

Rifiuto legittimo (e non) dell'operatore sanitario e disparità di trattamento al vaglio della Corte costituzionale e della Corte di giustizia U.E.

Cosima Ilaria Buonocore

Assegnista di ricerca dell'Università degli studi "Aldo Moro" di Bari

Il **mancato rispetto dell'obbligo vaccinale** per **gli operatori di interesse sanitario consente la prosecuzione** dell'attività lavorativa e la percezione della retribuzione **solo** in caso di comprovato pericolo per la salute in relazione a specifiche condizioni cliniche documentate e 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 (comma 2, art. 4, d.l. n. 44/2021 ⁽¹⁾). In tal caso il datore di lavoro adibisce tali soggetti a mansioni anche inferiori, senza decurtazione dello stipendio (comma 7, art. 4, d.l. n. 44/2021). Tale personale, che abbia omesso o differito l'inoculazione del vaccino, ha l'obbligo di adottare le misure di prevenzione igienico-sanitarie indicate dallo specifico protocollo di sicurezza del ministero della salute (comma 8, art. 4, d.l. n. 44/2021). **Invece, per il personale** di interesse sanitario che, in assenza di motivi sanitari ostativi, **scelga di non adempiere** a tale obbligo, scatta l'immediata **sospensione** dall'esercizio delle professioni sanitarie (4° comma, art. 4, d.l. n. 44/2021) e non sono dovuti **né la retribuzione** né altro compenso o emolumento comunque denominato (comma 5, art. 4, d.l. n. 44/2021).

Occorre precisare che **sino a novembre 2021** vigeva il criterio di **gradualità**, disciplinato dall'art. 4, 8° comma, d.l. n. 44/2021 nella sua versione originaria (il datore, ove possibile, aveva l'obbligo di adibire il lavoratore inadempiente non esonerato a mansioni diverse, anche inferiori, con il trattamento corrispondente alle mansioni svolte; solo se non fosse stato possibile, disponeva come *extrema ratio* la sospensione): l'art. 1, 1° comma, lett. b), d.l. 26 novembre 2021, n.172 ha riscritto l'art. 4, eliminando tale gradualità.

Pertanto, a parità di rischio di contagio per se stessi e per il prossimo, si assiste, da un punto di vista normativo, ad una **disparità di trattamento tra** gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario che **non possono** per documentate ragioni, essere assoggettati al vaccino, ma possono continuare a praticare la professione, nel rispetto delle regole di sicurezza, e quelli che invece **non vogliono** assoggettarsi al vaccino e pertanto non possono esercitare l'attività professionale sanitaria, sia come dipendente sia come libero professionista, **nonostante siano disposti a seguire rigorosamente le stesse regole di sicurezza.**

¹() Tale previsione è presente sin dalla formulazione originaria del d.l. n. 44; le modifiche successive si sono limitate a precisare quale è, nello specifico, il medico competente a rilasciare tale certificato: v., per le modifiche, dapprima il d.l. n. 172/2021 e poi la l. n. 3/2022.

Tale disparità di trattamento è stata portata al vaglio della **Corte di giustizia dell'Unione europea** ⁽²⁾. Un'**infermiera professionale** di Padova, sospesa dal lavoro per il rifiuto della vaccinazione, ha proposto un ricorso d'urgenza innanzi al giudice del lavoro adducendo, fra l'altro, di essere già stata contagiata e guarita, con un conseguente effetto di "immunizzazione naturale". Il **Tribunale di Padova, sez. lav., con ordinanza 7 dicembre 2021** ha ritenuto fondata la doglianza della ricorrente e ha sollevato la questione pregiudiziale di "legittimità comunitaria" innanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea, articolando i quesiti in sette punti, di cui il secondo ed il quarto riguardano la suddetta disparità di trattamento ⁽³⁾.

²() C-765/21, pubblicata sull'*Official Journal of the European Union* il 28 marzo 2022, consultabile sul sito internet <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62021CN0765>.

