

Corte di Cassazione, Sezione Lavoro - 27 gennaio 2025, n. 1881

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE LAVORO**

Composta dagli Ill.mi Sigg. ri Magistrati:

Dott. TRIA Lucia - Presidente
Dott. DI PAOLANTONIO Annalisa - Consigliere-Rel.
Dott. TRICOMI Irene - Consigliere
Dott. CASCIARO Salvatore - Consigliere
Dott. FEDELE Ileana - Consigliere

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso 6453-2024

proposto da:

██, in persona del Direttore legale
rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, ██████████
presso lo studio dell'avvocato ██████████, che la rappresenta e
difende;

- ricorrente -

Contro

██████████, domiciliata ope legis in ROMA, PIAZZA CAVOUR, presso la
CANCELLERIA DELLA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, con diritto di
ricevere le comunicazioni all'indirizzo PEC degli avvocati ██████████ e
██████████ che la
rappresentano e difendono;

- **controricorrente** -

avverso la sentenza n. 199/2023 della CORTE D'APPELLO di GENOVA,
depositata il 21/10/2023 R.G.N. 22/2023;
udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del
03/12/2024 dal Consigliere Dott. ANNALISA DI PAOLANTONIO;
udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. RITA
SANLORENZO, che ha concluso per il rigetto del ricorso;
udito l'avvocato [REDACTED];
udito l'avvocato [REDACTED] per delega verbale avvocato [REDACTED].

FATTI DI CAUSA

1. La Corte d'Appello di Genova, adita con appello principale dalla [REDACTED] e con impugnazione incidentale da [REDACTED], ha respinto entrambi i gravami e ha confermato la sentenza del Tribunale di Savona che, in accoglimento del ricorso proposto dalla [REDACTED], aveva accertato "l'illegittimità dei provvedimenti di sospensione dal lavoro 27.8.2021 e 28.4.2022 nei limiti in cui in motivazione" e condannato la [REDACTED] al pagamento in favore della ricorrente "di quanto a lei dovuto a titolo di trattamento di malattia nei periodi dal 27.8.2021 al 26.1.2022 e dal 29.4.2022 al 31.5.2022 oltre alla maggiore somma tra interessi e rivalutazione come per legge", compensando integralmente fra le parti le spese di lite.
2. La [REDACTED], in servizio presso la [REDACTED] con qualifica di collaboratore professionale sanitario infermiere, aveva contestato i provvedimenti di sospensione dal lavoro per inosservanza dell'obbligo vaccinale adottati dalla [REDACTED] con decorrenza dal 27 agosto 2021 e dal 28 aprile 2022 facendo leva sulla circostanza che il rapporto di lavoro, alla data di adozione del primo atto, era già sospeso dal 24 agosto 2021, per malattia protrattasi ininterrottamente sino al 30 novembre 2022. Aveva, in particolare, sostenuto che, poiché la malattia assicura il diritto a conservare il posto di lavoro nonché un adeguato trattamento economico, illegittimamente quest'ultimo era stato negato valorizzando la sopravvenienza di una diversa causa di sospensione, che non poteva operare essendo il rapporto già sospeso.
3. La Corte territoriale, respinta l'eccezione di inammissibilità dell'appello principale, ha evidenziato in premessa che l'originaria ricorrente non aveva impugnato l'intervenuta sospensione dall'esercizio della professione infermieristica disposta dal competente ordine professionale né aveva contestato il fondamento della normativa di emergenza adottata durante l'epidemia da Sars-Cov-2 ed aveva agito in giudizio addebitando unicamente al datore di lavoro di avere adottato il provvedimento di sospensione per mancato assolvimento

dell'obbligo vaccinale e, conseguentemente, negato il diritto al trattamento economico in presenza di una causa di sospensione legale del rapporto già operante.

4. Il giudice d'appello ha condiviso le conclusioni alle quali era pervenuto il Tribunale e, dando atto degli orientamenti contrastanti espressi dalla giurisprudenza di merito, tali da giustificare l'integrale compensazione delle spese di lite, ha ritenuto che la fattispecie dovesse essere decisa applicando il principio, affermato dalla giurisprudenza di legittimità, della priorità della causa legale di sospensione della prestazione lavorativa, che portava a riconoscere il diritto della ██████ a percepire il trattamento retributivo previsto in caso di malattia ed a ritenere inapplicabile il D.L. 44/2021, nella parte in cui esclude per il periodo di sospensione il diritto alla corresponsione di retribuzione, compensi o emolumenti.

