



REPUBBLICA ITALIANA  
TRIBUNALE DI SIENA (Sezione Lavoro)  
"In nome del popolo italiano"  
Sentenza

n. 429/2022 rgl

Svolgimento del processo.

(difesa dall'avv. Antonio Panella)  
a mezzo ricorso depositato il 21/6/2022

contro

**Azienda Ospedaliera Universitaria Senese**  
(che sarà difesa dall'avv. \_\_\_\_\_ e dall'avv. \_\_\_\_\_)

esercitava azione giudiziale formulando le seguenti (**conclusioni**, ricorso, pp. 32-34, letterali)

*"In via preliminare e cautelare*

*- Accertate la sussistenza del fumus boni iuris e del periculum in mora e, conseguentemente, sospendere inaudita altera parte l'esecutività della Deliberazione n. 563 del 7.06.2022 e/o dichiarare l'inefficacia della medesima, nonché di tutti gli atti connessi alla stessa, sino al termine del presente procedimento, con contestuale immediata riammissione in servizio della sig.ra \_\_\_\_\_ eventualmente anche mediante sottoposizione della medesima a tamponi anti-covid periodici;*

*- Conseguentemente, condannare l'Azienda Ospedaliero Universitaria Senese a corrispondere alla lavoratrice lo stipendio dovuto e ogni altro compenso e/o emolumento;*

*In via pregiudiziale*

*- Previa sospensione del presente procedimento, disporre la rimessione alla Corte Costituzionale delle questioni incidentali di costituzionalità dell'art. 4 del D.L. n. 44/2021, per violazione degli artt. 1, 2, 3, 4, 32, 35 e 36 Cost., che, al paragrafo n. 2 del presente atto, vengono dedotte in giudizio, considerata la loro rilevanza ai fini del decidere;*

*- Previa eventuale sospensione del presente procedimento e rimessione alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea delle questioni dedotte al paragrafo n. 3 del presente atto, accertare e dichiarare l'illegittimità integrale della Deliberazione n. 563 del 7.06.2022, nonché di tutti gli atti connessi alla medesima e, conseguentemente, disporre l'annullamento e/o la disapplicazione di tale provvedimento per violazione e/o falsa applicazione*

*dell'art. 28, lett. h del Regolamento UE 563/2014, del diritto al lavoro e del principio di proporzionalità di cui agli artt. 15 e 52 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, nonché dell'art. 4, par. 1 della Direttiva quadro del Consiglio 2000/78/CE del 27 novembre 2000 e/o per violazione del principio di proporzionalità, nonché della restante normativa comunitaria rilevante in materia;*

*Nel merito*

*In via principale*

*- Accertare e dichiarare l'illegittimità della Deliberazione n. 563 del 7.06.2022, mediante la quale l'Azienda Ospedaliero Universitaria Senese ha disposto la sospensione della sig.ra \_\_\_\_\_ dall'attività lavorativa e dalla retribuzione con decorrenza dal 7.06.2022, revocando e/o disapplicando, con effetto retroattivo, l'efficacia del provvedimento medesimo e, per l'effetto, condannare la resistente a corrispondere alla ricorrente lo stipendio dovuto e ogni altro compenso e/o emolumento; (\*)*

*(\*) Conseguentemente, condannare l'Azienda Ospedaliero Universitaria Senese a risarcire la somma di € 5.151,20, e/o la somma maggiore o minore ritenuta di giustizia, oltre interessi, in favore della sig.ra \_\_\_\_\_ a titolo di danno patrimoniale da mancato guadagno (precisazione contenuta nelle note difensive finali, p. 33).*

*In via subordinata*

*- Accertare e dichiarare l'illegittimità parziale della Deliberazione n. 563 del 7.06.2022, revocando e/o disapplicando, con effetto retroattivo, l'efficacia parziale del provvedimento medesimo nella parte in cui dispone la sospensione dal diritto della retribuzione o altro compenso comunque denominato e, per l'effetto, condannare la resistente a corrispondere alla ricorrente l'assegno alimentare nella misura del 50% della retribuzione percepita;*

*In ogni caso*

*- Con vittoria di spese e compensi del presente giudizio, con distrazione dei medesimi in favore dello scrivente difensore ex art. 93 c.p.c., che si dichiara antistatario.*

*In via istruttoria (...)”.*

Parte convenuta – Azienda Ospedaliera Universitaria Senese - si costituiva in giudizio, contestando la fondatezza della domanda chiedendo (**conclusioni**, memoria difensiva, p. 9, letterali):

*“respingere il ricorso ex art. 700 c.p.c. promosso dalla sig.ra \_\_\_\_\_ in quanto carente dei presupposti per il suo accoglimento. Con vittoria di spese e onorari di causa”.*

\*

All'udienza 20/7/2022, nella causa (procedimento cautelare in corso di causa) n. 429-1/2022 rgl sono comparsi:

per \_\_\_\_\_, l'avv. Antonio Panella;

per l'Azienda Ospedaliera Universitaria Senese, l'avv. \_\_\_\_\_.

Concordemente le parti chiedono rinvio ai fini conciliativi, impregiudicati facoltà e poteri di prima udienza.

Il giudice sente le parti, che allo stato si richiamano ai propri atti, argomentazioni, richieste e conclusioni, contestando rispettivamente la fondatezza della difesa avversaria.

Il giudice tenta la conciliazione della causa. Si dà atto del fallimento del tentativo.

Il giudice accorda alla ricorrente termine per replica entro il 22/7/2022, ed eventuale termine per replica all'Azienda entro il 30/7, sin d'ora riservandosi, con facoltà per la parte ricorrente di chiedere eventuale nuova udienza in caso di necessità di ulteriore replica.

All'udienza 8/8/2022, nella causa (procedimento cautelare in corso di causa) n. 429-1/2022 rgl sono comparsi:

per \_\_\_\_\_, l'avv. Antonio Panella;

per l'Azienda Ospedaliera Universitaria Senese, l'avv. \_\_\_\_\_.

Il giudice dà atto dell'avvenuto scambio di note scritte autorizzate.

Le parti si richiamano ai propri atti, argomentazioni, richieste e conclusioni, anche istruttorie, contestando rispettivamente la fondatezza della difesa avversaria.

L'avv. Panella per la ricorrente contesta che l'Azienda non fosse a conoscenza della guarigione del 15/1/2022, in quanto dimostrato dall'avvio del procedimento di sospensione con lettera 12/4/2022 dopo 3 mesi dalla guarigione.

Evidenza, inoltre, la contraddittorietà della posizione avversaria, ad es. con la produzione sub 12, con il quale l'Azienda comunicava che sin dal 1/4/2022 fosse sufficiente per necessario per accedere solo il Green Pass Base e non anche Rafforzato.

Si richiama anche alla sent. Trib. Torino, Sezione Lavoro, n. 1151 del 20/7/2022, in materia di insussistenza dell'obbligo vaccinale per il personale amministrativo del Comparto Sanità.

Infine contesta per irrilevanza e superfluità i capitoli di prova avversari.

L'avv. \_\_\_\_\_ contesta anche i rilievi predetti, argomentando e infine richiamandosi alla propria difesa.

Il giudice si riserva.

\*

Sciolta la riserva assunta nella causa n. 429-1/2022 rgl:

rileva, osserva e argomenta il giudice ad esito di cognizione sommaria e ai limitati fini ed effetti della stessa:

### La vicenda sostanziale.

è lavoratrice dipendente dell'Azienda Ospedaliera Universitaria Senese, impiegata a tempo indeterminato assistente amministrativo, cat. C/4, presso il Dipartimento Tecnico (doc. 1 ric.).

Evidenzia la lavoratrice, di essere inoltre divorziata, vivendo da sola con i propri figli, , rispettivamente di anni 20 e 17 (doc. 2 ric.), non percipienti redditi propri, in quanto entrambi studenti, e, pertanto, il sostentamento del nucleo familiare si basa esclusivamente sul reddito da lavoro dipendente della lavoratrice (docc. 3 e 4 ric.).

Con lettera del 12/04/2022, l'Azienda datrice invitava la lavoratrice a produrre, entro 5 giorni dal ricevimento della medesima, la documentazione attestante la vaccinazione anti-Covid e/o attestazione inerente l'omissione o il differimento della stessa, oppure richiesta di vaccinazione da eseguirsi entro 20 giorni (doc. 5 ric.).

Nel caso concreto, la richiesta si sarebbe presentata illegittima, in quanto, innanzitutto, la lavoratrice risultava essere in possesso di idoneo *green pass* da guarigione, con scadenza al 2.07.2022 (doc. 6 ric.).

Inoltre, ulteriore illegittimità della richiesta formulata dall'Azienda si riscontrava anche per evidente contrasto con quanto statuito sia dalla normativa impositiva dell'obbligo vaccinale di cui all'art. 4 del d.l. n. 44/2021, sia con quanto previsto dal Ministero della Salute, laddove, con Circolare n. 32884 del 21.07.2021, ha stabilito che , nei soggetti con pregressa infezione da SARS-CoV-2 (decorsa in maniera sintomatica o asintomatica), la vaccinazione "*venga eseguita preferibilmente entro i 6 mesi dalla stessa e comunque non oltre 12 mesi dalla guarigione*" (doc. 7 ric.);

Pertanto, con lettera del 21/05/2022, la lavoratrice invitava l'Azienda datrice ad astenersi dall'applicare alla medesima qualsivoglia provvedimento di sospensione dell'attività lavorativa, richiamando i principi suddetti (doc. 8 ric.).

Invece l'Azienda Ospedaliera Universitaria Senese, con deliberazione n. 563 del 7.06.2022, incurante dei suddetti principi – secondo la lavoratrice – provvedeva a sospendere la lavoratrice con effetto immediato e fino al 31/12/2022 (doc. 9 ric.).

\*

### Il diritto affermato dalla lavoratrice.

La lavoratrice sospesa prospetta in via cautelare, e principale, l'affermazione del diritto di essere reintegrata pienamente nelle mansioni assistente amministrativo, cat. C/4, presso il Dipartimento Tecnico.

In via cautelare, subordinata, la corresponsione dell'assegno alimentare nella misura del 50% della retribuzione percepita.

\*

In questi giorni, da tempo, siamo bombardati dall'audio/video di Giorgio Parisi, un accademico italiano, premio Nobel per la fisica nel 2021 per i suoi studi sui sistemi complessi. Fisico teorico dagli interessi di ricerca molto variegati, noto per i suoi studi di teoria quantistica dei campi (soprattutto nell'ambito della cromodinamica quantistica), in meccanica statistica (in particolare, ma non soltanto, per i suoi studi sui vetri di spin) e per l'applicazione di quest'ultima a vari ambiti della teoria dei sistemi complessi.

Egli sintetizza, *"semplifichiamo un problema complesso", "la quarta dose è fondamentale per gli over 60". Perché riporta la protezione contro il Covid al livello più alto; non sappiamo se e quando potremmo essere contagiati; il vaccino ci protegge dalla malattia grave; chi ha più di 60 anni è più a rischio*, nell'audio/video realizzato dal Dipartimento Informazione ed Editoria della Presidenza del Consiglio dei Ministri e dal Ministero della Salute, che si conclude con lo slogan *"problema complesso soluzione semplice"*.

Il Ministero della Salute, Istituto Superiore di Sanità-Cabina di Regia ai sensi del DM Salute 30 aprile 2020-Monitoraggio Fase 2-Report settimanale-Report 117-Sintesi nazionale - Dati relativi alla settimana 01/08/2022-07/08/2022 (aggiornati al 10/08/2022), comunica:

*"Headline della settimana:*

*Si conferma la diminuzione dell'incidenza per la quarta settimana consecutiva, una ulteriore riduzione della velocità di trasmissione a valori inferiori alla soglia epidemica. Si osserva una diminuzione nei tassi di occupazione dei posti letto in area medica e terapia intensiva.*

*Si ribadisce la necessità di continuare a rispettare le misure comportamentali individuali e collettive previste/raccomandate, l'uso della mascherina, aereazione dei locali, igiene delle mani e ponendo attenzione alle situazioni di assembramento".*

*Infine, "l'elevata copertura vaccinale, il completamento dei cicli di vaccinazione ed il mantenimento di una elevata risposta immunitaria attraverso la dose di richiamo, con particolare riguardo alle categorie indicate dalle disposizioni ministeriali, rappresentano strumenti necessari a mitigare l'impatto soprattutto clinico dell'epidemia".*

Se qualcosa nell'analisi del *problema complesso* non ci faccia velo, mentre chiara è l'affermazione della maggior protezione che il vaccino offrirebbe, e non sappiamo anzitutto con certezza per quanto tempo, dalle forme più gravi della malattia, assai più sfuggente, diremmo assente, l'affermazione stessa che il vaccino protegga da nuovo contagio, contagio del resto proveniente in prevalenza da sempre nuove varianti del virus.

Potrebbero qui utilizzarsi dati di comune esperienza, notori, ma ci asterremo dal farlo per onesta ammissione di difetto di scientificità di questo modo di ragionare, sia pure, certamente, di una evidenza obiettiva palpabile.

Certo è che nel portale del Ministero della Salute, "Covid-19" dedicato alle Fake News - *"Bufale e disinformazione sono molto pericolose quando riguardano la salute e spesso non è facile distinguerle tra milioni di*

informazioni. In queste pagine facciamo chiarezza sulle fake news più diffuse, smentendole alla luce delle evidenze disponibili” – alla affermazione: “Mi vaccino perché così non dovrò più usare la mascherina né lavarmi le mani frequentemente” una faccina triste correla un “falso”, mentre l’affermazione vera sarebbe: “Anche dopo essersi sottoposti alla vaccinazione si dovrà continuare a osservare le buone pratiche di prevenzione e protezione attualmente previste, come indossare la mascherina, lavare spesso e accuratamente le mani e mantenere il distanziamento fisico. Questo finché i dati sull’immunizzazione non evidenzieranno con certezza che oltre a proteggere sé stessi il vaccino impedisce anche la trasmissione del virus agli altri e si arriverà a superare la pandemia in atto”.

La data di questa ultima “verifica” risale al “23 dicembre 2020”.

Se al tempo i dati sulla immunizzazione vaccinale non avevano ancora “evidenziato con certezza” l’efficacia impeditiva della trasmissione del virus – ma un principio di massima precauzione poteva ragionevolmente indurre a ritenerlo – col passare del tempo e attualmente quella *new* si è veramente rilevata *fake*.

La presente decisione non si atteggia polemicamente con sguardo al passato, nel modo più assoluto, ma vuole, come si deve, calarsi nel momento attuale.

Possiamo ritenere che quel dato in ordine alla *fake*, sebbene certamente un dato ufficiale che involge la responsabilità del Ministero della Salute, sia un dato eccessivamente sintetico e di natura atipica, ma non possiamo non valutare come affidabile riferimento quanto più recentemente riportato dal European Centre for Disease Prevention and Control-An agency of the European Union, dalla *homepage* del sito ufficiale - in ordine alla onward transmission, il dato che ci parrebbe rilevante - *Last update 21 January 2022. This page presents the current knowledge on COVID-19 vaccines, available evidence and epidemiological context as of 21 January 2022.*

Al § COVID-19 vaccine duration of immunity, booster doses, and variants, leggiamo Despite increasing vaccine coverage in the EU/EEA, waning immunity and the circulation of variants with increased transmissibility and decreased vaccine effectiveness need to be considered.

