



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 2219 del 2021, proposto da

-OMISSIS-, rappresentata e difesa dall'avvocato Silvia Pini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

ATS – Agenzia di tutela della salute della Città metropolitana di Milano, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato Simona Falconieri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

ASST – Azienda socio-sanitaria territoriale Fatebenefratelli-Sacco, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato Annalisa Avolio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- dell'atto di accertamento dell'inosservanza dell'obbligo vaccinale prot. n. -OMISSIS- del 9 settembre 2021, adottato dell'ATS - Agenzia di tutela della salute della Città metropolitana di Milano, ai sensi dell'articolo 4, comma 6, del decreto legge 1 aprile 2021 n. 44, convertito con modificazioni nella legge 28 maggio 2021 n. 76, comunicato in data 23 settembre 2021, con conseguente sospensione della ricorrente dal diritto di svolgere

prestazioni o mansioni che implicano contatti interpersonali o comportano, in qualsiasi forma, il rischio di diffusione del contagio da SARS-CoV-2;

- della nota prot. n. -OMISSIS- del 14 settembre 2021, con la quale la ASST - Azienda socio-sanitaria territoriale Fatebenefratelli-Sacco ha sospeso la dipendente dal servizio;

- di ogni altro atto presupposto, consequenziale e connesso, anche non conosciuto;

per quanto riguarda l'istanza cautelare notificata in data 28 marzo 2022, depositata in data 29 marzo 2022:

- della missiva prot. -OMISSIS- del 27 gennaio 2022, ritirata in data 8 febbraio 2022, con cui la ASST Fatebenefratelli-Sacco ha comunicato alla ricorrente, ai sensi del novellato articolo 4 del decreto legge 1 aprile 2021 n. 44, convertito con modificazioni nella legge 28 maggio 2021 n. 76, ad opera del decreto legge 26 novembre 2021 n. 172, convertito nella legge 21 gennaio 2022, n. 3, l'immediata sospensione dal servizio senza retribuzione ed altri compensi od emolumenti, comunque denominati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'ATS - Agenzia di tutela della salute della Città metropolitana di Milano e dell'ASST - Azienda socio-sanitaria territoriale Fatebenefratelli-Sacco;

Vista l'istanza cautelare notificata il 28 marzo 2022 e depositata il 29 marzo 2022;

Visto l'articolo 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 21 aprile 2022 la dott.ssa Rosanna Perilli e uditi per le parti i difensori, come specificato nel verbale;

1. Dall'1 aprile del 2010 la ricorrente svolge l'attività lavorativa di -OMISSIS- alle dipendenze dell'ASST – Azienda socio-sanitaria territoriale Fatebenefratelli-Sacco (d'ora in avanti solo l'ASST), con contratto di lavoro a tempo pieno ed indeterminato, per la quale percepisce lo stipendio tabellare base di 1.591,27 euro mensili (documento n. 4 dell'indice di parte ricorrente).

Con atto del 9 settembre 2021, comunicato in data 23 settembre 2021, l'ATS – Agenzia di tutela della salute della Città metropolitana di Milano (d'ora in avanti solo l'ATS) ha

accertato che la ricorrente non ha ottemperato all'obbligo vaccinale imposto agli esercenti le professioni sanitarie ed agli operatori di interesse sanitario dall'articolo 4, comma 1, del decreto legge 1 aprile 2021 n. 44, convertito nella legge 28 maggio 2021 n. 76, nella formulazione vigente *ratione temporis*.

In data 14 settembre 2021 l'ASST ha comunicato alla ricorrente <<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>>, ai sensi dell'articolo 4, comma 6, del decreto legge 1 aprile 2021 n. 44, convertito nella legge 28 maggio 2021 n. 76, nella formulazione vigente *ratione temporis*.

1.1. Con il ricorso introduttivo la ricorrente ha domandato l'annullamento sia dell'atto con il quale l'ATS ha accertato l'inosservanza dell'obbligo vaccinale che della comunicazione con la quale l'ASST l'ha sospesa dall'attività lavorativa, per i seguenti motivi:

a) per violazione del procedimento di cui all'articolo 4, commi 5 e 6, del decreto legge 1 aprile 2021 n. 44, convertito nella legge 28 maggio 2021 n. 76, nella formulazione vigente *ratione temporis*, per mancata comunicazione degli inviti a produrre la documentazione comprovante l'omissione o il differimento della vaccinazione, la cui ricezione le avrebbe consentito di ottenere il differimento della vaccinazione e di evitare tutti i pregiudizi conseguenti alla immediata sospensione dall'attività lavorativa (primo motivo di ricorso);

b) per contrasto dell'obbligo vaccinale di cui all'articolo 4, comma 1, del decreto legge 1 aprile 2021 n. 44, convertito nella legge 28 maggio 2021 n. 76, con gli articoli 3, 13, 32 e 36 della Costituzione e con i principi di uguaglianza e ragionevolezza.

