

Affare Legale CS 476/2022 AVV. L. GEMINI
da citare integralmente nella risposta
lorenzo.gemini@avvocaturastato.it

Oggetto: Parere in ordine al regime normativo applicabile al personale docente, non vaccinato, in possesso della certificazione di guarigione.

L'Istituto scolastico in indirizzo ha chiesto un parere legale in ordine alla disciplina applicabile al personale docente che, sebbene privo della certificazione verde attestante l'avvenuta vaccinazione anti-SARS-CoV-2, il cui obbligo - come noto - è stato esteso dal legislatore ad alcune categorie di lavoratori, tra cui il "*personale scolastico del sistema nazionale di istruzione, delle scuole non paritarie, dei servizi educativi per l'infanzia di cui all'articolo 2 del decreto legislativo 13 aprile 2017, n. 65, dei centri provinciali per l'istruzione degli adulti, dei sistemi regionali di istruzione e formazione professionale e dei sistemi regionali che realizzano i percorsi di istruzione e formazione tecnica superiore*" (cfr. art. 4 ter, D.L. 44/2021, conv. con L. 76/2021 - c.d. Decreto Covid), sia in possesso della (diversa) certificazione verde rilasciata dalle autorità sanitarie a seguito dell'avvenuta guarigione da Covid-19.

Uno dei problemi sorti all'indomani dell'estensione dell'obbligo vaccinale al personale scolastico, per la cui inosservanza il legislatore ha previsto a decorrere dal 15 dicembre 2021 la sospensione dal diritto di svolgere l'attività lavorativa nonché dalla retribuzione e da qualsiasi altro compenso o emolumento (art. 4, ter, comma 3, D.L. cit., in vigore - come si dirà - sino al 25 marzo 2022), riguardava - tra l'altro - il regime applicabile ai lavoratori che, ancorché non in regola con l'obbligo vaccinale, disponessero di una certificazione verde in corso di validità per l'avvenuta guarigione.

La questione, tutt'altro che di agevole soluzione, oltre che implicante una serie di potenziali gravi conseguenze in termini sia di sacrificio dei diritti del lavoratore sia di rischio di vanificare le esigenze straordinarie e urgenti di contenimento dell'epidemia e di riduzione dei pericoli per la salute pubblica, a tutela delle quali il legislatore ha esteso l'obbligo vaccinale ai lavoratori che prestano la propria attività in settori particolarmente esposti, derivava dal fatto che la disciplina sopra richiamata non contemplava, per lo meno non espressamente, l'intervenuta guarigione da Covid-19 tra le situazioni in cui l'omissione e/o il differimento del vaccino potevano dirsi giustificati.

Infatti, l'art. 4, co. 2, D.L. 44/2021, cit., ha stabilito che "*solo in caso di accertato pericolo per la salute, in relazione a specifiche condizioni cliniche documentate, attestate dal proprio medico curante di medicina generale ovvero dal medico vaccinatore, nel rispetto delle circolari del Ministero della salute in materia di esenzione dalla vaccinazione anti SARS-CoV-2, non sussiste l'obbligo di cui ai commi 1 e 1-bis e la vaccinazione può essere omessa o differita*".

In applicazione di tale ultima disposizione, in assenza di un'espressa previsione riguardante i lavoratori non vaccinati ma guariti dal COVID-19, alcune scuole hanno ritenuto possibile il differimento del vaccino solo dietro presentazione da parte del lavoratore di una certificazione del

proprio medico curante (ovvero del medico vaccinatore) attestante l'impossibilità di sottoporsi al vaccino per il breve lasso temporale intercorso dalla guarigione. Tuttavia, in assenza di una chiara circolare del Ministero della salute in punto di esenzione dalla vaccinazione anti SARS-CoV-2 dei soggetti guariti, è accaduto che alcuni lavoratori, non riuscendo a ottenere le certificazioni per giustificare la provvisoria esenzione dal vaccino, pur dopo aver contratto l'infezione, sono stati comunque sospesi dal servizio in applicazione della normativa sopra richiamata.