5. Per la cassazione della sentenza ha proposto ricorso la ██████, sulla base di due motivi, illustrati da memoria, ai quali ██████ ha opposto difese con controricorso.

6. L'ufficio della Procura Generale ha depositato conclusioni scritte, richiamate ed illustrate nel corso della discussione orale, ed ha chiesto il rigetto del ricorso.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo l'azienda ricorrente denuncia, ex art. 360 n. 3 cod. proc. civ., la violazione e falsa applicazione dell'art. 4, commi 1,6,8 e 9 del D.L. n. 44/2021, convertito nella legge n. 76/2021, dell'art. 56 del CCNL 2 novembre 2022 per il personale del comparto della sanità, dell'art. 38 Cost. e richiama la motivazione della sentenza n. 14/2023 della Corte Costituzionale nonché giurisprudenza di merito per sostenere che ha errato il giudice d'appello in quanto avrebbe dovuto valorizzare la specialità della normativa dettata dalla decretazione di urgenza che aveva imposto l'obbligo vaccinale, prevedendo come unica eccezione la sussistenza di condizioni cliniche documentate e attestate dal medico di medicina generale. Sostiene, in sintesi, la ricorrente che il rifiuto di sottoporsi alla vaccinazione doveva necessariamente comportare per gli appartenenti alle categorie tenute ad osservare l'obbligo di legge le conseguenze previste per la mancata vaccinazione e, quindi, la perdita della retribuzione e di qualsiasi altro emolumento. Aggiunge che la legittimità costituzionale della normativa adottata per fronteggiare la pandemia da Sars-Cov-2 è stata positivamente vagliata da plurime pronunce della Corte costituzionale, con le quali il bilanciamento operato dal legislatore è stato ritenuto non irragionevole e si è anche sottolineato che "l'obbligatorietà del vaccino lascia al singolo la possibilità di scegliere se adempiere o sottrarsi all'obbligo, assumendosi responsabilmente in questo secondo caso, le conseguenze previste dalla legge".

2. La violazione e falsa applicazione dell'art. 4, commi 1,6,8 e 9 del D.L. n. 44/2021, dell'art. 56 del CCNL 2022 per il personale del comparto sanità, e dell'art. 38 Cost. è denunciata, sotto altro profilo, anche con il secondo motivo, con il quale si deduce che ha errato la Corte territoriale nel ritenere applicabile alla fattispecie il principio della priorità della causa di sospensione, pur a fronte della specialità della normativa, che prevede senza alcuna eccezione la sospensione dell'obbligo retributivo gravante sul datore di lavoro quale conseguenza del rifiuto a sottoporsi a vaccinazione. Rileva che il criterio della prevenzione non opera in ogni caso e va riferito alla diversa ipotesi, che qui non ricorre, della concorrenza fra cause di sospensione che danno comunque titolo a percepire egualmente il trattamento retributivo. Deduce ancora che il giudice d'appello ha trascurato del tutto la preminente esigenza di garantire la salute pubblica e non ha considerato che, in assenza della malattia, il rapporto sarebbe stato sospeso senza diritto alla retribuzione.

3. In premessa va evidenziato che è infondata l'eccezione di improcedibilità del ricorso, sollevata dalla difesa della controricorrente.

È *ius receptum* il principio di diritto, affermato da Cass. S.U. n. 23329/2009 e mai smentito, secondo cui "L'improcedibilità del ricorso per cassazione a norma dell'art. 369, secondo comma, n. 4, cod. proc. civ., non può conseguire al mancato deposito del contratto collettivo di diritto pubblico, ancorché la decisione della controversia dipenda direttamente dall'esame e dall'interpretazione delle relative clausole, atteso che, in considerazione del peculiare procedimento formativo, del regime di pubblicità, della sottoposizione a controllo contabile della compatibilità economica dei costi previsti, l'esigenza di certezza e di conoscenza da parte del giudice era già assolta, in maniera autonoma, mediante la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale, ai sensi dell'art. 47, comma 8, del D. Lgs. n. 165 del 2001, sì che la successiva previsione, introdotta dal D. Lgs. n. 40 del 2006, deve essere riferita ai contratti collettivi di diritto comune."