In particolare, la ricorrente ha censurato le carenze informative sull'efficacia dei vaccini nella prevenzione del contagio da SARS-CoV-2, sulla durata dell'immunizzazione e sugli effetti avversi conseguenti alla loro somministrazione nonché l'assenza dell'istituzione di una funzione di farmacovigilanza attiva (secondo motivo di ricorso);

c) per violazione del divieto di discriminazione sui luoghi di lavoro - di cui agli articoli 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, 14 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, 3 e 36 della Costituzione - dei lavoratori del settore sanitario che, nell'esercizio della libertà di autodeterminazione

nella scelta dei trattamenti sanitari, abbiano ritenuto di non sottoporsi alla vaccinazione obbligatoria (terzo motivo di ricorso);

d) per violazione degli articoli 3 e 5 della legge 22 dicembre 2017 n. 219, i quali sanciscono rispettivamente il diritto di essere informati in modo completo, aggiornato e comprensibile dei benefici e dei rischi conseguenti ai trattamenti sanitari ed il diritto di rifiutarli (quarto motivo di ricorso);

e) per la contrarietà dell'imposizione di un trattamento sperimentale, del quale non sono noti né l'efficacia né gli effetti avversi, con gli articoli 2 e 4 del regolamento 507/2006/CE, con gli articoli 3, 35 e 38 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, con i principi etici per la ricerca biomedica che coinvolge esseri umani, contenuti nella Dichiarazione di Helsinki, con i principi di precauzione e di proporzionalità e con l'articolo 32 della Costituzione (quinto motivo di ricorso).

1.2. Hanno resistito al ricorso l'ASST Fatebenefratelli-Sacco e l'ATS della Città metropolitana di Milano ed hanno preliminarmente eccepito il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, in quanto la controversia avente ad oggetto l'annullamento del provvedimento di sospensione del dipendente di un ente sanitario dall'attività lavorativa attiene al rapporto di lavoro contrattualizzato ed è devoluta, ai sensi dell'articolo 63, comma 1, del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165, alla giurisdizione del giudice ordinario.

L'ATS della Città metropolitana di Milano ha altresì eccepito che:

a) in base al criterio del *petitum* sostanziale, la presente controversia, la quale involge la tutela di <<*diritti soggettivi assoluti e di rango primario*>>, come il diritto <<*a non essere discriminato*>> sul lavoro e il diritto <<*a non essere sottoposto ad un determinato trattamento sanitario*>>, è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario;

b) la norma attribuisce all'azienda sanitaria locale un potere affatto vincolato che non è idoneo <<*a far degradare i diritti soggettivi, dei quali si lamenta la violazione, ad interessi legittimi*>>, con conseguente attribuzione della presente controversia, secondo l'ordinario criterio di riparto, alla giurisdizione del giudice ordinario.

1.3. Con decreto cautelare n. 1403 del 17 dicembre 2021 il Presidente del Tribunale, ravvisata la possibile fondatezza della violazione procedimentale eccepita con il primo

motivo di ricorso, ha sospeso l'efficacia degli atti impugnati, ai fini del reintegro in servizio della ricorrente e della sua destinazione allo svolgimento di prestazioni o mansioni che non implicano contatti interpersonali e non comportano il rischio di diffusione del contagio.

1.4. Con ordinanza n. 127 del 28 gennaio 2022 il Tribunale ha respinto la domanda cautelare della ricorrente per carenza dei requisiti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, in quanto la stessa, pur avendo nelle more ricevuto dall'ATS i relativi inviti, non ha prodotto la documentazione necessaria ad ottenere l'esenzione dalla vaccinazione o il suo differimento né ha provato di essersi vaccinata.

1.5. Nelle more, l'articolo 4 del decreto legge 1 aprile 2021 n. 44, convertito nella legge 28 maggio 2021 n. 76, è stato modificato ad opera del decreto legge 26 novembre 2021 n. 172, convertito nella legge 21 gennaio 2022 n. 3, per cui l'ASST Fatebenefratelli-Sacco, con nota prot. n. -OMISSIS- del 27 gennaio 2022, comunicata in data 8 febbraio 2022, ha disposto l'immediata sospensione della ricorrente dal servizio senza corresponsione della retribuzione e di altri compensi od emolumenti, comunque denominati.

1.6. Con istanza notificata in data 28 marzo 2022, da qualificarsi come atto per motivi aggiunti, la ricorrente ha invocato la concessione di idonee misure cautelari per evitare il grave pregiudizio e il danno irreparabile alla soddisfazione delle sue essenziali esigenze di vita, derivante dalla sospensione dal servizio con integrale privazione del trattamento retributivo, anche in forma di riconoscimento di un assegno di natura assistenziale.

La ricorrente ha pertanto chiesto al Tribunale di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'articolo 4, comma 5, del decreto legge 1 aprile 2021 n. 44, convertito nella legge 28 maggio 2021 n. 76, come riformulato dal decreto legge 26 novembre 2021 n. 172, convertito nella legge 21 gennaio 2022 n. 3, nella parte in cui non contempla l'attribuzione di un assegno alimentare al dipendente sospeso dal servizio, per l'intera durata del periodo di sospensione, per violazione degli articoli 3 e 32, comma secondo, della Costituzione.

In particolare, la ricorrente ha contestato la disparità di trattamento dei dipendenti del comparto sanitario, sospesi dal servizio per inadempimento dell'obbligo vaccinale, rispetto ai dipendenti del medesimo comparto sospesi cautelativamente dal servizio in pendenza di

un procedimento disciplinare o penale, ai quali vengono invece corrisposte delle indennità e degli emolumenti, ed anche rispetto agli altri dipendenti pubblici e privati, ai quali viene comunque corrisposto, sempre nelle ipotesi di sospensione cautelare dal servizio, un assegno di natura assistenziale.

1.7. Con memoria depositata il 15 aprile 2022, l'ASST Fatebenefratelli-Sacco ha invocato la declaratoria di inammissibilità dell'istanza cautelare notificata in data 28 marzo 2022, per mancata impugnazione della deliberazione n. 119 del 27 gennaio 2022, con la quale il Direttore generale ha disposto la sospensione della ricorrente dal servizio e dalla retribuzione.

