

TRIBUNALE di BENEVENTO – sentenza del 12 aprile 2022

IL TRIBUNALE DÀ RAGIONE A MEDICO NON VACCINATO: L'ASL DOVRÀ RICOLLOCARLO

Il Tribunale di Benevento ha dichiarato l'illegittimità di un provvedimento con cui un'Azienda Sanitaria Locale aveva disposto – ai sensi dell'articolo 4 del D.L. n. 44 del 2021 – la sospensione dal servizio di una propria dipendente, con qualifica di Dirigente Medico, non vaccinata. Anche per il Tribunale di Benevento, poiché la sospensione del lavoratore senza retribuzione costituisce "l'extrema ratio", il datore di lavoro deve provare di non poter assegnare al lavoratore altre mansioni equivalenti (o anche inferiori) che non implicino contatti interpersonali o comportino il rischio di diffusione del contagio.

Nel ricorso introduttivo del giudizio la ricorrente, dipendente di ruolo a tempo pieno e indeterminato di una ASL, ha esposto che, a seguito dell'entrata in vigore del D.L. n. 44 del 2021, l'Azienda Sanitaria aveva disposto la sua sospensione temporanea dal servizio con allontanamento dal luogo di lavoro, perché inadempiente all'obbligo vaccinale, precisando di essere esente dal vaccino in ragione di specifiche condizioni cliniche certificate dal proprio medico di medicina generale.

Si tratta della terza pronuncia che impone la reintegra di operatori non vaccinati sulla base dell'obbligo di repêchage e il pagamento delle retribuzioni arretrate, dopo la sentenza del Tribunale di Milano n.2135 del 2021 con ricorrente un'ausiliaria socio-assistenziale, difesa dall'avvocato Mauro Sandri, e la sentenza del Tribunale di Termini Imerese r.g.n. 2616/2021.

TRIBUNALE DI BENEVENTO

Il Tribunale di Benevento, in funzione di giudice del lavoro, in persona della dr.ssa Adriana Mari, ha depositato la sentenza all'esito della trattazione scritta del 31.03.2021 nella causa iscritta nel ruolo generale degli affari contenziosi di lavoro al n. r.g. 4658/2021

TRA

(...), rappresentata e difesa congiuntamente e disgiuntamente dagli avv.ti Daniela Sarracino e Maurizio Zeoli, con gli stessi elettivamente domiciliata in Benevento (...)

Ricorrente

CONTRO

AZIENDA SANITARIA LOCALE (...)

Resistente

RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

Con ricorso ex art. 414 c.p.c. con contestuale istanza cautelare depositato il 19.11.2021 la ricorrente in epigrafe identificata, ha esposto:

- di essere dipendente di ruolo a tempo pieno e indeterminato della ASL (...), con qualifica di Dirigente Medico, addetta al servizio (...);
- di avere ricevuto provvedimento di sospensione del diritto di svolgere le prestazioni con mansioni che implicano contatti interpersonali o comportano, in qualsiasi forma, il rischio di diffusione del contagio da SARS COV-2 con contestuale sospensione temporanea dal servizio e allontanamento dal luogo di lavoro;

- di essere esente dal vaccino in ragione di specifiche condizioni cliniche come risultante da certificazione medica rilasciata dal proprio Medico di Medicina Generale (...); (...);
- che nel caso di specie il provvedimento impugnato è del tutto carente della necessaria e preliminare istruttoria circa la sussistenza di posti cui la ricorrente possa essere impegnata;
- che presso il servizio (...) cui è assegnata, sussiste la sede operativa ove i dipendenti della ASL rispondono alle chiamate di emergenza;
- di non disporre di altri redditi e di essere gravata da un mutuo ipotecario e da un prestito personale.

Tanto premesso ha chiesto al Tribunale di “previa eventuale declaratoria di illegittimità, nullità, disapplicazione del provvedimento (...), – accertare e dichiarare il diritto dell’odierna ricorrente alla reintegra presso l’Azienda Sanitaria Locale (...) (...), nelle mansioni proprie della qualifica ricoperta o anche diverse, comunque senza decurtazione della retribuzione, in modo da evitare il rischio di diffusione del contagio da SARS-CoV-2, ovvero, in via subordinata, anche mansioni inferiori, con il trattamento corrispondente alle mansioni esercitate, e che, comunque, non implicano rischi di diffusione del contagio;

- in ogni caso accertare e dichiarare il diritto dell’odierna parte ricorrente al risarcimento del danno pari alla retribuzione globale di fatto (...).

Parte ricorrente, dipendente della ASL (...) con qualifica di Dirigente Medico, addetta al servizio (...), ha impugnato la nota prot. n. (...) con la quale è stata sospesa con decorrenza immediata dal servizio essendo risultata inadempiente all’obbligo vaccinale. Tale provvedimento è stato emesso in seguito dalla delibera del D.G. dell’ASL (...) con la quale veniva stabilita la sospensione temporanea dal servizio e l’allontanamento dal luogo di lavoro dei dipendenti ASL che non avevano adempiuto alle prescrizioni dall’art. 4 d.l. 44/2021 e veniva stabilito che detto personale doveva essere sospeso dal servizio fino all’assolvimento dell’obbligo vaccinale o, in mancanza, fino al completamento del piano vaccinale nazionale e comunque non oltre il 31.12.2021, ovvero oltre il termine ultimo di emergenza epidemiologica salvo eventuali ulteriori proroghe dello stesso (...).

