

Ordinanza cautelare di accoglimento (art. 669-octies cpc).
n. 328/2022 rgl

Tizia

(difesa dagli avv. Augusto Sinagra e Paolo Serra)

a mezzo ricorso depositato il 5/5/2022

contro

Azienda USL

esercitava azione giudiziale formulando le seguenti **conclusioni**
(ricorso, pp. 55-60, letterali):

"ai sensi del combinato disposto degli artt. 700 e 669 bis e seguenti c.p.c., rigettata ogni istanza, deduzione ed eccezione contraria:

1) Preliminarmente, in via provvisoria ed urgente, inaudita altera parte, con decreto ex art. 669 sexies co. 2°, assunte ove occorra sommarie informazioni: a) disapplicare e/o ordinare la revoca del provvedimento amministrativo di sospensione emanato nei confronti della Sig.ra Tizia dall'Azienda USL ..., in persona del Direttore del Dipartimento della Prevenzione Dr., datato 21 settembre 2021, prot. n. 409619, con il quale si accertava l'inosservanza dell'obbligo vaccinale, ai sensi dell'art. 4, comma 6, del D.L. 1° aprile 2021, n. 44, convertito in L. 28 maggio 2021 n. 76; b) dichiarare nulla e/o annullata e/o inefficace la Deliberazione, n. 0001228 del 22 settembre 2021, recante SI n° 15, immediatamente eseguibile, e la conseguente comunicazione (prot. n. 0411891) con la quale la 2

Azienda USL ..., in persona del Dott. ..., Direttore del Dipartimento Risorse Umane, in qualità di datore di lavoro, sospendeva la Sig.ra Tizia con la seguente motivazione: "è stato disposto di sospenderla dal diritto di svolgere prestazioni o mansioni che implicano contatti interpersonali o comportano, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio da Sars-Cov-2 e dalla retribuzione o altro compenso comunque denominato, a decorrere dal giorno 23 settembre 2021"; c) conseguentemente ordinare che alla ricorrente venga erogato lo stipendio e/o l'indennità per malattia per il periodo di sospensione fino al 31 dicembre 2021; d) dichiarare nullo e/o annullato e/o inefficace il provvedimento dirigenziale n. 0003041 del 20 dicembre 2021, recante "decreto legge 26 novembre 2021 n. 172 adozione provvedimenti conseguenti in materia di obbligo vaccinale", sottoscritto dal Direttore del Dipartimento Risorse Umane, Dott. ..., con il quale si comunicava alla ricorrente che era "stata disposta nei Suoi confronti la proroga della sospensione dal diritto di svolgere prestazioni o mansioni che implicano contatti interpersonali o comportano, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio da SARS - Cov - 2 e dalla retribuzione o altro compenso comunque denominato;" e) conseguentemente, ordinare che alla ricorrente venga erogato lo stipendio per il periodo di sospensione dal 1° gennaio 2022, fino alla pronuncia di un provvedimento di sospensione valido; f) qualora non venissero accolte le precedenti richieste, riconoscere il diritto della ricorrente all'assegno alimentare ed ordinarne l'erogazione per tutto il periodo di sospensione, fino alla cessazione dello stesso; disponendo ogni altro provvedimento teso all'eliminazione del pregiudizio di cui in premessa, in particolare ordinando che la sospensione non venga iscritta nell'Albo Professionale e nel fascicolo personale della ricorrente o se già iscritta venga cancellata; contestualmente fissare l'udienza di comparizione delle parti davanti a sé assegnando all'istante un termine perentorio per la notificazione del ricorso e del decreto; nel merito, confermare con ordinanza, all'esito del procedimento, il decreto di accoglimento dell'istanza.

