

Critiche “crescenti” all’obbligo dei vaccini per il personale sanitario: quale posizione assumerà la Corte Costituzionale?

di F. Corbo - 6 Luglio 2022

Come noto, l’art. 4 del d.l. 1° aprile 2022 n. 44 ha introdotto, per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario, l’obbligo di sottoporsi a vaccinazione gratuita per la prevenzione dell’infezione da Sars Cov-2 stabilendo, nel caso di inadempimento, la sospensione dall’esercizio delle professioni sanitarie ed il conseguente venir meno del diritto alla retribuzione e ad ogni altro compenso o emolumento.

Il tanto auspicato intervento normativo, che, da un lato, ha consentito di mitigare (seppur in parte) il dibattito sorto attorno al tema della somministrazione del vaccino anti Covid-19 alla comunità di lavoratori, ha, dall’altro, posto il problema, tanto antico quanto attuale, del bilanciamento tra la tutela della salute del singolo, che comprende la libertà di autodeterminazione individuale nelle scelte inerenti le cure sanitarie e quella, concorrente, della salute collettiva, esigenze entrambe costituzionalmente garantite.

La scelta del legislatore, come prevedibile, considerata l’importanza degli interessi coinvolti, non ha trovato consenso unanime nella giurisprudenza (si pensi a T.A.R. Lombardia, Sez. I, 14 febbraio 2022, n. 192, in *D&G*, 39, 2022, che ha preannunciato l’incidente di costituzionalità dell’art. 4 d.l. 44/2021; o ancora Trib. Padova, ordinanza del 7 dicembre 2021, in *D&G*, 40, 2022, che ha rinviato la medesima questione alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea), soprattutto in seguito alle ripetute modifiche apportate all’art. 4 d.l. 44/2021 (cfr. art. 1 legge di conversione 28 maggio 2021 n. 76; art. 1 comma 1 lett. b) del decreto-legge 26 novembre 2021 n. 172, convertito con modificazioni nella legge 21 gennaio 2022 n. 3; ed infine art. 8 del decreto-legge 24 marzo 2022 n. 24), che hanno, da un lato, prorogato l’obbligo di vaccinazione al 31 dicembre 2022 e dall’altro, inasprito le conseguenze sanzionatorie per l’operatore sanitario che non intenda adempiere all’imposizione vaccinale.

Orbene, è in tale contesto che si inseriscono le ordinanze in commento, accomunate dall’aver sollevato alla Consulta, seppur sotto diversi profili, la questione di legittimità costituzionale dell’obbligo di vaccinazione anti-Covid 19 del personale sanitario disposto dal d.l. n. 44/2021. Ne discende da ciò l’opportunità di un loro esame congiunto, idoneo ad offrire al lettore un quadro sistematico delle principali criticità avanzate in materia e sottoposte al vaglio della Corte costituzionale.

Caratteri e finalità del presente commento suggeriscono una trattazione per “temi” anziché per “pronunce” e di limitare l’analisi agli aspetti più rilevanti, rimandando, per il resto, alla lettura delle singole ordinanze.

In via del tutto preliminare si osserva che le questioni di legittimità costituzionale in esame sono state sviluppate dai giudici, principalmente, su due piani: quello generale, relativo alla previsione dell'obbligo vaccinale disposto dall'art. 4 d.l. 44/2021 «agli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario». ed esteso dall'art. 4-bis «a tutti i soggetti, anche esterni, che svolgono, a qualsiasi titolo la propria attività lavorativa in strutture residenziali, socio-assistenziali e socio-sanitarie»; e quello particolare, relativo alle conseguenze della violazione dell'obbligo per i lavoratori, ai quali è precluso, ai sensi del comma 5 dell'art. 4, per il periodo di sospensione, «il diritto alla retribuzione e ad ogni altro compenso ed emolumento» nonché, ai sensi del comma 7 (come modificato dall'art. 1, co. 1, lett. b), del d.l. 172/2021, convertito con modificazioni nella l. 3/2022), la possibilità di essere adibiti a mansioni anche diverse ed eventualmente inferiori, purché non implicanti rischi di diffusione del contagio, senza decurtazione della retribuzione.