1.8. Alla camera di consiglio del 21 aprile 2022, fissata per la trattazione della domanda cautelare, la causa è stata discussa e trattenuta in decisione e la domanda cautelare è stata decisa con separata ordinanza.

2. L'articolo 4 del decreto legge 1 aprile 2021 n. 44, convertito con modificazioni nella legge 28 maggio 2021 n. 76, ha introdotto, per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario, l'obbligo temporaneo di sottoporsi a vaccinazione gratuita per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2, salvo le eccezioni dell'omissione o del differimento della vaccinazione, in caso di accertato pericolo per la salute (commi 1 e 2).

La disposizione, nel testo vigente sino al 26 novembre 2021:

a) ha previsto, quale conseguenza dell'atto di accertamento adottato dall'azienda sanitaria locale, *<<la sospensione dal diritto di svolgere prestazioni o mansioni che implicano contatti interpersonali o che comportano, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio da Sars-CoV-2>>* (comma 7);

b) ha imposto al datore di lavoro di ricollocare il lavoratore che, a causa di gravi rischi per la propria salute, sia stato definitivamente o temporaneamente esonerato dall'obbligo vaccinale in mansioni, anche diverse da quelle esercitate e prive di rischi per la diffusione del contagio, senza decurtazione della retribuzione (comma 10);

c) ha imposto al datore di lavoro - a condizione che ciò sia possibile - di ricollocare il lavoratore inosservante dell'obbligo vaccinale in mansioni diverse ed eventualmente inferiori rispetto a quelle esercitate, purché non implicanti rischi di diffusione del contagio, con conservazione integrale del corrispondente trattamento economico (comma 8);

d) ha previsto, solo in caso di impossibilità di assegnare il lavoratore inosservante dell'obbligo vaccinale allo svolgimento di mansioni diverse, la non debenza della retribuzione e di altri compensi od emolumenti, comunque denominati, per tutto il periodo di sospensione (comma 8) e comunque sino al 31 dicembre 2021.

2.1. L'articolo 4 è stato radicalmente modificato dall'articolo 1, comma 1, lettera b), del decreto legge 26 novembre 2021 n. 172, convertito con modificazioni nella legge 21 gennaio 2022 n. 3, il quale:

a) ha qualificato la natura dell'atto di accertamento come <<*dichiarativa*>> e <<*non disciplinare*>> e ne ha attribuito la competenza agli ordini professionali (comma 4);

b) ha espunto dal testo legislativo, per quanto riguarda la sospensione dall'esercizio della professione sanitaria, il riferimento al divieto di svolgere solo quelle <<*prestazioni o mansioni che implicano contatti interpersonali o che comportano, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio da SAR-CoV-2*>>;

c) ha espunto dal testo legislativo il dovere condizionato del datore di lavoro di ricollocare il lavoratore inosservante dell'obbligo vaccinale, nei limiti delle effettive possibilità di riallocazione offerte dall'organizzazione del servizio, in mansioni diverse ed eventualmente inferiori rispetto a quelle esercitate, purché non implicanti rischi di diffusione del contagio, con conservazione integrale del corrispondente trattamento economico;

d) ha esteso sino al 15 giugno 2022 la non debenza della retribuzione e di altri compensi od emolumenti, comunque denominati, per tutto il periodo di sospensione, a tutti i lavoratori sospesi dal servizio per inadempimento dell'obbligo vaccinale (comma 5).

2.2. L'articolo 4 è stato ulteriormente modificato ad opera dell'articolo 8 del decreto legge 24 marzo 2022 n. 24, il quale:

a) ha prorogato sino al 31 dicembre 2022 l'obbligo vaccinale previsto per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario (comma 1);

b) ha introdotto la possibilità, per il dipendente che non abbia adempiuto all'obbligo vaccinale e che sia guarito dall'infezione da SARS-CoV-2, di ottenere, dietro presentazione di specifica istanza e documentazione, la cessazione temporanea della sospensione dal servizio sino alla scadenza del termine di differimento della vaccinazione.

2.3. Il Collegio dubita della legittimità costituzionale della modificazione apportata all'articolo 4, comma 5, del decreto legge 1 aprile 2021 n. 44, convertito nella legge 28 maggio 2021 n. 76, dall'articolo 1, comma 1, lettera b), del decreto legge 26 novembre 2021 n. 172, convertito nella legge 21 gennaio 2022 n. 3, 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 gli articoli 2 e 3 della Costituzione, in relazione allo specifico profilo della mancata previsione, a fronte del prolungamento dell'obbligo vaccinale per il personale sanitario sino al 31 dicembre 2022, di adeguate misure di sostegno volte a soddisfare i bisogni primari dell'individuo.

La privazione di ogni forma di sostentamento economico durante il periodo di sospensione dal servizio ha determinato, a parere del Collegio, un ingiustificato peggioramento delle condizioni di vita dei lavoratori dipendenti, sia per via della proroga *ex lege* dell'obbligo di sottoporsi a vaccinazione, sia per via dell'abrogazione dell'obbligo condizionato del datore di lavoro di adibire il dipendente che non abbia adempiuto all'obbligo vaccinale a mansioni diverse, anche inferiori e comunque prive di rischi di contagio, con attribuzione del relativo trattamento economico.

