PuntoSicuro

ARTICOLO DI PUNTOSICURO

Anno 23 - numero 4941 di Martedì 25 maggio 2021

COVID-19 e DL 44/2021: considerazioni sugli obblighi vaccinali

Un contributo presenta alcune considerazioni sul recente decreto-legge 1 aprile 2021, n. 44. L'obbligo vaccinale per gli operatori sanitari, il problema della valutazione d'idoneità alla mansione e la questione del licenziamento.

Urbino, 25 Mag ? Abbiamo seguito in questi mesi, anche attraverso gli interessanti contributi dei nostri lettori, il vivace dibattito sul tema della **vaccinazione** anti COVID-19 e degli eventuali obblighi nel mondo del lavoro. Dibattito che ha riguardato anche il recente decreto-legge 1 aprile 2021, n. 44 "*Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici*". Decreto che introduce (art. 4) l'**obbligo vaccinale** per '*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*'.

Per tornare a parlare degli effetti, per quanto riguarda la vaccinazione, di questo decreto, presentiamo oggi un contributo pubblicato su "**Diritto della sicurezza sul lavoro**", rivista dell'Osservatorio Olympus e pubblicazione semestrale dell' Università degli Studi di Urbino.

Il contributo/saggio della rivista - dal titolo "**Prime considerazioni di tipo sistematico sul d.l. 1 aprile 2021, n. 44**" e a cura di Paolo Pascucci (professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Urbino Carlo Bo) e Chiara Lazzari (professoressa associata di Diritto del lavoro nell'Università di Urbino Carlo Bo) - non ha il compito di analizzare nel dettaglio l'art. 4 del DL, ma di "formulare qualche riflessione sulle ricadute di tipo sistematico che tale intervento legislativo sembra recare con sé".

Questi gli argomenti su cui si sofferma l'articolo nella presentazione del contributo:

- Oltre al DL 44/2021 non ci sono altri obblighi vaccinali
- Obbligo vaccinale e valutazione d'idoneità alla mansione
- Obbligo vaccinale: la questione del licenziamento

Pubblicità
<#? QUI-PUBBLICITA-MIM-[SA055] ?#>

Oltre al DL 44/2021 non ci sono altri obblighi vaccinali

Il contributo segnala che la prima di queste ricadute attiene alla conferma di ciò che già emergeva, secondo gli autori, dall'ordinamento: "la necessità che l'obbligo vaccinale per la generalità dei lavoratori, o solo per alcune categorie, **sia posto da una previsione normativa ad hoc** ai sensi dell'art. 32, comma 2, Cost., **non essendo altrimenti possibile rinvenire il fondamento giuridico di una pretesa siffatta nei confronti del prestatore di lavoro**".

In questo senso si ribadisce che "non pare sufficiente l' art. 2087 c.c., pur potendosi qualificare il vaccino quale misura di prevenzione, come riconosce anche il Tribunale di Belluno nella prima pronuncia resa sul tema, ma costituendo lo stesso comunque un 'trattamento sanitario', che, in quanto tale, deve essere imposto da una specifica disposizione di legge". E in particolare da una legge statale, "non regionale, vertendosi qui in una materia ? quella della 'profilassi internazionale', comprensiva, come ha affermato la Corte costituzionale proprio a proposito della Covid-19, 'di ogni misura atta a contrastare una pandemia sanitaria in corso, ovvero a prevenirla' ? di esclusiva competenza dello Stato ex art. 117, comma 2, lett. q, Cost".