2) in subordine, all'esito del procedimento, a) disapplicare e/o ordinare la revoca del provvedimento amministrativo di sospensione emanato nei confronti della Sig.ra Tizia dall'Azienda USL ..., in persona del Direttore del 3

Dipartimento della Prevenzione, Dr. ..., datato 21 settembre 2021, prot. n. 409619, con il quale si accertava l'inosservanza dell'obbligo vaccinale dell'obbligo vaccinale, ai sensi dell'art. 4, comma 6, del D.L. 1° aprile 2021, n. 44, convertito in L. 28 maggio 2021 n. 76; b) dichiarare nulla e/o annullata e/o inefficace la Deliberazione, n. 0001228 del 22 settembre 2021, recante SI n° 15, immediatamente eseguibile, e la conseguente comunicazione (prot. n. 0411891) con la quale la Azienda USL ..., in persona del Dott. ..., Direttore del Dipartimento Risorse Umane, in qualità di datore di lavoro, sospendeva la ricorrente con la seguente motivazione: "di sospenderla dal diritto di svolgere prestazioni o mansioni che implicano contatti interpersonali o comportano, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio da Sars-Cov-2 e dalla retribuzione o altro compenso comunque denominato, a decorrere dal giorno 23 settembre 2021"; c) conseguentemente ordinare che l'Azienda USL ... eroghi alla ricorrente lo stipendio e/o l'indennità di malattia per il periodo di sospensione fino al 31 dicembre 2021; d) dichiarare nullo e/o annullato e/o inefficace il provvedimento dirigenziale n. 0003041 del 20 dicembre 2021, recante "decreto legge 26 novembre 2021 n. 172 adozione provvedimenti conseguenti in materia di obbligo vaccinale", sottoscritto dal Direttore del Dipartimento Risorse Umane, Dott. ..., con il quale si comunicava alla ricorrente che era "stata disposta nei Suoi confronti la proroga della sospensione dal diritto di svolgere prestazioni o mansioni che implicano contatti interpersonali o comportano, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio da SARS - Cov - 2 e dalla retribuzione o altro compenso comunque denominato;" e) conseguentemente, ordinare che alla ricorrente venga erogato lo stipendio per il periodo di sospensione dal 1° gennaio 2022, fino alla pronuncia di un provvedimento di sospensione valido; f) qualora non venissero accolte le precedenti richieste, riconoscere il diritto della ricorrente all'assegno alimentare ed ordinarne l'erogazione per tutto il periodo di sospensione, fino alla cessazione dello stesso; disponendo ogni altro provvedimento teso all'eliminazione del pregiudizio di cui in premessa, in particolare ordinando che la sospensione non venga iscritta nell'Albo Professionale e nel fascicolo personale della ricorrente o se già iscritta venga cancellata.

(...)

Con ogni consequenziale statuizione anche in ordine alle spese e compensi del procedimento cautelare.”

Si preannuncia sin d’ora che nell’instaurando giudizio di merito la ricorrente chiederà l’accoglimento delle seguenti

CONCLUSIONI

“Voglia l’Onorevole Tribunale adito preliminarmente, ritenuta la non manifesta infondatezza della sollevate eccezioni di legittimità costituzionale, rimettere gli atti alla Corte Costituzionale ove ciò non sia avvenuto nella pregressa fase cautelare; previa concessione del provvedimento cautelare richiesto, voglia sospendere il giudizio e trasmettere gli atti alla Corte di giustizia dell’Unione europea affinché, ai sensi dell’art. 267 del Trattato sul Funzionamento dell’Unione europea, voglia, a titolo pregiudiziale, statuire in ordine alla correttezza nel caso di specie della disapplicazione della legge nazionale interna e applicazione della normativa regolamentare europea (nella specie, il Regolamento CE 507 del 2006).

- nel merito,

1) disapplicare, dichiarare ed accertare la nullità, annullabilità e/o inefficacia dei provvedimenti di sospensione; conseguentemente:

a) condannare l’Azienda USL ..., in persona del legale rappresentante pro tempore:

- a riassegnare la ricorrente allo svolgimento delle mansioni precedentemente svolte;

- a pagare tutte le retribuzioni arretrate non percepite dalla ricorrente a seguito della sospensione, maturate e maturande, sino alla data della effettiva riassegnazione alle mansioni che svolgeva precedentemente alla sospensione, con riconoscimento dei conseguenti effetti su tutti gli istituti contributivi e retributivi previsti dalla legge e dalla contrattazione collettiva;

2) in subordine, qualora non fosse accertata e dichiarata la nullità, annullabilità e/o inefficacia dei provvedimenti di sospensione, accertare il diritto della ricorrente all’assegno alimentare in ordine al periodo di sospensione fino alla cessazione dello stesso e, per l’effetto, condannare la convenuta ad erogarlo, con rivalutazione ed interessi dal dì del dovuto al saldo;

3) condannare la convenuta al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali patiti dalla ricorrente. 5

Con vittoria di spese, competenze ed onorari di causa”.