3. Il Collegio ritiene che la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 4, comma 5, del decreto legge 1 aprile 2021 n. 44, convertito nella legge 28 maggio 2021 n. 76, per come modificato dall'articolo 1, comma 1, lettera b), del decreto legge 26 novembre 2021 n. 172, convertito nella legge 21 gennaio 2022 n. 3, sia rilevante nel presente giudizio, in quanto dalla decisione della Corte costituzionale dipende l'esito dell'atto per motivi aggiunti depositato in data 29 marzo 2022, con il quale la ricorrente ha censurato la ragionevolezza e la compatibilità con i principi costituzionali della sospensione dal servizio per effetto dell'accertamento dell'inadempimento dell'obbligo vaccinale, senza corresponsione di un assegno alimentare per tutto il periodo di durata della sospensione.

3.1. Ai fini della rilevanza della questione di legittimità costituzionale, deve prioritariamente procedersi alla verifica della sussistenza dei presupposti processuali e delle condizioni dell'azione proposta nel giudizio *a quo* (Corte costituzionale, 9 febbraio 2011 n. 41; 22 luglio 2010 n. 270).

3.2. Il Collegio ritiene sussistere il presupposto processuale della giurisdizione del giudice remittente.

L'eccezione di difetto di giurisdizione, sollevata dall'ASST Fatebenefratelli-Sacco e dall'ATS della Città metropolitana di Milano, è destituita di fondamento.

3.3. Ai sensi dell'articolo 63, comma 1, del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2 - tra le quali sono ricomprese le aziende e gli enti del servizio sanitario nazionale - sono devolute al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, anche ove si faccia questione di atti amministrativi presupposti.

Il rapporto di lavoro subordinato che la ricorrente ha instaurato alle dipendenze dall'Azienda socio-sanitaria territoriale Fatebenefratelli-Sacco rientra certamente nel perimetro del rapporto di lavoro contrattualizzato e tuttavia il *petitum* sostanziale della presente controversia non attiene né al potere direttivo ed organizzativo né al potere disciplinare del soggetto pubblico datore di lavoro.

La ricorrente non ha infatti invocato l'applicazione analogica delle norme che attribuiscono un assegno di natura assistenziale ai dipendenti del comparto sanitario e, in generale, a tutti i dipendenti, pubblici e privati, che siano sospesi cautelativamente dal servizio in pendenza di un procedimento disciplinare o penale ma ha inteso contestare l'effetto automatico conseguente all'esercizio del potere vincolato di accertamento dell'inadempimento dell'obbligo vaccinale, previsto dalla norma sospettata di illegittimità costituzionale, che è quello di privare il dipendente della retribuzione e di ogni altro compenso od emolumento, comunque denominato, per tutto il periodo di durata della sospensione dal servizio.

3.4. La natura dichiarativa, espressamente attribuita dalla disposizione all'atto di accertamento dell'inadempimento dell'obbligo vaccinale, non è idonea ad attribuire la giurisdizione al giudice ordinario neppure in base al criterio di riparto previsto dall'articolo 103, comma primo, della Costituzione.

La ricorrente ha inteso contestare gli effetti legali dell'atto di accertamento dell'inadempimento dell'obbligo vaccinale e, in particolare, l'immediata sospensione dal

servizio senza la previsione di una retribuzione, ancorché ridotta, e senza l'attribuzione di adeguate misure di sostegno per tutto il periodo di vigenza dell'obbligo vaccinale.

L'articolo 4, comma 4, del decreto legge 1 aprile 2021 n. 44, convertito nella legge 28 maggio 2021 n. 76, e successive modificazioni attribuisce agli Ordini professionali un potere vincolato di accertamento del mancato adempimento dell'obbligo vaccinale, a fronte del quale, secondo l'impostazione dell'ATS Città metropolitana di Milano, si porrebbero i diritti soggettivi alla tutela della salute e del lavoro.

Ai sensi dell'articolo 7, comma 4, del codice del processo amministrativo, *<<Sono attribuite alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo le controversie relative ad atti, provvedimenti o omissioni delle pubbliche amministrazioni, comprese quelle relative al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi... >>*. Ai fini del riparto di giurisdizione, la norma non opera alcuna distinzione tra potere vincolato e potere discrezionale.

Pertanto, anche a fronte di un'attività amministrativa priva di margini di valutazione discrezionale, quale quella descritta nei commi 3 e 4 dell'articolo 4, si staglia una situazione soggettiva di interesse legittimo del privato, almeno tutte le volte in cui la finalità primaria perseguita dalla norma sia quella di tutelare in via diretta l'interesse pubblico (Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 24 maggio 2007, n. 8).

Con l'introduzione dell'obbligo vaccinale temporaneo per il personale sanitario, il comma 1 dell'articolo 4 intende perseguire, in una grave situazione emergenziale epidemiologica su scala globale, il fine primario *<<di tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza>>*, di sicura rilevanza per la salute pubblica e per la sicurezza collettiva, per cui la posizione soggettiva del privato deve essere qualificata come interesse legittimo, con conseguente attribuzione della presente controversia, secondo l'ordinario criterio di riparto, alla giurisdizione del giudice amministrativo.

L'esercizio del potere amministrativo, a fronte del quale si staglia la situazione soggettiva dell'interesse legittimo, è pertanto sufficiente, ai sensi dell'articolo 7, commi 1 e 4, del codice del processo amministrativo, a radicare la giurisdizione del giudice amministrativo,

anche ove vengano in rilievo la tutela di interessi fondamentali, quali la tutela della dignità dell'individuo, della salute individuale e del lavoro.