4. I motivi, che possono essere trattati congiuntamente in ragione della loro connessione logica e giuridica, sono fondati.

È preliminare ad ogni altra considerazione l'esame della normativa con la quale il legislatore, a fronte dell'emergenza sanitaria di rilevanza internazionale data dalla diffusione e gravità dell'epidemia da SARS-Cov-2 (che già l'11 marzo 2020 l'OMS aveva definito "pandemia"), ha adottato misure finalizzate a tutelare la salute pubblica e, fra queste, ha incluso la vaccinazione, che le più autorevoli voci scientifiche a livello mondiale indicavano come strumento idoneo a contrastare la diffusione del virus.

4.1. Come già evidenziato da questa Corte, sia pure ad altri fini, nella motivazione delle sentenze nn. 12211/2024 e 15697/2024, con l'art. 4 del D.L. n. 44 del 1 aprile 2021, convertito con modificazioni nella legge n. 76 del 28 maggio 2021, è stato previsto l'obbligo

vaccinale per "gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario di cui all'articolo 1, comma 2, della legge 1 febbraio 2006, n. 43, che svolgono la loro attività nelle strutture sanitarie, sociosanitarie e socio-assistenziali, pubbliche e private, nelle farmacie, nelle parafarmacie e negli studi professionali" e si è individuato nella vaccinazione, da somministrare nel rispetto del piano disciplinato dalla legge n. 178 del 2020, art. 1, comma 457, nonché delle indicazioni fornite dalle regioni, un "requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative dei soggetti obbligati" (art. 4, comma 1, secondo periodo).

Dall'obbligo vaccinale il legislatore ha esentato, fra gli appartenenti alle categorie sopra indicate, solo coloro che si trovavano in una condizione di "accertato pericolo per la salute, in relazione a specifiche condizioni cliniche documentate, attestate dal medico di medicina generale".

Nell'iniziale formulazione la norma, oltre a stabilire una rigida scansione di adempimenti a carico degli ordini professionali, delle regioni e province autonome, nonché delle aziende sanitarie locali (commi da 3 a 6), prevedeva, al comma 6, che l'accertamento da parte dell'azienda sanitaria locale di mancato adempimento dell'obbligo vaccinale "determina 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".

Aggiungeva il comma 8 che il datore di lavoro, ricevuta comunicazione dell'accertamento, era tenuto ad adibire "il lavoratore, ove possibile, a mansioni, anche inferiori, diverse da quelle indicate al comma 6, con il trattamento corrispondente alle mansioni esercitate, e che, comunque, non implicano rischi di diffusione del contagio".

La disposizione si concludeva con la previsione, in caso di impossibilità di una diversa utilizzazione del prestatore, della sospensione dal servizio, accompagnata dalla privazione della retribuzione e di ogni altro emolumento, ed efficace sino all'assolvimento dell'obbligo vaccinale o, in mancanza, fino al completamento del piano vaccinale e comunque non oltre il 31 dicembre 2021 (comma 8: Quando l'assegnazione a mansioni diverse non è possibile, per il periodo di sospensione di cui al comma 9 non sono dovuti la retribuzione né altro compenso o emolumento, comunque denominato; comma 9: La sospensione di cui al comma 6 mantiene efficacia fino all'assolvimento dell'obbligo vaccinale o, in mancanza, fino al completamento del piano vaccinale nazionale e comunque non oltre il 31 dicembre 2021).