Quanto al primo profilo, il Tribunale di Padova, con ordinanza del 28 aprile 2022, nell'ambito di un giudizio promosso ex art. 700 c.p.c. da un portiere centralinista di una struttura sanitaria che, in mancanza di vaccinazione anti Covid-19, era stato temporaneamente sospeso dal servizio e dalla retribuzione, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 commi primo, quarto, quinto e dell'art. 4 bis, comma primo, «nella parte in cui prevedono l'obbligo vaccinale, anziché prevedere l'obbligo del lavoratore di sottoporsi indifferentemente al test molecolare, al test antigenico da eseguire in laboratorio, oppure al test antigenico rapido di ultima generazione, per la rilevazione di SARS-COV-2, anche presso centri privati, ogni 72 ore nel primo caso ed ogni 48 nel secondo». Frattanto con separata ordinanza, a conclusione del giudizio cautelare, ha accolto il ricorso del lavoratore disponendo la sua immediata riammissione in servizio.

Il giudice padovano, premesso che il diritto alla salute del singolo, ed in particolare, alla autodeterminazione terapeutica ex art. 32 Cost. può trovare limitazione solo nei casi in cui sia necessario tutelare l'interesse della collettività, ha osservato che l'obbligo vaccinale imposto agli operatori sanitari dal d.l. 44/2021 non è idoneo a raggiungere tale scopo in quanto, come dimostrano i dati forniti dal Ministero della salute e dal Report ISS del 19 gennaio 2022, «la persona vaccinata, può comunque contrarre il virus e può quindi contagiare gli altri».

In altri termini, l'adempimento dell'obbligo di legge, non garantisce che il lavoratore non contragga il virus e che, recatosi sul luogo di lavoro, non infetti gli ospiti della struttura sanitaria con cui venga in contatto. Tale rischio sarebbe invece escluso nel caso di sottoposizione periodica al tampone (indifferentemente test molecolare o test antigenico) che garantirebbe, con ragionevole certezza, per i successivi 2-3 giorni, l'assenza di virus in capo al lavoratore.

La norma, pertanto, violerebbe l'art. 3 Cost., poiché allo scopo di evitare il contagio, invece di adottare una soluzione alternativa ed intermedia, quale la sottoposizione a tampone, avrebbe imposto al lavoratore, un obbligo inutile e gravemente pregiudizievole del suo diritto all'autodeterminazione terapeutica ex art. 32 Cost., nonché al suo diritto al lavoro ex art. 4 e 35 Cost.

Anche il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia, Sezione Giurisdizionale, con l'ordinanza del 22 marzo 2022, n. 351 ha sollevato la questione di costituzionalità relativamente all'art. 4, comma primo e secondo, nella parte in cui impone l'obbligo vacci-

nale per il personale sanitario e, per l'effetto dell'inadempimento, la sospensione dall'esercizio dalle professioni sanitarie.

La questione sottoposta al C.G.A. atteneva alla legittimità del provvedimento del Rettore e del Direttore Generale dell'Università degli studi di Palermo con il quale era stato impedito ad uno studente iscritto al corso di laurea in infermieristica di partecipare al tirocinio formativo all'interno delle strutture sanitarie, in quanto non vaccinato.

La decisione è giunta all'esito di una istruttoria procedimentale ampia e strutturata che il C.G.A., Sezione Giurisdizionale, con ordinanza del 17 gennaio 2022, n. 38, ha affidato ad un collegio composto dal Segretario Generale del Ministero della Salute, dal Presidente del Consiglio superiore della sanità e dal Responsabile della Direzione generale di prevenzione sanitaria, con il compito di fornire chiarimenti in merito ad una pluralità di questioni riguardanti in estrema sintesi: le modalità di valutazione di rischi e benefici operata sia sul piano generale che su quello individuale; le modalità di raccolta del consenso informato; l'articolazione della sorveglianza post-vaccinale e del sistema di monitoraggio per i possibili effetti avversi alla somministrazione del vaccino.

