

APPROFONDIMENTO DEL 14/04/2021

## Per i medici obbligo di vaccinazione "relativo"

---

### PREMESSA

Il decreto legge n. 44/2021 è stato accolto troppo frettolosamente come la norma che introduce nel nostro ordinamento l'obbligo di vaccinazione diffusa dei lavoratori, con connesso diritto di licenziamento nel caso di rifiuto. Invero, i contenuti del citato decreto dicono tutt'altro. Innanzitutto, è una norma che ha per destinatario esclusivamente il personale sanitario, restando escluso anche chi lavora nei medesimi locali ma con qualifica e mansioni diverse (ad esempio, il personale addetto alla pulizia). Ciò toglie ogni possibilità di ampliamento della platea dei destinatari della norma, che alcune astruse interpretazioni vorrebbero analogicamente estendere ai settori produttivi del Paese.

Vi è poi il tema della punibilità del personale sanitario che inocula il vaccino seguendo tutte le necessarie prescrizioni. Il decreto in effetti introduce uno scudo penale per i vaccinatori che dimostrino di avere compiuto il proprio dovere professionale con rigore e rispetto delle regole. Ma la stessa protezione non spetta al datore di lavoro dei medesimi dipendenti che scelgano di non vaccinarsi, creando contagio. Così come nessun accenno a un qualsiasi rilievo disciplinare è fatto per quest'ultimi.

Siamo, dunque, in presenza di un decreto che dovrebbe dare delle certezze ma che in realtà non ci riesce; che dovrebbe infondere sicurezza agli ammalati ma non lo fa, lasciando ampie sacche di discrezionalità nella scelta; che dovrebbe regolare con determinazione un settore fondamentale in questo particolare periodo storico, ma che non riesce a trovare le giuste misure da adottare.

## 1. CONDIZIONI ED EFFETTI DELLA CAUSA DI NON PUNIBILITÀ

L'articolo 3 del decreto legge 1 aprile 2021, n. 44 esclude la punibilità “per i fatti di cui agli articoli 589” (omicidio colposo) “e 590” (lesioni personali colpose) “del codice penale verificatisi a causa della somministrazione di un vaccino per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2”, a condizione che:

1. la prestazione sia stata effettuata nel corso della campagna vaccinale straordinaria in attuazione del piano di cui all'articolo 1, comma 457, della legge 178/2020;
2. l'uso del vaccino sia conforme alla normativa regolamentare dettata in materia.

Ciò significa, in primo luogo, che la causa di non punibilità in questione non opera in favore di quegli “esercenti le professioni sanitarie” e “operatori di interesse sanitario” che abbiano somministrato il siero protettivo al di fuori del perimetro tracciato dai precetti che disciplinano la campagna vaccinale straordinaria ovvero usato un vaccino non conforme alla legislazione vigente.

Analizziamo ora l'ambito di operatività di questa causa di non punibilità e, soprattutto, se sia davvero idonea a proteggere gli “esercenti le professioni sanitarie” e gli “operatori di interesse sanitario” da iniziative di natura penale.

È, innanzitutto, da osservare che la previsione *sic et simpliciter* di una causa di non punibilità — come è quella che rinviene nella norma di cui all'articolo 3 del decreto legge 44/2021 — non crea uno scudo che possa mettere gli “esercenti le professioni sanitarie” e gli “operatori di interesse sanitario” al riparo dal procedimento penale in quanto tale: è, infatti, nozione comune che la sussistenza di una causa di non punibilità deve essere, prima, accertata e, poi, dichiarata dall'Autorità Giudiziaria. In buona sostanza, prima che gli “esercenti le professioni sanitarie” e gli “operatori di interesse sanitario” possano venire dichiarati non punibili “per i fatti di cui agli articoli 589” (omicidio colposo) “e 590” (lesioni personali colpose) “del codice penale verificatisi a causa della somministrazione di un vaccino per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2”, è necessario che l'Autorità Giudiziaria abbia svolto indagini dirette ad accertare, non solo l'avvenuto rispetto delle due condizioni sopra enunciate, ma, altresì, che nella condotta dei soggetti agenti non vi siano state negligenza, imprudenza o imperizia nella somministrazione del medicinale.

