



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

n. 896/2023 rlg

Svolgimento del processo.

Parte_1

(difeso dall'avv. Olga Milanese)
a mezzo ricorso depositato il 7/8/2023

contro

Controparte_1

(che sarà difesa dall'avv. Guglielmo Burragato)

Controparte_2

MINISTRI in persona del

Presi

(che sarà difesa dall'Avvocatura dello Stato)

esercitava azione giudiziale formulando le seguenti (**conclusioni**, ricorso, pp. 78-79, letterali):

"1. NEL MERITO IN VIA PRINCIPALE, accertare e dichiarare l'illegittimità dell'imposizione dell'obbligo vaccinale, del green pass da tampone, del divieto di accesso ai luoghi di lavoro con conseguente decurtazione della retribuzione subiti dal ricorrente, in quanto contrastanti con la normativa di settore di carattere imperativo e cogente, con i principi sovranazionali di tutela della dignità della persona umana e dei diritti naturali universalmente riconosciuti dalla comunità internazionale, con i Regolamenti UE e la normativa comunitaria e pattizia internazionale richiamati in atto, e per l'effetto disapplicare la normativa interna confliggente in ragione della necessaria applicazione della normativa di rango superiore, comunitaria ed internazionale, ai fini risarcitori di cui ai seguenti punti; in subordine, limitatamente al divieto di accesso al lavoro, dichiarare la relativa normativa abrogata con effetto retroattivo dal successivo D.L.24/2022, per i motivi esposti in atti; in conseguenza di quanto sopra, riconoscere il diritto del ricorrente: a) ad ottenere il pagamento delle retribuzioni omesse, pari a complessivi €16.440/34 netti, a titolo di risarcimento del danno (contrattuale o, in alternativa, extracontrattuale) condannando i resistenti in solido, ovvero la parte ritenuta obbligata, al relativo pagamento; b) ad ottenere il risarcimento

del danno morale patito a causa del trattamento degradante ed inumano subito, da liquidarsi in via equitativa;

2. IN VIA SUBORDINATA E Parte_2 per i motivi dedotti in ricorso, in caso di mancato accoglimento della richiesta di riconoscimento dell'illegittimità dell'allontanamento dal lavoro:

- accertare e dichiarare, comunque, il diritto del ricorrente ad ottenere il pagamento delle retribuzioni omesse o sottratte come quantificate, a titolo di ristoro (per modifica unilaterale del contratto di lavoro) o, in alternativa indennizzo/risarcimento del danno (ex art. 2043 c.c.) derivante dal sacrificio imposto ai suoi diritti fondamentali (diritto al lavoro e alla partecipazione alla vita economica e sociale del Paese), al suo diritto di autodeterminazione e di libertà di scelta in relazione alla propria salute personale,

ovvero, in subordine e salvo gravame,- accertare e dichiarare il diritto del ricorrente a percepire, in ogni caso, per i periodi di allontanamento dal lavoro, gli assegni alimentari previsti dalla normativa applicabile in via analogica.

3. Condannare parte resistente, alle spese di lite ed al compenso professionale".

Parte convenuta – Contr - si costituiva in giudizio, contestando la fondatezza della domanda chiedendo (**conclusioni**, memoria difensiva, p. 20, sintesi):

"disattesa ogni contraria eccezione, respingere integralmente il ricorso avversario in quanto inammissibile e/o infondato. Con vittoria di spese".

Parte convenuta – CP_4 - si costituiva in giudizio, contestando la fondatezza della domanda chiedendo (**conclusioni**, memoria difensiva, p. 15, sintesi):

"Si chiede che, in via preliminare, sia dichiarata la carenza di legittimazione passiva della Controparte_2, con immediata estromissione.

Nel merito, si chiede che il ricorso sia rigettato, siccome palesemente infondato in fatto e in diritto.

Spese vinte in entrambi i casi".

*

All'udienza 16/2/2024 nella causa n. 896/2023 rgl sono comparsi:

Parte_1, difeso dall'avv. Olga Milanese;

da remoto, ex art. 127-bis, l'avv. Matteo Motroni per la [...]

Controparte_1, in sostituzione dell'avv. Guglielmo Burragato;

nessuno compare, alle ore 13:10, per la Presidenza del Consiglio dei Ministri, costituitasi.

Il giudice sente le parti, il solo ricorrente personalmente, che si richiamano ai propri atti, argomentazioni, richieste e conclusioni, anche istruttorie, contestando rispettivamente la fondatezza della difesa avversaria.

