



Numero 1 / 2022

Elisa Puccetti

**L'interpretazione costituzionalmente
orientata per disapplicare (*rectius*: violare)
una norma**

L'interpretazione costituzionalmente orientata per disapplicare (*rectius*: violare) una norma

Elisa Puccetti

Avvocata giuslavorista

Sommario: 1. Il dibattito dottrinale sugli effetti della mancata vaccinazione nei rapporti di lavoro 2. Le sospensioni dal lavoro disposte per ragioni di sicurezza e relative pronunce 3. L'introduzione dell'obbligo vaccinale per determinate categorie di lavoratori 4. L'orientamento della giurisprudenza, amministrativa e ordinaria 5. La (sconcertante) ordinanza del Tribunale di Velletri

1. Il dibattito dottrinale sugli effetti della mancata vaccinazione nei rapporti di lavoro

Successivamente all'avvio della campagna vaccinale, nel gennaio 2021, si è aperto in dottrina un vivace dibattito sugli effetti della mancata vaccinazione nei rapporti di lavoro.

In particolare, la prima questione affrontata dalla dottrina concerne la configurabilità o meno di un obbligo vaccinale in virtù delle norme che regolamentano il contratto di lavoro.

Alcuni autori si sono espressi per la configurabilità di un simile obbligo richiamando sia le disposizioni generali in materia di sicurezza sul

lavoro¹ (l'art. 2087 c.c. per il datore di lavoro² e l'art. 20, D.Lgs. n. 81/2008 per il lavoratore³) sia la specifica disciplina concernente il rischio di esposizione a particolari agenti biologici⁴ (l'art. 279, D.Lgs. 81/2008⁵).

L'obbligatorietà del vaccino è per altra dottrina configurabile solo ove l'infezione da Covid costituisca un rischio specifico dell'attività lavorativa⁶ o, sempre in relazione alle mansioni espletate, la vaccinazione possa costituire un dovere di protezione integrante gli obblighi gravanti sul lavoratore⁷.

¹ Cfr. P. ICHINO, *Perché e come l'obbligo di vaccinazione può nascere anche solo da un contratto di diritto privato*; L. MENGHINI, *Covid, sicurezza, vaccini: rappresentanze e partecipazione*; G. CAZZOLA, *Un dibattito surreale*, tutti in *Lav. Dir. Eur.* 2021/1; L. DE ANGELIS e A. DE MATTEIS, entrambi in *Labor, Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro*; R. RIVERSO, *L'obbligo del vaccino anti Covid nel rapporto di lavoro tra principio di prevenzione e principio di solidarietà* in *Questione Giustizia*, 18 gennaio 2021. Si veda, altresì, L. PAPA – N. A. MAGGIO, *COVID 19: Il vaccino e le notti insonni del datore di lavoro. Quando finisce la libertà del lavoratore ed inizia quella del suo collega*, in *Lav. Dir. Eur.* 2021/1 che hanno direttamente evocato l'art. 32, Cost. come interpretato nella sentenza n. 218/1994 con cui la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 5, L. n. 135/1990 «nella parte in cui non prevede gli accertamenti sanitari dell'assenza di sieropositività all'infezione da HIV come condizione per l'espletamento di attività che comportano rischi per la salute dei terzi».

² Come noto, tale norma impone al datore di lavoro l'adozione di misure di sicurezza volte a tutelare l'integrità psico-fisica dei lavoratori e, secondo un pacifico orientamento giurisprudenziale, obbliga il datore ad adottare sia le misure previste dalla legge o fonti equiparate sia quelle, c.d. innominate, desumibili da «*conoscenze sperimentali e tecniche*» (cfr., tra le più recenti, Cass. 21 settembre 2021, n. 25597; Cass. 19 giugno 2020, n. 12041; Cass. 26 giugno 2019, n. 17129).

³ Norma che impone al lavoratore, oltre a specifici comportamenti (tra i quali l'osservanza delle misure di sicurezza predisposte dal datore di lavoro, il corretto utilizzo delle attrezzature, l'appropriato uso dei dispositivi di sicurezza), il più generale obbligo di «*prendersi cura della propria salute e sicurezza e di quella delle altre persone presenti sul luogo di lavoro, su cui ricadono gli effetti delle sue azioni o omissioni*».

⁴ Cfr. P. ICHINO, op. cit.; R. GUARINIELLO, *Covid-19: l'azienda può obbligare i lavoratori a vaccinarsi?* in *Ipsos Quotidiano*, 28 dicembre 2020; R. RIVERSO, op. cit.

⁵ Per i lavoratori esposti ad agenti biologici, detta norma prevede la messa a disposizione di vaccini efficaci, e relativa informazione ai lavoratori «*sui vantaggi ed inconvenienti della vaccinazione e della non vaccinazione*», e l'allontanamento temporaneo dei lavoratori (non vaccinati).