³() Trib. Padova, sez. lav., ord., 7 dicembre 2021. Nello specifico, il giudice rimettente, visti l'art. 267 TFUE e l'art. 19, par. 3, lett. b, TUE, ha presentato alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la domanda di legittimità comunitaria, chiedendo che risponda ai seguenti quesiti: 1. «Dica la Corte di Giustizia se le autorizzazioni condizionate della Commissione, emesse su parere favorevole dell'EMA, relative ai vaccini oggi in commercio, possano essere considerate ancora valide, ai sensi dell'art. 4 del Reg. n. 507/2006, alla luce del fatto che, in più Stati membri (ad esempio in Italia, approvazione AIFA del protocollo di cura con anticorpi monoclonali e/o antivirali), sono state approvare cure alternative al COVID SARS 2 efficaci e *in thesi* meno pericolose per la salute della persona, e ciò anche alla luce degli arti. 3 e 35 della Carta di Nizza»; 2. «Dica la Corte di Giustizia se, nel caso di sanitari per i quali la legge dello Stato membro abbia imposto il vaccino obbligatorio, i vaccini approvati dalla Commissione in forma condizionata ai sensi e agli effetti del Regolamento n. 507/2006, possano essere utilizzati al fine della vaccinazione obbligatoria *anche qualora i sanitari in parola siano già stati contagiati e quindi abbiano già raggiunto una immunizzazione naturale e possano quindi chiedere una deroga dall'obbligo*» (c.vo nostro); 3. «Dica la Corte di Giustizia se, nel caso di sanitari per i quali la legge dello Stato membro abbia imposto il vaccino obbligatorio, i vaccini approvati dalla Commissione in forma condizionata ai sensi e agli effetti del Regolamento n. 507/2006, possano essere utilizzati al fine della vaccinazione obbligatoria senza proceduralizzazione alcuna con finalità cautelativa o se, in considerazione della condizionalità dell'autorizzazione, i sanitari medesimi possano opporsi all'inoculazione, quanto meno fintantoché l'autorità sanitaria deputata abbia escluso in concreto, e con ragionevole sicurezza, da un lato, che non vi siano controindicazioni in tal senso, dall'altro, che i benefici che ne derivano siano superiori a quelli derivanti da altri farmaci oggi a disposizione». Inoltre, il giudice del lavoro di Padova ha chiesto se conseguentemente le autorità sanitarie deputate debbano procedere nel rispetto dell'art. 41 della Carta di Nizza: 4. «Dica la Corte di giustizia se, nel caso del vaccino autorizzato dalla Commissione in forma condizionata, *l'eventuale non assoggettamento al medesimo da parte del personale medico sanitario nei cui confronti la legge dello Stato impone obbligatoriamente il vaccino, possa comportare automaticamente la sospensione*

Inoltre, sulla medesima questione, unita ad altre tra cui quella riguardante il rifiuto del vaccino per timore di eventi avversi e per asserita mancanza di evidenze scientifiche, è stata sollevata una questione di **legittimità costituzionale**.

Ad uno **studente**, iscritto al terzo anno del corso di laurea d'infermieristica, non vaccinato in assenza di esenzione, sono stati interdetti i tirocini formativi all'interno delle strutture sanitarie, indispensabili per il completamento degli studi universitari. Avverso l'ordinanza del TAR Sicilia, che aveva negato la sospensione dell'efficacia del provvedimento con il quale l'Università consentiva ai soli vaccinati la prosecuzione dei tirocini (in presenza), lo studente ha proposto appello innanzi al Consiglio di giustizia amministrativa siciliana reiterando molteplici argomenti di natura medico-sanitaria, *in primis* l'inesigibilità nei suoi riguardi dell'obbligo di vaccinazione attesa l'immunità naturale ottenuta per effetto della guarigione. Il **Consiglio di giustizia amministrativa siciliana, con ordinanza 22 marzo 2022, n. 351**, ha rimesso la questione innanzi alla Corte costituzionale. Nello specifico, dopo aver sospeso il processo e nominato un collegio per valutare gli eventuali contrasti costituzionali ⁽⁴⁾, ha ritenuto rilevante e

dal posto di lavoro senza retribuzione o se si debba prevedere una gradualità delle misure sanzionatorie in ossequio al principio fondamentale di proporzionalità» (c. vo nostro); 5. «Dica la Corte di Giustizia se laddove il diritto nazionale consenta forme di repêchage, la verifica della possibilità di utilizzazione in forma alternativa del lavoratore, debba avvenire nel rispetto del contraddittorio ai sensi e agli effetti dell'art. 41 della Carta di Nizza, con conseguente diritto al risarcimento del danno nel caso in cui ciò non sia avvenuto»; 6. «Dica la Corte se sia compatibile con il Regolamento n. 953 del 2021, e i principi di proporzionalità e di non discriminazione ivi contenuti, la disciplina di uno Stato membro che imponga obbligatoriamente il vaccino anticovid autorizzato in via condizionata dalla Commissione a tutto il personale sanitario anche se proveniente da altro Stato membro e sia presente in Italia ai fini dell'esercizio della libera prestazione dei servizi e della libertà di stabilimento»; 7. «Dica la Corte se sia compatibile con il Regolamento n. 953 del 2021, e i principi di proporzionalità e di non discriminazione ivi contenuti, la disciplina di uno Stato membro che imponga obbligatoriamente il vaccino anticovid autorizzato in via condizionata dalla Commissione a tutto il personale sanitario anche se proveniente da altro Stato membro e sia presente in Italia ai fini dell'esercizio della libera prestazione dei servizi e della libertà di stabilimento» (tale ultimo quesito è identico al precedente, ma è parso opportuno riportarlo ugualmente).

