

Brescia, 24.12.2021

Alla Segreteria Nazionale
Unione Sindacale Italiana Poliziotti
Via Del Castro Pretorio 30

00185 ROMA

OBBLIGO VACCINALE PER LA PREVENZIONE DELL'INFEZIONE DA SARS-COV-2 PER IL
PERSONALE DEL COMPARTO SICUREZZA – PARERE LEGALE

Siamo ad offrire il nostro parere circa l'introduzione dell'obbligo vaccinale per il personale di Polizia. Valuteremo, pertanto, le conseguenze del mancato rispetto di tale prescrizione e la probabilità di dar corso con speranza di successo ad iniziative in sede giudiziaria contro i provvedimenti che verranno assunti nei confronti del personale che si sottragga all'obbligo.

Premesse

È opportuno premettere che al momento della redazione del presente parere non sono stati ancora adottati provvedimenti nei confronti di personale non vaccinato. Pertanto, sarà possibile compiere solo considerazioni di portata generale che prescindano dall'esame di eventuali specifici vizi che potrebbero affliggere, anche in ragione delle peculiarità caratterizzanti ogni specifico caso, l'atto amministrativo di cui sarà destinatario il singolo lavoratore.

È pure d'obbligo evidenziare che ci si limiterà a valutazioni di stretto carattere giuridico avulse da ogni convinzione politica e opinione sociale circa la vaccinazione, la Certificazione Verde Covid-19 e la loro efficacia.

Normativa e procedura di sospensione

Ai sensi del Decreto-legge 26 novembre 2021, n. 172, che ha introdotto nel testo del decreto-legge 1° aprile 2021, n. 44, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 maggio 2021, n. 76, l'art. 4-ter, dal 15 dicembre 2021, è stato esteso al personale del Comparto sicurezza, difesa e soccorso pubblico l'obbligo vaccinale per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2, più specificamente al personale del comparto della sicurezza, difesa e soccorso pubblico, della polizia locale, nonché degli organismi di cui agli articoli 4,

6 e 7 della legge 3 agosto 2007, n. 124 (personale del Dipartimento delle informazioni per la sicurezza, Agenzia informazione e sicurezza interna ed esterna).

Si precisa che l'adempimento dell'obbligo vaccinale comprende il ciclo vaccinale primario, a far data dal 15 dicembre 2021, la somministrazione della successiva dose di richiamo da effettuarsi nel rispetto delle indicazioni e dei termini previsti con circolare del Ministero della salute (art. 3 ter d.l. n. 44/2021).

L'art. 4 ter c. 3 d.l. 44/21 prevede che nei casi in cui non risulti l'effettuazione della vaccinazione anti SARS-CoV-2 o la presentazione della richiesta di vaccinazione nelle modalità stabilite nell'ambito della campagna vaccinale in atto, l'interessato è invitato a produrre entro cinque giorni dalla ricezione dell'invito, la documentazione comprovante l'effettuazione della vaccinazione oppure l'attestazione relativa all'omissione o al differimento della stessa ai sensi dell'articolo 4, comma 2 (*accertato pericolo per la salute, in relazione a specifiche condizioni cliniche documentate, attestate dal medico di medicina generale*), ovvero la presentazione della richiesta di vaccinazione da eseguirsi in un termine non superiore a venti giorni dalla ricezione dell'invito, o comunque l'insussistenza dei presupposti per l'obbligo vaccinale previsti *ex lege*. In caso di presentazione di documentazione attestante la richiesta di vaccinazione, l'interessato è invitato a trasmettere immediatamente e comunque non oltre tre giorni dalla somministrazione, la certificazione attestante l'adempimento all'obbligo vaccinale. In caso di mancata presentazione della documentazione è contestata l'inosservanza dell'obbligo vaccinale per mezzo di immediata comunicazione scritta all'interessato. L'atto di accertamento dell'inadempimento determina l'immediata sospensione dal diritto di svolgere l'attività lavorativa, senza conseguenze disciplinari e con diritto alla conservazione del rapporto di lavoro. Per il periodo di sospensione, non sono dovuti la retribuzione né altro compenso o emolumento, comunque denominati. La sospensione è efficace fino alla comunicazione da parte dell'interessato al datore di lavoro dell'avvio o del successivo completamento del ciclo vaccinale primario o della somministrazione della dose di richiamo, e comunque non oltre il termine di sei mesi a decorrere dal 15 dicembre 2021.