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

“dichiarare inammissibile il ricorso ex art. 700 c.p.c. proposto da Tizia, ovvero respingerlo siccome infondato in fatto e in diritto; - dichiarare la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale promossa dalla ricorrente in ordine all’art. 4 del D.L. 44/2021.

Con vittoria di spese e competenze di lite.

*

All’udienza 30/5/2022, nella causa n. 328/2022 sono comparsi: Tizia, difesa dall’avv. Paolo Serra anche in sostituzione dell’avv. Augusto Sinagra; per l’Azienda USL ..., l’avv...

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

L’avv. Serra per la ricorrente fa presente di avere depositato nella serata di domenica 29 maggio nota di deposito di giurisprudenza e dati offerti dal Ministero della Sanità.

Il giudice constata l’attuale (ore 10:32) assenza agli atti.

L’avv. Pastorelli, informalmente ricevuta copia cartacea della produzione, si richiama a giurisprudenza di segno opposto e in ordine alle questioni scientifiche dedotte non accetta il contraddittorio, rilevandone anche la non compatibilità con la attuale fase cautelare, stante la complessità dell’indagine tecnica che sarebbe necessaria.

Discussa oralmente la causa il giudice si riserva.

* 6

Sciolta la riserva assunta nella causa n. 328/2022 rgl;
rileva, osserva e argomenta il giudice ad esito di cognizione
sommaria e ai limitati fini ed effetti della stessa:

La vicenda sostanziale.

La lavoratrice, dipendente della ASL in qualità di OSS, allega che il 2/7/2021, riceveva, per raccomandata, dalla stessa Azienda USL ..., la prima delle tre comunicazioni (Prot. n. 0310169), previste dall'art. 4 del D.L. 44/2021, convertito con L. 28 maggio 2021 n. 76, che dovevano all'epoca essere inviate agli operatori sanitari, affinché adempissero all'obbligo di vaccinazione (all. a ric.).

La lavoratrice riteneva di non rispondere all'invito.

La ASL ... provvedeva a trasmettere alla lavoratrice, il 17/8/2021, la seconda comunicazione prevista dal decreto in parola, ossia quella con cui si invitava ulteriormente e formalmente l'operatore sanitario, che non avesse provveduto a vaccinarsi, a provvedervi entro e non oltre 10 giorni. In questa seconda comunicazione, la ASL ... chiedeva alla lavoratrice di inviare, entro tre giorni dall'adempimento dell'obbligo, la certificazione comprovante tale adempimento, indicando pure uno specifico indirizzo PEC: obbligovaccinalecovid.... (all. b ric.).

A questo punto la lavoratrice entrava in stato di malattia dal 2/9 al 31/12/2021 (all. c-f).

Nonostante fosse stata posta in malattia – specifico profilo di doglianza della lavoratrice – subiva la sospensione con deliberazione, n. 0001228 del 22/9/2021, *“dal diritto di svolgere prestazioni o mansioni che implicano contatti interpersonali o comportano, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio da Sars-Cov-2 e dalla retribuzione o altro compenso comunque denominato, a decorrere dal giorno 23/9/2021”* (all. h ric.). 7

Con quest'ultima comunicazione si concludeva la prima fase del periodo di sospensione della lavoratrice, ossia quella perfezionatasi in applicazione del testo originariamente vigente dell'art. 4 D.L. 44/2021, che avrebbe dovuto protrarsi fino al 31 dicembre 2021. Quanto sopra riportato per completezza, rileviamo che quanto compiutamente verificatosi ed esauritosi al 31/12/2021 non parrebbe poter trovare tutela cautelare urgente ex art. 700 cpc per difetto di imminenza del pregiudizio, quindi di anticipatorietà della tutela.