*Studies assessing vaccine effectiveness against infection, hospitalisation and death show that there is a decline in vaccine effectiveness against infection, symptomatic infection and onward transmission for EU-authorised COVID-19 vaccines that correlate with time since completion of primary vaccination, which is similar to what was shown in earlier studies analysed in ECDC’s technical report Interim public health considerations for the provision of additional COVID-19 vaccine doses. For Delta VOC, vaccine effectiveness against hospitalisations and deaths continues to remain stable in the majority of studies up to nine months after completion of the primary series, with modest declines observed in older individuals and those with comorbidities. Emerging clinical trial data on the efficacy of booster doses of Comirnaty and observational studies on the effectiveness of booster doses against infection and severe disease show a significant increase in protection against infection*

*and severe disease following a booster dose of Comirnaty in all age groups in the short term (the longest follow-up time in the included studies is approximately 70 days). However, while vaccines continue to elicit high level of protection against severe COVID-19, substantially lower COVID-19 vaccine effectiveness has been estimated against Omicron infection and symptomatic disease after primary vaccination compared to the Delta variant.*

*Emerging evidence also indicates that vaccine effectiveness against infection (and onward transmission) by the Omicron variant is rapidly decreasing with time after both primary series and after a booster dose. These estimates should be considered as preliminary evidence. For the latest evidence, please monitor ECDC's website and upcoming risk assessments.*

*Duration of immunity is a complex issue and, to date, the correlation between measured immunity (e.g. levels of antibodies) and clinical protection from SARS-CoV-2 infection still needs to be established. The presence of memory T-cells could prevent severe disease in infected individuals for a long period of time, although the durability of these cells and role in protecting from infection (and onward transmission) remains unclear" (\*).*

*E sempre stando a dato di fonte ufficiale, OMS, compilato da WHO COVID-19 Weekly Epidemiological Updates up to 1 June 2022, in ordine al "Mutational profile: Omicron is a highly divergent genetic variant with a large number of mutations including 26-32 mutations in the spike protein, some of which are associated with potential for escape from humoral immunity and greater transmissibility. There are currently 5 main descendant lineages: BA.1, BA.2, BA.3, BA.4 and BA.5, which share some mutations in the Spike but have distinct mutational profiles within the Spike and across other regions of the genome.*

*Transmissibility and spread: The current global epidemiology of SARS-CoV-2 is characterized by declines in reported cases since a peak in new cases in January 2022, when the Omicron variant first became dominant. Omicron continues to be predominant globally, and among Omicron lineages, BA.2 and its descendent lineages account for 63% of all variants in the epidemiological week 20 of 2022. More recently, BA.4 and BA.5 are increasing in prevalence in certain regions, but these trends should be interpreted with caution as a result of changes to COVID-19 testing and sequencing strategies".*

*(\*). Il testo, redatto nella lingua comune scientifica, è in ogni caso di immediata intelligibilità per le parti e i loro difensori, che hanno scelto di affrontare una materia scientifica, senza pregiudizio della difesa, quindi, e infatti Cassazione, ad es. ord. I Sez. 2019/n. 22979: "8.1. Sono infondate le censure concernenti le frasi della motivazione del decreto impugnato espresse in lingua straniera, atteso che si tratta di citazioni di testi, in lingua inglese, di facile comprensibilità. Neppure il ricorrente deduce specificatamente che dall'utilizzo, nei contenuti limiti di cui si è detto, della lingua straniera sia derivato pregiudizio al suo diritto di difesa (in tal senso Cass. n.6093/2013, seppure in fattispecie concernente la consulenza tecnica d'ufficio). Non si ravvisa, dunque, sussistente la lamentata violazione del principio dell'obbligatorietà della lingua italiana ai sensi dell'art.122 cod. proc. civ.".*

Il tema ci pare tuttavia più complesso, per attenersi – se vogliamo un po' astrattamente – alla comprensibilità da parte di un cittadino qualunque, di quel *popolo italiano*, al fine di garantire un effettivo controllo democratico sull'esercizio della giurisdizione.

Il discorso porterebbe piuttosto lontano al fine di individuare il metro di giudizio individuatorio, tanto da investire buona parte degli atti e soprattutto dei provvedimenti scritti anche in lingua nominalmente italiana.

In ogni caso, dovrebbe poi porsi il tema del reperimento (*ricerca*) sanzionatorio della violazione, che parrebbe attenersi piuttosto ad una mera irregolarità, passibile (*che può dar luogo*) di rilevanza deontologica (*attinente ai codici di condotta del professionista e del giudice*)-disciplinare, per professionisti e giudici, ma non suscettibile di (*idonea a*) rendere invalido l'atto o il provvedimento, se non violato il diritto di difesa.

Più rigorosamente, oggi, si esprime ad es. Cass. S1, ord. 2021/n. 22651: *"In tema di redazione dei provvedimenti del giudice, l'esposizione del percorso logico-giuridico nel quale si concreta la motivazione, non può consistere nel richiamo integrale ad un testo in lingua inglese (o in altra lingua di uso comune in Europa) privo di traduzione, seguito dalla mera affermazione che da esso si desumono i fatti che il giudice ha posto a base del proprio convincimento dovendo, invece, il giudice del merito esplicitare, in italiano, quali sono detti fatti così da consentire al ricorrente di comprendere su quali elementi si fonda la decisione e di esercitare quindi il proprio diritto di difesa (Nella specie la Corte ha cassato il provvedimento impugnato in cui si è escluso che la Guinea versi in una situazione di diffusa violazione dei diritti umani, ai fini del riconoscimento della protezione umanitaria, e/o di violenza indiscriminata, rilevante ai fini del riconoscimento della protezione sussidiaria ai sensi della lett. c) dell'art. 14 del d.lgs. n. 251/07, limitandosi a richiamare le notizie sulla Guinea tratte dalla fonte inglese Human Rights Watch, inserite integralmente e senza traduzione nel testo del decreto impugnato)".*

Nel corpo della presente motivazione si sono in ogni caso sinteticamente esplicitati i fatti tratti dalle informazioni scientifiche in lingua straniera, e si offre qui una traduzione personale dei brani, anche avvalendoci dell'Ufficio per il Processo:

"Relativamente all'immunità al COVID-19, dosi di richiamo e varianti, occorre considerare, nonostante l'aumento della copertura vaccinale nell'UE/SEE, il declino dell'immunità e la circolazione di varianti con maggiore trasmissibilità, nonché la minore efficacia del vaccino.

Gli studi che valutano l'efficacia del vaccino contro l'infezione, l'ospedalizzazione e il decesso mostrano che c'è un declino dell'efficacia del vaccino contro l'infezione, l'infezione sintomatica e la trasmissione successiva ai vaccini COVID-19 autorizzati dall'UE, correlato al tempo trascorso dal completamento della vaccinazione primaria, il che è simile a quanto mostrato in studi precedenti analizzati nella relazione tecnica dell'ECDC "Considerazioni provvisorie sulla salute pubblica per la fornitura di dosi supplementari di vaccino COVID-19". Per Delta VOC, l'efficacia del vaccino contro i ricoveri e i decessi continua a rimanere stabile nella maggior parte degli studi fino a nove mesi dopo il completamento della serie primaria, con modesti cali osservati nei soggetti più anziani e in quelli con comorbidità. I dati emergenti dagli studi

*clinici sull'efficacia delle dosi di richiamo di Comirnaty e gli studi osservazionali sull'efficacia delle dosi di richiamo contro le infezioni e le malattie gravi mostrano un aumento significativo della protezione contro le infezioni e le malattie gravi in seguito a una dose di richiamo di Comirnaty in tutti i gruppi di età nel breve termine (il tempo di follow-up più lungo negli studi inclusi è di circa 70 giorni). Tuttavia, se da una parte i vaccini continuano a suscitare un alto livello di protezione contro le gravi infezioni da COVID-19, dall'altra è stata stimata un'efficacia degli stessi sostanzialmente inferiore per l'infezione da Omicron e per la malattia sintomatica dopo la vaccinazione primaria rispetto alla variante Delta.*

*I dati emergenti indicano inoltre che l'efficacia del vaccino contro l'infezione (e la successiva trasmissione) derivante dalla variante Omicron diminuisce rapidamente nel tempo, sia dopo la serie primaria, sia dopo una dose di richiamo. Queste stime devono essere considerate come risultati provvisori. Per le prove più recenti, si prega di monitorare il sito web dell'ECDC e le prossime valutazioni del rischio.*

*La durata dell'immunità è una questione complessa e, ad oggi, la correlazione tra l'immunità misurata (ad esempio i livelli di anticorpi) e la protezione clinica dall'infezione da SARS-CoV-2 deve ancora essere stabilita. La presenza di cellule T-memoria potrebbe prevenire la malattia grave negli individui infetti per un lungo periodo di tempo, anche se la durata di queste cellule e il loro ruolo nella protezione dall'infezione (e dalla trasmissione successiva) rimangono poco chiari".*

*Sempre stando a un dato di fonte ufficiale OMS, compilato da WHO COVID-19 Weekly Epidemiological Updates e aggiornato al 1° giugno 2022, in ordine al profilo mutazionale: "Omicron è una variante genetica altamente divergente con un gran numero di mutazioni, tra cui 26-32 mutazioni nella proteina Spike, alcune delle quali sono associate a un potenziale di fuga dall'immunità umorale e a una maggiore trasmissibilità. Attualmente esistono 5 lignaggi discendenti principali: BA.1, BA.2, BA.3, BA.4 e BA.5, che condividono alcune mutazioni nella Spike ma hanno profili mutazionali distinti all'interno della Spike e in altre regioni del genoma.*

*Trasmissibilità e diffusione: L'attuale epidemiologia globale della SARS-CoV-2 è caratterizzata da un calo dei casi segnalati dopo il picco di nuovi casi registrato nel gennaio 2022, quando la variante Omicron è diventata dominante. Omicron continua a essere predominante a livello globale e, tra i lignaggi Omicron, BA.2 e i suoi lignaggi discendenti rappresentano il 63% di tutte le varianti nella settimana epidemiologica 20 del 2022. Più recentemente, BA.4 e BA.5 stanno aumentando la loro prevalenza in alcune regioni, ma queste tendenze devono essere interpretate con cautela a causa delle modifiche apportate ai test COVID-19 e alle strategie di sequenziamento".*

*Ci parrebbe dunque alla data di oggi un dato oggettivo l'acquisizione del rilievo che la persona vaccinata può nuovamente essere contagiata e a sua volta contagiare, e che pertanto l'assolvimento dell'obbligo vaccinale – non in generale, in base a non condivisibile pregiudizio, ma a fronte dei vaccini sino ad oggi impiegati e alla specifica problematica sanitaria - ai fini della tutela cautelare sommaria probabilmente non possa costituire ragionevole fattore di*

discriminazione nell'accesso a qualsiasi professione, essendo se non smentita, quantomeno tutt'altro che chiara l'efficacia del vaccino in ordine alla ulteriore trasmissione del virus, *onward transmission*, sotto un profilo cronologico anzitutto, in presenza di immunità calante, decremento di efficacia e a fronte di varianti di accresciuta trasmissibilità, come sopra attestato dalla Agenzia, European Centre for Disease Prevention and Control e dalla WHO (OMS).

Allo stato attuale delle condizioni epidemiologiche e delle conoscenze scientifiche ufficialmente, istituzionalmente divulgate, pertanto, si è in presenza di un fattore di esclusione dal diritto al lavoro che, se al tempo poteva ritenersi ragionevole, nel tempo è stato posto in ragionevole dubbio, e al tempo attuale si rivela apparire irragionevole, non giustificato neppure da un principio di precauzione, di massima cautela per un superiore interesse collettivo, anzi paradossalmente pericoloso, come se affermassimo che un casco da motociclista protegga non solo chi lo indossi ma anche gli altri.

E' la stessa Corte Costituzionale (sent. 2018/n. 5) a evidenziare nuovamente la *"discrezionalità del legislatore nella scelta delle modalità attraverso le quali assicurare una prevenzione efficace dalle malattie infettive, potendo egli selezionare talora la tecnica della raccomandazione, talaltra quella dell'obbligo, nonché, nel secondo caso, calibrare variamente le misure, anche sanzionatorie, volte a garantire l'effettività dell'obbligo"*. E "questa discrezionalità deve essere esercitata alla luce delle diverse condizioni sanitarie ed epidemiologiche, accertate dalle autorità preposte (sentenza n. 268 del 2017), e delle acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica, che debbono guidare il legislatore nell'esercizio delle sue scelte in materia (così, la giurisprudenza costante di questa Corte sin dalla fondamentale sentenza n. 282 del 2002)".

E sempre il giudice delle leggi, nella stessa sentenza, ribadisce anzitutto, *"questa Corte ha precisato che la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 Cost.: se il trattamento è diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri"*, accanto ad altre non secondarie condizioni ulteriori.

La scelta legislativa appare poi confliggere, se non altro, con il principio di necessità che, tra più mezzi astrattamente idonei al raggiungimento dell'obiettivo prefissato, impone di individuare quello che, a parità di efficacia, incida meno negativamente nella sfera del singolo.

Non riterremmo pertanto corrette affermazioni del tipo, *"(trattarsi di) personali considerazioni metagiuridiche della (parte) ricorrente circa l'effetto dei vaccini, alle quali pare addirittura inutile replicare, dato che esse riecheggiano le consuete tesi in materia, adeguatamente rigettate dalla giurisprudenza nettamente maggioritaria"*.

Su quest'ultimo versante, ad es. si ricordano correntemente, Consiglio di Stato, Sez. III n. 7045/2021 e la copiosa giurisprudenza che ad esso ha fatto

riferimento: TAR Lazio 10.11.2021 n. 11543; Tribunale di Arezzo 30.11.2021, n. 332; TAR Lazio, ordinanza, 17.12.2021, n. 7394. E, nel 2022: in giurisprudenza amministrativa: Consiglio Stato 4.2.2022 ordinanza n. 583 e sentenza 28.2.2022 n. 1376; TAR Puglia-Bari- 30.5.2022 n. 795; in giurisprudenza giuslavoristica: ordinanza Corte Appello Milano 20.1.2022; Tribunale di Grosseto ordinanze 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46 del 12 gennaio 2022; Tribunale Taranto 11.2.2022 n. 355; Tribunale Bari ordinanza 15.3.2022; Tribunale Bolzano 3.5.2022 n. 79; Tribunale Trento 5.5.2022 n. 61; Tribunale Venezia 26.5.2022 n. 362; Tribunale Arezzo 22.06.2022 n. 129.

\*

Attualmente (8/2022) l'**art. 4** - relativo agli "*Obblighi vaccinali per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario*)" - **del d.l. 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*"), è risultato dapprima convertito con modificazioni dalla **I. 28 maggio 2021, n. 76**, che ha disposto (con l'art. 1, comma 1) la modifica dell'art. 4, commi 1, 3, 5, 6, 7 e 8.

Successivamente il **d.l. 26 novembre 2021, n. 172** ha disposto (con l'art. 1, comma 1, lettera b)) la modifica dell'art. 4;

il d.l. cit. è stato convertito con modificazioni dalla **I. 21 gennaio 2022, n. 3** che ha disposto (con l'art. 1, comma 1, lettera b)) l'introduzione del comma 1-bis all'art. 4 e la modifica dell'art. 4, commi 2, 3, 4, 5 e 6.

Il **d.l. 24 marzo 2022, n. 24** ha disposto (con l'art. 8, comma 1, lettera a)) la modifica dell'art. 4, comma 1; (con l'art. 8, comma 1, lettera b)) la modifica dell'art. 4, comma 5; (con l'art. 8, comma 1, lettera c)) la modifica dell'art. 4, comma 6;

infine, allo stato, la **I. di conversione del 19 maggio 2022, n. 52**, all'articolo 4: al comma 1, capoverso art. 10-ter

al comma 1 sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «salvo che per il ricovero in una struttura sanitaria o altra struttura allo scopo destinata»;

al comma 2, le parole: «all'articolo 10-quater, commi 4 e 5» sono sostituite dalle seguenti: «all'articolo 10-quater, comma 4, lettere a), b) e, limitatamente alle attività sportive all'aperto o al chiuso, se svolte in condizioni di sicurezza rispetto al rischio di contagio, c), e comma 5».