Pertanto, nel periodo di sospensione: non è corrisposto al lavoratore sospeso alcun compenso di carattere fisso e continuativo, né di carattere accessorio o indennitario; le giornate di sospensione non sono utili ai fini previdenziali, di anzianità di servizio e per la maturazione di classi o scatti economici o per l'avanzamento e non concorrono alla maturazione di ferie; non è consentito fruire di istituti di assenza legittima; al dipendente sono

temporaneamente ritirati la tessera di riconoscimento, la placca, l'arma in dotazione individuale e le manette.

Impugnazione dei provvedimenti di sospensione

Circa l'impugnazione del provvedimento si premette che, salvo brevi cenni, si tralascerà di considerare i casi in cui il provvedimento di sospensione sia stato adottato per errore (ad esempio perché il lavoratore sospeso era esente dall'obbligo vaccinale in forza di documentazione medica) o in violazione della procedura amministrativa, o per altro vizio specifico del singolo provvedimento - tutte ipotesi da vagliare esaminando il singolo provvedimento e la personale situazione della persona sospesa. Si valuterà, più in generale, l'impugnabilità di provvedimenti di sospensione formalmente legittimi: conformi alla legge (e quindi non impugnabile per vizi di forma o procedura) e rivolti a personale dotato di uno stato di salute non incompatibile con l'obbligo vaccinale.

Modalità di impugnazione: ricorso al Tar

L'atto di sospensione del lavoratore non vaccinato avrà natura amministrativa e, pertanto, il giudizio circa la sua validità e legittimità sarà rimesso alla giurisdizione dei Tar.

Il processo amministrativo si può sviluppare in due fasi, una eventuale e di natura cautelare - per chiedere che l'efficacia del provvedimento impugnato sia sospesa in attesa del giudizio circa la sua legittimità e validità - e una di merito relativa alla legittimità e validità dell'atto e che potrà concludersi con la sua conferma o col suo annullamento.

I presupposti per l'accoglimento di questa istanza cautelare di sospensiva sono la presumibile fondatezza dei motivi di impugnazione (*fumus*) ed il pericolo che il provvedimento, se non sospeso, rechi danno al ricorrente (*periculum*).

È bene specificare che la procedura amministrativa, per gli evidenti motivi di urgenza impliciti nell'istanza di sospensiva, prevede che alla decisione sull'istanza cautelare si pervenga in tempi molto brevi (indicativamente circa 30 giorni dal deposito del ricorso): la decisione cautelare (ordinanza) - sia essa di accoglimento (che determina la sospensione dell'efficacia) o di rigetto - non fa venir meno l'atto impugnato.

L'esito della fase cautelare è solo provvisorio e, pertanto - ferma l'eventualità che il Tar intenda pronunciarsi con sentenza breve già nel merito della questione - a seguito dell'ordinanza cautelare si aprirà la fase del giudizio di merito che si concluderà con sentenza di rigetto del ricorso e conferma dell'atto impugnato, o di accoglimento con annullamento dell'atto medesimo. La durata della fase di merito potrebbe essere anche di alcuni anni.

Pertanto, considerato l'interesse immediato del lavoratore, la fase cautelare ha rilevanza principale: in caso di rigetto dell'istanza cautelare di sospensiva, gli effetti della sospensione del lavoratore si perpetueranno ed il lavoratore sospeso dovrebbe confidare nell'accoglimento del ricorso all'esito della fase di merito. Infatti, solo in caso di accoglimento del ricorso all'esito della fase di merito, con conseguente annullamento del provvedimento impugnato ma non sospeso in via cautelare con ordinanza sospensiva, potrebbero sussistere i presupposti per richiedere il pagamento degli emolumenti non corrisposti nel periodo di sospensione dal lavoro in base ad un atto dichiarato illegittimo con sentenza.

Bisogna, tuttavia, considerare che, molto probabilmente, la motivazione sottesa ad un eventuale rigetto della istanza cautelare riguarderebbe la carenza di fondatezza dei motivi di ricorso, e, pertanto, è difficilmente ipotizzabile che, rigettata l'istanza di sospensiva, il ricorso possa essere accolto nel merito.