E analogamente il contributo fa riferimento anche all'**art. 20 del d.lgs. n. 81/2008** la cui formulazione, "con riguardo, in particolare, al dovere del lavoratore di prendersi cura della propria salute e sicurezza e di quella delle altre persone presenti sul luogo di lavoro, su cui ricadono gli effetti delle sue azioni od omissioni (comma 1), appare troppo generica rispetto a quanto richiesto a livello costituzionale". Si segnalano anche "i tentativi di recuperare detto fondamento nell'equiparazione fra vaccini obbligatori e vaccini raccomandati, che fa leva sulla giurisprudenza della Consulta pronunciatasi a fini indennitari, ossia per il caso di danni subiti a seguito di procedure vaccinali". O, ancora ? e con particolare riferimento agli ambienti di lavoro, come quelli sanitari, nei quali il SARS-CoV-2 costituisce un rischio professionale ? "per la valorizzazione dell'art. 279, comma 2, del d.lgs. n. 81/2008, anche in ragione degli **obblighi deontologici** che caratterizzerebbero, in questo caso, l'attività del prestatore di lavoro e dei requisiti professionali al medesimo richiesti". Intuizione, quest'ultima ? continuano gli autori ? "senz'altro acuta e che il legislatore mostra di voler accogliere, allorché si riferisce alla vaccinazione in termini di 'requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative rese dai soggetti obbligati' (art. 4, comma 1, secondo periodo, del d.l. n. 44/2021), ma inserendola in un quadro di ben altra certezza giuridica rispetto ai fondati dubbi alimentati dall'innegabile differenza fra 'messa a disposizione' del vaccino ? così si esprime il citato art. 279, comma 2, lett. a ? e imposizione dello stesso"

Insomma il contributo indica che "**se ne può dedurre che, al di fuori del campo di applicazione del menzionato decreto, non appare rintracciabile alcun obbligo vaccinale in capo al lavoratore**".

Rimandiamo al contributo che si sofferma poi sul problema della definizione dei destinatari dell'obbligo del DL, decreto che "dovrebbe riguardare tutti coloro che a vario titolo si trovano a operare negli ambiti considerati dal d.l. n. 44/2021 (si pensi al caso degli addetti alle pulizie impiegati in virtù di un appalto). Sennonché, la delimitazione del campo applicativo del decreto mediante il riferimento non solo all'elemento oggettivo dei luoghi di lavoro, ma anche a quello soggettivo delle figure evocate, difficilmente può essere ignorata".

Obbligo vaccinale e valutazione d'idoneità alla mansione

Da queste considerazioni e dalla ricostruzione, presentata nel contributo, dei rapporti fra normativa generale (d.lgs. n. 81/2008) e normativa speciale (d.l. n. 44/2021), ne deriva "**l'impossibilità di condividere l'assunto secondo cui per tutti coloro che non sono sottoposti a obbligo vaccinale non venga in gioco la questione della valutazione d'idoneità alla mansione**, con la conseguenza che la loro libertà di non vaccinarsi non produrrebbe effetto alcuno, proprio perché non si possono sottostimare i riflessi sistematici dell'art. 4 rispetto alla situazione di quei lavoratori che non appartengono alle categorie ivi contemplate e che, nondimeno, ove non vaccinati, potrebbero rappresentare un rischio per i 'terzi' o per se stessi. Piuttosto, si deve qui ribadire quanto già ampiamente sostenuto in altra sede, ferme restando, in merito alla vaccinazione anti Covid-19, le **diverse posizioni di 'obbligo' per gli operatori sanitari e quelle di 'onere' per tutti gli altri lavoratori**".

Né si ritiene conclusiva "l'obiezione secondo cui non potrebbe parlarsi d'inidoneità di un soggetto in precedenza considerato idoneo per la semplice sopravvenienza del vaccino".

Il contenuto dell'obbligo datoriale di sicurezza ? continuano gli autori ? "è, infatti, per sua natura dinamico, dovendosi determinare, di volta in volta, (anche) in rapporto al progresso scientifico e tecnologico (la 'tecnica' di cui parla l'art. 2087 c.c.): e il vaccino costituisce indubbiamente espressione di tale progresso".

Obbligo vaccinale: la questione del licenziamento

Il documento si sofferma poi su un altro effetto di notevole portata del **d.l. 44/2021**.