4.2. Peraltro la scelta inizialmente operata è stata ripensata dal legislatore che, a seguito dell'aggravarsi della situazione sanitaria, ha reso più stringenti i vincoli posti alle categorie che qui vengono in rilievo e con il D.L. 26 novembre 2021 n. 172, convertito dalla legge 21 gennaio 2022 n. 3, ha modificato il testo del richiamato art. 4 del D.L. n. 44 del 2021 ed in particolare:

a) al comma 1 ha soppresso l'inciso che svolgono la loro attività nelle strutture sanitarie, sociosanitarie e socio-assistenziali, pubbliche e private, nelle farmacie, nelle parafarmacie e negli studi professionali, di modo che all'esito della riformulazione i destinatari dell'obbligo vaccinale sono stati individuati sulla base della sola categoria professionale di appartenenza, senza alcuna considerazione dei servizi e dei luoghi di espletamento dell'attività lavorativa;

b) è stato parimenti soppresso il potere/dovere del datore di lavoro, previsto dal comma 8 del testo originario, di adibire il lavoratore non vaccinato a mansioni non comportanti rischio di diffusione del contagio, potere/dovere che è rimasto circoscritto alla sola ipotesi di vaccinazione non effettuata a causa di accertato e documentato pericolo per la salute dell'interessato;

c) all'accertamento del rifiuto della vaccinazione è stata correlata la sospensione dall'esercizio della professione sanitaria senza eccezione alcuna;

d) è stato inserito il comma 10 dell'art. 4 secondo cui Per la verifica dell'adempimento dell'obbligo vaccinale da parte degli operatori di interesse sanitario di cui al comma 1, si applicano le disposizioni di cui all'articolo 4-ter, commi 2, 3 e 6.

4.3. L'art. 4 ter, richiamato dal citato comma 10 del riformulato art. 4 ed inserito nel testo dell'originario D.L. n. 44 del 2021 sempre dal D.L. n. 172 del 2021, oltre ad ampliare, al comma 1 ed a partire dal 15 dicembre 2021, le categorie professionali soggette all'obbligo vaccinale, ha dettato una specifica disciplina degli adempimenti posti a carico dei dirigenti preposti alle strutture alle quali l'obbligo vaccinale è stato esteso, al fine di assicurare il pronto accertamento dell'avvenuto rispetto dell'obbligo medesimo (comma 3).

Ha poi previsto, ricalcando l'analoga disposizione contenuta nell'art. 4, comma 6, che "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." (comma 3).

Infine, e la previsione assume particolare rilievo ai fini di causa per quanto si dirà in prosieguo, sul presupposto della contrarietà a diritto dello svolgimento di attività lavorativa in violazione dell'obbligo vaccinale, il legislatore ha previsto, al comma 5, che "Lo svolgimento dell'attività lavorativa in violazione dell'obbligo vaccinale di cui al comma 1 è punito con la sanzione di cui al comma 6 e restano ferme le conseguenze disciplinari secondo i rispettivi ordinamenti di appartenenza".

È poi significativo osservare che il legislatore, rendendo evidente la doverosità della vaccinazione e l'assenza di qualsivoglia discrezionalità da parte dei datori di lavoro, abbia

assoggettato a sanzione anche quest'ultimi in caso di omissione degli adempimenti necessari al fine di assicurare il rispetto dell'obbligo vaccinale.

4.4. Con il D.L. 26 novembre 2021 n. 172, quindi, la scelta del legislatore, finalizzata ad assicurare adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura ed assistenza ovvero di servizi svolti a contatto con persone in situazioni di fragilità, è stata quella, da un lato, di imporre l'obbligo vaccinale al personale indicato dal comma 1 del riformulato art. 4 (e quindi agli esercenti le professioni sanitarie ed agli operatori di interesse sanitario di cui all'art. 1 della legge n. 43/2006) sulla base della sola categoria di appartenenza ed a prescindere dal luogo e dalle modalità individuali di svolgimento dell'attività; dall'altro di estendere l'obbligo medesimo al personale dipendente in possesso di altre qualifiche, purché impegnato, a qualsiasi titolo, nelle strutture indicate dall'art. 8 del D. Lgs. n. 502/1992, anche in tal caso a prescindere da accertamenti sulle modalità di espletamento delle mansioni.

È stato, quindi, adottato un sistema "per categorie già predeterminate (individuate in base alla professione ed al luogo di svolgimento) che grazie al suo carattere semplificato e automatico basato sulla semplice riconducibilità ad esse consentiva di rimettere l'attività di accertamento e monitoraggio agli ordini professionali competenti ed ai datori di lavoro" con la finalità di "evitare una capillare e costante operazione di verifica della sussistenza e del mantenimento di una situazione (astrattamente) idonea ad evitare il contagio in modo da

scongiurare, per le strutture a ciò deputate, un aggravio insostenibile in termini di tempi, costi e utilizzo di personale altrimenti impiegabile su fronti più urgenti " (Corte Cost. n. 186/2023).