Motivi di impugnazione

Vizi di forma o di procedura

Ipotizzato un provvedimento di sospensione illegittimo per vizi di forma o di procedura impugnato innanzi al Tar e persino sospeso nella sua efficacia, l'Amministrazione potrebbe, comunque, adottare un nuovo provvedimento di sospensione (in sostituzione di quello impugnato e sospeso dal Tar): il lavoratore si troverebbe sospeso in forza del secondo provvedimento rendendo di fatto irrilevante l'esito della prima impugnazione innanzi al Tar.

4

Vizi attinenti alla legittimità - Costituzionalità dell'obbligo vaccinale

Nel caso in cui il provvedimento non sia affetto da vizi di forma o di procedura, ma sia conforme alla legge, la sua illegittimità potrebbe derivare esclusivamente dalla illegittimità della normativa sulla base del quale è stato adottato.

Assumono, quindi, rilievo questioni di carattere generale connesse alle norme sopra brevemente esaminate, ed in particolare sarebbe da sollevarsi la questione di costituzionalità delle norme in forza delle quali saranno adottati i provvedimenti di sospensione.

Attualmente non sussiste un obbligo generale di vaccinazione contro il Covid 19: destinatari di tale obbligo sono solo alcune categorie, tra le quali vi è il personale di Polizia. È, quindi, da valutarsi l'ammissibilità di un obbligo circoscritto.

In proposito si deve richiamare una recente sentenza del Consiglio di Stato 7045/2021, relativa all'obbligo di vaccinazione per il personale sanitario nell'ambito dell'emergenza sanitaria Covid 19.

In quella sede giurisdizionale, i ricorrenti hanno sostenuto che poiché i vaccini sono stati predisposti e sperimentanti in tempi estremamente rapidi, non sarebbero state raggiunte quelle condizioni di sicurezza ed efficacia che devono precedere ed assistere ogni prestazione sanitaria imposta ai sensi dell'art. 32 c. 2 Cost..

A sostegno di tale rilievo, è stato evidenziato che le case farmaceutiche da un lato riconoscerebbero che non sono ancora note le potenzialità e la durata dell'efficacia dei vaccini, la capacità di impedire la trasmissione del virus e la contrazione della malattia, dall'altro ammetterebbero che sono ignote le conseguenze, specie quelle a lungo termine, delle vaccinazioni.

Inoltre, l'immissione in commercio dei vaccini è stata autorizzata dall'EMA mediante il rilascio di autorizzazioni condizionate che, adottate in esito a procedure ben più snelle rispetto a quelle ordinarie, impongono di continuare il monitoraggio e gli studi in ordine all'efficacia e alla sicurezza dei vaccini medesimi e necessitano di essere rinnovate periodicamente, proprio in ragione dei risultati che emergeranno dagli studi.

Con la richiamata sentenza n. 7045/2021, il Consiglio di Stato ha ritenuto di non condividere i rilievi tecnico-scientifici e giuridici sottesi alle contestazioni sopra brevemente riassunte.

Per opportuna sintesi si rinvia alla sentenza citata, nella quale il Consiglio di Stato ha statuito che le risultanze statistiche evidenziano l'esistenza di un bilanciamento rischi/benefici assolutamente accettabile e i danni conseguenti alla somministrazione del vaccino per il SARS-CoV-2 devono ritenersi, considerata l'estrema rarità del verificarsi di eventi gravi e correlabili, rispondenti ad un criterio di normalità statistica. I dati relativi alla drastica riduzione di contagi, ricoveri e decessi, disponibili e resi di pubblico dominio dalle istituzioni e dagli enti sanitari, dimostrano sul piano epidemiologico che la vaccinazione - unitamente alle altre misure di contenimento - si sta dimostrando efficace, su larga scala, nel contenere il contagio e nel ridurre i decessi o i sintomi gravi.