Il provvedimento "ove non siano disponibili mansioni diverse, anche inferiori, a cui il lavoratore potrebbe essere adibito ? senza comunque la garanzia del mantenimento del trattamento retributivo originario, evidentemente in ragione dello sfavore con cui si guarda alla scelta di non aderire alla campagna vaccinale ?, prevede, come esito ultimo, esclusivamente la sospensione senza retribuzione 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 (art. 4, commi 6 e 8), così **escludendo implicitamente il licenziamento, tanto disciplinare, che per giustificato motivo oggettivo**".

Si indica che se la scelta di escludere il licenziamento "potrebbe essere comprensibile", la sopravvenuta disciplina speciale del d.l. n. 44/2021 "potrebbe, però, creare una del tutto **irragionevole e ingiustificata disparità di trattamento nei confronti dei lavoratori non obbligati**. Questi, infatti, in esito alla valutazione d'inidoneità alla mansione ex art. 42 del d.lgs. n. 81/2008, potrebbero correre il rischio ? ove non fossero disponibili mansioni diverse 'non di contatto', anche inferiori, ma in questo caso con la conservazione del trattamento 'di provenienza' ? di essere alla fine licenziati per giustificato motivo oggettivo. Una conseguenza paradossale considerando che i 'non obbligati' verrebbero penalizzati ben più degli 'obbligati'. Di qui la necessità d'individuare una soluzione che difficilmente per i 'non obbligati' può consistere solo in un'interpretazione costituzionalmente orientata (alla luce dell'art. 3 Cost.) dell'art. 42 del d.lgs. n. 81/2008".

Anche in questo caso rimandiamo alla lettura integrale del contributo che riporta delle **proposte interpretative** che, "con il dovuto beneficio d'inventario, scaturiscono dalla necessità di far fronte a una non ponderata valutazione da parte dell'esecutivo di tutte le ricadute dell'art. 4 del d.l.n. 44/2021 sul sistema generale".

Concludiamo segnalando che il contributo si sofferma poi su altri due aspetti importanti, la **copertura assicurativa** e gli **interventi della giurisprudenza**, ad esempio con riferimento alla "lezione che viene dal Tribunale di Belluno nell' ordinanza del 19 marzo 2021".

Riguardo all'ordinanza, malgrado il successivo DL 44/2021, pare mantenere "piena validità l'indicazione di principio implicitamente desumibile dalla pronuncia". Quella secondo cui "la questione della vaccinazione nei contesti lavorativi 'altri', nei quali, cioè, non vige alcun obbligo ? tale del resto era, al tempo dell'adozione della decisione, pure il settore a cui si riferisce il provvedimento giurisdizionale ? va inquadrata nella **cornice interpretativa tracciata dall'obbligo datoriale di sicurezza, con tutto ciò che ne deriva in termini di assunzione, da parte del datore di lavoro, di misure consequenziali in presenza di mansioni 'di contatto'**".

In questo senso in virtù dell'obbligo del datore di garantire a tutti un ambiente sicuro, stante la funzione dell'art. 2087 c.c., "nel dialogo fra disciplina generale e disciplina speciale la disposizione codicistica può tornare in auge altresì negli ambiti lavorativi interessati dal d.l. n. 44/2021, proprio perché, pur non essendo previste sanzioni esplicite, la mancata attuazione dei provvedimenti ivi indicati rischia di esporre il datore di lavoro a tutte le conseguenze, penali e civili, connesse ai contagi che siano riconducibili a un non vaccinato".

RTM

Scarica il documento da cui è tratto l'articolo:

Università di Urbino Carlo Bo, Osservatorio Olympus, Diritto della sicurezza sul lavoro, "Prime considerazioni di tipo sistematico sul d.l. 1 aprile 2021, n. 44", a cura di Paolo Pascucci, professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Urbino Carlo Bo, e Chiara Lazzari, professoressa associata di Diritto del lavoro nell'Università di Urbino Carlo Bo, DSL n.1/2021.

***Scarica la normativa di riferimento*:**

DECRETO-LEGGE 1 aprile 2021, n. 44 - Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici.

Questo articolo è pubblicato sotto una Licenza Creative Commons.

www.puntosicuro.it