5. La tenuta costituzionale della disciplina emergenziale sopra riassunta nei suoi tratti essenziali è stata vagliata positivamente con più pronunce dal Giudice delle leggi (Corte Cost. n. 186/2023; Corte Cost. n. 185/2023; Corte Cost. n. 156/2023; Corte Cost. n. 15/2023; Corte Cost. n. 14/2023; cfr. anche, più di recente con riferimento all'attività penitenziaria, Corte Cost. n. 188/2024).

Con particolare riferimento al rispetto del requisito della proporzionalità, è stato evidenziato che la conseguenza del mancato adempimento dell'obbligo è rappresentata dalla sospensione dall'esercizio delle professioni sanitarie, con reintegro al venir meno dell'inadempimento dell'obbligo e, comunque, dello stato di crisi epidemiologica; ed è stato sottolineato che tale scelta - che non riveste natura sanzionatoria - "si muove nell'ambito della responsabilità del legislatore di individuare una conseguenza calibrata, in termini di sacrificio dei diritti dell'operatore sanitario, che sia strettamente funzionale rispetto alla finalità perseguita di riduzione della circolazione del virus", e "ciò tanto in termini di durata - posto che, secondo quanto già sopra evidenziato, il legislatore ha introdotto, sin dall'inizio, una durata predeterminata dell'obbligo vaccinale, modificandola, costantemente, in base

all'andamento della situazione sanitaria, giungendo ad anticiparla appena la situazione epidemiologica lo ha consentito - quanto in termini di intensità, trattandosi di una sospensione del rapporto lavorativo, senza alcuna conseguenza di tipo disciplinare, e non di una sua risoluzione" (Corte cost. n. 14 del 2023, par. 13.2.).

In particolare, per quel che attiene alla portata dell'obbligo vaccinale, è stato osservato che il "legislatore, nel fronteggiare la situazione pandemica in corso, ha modulato la scelta nel tempo e, in parte, ha originariamente anche tenuto conto delle modalità di svolgimento dell'attività lavorativa. In prima battuta, ha individuato categorie professionali i cui componenti prevalentemente svolgessero attività di natura tale da giustificare l'imposizione dell'obbligo vaccinale: soggetti che risultavano statisticamente maggiormente colpiti e più probabili veicoli di circolazione del virus verso soggetti fragili e verso l'intera popolazione, e che, al contempo, erano determinanti per la tenuta del sistema sanitario, al fine di evitare l'interruzione di servizi essenziali per la collettività (sentenze n. 14 del 2023 e n. 268 del 2017). Finalità, quest'ultima, "particolarmente avvertita in un momento in cui, da un lato, il sistema sanitario nel suo complesso era sottoposto ad un gravissimo stress, dovendo affrontare - oltre a crescenti richieste di assistenza domiciliare - un enorme e incessante incremento di ricoveri per i pazienti affetti da patologia da SARS-CoV-2, con conseguente congestione delle strutture ospedaliere e dei reparti intensivi, e, dall'altro lato, si assisteva a una crescente diffusione del contagio tra il personale sanitario" (sentenza n. 14 del 2023). Proprio nel perseguimento di tali finalità - in considerazione dell'andamento della pandemia, crescente sia in termini di gravità che di diffusione - il legislatore, in seconda battuta, ha esteso l'obbligo vaccinale ad altri soggetti individuati anche in base al solo luogo di svolgimento dell'attività lavorativa" (Corte cost. n. 185 del 2023, par. 5.1.).

In questo senso, si è ritenuto che "l'imposizione dell'obbligo vaccinale per categorie legislativamente predeterminate, gradualmente individuate nei termini anzidetti, non può ritenersi irragionevole e lesiva degli evocati parametri costituzionali", quale una delle possibili modalità di contemperamento tra la dimensione individuale e quella collettiva del diritto alla salute, perché rappresentava una risposta alla emergenza pandemica portatrice di una serie di vantaggi, in considerazione della situazione sanitaria in atto, per affrontare la quale era indispensabile assicurare una tempestiva e uniforme attuazione dell'obbligo vaccinale, essendo rimessa alla responsabilità e, quindi, alla discrezionalità del legislatore la scelta su quali fossero le misure maggiormente rispondenti alle finalità perseguite mediante l'imposizione dell'obbligo vaccinale (Corte cost. n. 185 del 2023, par. 6.).

