

Operatori di interesse sanitario e personale scolastico: obbligo vaccinale e *repêchage*

Cosima Ilaria Buonocore

Assegnista di ricerca dell'Università degli studi "Aldo Moro" di Bari

Le ricadute giurisprudenziali dell'obbligo vaccinale e del suo inadempimento vanno esaminate distinguendo gli operatori di interesse sanitario dal personale scolastico.

Per l'**operatore di interesse sanitario** che, in assenza di controindicazioni mediche, scelga di non adempiere all'obbligo vaccinale, scatta l'immediata **sospensione** dall'esercizio delle professioni sanitarie (4° comma, art. 4, d.l. n. 44/2021) e non gli sono dovuti né **la retribuzione** né altro compenso o emolumento comunque denominato (comma 5, art. 4, d.l. n. 44/2021). Pertanto, non vige più il criterio di gradualità, prima previsto dall'art. 4, 8° comma, d.l. n. 44/2021 nella versione originaria, secondo cui il datore, prima di disporre la sospensione aveva, ove possibile, l'onere di adibire il lavoratore inadempiente, non esonerato dall'obbligo, a mansioni diverse, anche inferiori, con il trattamento corrispondente alle mansioni svolte; solo se tale soluzione non fosse stata possibile, disponeva come *extrema ratio* la sospensione: l'art. 1, 1° comma, lett. b), d.l. 26 novembre 2021, riscrivendo l'art. 4, ha eliminato tale gradualità espungendo l'onere del *repêchage*, che permane unicamente per il lavoratore non vaccinato non per scelta, ma per documentate condizioni cliniche.

La giurisprudenza non ha interpretato tale disposizione in modo univoco come è dato di ricavare dalle pronunce in materia del giudice del lavoro edite che di seguito si segnalano.

- **Trib. Padova, ord., 28 aprile 2022** (dott. Roberto Beghini), che ha accolto il ricorso di **un'operatrice socio sanitaria** sospesa per non aver adempiuto all'obbligo vaccinale per scelta. Il giudice padovano ha disapplicato il d.l. n. 44/2021 ritenendo che in relazione all'obbligo di *repêchage* la norma crei disparità di trattamento sia tra operatori sanitari che non possono ovvero non vogliono vaccinarsi – laddove solo per i primi è stato mantenuto tale obbligo di ricollocamento lavorativo – sia tra questi ultimi e il personale scolastico in favore del quale vige il rispetto dell'onere del *repêchage*, senza alcuna distinzione rispetto alla scelta o all'impossibilità di vaccinarsi. Si precisa che il giudice padovano, nella parte in cui ha rilevato la disparità tra comparto sanitario e scolastico, ha dato atto della modifica ex d.l. n. 24/2022.

- **Trib. Taranto, sent., 11 febbraio 2022, n. 355** (dott. Lorenzo De Napoli), che si è pronunciato su una fattispecie, riguardante **un'infermiera**, regolata dall'impianto normativo non ancora modificato dal d.l. n. 172/2021, ed ha affermato che non sono utilizzabili i principi giurisprudenziali enunciati in ordine al regime probatorio sull'onere del *repêchage* nei licenziamenti per g.m.o. stante la diversità di quest'ultima fattispecie (g.m.o.) rispetto a quella prevista dal d.l. n. 44/2021.

- **Trib. Velletri, ord., 14 dicembre 2021**, che ha disposto la revoca del provvedimento di sospensione della ricorrente, **operatrice sanitaria** non vaccinata per scelta, e ha altresì ordinato al datore di lavoro di reperire

un ricollocamento lavorativo, compatibilmente con le adeguate condizioni di sicurezza. Il giudice di Velletri ha in buona sostanza disapplicato l'impianto normativo vigente all'epoca dei fatti, vale a dire l'art. 4, d.l. n. 44/2021 come modificato dal d.l. n. 172/2021, nella parte in cui ha eliminato l'obbligo del datore di reperire ulteriori e diverse mansioni per i lavoratori non vaccinati per scelta, invocando un'interpretazione costituzionalmente orientata, sia perché l'obbligo del *repêchage*, pur espunto dalla novella, costituisce principio di carattere generale, quindi applicabile pur in assenza di una previsione espressa, sia perché diversamente si creerebbe una disparità di trattamento tra l'operatore sanitario che non può vaccinarsi e per il quale la norma prevede l'obbligo del *repêchage*, e quello che non vuole vaccinarsi per il quale un siffatto obbligo nella nuova disposizione non è espressamente previsto, ma neanche escluso.