L'art. 4, co. 1, d.l. 44/2021, ("*Obblighi vaccinali per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario*"), nella formulazione attuale prevede:

"1. Fino al 31 dicembre 2022, al fine di tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza, in attuazione del piano di cui all'articolo 1, comma 457, della legge 30 dicembre 2020, n. 178, 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, per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2 sono obbligati a sottoporsi a vaccinazione gratuita, comprensiva, a far data dal 15 dicembre 2021, della somministrazione della dose di richiamo successiva al ciclo vaccinale primario, nel rispetto delle indicazioni e dei termini previsti con circolare del Ministero della salute. La vaccinazione costituisce requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative dei soggetti obbligati (...)*

*Al co. 2 si stabilisce 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 puo' essere omessa o differita".*

*"Per il periodo in cui la vaccinazione di cui al comma 1 è omessa o differita – dispone il co. 7 - il datore di lavoro adibisce i soggetti di cui al comma 2 a mansioni anche diverse, senza decurtazione della retribuzione, in modo da evitare il rischio di diffusione del contagio da SARS-CoV-2".*

*L'art. 4-bis disciplina la "estensione dell'obbligo vaccinale ai lavoratori impiegati in strutture residenziali, socio-assistenziali e socio-sanitarie".*

*L'art. 4-ter prevede "l'obbligo vaccinale per il personale delle strutture di cui all'articolo 8-ter del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502".*

*Ancora, l'art. 4-ter.1 ha disciplinato l'"Obbligo vaccinale per il personale della scuola, del comparto difesa, sicurezza e soccorso pubblico, della polizia locale, degli organismi di cui alla legge 3 agosto 2007, n. 124, dell'Agenzia per la cybersicurezza nazionale, degli istituti penitenziari, delle universita', delle istituzioni di alta formazione artistica, musicale e coreutica e degli istituti tecnici superiori, nonche' dei Corpi forestali delle regioni a statuto speciale)".*

*(...)*

*Per sintetizzare (qui utilizzando ricostruzione del TAR Lombardia, ord. 16 giugno 2022, n. 1397, oltre cit.) la disposizione, nel testo vigente sino al 26 novembre 2021:*

*a) ha previsto, quale conseguenza dell'atto di accertamento adottato dall'azienda sanitaria locale, <<la sospensione dal diritto di svolgere prestazioni o mansioni che implicano contatti interpersonali o che comportano, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio da Sars-CoV-2>> (comma 7);*

b) ha imposto al datore di lavoro di ricollocare il lavoratore che, a causa di gravi rischi per la propria salute, sia stato definitivamente o temporaneamente esonerato dall'obbligo vaccinale in mansioni, anche diverse da quelle esercitate e prive di rischi per la diffusione del contagio, senza decurtazione della retribuzione (comma 10);

c) ha imposto al datore di lavoro - a condizione che ciò sia possibile - di ricollocare il lavoratore inosservante dell'obbligo vaccinale in mansioni diverse ed eventualmente inferiori rispetto a quelle esercitate, purché non implicanti rischi di diffusione del contagio, con conservazione integrale del corrispondente trattamento economico (comma 8);

d) ha previsto, solo in caso di impossibilità di assegnare il lavoratore inosservante dell'obbligo vaccinale allo svolgimento di mansioni diverse, la non decurtazione della retribuzione e di altri compensi od emolumenti, comunque denominati, per tutto il periodo di sospensione (comma 8) e comunque sino al 31 dicembre 2021.

L'articolo 4 è stato radicalmente modificato dall'articolo 1, comma 1, lettera b), del decreto legge 26 novembre 2021 n. 172, convertito con modificazioni nella legge 21 gennaio 2022 n. 3, il quale:

a) ha qualificato la natura dell'atto di accertamento come <<dichiarativa>> e <<non disciplinare>> e ne ha attribuito la competenza agli ordini professionali (comma 4);

b) ha espunto dal testo legislativo, per quanto riguarda la sospensione dall'esercizio della professione sanitaria, il riferimento al divieto di svolgere solo quelle <<prestazioni o mansioni che implicano contatti interpersonali o che comportano, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio da SAR-CoV-2>>;

c) ha espunto dal testo legislativo il dovere condizionato del datore di lavoro di ricollocare il lavoratore inosservante dell'obbligo vaccinale, nei limiti delle effettive possibilità di riallocazione offerte dall'organizzazione del servizio, in mansioni diverse ed eventualmente inferiori rispetto a quelle esercitate, purché non implicanti rischi di diffusione del contagio, con conservazione integrale del corrispondente trattamento economico;

d) ha esteso sino al 15 giugno 2022 la non decurtazione della retribuzione e di altri compensi od emolumenti, comunque denominati, per tutto il periodo di sospensione, a tutti i lavoratori sospesi dal servizio per inadempimento dell'obbligo vaccinale (comma 5).

L'articolo 4 è stato ulteriormente modificato ad opera dell'articolo 8 del decreto legge 24 marzo 2022 n. 24, il quale:

a) ha prorogato sino al 31 dicembre 2022 l'obbligo vaccinale previsto per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario (comma 1);

b) ha introdotto la possibilità, per il dipendente che non abbia adempiuto all'obbligo vaccinale e che sia guarito dall'infezione da SARS-CoV-2, di ottenere, dietro presentazione di specifica istanza e documentazione, la cessazione temporanea della sospensione dal servizio sino alla scadenza del termine di differimento della vaccinazione.

\*

Intorno a questo *problema complesso*, occorre rilevare come sulla materia sia intervenuta – cfr. anche per una prima analisi

<https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-ue/2367-l-obbligo-vaccinale-per-gli-operatori-sanitari-al-vaglio-della-corte-di-giustizia-dell-unione-europea-qualche-breve-valutazione-sulla-legittimita-sulla-proporzionalita-della-misura-e-sui-suoi-effetti-non-discriminatori> -

l'ordinanza di rinvio alla Corte di Giustizia del 7 dicembre 2021 del giudice del lavoro del Tribunale di Padova, nell'ambito del giudizio promosso ex art. 700 cpc da un'infermiera che, essendosi sottratta alla somministrazione del vaccino anti COVID-19 aveva subito la sospensione dall'Albo professionale e la sospensione del rapporto di lavoro intrattenuto con la struttura sanitaria presso la quale risultava occupata, ai sensi e per gli effetti dell'art. 4 d.l. n. 44/2021.

In sintesi il Tribunale di Padova ha chiesto alla Corte di Giustizia di chiarire:

1) se l'autorizzazione condizionata emessa su parere favorevole EMA in relazione ai vaccini in commercio possa ancora essere considerata valida alla luce dell'art. 4, Regolamento n. 507/2006;

2) se possa ritenersi sussistente una deroga all'obbligo vaccinale valida nei confronti di quegli operatori sanitari guariti dal Covid-19 e, pertanto, divenuti immuni;

3) se, in ragione della condizionalità dell'autorizzazione dei vaccini, i sanitari obbligati possano opporsi all'inoculazione fintantoché non sarà accertato che non vi siano controindicazioni e che i benefici siano superiori a quelli di altri farmaci anti-COVID-19 oggi in commercio;

4) se sia legittima la sospensione dal posto di lavoro senza diritto alla retribuzione per il sanitario non vaccinato, o se sia necessario prevedere una gradualità delle misure sanzionatorie, in ossequio al principio fondamentale di proporzionalità;

5) se la verifica della possibilità di utilizzazione in forma alternativa del lavoratore debba avvenire nel rispetto del contraddittorio e, quando ciò non avvenga, se ai sensi dell'art. 41 della Carta di Nizza si configuri il diritto al risarcimento del danno;

6) se la normativa interna che da un lato, permette al personale sanitario dichiarato esente dall'obbligo vaccinale di esercitare la propria attività purché nel rispetto dei presidi di sicurezza, e dall'altro, prevede la sospensione automatica senza retribuzione del sanitario che - divenuto immune a seguito del contagio - non voglia sottoporsi al vaccino senza indagini mediche, possa ritenersi compatibile con il principio di non discriminazione, il cui rispetto è imposto dal Regolamento n. 953/2021;

7) se la normativa nazionale che obbliga alla vaccinazione anche il personale sanitario che, sebbene proveniente da altro stato membro, si trovi nel territorio italiano ai fini dell'esercizio della libera prestazione dei servizi e della libertà di stabilimento, possa ritenersi rispettosa del Regolamento n. 953/2021.

Ulteriormente, a mezzo ordinanza 22/03/2022 n. 351, il Consiglio di Giustizia amministrativa della regione Sicilia – su cui v. per una prima analisi <https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-e-processo-amministrativo/2345-sulla-questione-di-legittimita-costituzionale-dell-obbligo-di-vaccinazione-anti-covid-del-personale-sanitario-nota-a-margine-dell-ordinanza-22-03-2022-n-351-del-consiglio-di-giustizia-amministrativa-per-la-regione-siciliana> -

ha sollevato questione di legittimità costituzionale in relazione ad alcune previsioni del decreto legge 1° aprile n. 44 (convertito in legge 28 maggio 2021, n. 76) in materia di vaccinazione obbligatoria del personale sanitario contro l'agente infettivo di Covid-19.

Oggetto di specifica contestazione sono le disposizioni contenute nell'art. 4 nella parte in cui, da un lato, dispongono l'obbligo vaccinale e la sospensione dall'esercizio delle professioni sanitarie nell'ipotesi di inadempimento (dall'altro, non escludono l'onere di sottoscrizione del consenso informato nel caso di vaccinazione obbligatoria per la protezione da SARS-CoV-2).

Ancora, registriamo ordinanza cautelare n. 192/2022 del 14/2/2022 del Tar Lombardia, Sezione prima, che ha preannunciato l'incidente di costituzionalità dell'art. 4, comma 4, del d.l. n. 44/2021 (rinviando ad ulteriore e specifica ordinanza per la sollevare la relativa questione): *“con separata ordinanza il Collegio ritiene di dover sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 4, comma 4, del decreto legge 1 aprile 2021, n. 44, convertito con modificazioni nella legge 28 maggio 2021, n. 76, così come modificato dal decreto legge 26 novembre 2021, n. 172, convertito nella legge 21 gennaio 2022, n. 3, nella parte in cui prevede, quale effetto dell'accertamento dell'inadempimento dell'obbligo vaccinale, «l'immediata sospensione dall'esercizio delle professioni sanitarie».*

Successivamente, il TAR per la Lombardia (Sezione prima) ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale *“dell'articolo 4, comma 5, del decreto legge 1 aprile 2021 n. 44, convertito nella legge 28 maggio 2021 n. 76, per come modificato dall'articolo 1, comma 1, lettera b), del decreto legge 26 novembre 2021 n. 172, convertito nella legge 21 gennaio 2022 n. 3, e successive modificazioni, nella parte in cui dispone che <<Per il periodo di sospensione dall'esercizio della professione sanitaria non sono dovuti la retribuzione né altro compenso o emolumento, comunque denominato>>, per contrasto con i principi di ragionevolezza e di proporzionalità, di cui all'articolo 3 della Costituzione, anche in riferimento alla violazione dell'articolo 2 della Costituzione”* (ord. 16 giugno 2022, n. 1397).

Già il Tribunale di Brescia con ordinanza 7/5/2022, aveva dichiarato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, per contrasto con il dettato degli articoli 3 e 4 della Costituzione dell'articolo 4 comma 7 del D.L. n.44/2021 conv. dalla legge 28 maggio 2021 n.76, richiamato dall'art. 4 ter comma 2 citato decreto, nella parte in cui limita ai soggetti esentati o differiti la possibilità di essere adibiti a *“mansioni anche*

*diverse, senza decurtazione della retribuzione, in modo da evitare il rischio di diffusione del contagio da SARS-CoV-2."*

Inoltre, ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, per contrasto con il dettato degli articoli 2 e 3 della Costituzione, dell'articolo 4 ter comma 3 del D.L. n. 44/2021 conv. dalla legge 28 maggio 2021 n. 76 nella parte in cui nel prevedere che *"Per il periodo di sospensione, non sono dovuti la retribuzione né altro compenso o emolumento, comunque denominati"* esclude in favore del personale di cui al comma 1 lettera c) dell'art. 4 ter citata disposizione, nel periodo di disposta sospensione, l'erogazione dell'assegno alimentare previsto dall'art. 82 del D.P.R n. 3/1957 e dall'art. 68 CCNL del comparto sanità.

Contestualmente, il Tribunale di Brescia, con separata ordinanza del 7/5/2022, in attuazione del temperamento del carattere accentratore del sindacato di costituzionalità con il principio di effettività della tutela giurisdizionale, ha concesso provvedimento cautelare interinale in attesa del giudizio di costituzionalità (cfr. Corte Costituzionale, sent. 2018/n. 10) limitato alla concessione di assegno alimentare ex art. 82, dPR 1957/n. 3.

Anche il Tribunale di Catania, con ord. 14/3/2022, ha sottoposto alla Corte costituzionale la questione di legittimità della normativa citata in ordine alla esclusione in favore del pubblico dipendente esercente una professione sanitaria o di interesse sanitario nel periodo di sospensione ex art. 4 d.l. cit. l'erogazione dell'assegno alimentare, comunque denominato, previsto dalla legge o dalla contrattazione collettiva di categoria in caso di sospensione cautelare o disciplinare,

Noto è poi il diffondersi nella giurisprudenza di merito di impegnate decisioni, in particolare ad es. dello stesso Tribunale di Padova, ord. 28/4/2022, seguito più recentemente dal Tribunale di Sassari, ord. 9/6/2022, tese alla ricognizione della irragionevolezza del criterio discriminatorio sospensivo consistente nella mancata osservanza dell'obbligo vaccinale e alla adozione delle necessarie conseguenze decisorie.

\*

Se dunque, in relazione al giudizio di merito, occorrerà attendere l'intervento di entrambe le Autorità investite rispettivamente sul piano della tenuta di legittimità costituzionale ed eurounitaria, il dovere di giudicare in ordine alla cautela non è esaurito e, in mancanza di una tutela interinale urgente, un intero fascio di diritti del lavoratore e della lavoratrice è minacciato da pregiudizio imminente e irreparabile:

sul piano economico, con gravità variabile nei casi concreti ma pur sempre elevata, poiché la soppressione di ogni forma di sostegno economico per un periodo di tempo consistente e potenzialmente indeterminato determina effetti pregiudizievoli e irreparabili per la soddisfazione delle essenziali esigenze di vita del/la dipendente - v. art. 36 Cost. - che non abbia adempiuto all'obbligo vaccinale. Tra altro il/la dipendente sospeso/a dal

servizio è impossibilitato/a a procurarsi altrimenti il reddito necessario per attendere alle ordinarie esigenze di vita, per via della conservazione dello status di dipendente pubblico e della conservazione del posto di lavoro, previste quali effetti dell'atto di accertamento. La privazione automatica e assoluta di ogni forma di sostegno economico per l'intera durata del periodo di sospensione dal servizio, senza possibilità di prevedere adeguate misure di sostegno economico, è stata inoltre denunciata come irragionevole e sproporzionata anche in riferimento al principio di tutela della dignità dell'individuo, di cui all'articolo 2 della Costituzione;

sul piano personale, per la protratta privazione della propria specifica professionalità lavorativa, per un periodo di tempo consistente e potenzialmente indeterminato, foriera anch'essa di effetti pregiudizievoli e irreparabili.