Ai sensi e per gli effetti dell’art.4, comma 1, del Decreto Legge n. 44 dell’1.04.2021, convertito con modificazione dalla Legge del 20.05.2021 n. 76- nella versione all’epoca vigente “1. In considerazione della situazione di emergenza epidemiologica da SARS-CoV-2, fino alla completa attuazione del piano di cui all’articolo 1, comma 457, della legge 30 dicembre 2020, n. 178, e comunque non oltre il 31 dicembre 2021, al fine di tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell’erogazione delle prestazioni di cura e assistenza, gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario di cui all’articolo 1, comma 2, della legge 1° febbraio 2006, n. 43, che svolgono la loro attività nelle strutture sanitarie, socio-sanitarie e socio-assistenziali, pubbliche e private, nelle farmacie, nelle parafarmacie e negli studi professionali sono obbligati a sottoporsi a vaccinazione gratuita per la prevenzione dell’infezione da SARS-CoV-2. La vaccinazione costituisce requisito essenziale per l’esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative dei soggetti obbligati. La vaccinazione è somministrata nel rispetto delle indicazioni fornite dalle regioni, dalle province autonome e dalle altre autorità sanitarie competenti, in conformità alle previsioni contenute nel piano”.

Il successivo comma 2 disponeva: “2. Solo in caso di accertato pericolo per la salute, in relazione a specifiche condizioni cliniche documentate, attestate dal medico di medicina generale, la vaccinazione di cui al comma 1 non è obbligatoria e può essere omessa o differita.” (5) si aggiunge che l’ASL, come contestato dalla ricorrente, ha anche violato l’obbligo datoriale di valutazione di un impiego alternativo. L’art. 4 comma 8, nella versione all’epoca in vigore, prevedeva che “il datore di lavoro adibisce il lavoratore, ove possibile, a 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...”

La sospensione del lavoratore senza retribuzione costituisce l’extrema ratio di talché vi è un preciso obbligo dell’azienda di verificare l’esistenza in azienda di posizioni lavorative alternative, astrattamente assegnabili al lavoratore, atte a preservare la condizione occupazionale e retributiva, da un lato, e compatibili, dall’altro, con la tutela della salubrità dell’ambiente di lavoro, in quanto non prevedenti contatti interpersonali con soggetti fragili o comportanti, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio. L’onere probatorio che grava sul datore di lavoro in caso di sospensione dal rapporto per impossibilità temporanea della prestazione è, dunque, analogo a quello previsto per il caso del licenziamento per impossibilità definitiva della prestazione: in ambedue i casi il datore di lavoro è onerato di provare di non poter utilizzare il lavoratore in altra posizione lavorativa o in altre mansioni equivalenti o inferiori (Tribunale Milano del 15.09.2021; Tribunale di Termini Imerese r.g. n. 2616/2021). Nella fattispecie la ricorrente è stata sospesa senza valutare un impiego alternativo non implicante rischi di diffusione del contagio e, pertanto, l’onere di repêchage non risulta assolto dall’ASL. In particolare la ricorrente allega specificamente l’esistenza di posizioni lavorative prive di contatti necessari con il pubblico rappresentando, ad esempio, che presso il servizio (...), cui è assegnata, sussiste la sede operativa ove i dipendenti della ASL rispondono alle chiamate di emergenza. In aggiunta la ricorrente allega l’organigramma aziendale dal quale risulterebbe l’esistenza di moltissime sedi amministrative.

L’ASL di contro deduce che “tutti i dipendenti dell’ASL svolgendo mansioni in Strutture Sanitarie sono direttamente a contatto con gli utenti del SSR e pertanto con soggetti fragili e bisognosi di assistenza e cura e/o sono a contatto diretto con i Sanitari che svolgono il ...lavoro nelle RSA, nei Poliambulatori, al DSM, al Servizio di Prevenzione etc. e pertanto direttamente a contatto con tutti gli utenti finali dei Servizi Sanitari”

Ebbene tali deduzioni sono del tutto generiche e non esaustive. D’altronde è stato il legislatore a prevedere la possibilità che un Sanitario (che opera in Strutture Sanitarie) possa essere adibito a mansioni, anche inferiori riconoscendo in astratto l’esistenza di posizioni lavorative che escludono contatti interpersonali con soggetti fragili o comportanti, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio. La stessa ricorrente ha rappresentato l’esistenza di posizioni lavorative che non prevedono il contatto con gli utenti – come ad esempio la Centrale Operativa – ma l’ASL nulla ha dedotto sul punto limitandosi a generiche considerazioni. Infatti a nulla rileva la circostanza dedotta dall’ASL che all’ingresso degli uffici viene rilevata la Certificazione Verde dal momento che è noto che (quanto meno all’epoca dei fatti) la Certificazione Verde non implicava necessariamente l’effettuazione della vaccinazione potendo essere rilasciata anche in ca-

so di guarigione da malattia o in seguito a tampone molecolare o antigenico. In definitiva la resistente non ha compiutamente analizzato le posizioni presenti in organico ed indicate dalla ricorrente e ha violato l'obbligo di reimpiego.Sussistono gravi motivi per la compensazione delle spese nella misura del 50% considerato il rigetto dell'istanza cautelare in corso di causa. Il residuo va liquidato nella misura indicata in dispositivo con attribuzione.

Il Giudice del Lavoro, definitivamente pronunciando, ogni diversa istanza e deduzione disattesa, così provvede:

1. accoglie il ricorso proposto da (...) e, per l'effetto, accerta e dichiara l'illegittimità della nota prot.n. (...);
2. condanna la ASL (...) al pagamento, in favore della ricorrente, delle retribuzioni maturate dalla data di sospensione (...) alla data di effettiva riammissione in servizio, con interessi e rivalutazione dal dovuto al saldo effettivo;
3. compensa le spese nella misura del 50% e condanna l'ASL (...) al pagamento del residuo di € (...) oltre spese generali, IVA e cpa con attribuzione.

Benevento, 31.03.2022

Il Giudice del Lavoro