- **Trib. Roma, ord., 8 dicembre 2021** (dott.ssa Francesca Romana Pucci), che ha rigettato il ricorso di una **logopedista** non vaccinata, la quale ha dedotto il mancato assolvimento dell'obbligo di *repêchage*. Il giudice romano ha affermato di non condividere l'impostazione di parte della giurisprudenza di merito che estende all'obbligo datoriale di cui al d.l. n. 44/2021 il regime probatorio dell'obbligo di *repêchage*, precisando che le due fattispecie non appaiono sovrapponibili: un conto è il licenziamento ed altro un provvedimento di temporanea sospensione; da un lato si tratta di valutare le ragioni aziendali che determinano la cessazione del rapporto di lavoro e dall'altro le ragioni di tutela della salute dei dipendenti (tutti) e degli utenti in un periodo di emergenza sanitaria, che impongono una sospensione temporanea del rapporto per una scelta volontaria dell'operatore sanitario. Pertanto, secondo il tribunale di Roma, all'onere probatorio previsto dal comma 8 all'epoca in vigore, non devono applicarsi i principi giurisprudenziali in materia di obbligo di *repêchage*. Ha inoltre precisato che, in assenza di specifiche allegazioni attoree circa l'esistenza di posti compatibili e disponibili, l'obbligo datoriale sia comunque temperato e possa ritenersi assolto mediante presunzioni. A ciò si aggiunge la circostanza dirimente che l'obbligo datoriale previsto dall'originario comma 8 è stato eliminato con la riscrittura dell'art. 4 ad opera del DL. 26.11.2021.

- **Trib. Milano, ord., 26 novembre 2021** (dott.ssa Eleonora Maria Velia Porcelli) che ha dichiarato l'illegittimità del provvedimento di sospensione adottato nei confronti di un'**infermiera** non vaccinata, in quanto il datore di lavoro non avrebbe previamente constatato e dimostrato l'impossibilità di assegnare la lavoratrice a mansioni diverse.

- **Trib. Milano, sent., 16 settembre 2021, n. 2135** (dott. Antonio Lombardi) che, nel condizionare la riammissione in servizio all'adesione alla campagna vaccinale, ha dichiarato illegittimo il provvedimento di aspettativa non retribuita disposto a carico di un'**operatrice di interesse sanitario** non vaccinata per scelta, non avendo il datore di lavoro

preventivamente adempiuto all'onere di provare l'inesistenza di mansioni, anche inferiori, affidabili alla lavoratrice.

Meritevole di segnalazione è una sentenza del **giudice amministrativo** in quanto, pronunciandosi sulla legittimità del provvedimento amministrativo, ha affrontato anche il tema dell'obbligo datoriale del *repêchage*:

- **Cons. Stato 20 ottobre 2021, n. 7045** (pres. Frattini, est. Noccelli), che ha respinto nel merito l'appello proposto da **esercenti professioni sanitarie e operatori di interesse sanitario** che non avevano adempiuto all'obbligo vaccinale e che pertanto erano stati sospesi ai sensi del d.l. n. 44/2021. Il Consiglio di Stato, nell'affrontare le dieci censure di legittimità costituzionale sollevate dai ricorrenti, ha affermato che il legislatore ha seguito il criterio di gradualità, stabilendo sanzioni proporzionate all'impossibilità di adibire il lavoratore ad altre 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 (art. 4, 8° comma). Occorre tuttavia evidenziare che l'art. 4 al quale ha fatto riferimento *ratione temporis* il Consiglio di Stato è stato successivamente modificato dal d.l. 26 novembre 2021, n. 172, che ha espunto l'obbligo del *repêchage* per gli operatori sanitari non vaccinati per scelta, mantenendo invece tale previsione solo in favore degli operatori di cui al comma 2, cioè per coloro che non possono vaccinarsi a causa di specifiche condizioni cliniche documentate.