Ad esito di sopravvenienza normativa - 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 poi 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 l. di conversione del 19 maggio 2022, n. 52, all'articolo 4: al comma 1, capoverso art. 10-ter al comma 1 sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «salvo che per il ricovero in una struttura sanitaria o altra struttura allo scopo destinata»; al comma 2, le parole: «all'articolo 10-quater, commi 4 e 5» sono sostituite dalle seguenti: «all'articolo 10-quater, comma 4, lettere a), b) e, limitatamente alle attività sportive all'aperto o al chiuso, se svolte in condizioni di sicurezza rispetto al rischio di contagio, c), e comma 5» - ad esito della sequenza predetta, la lavoratrice, in ottemperanza a quanto stabilito dall'art. 4 ter D.L. 44/2021, introdotto dal D.L. 172/2021, riceveva il 27/12/2021 (prot. n. 0571714) la proroga 8

della sospensione, dapprima fino alla data del 14/6/2022, con provvedimento dirigenziale n. 0003041 del 20/12/2021, recante "decreto legge 26 novembre 2021 n. 172 adozione provvedimenti conseguenti in materia di obbligo vaccinale", sottoscritto dal Direttore del Dipartimento Risorse Umane, dott. ... In particolare, si comunicava alla lavoratrice che era *"stata disposta nei Suoi confronti la proroga della sospensione dal diritto di svolgere prestazioni o mansioni che implicano contatti interpersonali o comportano, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio da SARS – Cov – 2 e dalla retribuzione o altro compenso comunque denominato"* (all.to I).

Iniziava, così, la seconda fase del periodo di sospensione della ricorrente, attualmente prorogato al 31/12/2022, in base al d.l. 24/3/2022, n. 24, conv. l. 19/5/2022, n. 52.

*

Il diritto affermato dalla lavoratrice.

La lavoratrice sospesa prospetta in via cautelare, e principale, l'affermazione del diritto di essere reintegrata pienamente nelle mansioni di Operatrice Socio Sanitaria.

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

*

Il rilievo dello stato di malattia sulla sospensione.

La questione specificamente sollevata dalla lavoratrice appare probabilmente infondata, attesa la temporaneità dello stato di malattia, quindi il pieno dispiegarsi del provvedimento datoriale sospensivo al suo rientro in servizio.

*

Sul diritto della lavoratrice di essere reintegrata pienamente nelle mansioni. 9

In questi giorni, da tempo, siamo bombardati dall'audio/video di Giorgio Parisi, un accademico italiano, premio Nobel per la fisica nel 2021 per i suoi studi sui sistemi complessi. Fisico teorico dagli interessi di ricerca molto variegati, noto per i suoi studi di teoria quantistica dei campi (soprattutto nell'ambito della cromodinamica quantistica), in meccanica statistica (in particolare, ma non soltanto, per i suoi studi sui vetri di spin) e per l'applicazione di quest'ultima a vari ambiti della teoria dei sistemi complessi. Egli sintetizza, *"semplifichiamo un problema complesso", "la quarta dose è fondamentale per gli over 60". Perché riporta la protezione contro il Covid al livello più alto; non sappiamo se e quando potremmo essere contagiati; il vaccino ci protegge dalla malattia grave; chi ha più di 60 anni è più a rischio"*, nell'audio/video realizzato dal Dipartimento Informazione ed Editoria della Presidenza del Consiglio dei Ministri e dal Ministero della Salute, che si conclude con lo slogan *"problema complesso soluzione semplice"*. Il Ministero della Salute, Istituto Superiore di Sanità-Cabina di Regia ai sensi del DM Salute 30 aprile 2020-Monitoraggio Fase 2-Report settimanale-Report 117-Sintesi nazionale - Dati relativi alla settimana 01/08/2022-07/08/2022 (aggiornati al 10/08/2022), comunica:

"Headline della settimana:

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

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

Infine, "l'elevata copertura vaccinale, il completamento dei cicli di vaccinazione ed il mantenimento di una elevata risposta immunitaria attraverso la dose di richiamo, con particolare riguardo alle categorie indicate dalle disposizioni ministeriali, rappresentano strumenti necessari a mitigare l'impatto soprattutto clinico dell'epidemia". 10

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*. 11

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

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

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

Studies assessing vaccine effectiveness against infection, hospitalisation and death show that there is a decline in vaccine effectiveness against infection, symptomatic infection and onward transmission for EU-authorised COVID-19 vaccines that correlate with time since completion of primary vaccination, which is similar to what was shown in earlier studies analysed in ECDC's technical report Interim public health considerations for the provision of additional COVID-19 vaccine doses. For Delta VOC, vaccine effectiveness against hospitalisations and deaths continues to remain stable in the majority of studies up to nine months after completion of the primary series, with modest declines observed in older individuals and those with comorbidities. Emerging clinical trial data on the efficacy of booster doses of Comirnaty and observational studies on the effectiveness of booster doses against infection and severe disease show a significant increase in protection against infection and severe disease following a booster dose of Comirnaty in all age groups in the short term (the longest follow-up time in the included studies is approximately 70 days). However, while vaccines continue to elicit high level of protection against severe COVID-19, substantially lower COVID-19 vaccine 12

effectiveness has been estimated against Omicron infection and symptomatic disease after primary vaccination compared to the Delta variant.

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

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

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

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

() Il testo, redatto nella lingua comune scientifica, è in ogni caso di immediata intelligibilità per le parti e i loro difensori, che 13*

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 attenerne – 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 attenerne 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, 14*

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 comorbilità. 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. 15

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

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

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

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

Ci parrebbe dunque alla data di oggi un dato oggettivo

l'acquisizione del rilievo che la persona vaccinata può nuovamente

essere contagiata e a sua volta contagiare, e che pertanto l'assolvimento dell'obbligo vaccinale – non in generale, in base a non condivisibile pregiudizio, ma a fronte dei vaccini sino ad oggi impiegati e alla specifica problematica sanitaria - ai fini della tutela cautelare sommaria probabilmente non possa costituire ragionevole fattore di discriminazione nell'accesso a qualsiasi professione, essendo se non smentita, quantomeno tutt'altro che chiara l'efficacia del vaccino in ordine alla ulteriore trasmissione del virus, *onward transmission*, sotto un profilo cronologico anzitutto, in presenza di immunità calante, decremento di efficacia e a fronte di varianti di accresciuta trasmissibilità, come sopra attestato dalla Agenzia, European Centre for Disease Prevention and Control e dalla WHO (OMS).

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

E' la stessa Corte Costituzionale (sent. 2018/n. 5) a evidenziare nuovamente la *"discrezionalità del legislatore nella scelta delle modalità attraverso le quali assicurare una prevenzione efficace dalle malattie infettive, potendo egli selezionare talora la tecnica della raccomandazione, tal'altra 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)"*. 17

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

Su quest'ultimo versante, ad es. si ricordano correntemente, Consiglio di Stato, Sez. III n. 7045/2021 e la copiosa giurisprudenza che ad esso ha fatto riferimento: TAR Lazio 10.11.2021 n. 11543; Tribunale di Arezzo 30.11.2021, n. 332; TAR Lazio, ordinanza, 17.12.2021, n. 7394. E, nel 2022: in giurisprudenza amministrativa: Consiglio Stato 4.2.2022 ordinanza n. 583 e sentenza 28.2.2022 n. 1376; TAR Puglia-Bari- 30.5.2022 n. 795; in giurisprudenza giuslavoristica: ordinanza Corte Appello Milano 20.1.2022; Tribunale di Grosseto ordinanze 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46 del 12 gennaio 2022; Tribunale Taranto 11.2.2022 n. 355; Tribunale Bari ordinanza 15.3.2022; Tribunale Bolzano 3.5.2022 n. 79; Tribunale Trento 5.5.2022 n. 61; Tribunale Venezia 26.5.2022 n. 362; Tribunale Arezzo 22.06.2022 n. 129.