Pertanto, considerata la rilevanza della decisione esaminata, si ritiene di escludere la possibilità di eccepire l'illegittimità di un provvedimento di sospensione di un agente di Polizia, sostenendo la violazione dell'art. 32 della Costituzione per carenza di opportuna conoscenza circa l'efficacia ed i rischi del trattamento sanitario obbligatorio. Ovviamente, tale conclusione è valida fin tanto che i rilievi scientifici su cui si basa - ufficiali e prevalenti - non saranno smentiti da contrari rilievi aventi pari dignità scientifica documentata.

Ciò posto, sulla base dei dati scientifici che affermano la sicurezza delle vaccinazioni, è necessario ponderare se l'obbligo vaccinale è giuridicamente giustificabile.

Ad oggi non si dispone di tutti i dati completi per valutare con certezza assoluta il rapporto rischi/benefici nel lungo periodo. È, quindi, da valutarsi se in assenza di tale grado di sicurezza (assoluto), sia o meno legittimo imporre l'obbligo vaccinale o se sia giuridicamente preferibile rimettere alla libertà dell'individuo la scelta.

Sempre rinviando alla citata sentenza n. 7045/21, si deve dar atto che la giurisprudenza evidenzia da un lato l'impossibilità della scienza di fornire certezze assolute circa la totale assenza di rischio, e dall'altro la gravità dell'emergenza sanitaria anche considerate le caratteristiche del virus (in termini di capacità di variare, di velocità di diffusione, di gravità della malattia e delle sue complicanze).

Residuando sempre un margine di incertezza nell'affrontare l'emergenza epidemiologica in corso, l'adozione dell'obbligo vaccinale è rimesso alla discrezionalità del legislatore il quale deve ponderare la necessità di preservare la salute pubblica e, specialmente, la salute dei soggetti più vulnerabili, ma anche la libertà di autodeterminazione. Si pone, quindi, il problema di decidere quale diritto limitare, se non persino, sacrificare.

Questa scelta discrezionale deve essere esercitata in modo non arbitrario, quindi, in modo ragionevole e proporzionato.

6

Solo in astratto la mancanza di certezza assoluta circa l'assenza di rischio dovrebbe indurre ad escludere la legittimità dell'obbligo vaccinale e dovrebbe portar a ritenere prevalente la tutela della libertà di autodeterminazione rimettendo al singolo la scelta della libertà di vaccinarsi o meno.

Non sfugga, infatti, il paradosso implicito a tale posizione. Per raggiungere la certezza assoluta di assenza di rischio sarebbe necessario attendere la morte di tutti coloro che si stanno attualmente sottoponendo a vaccinazione e verificare l'incidenza della conseguenza indotte dal vaccino sulle cause di morte. Ed anche se fosse possibile una simile indagine, potrebbe essere statisticamente probabile una seppur minima incidenza causale degli effetti del vaccino.

Pertanto, l'indagine circa le possibili conseguenze avverse della vaccinazione richiederebbe tempi irragionevolmente lunghi, potenzialmente indefiniti, e sperimentazioni cliniche impossibili in quanto destinate a verificare tutti i possibili eventi avversi. L'esito, comunque, sarebbe quello di escludere l'assoluta assenza di rischio.

Tale conclusione condurrebbe ad un ulteriore paradosso.

A fronte di un virus a trasmissione aerea e per questo veloce nel diffondersi, altamente contagioso, letale per soggetti più fragili, mutevole, che pone seriamente a rischio la salute della collettività e dei singoli, sarebbe irrazionale subordinare l'adozione dell'obbligo vaccinale al compimento di indagini volte a verificare l'assoluta carenza di rischio da vaccino. Il legislatore, pertanto, non si troverebbe di fronte alla scelta tra tutelare la salute o tutelare la libertà di autodeterminazione, ma tra tutelare la salute dai rischi da coronavirus o dai rischi da vaccino.

Considerando che i dati scientifici e statistici, ufficiali e prevalenti, dimostrano che la vaccinazione incide positivamente limitando la diffusione del virus e la gravità della malattia, sarebbe irragionevole, al fine di tutelare la salute dai rischi da vaccino (eventuali e da verificarsi nel lungo periodo), rimettere alla libertà dei singoli la scelta di vaccinarsi o meno e, quindi, la scelta di essere più esposti al rischio di ammalarsi e di rendersi contagiosi (rischi attuali in grado di causare danni nel lungo periodo).