L'avv. Milanese chiede di poter replicare alle difese avversarie.

Il giudice rappresenta la facoltà di esercizio della difesa nelle note difensive finali che saranno autorizzate in vista della discussione.

Il giudice fissa per la discussione l'udienza dell'**11/10/2024**, ore 10:45 con termine per note all'1/10/2024 e termine intermedio per eventuale integrazione documentale non preclusa al 31/5/2024.

Facoltà di aula virtuale (link)

All'udienza 11/10/2024 nella causa n. 896/2023 rgl sono comparsi da remoto, ex art. 127-bis:

Parte_1, difeso dall'avv. Olga Milanese;
l'avv. Matteo Motroni per la *Controparte_1*, in sostituzione dell'avv. Guglielmo Burragato;
nessuno compare, per la *CP_2* del Consiglio dei Ministri, costituitasi.

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

L'avv. Milanese sottolinea che la causa non verte tanto sulla obbligatorietà vaccinale quanto sul non avere consentito il datore di lavoro anche in forme alternative la prestazione; argomenta il difetto di prova della pericolosità del lavoratore e l'estraneità di una problematica di diritto alla salute; offre oralmente più ampia corretta lettura della complessiva giurisprudenza della Corte Costituzionale; argomenta oralmente la plurisoggettività passiva della propria pretesa.

L'avv. Motroni contesta anche le odierne argomentazioni orali avversarie, rilevando che il giudizio verte principalmente sulla tematica dell'obbligo vaccinale e della possibilità disapplicativa di norme legislative ritenuta non praticabile dalla Banca datrice.

Discussa oralmente la causa, il giudice si ritira in camera di consiglio.

*

Successivamente alle ore (attestazione telematica di deposito) in pubblica udienza, concordemente assenti le parti, 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. La vicenda lavorativa denunciata dal lavoratore e la sua pretesa.

A partire dal 2/11/2021, la *Controparte_1*, datrice di lavoro del ricorrente, *Parte_1*, impose l'obbligo di rientro in

presenza del personale collocato in *smart working* con cadenza di una volta alla settimana.

Il 17/12/2021, dovendo rientrare per la prima volta fisicamente sul luogo di lavoro, il ricorrente si recò presso la sede lavorativa di Napoli (Centro Direzionale, via Porzio 4bis-b4), ma gli venne impedito l'accesso per la mancata esibizione della certificazione verde Covid-19. Il lavoratore provvede, pertanto, a comunicare l'impedimento occorso con pec inviata in pari data, nella quale ribadì la formale messa a disposizione della propria prestazione lavorativa, invitando l'azienda a confermare l'impossibilità di accedere ai luoghi di lavoro (v. pec del 17/12/2021 all. 3).

La Banca riscontrò la predetta comunicazione confermando l'impossibilità di accesso al lavoro e rimandando alle norme impositive dell'obbligo, precisando che in caso di omessa verifica dei green pass, i datori di lavoro sarebbero stati passibili di sanzione amministrativa ai sensi del comma 9, art. 9-speties D.L. n. 127/2021. La resistente esortò, quindi, il lavoratore ad "attenersi alle disposizioni emanate dall'Azienda in materia" (v. riscontro della Banca del 22/12/2021 all. 4).

Non volendo ottemperare ad un ordine ritenuto illegittimo e non volendo sottoporsi a trattamenti invasivi, ritenuti pericolosi ed umilianti, il ricorrente fu considerato assente ingiustificato dal lavoro senza conseguenze disciplinari dal 17/12/2021 sino al 2/5/2022, giorno di effettivo rientro sul lavoro. Contestualmente la Banca omise, in tutto o in parte, di corrispondere le retribuzioni dovute per il suddetto periodo al lavoratore costringendolo ad attingere per mesi ai propri risparmi per far fronte alle proprie esigenze di vita, bollette, cibo, igiene, telefono, trasporti ecc. (v. buste paga con le decurtazioni; modelli CU relativi al 2021 e al 2022, all. ti 5).

Con pec del 30/1/2023 il ricorrente, per il tramite del suo difensore, contestò l'illegittimità dell'allontanamento dal lavoro e della sospensione dello stipendio, chiedendo il pagamento di tutte le retribuzioni non corrisposte a titolo di risarcimento (v. messa in mora pec del 30/01/2023 all. 6).

A tale diffida, la CP_1 rispose con pec del 07/2/2023 rappresentando che il proprio comportamento era stato perfettamente in linea con le disposizioni di legge al tempo vigenti (v. pec del 07/2/2023 all. 7).