3.5. Il Collegio ritiene sussistere anche le condizioni dell'azione proposta nel giudizio *a quo*.

La ricorrente, nella qualità di destinataria dell'atto di accertamento dell'inadempimento dell'obbligo vaccinale e dell'effetto legale, ad esso conseguente, della sospensione dal servizio senza retribuzione, compensi od emolumenti, ha proposto un'azione di annullamento dell'atto di sospensione dall'attività lavorativa, nella parte in cui non prevede la corresponsione di adeguate misure assistenziali.

Contrariamente a quanto sostenuto dall'ASST Fatebenefratelli-Sacco, dal tenore complessivo dell'istanza cautelare notificata in data 28 marzo 2022 - che il Collegio deve qualificare come atto per motivi aggiunti - si evince chiaramente la domanda di giustizia sostanziale proposta dalla ricorrente, indipendentemente dall'utilizzo delle formule con le quali si chiede l'annullamento *in parte qua* degli atti oggetto delle specifiche censure in essa contenute.

Tra questi atti è ricompresa anche la deliberazione dell'ASST del -OMISSIS-, il cui contenuto è stato integralmente riportato nella missiva n. -OMISSIS- del 27 gennaio 2022, della quale la ricorrente ha invocato la sospensione degli effetti, nella parte in cui non prevede che durante il periodo di sospensione non venga corrisposto <<*un assegno alimentare*>>.

I motivi aggiunti depositati in data 29 marzo 2022 e la domanda cautelare con essi spiegata devono perciò ritenersi ammissibili.

4. Sempre in tema di rilevanza della questione di legittimità costituzionale, occorre evidenziare che l'attuale formulazione dell'articolo 4, comma 5, dovrebbe indurre il Collegio a rigettare i motivi aggiunti depositati in data 29 marzo 2022.

L'ASST Fatebenefratelli-Sacco, una volta ricevuta la comunicazione dell'atto di accertamento dell'inadempimento dell'obbligo vaccinale, adottato dall'Ordine professionale nei confronti della ricorrente, non avrebbe comunque potuto disporre in suo favore l'attribuzione di una misura di sostegno economico per il periodo di sospensione della ricorrente dall'attività lavorativa: l'articolo 4, comma 5, non attribuisce

infatti alcuna discrezionalità al datore di lavoro e dispone, quale effetto automatico ed immediato dell'atto di accertamento dell'inadempimento dell'obbligo vaccinale, la sospensione dal servizio senza corresponsione di qualsivoglia trattamento economico per tutta la durata della sospensione.

Ove invece la Corte costituzionale dovesse dichiarare l'illegittimità dell'articolo 4, comma 5, nella parte in cui dispone che << *Per il periodo di sospensione non sono dovuti la retribuzione né altro compenso o emolumento, comunque denominato*>>, il Collegio dovrebbe accogliere i motivi aggiunti del 29 marzo 2022 ed annullare *in parte qua* l'atto con essi impugnato.

La ricorrente ha infatti dimostrato di percepire esclusivamente il reddito da lavoro dipendente, di avere un figlio a carico (documento n. 5 dell'indice di parte ricorrente), di non percepire la retribuzione dal mese di gennaio del 2022 e di non poterla verosimilmente percepire sino alla data di scadenza dell'efficacia dell'obbligo vaccinale, in quanto non intende adempiere ad esso.

La ricorrente non ha inoltre allegato di aver contratto l'infezione da SARS-CoV-2 e di essere guarita dalla stessa, per cui non può - allo stato - neppure esercitare la facoltà di richiedere la cessazione temporanea della sospensione dallo svolgimento dell'attività professionale e dunque dalla sospensione dal servizio per il periodo di differimento della vaccinazione.

La mancata corresponsione di qualsivoglia sostegno economico, comunque denominato, sino al 31 dicembre 2022, rischierebbe pertanto di privare la ricorrente dei necessari mezzi di sostentamento per un periodo temporale eccessivamente dilatato, verosimilmente destinato ad essere ulteriormente prorogato, ove la pandemia non dovesse regredire.

4.1. Ai fini della verifica della rilevanza della questione di legittimità costituzionale, deve infine ritenersi che, in seguito al principio affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza 16 luglio 2014 n. 200, la contestuale pronuncia del giudice remittente sulla misura cautelare non è idonea a configurare la non attualità della questione, atteso che, ai sensi dell'articolo 55, comma 11, del codice del processo amministrativo, la concessione della misura cautelare determina l'instaurazione della fase del merito del giudizio, senza necessità di ulteriori adempimenti processuali.

4.2. La questione di legittimità costituzionale dell'articolo 4, comma 5, del decreto legge 1 aprile 2021 n. 44, convertito nella legge 28 maggio 2021 n. 76, per come modificato dall'articolo 1, comma 1, lettera b), del decreto legge 26 novembre 2021 n. 172, convertito nella legge 21 gennaio 2022 n. 3, e successive modificazioni deve dunque ritenersi rilevante nella decisione del presente giudizio, il quale, ai sensi dell'articolo 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87, non può essere definito indipendentemente dalla risoluzione della stessa.

5. Il Collegio reputa di non poter percorrere la via dell'interpretazione conforme della norma sospettata di illegittimità costituzionale.

L'obbligo imposto al giudice remittente di vagliare, prima di sollevare la questione di legittimità costituzionale, la percorribilità di tutte le ipotesi ermeneutiche astrattamente possibili per attribuire alla norma un significato non incompatibile con i principi costituzionali incontra infatti il limite invalicabile apposto all'attività esegetica, costituito dalla formulazione letterale della disposizione.