Il C.G.A., dopo aver ricostruito il quadro normativo e ripercorso i principali orientamenti giurisprudenziali in materia, si è soffermato, dapprima, sulla rilevanza della questione in rapporto al caso concreto, confermando l'applicabilità dell'obbligo vaccinale di cui all'art. 4 d.l. 44/2021, nella versione applicabile *ratione temporis*, anche agli studenti tirocinanti e, successivamente, sulla non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale. A tal proposito, sulla scorta della giurisprudenza della Corte costituzionale (il richiamo è a C. cost. 22 giugno 1990 n. 307 in *LPO*, 1991, 665, ma soprattutto C. cost. 18 gennaio 2018, n. 5 in *GCost*, 1, 2018, con nota di PINELLI, *Gli obblighi di vaccinazione fra pretese violazioni di competenze regionali e processi di formazione dell'opinione pubblica*), ha individuato tre condizioni indispensabili affinché una legge impositiva di un trattamento sanitario non contrasti con l'art. 32 Cost, ed in particolare:

1. che il trattamento sia diretto non solo a migliorare o preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche degli altri individui;
2. che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che è obbligato salvo che per quelle conseguenze che appaiono «normali e pertanto tollerabili»;
3. che, 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.

Orbene, il giudice *a quo*, esaminati i riscontri istruttori, ha ritenuto rispettato il primo degli indici di costituzionalità, reputando la vaccinazione anti Covid-19 idonea a tutelare lo stato di salute del singolo, impedendo lo sviluppo di patologie gravi, e della collettività, essendo uno strumento efficace per allentare la pressione sulle strutture sanitarie.

Significativi elementi di criticità sono stati, invece, individuati con riferimento al secondo profilo in ragione della «preoccupante» consistenza degli eventi avversi. Il C.G.A., prendendo espressamente le distanze dalla sentenza del Consiglio di Stato del 20 ottobre 2021, n. 7045 (si rimanda sul punto al contributo di De Matteis, [*Dal Tribunale di Belluno al Consi-*](#)

glio di Stato 20 ottobre 2021 n. 7045. Uno sguardo sulla giurisprudenza in tema di obbligo di vaccino, in *Labor*, 5 novembre 2021), ha evidenziato, da un lato, il numero, sensibilmente superiore alla media, degli eventi avversi registrati a seguito della somministrazione del vaccino anti Covid-19 e dall'altro, la scarsa efficienza del sistema di monitoraggio post-vaccinale e del modello di *triage* pre-vaccinale, affidato esclusivamente al personale sanitario incaricato della somministrazione del vaccino, senza alcun adeguato coinvolgimento del medico di base.

Sulla base di ciò il C.G.A. ha ritenuto che, in mancanza delle condizioni poste dalla Corte costituzionale, l'imposizione della vaccinazione anti Covid-19 si porrebbe in contrasto con gli artt. 3, 4, 32, 33, 34 e 97 della Costituzione, determinando una irragionevole compressione della libertà di autodeterminazione sulle scelte sanitarie del singolo, oltre che del suo diritto allo studio ed al lavoro (per un maggior approfondimento cfr. F. Gambardella, *Sulla questione di legittimità costituzionale dell'obbligo di vaccinazione anti-Covid del personale sanitario. Nota a margine dell'ordinanza 22.03.2022 n. 351 del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana*, Giustizia Insieme, 2022).

Questo rapido *excursus* mentre evidenzia come il Tribunale di Padova ed il Consiglio di Giustizia Amministrativa siano giunti a sospettare della legittimità costituzionale del medesimo art. 4 d.l. 44/2021 seguendo percorsi argomentativi profondamente diversi, consente di svolgere alcuni confronti e commenti.

Innanzitutto, proprio l'esame congiunto delle due ordinanze solleva alcuni dubbi in merito alla tesi sostenuta dal Tribunale di Padova circa l'assoluta inidoneità del vaccino Anti-Covid 19 a prevenire il contagio ed a preservare la salute del singolo e della collettività. Tale teoria, infatti, sembra essere smentita dal dettagliato riscontro istruttorio fornito dall'Organo Collegiale nominato dal C.G.A. che ha portato quest'ultimo a ritenere senz'altro soddisfatto il primo dei tre indici di costituzionalità degli obblighi vaccinali (quello, per l'appunto, relativo alla tutela dello stato di salute del soggetto sottoposto a vaccinazione e della collettività).