Instaurando il presente giudizio, il lavoratore ricorrente, ha chiesto pronunciarsi declaratoria di illegittimità dell'impedimento di accesso al lavoro al medesimo applicato dal 17/12/2021 sino al 02/5/2022, oltre alla condanna di parte resistente alla corresponsione delle corrispondenti retribuzioni omesse e/o decurtate - a titolo di risarcimento per illecito aquilano, o in subordine, a titolo di ristoro/indennizzo/risarcimento per responsabilità contrattuale derivante dalla modifica unilaterale del contratto di lavoro - pari a complessivi € 16.440/34 netti, ovvero ancora, in via ulteriormente subordinata e salvo gravame, per la condanna di parte resistente a corrispondere gli assegni alimentari relativi ai suddetti periodi di allontanamento dal lavoro, oltre al risarcimento del danno morale conseguente al trattamento degradante ed inumano subito, da liquidarsi in via equitativa, per tutti i motivi illustrati in ricorso, con condanna in ogni caso delle controparti alle spese di lite.

§ 2. Il quadro interpretativo generale.

I fatti dai quali è scaturita la controversia datano in tempi remoti, dallo scorcio finale del 2021 alla primavera del 2022, quando la [...] *Controparte_1* datrice, ritenuta accertata inosservatrice vaccinale da parte del lavoratore, lo sospendeva dal servizio e dalla retribuzione.

Abbiamo appellato *remoti* quei tempi, sul piano cronologico non troppo lontani, poiché nel relativamente breve lasso di tempo è come se fossero trascorsi moltissimi anni, tale è lo spessore valutativo e interpretativo delle sopravvenienze.

Tempo addietro, come rilevato, osservato e argomentato in propri precedenti, fummo letteralmente bombardati dall'audio/video di *Parte_3* 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 sintetizzava, nell'audio/video realizzato dal Dipartimento Informazione ed Editoria della Presidenza del Consiglio dei Ministri e dal Ministero della Salute, *"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*, concludendo 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), comunicava:

"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 nei momenti successivi ed attuali.

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, ^{Contro} compilato da ^{Contro} COVID-19 Weekly Epidemiological Updates up to e 2022, in ordi
"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: ^{Con} 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 deontologico (*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 ^{Contro} 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. CP_8 continua a essere predominante a livello globale e, tra i lignaggi CP_8 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, in data successiva ed attuale 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 – già ai fini della tutela cautelare sommaria probabilmente non potesse 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 CP_9, European Centre for Disease Prevention and Control e dalla WHO (OMS).

Allo stato successivo ed 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, col tempo è stato posto in ragionevole dubbio, e al tempo successivo e attuale si è rivelato e 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 indossa 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 abbiamo ritenute 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 (ci riferiamo all'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 **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, 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 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' *Controparte_10*, 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 debenza 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. 953/2002;

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. 953/2002.

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->

Email_1 -

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 Per_1 ."*

Inoltre, ha dichiarato 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 accentrato 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 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 ai giudizi di merito, si era rilevata la necessità di 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 si esauriva e, in mancanza di una tutela interinale urgente, un intero fascio di diritti del lavoratore e della lavoratrice si è rivelato 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.

Quanto alla regolamentazione delle spese processuali, la si 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 è accompagnata 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, del resto, 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, si è ritenuto farsi discendere - ove non si condividesse 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 apprezza nella loro non manifesta infondatezza.

Solo per colorare, come si dice, accingendoci a depositare precedenti provvedimenti, dall'ascolto della radio del mattino apprendevamo che con la nota 1998 del 19 agosto 2022, il *Controparte_11* riepilogava i provvedimenti attualmente in vigore per il contrasto del Covid. Le regole sarebbero decadute a fine anno scolastico 2021/22, quindi fino al 31 agosto restavano in vigore le attuali norme. Dal successivo anno scolastico, dal 1° settembre cadevano gli obblighi, salvo ulteriori provvedimenti governativi. Stop anche all'obbligo di vaccinazione del personale scolastico.

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

Al momento non erano 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 sarebbe 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, potesse adottare e aggiornare linee guida e protocolli volti a regolare lo svolgimento in sicurezza dei servizi e delle attività economiche, produttive e sociali.

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

E così è stato.

In quei precedenti, dunque, in accoglimento della cautela chiesta dalla parte ricorrente, ne ordina(va) 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(va) altresì l'immediato pagamento delle retribuzioni arretrate, oltre rivalutazione monetaria e interessi legali.