Col prevedere che <<*Per il periodo di sospensione non sono dovuti la retribuzione né altro compenso o emolumento, comunque denominato*>>, il legislatore ha esplicitato la chiara volontà di privare il lavoratore dipendente non solo della retribuzione, per assenza dell'attuazione concreta del sinallagma contrattuale, ma di qualsiasi sostegno economico, sia esso di natura previdenziale, assistenziale o solidaristica.

Il Collegio ritiene perciò che la chiara formulazione della disposizione gli precluda in assoluto la possibilità di adottare interpretazioni estensive della stessa, le quali si porrebbero tutte in contrasto con la sua formulazione letterale.

Il Collegio ritiene di non poter ricorrere neppure allo strumento dell'applicazione analogica delle norme che attribuiscono al dipendente pubblico del comparto sanitario, cautelativamente sospeso dal servizio, un assegno alimentare in attesa della definizione del procedimento disciplinare o penale a suo carico (articolo 82 del d.P.R. 10 gennaio 1957 n. 3 ed articoli 67 e 68 del contratto collettivo nazionale dei lavoratori del comparto sanità).

L'articolo 4, comma 4, esclude infatti espressamente la natura disciplinare dell'atto di accertamento dell'inadempimento dell'obbligo vaccinale ed attribuisce agli Ordini professionali il potere di accertamento della violazione di un obbligo di natura non

deontologica, volto a tutelare in via precauzionale la salute pubblica e la sicurezza dei pazienti nell'accesso alle cure sanitarie.

La natura dichiarativa e non disciplinare dell'atto di accertamento dell'inadempimento dell'obbligo vaccinale preclude dunque di assimilare la nuova fattispecie di sospensione temporanea dal servizio per inadempimento dell'obbligo vaccinale ad una sanzione disciplinare.

Non ricorre, a dire il vero, neppure l'identità della *ratio legis* delle due fattispecie: la *ratio* della fattispecie, non sanzionatoria, della sospensione cautelare del dipendente dal servizio, in attesa della definizione del procedimento penale o disciplinare a suo carico, è infatti quella di attribuire la corresponsione di un assegno di natura alimentare sino al momento dell'accertamento della eventuale responsabilità, in applicazione della presunzione di non colpevolezza di cui all'articolo 27, comma secondo, della Costituzione, esigenza che non è dato ravvisare nella fattispecie di sospensione dal servizio per inadempimento dell'obbligo vaccinale.

6. La questione di legittimità costituzionale dell'articolo 4, comma 5, del decreto legge 1 aprile 2021 n. 44, convertito nella legge 28 maggio 2021 n. 76, per come modificato dall'articolo 1, comma 1, lettera b), del decreto legge 26 novembre 2021 n. 172, convertito nella legge 21 gennaio 2022 n. 3, nella parte in cui dispone che *<<Per il periodo di sospensione non sono dovuti la retribuzione né altro compenso o emolumento, comunque denominato>>*, non si presenta neppure come manifestamente infondata.

6.1. Il Collegio dubita della compatibilità della disposizione con il principio di ragionevolezza, corollario del principio di eguaglianza sostanziale di cui all'articolo 3, comma secondo, della Costituzione, e dunque della razionalità della totale privazione di ogni forma di sostegno economico per il dipendente che, non potendo documentare un serio rischio per la propria salute, tale da escludere, definitivamente o temporaneamente, la sussistenza dell'obbligo vaccinale, abbia esercitato il diritto all'autodeterminazione nella scelta dei trattamenti sanitari obbligatori, tra i quali rientrano pacificamente anche i trattamenti somministrati a scopo di prevenzione, come i vaccini.

6.2. Il Collegio dubita altresì della compatibilità della disposizione dell'articolo 4, comma 5, con il principio di proporzionalità di cui all'articolo 3 della Costituzione, sotto il profilo

dell'adeguatezza della preclusione automatica e totale di qualsivoglia sostegno economico al dipendente sospeso dal servizio rispetto al fine di interesse pubblico ad essa sotteso, che è quello di evitare il diffondersi del contagio da SARS-CoV-2 negli ambienti sanitari e di garantire la massima sicurezza dei pazienti nell'accesso alle cure.

La nuova disciplina normativa introdotta dall'articolo 1, comma 1, lettera b), del decreto legge 26 novembre 2021 n. 172, convertito nella legge 21 gennaio 2022 n. 3, ha infatti eliminato quel meccanismo 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, per le quali gli corrispondeva la retribuzione.

Sicché il dipendente che, nell'esercizio della sua libertà di autodeterminazione, non intendeva sottoporsi a vaccinazione, prima di essere sospeso dal servizio senza retribuzione, poteva fare affidamento sull'eventuale corresponsione della retribuzione conseguente al demansionamento.

L'attuale disciplina normativa pone invece il dipendente inadempiente all'obbligo vaccinale dinanzi ad una scelta obbligata tra l'adempimento dell'obbligo vaccinale e la sospensione dal servizio senza attribuzione di alcun trattamento economico.

Essa si rivela pertanto sproporzionata rispetto alla realizzazione del fine di tutela della salute pubblica mediante l'erogazione delle prestazioni sanitarie in condizioni di sicurezza, in quanto l'esito del bilanciamento dei relevantissimi interessi coinvolti, effettuato dal legislatore nell'esercizio dell'ampia discrezionalità politica, conduce ad un risultato implausibile.