È anche accaduto che alcune scuole, avvalendosi dei chiarimenti pervenuti dall'azienda sanitaria regionale, nei quali in breve si richiamava la circolare n. 8284 del marzo 2021 del Ministero della Salute, ove per i soggetti guariti si raccomandava la vaccinazione dopo almeno tre mesi dalla scomparsa dell'infezione e comunque entro sei mesi, hanno automaticamente consentito ai lavoratori in possesso di una certificazione verde da guarigione in corso di validità da meno di tre mesi di continuare a svolgere l'attività lavorativa, ponendosi semmai il problema di come operare una volta trascorsi i primi tre mesi dalla guarigione (attesa, comunque, la durata semestrale del green pass rafforzato rilasciato ai soggetti guariti).

In tale, oggettivamente complesso, contesto normativo e fattuale, ad avviso della scrivente Avvocatura, la soluzione preferibile - anche alla luce dell'aggiornamento delle indicazioni operative del Ministero della Salute di cui alla circolare n. 32884 del 21.7.2021, in cui si affermava che *"facendo seguito alla circolare prot. n° 08284-03/03/2021-DGPRE, visto il parere del Comitato tecnico scientifico di cui all'Ordinanza del Capo del Dipartimento della Protezione Civile n. 751 del 2021, acquisito con prot. n° 32719-21/07/2021-DGPRE, ... è possibile considerare la somministrazione di un'unica dose di vaccino anti-SARSCoV-2/COVID-19 nei soggetti con pregressa infezione da SARS-CoV-2 (decorsa in maniera sintomatica o asintomatica), purché la vaccinazione venga eseguita preferibilmente entro i 6 mesi dalla stessa e comunque non oltre 12 mesi dalla guarigione"* - era consentire lo svolgimento dell'attività lavorativa anche al lavoratore (non vaccinato ma) in possesso di valida certificazione di avvenuta guarigione.

Per completezza, in realtà, a voler applicare fedelmente l'art. 4, co. 2, del D.L. 44/2021, cit., si sarebbe dovuto pretendere a tal fine che il lavoratore producesse - nei tempi e con le modalità stabilite dalla disciplina sopra richiamata - un'attestazione del proprio medico curante circa la sussistenza, *"nel rispetto delle circolari del Ministero della salute in materia di esenzione dalla vaccinazione anti SARS-CoV-2"*, e in particolare cella circolare del 21.7.2021, di una condizione idonea a giustificare il differimento del vaccino, quale poteva a questo punto considerarsi l'avvenuto superamento dell'infezione.

Ferme le considerazioni sin qui svolte, deve tuttavia darsi atto della recentissima novella introdotta dall'articolo 8, comma 4, del D.L. 24 marzo 2022, n. 24, non ancora convertito in Legge, ma comunque in vigore dal 25 marzo 2022, c.d. NUOVO DECRETO COVID, il quale nell'esigenza di superare lo stato di emergenza mediante una serie di disposizioni necessarie alla *"progressiva ripresa di*

tutte le attività in via ordinaria” anche in ragione dell’ *“evolversi della situazione epidemiologica”*, ha modificato in maniera significativa la disciplina in materia di obblighi vaccinali.

In particolare, per ciò che rileva ai fini del personale della scuola, il legislatore ha introdotto gli artt. 4-ter.1 e 4-ter.2 nell’ambito del D.L. 44/2021, conv. dalla L. 76/2021, confermando, da un lato, la vigenza dell’obbligo vaccinale sino al 15 giugno 2022 e però, dall’altro, stabilendo che la vaccinazione costituisca requisito essenziale per lo svolgimento (non più dell’attività lavorativa in generale, come nel previgente art. 4 ter, ma) delle sole *“attività didattiche a contatto con gli alunni”*, con la conseguenza che invece il *“docente inadempiente [n.d.r. all’obbligo vaccinale]”* potrà essere adibito *“in attività di supporto alla istituzione scolastica”*, vale a dire secondo la circolare n. 620 del 28.3.2022 del Ministero dell’Istruzione in quelle funzioni comunque rientranti tra le mansioni del personale docente, quali, a titolo esemplificativo, le attività anche a carattere collegiale, di programmazione, progettazione, ricerca, valutazione, documentazione, aggiornamento e formazione.

