



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione
Terza)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso rappresentato e difeso dagli avvocati Helga Lopresti, Giuseppe Pinelli, Francesco Caronia, Jenny Lopresti; **contro**
Ministero della Difesa;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del provvedimento di accertamento di inosservanza dell'obbligo vaccinale e contestuale sospensione, con il quale ai sensi dell'art. 4 ter, comma 3, D.L. 44/2021, si dispone, con effetto immediato, la sospensione dal diritto di svolgere attività lavorativa;
- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale; nonché per l'accertamento del diritto del ricorrente ad essere reintegrato al lavoro e comunque a percepire la retribuzione ed ogni altro compenso o emolumento, comunque denominati, relativamente al periodo di sospensione o, in via gradata, del diritto a percepire l'assegno alimentare pari alla metà della retribuzione. Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati il 11/7/2022: per l'annullamento del provvedimento emesso in data 27/04/2022;

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati il 17/10/2022: per l'annullamento del provvedimento notificato il 11.08.2022;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero della Difesa; Visti tutti gli atti della causa; Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

Con ricorso impugnato al fine dell'annullamento del provvedimento di accertamento di inosservanza dell'obbligo vaccinale e contestuale sospensione.

Al riguardo il ricorrente ha esposto di essere risultato positivo in data 2.12.2020 al Covid-19, ed essere stato irragionevolmente destinatario dell'impugnato provvedimento – che ne ha comportato di fatto la sospensione dal servizio e dalla retribuzione per complessivi 76 giorni dall'8 gennaio al 24 marzo 2022 – nonostante fosse guarito dalla malattia in data 22.01.2021 e conservasse adeguata memoria immunologica (come da test sierologico allegato agli atti).

Contro il predetto provvedimento, il ricorrente ha proposto i seguenti motivi di censura:

I. - IMMUNITA' NATURALE AL SARS-COV-19, PER GUARIGIONE DA COVID-19 Violazione dell'art. 3 e dell'art. 36 Costituzione - *Violazione dell'art. 1c. 2 D.L. 7 giugno 2017 n. 73 - Violazione dell'art. 15 delle preleggi – Violazione del principio di proporzionalità – Violazione dell'art. 3 della CDFUE (Carta di Nizza) - Violazione del principio di precauzione di cui alla Dichiarazione di Rio de Janeiro del 1992 – Violazione del principio di non maleficenza di cui alla Convenzione di Oviedo – Violazione dell'art. 117 comma 1 e dell'art. 10 della Costituzione in relazione alle su citate convenzioni internazionali - Eccesso di potere per inesistenza dei presupposti in fatto e in diritto, erronea comparazione degli interessi, assenza totale di valutazione, illogicità manifesta.*

II. - *Violazione degli artt. 2, 3, 4, 13 e 32 Costituzione - Violazione della libertà di autodeterminazione - Violazione del principio di precauzione - Violazione del principio di ragionevolezza e proporzionalità.* III. - *Violazione e falsa applicazione del Regolamento (UE) 2021/953 – Violazione degli artt. 1, 3, 20, 21, 36 e 52 CDFUE (Carta di Nizza) parte integrante dei Trattati ai sensi dell'artt. 6 TUE – Violazione dell'art. 10 TFUE divieto di discriminazione - Contrasto con i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e in particolare con gli artt. 1, 3, 7 e 8 della CEDU che, ai sensi dell'art. 6 TUE, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali – Violazione del principio di precauzione formulato dalla Dichiarazione di Rio de Janeiro del 1992 e recepito dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea – Violazione del principio del consenso informato, sancito da Codice di Norimberga del 1947, Dichiarazione di Helsinki del 1964 e Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 – Violazione dei principi di beneficenza, di non maleficenza e di equo accesso alle cure sanitarie, di cui alla Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina firmata nel 1997 - Violazione degli artt. 1 e 2 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani delle Nazioni Unite – Violazione dell'art. 2*

Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo – Violazione dell'art. 2 del TUE - Violazione degli artt. 1, 2 e 3 Costituzione. Violazione dell'art. 117 comma 1 e dell'art. 10 della Costituzione in relazione agli artt. 1, 3, 7 e 8 CEDU e in relazione agli articoli delle convenzioni internazionali sopra richiamate. Violazione del principio di proporzionalità.