Con la recente introduzione di misure di sostegno sociale l'ordinamento mostra infatti di orientarsi sempre più verso forme di protezione volte ad assicurare le prestazioni imprescindibili per alleviare situazioni di estremo bisogno, in particolare, alimentare.

Per ricondurre a razionalità il sistema, la finalità di garantire il nucleo irriducibile di questi diritti fondamentali richiede dunque di essere assicurata anche nella situazione considerata dalla norma sospettata di illegittimità costituzionale.

Deve infatti ritenersi eccedente il necessario limite di ragionevolezza una regolamentazione che, seppure introdotta in una situazione emergenziale, trascuri il valore

della dignità umana, specie ove si consideri che la sospensione da qualunque forma di ausilio economico del dipendente non trova causa nel venir meno di requisiti di ordine morale.

6.3. L'effetto automaticamente ed integralmente preclusivo di ogni trattamento economico non pare inoltre giustificato da sopravvenute esigenze di tutela dell'interesse antagonista e rischia pertanto di creare un'irragionevole disparità di trattamento con tutte le altre fattispecie di sospensione dal servizio di natura preventiva, quali appunto quelle della sospensione cautelare del dipendente disposta in corso di un procedimento disciplinare o penale, in cui, sia pure in assenza del sinallagma contrattuale, viene invece percepita una quota della retribuzione, a titolo assistenziale.

Né può ragionevolmente sostenersi che la mancata corresponsione di una misura di sostegno per tutto il periodo di durata della sospensione dal servizio sia un sacrificio tollerabile rispetto ai fini pubblici da perseguire.

Il periodo di sospensione dal servizio, inizialmente fissato entro il termine massimo del 31 dicembre 2021, è stato infatti prorogato dapprima (ad opera del decreto legge 26 novembre 2021 n. 172, convertito nella legge 21 gennaio 2022 n. 3) sino al 15 giugno 2022 e successivamente (ad opera del decreto legge 24 marzo 2022 n. 24) sino al 31 dicembre 2022.

Al dipendente che, nell'esercizio della libertà di autodeterminazione nella somministrazione di un trattamento sanitario, scelga di non adempiere all'obbligo vaccinale viene dunque richiesto un sacrificio, la cui durata non è in grado né di prevedere né di governare, atteso che le misure precauzionali adottate dal legislatore non si prestano ad essere inquadrare entro una cornice temporale certa e definita, a causa dello sviluppo oggettivamente incerto e ricorrente dell'andamento della pandemia.

La non prevedibilità della durata e dell'evoluzione della situazione epidemiologica preclude infatti ai dipendenti che non intendano sottoporsi alla somministrazione del vaccino per la prevenzione del virus SARS-CoV-2 di calcolare con un sufficiente grado di approssimazione l'entità del sacrificio richiesto e di predisporre le adeguate misure per ammortizzarne gli effetti pregiudizievoli.

Il Collegio ritiene pertanto che la temporaneità della misura interdittiva adottata dal legislatore non sia idonea a giustificare il sacrificio totale degli interessi antagonisti e che la soppressione di ogni forma di sostegno economico per un periodo di tempo consistente e potenzialmente indeterminato rischia di determinare effetti pregiudizievoli ed irreversibili per la soddisfazione delle essenziali esigenze di vita del dipendente che non abbia adempiuto all'obbligo vaccinale.

La scelta legislativa di apporre una preclusione assoluta alla percezione di una forma minima di sostegno temporaneo alla mancanza di reddito sembra infatti essere andata di gran lunga oltre il necessario per conseguire l'obiettivo di tutela prefigurato dalla norma, il quale avrebbe potuto essere realizzato, con pari efficacia, anche con il più mite strumento della temporanea ricollocazione del lavoratore a mansioni diverse, anche inferiori, da svolgere in condizioni di sicurezza e compatibilmente con l'organizzazione del servizio (già contemplato dall'articolo 4, comma 8, nella versione vigente sino al 26 novembre 2021), o, nell'ipotesi in cui tale soluzione fosse incompatibile con l'organizzazione del servizio, mediante la previsione di un adeguato sostegno economico, con finalità analoghe ai vigenti istituti di sussidio, quali l'assegno sociale o il reddito di cittadinanza.

Con ciò il Tribunale non intende chiedere alla Corte un intervento additivo, ma soltanto evidenziare come la scelta legislativa confligga con il principio di necessità che, tra più mezzi astrattamente idonei al raggiungimento dell'obiettivo prefissato, impone di individuare quello che, a parità di efficacia, incida meno negativamente nella sfera del singolo.

Quando infatti il legislatore interviene, *coeteris paribus*, in senso peggiorativo di una disciplina settoriale ha l'onere di predisporre le adeguate misure compensative per evitare il sacrificio totale, ancorché temporaneo, degli interessi fondamentali coinvolti, il quale può essere comminato quale *extrema ratio* e dunque solo ove non sia possibile individuare soluzioni alternative di pari efficacia e meno gravose.

6.4. L'articolo 4, comma 5, sembra difettare anche di una intrinseca coerenza logica.

Il legislatore, nell'esercizio della discrezionalità politica, può certamente aggravare gli effetti dell'accertamento della violazione di un obbligo, anche sino ad arrivare alla privazione totale del trattamento economico da corrispondere al dipendente sospeso dal

servizio, ma deve comunque individuare degli specifici presupposti fattuali o giuridici, idonei a giustificare detto aggravamento.