Viene specificato, inoltre, che il regime di cui sopra è operativo dal 1° aprile 2022 fino al termine delle lezioni dell’anno scolastico 2021/2022 e che *“alla sostituzione del personale docente e educativo non vaccinato mediante l’attribuzione di contratti a tempo determinato che si risolvono di diritto nel momento in cui i soggetti sostituiti, avendo adempiuto all’obbligo vaccinale, riacquistano il diritto di svolgere l’attività didattica”* (art. ter-.2, co. 4).

Pertanto, dovendo allo stato trovare applicazione la disciplina sopravvenuta appena richiamata (e salvo accertare che la stessa non subisca modificazioni in sede di conversione del decreto-legge), deve concludersi che a decorrere dal 1° aprile 2022 il personale docente privo di vaccinazione ma in possesso di una certificazione verde da guarigione non potrà essere in ogni caso, ossia a prescindere dai dubbi interpretativi posti dalla normativa ante D.L. 24/2022, sospeso dal servizio e dalla retribuzione, ma semmai solo dall’attività didattica, senza alcuna conseguenza disciplinare né economica.

Ciò trova, del resto, oggi conferma nell’art. 4-quinquies, D.L. 44/2021, come novellato dal richiamato D.L. 24/2022, secondo cui *“fermi restando gli obblighi vaccinali e il relativo regime sanzionatori di cui all’articolo 4-sexies, i soggetti di cui agli articoli 4-ter.1, 4-ter.2, comma 3, ultimo periodo, e 4-quater, fino al 30 aprile 2022, per l’accesso ai luoghi di lavoro, devono possedere e, su richiesta, esibire una delle certificazioni verdi COVID-19 da vaccinazione, guarigione o test, cosiddetto green pass base di cui all’articolo 9, comma 1, lettera a-bis, del decreto-legge 22 aprile 2021, n. 52, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 giugno 2021, n. 87. Si applicano le disposizioni di cui agli articoli 9-ter.1, 9-ter.2, 9-quinquies, 9-sexies, 9-septies, 9-octies, e 9-novies del decreto-legge n. 52 del 2021”*.

Sicché, a voler sintetizzare la risposta al quesito sottoposto alla scrivente Avvocatura, deve ritenersi che nell’attuale contesto normativo l’adempimento dell’obbligo vaccinale sia condizione essenziale per il solo esercizio delle attività didattiche in senso stretto, implicanti un contatto con gli alunni,

potendo comunque il rapporto di lavoro svolgersi per le restanti mansioni esercitabili, con i correlati e immutati oneri retributivi a carico dell'amministrazione.

Solo per completezza, infine, si chiarisce che, per ragioni di coerenza sistematica, prima ancora che di interpretazione letterale delle disposizioni introdotte con il D.L. 24/2022, le conclusioni di cui sopra si estendono anche al personale docente esentato dalla vaccinazione per "*accertato pericolo per salute, in relazione a specifiche condizioni cliniche documentate, attestate dal proprio medico curante di medicina generale ovvero dal medico vaccinatore*" (art. 4 ter.1, co. 2, D.L. 44/2021), il quale – sebbene non possa ritenersi giuridicamente "inadempiente" all'obbligo vaccinale – dovrà comunque essere adibito ad attività diverse dall'insegnamento, atteso che la ratio del divieto di far svolgere le attività didattiche ai docenti non vaccinati è di prevenire il rischio per la tutela della salute degli alunni e non già di sanzionare il lavoratore.

Nel rimanere a disposizione per ogni ulteriore chiarimento possa occorrere, si ricorda che il presente parere - trasmesso per opportuna conoscenza anche agli Uffici Scolastici Regionali al fine di darne diffusione presso gli Istituti dei rispettivi ambiti territoriali di competenza - resta sottratto al diritto di accesso ai sensi dell'articolo 3, del D.P.C.M. 22 gennaio 1996, n. 200.

Distinti saluti.

Il Procuratore dello Stato

Lorenzo Gemini

L'Avvocato Distrettuale dello Stato f.f.

Giuseppe Novaresi

Firme autografe sostituite dall'indicazione a stampa dei firmatari ai sensi dell'art. 3, comma 2, del D.lgs. n. 39/1993 s.m.i.