Tali considerazioni si innestano sui principi già espressi dalla Corte Costituzionale: la prescrizione indeterminata e generalizzata di tutti gli accertamenti preventivi possibili, per tutte le complicanze ipotizzabili e nei confronti di tutte le persone da assoggettare a tutte le vaccinazioni oggi obbligatorie renderebbe di fatto impossibile o estremamente complicata e difficoltosa la concreta realizzabilità dei corrispondenti trattamenti sanitari (Corte cost., 23 giugno 1994, n. 258).

In fase emergenziale, stante l'indifferibile necessità di tutelare la salute pubblica contro il dilagare del contagio, il principio di precauzione opera in modo inverso rispetto all'ordinario e, per così dire, controintuitivo, perché richiede al decisore pubblico di consentire o, addirittura, imporre l'utilizzo di terapie che, pur sulla base di dati non completi (come è nella procedura di autorizzazione condizionata dei vaccini anti-covid 19, che però ha seguito tutte le quattro fasi della sperimentazione richieste dalla procedura di autorizzazione), assicurino più benefici che rischi, in quanto il potenziale rischio di un evento avverso per un singolo individuo, con l'utilizzo di quel farmaco, è di gran lunga inferiore del reale nocimento per una intera società, senza l'utilizzo di quel farmaco.

La Corte costituzionale, nella sua giurisprudenza (v., tra tutte, la sentenza n. 5 del 18 gennaio 2018, ma anche la sentenza n. 258 del 23 giugno 1994, già richiamata, e la sentenza n. 307 del 22 giugno 1990), 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; 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.

Pertanto, anche alla luce della giurisprudenza della Corte Costituzionale che ammette la possibilità di imporre l'obbligo vaccinale (si veda ad esempio la sentenza n. 5 del 18.01.2018), si ritiene che difficilmente potrà essere accolto un ricorso avverso un provvedimento amministrativo di sospensione di un lavoratore non vaccinato, denunciando l'arbitrarietà e la carenza di ragionevolezza della normativa e, quindi del provvedimento stesso. Il potere legislativo (ed il potere amministrativo che ne costituirà applicazione) pare essere stato esercitato in modo coerente e motivato rendendo giuridicamente giustificato l'imposizione dell'obbligo vaccinale e, quindi l'esercizio del connesso potere amministrativo che può condurre alla sospensione del lavoratore non vaccinato.

Le medesime riflessioni valgono a giustificare la vaccinazione obbligatoria selettiva di alcune categorie di lavoratori, nel caso di specie del personale di Polizia.

Infatti, pur a fronte delle peculiarità che possono distinguere diversi ambiti professionali, le considerazioni che la giurisprudenza ha compiuto in merito alla vaccinazione obbligatoria selettiva introdotta dall'art. 4 del d.l. n. 44 del 2021 per il personale medico e di interesse sanitario, possono valere anche per il personale di Polizia. Innanzitutto, l'obbligo vaccinale risponde ad una chiara finalità di tutela di sicurezza di questo personale sui luoghi di lavoro; inoltre, proteggendo il personale di Polizia dal contagio e scongiurando il rischio di focolai tra agenti, viene tutelato l'interesse collettivo che l'apparato pubblico possa fare affidamento, in ogni sede, di personale di Polizia adeguato per numero ed efficienza. Nel contempo, secondo il principio di solidarietà, che anima anch'esso la Costituzione, l'obbligo vaccinale consente di tutelare tutti coloro che hanno contatto con gli agenti di Polizia ed in particolare le categorie più fragili e i soggetti più vulnerabili.

Si deve dare atto, brevemente, che la giurisprudenza, sia nazionale che comunitaria, si è più volte interrogata circa la legittimità dell'obbligo vaccinale e, di fatto, in modo univoco ha affermato che tale imposizione sia giustificabile nell'interesse della collettività anche con riferimento ad altre norme costituzionali e comunitarie.

A fronte di tali riflessioni e dati questi presupposti, è difficile spendere argomentazioni ad efficace sostegno di un ricorso avverso un provvedimento di sospensione di un lavoratore non vaccinato.