A ben vedere, si potrebbe verificare il caso in cui, pur essendo stato inoculato il vaccino nell'ambito della campagna straordinaria varata in attuazione del piano di cui all'articolo 1, comma 457, della legge n. 178/2020 e avendo usato il siero in maniera conforme alle direttive impartite, un “esercente le professioni sanitarie” o un “operatore di interesse sanitario” non abbia, ad esempio, per negligenza, imprudenza o imperizia, appurato che a un paziente — che versava in condizioni di salute particolari — quel tipo di farmaco non avrebbe dovuto essere iniettato ovvero abbia errato nell'eseguire la manovra.

Da quanto sino ad ora esposto si evince che la norma in commento non tutela gli “esercenti le professioni sanitarie” e gli “operatori di interesse sanitario” dall'inevitabile avvio delle indagini preliminari nei loro confronti in conseguenza di un fatto astrattamente riconducibile al reato di lesioni personali colpose ovvero a quello di

omicidio colposo, laddove questo possa in qualche modo avere un nesso eziologico e temporale con la somministrazione del vaccino, dovendo l'Autorità Giudiziaria accertare se quest'ultima è avvenuta nel pieno rispetto della normativa dettata in materia e se nella condotta di chi ha praticato l'intervento non vi siano altri aspetti di responsabilità colposa. Di conseguenza, gli "esercenti le professioni sanitarie" e gli "operatori di interesse sanitario" saranno iscritti (come si usa di frequente dire, a titolo "prudenziale", "cautelativo" o "di garanzia") nel registro degli indagati.

È, infatti, scontato che se l'evento (lesioni o morte) si è verificato entro pochi giorni da quello in cui è stato somministrato il vaccino, la polizia giudiziaria provvederà immediatamente a identificare l'"esercente le professioni sanitarie" o l'"operatore di interesse sanitario" che abbia materialmente eseguito l'iniezione e ogni altro soggetto che a qualsiasi titolo o ragione possa avere avuto un rapporto con quel fatto lesivo; ciò al fine di iscrivere i loro nomi nel registro degli indagati in modo da poterli rendere destinatari di atti di indagine (consulenza tecnica, accertamento autoptico) che siano disposti allo scopo di stabilire le cause delle lesioni o del decesso e se queste siano in qualche modo riconducibili alla somministrazione del vaccino. Ecco che, da questo momento, l'"esercente le professioni sanitarie" o l'"operatore di interesse sanitario" diviene persona sottoposta alle indagini e, quindi, coinvolta in un procedimento penale.

In definitiva, la norma di cui all'articolo 3 del decreto legge 44/2021 assicura soltanto che, se al termine dell'attività investigativa preliminare dovessero risultare provate le condizioni suindicate e l'assenza di qualsivoglia ulteriore condotta colposa, l'Autorità Giudiziaria non eserciterà l'azione penale (sul presupposto che i fatti non sono punibili) e provvederà a chiedere l'archiviazione della notizia di reato.

Ebbene, non sembra che questa norma abbia aggiunto qualcosa di rilevante o modificato i principi enunciati nel codice di rito penale. Infatti, il sistema delineato dal Codice di procedura penale — negli articoli 50, comma 1 ("il pubblico ministero esercita l'azione penale quando non sussistono i presupposti per la richiesta di archiviazione"), 326 ("il pubblico ministero e la polizia giudiziaria svolgono [...] le indagini necessarie per le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale"), 358 ("il pubblico ministero compie ogni attività necessaria ai fini indicati nell'articolo 326 e svolge altresì accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini"), 405 ("il pubblico ministero, quando non deve richiedere l'archiviazione, esercita l'azione penale, formulando l'imputazione"), 408 ("il pubblico ministero, se la notizia di reato è infondata, presenta al giudice richiesta di archiviazione") e 411 ("Le disposizioni di cui agli articoli 408 [...] si applicano anche quando risulta che [...] il fatto non è previsto dalla legge come reato") — prevede che il pubblico ministero debba compiere le indagini preliminari per accertare se sussistano le condizioni e vi siano gli elementi per esercitare l'azione penale. Ora, il fatto che l'articolo 3 stabilisca una condizione di non punibilità non esclude automaticamente il potere del pubblico ministero di svolgere le indagini, ma, anzi, rappresenta per quest'ultimo uno stimolo maggiore a compierle proprio per accertare se, nel caso concreto, ricorrano le condizioni per ritenere sussistente la condizione di non punibilità e che non vi siano altri profili di responsabilità almeno colposa. L'attuale architettura del procedimento penale, in buona sostanza, consente di

giungere allo stesso risultato (proscioglimento dell'indagato per mancanza di elementi) che si intende raggiungere con il disposto di cui all'articolo 3.