La regolamentazione delle spese processuali è riservata al giudizio di merito - nell'ipotesi dell'art. 669-quater cpc - mentre in caso di tutela prima del giudizio di merito, all'accoglimento della cautela si accompagna l'integrale compensazione tra le parti delle spese processuali, ex art. 92 co. 2 cpc, stante la estrema complessità e controvertibilità della materia e delle questioni implicate, in tutto equiparabili alla *"assoluta novità della questione o mutamento della giurisprudenza rispetto alle questioni dirimenti"*, del resto pienamente sussistente. Della norma è stata poi dichiarata l'illegittimità costituzionale *"nella parte in cui non prevede che il giudice possa compensare le spese tra le parti, parzialmente o per intero, anche qualora sussistano altre analoghe gravi ed eccezionali ragioni"* (Corte cost., 19 aprile 2018, n. 77). Il giudice delle leggi ha ritenuto, infatti, che *"la rigidità di queste due sole ipotesi tassative, violando il principio di ragionevolezza e di eguaglianza, ha lasciato fuori altre analoghe fattispecie riconducibili alla stessa ratio giustificativa"*.

La probabile fondatezza del diritto, nel sistema del controllo accentrato di costituzionalità, può farsi discendere - ove non si condividano le argomentazioni sopra sviluppate, e quelle condivise da parte della giurisprudenza di merito - dalla stessa diffusa sottoposizione delle questioni di legittimità costituzionale ed eurounitaria, che il giudice condivide nella loro non manifesta infondatezza.

Solo per colorare, come si dice, accingendoci a depositare il provvedimento, dall'ascolto della radio del mattino apprendiamo che con la nota 1998 del 19 agosto, il Ministero dell'Istruzione ha riepilogato i provvedimenti attualmente in vigore per il contrasto del Covid. Le regole decadono a fine anno scolastico 2021/22, quindi fino al 31 agosto restano in vigore le attuali norme. Dal prossimo anno scolastico, dal 1° settembre cadono gli obblighi, salvo ulteriori provvedimenti governativi. Stop anche all'obbligo di vaccinazione del personale scolastico.

Precisa la nota, che le disposizioni emergenziali esauriscono la loro validità al 31 agosto 2022 e, in assenza di ulteriori specifiche proroghe o rinnovi, non prolungano i loro effetti nel prossimo anno scolastico 2022/2023.

Al momento non sono rinvenibili i presupposti normativi per una rinnovata pianificazione da parte del Ministero destinata all'introduzione di misure di contrasto al COVID-19 e, pertanto, il citato Piano per la prosecuzione delle attività scolastiche, educative e formative nelle istituzioni del sistema nazionale di istruzione non verrà rinnovato per l'anno scolastico 2022/2023.

Tuttavia, l'art. 3 del decreto-legge n. 24/2022 ha previsto che, fino al 31 dicembre 2022, il Ministro della Salute, di concerto con i Ministri competenti per materia o d'intesa con la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, può adottare e aggiornare linee guida e protocolli volti a regolare lo svolgimento in sicurezza dei servizi e delle attività economiche, produttive e sociali.

Ci auguriamo sia una linea di tendenza in via di stabilizzazione, confermando l'attenzione all'attualità e non lo sguardo al passato che ispira la nostra decisione.

P.Q.M.

*in accoglimento della cautela chiesta dalla parte ricorrente, ne ordina all'Amministrazione convenuta la reintegrazione nelle mansioni antecedenti la sospensione dallo svolgimento della prestazione, previa sottoposizione a tampone secondo modalità e tempistica adottati dall'Amministrazione, in condizioni di parità.*

*Ordina altresì l'immediato pagamento delle retribuzioni arretrate, oltre rivalutazione monetaria e interessi legali.*

*La regolamentazione delle spese processuali della fase è riservata al giudizio di merito - nell'ipotesi dell'art. 669-quater cpc - altrimenti sono compensate per intero tra le parti le spese processuali della fase cautelare antecedente il giudizio di merito.*

Siena, 20/8/2022

Il giudice Delio Cammarosano

\*

All'udienza 21/12/2022 nella causa n. 429/2022 rgl, giudizio di merito, sono comparsi:

difesa dall'avv. Antonio Panella;  
nessuno compare per l'Azienda Ospedaliera Universitaria Senese.

Il giudice, verificata la regolarità della notificazione nel rispetto del termine a difesa, dichiara la contumacia dell'Azienda convenuta.

Il giudice fissa per la discussione l'udienza del 14/4/2023, ore 10:15, con termine per eventuali note al 4/4/2023.

All'udienza di rinvio (ord. 20/1/2023) del 17/4/2023, nella causa n. 429/2022 rgl, giudizio di merito, sono comparsi alle ore 10:20:  
difesa dall'avv. Antonio Panella;  
nessuno compare per l'Azienda Ospedaliera Universitaria Senese (contumacia).

La parte ricorrente si richiama ai propri atti, argomentazioni, richieste e conclusioni.

Discussa oralmente la causa, il giudice per approfondimento la aggiorna al **21/4/2023** ore 9:30 per discussione.

Il giudice Delio Cammarosano

All'udienza 21/4/2023, nella causa n. 429/2022 rgl sono comparsi:

per l'avv. Antonio Panella;  
nessuno compare per l'Azienda Ospedaliera Universitaria Senese (contumacia).

Parte ricorrente si richiama nuovamente e infine ai propri atti, argomentazioni, richieste e conclusioni.

Discussa oralmente la causa, il giudice congeda la parte presente e si ritira in camera di consiglio.

\*

Successivamente alle ore (attestazione telematica di deposito) in pubblica udienza, concordemente assente la parte ricorrente, pronuncia al termine sentenza ex art. 429, co. 1 cpc, pt. I (d.l. 2008/n. 112, conv. l. 2008/n. 133, art. 53)(ricorso depositato dopo il 25/6/08, ex artt. 56, 85 d.l. e l. cit.)(lettura della esposizione delle ragioni di fatto e diritto della decisione).

### **Motivi della decisione.**

#### § 1. Dove eravamo rimasti e cosa è successo di nuovo.

Rispetto all'ordinanza cautelare sopra riportata del 20/8/2022, vi è stata in seguito una importante sopravvenienza: l'intervento di decisioni della Corte Costituzionale.

Si tratta delle sentenze nn. 14, 15 e 16 del 2023, pubblicate il 9/2/2023, decisioni che tuttavia, si è sottolineato *“non rappresentare che una parte di un fenomeno invero atipico, costituito da una sorta di “pioggia” di istanze di rimessione che hanno coinvolto la medesima previsione di legge (in sostanza il D.L. 44/2021) in uno strettissimo lasso di tempo”*.

Con la sentenza 2023/n. 14, la Corte:

*“1) dichiara manifestamente inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 4, commi 1 e 2, del 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), convertito, con modificazioni, nella legge 28 maggio 2021, n. 76, nella parte in cui prevede, da un lato, l'obbligo vaccinale per il personale sanitario e, dall'altro lato, per effetto dell'inadempimento stesso, la sospensione dall'esercizio delle professioni sanitarie, sollevate, in riferimento agli artt. 3, 4, 33, 34 e 97 della Costituzione, dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana con l'ordinanza indicata in epigrafe;*

*2) dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, commi 1 e 2, del d.l. n. 44 del 2021, come convertito, sollevata, in riferimento all'art. 32 Cost., dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana con l'ordinanza indicata in epigrafe;*

*3) dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento), nella parte in cui non prevede l'espressa esclusione della sottoscrizione del consenso informato nelle ipotesi di trattamenti sanitari obbligatori, e dell'art. 4 del d.l. n. 44 del 2021, come convertito, nella parte in cui non esclude l'onere di sottoscrizione del consenso informato nel caso di vaccinazione obbligatoria, sollevate, in riferimento agli artt. 3 e 21 Cost., dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana con l'ordinanza indicata in epigrafe.*

*Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 1° dicembre 2022”.*

Con la sentenza 2023/n. 15 la Corte:

*“1) dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 5, del 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), convertito, con modificazioni, nella legge 28 maggio 2021, n. 76 – come sostituito dall'art. 1, comma 1, lettera b), del decreto-legge 26 novembre 2021, n. 172 (Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19 e per lo svolgimento in sicurezza delle attività economiche e sociali), convertito, con modificazioni, nella legge 21 gennaio 2022, n. 3 – sollevate, in riferimento agli artt. 2 e 3 della Costituzione, dal Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia con l'ordinanza iscritta al n. 86 del registro ordinanze 2022;*

*2) dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 4-bis, comma 1, e dell'art. 4, commi 1, 4 e 5, del d.l. n. 44 del 2021, come convertito – come modificati dal d.l. n. 172 del 2021, come convertito, e dal*

*decreto-legge 24 marzo 2022, n. 24 (Disposizioni urgenti per il superamento delle misure di contrasto alla diffusione dell'epidemia da COVID-19, in conseguenza della cessazione dello stato di emergenza, e altre disposizioni in materia sanitaria), convertito, con modificazioni, nella legge 19 maggio 2022, n. 52 – sollevate, in riferimento agli artt. 3, 4, 32 e 35 Cost., dal Tribunale ordinario di Padova, in funzione di giudice del lavoro, con l'ordinanza iscritta al n. 76 del registro ordinanze 2022;*

*3) dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 7, del d.l. n. 44 del 2021, come convertito – come modificato dall'art. 1, comma 1, lettera b), del d.l. n. 172 del 2021, come convertito, nonché come richiamato dall'art. 4-ter, comma 2, del medesimo d.l. n. 44 del 2021 – sollevate, in riferimento agli artt. 3, 4, 32 e 35 Cost., dal Tribunale ordinario di Brescia e dal Tribunale ordinario di Padova, entrambi in funzione di giudici del lavoro, con le ordinanze iscritte ai numeri 71, 76, 77, 107 e 108 del registro ordinanze 2022;*

*4) dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 4-ter, comma 4, e 4, comma 5, del d.l. n. 44 del 2021, come convertito, il secondo come modificato dall'art. 1, comma 1, lettera b), del d.l. n. 172 del 2021, sollevate, in riferimento agli artt. 2, 3 e 32, secondo comma, Cost., dal Tribunale ordinario di Brescia e dal Tribunale ordinario di Catania, entrambi in funzione di giudici del lavoro, con le ordinanze iscritte ai numeri 47, 70, 71, 101, 102, 107 e 108 del registro ordinanze 2022.*

*Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 1° dicembre 2022”.*

Con la sentenza 2023/n. 16, la Corte:

*“dichiara inammissibili (\*) le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 4, del 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), convertito, con modificazioni, nella legge 28 maggio 2021, n. 76, come modificato dall'art. 1, comma 1, lettera b), del decreto-legge 26 novembre 2021, n. 172 (Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19 e per lo svolgimento in sicurezza delle attività economiche e sociali), convertito, con modificazioni, nella legge 21 gennaio 2022, n. 3, sollevate, in riferimento agli artt. 1, 2, 3, 4, 32, primo comma, 35, primo comma, e 36, primo comma, della Costituzione, dal Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sezione prima, con l'ordinanza indicata in epigrafe.*

*Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 1° dicembre 2022”.*

*(\*) L'esame nel merito delle questioni è risultato precluso secondo la Corte da “un assorbente profilo di inammissibilità delle medesime, legato al difetto di giurisdizione del giudice rimettente”, TAR Lombardia.*

\*

Per la ricostruzione del pensiero che la Corte Costituzionale è venuta fino ad oggi esprimendo ci avvarremo del materiale offerto dal medesimo Servizio studi della Corte, reperibile sul web al sito

[https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/stu\\_331\\_20230320134520.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/stu_331_20230320134520.pdf)

Qui di seguito – per circa 9 pagine - pressoché letteralmente, riportiamo dalla fonte citata (sottolineature nostre)

la maggior innovazione che ha caratterizzato la gestione della pandemia a partire dalla fine della cd. “terza ondata” (primavera 2021) è stata l’introduzione, in parallelo con il progredire della campagna di vaccinazione contro il COVID-19, del cd. “green pass” e di obblighi vaccinali per talune categorie di lavoratori.

Nella specie, il decreto-legge 1° aprile 2021, n. 44, convertito in legge 28 maggio 2021, n. 76, all’art. 418, ha previsto, per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario, l’obbligo di sottoporsi a vaccinazione contro il SARS-CoV-2 19; vaccinazione che costituiva requisito essenziale per l’esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative. Solo in caso di accertato pericolo per la salute, in relazione a specifiche condizioni cliniche documentate, la vaccinazione poteva essere omessa o differita. In caso di mancato adempimento dell’obbligo vaccinale era prevista la sospensione dal diritto di svolgere prestazioni o mansioni che implicassero contatti interpersonali o comportassero, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio da SARS-CoV-2. Il successivo decreto-legge 22 aprile 2021, n. 52, convertito in legge 17 giugno 2021, n. 8720 (che eliminava tra l’altro alcune delle maggiori restrizioni introdotte dal d.l. n. 30 del 2021 e confermate dal d.l. n. 44 del 2021), inoltre, istituiva le «certificazioni verdi COVID-19»), definite dall’art. 9, comma 1, lettera a), quali certificazioni di avvenuta vaccinazione contro il SARS-CoV-2 o di guarigione dall’infezione da SARS-CoV-2, ovvero di effettuazione di un test molecolare o antigenico con risultato negativo al virus SARS-CoV-2. Nel primo caso la certificazione aveva una durata (più volte modificata) di 9 mesi, nel secondo di 6 mesi, nel terzo di 48 (per il tampone rapido) o di 72 ore (per il molecolare). Al possesso della certificazione verde (cd. green pass) si è accompagnata, specie a partire dal decreto-legge 23 luglio 2021 n. 105, convertito in legge 16 settembre 2021 n. 126 (art. 322), l’accesso a una vasta serie di attività (che spaziavano dalle visite ospedaliere ai servizi di ristorazione al chiuso), con distinzioni a seconda della zona di assegnazione della Regione, sino a diventare condizione essenziale per l’accesso a scuola e Università, oltre che a determinati servizi di trasporto (decreto-legge 6 agosto 2021, n. 111, convertito, con modificazioni, in legge 24 settembre 2021, n. 133), nonché al posto di lavoro pubblico e privato (decreto-legge 21 settembre 2021, n. 127).

Successivi interventi normativi hanno poi progressivamente esteso l’obbligo vaccinale a diverse categorie (con ulteriori proroghe della durata di tale obbligo). Nella specie, il decreto-legge 10 settembre 2021, n. 122, convertito con modificazioni in legge 24 settembre 2021, n. 133 (art. 1), ha

introdotto nel d.l. n. 44 del 2021 l'art. 4-bis25, estendo l'obbligo al personale delle strutture residenziali, socio-assistenziali e socio-sanitarie. Il decreto-legge 26 novembre 2021, n. 172, convertito in legge 21 gennaio 2022, n. 3, oltre a rendere obbligatori anche i richiami vaccinali e a modificare l'art. 4 del d.l. n. 44 del 2021 (art. 1), ha inserito (art. 1) in tale decreto l'art. 4-ter, recante l'obbligo vaccinale per il personale scolastico, del comparto difesa e sicurezza, delle forze dell'ordine e dell'amministrazione penitenziaria e per tutti coloro che svolgono mansioni presso le strutture sanitarie accreditate e autorizzate. Il decreto-legge 7 gennaio 2022, n. 1, convertito nella legge 4 marzo 2022, n. 18, oltre a estendere l'obbligo, tra gli altri, al personale universitario, ha previsto un più generale obbligo vaccinale per gli ultracinquantenni (art. 1, che ha inserito l'art. 4-quater nel d.l. n. 44 del 202127).