⁶ Così per i laboratori di analisi e per le strutture sanitarie, cfr. G. PELLACANI, *La vaccinazione contro il Coronavirus (SARS-CoV-2) negli ambienti di lavoro tra norme generali in tema di prevenzione e tutela della salute e sicurezza, disciplina emergenziale per la pandemia COVID-19 e prospettive di intervento del legislatore*, in *Lav. Dir. Eur.* 2021/1.

⁷ Così per le strutture sanitarie ed assistenziale, cfr. O. MAZZOTTA, [Vaccino anti-covid e rapporto di lavoro](#), in *Lav. Dir. Eur.* 2021/1; L. ZOPPOLI, in *Labor, Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro*; D. ALFONSI, *Vaccinazione e rapporto di lavoro: prospettive di analisi*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2021, 5, 1028.

Altri autori ritengono invece che, data la riserva di legge prevista dall'art. 32, Cost. per i trattamenti sanitari obbligatori, la vaccinazione non possa costituire un obbligo per il lavoratore bensì un onere per l'espletamento delle proprie mansioni, onere sempre discendente dalla normativa in materia di sicurezza sul lavoro⁸.

Infine, l'orientamento maggioritario ha ritenuto che la riserva di legge sancita dall'art. 32, Cost. richieda una norma *ad hoc* rendendo così inconfigurabile, in virtù della mera disciplina sulla sicurezza del lavoro, tanto un obbligo quanto un onere vaccinale per il lavoratore⁹.

La seconda questione affrontata nel dibattito dottrinale *de quo* concerne proprio le conseguenze della mancata vaccinazione sul rapporto di lavoro.

Nulla quaestio per gli autori che ritengono configurabile, in generale o in specifici contesti lavorativi, un obbligo o un onere vaccinale cui consegue, naturalmente, la facoltà datoriale di sospendere dal servizio (senza alcun trattamento retributivo) i lavoratori che rifiutino immotivatamente la vaccinazione disquisendosi solo sulla configurabilità¹⁰ o meno¹¹ di una responsabilità disciplinare.

La facoltà di sospensione del rapporto di lavoro è altresì riconosciuta dall'opposto orientamento che, pur affermando il diritto del

⁸ Cfr. C. CESTER e F. FERRARO, entrambi in *Labor, Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro*; C. PISANI, [Il vaccino per gli operatori sanitari obbligatorio per legge è requisito essenziale per la prestazione](#) in *Lav. Dir. Eur.*, 2021/2.

⁹ Cfr. V. POSO, A. MARESCA, P. ALBI, V. FERRANTE, S. BELLOMO, A. PERULLI, E. GRAGNOLI e R. ROMEI, tutti in *Labor, Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro*; L. TASCHINI, [Il vaccino anti Covid nel rapporto di lavoro. Dalle prime pronunce di merito al d.l. n. 44 del 2021](#) in *Lav. Dir. Eur.*, 2021/2; P. PASCUCCI, *SARS-CoV-2 e obbligo dei lavoratori di vaccinarsi*; M. VERZARO, [Solo la norma può sancire gli effetti](#) e A. DELOGU, *La rilevanza sotto il profilo oggettivo della mancata vaccinazione dei lavoratori e alcune brevi spigolature sul concetto di idoneità alla mansione*, tutti in *Lav. Dir. Eur.* 2021/3; M. LOVO, *Rifiuto del vaccino anti-Covid 19: quali conseguenze sul rapporto di lavoro?* in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2021, 2, 591; V. MAIO, *Licenziamento e vaccino anti Covid-19. Perché serviva il decreto legge n. 44 del 2021 per obbligare gli operatori sanitari e cosa cambia ora*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2021, 2, 292.

¹⁰ Cfr. L. DE ANGELIS, op. cit.; R. RIVERSO, op. cit.; G. CAZZOLA, op. cit.; G. PELLACANI, op. cit.; C. CESTER, op. cit.

¹¹ Cfr. L. MENGHINI, op. cit.; F. FERRARO, op. cit.; C. PISANI, op. cit.

lavoratore di non sottoporsi (per qualsiasi ragione, comprese le proprie convinzioni personali) a vaccinazione, ritiene legittimo il rifiuto della prestazione ove incompatibile con le esigenze di sicurezza del lavoro sì da rendere il lavoratore inidoneo alla mansione¹².

Altro orientamento, del tutto minoritario, nega detta facoltà di sospensione rilevando come l'insussistenza di un obbligo vaccinale ne precluda pure la valutazione ai fini dell'idoneità alla mansione¹³ e come il datore di lavoro non possa nemmeno accedere, per ragioni di *privacy*, ai dati concernenti la vaccinazione¹⁴.

