

**Lavoratori sospesi e diritto
a percepire la retribuzione,
tra rimessione alla Corte
costituzionale e soluzioni, non
conformi alla legge, dei giudici
di primo grado ... compresi
i tamponi in luogo del vaccino**

Cosima Ilaria Buonocore

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

Per l'**operatore di interesse sanitario** che, in assenza di controindicazioni mediche, scelga di non adempiere all'obbligo vaccinale, scatta l'immediata **sospensione** dall'esercizio delle professioni sanitarie (4° comma, art. 4, d.l. n. 44/2021) e non gli sono dovuti né **la retribuzione** né altro compenso o emolumento comunque denominato (comma 5, art. 4, d.l. n. 44/2021). Pertanto, non vige più il criterio di gradualità, prima previsto dall'art. 4, 8° comma, d.l. n. 44/2021 nella versione originaria, secondo cui il datore, prima di disporre la sospensione aveva, ove possibile, l'onere di adibire il lavoratore inadempiente, non esonerato dall'obbligo, a mansioni diverse, anche inferiori, con il trattamento corrispondente alle mansioni svolte; solo se tale soluzione non fosse stata possibile, disponeva come *extrema ratio* la sospensione: l'art. 1, 1° comma, lett. b), d.l. 26 novembre 2021, riscrivendo l'art. 4, ha eliminato tale gradualità espungendo l'onere del *repêchage*, che permane unicamente per il lavoratore non vaccinato non per scelta, ma per documentate condizioni cliniche.

In buona sostanza, nel periodo di sospensione dalla prestazione lavorativa degli operatori di interesse sanitario è esclusa una tutela economica, viceversa prevista in altri casi di sospensione dal lavoro, anche per questioni di rilevanza penale, in funzione della garanzia per il lavoratore di soddisfare i bisogni primari della vita e condurre un'esistenza libera e dignitosa. Tale disparità di trattamento pone problemi di legittimità costituzionale della norma in questione.

Di tale profilo si è occupata la **giurisprudenza lavoristica** della quale, per le pronunce reperite, si dà di seguito conto.

- **Il giudice del lavoro di Catania, ord., 14 marzo 2022**, ha sollevato di ufficio la questione di **legittimità costituzionale** ⁽¹⁾. Alcuni **infermieri dipendenti a tempo indeterminato** dell'azienda ospedaliera avevano proposto un ricorso d'urgenza chiedendo la disapplicazione della previsione contenuta nell'art. 4 del d.l. n. 44/2021, come modificato dalla l. n. 76/2021, in ordine alla sospensione della retribuzione, per contrasto con diversi principi costituzionali (artt. 2, 3, 36 Cost.), e il conseguente riconoscimento dell'assegno alimentare, come previsto dall'art. 82, d.p.r. n. 3/1957 e dal CCNL di comparto; tuttavia il giudice ha ritenuto non percorribile la strada dell'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione in quanto chiara nel suo contenuto e, nel ritenere rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, l'ha sollevata in riferimento agli artt. 2, 3, 32, 2° comma, Cost. *«nella parte in cui, nel prevedere che “per il periodo di sospensione non sono dovuti la retribuzione né altro compenso o emolumento, comunque denominato”, esclude, in favore del pubblico dipendente esercente una professione sanitaria o di*

¹) Trib. Catania, sez. lav., 14 marzo 2022 (giudice dott. Fiorentino).

interesse sanitario, nel periodo di sospensione ex art. 4 D.L. 44/2021, l'erogazione dell'assegno alimentare (comunque denominato) previsto dalla legge ovvero dalla contrattazione collettiva di categoria in caso di sospensione cautelare o disciplinare».

In disparte la precisazione secondo cui il giudice rimettente, evidentemente per una svista, ha ripetutamente fatto riferimento al 5° comma dell'art. 4 piuttosto che all'8° comma, quest'ultimo sì avente ad oggetto la sospensione, è opportuno rilevare che il sospetto del giudice rimettente è che la sospensione ex art. 4, 8° comma, d.l. n. 44/2021 cit., lederebbe la dignità della persona nella misura in cui a questa si precluda ogni forma di sostentamento per far fronte ai bisogni primari, in violazione dell'art. 2 Cost.

A supporto di tale assunto ha richiamato l'ipotesi del lavoratore sospeso perché coinvolto in un **procedimento penale** e disciplinare – con misure anche restrittive della libertà personale, e dunque per procedimenti riguardanti il suo coinvolgimento in reati anche di oggettiva gravità – **al quale tuttavia è riconosciuto il diritto di percepire misure di sostegno indispensabili per una vita dignitosa**; ipotesi sulla quale, ha precisato il giudice rimettente, si è pronunciata la Corte costituzionale (20 luglio 2021, n. 137); inoltre, ha aggiunto, il lavoratore sospeso ex art. 4, 8° comma, cit., **non può accedere né** agli istituti che tutelano i lavoratori in caso di perdita dell'occupazione (indennità di disoccupazione) perché non acquisisce lo status di lavoratore disoccupato (conservando il posto di lavoro, ancorché temporaneamente paralizzato dal provvedimento di sospensione), **né** a quelli che presuppongono una determinata anzianità anagrafica (assegno sociale).