Viceversa, la pronuncia del giudice amministrativo meriterebbe di essere approfondita sotto il profilo della opportunità di applicare *sic et simpliciter* quei parametri elaborati dalla giurisprudenza costituzionale in riferimento ad un contesto profondamente diverso da quello in esame, non già di contrasto pandemico, ma di mero contenimento epidemico, oltre che della loro valutazione "a compartimenti stagni" piuttosto che sistematica.

Il Tribunale di Padova, poi, circa le conseguenze della violazione dell'obbligo di imposizione vaccinale per il lavoratore, ha sollevato, con la predetta ordinanza del 28 aprile 2022, una seconda questione di legittimità costituzionale in relazione al settimo comma dell'art. 4 d.l. 44/2021 nella parte in cui non prevede che, anche per i lavoratori che decidono di non vaccinarsi, vi sia l'obbligo del datore di lavoro di adibirli a mansioni diverse, senza decurtazione della retribuzione, in modo da evitare il rischio di diffusione del contagio da SARS-CoV-2.

Secondo il Tribunale, il pericolo di diffusione del virus, che la normativa in materia di obbligo vaccinale mira a contenere, sussisterebbe indifferentemente in capo al lavoratore che non voglia o non possa vaccinarsi: di conseguenza, a parità di condizioni, riservare solamente al

primo e non anche al secondo la possibilità di essere adibito ad altre mansioni, conservando il relativo trattamento economico, violerebbe il principio di uguaglianza ex art. 3 Cost.

Strettamente connessa a quest'ultima è, infine, la questione di legittimità costituzionale sollevata dal T.A.R. Lombardia, Sez. I, con la recentissima ordinanza del 16 giugno 2022 n. 1397, in relazione al comma 5, del d.l. n. 44/2021, per come modificato dall'art.1, comma 1, lett. b), del d.l. n. 172/2021, convertito nella l. n. 3/2022, e successive modificazioni, nella parte in cui dispone che *“per il periodo di sospensione dall'esercizio della professione sanitaria non sono dovuti la retribuzione né altro compenso o emolumento, comunque denominato”*, per contrasto con i principi di ragionevolezza e di proporzionalità di cui gli artt. 2 e 3 Cost.

Il giudice si sofferma sulla portata e le conseguenze delle modifiche apportate dal legislatore all'art. 4 d.l. n. 44/2021 con le quali è stata disposta la proroga dell'obbligo di vaccinazione ed eliminato il sistema di gradualità temperata che consentiva al datore di lavoro di ricollocare il dipendente inadempiente all'obbligo vaccinale, nei limiti dell'organizzazione del servizio, a mansioni diverse anche inferiori, mantenendo la retribuzione.

Osserva, dunque, che l'attuale disciplina normativa, ponendo il dipendente dinanzi ad una scelta obbligata tra l'adempimento dell'obbligo e la sospensione dal servizio senza attribuzione di alcun trattamento economico, si rivelerebbe senz'altro sproporzionata determinando un ingiustificato peggioramento delle condizioni di vita dei lavoratori dipendenti.

Il quadro sin qui tratteggiato evidenzia la “gradualità” delle questioni che la Corte costituzionale sarà chiamata ad affrontare, da quella, necessariamente preliminare, relativa alla imposizione dell'obbligo vaccinale per il personale sanitario, a quelle, relative alla possibilità di ricollocare il lavoratore non vaccinato ad altre mansioni o comunque garantire allo stesso adeguate forme di sostentamento.

La parola, adesso, alla Corte costituzionale.

Federica Corbo, dottoranda nell'Università degli studi di Roma “La Sapienza”

Visualizza i documenti: [Trib. Padova, ordinanza 28 aprile 2022](#); [T.A.R. Lombardia, Sez. I, ordinanza 16 giugno 2022, n. 1397](#); [C.G.A. Sicilia, Ses. Giurd., ordinanza 22 marzo 2022, n. 351](#); [C.G.A. Sicilia, Sez. Giurisd., ordinanza 17 gennaio 2022 n. 38](#)