2. Le sospensioni dal lavoro disposte per ragioni di sicurezza e relative pronunce

Il dibattito è presto sfociato nelle aule di giustizia¹⁵.

Già prima dell'introduzione dell'obbligo vaccinale (cfr. successivo paragrafo), i datori di lavoro operanti nei contesti più esposti alla diffusione del contagio, come quelli dei servizi sanitari ed assistenziali, hanno disposto il collocamento in ferie e la sospensione dal servizio del

¹² Cfr. V. POSO, op. cit.; A. MARESCA, op. cit.; P. ALBI, op. cit.; V. FERRANTE, op. cit.; S. BELLOMO, op. cit.; E. GRAGNOLI, op. cit.; R. ROMEI, op. cit.; P. PASCUCCI, op. cit.; A. DELOGU, op. cit.; M. LOVO, op. cit.; V. MAIO, op. cit. In termini analoghi, cfr. R. PESSI – A. D. ZUMBO, in *Labor, Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro*; M. MARAZZA, *Gli effetti giuslavoristici della mancata vaccinazione* in *Giustizia Civile.com*; M. MARINELLI, *Il vaccino anti covid-19 e l'obbligazione di sicurezza del datore di lavoro*, in *Lav. Giur.*, 2021, 4, 329.

¹³ Cfr. M. VERZARO, op. cit., per il quale l'idoneità alla mansione deve essere valutata sulla base delle sole misure di sicurezza previste dal protocollo per il contrasto e il contenimento della diffusione del COVID-19 negli ambienti di lavoro dell'aprile 2020 (e successivi aggiornamenti) recepito dall'art. 29 *bis*, D.L. n. 83/2020 e A. PERULLI, op. cit., il quale ritiene che un lavoratore, già ritenuto idoneo alla luce delle misure precauzionali previste in tale protocollo, non possa divenire inidoneo in virtù della sopravvenuta disponibilità dei vaccini negando così il criterio della massima sicurezza tecnologicamente possibile che impronta, come noto, l'art. 2087 c.c. e relativa disciplina speciale.

¹⁴ Cfr. L. TASCHINI, op. cit. Il riferimento è evidentemente inconferente dato che il giudizio di inidoneità alla mansione è espresso dal medico competente che nell'esercizio delle proprie funzioni ha libero (quanto ovvio) accesso ai dati sanitari.

¹⁵ Per una ricognizione delle pronunce, cfr. A. DE MATTEIS, *Dal Tribunale di Belluno al Consiglio di Stato 20 ottobre 2021 n. 7045. Uno sguardo sulla giurisprudenza in tema di obbligo di vaccino* in *Labor*, 5 novembre 2021.

personale non vaccinato per esigenze di sicurezza dei lavoratori e degli utenti.

La giurisprudenza ha ritenuto legittimo tale *modus operandi* in quanto conforme alla citata disciplina sulla sicurezza del lavoro.

Nei casi in cui la sospensione del rapporto di lavoro era stata disposta in assenza di un giudizio di inidoneità del medico competente, i giudici hanno comunque richiamato le norme generali¹⁶ in materia di sicurezza sul lavoro (art. 2087 c.c. e/o art. 20, D.Lgs. n. 81/2008) e la disciplina speciale sul rischio di esposizione ad agenti biologici, come integrata dall'art. 4, D.L. n. 125/2020 in attuazione della Direttiva UE 2020/739¹⁷.

A fortiori, nei casi in cui la sospensione era conseguente ad un giudizio di inidoneità del medico competente ovvero al rifiuto di sottoporsi alla relativa visita, la giurisprudenza ha ritenuto il provvedimento datoriale imposto, e non solo consentito, dalla citata disciplina in materia di sicurezza¹⁸.

In tali pronunce, tutte concernenti operatori socio-sanitari dipendenti da residenze per anziani, i giudici hanno poi escluso il diritto ad una diversa collocazione lavorativa sia alla luce delle deduzioni datoriale circa l'insussistenza di mansioni non comportanti rischi di diffusione del virus sia per l'omessa allegazione da parte dei lavoratori di diverse e specifiche mansioni utili¹⁹.

¹⁶ Cfr. Trib. Belluno, 19 marzo 2021, in *Dir. Rel. Ind.*, 2021, 3, 812, con nota di M. BIASI, *La collocazione in ferie del personale socio-sanitario renitente al vaccino anti-Covid: un (più che) ragionevole compromesso*; Trib. Modena 19 maggio 2021 e Trib. Modena, 23 luglio 2021, rispettivamente in *DeJure* e in *Dir. Rel. Ind.*, 2021, 4, 1149, con nota di M. BIASI, *Ancora sul personale socio-sanitario renitente al vaccino anti-Covid: la legittimità della sospensione senza retribuzione disposta anteriormente al d.l. n. 44/2021*.