Passando ora al personale scolastico, la violazione dell'obbligo vaccinale determina per il **docente scolastico**, che scelga di non adempiere a tale obbligo, la collocazione dello stesso in attività di supporto all'istituzione scolastica (art. 4-ter.2, comma 3, d.l. n. 44/2021⁽¹⁾). Quindi non vige più la regola "no vax = sospensione", in essere fino al mese di marzo del corrente anno.

Occorre, tuttavia, dar conto della versione precedente dell'art. 4-ter, d.l. n. 44/2021, perché su di essa poggiano le pronunce giurisprudenziali edite delle quali di seguito si dà conto.-

Fino all'introduzione della modifica operata dal d.l. n. 24/2022, l'articolo di riferimento per il personale scolastico, ed altri⁽²⁾, era l'art. 4-ter, d.l. n.

¹() Articolo così inserito dall'art. 8, 4° comma, d.l. 24 marzo 2022, n. 24.

²() L'art. 4-ter, dl. n. 44/2021, inserito dall'art. 2, 1° comma, d.l. 26 novembre 2021, n. 172, ha introdotto l'obbligo vaccinale non solo **per il personale della scuola**, ma anche del comparto difesa, sicurezza e soccorso pubblico, della polizia locale, degli organismi della l. n. 124 del 2007 (personale del sistema di informazione per la sicurezza della repubblica), delle strutture di cui all'art. 8-ter del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 (personale che opera nelle strutture sanitarie e sociosanitarie) e degli istituti penitenziari.

44/2021, che non disponeva nulla in ordine alla gradualità del provvedimento da assumere a carico del personale che si sottraesse all'obbligo vaccinale, nel senso che non prevedeva l'obbligo del *repêchage*. Pertanto per il personale scolastico, non vaccinato per scelta, era disposta direttamente la sospensione dal lavoro e dalla retribuzione.

Dal punto di vista giurisprudenziale, consta una sola pronuncia che ha affrontato il tema con riferimento al comparto scuola e obbligo del *repêchage*, ma unicamente per rilevare la disparità di trattamento tra operatori di interesse sanitario e personale scolastico (nel sistema *olim* vigente, vale a dire allorquando il ricollocamento del personale scolastico inadempiente all'obbligo vaccinale non era ancora contemplato):

- **Trib. Pavia 25, ord., febbraio 2022, n. 118** (dott. Gabriele Allieri) le ricorrenti, docenti presso istituti scolastici, hanno dedotto fra l'altro, che il datore di lavoro prima di disporre la sospensione, non ha proceduto al tentativo di *repêchage*, il quale, non contemplato dall'art. 4-ter, d.l. n. 44/2021 e ss. mm. invece era previsto all'epoca dei fatti di causa per il personale di interesse sanitario ex art. 4 d.l. 44 cit., chiedendone l'applicazione in via di interpretazione sistematica e costituzionalmente orientata. Il giudice del lavoro pavese, nel premettere che la qualifica delle ricorrenti quali docenti rende del tutto improbabile la possibilità di assegnare mansioni che non implicino contatti personali, ha rigettato il ricorso rilevando che nel caso di specie non ricorrono i presupposti per imporre al datore di lavoro, in modo automatico e nel silenzio della legge, tale adempimento, in quanto l'obbligo del *repêchage* è funzionale a tutelare il diritto al lavoro a fronte di un atto espulsivo, mentre le ricorrenti sono destinatarie di un mero provvedimento di sospensione, del tutto temporaneo ed immediatamente revocabile a fronte della loro decisione di adeguarsi alle prescrizioni normative vigenti.