In conclusione, il pubblico ministero, nell'ipotesi in cui dovesse ricevere una notizia di reato relativa a un fatto di lesioni personali colpose o di omicidio colposo, astrattamente riconducibile alla somministrazione del vaccino, non farà niente di diverso da quello che avrebbe fatto sulla base della normativa codicistica esistente sopra richiamata; per il solo fatto che sia stata prevista una causa di non punibilità, il pubblico ministero non è vincolato (in virtù del disposto di cui all'articolo 3) a chiedere automaticamente l'archiviazione senza svolgere alcuna indagine, ma egli le compirà — come le avrebbe compiute anche in assenza della norma in esame — per accertare le cause delle lesioni ovvero della morte e se sussista la causa di non punibilità prevista ex lege.

Quindi, nel caso in cui a causa della somministrazione del vaccino si dovesse verificare un evento (astrattamente riconducibile alla fattispecie delle lesioni personali colpose ovvero a quella dell'omicidio colposo), l'“esercente le professioni sanitarie” e l'“operatore di interesse sanitario”, prima di essere dichiarati non punibili ai sensi dell'articolo 3, saranno ugualmente sottoposti a un procedimento penale — e magari vi potranno rimanere per qualche mese, se non per qualche anno — circostanza dalla quale deriveranno non pochi problemi, non ultimo quello secondo cui tale pendenza dovrà essere dichiarata (pena la commissione di un reato) ogniqualvolta presenteranno una richiesta per ottenere il rilascio di un'autorizzazione da parte della Pubblica Amministrazione o una domanda di ammissione a un concorso.

In definitiva, la causa di non punibilità stabilita dall'articolo 3 non appare sufficiente di per sé a proteggere l'“esercente le professioni sanitarie” e l'“operatore di interesse sanitario” dallaogna del procedimento penale.

## 2. L'IPOTESI DI ESTENDERE AL DATORE DI LAVORO LA CAUSA DI NON PUNIBILITÀ

È palese che la norma di cui all'articolo 3 sia stata sostanzialmente varata allo scopo di non dissuadere gli “esercenti le professioni sanitarie” e gli “operatori di interesse sanitario” dal prestare la loro opera in occasione della campagna vaccinale straordinaria. Si è inteso, infatti, “rassicurare” tali soggetti che, nel caso in cui un paziente dovesse riportare lesioni personali oppure morire “a causa della somministrazione di un vaccino per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2”, andranno esenti da responsabilità penale (ma, ovviamente, non da quella civile). In definitiva, l'obiettivo è quello di elidere le conseguenze di natura penale cui, in astratto, gli “esercenti le professioni sanitarie” e gli “operatori di interesse sanitario” potrebbero andare incontro inoculando il vaccino, con la creazione (sia pur parziale) di una rete di protezione dall'esercizio dell'azione penale.

Ferme rimanendo le perplessità manifestate sulla effettiva portata della norma in esame, non si comprende, a questo punto, per quale ragione, nel caso in cui nell'ambiente di lavoro fossero accertati casi di infezione, non potrebbe estendersi tale causa di non punibilità anche all'imprenditore “virtuoso” (quello, cioè, che si è scrupolosamente

attenuto alle norme impartite per evitare la diffusione del contagio). Non vi è dubbio, infatti, che, in una fase storica come quella attuale, anche l'imprenditore si trovi a dover operare in una situazione di "rischio", forse ben più elevato e ampio — in quanto "generico" — di quello ("specifico") che corrono gli "esercenti le professioni sanitarie" e gli "operatori di interesse sanitario", in quanto limitato a una particolare condotta che si verifica nel momento in cui viene effettuata l'iniezione.

Prevedere per l'imprenditore una norma analoga a quella di cui all'articolo 3, sia pure con tutti i limiti sopra evidenziati, permetterebbe almeno di "compensare" con una causa di non punibilità il rischio che questi corre nel mantenere aperta l'unità produttiva e i costi che sostiene per la costante bonificazione dell'ambiente di lavoro. Infatti, una volta che il datore di lavoro-indagato ("virtuoso") avrà dimostrato di avere fatto tutto quello che poteva e doveva fare in osservanza delle prescrizioni normative — allo stesso modo degli "esercenti le professioni sanitarie" e degli "operatori di interesse sanitario" indagati "per i fatti di cui agli articoli 589 e 590" — quest'ultimo ben potrebbe godere della causa di non punibilità stabilita dall'articolo 3 del decreto legge 44/2021.