¹⁷ Cfr. Trib. Rovigo 21 gennaio 2021, in *DeJure*.

¹⁸ Cfr. [Trib. Treviso 14 giugno 2021](#), in *Law. Dir. Eur.* 2021/3; Trib. Roma 28 luglio 2021 e Trib. Ferrara 7 agosto 2021, in *De Agostini Professionale, Corti di Merito*; Trib. Roma, 20 agosto 2021 in *Guida Lav.*, 2021, 37, 23 con nota di C. PISANI, *Legittima la sospensione del sanitario no-vax in attesa di comunicazione ASL*.

¹⁹ Cfr. Trib. Modena cit.; Trib. Treviso cit.; Trib. Ferrara cit.

3. L'introduzione dell'obbligo vaccinale per determinate categorie di lavoratori

Constatata una non trascurabile "esitazione vaccinale" proprio nei settori a più elevato rischio di contagio e diffusione del virus, il legislatore, con l'art. 4, D.L. n. 44/2021, ha introdotto l'obbligo vaccinale per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario²⁰.

La norma, al dichiarato «*fine di tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza*», prevede per tali lavoratori l'obbligo di sottoporsi a vaccinazione²¹ precisando che «*la vaccinazione costituisce requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative dei soggetti obbligati*» (cfr. art. 4, comma 1, D.L. n. 44/2021).

Il legislatore ha quindi previsto, all'esito della procedura di accertamento dell'inosservanza di tale obbligo²², l'adibizione «*ove possibile*» a mansioni, anche inferiori (e «*con il trattamento corrispondente alle mansioni*

²⁰ Tra i molti commenti, cfr. E. GRAGNOLI, *L'epidemia, la vaccinazione, il rifiuto e l'ultimo provvedimento normativo*; C. PISANI, *Il vaccino per gli operatori sanitari obbligatorio per legge è requisito essenziale per la prestazione*; A. PATANÈ, *La costituzionalità dell'obbligo vaccinale all'interno del difficile equilibrio tra tutele e vincoli nello svolgimento dell'attività lavorativa*; M. VERZARO, *Ecce lex! L'obbligo di vaccinazione per gli operatori sanitari*, tutti in [Lav. Dir. Eur., 2021/2](#); M. DE LUCA, *Tutela della salute nel lavoro: fra tradizione ed innovazioni al tempo del Covid-19*; F. FERRARO, *Sulle conseguenze della mancata vaccinazione dopo il d.l. 44*, entrambi in *Lav. Dir. Eur.*, 2021/3; I. A. NICOTRA, *Diritto alla salute, obbligo vaccinale e diritto al lavoro. Alla ricerca di un delicato bilanciamento nel tempo dell'emergenza permanente* in *Lav. Dir. Eur.*, 2021/4; R. RIVERSO, *Note in tema di individuazione dei soggetti obbligati ai vaccini a seguito del decreto legge n. 44/2021* in *Questione Giustizia*; A. MATTEI, *Obbligo vaccinale e rapporto di lavoro*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT* – 442/2021.

²¹ Salvi i casi di «*accertato pericolo per la salute*» che consentono l'omissione o il differimento della vaccinazione (cfr. art. 4, comma 2, D.L. n. 44/2021).

²² Procedura che nella versione originaria della norma prevedeva *i*) la trasmissione alla Regione o provincia autonoma sia dei propri iscritti da parte degli ordini professionali sia dei propri dipendenti da parte delle strutture sanitarie (e assimilate), *ii*) la verifica dello stato vaccinale da parte della Regione o provincia autonoma, *iii*) la segnalazione (sempre da parte di Regione o provincia) dei non vaccinati all'azienda sanitaria locale di residenza, *iv*) l'invito da parte dell'azienda sanitaria a presentare la documentazione attestante la vaccinazione, la prenotazione o l'esenzione e, in caso di omessa presentazione, l'invito (sempre da parte dell'azienda sanitaria) a sottoporsi a vaccinazione e presentare la relativa documentazione, *v*) l'accertamento dell'inosservanza dell'obbligo vaccinale in caso di mancata presentazione della documentazione e relativa comunicazione al datore di lavoro ed all'ordine professionale (cfr. art. 4, commi 3-6, D.L. n. 44/2021).

esercitate»), che «*non implicano rischi di diffusione del contagio*» e, in caso di indisponibilità di mansioni alternative, la sospensione dal rapporto di lavoro e da ogni trattamento economico sino all'assolvimento dell'obbligo vaccinale (cfr. art. 4, commi 8-9, D.L. n. 44/2021).