Tale provvedimento, in quanto conforme alla normativa in vigore, sarebbe impugnabile ponendo la questione di costituzionalità della normativa imponente l'obbligo di vaccino. Tuttavia, al di là dei motivi spendibili (anche se i principali sopra esposti non sono efficaci), è facile ipotizzare che l'efficacia del provvedimento di sospensione difficilmente potrebbe essere sospesa dal Tar in fase cautelare. Pertanto, con simili prospettive cautelari, sarebbe pressoché inutile coltivare il merito del ricorso che avrebbe scarsissime speranze di successo ed il cui esito sarebbe note, con ogni auspicabile probabilità, ad emergenza sanitaria cessata.

Diritto all'indennizzo per danni da vaccino - consenso informato

Posto che la volontà personale dei singoli circa l'opportunità di sottoporsi alla vaccinazione, se non fondata su motivi medici personali, non trova immediata giustificazione alcuna nella scienza e che non vi sono dati scientifici, ufficiali e documentati, ritenuti dalla giurisprudenza idonei a supportare, sia nell'interesse del singolo sia nell'interesse della collettività, il rifiuto di vaccinarsi, specialmente in una situazione di pandemia, il singolo potrebbe ritenere di aderire alla campagna vaccinale - per rispettare l'obbligo vaccinale pur essendo altrimenti contrario al vaccino - e nel contempo rifiutare di sottoscrivere il consenso informato.

Il caso non assume particolare rilievo: il rifiuto di firmare il consenso informato difatti equivale al rifiuto di sottoporsi al trattamento sanitario e, quindi, la vaccinazione non verrebbe somministrata.

È, però, fondamentale rilevare che l'eventuale diritto all'indennizzo per danni da vaccino non è subordinato alla sottoscrizione del consenso informato.

La vaccinazione in questione rientra, a pieno titolo, tra quelle previste dall'art. 1 della l. n. 210 del 1992, a norma del quale "chiunque abbia riportato, a causa di vaccinazioni obbligatorie per legge o per ordinanza di una autorità sanitaria italiana, lesioni o infermità, dalle quali sia derivata una menomazione permanente della integrità psico-fisica, ha diritto ad un indennizzo da parte dello Stato, alle condizioni e nei modi stabiliti dalla presente legge".

Non è perciò necessaria un'espressa previsione dell'indennizzo nel testo del d.l. n. 44 del 2021.

Come ha chiarito la Corte Costituzionale anche nella sentenza 14 dicembre 2017, n. 268, è necessaria la traslazione in capo alla collettività, favorita dalle scelte individuali, degli effetti dannosi che da queste eventualmente conseguano.

In questa prospettiva la previsione dell'indennizzo completa il "patto di solidarietà" tra individuo e collettività in tema di tutela della salute e

rende più serio e affidabile ogni programma sanitario volto alla diffusione dei trattamenti vaccinali, al fine della più ampia copertura della popolazione.

La ragione che fonda il diritto all'indennizzo del singolo non risiede nel fatto che questi si sia sottoposto a un trattamento obbligatorio, ma riposa, piuttosto, sul necessario adempimento, che si impone alla collettività, di un dovere di solidarietà, laddove le conseguenze negative per l'integrità psicofisica derivino da un trattamento sanitario (obbligatorio o raccomandato che sia) effettuato nell'interesse della collettività stessa, oltre che in quello individuale.

Per questo, secondo la Corte, la mancata previsione del diritto all'indennizzo in caso di patologie irreversibili derivanti da determinate vaccinazioni raccomandate si risolve in una lesione degli artt. 2, 3 e 32 Cost., perché sono le esigenze di solidarietà costituzionalmente previste, oltre che la tutela del diritto alla salute del singolo, a richiedere che sia la collettività ad accollarsi l'onere del pregiudizio da questi subito, mentre sarebbe ingiusto consentire che l'individuo danneggiato sopporti il costo del beneficio anche collettivo (sentenze n. 268 del 2017 e n. 107 del 2012).

Nel caso in esame, però, l'obbligo di indennizzo è chiaramente garantito dall'applicazione dell'art. 1 della l. n. 210 del 1992, la cui applicazione diretta è incontestabile anche alla vaccinazione obbligatoria prevista dall'art. 4 del d.l. n. 44 del 2021.