IV. - *Contrasto dell'art. 4 ter D.L. n. 44/2021, introdotto dall'art. 2 D.L. n. 172/2021, con il Regolamento (UE) 2006/507, con il Regolamento (UE) 2021/953 e con gli artt. 1, 3, 20, 21, 35 e 41 della CDFUE (Carta di Nizza), parte integrante dei Trattati ai sensi dell'artt. 6 TUE. Violazione del principio di proporzionalità di cui all'art. 52 CDFUE.*

V. - *Violazione dell'art. 2087 c.c. - Violazione delle norme relative all'obbligo di ricollocamento di soggetto inidoneo alla mansione - art. 279 D.Lgs. n. 81/2008 - Violazione degli artt. 2, 3, 32 e 36 Cost. - Violazione del principio di precauzione per assenza dei requisiti di necessità e proporzionalità.*

VI. - DIRITTO A PERCEPIRE LA RETRIBUZIONE O, IN VIA GRADATA,

L'ASSEGNO ALIMENTARE *Violazione degli artt. 2, 3 e 36 Costituzione - Violazione dell'art. 82 DPR n. 3/1957 – Violazione dell'art. 920 D.Lgs 66/2010.*

Con ricorso per motivi aggiunti depositato l'11 luglio 2022, il ricorrente ha impugnato altresì il provvedimento emesso in data 27/04/2022 con il quale, ai sensi dell'art. 4 ter, comma 3, D.L. 44/2021, si ribadisce la sospensione dal diritto di svolgere attività lavorativa per gg 76 (SETTANTASEI).

Con un secondo ricorso per motivi aggiunti, depositato il 17.10.2022, ha impugnato, infine, il provvedimento del 20/07/2022 notificato l'11.08.2022 con cui l'Amministrazione militare ha proceduto a decurtare l'anzianità di grado per i giorni corrispondenti al periodo di sospensione.

Si è costituito in giudizio il Ministero della Difesa per resistere al ricorso, del quale ha dedotto l'infondatezza alla luce della giurisprudenza costituzionale italiana e di quella europea. Alla pubblica udienza del 5 giugno 2023 il ricorso è stato assunto in decisione.

DIRITTO

Tanto premesso in fatto, il Collegio ritiene che il ricorso introduttivo, come integrato dal primo gravame aggiuntivo che ne ripropone i motivi di censura con riferimento al successivo atto di conferma della sospensione del ricorrente dal servizio per il mancato assolvimento dell'obbligo vaccinale, deve essere rigettato in quanto infondato.

Non è meritevole di favorevole statuizione il primo motivo di ricorso, con il quale si deduce l'irragionevolezza della mancata inclusione della guarigione dalla Covid- 19 tra le cause di esenzione dell'obbligo vaccinale previsto dall'articolo 4, comma 2 del D.L. 44/2021.

A questo proposito, si è osservato in giurisprudenza che, a fronte delle opinioni scientifiche espresse dal ricorrente, *“esistono numerose e condivise opinioni scientifiche di segno contrario che consigliano, nel rispetto del principio di precauzione, di somministrare il vaccino, con le dovute limitazioni temporali, anche ai soggetti che abbiano già contratto la Covid-19. In ogni caso, il legislatore ha previsto, al comma 2 dell'articolo 4, un efficace strumento di tutela della salute individuale del sanitario, utilizzabile in tutte le ipotesi in cui i rischi derivanti dalla somministrazione del vaccino siano concreti e superino la soglia della normale tollerabilità”* (T.A.R. Milano, sez. I, 24/01/2022, n. 141).

Le medesime considerazioni valgono per i militari e i membri delle forze di polizia, ai quali si applica il disposto dell'art. 4, comma 2, cit. in virtù del richiamo contenuto nell'art.4ter,comma 2 (*“Lavaccinazione costituiscesequisito essenziale per lo svolgimento delle attività lavorative dei soggetti obbligati ai sensi del*

comma 1. I responsabili delle strutture in cui presta servizio il personale di cui al comma 1 assicurano il rispetto dell'obbligo di cui al medesimo comma 1. Si applicano le disposizioni di cui all'articolo 4, commi 2 e 7"). Inoltre, nel caso di avvenuta guarigione opera, oltre alla garanzia generale di cui all'art. 4, comma 2, quella del differimento della vaccinazione "in base alle indicazioni contenute nelle circolari del Ministero della salute" contemplata dall'art. 4, comma 5, come richiamato – per i militari e i membri delle forze di polizia – dall'art. 4 ter, comma 3 (a mente del quale "In caso di intervenuta guarigione si applica la disposizione dell'articolo 4, comma 5") del D.L. 44/2021.