*

Attualmente (8/2022) l'**art. 4** – relativo agli *“Obblighi vaccinali per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario”* - **del d.l. 1 aprile 2021, n. 44** (*“Misure* ¹⁸

urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici”), è risultato dapprima convertito con modificazioni dalla **I. 28 maggio 2021, n. 76**, che ha disposto (con l'art. 1, comma 1) la modifica dell'art. 4, commi 1, 3, 5, 6, 7 e 8.

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

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

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

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

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

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

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

“1. Fino al 31 dicembre 2022, al fine di tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza, in attuazione del piano di cui all'articolo 1, comma 457, della legge 30 dicembre 2020, n. 178, gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario di cui all'articolo 1, comma 2, della legge 1° febbraio 2006, n. 43, per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2 sono obbligati a sottoporsi a vaccinazione gratuita, comprensiva, a far data dal 15 dicembre 2021, della

somministrazione della dose di richiamo successiva al ciclo vaccinale primario, nel rispetto delle indicazioni e dei termini previsti con circolare del Ministero della salute. La vaccinazione costituisce requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative dei soggetti obbligati (...)".

Al co. 2 si stabilisce che "solo in caso di accertato pericolo per la salute, in relazione a specifiche condizioni cliniche documentate, attestate dal proprio medico curante di medicina generale ovvero dal medico vaccinatore, nel rispetto delle circolari del Ministero della salute in materia di esenzione dalla vaccinazione anti SARS-CoV-2, non sussiste l'obbligo di cui ai commi 1 e 1-bis e la vaccinazione puo' essere omessa o differita".

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

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

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

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

(...) 20

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 ²¹

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. 22

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. 953/202;
- 7) se la normativa nazionale che obbliga alla vaccinazione anche il personale sanitario che, sebbene proveniente da altro stato membro, si trovi nel territorio italiano ai fini dell'esercizio della libera prestazione dei servizi e della libertà di stabilimento, possa ritenersi rispettosa del Regolamento n. 953/2021.

Ulteriormente, a mezzo ordinanza 22/03/2022 n. 351, il Consiglio di Giustizia amministrativa della regione Sicilia – su cui v. per una prima analisi ²³

<https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-e-processo-amministrativo/2345-sulla-questione-di-legittimita-costituzionale-dell-obbligo-di-vaccinazione-anti-covid-del-personale-sanitario-nota-a-margine-dell-ordinanza-22-03-2022-n-351-del-consiglio-di-giustizia-amministrativa-per-la-regione-siciliana> -

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

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

Ancora, registriamo ordinanza cautelare n. 192/2022 del 14/2/2022 del Tar Lombardia, Sezione prima, che ha preannunciato l'incidente di costituzionalità dell'art. 4, comma 4, del d.l. n. 44/2021

(rinviando ad ulteriore e specifica ordinanza per la sollevare la relativa questione): *"con separata ordinanza il Collegio ritiene di dover sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 4, comma 4, del decreto legge 1 aprile 2021, n. 44, convertito con modificazioni nella legge 28 maggio 2021, n. 76, così come modificato dal decreto legge 26 novembre 2021, n. 172, convertito nella legge 21 gennaio 2022, n. 3, nella parte in cui prevede, quale effetto dell'accertamento dell'inadempimento dell'obbligo vaccinale, «l'immediata sospensione dall'esercizio delle professioni sanitarie».*

Successivamente, il TAR per la Lombardia (Sezione prima) ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale *"dell'articolo 4, comma 5, del decreto legge 1 aprile 2021 n. 44, convertito nella legge 28 maggio 2021 n. 76, per come modificato dall'articolo 1, comma 1, lettera b), del decreto legge 26 novembre 2021 n. 172, convertito nella legge 21 gennaio 2022 n. 3, e successive modificazioni, nella parte in cui dispone che <<Per il periodo di sospensione dall'esercizio della professione sanitaria non sono dovuti la retribuzione né altro* ²⁴

compenso o emolumento, comunque denominato>>, per contrasto con i principi di ragionevolezza e di proporzionalità, di cui all'articolo 3 della Costituzione, anche in riferimento alla violazione dell'articolo 2 della Costituzione" (ord. 16 giugno 2022, n. 1397).