A partire dal d.l. n. 172 del 2021, inoltre, si è previsto che per il periodo di sospensione conseguente al mancato assolvimento dell'obbligo vaccinale non fosse comunque dovuta la retribuzione, né altro compenso o emolumento, venendo meno la possibilità di essere adibiti a mansioni diverse non "a rischio", ipotesi che restava quale onere per il datore di lavoro solo per coloro per cui la vaccinazione dovesse essere omessa o differita.

Il d.l. n. 172 del 2021 (art. 528) ha poi previsto una distinzione all'interno della certificazione verde tra quella rilasciata a persone vaccinate o guarite (c.d. "green pass rafforzato" o "super green pass" 29), da quella seguente a tampone molecolare o rapido ("green pass base"). L'accesso a determinate attività vietate in zona gialla o arancione erano così consentite ai possessori di green pass rafforzato, mentre veniva esteso l'obbligo di green pass base in vari settori (quali alberghi, servizi di trasporto ferroviario regionale e interregionale, servizi di trasporto pubblico locale). Il sistema è stato poi oggetto di vari adattamenti, rendendo il possesso di green pass e super green pass necessario per quasi tutte le attività, con differenze sempre più marcate tra le due certificazioni (anche in virtù dei previsti richiami vaccinali) per quasi tutti i settori, dai viaggi all'estero agli obblighi di quarantena e di isolamento fiduciario.

Si è così arrivati al decreto-legge 24 marzo 2022, n. 24, convertito in legge 19 maggio 2022, n. 52, che ha regolato l'uscita graduale dall'emergenza sanitaria, in conseguenza della fine dello stato di emergenza (che era stato prorogato sino al 31 marzo 2022, ossia oltre i due anni previsti dalla legislazione di protezione civile), cui erano legate le varie misure. Con tale decreto è stata disposta la cessazione del sistema delle zone, con la progressiva eliminazione delle restrizioni e dell'applicazione della certificazione verde, mantenendosi solo talune misure in particolari contesti, tra cui l'obbligo di vaccinazione per tutto il 2022 per il personale sanitario, obbligo da ultimo cessato il 1° novembre 2022, in virtù dell'art. 7 del decreto-legge 31 ottobre 2022, n. 162, convertito, con modificazioni, in legge 30 dicembre 2022, n. 199.

La sentenza n. 14 del 2023. L'obbligo vaccinale contro il SARS-CoV-2 per medici, operatori sanitari e socio-sanitari si è posto all'attenzione della Corte per la prima volta nella sentenza n. 14 del 2023.

Le questioni, sollevate in riferimento agli artt. 3, 4, 32, 33, 34 e 97 Cost. dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, hanno riguardato la legittimità dell'obbligo vaccinale sotto diversi profili. In primo luogo, in relazione all'art. 4, commi 1 e 2, del d.l. n. 44 del 2021, perché non sarebbe stata soddisfatta la condizione di legittimità di un vaccino obbligatorio per cui esso non deve incidere negativamente sullo stato di salute di colui che è obbligato, salvo che per quelle sole conseguenze normali e tollerabili; ciò, tenuto conto del numero di eventi avversi, della inadeguatezza della farmacovigilanza passiva e attiva, del mancato coinvolgimento dei medici di famiglia nel triage prevaccinale e comunque della mancanza nella fase di triage di approfonditi accertamenti. In secondo luogo, in relazione all'art. 1 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 e all'art. 4, del d.l. n. 44 del 2021, nella parte in cui non è stato escluso l'onere di sottoscrizione del consenso informato nel caso di vaccinazione obbligatoria.

Riguardo al primo profilo, dichiarate inammissibili le questioni in riferimento ai parametri costituzionali diversi dall'art. 32 Cost., la Corte effettua in via preliminare una ricostruzione dei criteri elaborati dalla giurisprudenza costituzionale al fine di valutare la compatibilità di una legge impositiva di un trattamento sanitario con l'art. 32 Cost.

Tale disposizione postula il necessario contemperamento del diritto alla salute del singolo (anche nel suo contenuto negativo di diritto di "non curarsi") con l'interesse della collettività (sentenze n. 5 del 2018, n. 258 del 1994 e n. 307 del 1990).

Proprio il rilievo costituzionale della salute come interesse della collettività comporta che ciascuno può essere obbligato a un dato trattamento sanitario, anche se questo importi un rischio specifico, trovando tale obbligo una giustificazione nel principio di solidarietà che rappresenta «la base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente» (sentenza n. 75 del 1992).

Tuttavia, l'imposizione di un trattamento sanitario richiede il rispetto di criteri ormai consolidati dalla giurisprudenza costituzionale, ossia: che il trattamento sia diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche quello degli altri; che il trattamento non incida negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato, salvo che per le normali conseguenze, temporanee, tollerabili e di lieve entità, che caratterizzano ogni intervento sanitario; che, nel caso di danno ulteriore alla salute del soggetto sottoposto al trattamento obbligatorio, sia prevista comunque la corresponsione di una equa indennità in favore del danneggiato.

Il rischio di evento avverso, anche grave, dunque, non rende di per sé costituzionalmente illegittima la previsione di un obbligo vaccinale, costituendo una tale evenienza titolo per l'indennizzabilità.

In tal senso, la legge che impone l'obbligo della vaccinazione si muove al limite di quelle che sono state denominate «scelte tragiche del diritto», poiché sofferenza e benessere non sono equamente ripartiti tra tutti, ma stanno integralmente a danno degli uni o a vantaggio degli altri. Entro tali confini, la decisione di imporre un determinato trattamento sanitario attiene alla sfera della discrezionalità del legislatore, da esercitare in maniera non irragionevole (sentenza n. 118 del 1996).

Venendo all'obbligo vaccinale contro il SARS-Cov-2, la Corte riconosce il potenziale conflitto tra il diritto alla salute del singolo e quello della collettività conseguenza dell'emergenza sanitaria, dovendosi valutare se il bilanciamento operato dal legislatore sia stato rispettoso dell'art. 32 Cost., in base alla valutazione della situazione di fatto e all'adeguata considerazione delle risultanze scientifiche disponibili in merito all'efficacia e alla sicurezza dei vaccini.

La giurisprudenza costituzionale ha infatti chiarito che, nelle ipotesi di conflitto tra i diritti contemplati dall'art. 32 Cost., la discrezionalità del legislatore «deve essere esercitata alla luce delle diverse condizioni sanitarie ed epidemiologiche, accertate dalle autorità preposte (sentenza n. 268 del 2017)» (sentenza n. 5 del 2018), nonché alla luce «delle acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica, che debbono guidare il legislatore nell'esercizio delle sue scelte in materia (così, la giurisprudenza costante di questa Corte sin dalla fondamentale sentenza n. 282 del 2002)» (sentenza n. 5 del 2018).

Vero è che la connotazione medico-scientifica degli elementi in base ai quali il legislatore deve operare le proprie scelte non esclude la sindacabilità delle stesse da parte della Corte (sentenza n. 282 del 2002), ma il sindacato riguarda, in tal caso, la coerenza della disciplina con il dato scientifico posto a disposizione, oltre che la non irragionevolezza e la proporzionalità della disciplina medesima. La Corte deve dunque verificare se la scelta del legislatore di introdurre l'obbligo vaccinale per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2 sia suffragata e coerente rispetto alle conoscenze medico-scientifiche del momento, tenuto conto che la tempestività della risposta all'evoluzione della curva epidemiologica è fattore decisivo ai fini della sua efficacia (come già precisato dalla sentenza n. 37 del 2021), con la conseguenza che la scelta doveva essere presa sulla base di una inevitabile e fisiologica provvisorietà delle conoscenze scientifiche. Deve, in tal senso, essere valorizzata la «dinamica evolutiva propria delle conoscenze medico-scientifiche che debbono sorreggere le scelte normative in campo sanitario» (sentenza n. 5 del 2018), con l'effetto che, mutate le condizioni, la scelta possa (e debba) essere rivalutata e riconsiderata.

Così, l'art. 4 del d.l. n. 44 del 2021 ha subito nel tempo diverse modifiche, in relazione tanto alle conseguenze legate all'inadempimento dell'obbligo vaccinale, quanto, e soprattutto, all'individuazione della durata dell'obbligo, alla luce dell'andamento dell'epidemia.

In particolare, la disposizione censurata, nella sua versione originaria, prevedeva la scadenza dell'obbligo vaccinale al 31 dicembre 2021, subendo poi diverse proroghe fino al 31 dicembre 2022, per essere infine anticipata al 1° novembre 2022.

Inoltre, da un lato sono stati predisposti specifici monitoraggi sull'andamento epidemiologico da parte del Ministero della salute, dall'altro sono state attuate, per le reazioni conseguenti ai vaccini, le relative attività di sorveglianza da parte dell'Agenzia italiana del farmaco (AIFA) con cadenza trimestrale.

A tal proposito, la Corte prende in esame i dati scientifici disponibili all'epoca, in particolare i contributi elaborati dall'AIFA, dall'Istituto superiore di

sanità (ISS), dal Segretariato generale del Ministero della salute, dalla Direzione generale della programmazione sanitaria del Ministero della salute e dalla Direzione generale della prevenzione sanitaria.

Dati da cui emergono la natura non sperimentale del vaccino e la sua efficacia, oltre alla sua sicurezza.

Relativamente ai primi due profili (non contestati neanche dal giudice rimettente), i vaccini in uso nella campagna vaccinale sono stati immessi in commercio dopo aver completato l'iter per determinarne qualità, sicurezza ed efficacia, oggetto di autorizzazioni all'immissione in commercio condizionate, sulla base di un protocollo preesistente e già utilizzato in passato in ambito europeo. Tale autorizzazione certifica che la sicurezza, l'efficacia e la qualità dei medicinali autorizzati, nel caso specifico del vaccino, sono comprovate e che i benefici sono superiori ai rischi. Nessuna delle fasi dello sviluppo preclinico e clinico (test di qualità, valutazione dell'efficacia e del profilo di sicurezza) dei vaccini è stata omessa e il numero dei pazienti coinvolti negli studi clinici è stato lo stesso di quello relativo a vaccini sviluppati con tempistiche standard. Numerose evidenze scientifiche internazionali hanno dimostrato l'efficacia della vaccinazione per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2, al di là della fisiologica eterogeneità delle risposte immunitarie dei singoli individui e della maggiore capacità della variante Omicron di eludere l'immunità rispetto alle varianti precedenti, nonché che la protezione rimane elevata specialmente nei confronti della malattia severa o peggior esito.

Quanto al profilo della sicurezza, l'AIFA ha attestato l'assoluta attendibilità del sistema di raccolta dati, basato sulla farmacovigilanza passiva e, soprattutto, ha evidenziato che la maggior parte delle reazioni avverse ai vaccini sono non gravi e con esito in risoluzione completa. Le reazioni avverse gravi hanno una frequenza da rara a molto rara e non configurano un rischio tale da superare i benefici della vaccinazione. Non è stato inoltre osservato alcun eccesso di decessi a seguito di vaccinazione e il numero di casi in cui la vaccinazione può aver contribuito all'esito fatale dell'evento avverso è estremamente esiguo e comunque non tale da inficiare il beneficio di tali medicinali. È su questi dati scientifici che si è basata la scelta politica del legislatore, con la conseguente non irragionevolezza del ricorso all'obbligo vaccinale per gli esercenti le professioni sanitarie e operatori di interesse sanitario, che ha consentito di perseguire, oltre che la tutela della salute di una delle categorie più esposte al contagio, «il duplice scopo di proteggere quanti entrano con loro in contatto e di evitare l'interruzione di servizi essenziali per la collettività» (sentenza n. 268 del 2017). Il sistema sanitario, infatti, era sottoposto ad un gravissimo stress, con una congestione delle strutture ospedaliere e dei reparti intensivi che determinava anche un'estrema difficoltà di disporre cure e ricoveri per i pazienti non affetti da patologia derivante dal SARS-CoV-2. D'altronde, sottolinea la Corte, è significativo che molti altri paesi si siano mossi, seppur con talune differenze, nel senso della obbligatorietà della vaccinazione legata a certe professioni, in particolare quelle sanitarie (così Francia, Germania, Regno Unito e Stati Uniti d'America). Oltre che non irragionevole l'obbligo vaccinale risulta altresì misura non sproporzionata, perché non risultavano, al tempo della sua introduzione,

misure altrettanto adeguate rispetto allo scopo prefissato dal legislatore per fronteggiare la pandemia, come ad esempio l'effettuazione periodica di test diagnostici dell'infezione da SARS-CoV-2, che avrebbe avuto costi insostenibili e avrebbe comportato un intollerabile sforzo per il sistema sanitario, senza considerare che l'esito del test nasce già "obsoleto", posto che può essere già stato superato da un contagio sopravvenuto nel frattempo.

Va poi considerato che la conseguenza del mancato adempimento dell'obbligo è stata rappresentata dalla sospensione dall'esercizio delle professioni sanitarie, con reintegro al venir meno dell'inadempimento dell'obbligo e, comunque, dello stato di crisi epidemiologica. La scelta non ha natura sanzionatoria e costituisce una misura strettamente funzionale rispetto alla finalità perseguita di riduzione della circolazione del virus che risulta equilibrata. Ciò, tanto in termini di durata, posto che il legislatore ha introdotto una durata predeterminata dell'obbligo vaccinale, modificandola più volte in base all'andamento della situazione sanitaria, quanto in termini di intensità, trattandosi di una sospensione del rapporto lavorativo, senza alcuna conseguenza di tipo disciplinare, e non di una sua risoluzione (a differenza di altri ordinamenti, quali la Germania, il Regno Unito e gli Stati Uniti d'America, ove è stata introdotta la possibilità di ricorrere al licenziamento).

38 Né possono rinvenirsi carenze del triage prevaccinale, posto che, di norma, la pratica vaccinale in Italia non prevede un coinvolgimento nel triage del medico di medicina generale o del pediatra di libera scelta, sebbene, nel caso di specie, il medico di medicina generale, per espressa previsione dell'art. 4, comma 2, del d.l. n. 44 del 2021, abbia affiancato i medici vaccinatori nella verifica della presenza delle cause di esenzione dalla vaccinazione, con un ruolo tutt'altro che secondario nel percorso di accompagnamento dei relativi assistiti nell'ambito della campagna vaccinale, proprio in considerazione della conoscenza del paziente e della sua storia clinica. Inoltre, l'anamnesi prevaccinale è una pratica standardizzata, attraverso una serie di precise e semplici domande, a cui possono e devono seguire, se del caso, eventuali ulteriori approfondimenti, ivi inclusi, raramente, accertamenti diagnostici o consulti clinici con il medico di medicina generale o il medico specialista che assiste il soggetto. Infine, di norma, per le vaccinazioni non è prevista l'effettuazione di test per stabilire il profilo di sicurezza relazionale a un determinato individuo, né sono richiesti esami di laboratorio o altri accertamenti diagnostici da eseguire di routine prima della vaccinazione, in quanto non esiste alcuna evidenza che supporti l'utilità di un loro utilizzo esteso a tutti i soggetti candidati alla vaccinazione.

In ogni caso, impregiudicato il diritto a un indennizzo in caso di eventi avversi comunque riconducibili al vaccino, resta ferma la responsabilità civile di cui all'art. 2043 del codice civile per l'ipotesi in cui «il danno ulteriore sia imputabile a comportamenti colposi attinenti alle concrete misure di attuazione [...] o addirittura alla materiale esecuzione del trattamento stesso» (sentenza n. 307 del 1990).