⁴() Cons. di giust. amm. per la regione siciliana, sez. giurisdiz., ord., 17 gennaio 2022, n. 38. L'«Organo incaricato dell'istruttoria» è composto dal segretario generale del ministero della salute, dal presidente del consiglio superiore della sanità operante presso il ministero della salute e dal direttore della direzione generale di prevenzione sanitaria, con facoltà di delega o di farsi coadiuvare per la raccolta dei dati. Si precisa che tale organo è stato incaricato poiché la causa non era «sufficientemente istruita» in ordine ai profili menzionati. Nel rammentare che sulle

non manifestamente infondata in primo luogo la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, 1° e 2° comma, d.l. n. 44/2021 (convertito in l. n. 76/2021), «nella parte in cui prevede, da un lato, l'obbligo vaccinale per il personale sanitario e, dall'altro lato, per effetto dell'inadempimento all'obbligo vaccinale, la sospensione dall'esercizio delle professioni sanitarie, per contrasto con gli artt. 3, 4, 32, 33, 34, 97 della Costituzione, sotto il profilo che il numero degli eventi avversi, la inadeguatezza della farmacovigilanza passiva e attiva, il mancato coinvolgimento dei medici di famiglia nel triage pre-vaccinale e comunque la mancanza nella fase di triage di approfonditi accertamenti e persino di test di positività/negatività al Covid, **non** consentono di ritenere soddisfatta, allo stadio attuale di sviluppo dei vaccini anticovid e delle evidenze scientifiche, la condizione, posta dalla Corte costituzionale, di legittimità di un vaccino obbligatorio solo se, tra l'altro, 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”». In secondo luogo ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale anche «dell'art. 1 della l. 217/2019, nella parte in cui non prevede l'espressa esclusione dalla sottoscrizione del consenso informato delle ipotesi di trattamenti sanitari obbligatori, e dell'art. 4, del d.l. n. 44/2021, nella parte in cui non esclude l'onere di sottoscrizione del consenso informato nel caso di vaccinazione obbligatoria, per contrasto con gli artt. 3 e 21 della Costituzione»⁽⁵⁾.

Un'ulteriore rimessione alla **Corte costituzionale** è stata disposta dal **TAR Lombardia, con ordinanza 14 febbraio 2022, n. 192**, in riferimento

molteplici questioni sottese all'obbligo vaccinale si era già espresso il Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045) con un'ampia e articolata sentenza, il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia ha affermato di dover affrontare «problemi diversi e ulteriori» dal momento che, ha precisato, la situazione sanitaria è in costante divenire e quindi mutata rispetto alla sentenza del Consiglio di Stato n. 7025/2021, come ad esempio la «contestata validità e sufficienza del sistema di farmacovigilanza», la «compatibilità della normativa che introduce l'obbligo vaccinale con il diritto eurounitario», il profilo del consenso informato, nonché, e soprattutto, la legittimità della «reiterazione della somministrazione in tempi ravvicinati», per cui «l'attuale obbligo vaccinale pone un (nuovo) problema di proporzionalità, dato che si profila una impostazione di ripetute somministrazioni nell'anno per periodi di tempo indeterminati». In senso diametralmente opposto in ordine alla decisione sul medesimo tema – *id est*, eventi avversi potenzialmente causati dall'inoculazione del vaccino – v., Cons. Stato n. 7045/2021, nonché TAR Friuli-Venezia Giulia 10 settembre 2021, n. 261.

⁵() Cons. giust. amm. Sicilia, ord., 22 marzo 2022, n. 351.

all'art. 4, 4° comma, d.l. n. 44/2021, così come modificato dal d.l. n. 172/2021, convertito nella l. n. 3/2022, nella parte in cui prevede, quale effetto dell'accertamento dell'inadempimento dell'obbligo vaccinale, «l'immediata sospensione dall'esercizio delle professioni sanitarie» senza, dunque, limitare la sospensione alle prestazioni che implicano contatti interpersonali o comportano, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio da Sars-CoV-2 ⁽⁶⁾. Una psicologa lombarda, sospesa dal lavoro per non aver aderito alla campagna vaccinale, ha proposto ricorso cautelare innanzi al citato giudice amministrativo domandando la sospensione dell'efficacia del provvedimento di sospensione dall'esercizio della professione sul presupposto che l'art. 4, 4° comma, d.l. n. 44/2021, così come modificato dalla l. n. 3/2022 cit., non prevede la possibilità di esercitare la professione svolgendo prestazioni che non implicino contatti interpersonali. Il giudice, nell'accogliere in sede cautelare il ricorso, ha sospeso l'efficacia del provvedimento impugnato limitatamente alla mancata previsione, nella norma censurata, della possibilità di svolgere l'attività professionale con modalità tali da non implicare contatti interpersonali o comunque il rischio di diffusione del contagio da Sars-CoV-2, e ha rinviato la trattazione nel merito all'esito della decisione della Corte costituzionale.

⁽⁶⁾ V. Tar Lombardia, ord., 14 febbraio 2022, n. 192. In tale ordinanza cautelare si legge che il giudice si riserva di provvedere con separata ordinanza ad adire la Consulta. Al momento in cui si scrive non risulta pubblicata l'ordinanza di rimessione, ma dal testo dell'ordinanza cautelare si possono intuire le specifiche motivazioni dell'ipotesi di illegittimità costituzionale.