Sospensione dal servizio che non è invece prevista per i lavoratori impossibilitati (per motivi di salute) alla vaccinazione ai quali è comunque garantita l'adibizione ad altre mansioni, «*anche diverse*» ma «*senza decurtazione della retribuzione*», tali da «*evitare il rischio di diffusione del contagio da SARS-CoV-2*» (cfr. art. 4, comma 10, D.L. n. 44/2021).

La procedura di accertamento dell'inosservanza dell'obbligo vaccinale e le relative conseguenze sono state modificate dal D.L. n. 172/2021 che ha semplificato e velocizzato l'*iter*²³ ed ha previsto l'adibizione a diverse mansioni solo per i lavoratori esentati dall'obbligo vaccinale (cfr. art. 4, commi 5 e 7, D.L. n. 44/2021).

Il periodo di sospensione dal servizio, sempre correlato all'adempimento dell'obbligo vaccinale, è stato prorogato da tale decreto sino al 15 giugno 2022 (cfr. art. 4, comma 5, D.L. n. 44/2021).

Con tale decreto ed altri, anteriori e successivi, il legislatore ha poi esteso l'obbligo vaccinale ad altre categorie professionali²⁴ (cfr. artt. 4 *bis* e 4 *ter*, D.L. n. 44/2021) sempre prevedendo la sospensione del rapporto di

²³ L'attuale procedura accentra la procedura in capo agli ordini professionali ai quali è demandata *i*) la verifica dello stato vaccinale, *ii*) l'invito a presentare la documentazione attestante la vaccinazione, la prenotazione o l'esenzione, *iii*) l'accertamento dell'inosservanza dell'obbligo vaccinale in caso di mancata presentazione della documentazione e relativa comunicazione al datore di lavoro ed all'ordine professionale (cfr. art. 4, commi 3-4, D.L. n. 44/2021).

²⁴ In particolare, l'obbligo vaccinale è stato esteso con il D.L. n. 122/2021 a tutti i soggetti a qualsiasi titolo operanti presso strutture residenziali, socio-assistenziali, sociosanitarie, hospice, strutture semiresidenziali e strutture che ospitano persone in situazione di fragilità (cfr. art. 4 *bis*, comma 1, D.L. n. 44/2021), con il D.L. n. 172/2021 al personale *i*) scolastico, *ii*) del comparto della difesa, sicurezza e soccorso pubblico, della polizia locale e dei servizi di sicurezza, *iii*) a qualsiasi titolo operante presso strutture sanitarie e socio-sanitarie, *iv*) operante a qualsiasi titolo all'interno degli istituti penitenziari per adulti e minori (cfr. art. 4 *ter*, comma 1, D.L. n. 44/2021), con il D.L. n. 1/2022 al personale delle università, delle istituzioni di alta formazione artistica, musicale e coreutica e degli istituti tecnici superiori (cfr. art. 4 *ter*, comma 1 *bis*, D.L. n. 44/2021).

lavoro (e relativa retribuzione) sino all'assolvimento dell'obbligo vaccinale con esclusione dell'onere di adibizione ad altre mansioni (cfr. art. 4 *bis*, comma 4 ed art. 4 *ter*, comma 3, D.L. n. 44/2021).

Nei suoi primi commenti, la dottrina si è espressa per la legittimità costituzionale dell'art. 4, D.L. n. 44/2021²⁵ ritenendo l'obbligo vaccinale sancito per il personale sanitario e sociosanitario conforme ai principi sanciti dalla Consulta nella materia *de qua*²⁶.

4. L'orientamento della giurisprudenza, amministrativa e ordinaria

L'introduzione dell'obbligo vaccinale ha determinato, quale "reazione avversa", l'incremento del contenzioso.

In primis, si è pronunciata la giurisprudenza amministrativa adita per l'annullamento di provvedimenti di accertamento dell'inosservanza dell'obbligo vaccinale.

Con un orientamento unanime i Tribunali Amministrativi Regionali hanno respinto i ricorsi ritenendo manifestamente infondati i profili di illegittimità costituzionale paventati dai ricorrenti²⁷.

²⁵ Cfr. I. A. NICOTRA, op. cit.; L. TASCHINI, op. cit.; V. MAIO, op. cit.; A. PATANÈ, op. cit.; M. DE LUCA, op. cit.

²⁶ Nella recente sentenza n. 5/2018, richiamando le proprie precedenti pronunce, la Consulta ha ribadito 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; se si prevede che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che è obbligato, salvo che per quelle sole conseguenze che appaiano normali e, pertanto, tollerabili; e se, nell'ipotesi di danno ulteriore, sia prevista comunque la corresponsione di una equa indennità in favore del danneggiato, e ciò a prescindere dalla parallela tutela risarcitoria (sentenze n. 258 del 1994 e n. 307 del 1990)*» precisando altresì che «*il contemperamento di questi molteplici principi lascia spazio alla 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. 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)*».