L'aver attribuito rilevanza alla sola categoria di appartenenza "rappresenta una scelta non irragionevolmente mossa dall'esigenza di garantire linearità e automaticità all'individuazione dei destinatari, così da consentire un'agevole e rapida attuazione dell'obbligo e da prevenire il sorgere di dubbi e contrasti in sede applicativa", e "coerente con l'esigenza - che trae origine dall'art. 32 Cost. - di determinare con certezza i soggetti la cui libertà di autodeterminazione

venga compresa nell'interesse della comunità", in quanto qualsiasi "sistema improntato all'identificazione di carattere individuale, in base alla rispondenza di determinati requisiti e, in particolare, alla tipologia dell'attività lavorativa degli appartenenti alla professioni sanitarie, avrebbe comportato un aggravio - che il legislatore ha reputato insostenibile in termini di tempi, costi e utilizzo di personale altrimenti impiegabile su fronti più urgenti - nella fase dell'individuazione in concreto dei destinatari dell'obbligo, tramite l'accertamento, caso per caso, della rispondenza ai requisiti richiesti, oltre che nella successiva fase di monitoraggio e controllo della loro perdurante sussistenza. La scelta si è fondata sulla significativa criticità della situazione sanitaria nella quale tutte le risorse, di personale e organizzative, dovevano essere finalizzate alla gestione dell'emergenza pandemica, sicché il sistema avrebbe mal tollerato, in capo alle singole amministrazioni datrici di lavoro, un'attività di cernita (a monte) e controllo (a valle) delle singole tipologie di attività professionali. Il legislatore ha, inoltre, considerato che l'adozione di un sistema per categorie già predeterminate - grazie al suo carattere semplificato e automatico - consentiva di rimettere l'attività di accertamento e monitoraggio agli ordini professionali competenti e ai datori di lavoro, esonerando da tale impegnativo compito le aziende sanitarie locali, le regioni e le province autonome, inizialmente coinvolte in base all'originario impianto normativo, antecedente alle modifiche introdotte con il D.L. n. 172 del 2021, come convertito" (così Corte cost. n. 185 del 2023, par. 6.).

Infine, è stata approfondita anche la questione sollevata in riferimento all'art. 3 Cost., sotto il profilo dell'irragionevolezza della generale imposizione dell'obbligo vaccinale senza distinzioni legate alle concrete modalità di svolgimento dell'attività lavorativa. Sul punto, la Corte costituzionale, pronunciandosi con riferimento allo svolgimento "con modalità di lavoro agile", richiamati principi già affermati in precedenti decisioni, ha nuovamente valorizzato "l'esigenza di semplificazione, richiesta dall'emergenza sanitaria all'epoca in atto, al fine di evitare una capillare e costante operazione di verifica della sussistenza e del mantenimento di una situazione (astrattamente) idonea ad evitare il contagio in modo da scongiurare, per le strutture a ciò deputate, un aggravio insostenibile in termini di tempi, costi e utilizzo di personale altrimenti impiegabile su fronti più urgenti. " (Corte cost. n. 186 del 2023, par. 5.3.).

Si è, quindi, concluso, in continuità con le precedenti pronunce, per la non irragionevolezza della scelta dell'imposizione dell'obbligo vaccinale per categorie e a prescindere dalle concrete modalità di svolgimento della prestazione lavorativa, oltre che per la non sproporzionalità della misura, da inserire "in un quadro caratterizzato dalla portata della conseguenza dell'inadempimento dell'obbligo vaccinale - rappresentata dalla sospensione del rapporto lavorativo, peraltro priva di conseguenze di tipo disciplinare - e dalla natura transitoria dell'imposizione dell'obbligo vaccinale nonché dalla sua rigorosa modulazione in stretta connessione con l'andamento della situazione pandemica (sentenze n. 185, n. 15 e n. 14 del 2023)" (Corte cost. n. 186 del 2023, par. 5.4.).