### 3. CONSIDERAZIONI DI NATURA PENALE SUL COMMA 8 DELL'ARTICOLO 4 DEL D.L. N. 44/2021

L'inosservanza dell'obbligo vaccinale da parte degli "esercenti le professioni sanitarie" e degli "operatori di interesse sanitario" non è stata prevista come fattispecie di reato, ma determina conseguenze esclusivamente sul piano della prestazione lavorativa.

Dalla lettura del comma 8 dell'articolo 4 del decreto legge 44/2021 si desume che incombe sul datore di lavoro la scelta della mansione ("che non implichi rischi di diffusione del contagio") alla quale adibire l'"esercente le professioni sanitarie" ovvero l'"operatore di interesse sanitario" che si sia rifiutato di assumere il vaccino. Ciò significa che, in tale circostanza, vi è indiscutibilmente un'assunzione (*rectius*, "attribuzione" *ex lege*) di responsabilità da parte del (in capo al) datore di lavoro in ordine alla individuazione della mansione che sia più idonea a scongiurare il pericolo che il lavoratore "renitente al vaccino" possa contrarre e diffondere il virus.

Tuttavia, a ben riflettere, ciò che in tale ipotesi rileva non sono tanto le "mansioni", quanto il "luogo" in cui queste andranno ad essere svolte e, di riflesso, le persone con le quali il lavoratore "renitente" entrerà inevitabilmente in contatto. In altre parole, con tale norma si è attribuito al datore di lavoro un obbligo "rafforzato" di diligenza, prudenza e perizia, nel momento in cui questi è chiamato a individuare le "nuove" e "diverse" mansioni (e, di conseguenza, l'ambiente in cui saranno effettuate) alle quali destinare il lavoratore "renitente".

In definitiva, nell'individuare le mansioni per il lavoratore che non abbia inteso vaccinarsi, il datore di lavoro avrà l'obbligo (peraltro stabilito in generale) non soltanto di tutelare la salute di quel lavoratore e di tutti gli altri che con questo dovranno avere rapporti, ma, altresì, di prevedere che il lavoratore non coperto da vaccino sia collocato in un luogo in cui, al tempo stesso, non contragga il virus e non costituisca un potenziale veicolo di trasmissione. Si potrebbe, cioè, verificare la situazione in cui il lavoratore "renitente" —

sia pure adibito a mansioni che “non implicano rischio di diffusione del contagio” — contragga il virus o ne sia il “propagatore”. In questo caso, il datore di lavoro — tenuto per legge a garantire la salubrità del luogo di lavoro — potrebbe essere sottoposto ad indagini dirette ad accertare se l’ambiente, in cui il lavoratore “renitente” è stato ubicato a svolgere le mansioni “alternative”, fosse realmente idoneo a garantire la salute non soltanto di quel lavoratore, ma anche di tutti gli altri che con questo sono stati a contatto a causa del rapporto di lavoro. In tale ipotesi, verrebbe a sindacarsi con il metro della rilevanza penale la scelta sulla idoneità dell’ambiente (in cui il lavoratore “renitente” ha svolto le mansioni “alternative”), effettuata dal datore di lavoro, il quale potrebbe essere soggetto a gravi conseguenze sanzionatorie.

È, dunque, agevole intuire che, con tale previsione normativa, è stato innalzato il livello dell’obbligo di assicurare la salubrità dei luoghi di lavoro cui è tenuto il datore di lavoro. Sulla base di queste ulteriori considerazioni sarebbe, dunque, necessario prevedere uno scudo che protegga il datore di lavoro da responsabilità di natura penale in ordine alla scelta delle mansioni (e, di conseguenza, del luogo in cui queste saranno svolte) alle quali sarà adibito il lavoratore “renitente al vaccino”.

Dipartimento Scientifico

 **Fondazione Studi  
Consulenti del Lavoro**  
Consiglio Nazionale dell’Ordine

A cura di:  
**Gaetano Pacchi**