Pertanto, la norma si rivelerebbe sbilanciata e sproporzionata, a detrimento del valore della dignità della persona, con possibile violazione, oltre che dell'art. 2, anche dell'art. 3 Cost. per violazione del principio di eguaglianza e di ragionevolezza. Ad avviso del giudice rimettente la norma suscita dubbio di costituzionalità anche in riferimento all'art. 32, 2° comma, Cost. nella misura in cui esso dispone che, anche nei casi di trattamenti obbligatori disposti per legge, quest'ultima non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana.

Il giudice catanese ha **sovrapposto situazioni** che sembrano **irriducibilmente diverse** in quanto la sospensione dal lavoro e dalla retribuzione rappresenta la conseguenza della scelta libera del lavoratore di sottrarsi all'inoculazione del vaccino, a detrimento del dovere di solidarietà sociale e di difesa della Patria in un momento emergenziale di portata mondiale, che tra l'altro non ha natura disciplinare, ma solo dichiarativa a differenza dalle altre tipologie di sospensione previste dalla normativa lavoristica. La dottrina, in merito a tale ordinanza, ha infatti rilevato che non pare corretto considerare la

vaccinazione Covid come un vero e proprio obbligo e la sospensione da lavoro senza retribuzione come una punizione.

Infatti, dalla lettura del 1° comma dell'art. 4, d.l. n. 44/2021 si evince che la vaccinazione è requisito soggettivo essenziale per l'esercizio della professione in ambito sanitario, nel senso che **se si vuole svolgere l'attività lavorativa in tale settore è indispensabile** avere tra i requisiti anche quello della **copertura vaccinale. Un po' come**, verrebbe da dire, per l'autotrasportatore che necessita, per l'esercizio di quell'attività, di una patente speciale, oppure per **la guardia giurata del porto d'armi** ⁽²⁾. L'ulteriore argomento, poi, del giudice catanese, secondo il quale la pericolosità del vaccino sarebbe attestata dalla previsione del c.d. **scudo penale** introdotto a beneficio degli operatori sanitari somministranti (art. 3, d.l. n. 44/2021) ⁽³⁾, sembra **non tenere conto** della finalità perseguita dal legislatore, invero ben chiarita nella **relazione illustrativa** al d.l. 1° aprile 2021, n. 44, nella quale si legge che «*la proposta normativa è espressione dei principi generali dell'imputazione soggettiva in materia di responsabilità penale per colpa e, in un'ottica di una maggiore certezza giuridica, mira a assicurare il personale sanitario e in genere i soggetti coinvolti nelle attività di vaccinazione*»; la finalità è dunque quella di evitare che «*la prospettiva di incorrere in possibili responsabilità penali*» possa «*ingenerare allarme tra quanti sono chiamati a fornire il proprio contributo al buon esito della campagna di vaccinazione nazionale, che rappresenta allo stato una priorità per la tutela della salute pubblica*» ⁽⁴⁾. In aggiunta al chiarimento circa la suddetta finalità, anche l'**Ufficio del massimario della Cassazione** sembra fornire una risposta alla preoccupazione del giudice remittente,

²() Sul punto v. Trib. Roma, (decreto), 20 agosto 2021, n. 79835.

³() L'art. 3 citato è rubricato «*Responsabilità penale da somministrazione del vaccino anti SARS-CoV-2*» e prevede che «*per i fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale verificatisi a causa della somministrazione di un vaccino per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV -2, effettuata nel corso della campagna vaccinale straordinaria in attuazione del piano di cui all'articolo 1, comma 457, della legge 30 dicembre 2020, n. 178, la punibilità è esclusa quando l'uso del vaccino è conforme alle indicazioni contenute nel provvedimento di autorizzazione all'immissione in commercio emesso dalle competenti autorità e alle circolari pubblicate nel sito internet istituzionale del Ministero della salute relative alle attività di vaccinazione*».

⁴() Cfr. [Relazione illustrativa al «decreto-legge 1° aprile 2021, n. 44 - Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici](#)», XVIII legislatura, ove si specifica fra l'altro che «*la disposizione – speciale rispetto a quella di cui all'art. 590-sexies c.p. – esclude la responsabilità per i delitti di omicidio colposo e di lesioni personali colpose commessi nel periodo emergenziale, allorché gli eventi siano riconducibili causalmente alla somministrazione di un vaccino anti SARS-CoV-2*», purché siano rispettate le indicazioni contenute «*nel provvedimento di autorizzazione all'immissione in commercio emesso dalle competenti autorità e le circolari pubblicate sul sito istituzionale del Ministero della salute relative alle attività di vaccinazione*».

dal momento che è stato precisato che dal punto di vista giuridico l'art. 3 cit. non presenta elementi di particolare novità ⁽⁵⁾.