Da ultimo, la Corte ritiene infondate anche le questioni sollevate, in riferimento agli artt. 3 e 21 Cost., dell'art. 1 della legge n. 219 del 2017 e dell'art. 4 del d.l. n. 44 del 2021.

Infatti – oltre alla rilevanza della raccolta del consenso anche ai fini di un’adeguata emersione dei dati essenziali per una completa e corretta anamnesi pre-vaccinale – la natura obbligatoria del vaccino non esclude la necessità di raccogliere il consenso informato, che viene meno solo nei casi espressamente previsti dalla legge, come disposto dal comma 1 dell’art. 1 della citata legge n. 219 del 2017, restando comunque al singolo la possibilità di scegliere se adempiere o sottrarsi all’obbligo, assumendosi responsabilmente, in questo secondo caso, le conseguenze previste dalla legge. Ove si adempia all’obbligo vaccinale, invece, il consenso è rivolto, proprio nel rispetto dell’intangibilità della persona, ad autorizzare la materiale inoculazione del vaccino.

Le sentenze n. 15 e n. 16 del 2023.

Con la sentenza n. 15 del 2023 si sono posti all’attenzione della Corte ulteriori profili di legittimità del vaccino contro il SARS-CoV-2, posti da numerose ordinanze, rispettivamente del Tribunale ordinario di Brescia, del Tribunale ordinario di Catania, del Tribunale ordinario di Padova e del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, in relazione all’art. 4, commi 5 e 7, all’art. 4-ter, comma 3, nonché (solo per l’ordinanza del Tribunale di Padova), all’art. 4, commi 1 e 4, e all’art. 4-bis, comma 1, del d.l. n. 44 del 2021.

Oggetto di censura è così, in via più generale, la mancata previsione, per i lavoratori impiegati in strutture residenziali, socio-assistenziali e socio-sanitarie, in alternativa all’obbligo vaccinale, dell’obbligo di sottoporsi indifferentemente al test molecolare o antigenico per la rilevazione di SARS-COV-2.

Ulteriori profili hanno riguardato, invece, la disciplina degli obblighi vaccinali per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario, per i lavoratori impiegati in strutture residenziali, socio-assistenziali e socio-sanitarie e per il personale scolastico, nella parte in cui non è stata prevista la possibilità di adibire a mansioni anche diverse, senza decurtazione della retribuzione, il personale rimasto privo di vaccinazione per una libera scelta individuale e non si è stabilito che, nel periodo di sospensione, fosse comunque erogato l’assegno alimentare previsto dalla legge ovvero dalla contrattazione collettiva di categoria in caso di sospensione cautelare o disciplinare. Per quanto concerne l’art. 4, commi 1 e 4, e all’art. 4-bis, comma 1, del d.l. n. 44 del 2021, premessi i già ricordati criteri che, in base alla costante giurisprudenza costituzionale, consentono l’imposizione di un trattamento sanitario e di un obbligo vaccinale, la Corte sottolinea anche in tale pronuncia che le misure approntate dal legislatore non possono, nel caso di specie, non essere valutate tenendo conto della situazione determinata da «un’emergenza sanitaria dai tratti del tutto peculiari» (sentenza n. 37 del 2021). Peculiarità risultante anche e soprattutto dalle indicazioni formulate dai competenti organismi internazionali., che hanno attribuito notevole importanza alla ricerca scientifica finalizzata alla predisposizione di vaccini efficaci contro il virus SARS-CoV-2 e si sono successivamente impegnati nel rendere possibile la vaccinazione della popolazione nella misura più ampia.

Così, la disciplina introdotta dall'art. 4 del d.l. n. 44 del 2021 ha subito nel tempo diverse modifiche, in relazione sia alle categorie alle quali doveva essere esteso l'obbligo vaccinale, sia alle conseguenze legate all'inadempimento dello stesso, sia, infine, all'individuazione della sua durata, sulla base del più generale presupposto – già ricordato – che gli interventi normativi finalizzati alla riduzione della circolazione del virus dovessero essere calibrati rispetto all'andamento della situazione sanitaria e delle acquisizioni scientifiche. I dati esposti nei rapporti dell'ISS dimostrano come, soprattutto nella fase iniziale della campagna di vaccinazione, l'efficacia del vaccino – intesa quale riduzione percentuale del rischio rispetto ai non vaccinati – sia stata altamente significativa tanto nel prevenire l'infezione da SARSCoV-2, quanto nell'evitare casi di malattia severa; e come tale efficacia sia aumentata in rapporto al completamento del ciclo vaccinale.

In base a tali considerazioni l'imposizione di un obbligo vaccinale selettivo, come condizione di idoneità per l'espletamento di attività che espongono gli operatori ad un potenziale rischio di contagio, e dunque a tutela della salute dei terzi e della collettività, si è connotata quale misura sufficientemente validata sul piano scientifico.

Diversamente, la previsione, per i lavoratori impiegati in strutture residenziali, socio-assistenziali e socio-sanitarie, dell'obbligo di sottoporsi a test diagnostici dell'infezione da SARS-CoV-2 con una elevata frequenza, anziché al vaccino, non costituiva un'alternativa idonea ad evidenziare la irragionevolezza o la non proporzionalità della soluzione prescelta dal legislatore.

Tale soluzione, infatti, sarebbe stata del tutto inidonea a prevenire la malattia (specie grave) degli stessi operatori, con il conseguente rischio di compromettere il funzionamento del servizio sanitario nazionale. Inoltre, l'effettuazione periodica di test antigenici con una cadenza particolarmente ravvicinata avrebbe avuto costi insostenibili e avrebbe comportato uno sforzo difficilmente tollerabile per il sistema sanitario, già impegnato nella gestione della pandemia, tenuto conto che la gestione dei tamponi grava interamente sul servizio sanitario nazionale (si richiama, in proposito, la sentenza n. 171 del 2022, con la quale è stata ritenuta non irragionevole la scelta del legislatore nazionale di escludere le parafarmacie dalla possibilità di effettuare tamponi per l'accertamento del virus SARS-CoV-2, proprio sul rilievo dell'inserimento del sistema delle farmacie, e solo di queste, nell'ambito del servizio sanitario nazionale). La decisione del legislatore risulta altresì non sproporzionata e idonea allo scopo. Il sacrificio del diritto dell'operatore sanitario non ha, infatti, la natura e gli effetti di una sanzione, non eccedendo quanto necessario per il raggiungimento degli scopi pubblici di riduzione della circolazione del virus, in quanto costantemente modulato in base all'andamento della situazione sanitaria.

All'inosservanza dell'obbligo vaccinale, inoltre, la legge impositiva dello stesso attribuiva rilevanza meramente sinallagmatica, cioè solo sul piano degli obblighi e dei diritti nascenti dal contratto di lavoro, quale evento determinante la sopravvenuta e temporanea impossibilità per il dipendente di svolgere attività lavorative che comportassero, in qualsiasi altra forma e in considerazione delle necessità dell'ambiente di cura, il rischio di diffusione del

contagio da SARSCoV-2. Essendo la vaccinazione elevata dalla legge a requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative rese dai soggetti obbligati, in altri termini, il datore di lavoro, messo a conoscenza della accertata inosservanza dell'obbligo vaccinale da parte del lavoratore, è stato tenuto ad adottare i provvedimenti di sospensione dal servizio e dalla retribuzione fino all'assolvimento dell'obbligo vaccinale, ovvero fino al completamento del piano vaccinale nazionale o comunque fino al termine stabilito dalla stessa legge.

Il diritto fondamentale al lavoro, garantito dagli artt. 4 e 35 Cost., d'altronde, non implica necessariamente il diritto di svolgere l'attività lavorativa, ove la stessa costituisca fattore di rischio per la tutela della salute pubblica e per il mantenimento di adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza.

Venendo alle questioni relative all'art. 4, comma 7, e all'art. 4-ter, comma 2, del d.l. n. 44 del 2021, la Corte sottolinea che, a fronte dell'iniziale soluzione prescelta nella versione originaria dell'art. 4, comma 8, del d.l. n. 44 del 2021, che onerava il datore di lavoro ad adibire, «ove possibile, a mansioni, anche inferiori», purché diverse da quelle che implicassero contatti interpersonali o comportassero il rischio di diffusione del contagio da SARS-CoV-2, a seguito della modifica introdotta dal d.l. n. 172 del 2021, il legislatore ha scelto di non esigere più dal datore di lavoro, nei rapporti riguardanti lavoratori esercenti le professioni sanitarie o operatori di interesse sanitario, o impiegati in strutture residenziali, socio-assistenziali e socio-sanitarie (a differenza di quanto stabilito per il personale docente ed educativo della scuola), uno sforzo di cooperazione volto alla utilizzazione del personale inadempiente in altre mansioni, mediante adozione di diverse modalità di esecuzione delle rispettive prestazioni lavorative. Le disposizioni censurate hanno escluso, cioè, l'opportunità di addossare al datore un obbligo generalizzato di adottare accomodamenti organizzativi, non ravvisando, in rapporto alle categorie professionali in esame, le condizioni della fungibilità e della sia pur parziale idoneità lavorativa residua del dipendente non vaccinato, condizioni sempre necessarie, in caso di impossibilità sopravvenuta della prestazione, per giustificare la permanenza di un apprezzabile interesse datoriale a una diversa prestazione lavorativa. Del resto, poiché la prestazione offerta dal lavoratore che non si è sottoposto all'obbligo vaccinale non è conforme al contratto, come integrato dalla legge, è certamente giustificato il rifiuto della stessa da parte del datore di lavoro e lo stato di quiescenza in cui entra l'intero rapporto è semplicemente un mezzo per la conservazione dell'equilibrio giuridico-economico del contratto. Il diverso trattamento normativo per i lavoratori esercenti le professioni sanitarie o operatori di interesse sanitario, o impiegati in strutture residenziali, socio-assistenziali e socio-sanitarie, inoltre, era giustificato dal maggior rischio di contagio, sia per se stessi, sia per le persone particolarmente fragili in relazione al loro stato di salute o all'età avanzata; e alla scelta del legislatore non è stata verosimilmente estranea neppure la considerazione che l'obbligo di ripescaggio costituisce per il datore di lavoro un significativo fattore di rigidità organizzativa, dal quale, non irragionevolmente, si sono volute sollevare le

strutture sanitarie e assistenziali, quelle più esposte, cioè, all'impatto della pandemia.

La possibilità di essere adibiti a mansioni diverse per i soggetti che avessero dovuto omettere o differire la vaccinazione per motivi di salute, invece, costituiva misura eccezionale di natura solidaristica, imposta dalla legge al datore di lavoro anche ove non fossero concretamente disponibili nell'organizzazione aziendale posti idonei ad evitare il rischio di diffusione del contagio da SARS- CoV-2, facendo così salvo il diritto del lavoratore alla retribuzione pur ove questi non rendesse effettivamente la sua prestazione. Inoltre, si giustificava anche la non erogazione al lavoratore sospeso di un assegno alimentare, poiché nel periodo di sospensione del dipendente non vaccinato per libera scelta, pur essendo formalmente in essere il rapporto, è carente medio tempore la sussistenza del sinallagma funzionale del contratto, essendo il diritto alla retribuzione, come ad ogni altro compenso o emolumento, comunque collegato alla prestazione lavorativa, eccetto i casi in cui, mancando la prestazione lavorativa in conseguenza di un illegittimo rifiuto del datore di lavoro, l'obbligazione retributiva sia comunque da quest'ultimo dovuta. Né a diverse conclusioni potrebbe giungersi considerando che diverso trattamento è previsto per le situazioni del lavoratore del quale sia stata disposta la sospensione dal servizio a seguito della sottoposizione a procedimento penale o disciplinare. In tali casi, infatti, la sospensione del rapporto di lavoro costituisce una misura provvisoria, di tipo cautelare e priva di carattere sanzionatorio, destinata ad essere travolta dall'esaurimento dei paralleli procedimenti.

La scelta del legislatore di equiparare quei determinati periodi di inattività lavorativa alla prestazione effettiva trova giustificazione nell'esigenza sociale di sostegno temporaneo del lavoratore per il tempo occorrente alla definizione dei relativi giudizi e alla verifica della sua effettiva responsabilità, ancora non accertata. Ben diverso è il caso in cui, per il fatto di non aver adempiuto all'obbligo vaccinale, è il lavoratore che decide di sottrarsi unilateralmente alle condizioni di sicurezza che rendono la sua prestazione lavorativa, nei termini anzidetti, legittimamente esercitabile. Anche muovendo dalla premessa interpretativa della natura non retributiva, ma assistenziale, dell'assegno alimentare, posto che l'erogazione dello stesso rappresenta per il datore di lavoro un costo netto, senza corrispettivo, non è irragionevole che il legislatore ne faccia a lui carico quando l'evento impeditivo della prestazione lavorativa abbia carattere oggettivo, e non anche quando l'evento stesso rifletta invece una scelta – pur legittima – del prestatore d'opera. Non sono state oggetto d'esame nel merito, infine, le questioni sollevate dal TAR Lombardia, in relazione all'art. 4, comma 4, del d.l. n. 44 del 2021 – nella parte in cui, in caso di inadempimento dell'obbligo vaccinale, non limitava la sospensione dall'esercizio della professione sanitaria alle sole prestazioni o mansioni con contatti interpersonali o a rischio di diffusione del contagio da SAR-CoV2 – le quali sono state dichiarate inammissibili, per difetto di giurisdizione, dalla sentenza n. 16 del 2023.

\*

Certamente l'intervento della Corte Costituzionale ha raccolto diffuso consenso, e si è ritenuto che il necessario bilanciamento di diritti per individuare il miglior possibile equilibrio fra efficacia degli obblighi o forti incentivi alle vaccinazioni, da un lato, e limitazione minima possibile della compressione delle libertà costituzionali, dall'altro, abbia dato prova di un equilibrio nel complesso ragionevole raggiunto in questa tragica occasione.

Anche il giudice condivide pienamente il principio solidaristico, e propende per proprio sentire per una limitazione della libertà individuale a fronte di un valore collettivo fondamentale, che la pandemia ha aggredito, e ritiene di sottolineare l'esigenza di privilegiare una scelta collettiva rispetto ad una scelta individuale.

Ma non parrebbe dubbio doversi procedere, in una logica di necessario bilanciamento tra i due poli di tensione, individuale e collettivo, sulla base di criteri di razionalità, di proporzionalità, criteri che in materia sanitaria non possono che essere anzitutto scientifici.

La ricostruzione dei criteri elaborati dalla giurisprudenza costituzionale al fine di valutare la compatibilità di una legge impositiva di un trattamento sanitario con l'art. 32 Cost, deve muovere dal postulato del necessario temperamento del diritto alla salute del singolo (anche nel suo contenuto negativo di diritto di *"non curarsi"*) con l'interesse della collettività (sentenze n. 5 del 2018, n. 258 del 1994 e n. 307 del 1990).

Proprio il rilievo costituzionale della salute come interesse della collettività comporta che ciascuno può essere obbligato a un dato trattamento sanitario, anche se questo importi un rischio specifico, trovando tale obbligo una giustificazione nel principio di solidarietà che rappresenta *"la base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente"* (sentenza n. 75 del 1992).

Tuttavia, l'imposizione di un trattamento sanitario richiede il rispetto di criteri ormai consolidati nella stessa giurisprudenza costituzionale.