La regolamentazione delle spese processuali della fase (era) riservata al giudizio di merito - nell'ipotesi dell'art. 669-quater cpc - altrimenti (erano)

compensate per intero tra le parti le spese processuali della fase cautelare antecedente il giudizio di merito.

*

Dove eravamo rimasti e cosa è successo di nuovo.

Rispetto a ordinanze cautelari del tenore sopra riportato, del 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 Controparte_12 *Regione Siciliana con l'ordinanza i*

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 esprimendo ci avvarremo del materiale offerto dal medesimo Servizio Pt_4
[...] Corte, reperibile sul web al sito

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'adequata 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 *Controparte_13* 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 Per_2

[...], a seguito della modifica introdotta dal d.l. n. 172 del 2 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 Per_1 – 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 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 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 posta alla base del *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 nel cammino in breve 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.

Nelle antecedenti fasi, delle ordinanze cautelari, 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 [...] Per_3 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 state già le sentenze di merito che appaiono porsi in contrasto con quanto fino a questo momento statuito dalla Consulta (il riferimento, recente, 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).

E ancora possiamo citare due interventi di giudici di merito, del Tribunale sezione lavoro di Torino e de L'Aquila, dichiaranti la illegittimità della sospensione dal servizio del lavoratore per un obbligo vaccinale che non dà prevenzione perché è notorio non impedire il contagio (oltre ad essere del tutto irragionevole quando il lavoratore svolga mansioni amministrative e senza contatto con il pubblico).

Con sentenza n. 136 del 13 settembre 2023 il Tribunale de L'Aquila, sul presupposto costituzionale sancito dall'art. 1, per il quale la Repubblica si fonda sul lavoro, che il reddito da lavoro rappresenta fonte di sostentamento e tutela della dignità personale e professionale del lavoratore (e suoi familiari), ha ribadito essere notorio a tutti e dichiarato da Pt_5 (v. foglio informativo Comirnaty) che il vaccino non previene la trasmissione dell'infezione, ha dichiarato l'illegittimità della sospensione del lavoratore per assenza di vaccinazione.

Con sentenza n. 1552 del 12 settembre 2023 il giudice del Tribunale di Torino ha accertato l'illegittimità della sospensione dal servizio, operata dall'Parte di una lavoratrice con mansioni esclusivamente amministrative di natura tecnica e gestionale, perché non avendo contatto con il pubblico *"non può ritenersi che la ricorrente fosse assoggettabile all'obbligo vaccinale ai sensi dell'art. 4 ter DL 44/2021"*. Alla disposta sospensione della lavoratrice è seguita la condanna della Parte a corrispondere il trattamento retributivo spettante per l'intera durata della sospensione oltre interessi e rivalutazione come per legge.

Fin troppo note le testuali dichiarazioni nel corso dell'audizione tenuta nell'autunno del 2022 al Parlamento europeo di *Persona_4* responsabile per i mercati internazionali della multinazionale farmaceutica Pfizer: il vaccino Pfizer *"non è stato testato per prevenire l'infezione"* anche perché *"nessuno ce lo ha chiesto"* e in ogni caso *"non c'era tempo"*. Alcuno studio è stato condotto sulla capacità del vaccino di impedire il contagio non essendo quello il fine del prodotto in vendita quanto piuttosto quello di contrastare gli effetti dannosi dell'infezione.

Ancora, che il foglio illustrativo dei vaccini in commercio - quale il Comirnaty sviluppato dalla Pfizer - si esprime: *"è un vaccino utilizzato per la prevenzione di COVID-19, malattia causata da SARS-CoV-2. Il vaccino induce il sistema immunitario (le difese naturali dell'organismo) a produrre gli anticorpi e le cellule del sangue attive contro il virus, conferendo così una protezione anti COVID-19"*, non riportando, pertanto, quale effetto del vaccino quello di prevenire l'infezione da Sars-CoV-2, dato che riporta solo quello di limitare gli effetti dannosi della malattia Covid-19. Specificandosi ancora, che *"Comirnaty potrebbe non proteggere completamente tutti coloro che lo ricevono, e, la durata della protezione non è nota"*.

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 già nella riportata motivazione delle ordinanze cautelari in materia.

Ad es. anche 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 *Persona_5* ebbe modo di dichiarare pubblicamente di essere a conoscenza che due dosi di vaccino erano inidonee a garantire la protezione dal contagio, e si è appena ricordata l'audizione tenuta nella speciale Commissione Covid del Parlamento Europeo del 10 ottobre 2022, della delegata per la Pfizer Janine Small.