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

Inoltre, ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, per contrasto con il dettato degli articoli 2 e 3 della Costituzione, dell'articolo 4 ter comma 3 del D.L. n. 44/2021 conv. dalla legge 28 maggio 2021 n. 76 nella parte in cui nel prevedere che *"Per il periodo di sospensione, non sono dovuti la retribuzione né altro compenso o emolumento, comunque denominati"* esclude in favore del personale di cui al comma 1 lettera c) dell'art. 4 ter citata disposizione, nel periodo di disposta sospensione, l'erogazione dell'assegno alimentare previsto dall'art. 82 del D.P.R n. 3/1957 e dall'art. 68 CCNL del comparto sanità. Contestualmente, il Tribunale di Brescia, con separata ordinanza del 7/5/2022, in attuazione del contemperamento del carattere accentratore del sindacato di costituzionalità con il principio di effettività della tutela giurisdizionale, ha concesso provvedimento cautelare interinale in attesa del giudizio di costituzionalità (cfr. Corte Costituzionale, sent. 2018/n. 10) limitato alla concessione di assegno alimentare ex art. 82, dPR 1957/n. 3.

Anche il Tribunale di Catania, con ord. 14/3/2022, ha sottoposto alla Corte costituzionale la questione di legittimità della normativa citata in ordine alla esclusione in favore del pubblico dipendente esercente una professione sanitaria o di interesse sanitario nel periodo di sospensione ex art. 4 d.l. cit. l'erogazione ²⁵

dell'assegno alimentare, comunque denominato, previsto dalla legge o dalla contrattazione collettiva di categoria in caso di sospensione cautelare o disciplinare,

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

*

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

sul piano economico, con gravità variabile nei casi concreti ma pur sempre elevata, poiché la soppressione di ogni forma di sostegno economico per un periodo di tempo consistente e potenzialmente indeterminato determina effetti pregiudizievoli e irreparabili per la soddisfazione delle essenziali esigenze di vita del/la dipendente – v. art. 36 Cost. - che non abbia adempiuto all'obbligo vaccinale. Tra altro il/la dipendente sospeso/a dal servizio è impossibilitato/a a procurarsi altrimenti il reddito necessario per attendere alle ordinarie esigenze di vita, per via della conservazione dello *status* di dipendente pubblico e della conservazione del posto di lavoro, previste quali effetti dell'atto di accertamento. La privazione automatica e assoluta di ogni forma di sostegno economico per l'intera durata del periodo di sospensione dal servizio, senza possibilità di prevedere adeguate misure di sostegno economico, è stata inoltre denunciata come irragionevole e sproporzionata anche in riferimento al principio di tutela della dignità dell'individuo, di cui all'articolo 2 della Costituzione;

sul piano personale, per la protratta privazione della propria specifica professionalità lavorativa, per un periodo di tempo ²⁶

consistente e potenzialmente indeterminato, foriera anch'essa di effetti pregiudizievoli e irreparabili.

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

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

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

Precisa la nota, che le disposizioni emergenziali esauriscono la loro validità al 31 agosto 2022 e, in assenza di ulteriori specifiche 27

proroghe o rinnovi, non prolungano i loro effetti nel prossimo anno scolastico 2022/2023.

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

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

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

P.Q.M.

in accoglimento della cautela chiesta dalla parte ricorrente, ne ordina all'Amministrazione convenuta la reintegrazione nelle mansioni antecedenti la sospensione dallo svolgimento della prestazione, previa sottoposizione a tampone secondo modalità e tempistica adottati dall'Amministrazione, in condizioni di parità. Ordina altresì l'immediato pagamento delle retribuzioni arretrate, oltre rivalutazione monetaria e interessi legali.

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

Siena, 20/8/2022

Il giudice Delio Cammarosano