6. Le pronunce di questa Corte richiamate al punto 4.1. hanno poi osservato, quanto alle conseguenze dell'inadempimento dell'obbligo vaccinale, che "il rifiuto della prestazione offerta dal lavoratore non vaccinato non integra mora credendi, perché fondato sulla carenza di un requisito essenziale di carattere sanitario per lo svolgimento della prestazione stessa e ciò giustifica anche la sospensione dell'obbligo retributivo e la mancata previsione dell'assegno alimentare perché, se il riconoscimento di quest'ultimo "si giustifica alla luce della necessità di assicurare al lavoratore un sostegno allorché la temporanea impossibilità della prestazione sia determinata da una rinuncia unilaterale del datore di lavoro ad avvalersene e da atti o comportamenti che richiedono di essere accertati in vista della prosecuzione del rapporto, ben diverso è il caso in cui, per il fatto di non aver adempiuto all'obbligo vaccinale, è il lavoratore che decide di sottrarsi unilateralmente alle condizioni di sicurezza che rendono la sua prestazione lavorativa, nei termini anzidetti, legittimamente esercitabile".

La successiva giurisprudenza del Giudice delle leggi ha ribadito il principio già espresso, ritenendo non comparabile la sospensione che qui viene in rilievo con altre ipotesi in relazione alle quali è comunque assicurato al lavoratore sospeso l'assegno alimentare, ed ha evidenziato che "non può considerarsi soluzione costituzionalmente obbligata l'accollo al datore di lavoro, in chiave solidaristica, di una provvidenza di natura assistenziale, esulante dai diritti connessi al rapporto di lavoro, in favore del lavoratore che non abbia inteso vaccinarsi e che sia per ciò solo temporaneamente inidoneo allo svolgimento della propria attività lavorativa" (Corte Cost. n. 188/2024).

7. La ricostruzione del quadro normativo ed i principi che questa Corte ha già enunciato, in coerenza con la giurisprudenza costituzionale, inducono a ritenere che nella fattispecie la questione degli effetti derivanti dal provvedimento di sospensione, adottato quando il rapporto era già sospeso per altra causa, non possa essere risolta in applicazione del principio della cosiddetta "priorità della causa sospensiva", sulla base del quale i giudici del merito, erroneamente, hanno deciso la controversia.

Osta a detta applicazione innanzitutto l'assoluta specialità ed eccezionalità della normativa, che, come si è già evidenziato, in entrambe le versioni succedutesi nel tempo, ha previsto che "per il periodo di sospensione non sono dovuti la retribuzione né altro compenso o emolumento, comunque denominato" ed ha imposto al datore di lavoro di adottare il provvedimento di sospensione, in quanto conseguenza necessaria (seppure nella prima fase solo una volta verificata l'impossibilità del *repechage*) della mancata sottoposizione all'obbligo vaccinale esteso a tutti gli appartenenti alla categoria.

Il legislatore non ha attribuito alcun rilievo a situazioni soggettive del dipendente ed ha esentato dalla vaccinazione esclusivamente coloro che sarebbero stati esposti ad "accertato pericolo per la salute", e questa scelta, motivata dalla eccezionalità e dalla temporaneità

dell'emergenza sanitaria, è stata ritenuta non irragionevole dalla Corte Costituzionale per le ragioni di cui si è già dato conto.

D'altro canto la giurisprudenza richiamata dalla Corte territoriale, invocata dalla controricorrente anche in questa sede, oltre a circoscrivere l'ambito di applicazione del principio della priorità della causa sospensiva alle cause di sospensione con diritto alla retribuzione, è chiara nell'escluderne l'applicazione qualora la causa sopravvenuta sia conseguenza della assoluta impossibilità di rendere la prestazione lavorativa (Cass. n. 15941/2013 e Cass. n. 18528/2011).

Nella fattispecie ricorrono entrambe le condizioni ritenute ostative all'applicazione di quel principio perché, da un lato, la sospensione disposta ai sensi del più volte citato art. 4 del D.L. n. 44/2021 comporta come effetto la perdita della retribuzione e di ogni altro emolumento che trova causa nel rapporto di lavoro, comunque denominato; dall'altro la mancata ottemperanza all'obbligo vaccinale impedisce all'operatore sanitario di rendere la prestazione e lo espone, ove ciò accada, a sanzione amministrativa, sicché la causa di sospensione sopravvenuta, da sola sufficiente ad impedire il rapporto sinallagmatico, non può che prevalere su quelle che si innestano su un rapporto la cui funzionalità non sarebbe impedita in difetto della causa sospensiva.