E la circolare del Ministero della Salute del 3 marzo 2021 equipara l'infezione da Covid-19 alla prima dose vaccinale, che deve essere seguita dalla somministrazione della seconda dose allo scadere dell'intervallo di tre mesi. Prima di tale lasso temporale il vaccino, a tutela della salute del soggetto appena guarito e onde prevenire il rischio di una eccessiva attivazione del sistema immunitario, non può essere inoculato proprio nell'ottica della massima valorizzazione del principio di precauzione.

Sono altresì infondate le censure con cui la parte ricorrente si duole del contrasto dell'art. 4 ter, comma 3, D.L. 44/2021 con i principi costituzionali di ragionevolezza e proporzionalità.

La norma in parola stabilisce che: a) i soggetti di cui al secondo comma verificano l'adempimento dell'obbligo vaccinale e che "in caso di mancata presentazione della documentazione" dimostrativa essi accertano l'inosservanza dell'obbligo, dandone comunicazione all'interessato; b) "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". Pertanto, la sospensione dell'attività lavorativa è un effetto ex lege che consegue alla comunicazione dell'inosservanza dell'obbligo ed essa non deve essere formalmente disposta da alcuna autorità, ma semplicemente rappresentata all'interessato. Ebbene, la Corte costituzionale (sent. n. 15/2023) ha stabilito che la previsione dell'obbligo vaccinale per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2, anziché di quello di sottoporsi ai relativi test diagnostici (c.d. tampone), non ha costituito una soluzione irragionevole o sproporzionata rispetto ai dati scientifici disponibili. Inrispostaalle questionidilegittimitàcostituzionale sollevate dai Tribunali ordinari di Brescia, di Catania e di Padova, la Corte ha affermato che la normativa censurata ha operato un contemperamento non irragionevole del diritto alla libertà di cura del singolo con il coesistente e reciproco diritto degli altri e con l'interesse della collettività, in una situazione in cui era necessario assumere iniziative che consentissero di porre le strutture sanitarie al riparo dal rischio di non poter svolgere la propria insostituibile funzione. Il sacrificio imposto agli operatori sanitari – ma il principio appare applicabile anche ai militari e ai membri delle forze di polizia – non ha ecceduto quanto indispensabile per il raggiungimento degli scopi pubblici di riduzione della circolazione del virus, ed è stato costantemente modulato in base all'andamento della situazione sanitaria, peraltro rivelandosi idoneo a quest'istessifini. La mancata osservanza dell'obbligo vaccinale ha riversato i suoi effetti sul piano degli obblighi e dei diritti nascenti dal contratto di lavoro, determinando la temporanea impossibilità per il dipendente di svolgeremansioniimplicanticontattiinterpersonalioche comportassero, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio.

La sentenza della Consulta ha ritenuto non contraria ai principi di eguaglianza e di ragionevolezza anche la scelta legislativa di non prevedere, per i lavoratori che avessero deciso di non vaccinarsi, un obbligo del datore di lavoro di assegnazione a mansioni diverse, a differenza di quanto invece stabilito per coloro che non potessero essere sottoposti a vaccinazione per motivi di salute o per il personale docente ed educativo della scuola. Né, a parere del Collegio, vale ad attenuare o impedire l'obbligo di sospensione dal lavoro del dipendente pubblico che rifiuti di vaccinarsi in violazione degli artt. 4 e ss., D.L. 44/2021 il principio generale di tutela delle condizioni di lavoro stabilito dall'art. 2087 c.c. Infatti, la norma in esame – nell'affermare che *“L'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavori”* – è fonte di obblighi di sicurezza atipici, i quali si applicano in via residuale in mancanza di specifiche discipline di salvaguardia e, quindi, in aggiunta, non certo in sostituzione, degli obblighi disicurezzatipizzati dal legislatore. In altri termini, l'art. 2087 c.c. è norma di chiusura la quale si applica in via residuale ai casi in cui la legge non individui particolari misure di protezione; viceversa, nel caso di specie, con norma speciale (l'art. 4 ter, comma 3, D.L. 44/2021) il legislatore ha previsto la sospensione obbligatoria del lavoratore non vaccinato quale misura tipica di sicurezza negli ambiti considerati.