Tali presupposti non risultano individuati, atteso che, rispetto alla disciplina previgente, lo scopo primario che la norma intende perseguire, ossia quello di tutelare la salute pubblica in una situazione emergenziale epidemiologica mediante la garanzia dell'accesso alle cure ed alle prestazioni sanitarie in condizioni di sicurezza, è rimasto sostanzialmente invariato.

Ciò di cui dubita il Collegio è dunque la congruità dell'effetto legale della totale privazione della corresponsione di ogni trattamento economico al lavoratore sospeso dal servizio rispetto alla natura dichiaratamente non sanzionatoria dell'atto di accertamento dal quale deriva.

7. Il Collegio dubita della compatibilità dell'articolo 4, comma 5, con i principi di ragionevolezza e di proporzionalità, anche in riferimento alla violazione dell'articolo 2 della Costituzione.

Come già accennato, esiste nel nostro ordinamento un principio generale, ricavabile dal patto di solidarietà sociale che è posto alla base della civile convivenza, per cui la dignità di ciascun individuo deve essere preservata assicurandogli i mezzi necessari per vivere (Corte costituzionale, 20 luglio 2021 n. 137, in tema di revoca delle prestazioni assistenziali in favore di condannati per gravi reati; 20 luglio 2020 n. 152, in tema di incremento delle pensioni di invalidità; 21 giugno 2021 n. 126, in tema di reddito di cittadinanza), il quale sembra non essere stato rispettato dall'articolo 4, comma 5, del decreto legge 1 aprile 2021 n. 44, convertito nella legge 28 maggio 2021 n. 76 e successive modificazioni.

Tale principio basilare si ricollega direttamente alla tutela della dignità dell'individuo, a prescindere dalla causa della condizione di indigenza e dell'imputabilità della stessa ad un suo comportamento, lecito od illecito che sia.

In materia di diritti fondamentali non sono infatti tollerabili automatismi di sorta, per cui la privazione automatica ed assoluta di ogni forma di sostegno economico per l'intera durata del periodo di sospensione dal servizio, senza possibilità di prevedere adeguate misure di sostegno economico, sembra al Collegio irragionevole e sproporzionata anche in riferimento al principio di tutela della dignità dell'individuo, di cui all'articolo 2 della Costituzione.

Tale automatismo si rivela ancor più irragionevole nel caso del dipendente sospeso dal servizio che versi in condizioni di indigenza e che, come la ricorrente, è impossibilitato a procurarsi altrimenti il reddito necessario per attendere alle ordinarie esigenze di vita, per via della conservazione dello *status* di dipendente pubblico e della conservazione del posto di lavoro, previste quali effetti dell'atto di accertamento, ancorché favorevoli per il lavoratore.

8. In conclusione, il Collegio ritiene rilevante nel presente giudizio e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 4, comma 5, del decreto legge 1 aprile 2021, n. 44, convertito nella legge 28 maggio 2021 n. 76, per come sostituito dall'articolo 1, comma 1, lettera b), del decreto legge 26 novembre 2021 n. 172, convertito nella legge 21 gennaio 2022 n. 3, e successive modificazioni, nella parte in cui dispone che << *Per il periodo di sospensione non sono dovuti la retribuzione né altro compenso o emolumento, comunque denominato*>>, per contrasto con i principi di ragionevolezza e di proporzionalità, di cui all'articolo 3 della Costituzione, anche in riferimento alla violazione dell'articolo 2 della Costituzione.

9. Ai sensi dell'articolo 23, comma 2, della legge 11 marzo 1953 n. 87, deve essere pertanto disposta l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale per la decisione della questione di legittimità costituzionale sollevata con la presente ordinanza.

Deve essere altresì disposta la sospensione del presente giudizio sino alla definizione del giudizio incidentale sulla questione di legittimità costituzionale.

Devono essere infine ordinati gli adempimenti di notificazione e di comunicazione della presente ordinanza, nei modi e nei termini indicati nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Sezione prima) dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 4, comma 5, del decreto legge 1 aprile 2021 n. 44, convertito nella legge 28 maggio 2021 n. 76, per come modificato dall'articolo 1, comma 1, lettera b), del decreto legge 26 novembre 2021 n. 172, convertito nella legge 21 gennaio 2022 n. 3, 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 all'articolo 3 della Costituzione, anche in riferimento alla violazione dell'articolo 2 della Costituzione.

Dispone la sospensione del presente giudizio sino alla definizione del giudizio incidentale sulla questione di legittimità costituzionale.

Dispone altresì l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale.

Ordina che la presente ordinanza sia notificata, a cura della Segreteria, alle parti del presente giudizio ed al Presidente del Consiglio dei Ministri.

Manda altresì alla Segreteria di comunicare la presente ordinanza al Presidente della Camera dei Deputati ed al Presidente del Senato della Repubblica.

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e all'articolo 9, paragrafi 1 e 4, del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 e all'articolo 2-*septies* del decreto legislativo 30 giugno 2003 n. 196, come modificato dal decreto legislativo 10 agosto 2018 n. 101, manda alla Segreteria di procedere, in qualsiasi ipotesi di diffusione del presente provvedimento, all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi dato idoneo a rivelare lo stato di salute della parte ricorrente o di persone comunque ivi citate.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 21 aprile 2022 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Fabrizio Fornataro, Consigliere

Rosanna Perilli, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Rosanna Perilli

IL PRESIDENTE
Domenico Giordano

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.