Inadempimento dell'obbligo vaccinale - Conseguenze

L'atto di accertamento dell'inadempimento dell'obbligo vaccinale determina l'immediata sospensione dal diritto di svolgere l'attività lavorativa, senza conseguenze disciplinari e con diritto alla conservazione del rapporto di lavoro. La norma, inoltre, prevede che per il periodo di sospensione non sono dovuti la retribuzione né altro compenso o emolumento, comunque denominati.

Queste precisazioni rilevano in termini lavoristici in quanto - se ne ricava - la prevista sospensione non è una conseguenza disciplinare derivante dal rifiuto del vaccino, ma è un'operazione automatica, prevista ed imposta dalla legge. La sospensione non è una sanzione conseguente all'inadempimento dell'obbligo vaccinale. Il lavoratore non vaccinato non è idoneo, per legge, a svolgere la prestazione lavorativa: la sospensione, quindi, è la conseguenza della sopravvenuta impossibilità, per imposizione legislativa, di svolgere la prestazione lavorativa.

La conferma di tale interpretazione è offerta dalla procedura che porta all'emanazione del provvedimento di sospensione il quale costituisce attuazione della legge, senza che vi sia cioè la necessità di un accertamento dell'Ufficio per i Procedimenti disciplinari.

Ad ulteriore conferma, mentre di norma l'assenza ingiustificata dal luogo di lavoro, ove protratta nel tempo, sarebbe causa di licenziamento, nel caso di specie la stessa norma specifica (non solo che la sospensione non comporta conseguenze disciplinari, ma anche) che il lavoratore mantiene il diritto alla conservazione del posto di lavoro.

Parimenti la mancata corresponsione egli emolumenti, latamente intesi, non costituisce sanzione, ma diretta conseguenza della mancata prestazione lavorativa: se il lavoratore non si è sottoposto a ciclo completo di vaccinazione anti-Covid imposto per legge come necessario per compiere la prestazione lavorativa, il dipendente non lavora - per impossibilità sopravvenuta della prestazione lavorativa e non come sanzione - e nemmeno il datore di lavoro (pubblico) è tenuto a pagarlo.

La *ratio* normativa, quindi, è identica a quella sottesa all'art. 6 D.P.R. 737/81. In caso di sospensione dal servizio disposta per motivi disciplinari, il lavoratore è allontanato dal servizio con privazione della retribuzione.

In caso di sospensione disciplinare è concesso al lavoratore sospeso un assegno alimentare di importo pari alla metà dello stipendio: la corresponsione di tale assegno non corrisponde alla corresponsione dello stipendio che non viene versato in quanto il lavoratore sospeso non offre la propria prestazione lavorativa.

Pertanto, se da un lato la mancata corresponsione dello stipendio è normale conseguenza giuridica della mancata prestazione dell'attività lavorativa (questo, come detto, vale sia per la sospensione disciplinare sia per la sospensione non disciplinare per inadempimento dell'obbligo vaccinale), può risultare difficile giustificare la *ratio* la mancata previsione della corresponsione dell'assegno al lavoratore non in regola col vaccino.

Al momento non risultano precedenti giurisprudenziali relativi a questo aspetto. Secondo i comunicati emanati dalla Autorità competenti sul punto pare confermato che l'assegno alimentare non verrà corrisposto al lavoratore sospeso perché non vaccinato.

Si pone, tuttavia, il problema del rapporto tra la normativa che impone l'obbligo vaccinale, che non prevede espressamente la corresponsione dell'assegno alimentare, e la normativa disciplinare, che invece prevede questa forma di sostegno.

Considerata la natura giuridica e la funzione dell'assegno alimentare previsto dall'art. 6 del D.P.R. 737/81, si sarebbe portati a concludere che in mancanza di espressa previsione normativa che ne prevede la corresponsione in caso di sospensione, l'assegno non sia dovuto al lavoratore sospeso perché non vaccinato.

Tuttavia, potrebbe sostenersi che il lavoratore sospeso in forza della normativa assunta nell'ambito dell'emergenza sanitaria, abbia comunque diritto

all'assegno previsto dall'art. 6 del D.P.R. 737/81, sebbene la normativa emergenziale nulla preveda espressamente, stante l'identità della condizione di sospensione.