La legittimità delle misure di obbligo o incentivazione vaccinale è subordinata ai seguenti requisiti:

a) il trattamento deve essere "diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare quello degli altri";

b) il trattamento non deve incidere "negativamente sullo stato di salute di colui che è obbligato, salvo che per quelle sole conseguenze che appaiano normali e, pertanto, tollerabili";

c) nell'ipotesi di danno derivante dal vaccino, "deve comunque essere prevista la corresponsione di una equa indennità in favore del danneggiato, e ciò a prescindere dalla parallela tutela risarcitoria".

La libertà di cura, secondo la nostra Costituzione, può essere limitata da una norma statale che preveda misure di obbligo o di forte incentivazione alla vaccinazione, purché ciò avvenga nel rispetto dei criteri sopra ricordati.

Se questo è il paradigma (\*), si deve avere l'onestà di riconoscere, che la ragionevolezza con cui *noi credevamo* è purtroppo venuta meno.

E lasciato da parte il requisito sub b), tutt'altro che scevro di apprensioni, è il requisito sub a) – *“il trattamento deve essere “diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare quello degli altri”* – ad avere vacillato prima, per crollare definitivamente in seguito in non lungo volgere di tempo.

(\*) Non priva di interesse, comunque, la Risoluzione n. 2361 - Vaccini contro il Covid-19: considerazioni etiche, giuridiche e pratiche dell'organizzazione internazionale Consiglio d'Europa, il cui scopo è la promozione della democrazia, dei diritti umani, risoluzione presentata dalla Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, il 26 febbraio 2021, al Senato della Repubblica, doc. XII-bis n. 243. Il Consiglio muove da una non sospetta proclamazione: *“Il rapido dispiegamento su scala mondiale di vaccini sicuri ed efficaci contro il Covid-19 sarà essenziale per arginare la pandemia, proteggere i sistemi sanitari, salvare vite umane e contribuire alla ripresa delle economie del mondo (...) Affinché i vaccini siano efficaci, saranno determinanti il loro dispiegamento completo e la loro assunzione su scala sufficiente (...) La reticenza a vaccinarsi e il nazionalismo vaccinale sono in grado di vanificare lo sforzo, finora sorprendentemente rapido e riuscito, per giungere a un vaccino contro il Covid-19, consentendo al virus SARSCoV-2 di mutare e spuntando così quella che ad oggi è in assoluto l'arma più efficace contro la pandemia”*.

Ma *“per quanto attiene alla messa a punto dei vaccini contro il Covid-19”* *“l'Assemblea sollecita quindi gli Stati membri e l'Unione Europea: (...) 7.3 Per quanto riguarda la garanzia dell'assunzione del vaccino su vasta scala: 7.3.1 fare in modo che i cittadini siano informati del fatto che la vaccinazione NON è obbligatoria e che nessuno subisce pressioni politiche, sociali o d'altro genere per farsi vaccinare, se non è la persona stessa a volerlo; 7.3.2 garantire che nessuno sia discriminato per non essere stato vaccinato, a causa di un eventuale rischio per la salute o per non essersi voluto vaccinare”*.

Una posizione, come ognuno vede, diversamente orientata, non vincolante, ma meritevole di attenzione.

Nell'antecedente fase, ordinanza cautelare, abbiamo affrontato questa tematica con ampiezza, su basi scientifiche aggiornate, e di massima generale ufficialità e *imparzialità*.

Qui aggiungiamo che il 10/12/2022, la Presidenza della Repubblica ha rilasciato il seguente comunicato: *“Il Presidente della Repubblica Sergio Mattarella si è sottoposto quest'oggi a un tampone risultando positivo al Covid 19. È stato quindi necessario rinviare gli impegni dei prossimi giorni. Il Presidente, tranne qualche linea di febbre, è sostanzialmente asintomatico e continua a occuparsi dei suoi compiti, pur isolato nell'appartamento al Quirinale”*.

Non importa, dunque, basarsi su fatti notori riferibili a ciascuno di noi, in ambito personale, affettivo, familiare, amicale, più genericamente intorno a

noi: basti il conforme riscontro del massimo soggetto esponenziale del nostro Paese.

\*

Così, nonostante il noto tenore e il diffuso consenso intorno ai primi interventi del giudice delle leggi, numerose sono già le sentenze di merito che appaiono porsi in contrasto con quanto fino a questo momento statuito dalla Consulta (il riferimento, da ultimo, è alla decisione del GUP Militare di Napoli del 10 marzo 2023 che, peraltro, si inserisce in un filone importante di decisioni dissenzienti, tra le quali in rilievo Trib. Firenze, ord., 27 marzo 2023, in causa n. 1334/2022 rgl, facendo seguito a propri precedenti interventi, decreto del 6.07.2022 e ord. del 31.10.2022, in causa 2022/n. 7360).

Certamente il nodo cruciale si disvela intrecciato nella domanda se possa il legislatore, al fine di prevenire un contagio, mettere un lavoratore in condizione di non poter mantenere se stesso e la sua famiglia rispettando la sua indiscutibile libertà di scelta di rifiutare un trattamento sanitario (art. 32 e anche art. 1 e 36 Cost.).

Ora, possiamo anche sciogliere questo nodo positivamente, sulla base del paradigma di valori costituzionali sopra ricordato, ma ci rendiamo conto di un secondo filo annodato, nascosto e impertinente: se possa il legislatore, *non* al fine effettivo di prevenire un contagio, mettere un lavoratore in condizione di non poter mantenere se stesso e la sua famiglia rispettando la sua indiscutibile libertà di scelta di rifiutare un trattamento sanitario (art. 32 e anche art. 1 e 36 Cost.). Per non dimenticare, inoltre, tutte le componenti non patrimoniali ma attinenti alla espressione della personalità e della dignità della persona insite nella prestazione lavorativa.

E questo secondo nodo non si scioglie.

Tra altro, si è sottolineato, non essendo la Corte Costituzionale bocca che parli a vanvera, *"il lavoratore esercita il suo diritto di non vaccinarsi (se tale non fosse non si vede come la Consulta possa qualificarlo come "scelta pur legittima")*.

Lo Stato, dunque, al *dichiarato fine di prevenire il contagio* ha tenuto lontano dal lavoro il prestatore, temporaneamente, dato che il rapporto è mantenuto in vita, e ha disposto che il datore di lavoro non possa subire un decremento economico da questa sua scelta, ritenuta legittima, liberandolo dall'obbligo di versare la retribuzione al prestatore.

Tuttavia, si è osservato, non avrebbe potuto considerarsi legittima e quindi libera, la scelta di non vaccinarsi *"quando da essa sarebbe dipesa la perdita della normalmente fondamentale, se non unica, fonte di sostentamento economica del lavoratore e, assai spesso, della sua famiglia*.

Risuonano le espressioni della Risoluzione cit. del Consiglio d'Europa, *"la vaccinazione NON è obbligatoria e che nessuno subisce pressioni politiche, sociali o d'altro genere per farsi vaccinare, se non è la persona stessa a volerlo"*.

Non è in effetti contestabile che la scelta stessa non sarebbe stata libera, e quindi legittima, laddove avesse comportato la conseguenza descritta, e, in ogni caso, alla luce della ragionevole considerazione che dalla perdita della retribuzione non si sarebbe determinato alcun genere di prevenzione dal contagio.

E qui deve essere riproposta la questione fondamentale dell'affermato principio, nelle decisioni della Corte Costituzionale, secondo cui le scelte del legislatore, basate sulle evidenze scientifiche disponibili al momento, debbano essere soggette ad una continua verifica alla luce del mutamento delle stesse che, pure, ne costituisce una caratteristica normale e ricorrente.

Al riguardo, per esempio, nella sentenza n. 14 si sottolinea il passo, secondo cui *"la discrezionalità deve essere esercitata dal legislatore alla luce «delle acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica, che debbono guidare il legislatore nell'esercizio delle sue scelte in materia (così, la giurisprudenza costante di questa Corte sin dalla fondamentale sentenza n. 282 del 2002)» (sentenza n. 5 del 2018)"*.

Ma a questo riguardo, le evidenze scientifiche tenute in considerazione dalla Corte Costituzionale sono, se non altro, superate, evidenziandosi, si è commentato, una contraddittorietà tra la ribadita affermazione della necessità di seguire l'evoluzione dei dati e delle conoscenze scientifiche, e la scelta di non considerarle nella medesima decisione, pur se giunta quasi dopo due anni dai dati su quali si afferma sarebbe stata basata la scelta legislativa.

La finalità perseguita sarebbe stata rappresentata dalla *"prevenzione dal contagio del virus Sars-Cov 2"* che, si riteneva potersi ottenere o con la vaccinazione o con l'allontanamento dal lavoro.

Tuttavia, molteplici le evidenze scientifiche che hanno, in breve fluire di tempo, dimostrato la falsità dell'assunto di base. Di esse, ripetiamo, si è dato conto nell'ordinanza cautelare pregressa.

Ad es. nell'ordinanza cautelare, cit., del Tribunale di Firenze, si dà conto con ampiezza, documentalmente, di come non sia mai stato posto a disposizione un prodotto con indicazione terapeutica preventiva dall'infezione virale da Sars-Cov 2, ma solo per la prevenzione dalla malattia, Covid 19, come del resto confermato dalle stesse fonti ministeriali. La giudice gigliata evidenzia come vi sia una palese discrasia tra la finalità perseguita dal legislatore con la normativa impositiva dell'obbligo vaccinale, il cui obiettivo era essenzialmente quello di contenere la diffusione del *virus* Sars-Cov 2 e di modificare la curva epidemiologica, con i vaccini anti-covid medesimi, indicati esclusivamente per la prevenzione della *malattia* Covid 19.

Cfr. in senso conforme, Tribunale de L'Aquila, sent. n. 234 del 23.11.2022.

Sono poi dati notori che nella conferenza stampa di fine anno del 22/12/2021 il Presidente del Consiglio Mario Draghi ebbe modo di dichiarare pubblicamente di essere a conoscenza che due dosi di vaccino erano inadeguate a garantire la protezione dal contagio, mentre, nell'audizione tenuta nella speciale Commissione Covid del Parlamento Europeo del 10 ottobre 2022, la delegata per la Pfizer Sig.ra Janine Small ha, tra l'altro, affermato come non fosse stato condotto alcun studio specifico da parte della società produttrice del vaccino sulla possibilità di immunizzare dal contagio.

Quasi superfluo sottolineare la rilevanza e la gravità dell'affermazione del produttore dei vaccini di cui sopra, avvenuta in tempo utile perché la Corte ne tenesse conto, un dato si è osservato, *"che, più che natura scientifica, ne assumeva di confessoria"* e che avrebbe potuto e dovuto sollevare quel legittimo dubbio sulla medesima effettività dell'obiettivo perseguito, la prevenzione dal contagio, tale da incidere sulla decisione della Consulta nel senso dell'illegittimità, almeno, della mancata erogazione degli emolumenti.

Non sembra, invece, potersi trarre eccessivo argomento dal fatto che l'attuale Governo in carica, appena insediatosi, con il d.l. n. 162 del 31.10.2022, all'art. 7 abbia deciso di abolire l'obbligo vaccinale per tutto il personale sanitario dal 2.11.2022. Infatti, nel preambolo dell'intervento normativo si dà atto e si tiene conto *"dell'andamento della situazione epidemiologica che registra una diminuzione dell'incidenza dei casi di contagio da COVID-19 e una stabilizzazione della trasmissibilità sebbene al di sopra della soglia epidemica, con un lieve aumento nel tasso di occupazione dei posti letto nelle aree mediche, ed una tendenza alla stabilizzazione nel tasso di occupazione dei posti letto in terapia intensiva e considerata la necessità di riavviare un progressivo ritorno alla normalità nell'attuale fase post pandemica, nella quale l'obiettivo da perseguire è il controllo efficace dell'endemia"*.

Allo stesso modo, stante la diversità settoriale di applicazione, non può trarsi argomento dalla circostanza che nel momento in cui l'Azienda datrice di lavoro ha adottato il provvedimento di sospensione, il legislatore aveva provveduto o avrebbe provveduto ad abolire l'obbligo vaccinale precedentemente previsto per altre categorie di lavoratori (personale scolastico, Forze Armate, dipendenti pubblici), a partire dal 31.03.2022, a dimostrazione di come lo stesso legislatore avesse potuto constatare il superamento, di fatto, dell'emergenza pandemica.

\*

In ogni caso, la Consulta ha *"ritenuto inammissibile, per ragioni processuali, la questione relativa alla impossibilità, per gli esercenti le professioni sanitarie che non abbiano adempiuto all'obbligo vaccinale, di svolgere l'attività lavorativa, quando non implichi contatti interpersonali"*.

Riguardo tale aspetto, quindi, in conseguenza delle pronunce di inammissibilità per ragioni processuali, resta ancora aperta la questione per quanto attiene l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 del d.l. n. 44/2021,

laddove impediva lo svolgimento dell'attività lavorativa al personale sanitario che non avesse adempiuto all'obbligo vaccinale, anche per quei lavoratori che non erano tenuti ad avere contatti personali con i pazienti e/o il personale medico in senso stretto.

Circostanza, quest'ultima, che rispecchia integralmente il caso specifico di impiegata amministrativa, che per l'espletamento delle proprie mansioni, non era tenuta ad avere contatti diretti con i pazienti e/o con il personale medico.

\*

## § 2. Specificità del caso.

Pur potendosi e dovendosi risolvere decisivamente il caso in base ai profili generali della materia sopra affrontati, dedicheremo separata e autonoma motivazione ai tratti di specificità che lo stesso presenta.

La lavoratrice ricorrente, \_\_\_\_\_ è dipendente dell'Azienda Ospedaliera Universitaria Senese, impiegata a tempo indeterminato con mansioni di assistente amministrativo, cat. C/4, presso il Dipartimento Tecnico (doc. 1).

Con lettera del 12.04.2022, l'Azienda invitava la lavoratrice a produrre, entro 5 giorni dal ricevimento della medesima, la documentazione attestante la vaccinazione anti-Covid e/o attestazione inerente l'omissione o il differimento della stessa, oppure richiesta di vaccinazione da eseguirsi entro 20 giorni (doc. 5).

Qui riprendendo il quadro normativo già ricostruito nella fase cautelare, l'**art. 4** – relativo agli *“Obblighi vaccinali per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario”* - **del d.l. 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”*), è risultato dapprima convertito con modificazioni dalla **l. 28 maggio 2021, n. 76**, che ha disposto (con l'art. 1, comma 1) la modifica dell'art. 4, commi 1, 3, 5, 6, 7 e 8.

Successivamente il **d.l. 26 novembre 2021, n. 172** ha disposto (con l'art. 1, comma 1, lettera b)) la modifica dell'art. 4;

il d.l. cit. è stato convertito con modificazioni dalla **l. 21 gennaio 2022, n. 3** che ha disposto (con l'art. 1, comma 1, lettera b)) l'introduzione del comma 1-bis all'art. 4 e la modifica dell'art. 4, commi 2, 3, 4, 5 e 6.

Il **d.l. 24 marzo 2022, n. 24** ha disposto (con l'art. 8, comma 1, lettera a)) la modifica dell'art. 4, comma 1; (con l'art. 8, comma 1, lettera b)) la modifica dell'art. 4, comma 5; (con l'art. 8, comma 1, lettera c)) la modifica dell'art. 4, comma 6;

infine, per la l. di conversione del **19 maggio 2022, n. 52**, all'articolo 4: al comma 1, capoverso art. 10-ter

al comma 1 sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «salvo che per il ricovero in una struttura sanitaria o altra struttura allo scopo destinata»;

al comma 2, le parole: «all'articolo 10-quater, commi 4 e 5» sono sostituite dalle seguenti: «all'articolo 10-quater, comma 4, lettere a), b) e, limitatamente alle attività sportive all'aperto o al chiuso, se svolte in condizioni di sicurezza rispetto al rischio di contagio, c), e comma 5».