Quasi superfluo sottolineare la rilevanza e la gravità dell'affermazione del produttore dei vaccini, 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"*.

Il legislatore avrebbe provveduto in seguito 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, restava 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 i casi di impiegati amministrativi, che per l'espletamento delle proprie mansioni, non erano tenuti ad avere contatti diretti con i pazienti e/o con il personale medico.

*

§ 3. Conclusioni decisorie.

La *querelle* individuale del lavoratore, così attentamente dallo stesso analizzata nelle 79 pagine del proprio ricorso, non può che essere ricondotta, senza personalismi, alla tematica generale, nei suoi lineamenti essenziali.

Illegittima, può oggi dirsi, fu la sospensione della sua attività lavorativa.

*

§ 4. Le conseguenze economiche pregiudizievoli sul piano retributivo denunciate dal lavoratore.

Fondata è pertanto la pretesa del lavoratore di ottenere il pagamento delle retribuzioni omesse nei periodi in cui è stato illegittimamente sospeso dal servizio e dalla retribuzione (ossia dal 17 dicembre 2021 al 30 aprile 2022) per un importo di € 16.440,34.

Si tratta anzitutto di responsabilità datoriale per inadempimento.

Infondata la pretesa diretta del lavoratore nei confronti dello Stato italiano, anche se certamente è lo Stato che, al dichiarato fine di prevenire il contagio, ha imposto di tenere 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.

difen Controparte_1, coerentemente alla propria linea
fronti dello Stato.

*

§ 5. Pretese risarcitorie.

L'ulteriore pretesa del lavoratore ha origine nella sua prospettazione dalla *"ingiustificata umiliazione subita anche dinanzi ai propri colleghi di lavoro, allorquando gli fu negato l'accesso e fu costretto a non rientrare in ufficio"* oltre alle *"difficoltà che ha dovuto affrontare venendo privato dello*

stipendio per cinque mesi, circostanze che trovano riscontro anche nelle comunicazioni intercorse e allegate al ricorso (all. 3, 4, 6, 7)".

Il lavoratore non è stato in alcun modo destinatario di trattamento discriminatorio o persecutorio da parte della Controparte_1 [...] datrice, ma di atti negoziali previsti dalla normativa nazionale nei confronti lavoratori, conseguenti allo stato emergenziale da pandemia Covid 19 e quindi adottati in adempimento vincolato nei termini e nelle modalità dal legislatore in osservanza dell'articolo 2087 c.c.

Il datore di lavoro ha applicato la normativa nazionale in materia, senza alcun margine di discrezionalità e, di conseguenza, senza alcun accanimento nei confronti del lavoratore, al pari degli altri lavoratori che si sono trovati nella medesima condizione.

Il lavoratore non ha subito alcun trattamento discriminatorio, nel contesto storico della vicenda, un contesto tragicamente notorio, il datore di lavoro avendo prestato senza discriminazione ossequio a farraginose normative rivelatesi nel tempo, ed oggi, non condivisibili, e pertanto soddisfazione potrà ricavare il lavoratore, anzitutto, dal riconoscimento giudiziale del suo diritto, patrimonialmente restaurato, con maggiorazione di rivalutazione monetaria e interessi legali.

A titolo di pregiudizio non patrimoniale per la protratta forzata inattività, sul piano professionale e morale, appare adeguato riconoscere poi il 30 % della decurtazione retributiva subita.

Deve rilevarsi, infatti, una protratta privazione della propria specifica professionalità lavorativa, per un periodo di tempo consistente e potenzialmente indeterminato, foriera anch'essa di effetti pregiudizievoli, anche sul piano morale.

*

All'accoglimento della domanda si accompagna tuttavia 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"*. Della norma, del resto, è stata 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"*.

P.Q.M.

condanna la Controparte_1 convenuta al pagamento in favor Parte_1 lla retribuzione non corrisposta nei periodi in cui è stato illegittimamente sospeso (dal 17 dicembre 2021 al 30 aprile 2022) per un importo di € 16.440,34 - maggiorato del 30 % a titolo risarcitorio - oltre rivalutazione monetaria e interessi legali, dalla maturazione dei singoli diritti al saldo, ex art. 429 cpc, 150 att. cpc.

Rigetta ogni altra domanda proposta da Parte_1, anche contro la Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Compensa per intero tra le parti le spese processuali.

Siena, 11/10/2024

il giudice Delio Cammarosano