Infatti, in caso di rifiuto dell'erogazione di tale prestazione, potrebbe eccipiarsi l'illegittimità del deterioro trattamento del lavoratore sospeso perché non vaccinato rispetto al lavoratore sospeso per motivi disciplinari di cui all'art. 6 della normativa citata. Trovandosi i lavoratori nella medesima posizione di sospensione, si potrebbe sostenere che non rilevando i motivi che hanno determinato la sospensione, non sussisterebbero ragioni idonee a giustificare la disparità di trattamento circa l'assegno alimentare.

È pur vero che l'identità tra le posizioni non è assoluta, rilevando nel caso di mancato adempimento dell'obbligo vaccinale, la scelta cosciente del lavoratore di porsi in una condizione di incapacità di prestare la prestazione lavorativa, mentre nel caso di sospensione disciplinare di cui all'art. 6 D.P.R. 737/81, tale sanzione è inflitta in casi espressamente previsti quale sanzione per contegni che, per quanto disdicevoli tanto da meritare la sanzione, non determinano l'incapacità di svolgere la prestazione lavorativa (ma semmai una sostanziale incompatibilità).

A tal proposito, infatti, non è indifferente rilevare che il D.P.R. 737/81 prevede, per i casi in cui la violazione disciplinare è tanto grave da rendere impossibile la prestazione lavorativa (ad esempio, a seguito di condanna passata in giudicato), la sanzione della destituzione che comporta l'espulsione con tutto ciò che consegue circa la perdita definitiva del trattamento retributivo.

Ciò considerato, per quanto possa argomentarsi circa la legittimità o meno della mancata espressa previsione dell'assegno alimentare, la questione dovrebbe essere in ogni caso sollevata innanzi al Giudice, non solo innanzi al Tar ma anche innanzi al Giudice del Lavoro, richiedendo la proposizione della questione di costituzionalità. Al momento, non è possibile offrire un'interpretazione univoca che permetta di affermare, con sufficiente grado di certezza, l'incostituzionalità della norma. Si rileva, tuttavia, che se da un lato è oggettiva la differenza di trattamento tra lavoratore sospeso perché non vaccinato e lavoratore sospeso ex art. 6 D.P.R. 737/81, dall'altro la distinzione non appare del tutto ingiustificabile tanto da essere sicuramente incostituzionale.

Da ultimo si rileva che la sospensione è efficace fino alla comunicazione da parte dell'interessato al datore di lavoro dell'avvio o del successivo completamento del ciclo vaccinale primario o della somministrazione della dose di richiamo, e comunque non oltre il termine di sei mesi a decorrere dal 15 dicembre 2021. Trascorsi i sei mesi presumendo la cessazione delle condizioni di emergenza che hanno imposto l'obbligo vaccinale, i lavoratori dovrebbero

essere riammessi al lavoro. Qualora, dovessero protrarsi le condizioni che giustificano l'obbligo vaccinale, si prevede che verranno emessi nuovi provvedimenti di sospensione.

Conclusioni

Mantenendo fede alla scelta di dare un taglio utilitaristico al parere, è importante considerare i costi dell'impugnazione.

A priori non è certa la possibilità di proporre impugnazione collettive dei provvedimenti di sospensione, imponendosi, perciò, che ogni singolo lavoratore assuma i costi del personale ricorso: si consideri che il solo contributo unificato da corrisondersi all'atto della presentazione del ricorso ammonta ad € 650,00, e ad esso andranno ad aggiungersi le spese di assistenza legale e le spese da rimborsarsi in caso di rigetto del ricorso.

A fronte di costi certi e conseguenze economiche immediate in termini di perdita di trattamento retributivo latamente inteso, un eventuale ricorso non ha, alla luce della giurisprudenza di rilievo, concrete prospettive di successo.

A mente di ciò si è cercato di offrire un quadro il più possibile ampio e concreto per consentire a ciascuno di valutare l'opportunità di non ottemperare all'obbligo vaccinale ponderandone le conseguenze, la probabilità di impugnare con successo l'eventuale provvedimento, ed i relativi costi.

Avv. Andrea Lo Presti Costantino



Avv. Andrea Ferrari