²⁷ Cfr. *ex pluribus*, T.A.R. Friuli-Venezia Giulia Trieste, sez. I, 10 settembre 2021, n. 262 in *Giornale Dir. Amm.*, 2022, 1, 120 con nota di D. DONATI, *La legittimità dell'obbligo vaccinale per gli operatori sanitari*; T.A.R. Lazio Roma, sez. III *quater*, 10 novembre 2021, n.

Tale orientamento ha avuto l'avallo del Consiglio di Stato che, con la sentenza n. 7045/2021, ha puntualmente confutato tanto le argomentazioni di "ordine scientifico" sulla presunta mancanza di efficacia o sicurezza dei vaccini²⁸ tanto quelle di "ordine giuridico" afferenti alla pretesa violazione degli artt. 3 e 52, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e dell'art. 8, CEDU²⁹ nonché degli artt. 1, 2, 3, 4, 9, 32, 33, 35 e 36, Cost.³⁰.

In particolare, con specifico riferimento alla lamentata violazione del diritto al lavoro, il Consiglio di Stato ha ritenuto la censura manifestamente infondata rilevando come la norma, nel qualificare la vaccinazione requisito essenziale per l'esercizio della professione sanitaria, risponda sia ad «*un preciso obbligo di sicurezza e di protezione dei lavoratori sui luoghi di lavoro*» sia «*al principio, altrettanto fondamentale, di sicurezza delle cure, rispondente ad un interesse della collettività*». Interesse della collettività che, «*nelle attuali condizioni epidemiologiche*», il Consiglio di Stato ha ritenuto «*sicuramente prevalente ... sul diritto al lavoro*»³¹.

Con un orientamento altrettanto uniforme, la giurisprudenza ordinaria ha respinto i ricorsi promossi da personale sanitario o sociosanitario sospeso dal servizio in virtù dell'art. 4, D.L. n. 44/2021.

Al di là di alcune pronunce concernenti profili procedurali³², la giurisprudenza ha ritenuto manifestamente infondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate dai lavoratori essenzialmente rilevando

11543; T.A.R. Puglia Lecce, sez. II, 19 novembre 2021, n. 1685; T.A.R. Sicilia Palermo, sez. II, 7 gennaio 2022, n. 30; T.R.G.A. Trentino-Alto Adige Bolzano, 28 gennaio 2022, n. 26, tutte in *De Agostini Professionale, Consiglio di Stato e TAR*.

²⁸ Cfr. C. Stato, sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045, in *De Agostini Professionale, Consiglio di Stato e TAR*, paragrafi 25-29.

²⁹ Cfr. C. Stato n. 7045/2021 cit., paragrafi 36-38, oltre ai paragrafi 30-34 di inquadramento sistematico della materia.

³⁰ Cfr. C. Stato n. 7045/2021 cit., paragrafi 41-48.

³¹ Cfr. C. Stato n. 7045/2021 cit., paragrafo 48.

³² Cfr. Trib. Milano 15 settembre 2021, in *DeJure*, che ha ritenuto illegittimo il provvedimento di sospensione adottato in violazione della procedura di accertamento dell'inosservanza dell'obbligo vaccinale ex art. 4, commi 3-6, D.L. n. 44/2021 e Trib. Milano 26 novembre 2021, inedita, che ha ritenuto illegittima la sospensione dal lavoro disposta in pendenza di un periodo di congedo ex lege 104/1992.

come il diritto alla salute dei soggetti fragili e, più in generale, l'interesse alla salute della collettività debbano ritenersi prevalenti rispetto alla libertà di non sottoporsi a vaccinazione del personale sanitario e socio-sanitario, libertà peraltro riconosciuta dalla norma *de qua* che, in caso di omessa vaccinazione, semplicemente dispone la temporanea sospensione dal servizio³³.

La giurisprudenza ha altresì rilevato come la sospensione dal servizio del personale non vaccinato sia rispondente alla disciplina in materia di sicurezza sul lavoro e, quindi, volta a tutelare la sua stessa salute³⁴.

In ordine all'adibizione ad altre mansioni il personale non vaccinato (per libera scelta), ove vigente *ratione temporis*, la giurisprudenza ha ritenuto che non comporti alcun onere datoriale di apportare modifiche al proprio assetto organizzativo³⁵ e che, in sede di ricollocazione, debba essere accordata priorità al personale esentato dalla vaccinazione per motivi di salute³⁶.

5. La (sconcertante) ordinanza del Tribunale di Velletri

In tale scenario si colloca l'ordinanza in commento.