L'art. 4, co. 1, d.l. 44/2021, (*"Obblighi vaccinali per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario"*), prevedeva:

"1. Fino al 31 dicembre 2022, al fine di tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza, in attuazione del piano di cui all'articolo 1, comma 457, della legge 30 dicembre 2020, n. 178, 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, per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2 sono obbligati a sottoporsi a vaccinazione gratuita, comprensiva, a far data dal 15 dicembre 2021, della somministrazione della dose di richiamo successiva al ciclo vaccinale primario, nel rispetto delle indicazioni e dei termini previsti con circolare del Ministero della salute. La vaccinazione costituisce requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative dei soggetti obbligati (...)".

Al co. 2 si stabilisce 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"*.

*"Per il periodo in cui la vaccinazione di cui al comma 1 è omessa o differita - dispone il co. 7 - il datore di lavoro adibisce i soggetti di cui al comma 2 a mansioni anche diverse, senza decurtazione della retribuzione, in modo da evitare il rischio di diffusione del contagio da SARS-CoV-2"*.

L'art. 4-bis disciplina la *"estensione dell'obbligo vaccinale ai lavoratori impiegati in strutture residenziali, socio-assistenziali e socio-sanitarie"*.

L'art. 4-ter prevede "l'obbligo vaccinale per il personale delle strutture di cui all'articolo 8-ter del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502".

Ancora, l'art. 4-ter 1. ha disciplinato l'*"Obbligo vaccinale per il personale della scuola, del comparto difesa, sicurezza e soccorso pubblico,*

*della polizia locale, degli organismi di cui alla legge 3 agosto 2007, n. 124, dell'Agenzia per la cybersicurezza nazionale, degli istituti penitenziari, delle università, delle istituzioni di alta formazione artistica, musicale e coreutica e degli istituti tecnici superiori, nonché dei Corpi forestali delle regioni a statuto speciale)".*

(...)

Per sintetizzare (qui utilizzando ricostruzione del TAR Lombardia, ord. 16 giugno 2022, n. 1397, oltre cit.) la disposizione, nel testo vigente sino al 26 novembre 2021:

a) ha previsto, quale conseguenza dell'atto di accertamento adottato dall'azienda sanitaria locale, <<la sospensione dal diritto di svolgere prestazioni o mansioni che implicano contatti interpersonali o che comportano, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio da Sars-CoV-2>> (comma 7);

b) ha imposto al datore di lavoro di ricollocare il lavoratore che, a causa di gravi rischi per la propria salute, sia stato definitivamente o temporaneamente esonerato dall'obbligo vaccinale in mansioni, anche diverse da quelle esercitate e prive di rischi per la diffusione del contagio, senza decurtazione della retribuzione (comma 10);

c) ha imposto al datore di lavoro - a condizione che ciò sia possibile - di ricollocare il lavoratore inosservante dell'obbligo vaccinale in mansioni diverse ed eventualmente inferiori rispetto a quelle esercitate, purché non implicanti rischi di diffusione del contagio, con conservazione integrale del corrispondente trattamento economico (comma 8);

d) ha previsto, solo in caso di impossibilità di assegnare il lavoratore inosservante dell'obbligo vaccinale allo svolgimento di mansioni diverse, la non decurtazione della retribuzione e di altri compensi od emolumenti, comunque denominati, per tutto il periodo di sospensione (comma 8) e comunque sino al 31 dicembre 2021.

L'articolo 4 è stato radicalmente modificato dall'articolo 1, comma 1, lettera b), del decreto legge 26 novembre 2021 n. 172, convertito con modificazioni nella legge 21 gennaio 2022 n. 3, il quale:

a) ha qualificato la natura dell'atto di accertamento come <<dichiarativa>> e <<non disciplinare>> e ne ha attribuito la competenza agli ordini professionali (comma 4);

b) ha espunto dal testo legislativo, per quanto riguarda la sospensione dall'esercizio della professione sanitaria, il riferimento al divieto di svolgere solo quelle <<prestazioni o mansioni che implicano contatti interpersonali o che comportano, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio da SAR-CoV-2>>;

c) ha espunto dal testo legislativo il dovere condizionato del datore di lavoro di ricollocare il lavoratore inosservante dell'obbligo vaccinale, nei limiti delle effettive possibilità di riallocazione offerte dall'organizzazione del servizio, in mansioni diverse ed eventualmente inferiori rispetto a quelle esercitate, purché non implicanti rischi di diffusione del contagio, con conservazione integrale del corrispondente trattamento economico;

d) ha esteso sino al 15 giugno 2022 la non decurtazione della retribuzione e di altri compensi od emolumenti, comunque denominati, per tutto il periodo di

sospensione, a tutti i lavoratori sospesi dal servizio per inadempimento dell'obbligo vaccinale (comma 5).

L'articolo 4 è stato ulteriormente modificato ad opera dell'articolo 8 del decreto legge 24 marzo 2022 n. 24, il quale:

a) ha prorogato sino al 31 dicembre 2022 l'obbligo vaccinale previsto per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario (comma 1);

b) ha introdotto la possibilità, per il dipendente che non abbia adempiuto all'obbligo vaccinale e che sia guarito dall'infezione da SARS-CoV-2, di ottenere, dietro presentazione di specifica istanza e documentazione, la cessazione temporanea della sospensione dal servizio sino alla scadenza del termine di differimento della vaccinazione.

\*

La richiesta aziendale si presentava illegittima, in quanto, innanzitutto, la lavoratrice risultava in possesso di idoneo *green pass* da guarigione, con scadenza al 2.07.2022 (doc. 6 ric.).

Ulteriore profilo di illegittimità della richiesta formulata dall'Azienda datrice di lavoro risultava riscontrarsi anche per contrasto con quanto previsto dal Ministero della Salute, laddove, con Circolare n. 32884 del 21.07.2021, ha stabilito che , nei soggetti con pregressa infezione da SARS-CoV-2 (decorsa in maniera sintomatica o asintomatica), la vaccinazione "*venga eseguita preferibilmente entro i 6 mesi dalla stessa e comunque non oltre 12 mesi dalla guarigione*" (doc. 7 ric.);

Con lettera del 21.05.2022, la lavoratrice invitava l'Azienda ad astenersi dall'applicarle qualsivoglia provvedimento di sospensione dell'attività lavorativa, richiamando i principi suddetti (doc. 8 ric.).

Tuttavia, l'Azienda con Deliberazione n. 563 del 7.06.2022 provvedeva a sospendere la lavoratrice con effetto immediato e fino al 31.12.2022 (doc. 9 ric.).

Con lettera del 10.06.2022, la lavoratrice, a mezzo del proprio legale, diffidava l'Azienda datrice ad annullare in autotutela la Deliberazione n. 563 del 7.06.2022.

\*

La lavoratrice ricorrente non pare potersi considerare "*esercente professione sanitaria*" o "*operatrice di interesse sanitario*" ex art. 4, co. 1, d.l. 2021/n. 44 cit. obbligata a sottoporsi a vaccinazione, ritenuta requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento della prestazione lavorativa.

L'art. 4 ter del d.l. 2021/n. 44, sancisce che l'obbligo vaccinale sia applicato nei confronti del personale che svolge "a qualsiasi titolo" le proprie mansioni presso le strutture di cui all'art. 8 ter del D.lgs. n. 502/1992:

a) strutture che erogano prestazioni in regime di ricovero ospedaliero a ciclo continuativo o diurno per acuti;

b) strutture che erogano prestazioni di assistenza specialistica in regime ambulatoriale, ivi comprese quelle riabilitative, di diagnostica strumentale e di laboratorio;

c) strutture sanitarie e sociosanitarie che erogano prestazioni in regime residenziale, a ciclo continuativo o diurno.

La lavoratrice ricorrente non parrebbe potersi ricondurre al personale predetto.

Pertanto, secondo l'interpretazione letterale della normativa deve ritenersi che l'obbligo vaccinale potesse essere esteso solo ed esclusivamente ai lavoratori impiegati presso le sopra elencate strutture sanitarie, a protezione delle persone in situazione di fragilità.

Certo è, sistematicamente, che nel medesimo contesto, l'art. 4 ter. 1 d.l. 2021/n. 44 cit., estendeva dal 24/5/2022 l'obbligo vaccinale al personale della scuola, del comparto difesa, sicurezza e soccorso pubblico, della polizia locale, degli organismi di cui alla legge 3 agosto 2007, n. 124, dell'Agenzia per la cybersicurezza nazionale, degli istituti penitenziari, delle università, delle istituzioni di alta formazione artistica, musicale e coreutica e degli istituti tecnici superiori, nonché dei Corpi forestali delle regioni a statuto speciale), occorrendo pertanto rimeditare, su un piano di eguaglianza, sulla affermata esclusione dall'obbligo vaccinale del personale amministrativo operante presso le strutture di cui all'art. 8 ter del D.lgs. n. 502/1992.

Tuttavia, la lavoratrice ricorrente ha affermato lo svolgimento di attività di impiegata amministrativa, in locali adibiti esclusivamente ad uffici, presso i quali risulta essere impiegato soltanto personale con mansioni amministrative, che esulano del tutto dall'ambito sanitario/socio sanitario/assistenziale e presso locali diversi dalle strutture di ricovero e/o di prestazione di assistenza e/o di prestazioni residenziali, non in contatto con i pazienti dell'Azienda sanitaria datrice di lavoro, venendo meno la primaria esigenza protettiva delle persone in situazione di fragilità.

L'allegazione è presumibilmente fondata per la natura delle mansioni di assistente amministrativo, cat. C/4, presso il Dipartimento Tecnico (doc. 1 ric.) (la lavoratrice aveva anche chiesto l'ammissione di prova testimoniale sul punto sui seguenti capitoli: "1. DCV che, la sig.ra ██████████, così come tutti i lavoratori impiegati con mansioni di assistenti amministrativi, svolge quotidianamente le proprie mansioni in assenza di contatti diretti sia con il personale sanitario in senso stretto (medici, infermieri, O.s.s.), sia con i pazienti dell'Azienda Ospedaliero Universitaria Senese; 2. DCV che, presso gli

uffici nei quali è impiegata la sig.ra ~~\_\_\_\_\_~~ è presente soltanto il personale amministrativo”).

Appare ragionevole, pertanto, ritenere la lavoratrice esclusa dalla imposizione dell'obbligo vaccinale

\*

Inoltre, il 17 giugno 2022, la Regione Toscana ha trasmesso a tutte le Direzioni Generali delle Aziende Sanitarie Toscane la nota n. 46104 del 17.06.2022, a firma del Direttore Sanità, Welfare e coesione Sociale, avente ad oggetto "Assolvimento obbligo vaccinale DL 44/2021 e ss.mm.ii - Chiarimenti", mediante la quale ha statuito che *"considerata la cessazione dello stato di emergenza e che l'attuale situazione epidemiologica consente un allentamento delle restrizioni, come risulta anche dalle recenti disposizioni emanate a livello nazionale si precisa che l'obbligo vaccinale, ai sensi dell'art. 4 ter del DL 1.4.2021 n. 44, riguarda il solo personale che svolge a qualsiasi titolo la propria attività lavorativa nelle strutture di cui all'art. 8 ter Dlgs 502/1992 strutture quindi che erogano prestazioni sanitarie o sociosanitarie (in regime di ricovero ospedaliero - lett a; in regime ambulatoriale - lett b o in regime residenziale - lett c)"*.

In aderenza al predetto orientamento e della suddetta nota della Regione Toscana, ad es. l'Azienda USL Toscana Nord Ovest, con decreto n. 2011 del 21.06.2022, ha statuito che l'obbligo vaccinale possa essere esteso soltanto al personale sanitario in senso stretto e, di conseguenza, per il restante personale *"viene meno l'effetto sospensivo ed anzi si deve provvedere in merito al fine di consentirne l'immediata ripresa in servizio col conseguente ripristino dei trattamenti economici sospesi"*.

\*

Ulteriormente, l'illegittimità del provvedimento datoriale per violazione della normativa impositiva dell'obbligo vaccinale, si riscontra anche in relazione all'inosservanza del termine di differimento conseguente alla guarigione dell'infezione da Covid-19.

Alla data del 2/7/2022 - abbiamo accennato che la lavoratrice risultava in possesso di idoneo *green pass* da guarigione, con scadenza al 2.07.2022 (doc. 6 ric.) - l'Azienda Ospedaliera Universitaria Senese era già stata posta nelle condizioni di adeguarsi alla direttiva ricevuta.

Infatti, dal combinato disposto dell'art. 4, co. 5 del D.L. n. 44/2022 e della Circolare n. 32884 del 21.07.2021, l'inadempimento dell'obbligo vaccinale può configurarsi, nei confronti dei lavoratori guariti dal Covid-19, solo ed esclusivamente dopo 12 mesi dalla guarigione medesima.

Tenuto conto che il termine massimo di esenzione della vaccinazione doveva ritenersi esteso *"non oltre 12 mesi dalla guarigione"*, la lavoratrice era

esentata dall'obbligo medesimo fino al 15.01.2023, essendo stata rilasciata certificazione verde dal 15/1/2022. (doc. 6 ric.).

In ogni caso, con Deliberazione n. 654 del 24.06.2022, l'Azienda Ospedaliera Universitaria Senese stabiliva, in via temporanea, allo stato, che il termine di differimento dell'obbligo vaccinale per intervenuta guarigione da Covid-19 per i lavoratori fosse da intendersi di 6 mesi dall'infezione (doc. 41).

\*

### § 3. Tutela di condanna.

La lavoratrice è stata sospesa dalle mansioni e dalla retribuzione, dal 7.06.2022 fino al 22.08.2022, data, quest'ultima, nella quale ha ripreso l'attività lavorativa per effetto dell'ordinanza del 20.08.2022 emessa dal Tribunale di Siena all'esito del procedimento cautelare.

Pertanto, in conseguenza della reintegrazione al lavoro attuata in corso di causa, è possibile quantificare infie il danno da mancato guadagno subito dalla lavoratrice, in € 5.151,20 lordi, come riportato nel relativo schema di calcolo in allegato (doc. 42 ric.).

In ogni caso, la pretesa creditoria vantata dalla lavoratrice per le relative voci retributive indicate nel suddetto documento, trova puntuale riscontro anche nelle buste paga relative ai mesi di giugno, luglio e settembre 2022 (doc. 43 – precisandosi che la busta paga di agosto 2022 non è stata elaborata dal datore di lavoro).

La correlata regolarizzazione assicurativa e contributiva e il conseguente riflesso sulla anzianità di servizio della prestatrice discendono per legge dall'accertamento.

\*

Per i profili di specifica fondatezza della pretesa della lavoratrice, sopra argomentati, l'onere delle spese processuali riterremo debba procedere in base al criterio ordinario della soccombenza (criterio che certamente può porsi in discussione, invece, sulle sole tematiche generali).

P.Q.M.

*accertata la illegittimità della Deliberazione n. 563 del 7.06.2022 di contenuto sospensivo dalle mansioni e dalla retribuzione della dipendente, condanna l'Azienda Ospedaliera Universitaria Senese al pagamento in favore di di € 5.151,20 lordi oltre interessi legali.*

*Condanna l'Azienda convenuta, contumace, al pagamento delle spese processuali, liquidate in € 2.626,00 per compensi professionali (scaglione di*

*valore, parametro medio per studio, fase introduttiva, trattazione e decisione)  
oltre Iva, Cap e 15 % come per legge.*

Siena, 21/4/2023

il giudice Delio Cammarosano