpretazione di tale aspetto da parte delle strutture sanitarie sarà particolarmente estensiva e potenzialmente inclusiva della generalità degli operatori sanitari: tuttavia, e soprattutto quando dovessero risultarne conseguenze particolarmente pregiudizievoli per il personale non vaccinato, tale aspetto potrebbe dare luogo a contestazioni, a fronte delle quali il datore di lavoro sarà chiamato a dimostrare la sussistenza del carattere di rischio previsto dalla norma.

Per l'ipotesi in cui l'assenza del vaccino obblighi alla sospensione della prestazione, la norma è abbastanza chiara nel delineare la sospensione dal servizio, senza retribuzione (per i soggetti privi di giustificazione clinica della mancata vaccinazione), quale conseguenza ultima: nel senso che da un lato il datore deve prima di tutto esplorare la possibilità di adibizione a mansioni diverse, anche inferiori, dall'altro è implicitamente esclusa qualsiasi possibilità di recesso, per motivi soggettivi od oggettivi.

Infatti, pur se il vaccino può ora considerarsi per tali lavoratori un obbligo di legge, il legislatore sembra chiaro nello stabilire conseguenze di mera (ed eventuale) sospensione temporanea del rapporto, dovendo dunque escludersi che la mancata accettazione del vaccino configuri inadempimento disciplinarmente rilevante. La stessa cosa vale per il recesso per motivi organizzativi: il carattere temporaneo della sospensione prevista dalla norma, sino al completamento del piano vaccinale nazionale, e comunque non oltre il 31 dicembre 2021, non pare consentire una valutazione in termini di carenza sopravvenuta dell'interesse alla prosecuzione del rapporto di lavoro.

Tali ultime osservazioni fanno altresì ritenere che, anche per il personale sanitario per il quale il vaccino potrebbe ritenersi obbligatorio (a seconda delle mansioni), la vaccinazione non possa considerarsi requisito indispensabile ai fini dell'assunzione, né pare che il datore di lavoro possa richiedere tale informazione in fase pre-assuntiva. Egli dovrà semplicemente provvedere alla segnalazione della nuova assunzione alla Regione e Provincia autonoma della sede di impiego, ai fini della verifica dello stato vaccinale e dell'eventuale invito a provvedervi.

Un'osservazione va fatta con riguardo all'ipotesi di esenzione dall'obbligo per motivi di salute ai sensi del comma 2° della disposizione. La norma prevede che la sussistenza dei presupposti di tale esclusione debba essere attestata dal medico di medicina generale (e l'attestazione sarà poi prodotta dall'interessato all'ASL, ai fini del comma 5°) "solo in caso di accertato pericolo per la salute, in relazione a specifiche condizioni cliniche documentate": il punto critico sta in quest'ultima precisazione, potendo ben accadere che il soggetto, in sede di anamnesi del medico ai fini della decisione sulla vaccinazione, riferisca elementi significativi (ad esempio una reazione avversa ad un precedente vaccino) che non è possibile documentare, o perché non accertata in pronto soccorso o in altra struttura, o perché risalente nel tempo e di cui il soggetto non ha conservato documentazione. In tal caso, il medico potrebbe trovarsi nella difficile scelta tra il seguire per dovere deontologico il principio di precauzione e, d'altro lato, attestare la sussistenza dei presupposti dell'omessa vaccinazione in assenza di un elemento documentale (a meno di ritenere che la scheda di anamnesi compilata dallo stesso medico sia, in sé, la documentazione delle condizioni cliniche che giustificano l'omissione del vaccino).

Per finire, va svolta qualche considerazione sul possibile rilievo sistematico della disciplina appena introdotta: il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, ha deciso di circoscrivere l'obbligo della vaccinazione ad alcune specifiche categorie di lavoratori, stabilendo che in tale ambito che la mancata vaccinazione possa determinare, a certi requisiti, significativi effetti sulla funzionalità del rapporto di impiego e sull'esercizio delle professioni. Mi pare possibile dedurre che, per ogni altra categoria di lavoratori, la valutazione debba essere diversa: ferma restando l'importanza di una diffusa vaccinazione e la necessità di ogni impegno in tal senso, mi pare più difficile affermare, dopo il decreto 44/2021, che la mancata vaccinazione di singoli lavoratori possa comportare conseguenze come quelle previste per gli operatori sanitari, o ipotizzate da molte voci nelle ultime settimane (quale, ad esempio, la valutazione di inidoneità alla mansione, per via del mancato vaccino, da parte del medico competente: ipotesi a mio parere già difficilmente sostenibile in generale, non potendosi ragionevolmente ritenere che un lavoratore ritenuto idoneo al servizio in assenza dei vaccini lo divenga in un momento successivo solo perché il vaccino diviene disponibile e il lavoratore non può o non vuole effettuarlo).

Peraltro, la necessità avvertita dal legislatore di affidare all'autorità sanitaria (le aziende sanitarie locali) il compito di verificare lo stato vaccinale degli operatori sanitari, mette in dubbio che lo stesso possa essere

svolto al di fuori di tali garanzie e da soggetti privati (compresi i medici competenti), e che possa essere compiuto dalle stesse ASL per personale diverso da quello indicato dalla legge.

In questo senso, il fatto stesso che l'art. 4 del d.l. 44 si esprima in termini di sospensione del "diritto" di svolgere la prestazione di lavoro, quando il lavoratore si sottragga all'obbligo stabilito per legge, fa ritenere che tale diritto non possa essere messo in discussione in assenza della valutazione legislativa di rilevanza dello stato vaccinale e sulla base della sola valutazione datoriale delle misure di sicurezza. Fermo restando, in ogni caso, l'obbligo del datore di lavoro e dello stesso lavoratore di osservare tutte le misure di sicurezza previste dai protocolli di contrasto al Covid, idonee a garantire la prosecuzione del lavoro in condizione di relativa sicurezza (come avvenuto, dopo i primi mesi della pandemia, nella generalità dei luoghi di lavoro): sicurezza destinata a rafforzarsi via via grazie al progresso del piano vaccinale nazionale e alla spontanea adesione, per senso di responsabilità, della stragrande maggioranza delle lavoratrici e dei lavoratori.