Né si può fondatamente sostenere che, così interpretata, la disciplina emergenziale si porrebbe in contrasto con l'art. 38 Cost., perché neutralizzerebbe le tutele previste dall'ordinamento in favore del lavoratore malato o in congedo familiare.

Si è già richiamata la giurisprudenza costituzionale che ha posto l'accento sull'adeguato bilanciamento, realizzato dal legislatore, dei diritti individuali con il diritto alla salute collettiva, che trova il suo punto di equilibrio anche nel carattere temporaneo della misura, la quale non assume connotazioni disciplinari, garantisce la conservazione del posto di lavoro e non compromette le specifiche ragioni della tutela in esame. Infatti, la sospensione determinata dalla violazione dell'obbligo vaccinale non incide sulla possibilità di proseguire lo stato di malattia ovvero di continuare a prestare assistenza al proprio familiare, nel caso del congedo, e la mancata percezione dell'indennità prevista anche in tali evenienze non discrimina il lavoratore in malattia o in congedo che viene ad essere destinatario del medesimo trattamento riservato agli altri appartenenti alla categoria, sottrattisi volontariamente all'obbligo vaccinale, in assenza di particolari condizioni di salute idonee a giustificare il rifiuto.

8. A quanto si è sin qui argomentato va ancora aggiunto che l'inapplicabilità del principio della priorità della causa di sospensione opera anche con riferimento al periodo compreso fra l'entrata in vigore del D.L. n. 44 del 01 aprile 2021 e la successiva modifica normativa attuata dal D.L. 26 novembre 2021 n. 172.

Infatti l'onere posto a carico del datore di lavoro di esperire il tentativo di repechage prima di disporre la sospensione, può

eventualmente incidere sulla legittimità del provvedimento adottato, qualora quest'ultimo venga impugnato dal lavoratore sotto questo profilo ed il datore medesimo non dimostri che, ove il rapporto fosse stato normalmente funzionante, non avrebbe avuto possibilità alcuna di impiegare diversamente l'operatore non vaccinato.

Si tratta, quindi, di un piano diverso e distinto da quello che qui viene in rilievo, perché, come evidenziato dalla Corte territoriale "la ricorrente non ha impugnato la intervenuta sospensione dall'esercizio della professione infermieristica" né ha fatto cenno alcuno, anche in questa sede, alla possibilità, che avrebbe avuto, ove fosse risultata in servizio al momento della conclusione del procedimento (la malattia, infatti, è intervenuta quando il procedimento avviato ai sensi del citato art. 4 si avviava alla conclusione ed ha preceduto di soli tre giorni il provvedimento finale), di essere utilizzata in mansioni diverse, avendo posto l'accento unicamente sulla giuridica impossibilità di sospendere il rapporto per una causa diversa da quella già operante, sul presupposto, come si è visto errato, che a quest'ultima dovesse essere data priorità.

9. In via conclusiva vanno accolti entrambi i motivi di ricorso e, non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, la causa può essere decisa nel merito ex art. 384, comma 2, cod. proc. civ., con il rigetto dell'originaria domanda.

La novità e la complessità della questione posta dal ricorso giustificano l'integrale compensazione fra le parti delle spese dell'intero processo.

Non sussistono le condizioni processuali dall'art. 13, comma 1 quater, del D.P.R. n. 115/2002, come modificato dalla L. 24.12.12 n. 228, per il raddoppio del contributo unificato.

10. In considerazione della natura della controversia, venendo in rilievo dati sensibili, ai sensi dell'art. 52, comma 2, del D. Lgs. n. 196 del 2003, va disposto l'oscuramento di ufficio delle generalità di ████████.

P.Q.M.

Accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e, decidendo nel merito, rigetta l'originaria domanda proposta da ████████.

Compensa integralmente fra le parti le spese dell'intero processo.

Dispone che in caso di diffusione del presente provvedimento si omettano le generalità di [REDACTED].

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 3 dicembre 2024.

Depositato in Cancelleria il 27 gennaio 2025.