- **Più ragionevole**, pertanto, appare **la decisione** del **TAR Friuli-Venezia Giulia 10 settembre 2021, n. 261**, che ha ritenuto non fondata la medesima eccezione di incostituzionalità, poggiando la motivazione proprio sulla relazione illustrativa di accompagnamento al d.l. n. 44/2021 e sulla relazione dell'Ufficio del massimario poc'anzi citate ⁽⁶⁾.

Di contrario avviso, rispetto al giudice del lavoro di Catania, le decisioni di cui di seguito si dà conto, che non contengono una rimessione alla Corte costituzionale ovvero di giustizia Ue, **in quanto** sono stati **i giudici di prime cure a risolvere in via interpretativa** la problematica in questione (diritto di percepire il trattamento retributivo o comunque misure economiche diversamente denominate). Queste pronunce hanno pertanto **disapplicato** la regola contenuta nell'**art. 4, d.l. n. 44/2021, che invero non** lascia **margin**i di **discrezionalità**, dal momento che, si ripete, prevede per l'operatore sanitario non vaccinato per scelta un'unica conseguenza, vale a dire la sospensione dal lavoro e dalla retribuzione.

- **Tribunale Padova, ord., 28 aprile 2022** (dott. Beghini), per le motivazioni sottese alla decisione, alquanto "creativa", è verosimilmente destinata a far molto discutere, perché il giudice del lavoro di Padova ha disapplicato la norma citata e ha disposto la riammissione in servizio dell'**operatrice socio-sanitaria non vaccinata per scelta** (non, quindi, per accertato e documentato pericolo per la salute), con conseguente diritto a percepire il trattamento retributivo, **a condizione** (ed è qui che si manifesta la creatività) che la lavoratrice si **sottoponga al test**, il cui risultato sia evidentemente negativo, per accedere ai luoghi di lavoro.

Al riguardo si precisa che, sulla **maggior utilità del tampone in luogo del vaccino**, oltre che naturalmente sulla necessaria applicazione della legge, che non prevede per il "no vax" per scelta l'alternativa tra vaccino e tampone, si è espresso:

- il **Consiglio di Stato, sez. III, 20 dicembre 2021, n. 8454, rigettando** tale domanda;
- il **Tribunale di Pavia 25 febbraio 2022, n. 118**, che si è pronunciato sul ricorso proposto dal **personale scolastico, rigettando** la domanda.

Le pronunce che seguono riguardano prestatori di lavoro operanti in **altri settori lavorativi**, in riferimento ai quali **la giurisprudenza ha deciso** sul diritto a percepire la retribuzione o compensi/emolumenti comunque denominati **in modo non conforme alla legge**. Si precisa che la legge

⁵() V. A. Natalini e G. Andreatta (Ufficio del massimario e del ruolo della Suprema corte di Cassazione), *Relazione su novità normativa*, 21 giugno 2021.

⁶() TAR Friuli-Venezia Giulia 10 settembre 2021, n. 261 (Pres. Settesoldi, est. Ricci).

sulla quale ruotano le decisioni in questione è quella vigente alla pendenza della domanda giudiziale, vale a dire l'art. 4-ter, d.l. n. 44/2021, introdotto con il d.l. 26 novembre 2021, n. 172, ma poi riscritto, anche nella rubrica, dal d.l. 24 marzo 2022, n. 24, conv. in l. 19 maggio 2022, n. 52.

- **TAR Lazio, sez I bis, decr., 12-14 febbraio 2022, n. 919**, che ha accolto, in sede cautelare, il ricorso di 26 dipendenti del **ministero della difesa**, disponendo la sospensione dell'efficacia dei provvedimenti sospensivi relativi sia alla prestazione lavorativa sia al trattamento retributivo;

- **TAR Lazio, sez. V, decreto, 2 febbraio 2022, n. 726**, che, pur confermando l'impossibilità del lavoratore presso una casa circondariale non vaccinato per scelta di accedere ai luoghi di lavoro, ha disapplicato la norma *in parte qua* disponendo la corresponsione del regolare trattamento retributivo senza prestare servizio ⁽⁷⁾.

- **TAR Lazio, ord., 25 febbraio 2022, n. 1234**, che, ha disposto il versamento dell'assegno alimentare pari alla metà del trattamento retributivo in favore del ricorrente assistente capo di polizia penitenziaria ⁽⁸⁾.

⁷() TAR Lazio, sez. V, decreto, 2 febbraio 2022, n. 726 (Pres. Spagnoletti).

⁸() TAR Lazio, sez. V, ordinanza, 25 febbraio 2022, n. 1234 (Pres. Spagnoletti).