Il Tribunale di Velletri, chiamato a pronunciarsi su un provvedimento di sospensione dal servizio adottato da un'azienda sanitaria nei confronti di un'infermiera non vaccinata, dopo aver disposto

³³ Cfr. Trib. Belluno 6 maggio 2021, in *Dir. Rel. Ind.*, 2021, 3, 812, con nota di M. BIASI cit.; Trib. Verona 24 maggio 2021, in *De Agostini Professionale, Corti di Merito*, Trib. Matera 30 novembre 2021; Trib. Arezzo 30 novembre 2021; Trib. Roma 8 dicembre 2021; Trib. Catanzaro 17 dicembre 2021, tutte in *DeJure*; Trib. Como, 7 gennaio 2022, in *De Agostini Professionale, Corti di Merito*.

³⁴ Cfr. Trib. Matera cit.; Trib. Arezzo cit.; Trib. Como cit.

³⁵ Cfr. Trib. Roma cit. che, quanto al relativo onere probatorio, ha ritenuto inapplicabili, per inconferenza, i principi sanciti circa l'obbligo di *repêchage* richiedendo così specifiche deduzioni da parte del lavoratore.

³⁶ Cfr. Trib. Genova 6 ottobre 2021, in *DeJure*.

la reintegra in servizio con un decreto *inaudita altera parte*³⁷, ha accolto il ricorso *ex art. 700 c.p.c.* disponendo la revoca del provvedimento di sospensione ed ordinando all'amministrazione di affidare alla lavoratrice «*compiti compatibili per il tipo o per le modalità di svolgimento con l'esigenza di tutelare la salute pubblica e adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza*».

In particolare, invocando il principio dell'interpretazione costituzionalmente orientata il giudice ha ritenuto che «*non in tutti i casi la prestazione degli operatori di interesse sanitario non vaccinati è vietata, ma solo laddove quest'ultima inciderebbe sulla salute pubblica e su adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza*».

Con ciò il Tribunale ha evidentemente ignorato il tenore letterale della norma nella versione vigente alla data di adozione dell'ordinanza.

A differenza della originaria formulazione³⁸, l'art. 4, comma 5, D.L. n. 44/2021, come modificato dal D.L. n. 172/2021, in caso di omessa vaccinazione prevede la «*sospensione dall'esercizio delle professioni sanitarie*».

La volontà del legislatore è pertanto inequivocabile nel sancire il divieto di esercizio delle professioni sanitarie in termini generali ed astratti senza facoltà alcuna di valutazione contraria correlata alle peculiarità del caso concreto.

Divieto che, a prescindere da ogni considerazione circa la sua conformità o meno ai principi costituzionali, preclude al giudice ordinario l'adozione di un provvedimento, come quello *de quo*, di revoca del provvedimento di sospensione dal servizio.

Preclusione che, contrariamente a quanto ritenuto dal Tribunale di Velletri, non può essere superata in virtù del principio di interpretazione

³⁷ Cfr. Trib. Velletri, decr. 22 novembre 2021, inedito. Provvedimento adottato «*considerata la rilevanza costituzionale dei diritti compromessi (dignità personale, dignità professionale, ruolo alimentare dello stipendio)*» e «*considerato che la sospensione dal lavoro può costituire solo l'extrema ratio e evento eccezionale in una azienda medio grande*».

³⁸ Che in caso di omessa vaccinazione prevedeva la «*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*» (art. 4, comma 6, D.L. n. 44/2021).

costituzionalmente orientata che, come affermato dalla Consulta, non è percorribile quando detta interpretazione conforme sia incompatibile con il tenore letterale della norma³⁹.

Il giudice ha inoltre ritenuto che la sospensione non fosse nemmeno preclusa dalla mancata previsione, a seguito delle modifiche apportate dal D.L. n. 172/2021, dell'onere di ricollocamento rilevando che la precedente formulazione della norma era «*superflua*», trattandosi di un principio generale del diritto del lavoro, per cui il legislatore non avrebbe «*ripetuto una formulazione inutile*» e che l'omissione sarebbe comunque superabile estendendo, sempre in virtù del principio di interpretazione costituzionalmente orientata, ai lavoratori non vaccinati per libera scelta l'onere di ricollocazione previsto per i lavoratori esentati dalla vaccinazione.

Al di là di ogni considerazione di merito, l'argomentazione è nuovamente fallace nel metodo.

Il tenore letterale della norma e, soprattutto, le diverse formulazioni susseguitesi nel tempo escludono categoricamente la percorribilità dell'interpretazione conforme prospettata dal Tribunale.

Con il D.L. n. 172/2021 il legislatore ha infatti inteso distinguere la posizione dei lavoratori esentati dalla vaccinazione, per i quali ha confermato l'onere di adibizione a diverse mansioni, da quella dei lavoratori non vaccinati, per i quali ha invece disposto la sospensione dal servizio senza alcun onere di adibizione ad altre mansioni.

A prescindere da ogni disquisizione circa la superfluità della norma sull'adibizione ad altre mansioni rispetto ad un "principio generale" del diritto del lavoro, la volontà del legislatore è inequivocabile nel senso di superare l'originaria versione della norma ed escludere l'onere di ricollocazione del personale non vaccinato.

³⁹ Cfr. tra le più recenti: C. Cost., 23 ottobre 2019, n. 221; C. Cost., 16 novembre 2018, n. 207; C. Cost., 14 dicembre 2017, n. 268.

Ciò che nuovamente precludeva l'adozione del provvedimento *de quo* imponendo al giudice, in conformità ai principi espressi dalla Consulta circa i limiti dell'interpretazione conforme, di valutare eventuali profili di incostituzionalità e, in caso di ritenuta loro non manifesta infondatezza, di sollevare la relativa questione di legittimità costituzionalità innanzi all'(unico) organo competente.

Il giudice, così sostanzialmente “riscritta” la norma, ne ha poi fornito un'erronea applicazione.

In particolare, il Tribunale ha ritenuto che, in virtù del proprio consistente organico, l'azienda sanitaria potesse «agevolmente assegnare alla ricorrente compiti anche di natura amministrativa».

Alla luce di tale rilievo, nonché di generiche quanto teoriche considerazioni circa scoperture di organico ed esigenze sostitutive⁴⁰, il giudice ha escluso ogni rilievo al provvedimento adottato dalla commissione interna circa la non ricollocabilità del personale non vaccinato concludendo che «un'azienda con migliaia di dipendenti, non può non essere in grado di ricollocare la netta minoranza non vaccinata».

Conclusione che sarebbe stata erronea pure nella vigenza dell'originaria formulazione della norma che, come rilevato, prevedeva l'adibizione a diverse mansioni solo «ove possibile»⁴¹.

Peraltro, nel riferimento a mansioni di natura amministrativa il Tribunale non si è nemmeno curato di valutare la fattibilità di una simile

⁴⁰ In particolare, il Tribunale ha rilevato che «siamo di fronte ad una grande azienda che sicuramente avrà mediamente scoperture di organico e, comunque, assenze per malattia, aspettativa, ferie etc, con quell'immane mole di lavoro da effettuare specie in periodi di allarme sanitario, che non può ritenere non proficuamente utilizzabile una prestazione anche amministrativa della ricorrente».

⁴¹ Significativo al riguardo il confronto con la citata pronuncia del Tribunale di Milano (v. precedente nota 32) che, pur avendo accertato l'omesso rispetto della procedura ex art. 4, commi 3-6, D.L. n. 44/2021 e l'omessa valutazione di un impiego alternativo, ha respinto la domanda di riammissione in servizio e, evidentemente ritenendo di non potersi sostituire all'amministrazione nelle valutazioni di propria (ed esclusiva) competenza, non ha neppure disposto l'ordine di adibire la lavoratrice a diverse mansioni.

ricollocazione alla luce della formazione, delle competenze e dell'esperienza professionale della ricorrente.

L'omissione non è certo casuale.

Ove avesse effettuato una simile valutazione, il Tribunale avrebbe presumibilmente escluso una "agevole" ricollocazione considerando che la formazione, le competenze e l'esperienza professionale di un'infermiera sono pressoché incompatibili e, comunque, inadeguate per lo svolgimento di compiti di natura amministrativa, per di più in un'amministrazione delle dimensioni e della complessità dell'azienda convenuta.

Come prevedibile, l'ordinanza in commento è stata riformata in sede di reclamo⁴².

Pur non potendo configurarsi, quanto meno formalmente, un eccesso di potere giurisdizionale⁴³, l'ordinanza *de qua* dovrebbe indurre ad una riflessione non tanto sui limiti dell'interpretazione costituzionalmente orientata, che pure sono qui ampiamente superati, quanto sulla capacità del giudice, nell'ermeneutica giuridica, di controllare la propria «*precomprensione*»⁴⁴.

⁴² Di tale provvedimento, inedito, ha dato notizia l'Unità di Crisi Covid della Regione Lazio con una nota stampa del 27 gennaio 2022, cfr. www.aslroma6.it/comunicati-stampa.

⁴³ Come ribadito da una recente pronuncia delle Sezioni Unite, l'invasione nella sfera del legislatore «*sussiste allorché il giudice speciale abbia applicato non la norma esistente, ma una norma da lui creata, esercitando un'attività di produzione normativa che non gli compete, restando escluso, in linea di principio, che possa trasmodare in eccesso di potere giurisdizionale l'interpretazione della legge (e perfino la sua disapplicazione) che costituisce il proprium della funzione giurisdizionale*» (Cass., sez. un., 23 febbraio 2022, n. 5952).

⁴⁴ Cfr. L. MENGONI, *Interpretazione e nuova dogmatica*, in *Jus*, 1988, pag. 476 e segg.