È, ancora, infondata la censura con cui la parte ricorrente si duole dell'illegittimità costituzionale della disposizione che esclude, in caso di inadempimento dell'obbligo vaccinale e per il tempo della sospensione, la corresponsione di un assegno a carico del datore di lavoro per chi sia stato sospeso. La Corte costituzionale (sent. n. 15/2023) ha infatti giustificato anche la non erogazione al dipendente sospeso di un assegno alimentare in misura non superiore alla metà dello stipendio. La Corte, infatti, ha ritenuto non comparabile la posizione del lavoratore che non ha inteso vaccinarsi con quella del lavoratore del quale sia stata disposta la sospensione dal servizio a seguito della sottoposizione a procedimento penale o disciplinare, casi questi ultimi in cui l'assegno alimentare può essere erogato. In particolare, la Corte ha escluso che fosse costituzionalmente obbligata la soluzione di porre a carico del datore di lavoro l'erogazione solidaristica di una provvidenza di natura assistenziale in favore del lavoratore che non avesse inteso vaccinarsi e che fosse, perciò, temporaneamente inidoneo allo svolgimento della propria attività lavorativa.

È infondata la censura con cui ci si duole del contrasto della norma in parola col diritto dell'Unione europea e con la Convenzione europea dei diritti dell'Uomo. La Corte costituzionale (sent. n. 14/2023) ha osservato come in molti altri Paesi europei siano state adottate misure simili a quelle contestate in questa sede; né va dimenticato che la Corte europea dei diritti dell'uomo, grande camera, sentenza 8 aprile 2021, cause riunite 47621/13 3867/14 73094/14 19298/15 19306/15 43883/15, in Foro it., 2021, IV, 353, ha ribadito come la vaccinazione obbligatoria non costituisca un'ingerenza nella vita privata in violazione dell'art. 8 CEDU ove sia: i) conforme a legge; ii) imposta per uno scopo legittimo, consistente nel proteggere, sia coloro che ricevono la vaccinazione sia coloro che non possono riceverla, dalle malattie che possono comportare un grave rischio per la salute; iii) necessari per un *“urgente bisogno sociale”*; iv) proporzionata allo scopo perseguito; v) previsto un sistema sanzionatorio proporzionato. Anche la giurisprudenza amministrativa (Tar Lazio, Roma, 13

gennaio 2022, ord. n. 137; Tar Puglia, Bari, Sez. I, n. 461/2022) ha escluso che la normativa contestata violi il diritto europeo ed internazionale.

È infine infondata – oltre che tardiva in quanto formulata per la prima volta e oltre il termine decadenziale con il secondo ricorso per motivi aggiunti, ancorché riferita a provvedimenti impugnati con i precedenti gravami – la censura con cui la parte ricorrente si duole della mancanza di una prescrizione medica o del consenso dell'interessato al vaccino. Infatti, l'obbligo vaccinale, in quanto totale, non è soggetto a prescrizione medica, né al consenso dell'interessato: è la legge a imporre la somministrazione del farmaco, mentre, in presenza delle condizioni di cui all'art. 4, secondo comma, il soggetto può essere esonerato dalla vaccinazione o la vaccinazione può essere differita.

È invece fondata la censura di violazione di legge riferita al provvedimento di decurtazione dell'anzianità impugnato con il secondo gravame aggiuntivo.

Infatti, come ritenuto dal Tar Lombardia, Milano, sez. I, n. 16/2023, l'art. 4 ter del d.l. n. 44/2021 è *“una disposizione di carattere speciale – all'interno di una disciplina emergenziale, connotata dalla natura straordinaria e dunque, appunto, speciale per antonomasia - che deroga ad ogni altra di ordine generale prevista dalla legge ovvero dalla contrattazione collettiva”*; come tale, è una norma di stretta interpretazione e l'Amministrazione non può imporre al ricorrente ulteriori conseguenze pregiudizievoli, che non siano state espressamente previste dalla norma stessa: *“Deve quindi ritenersi illegittima qualunque ulteriore conseguenza diversa dalla privazione della retribuzione, quali la decurtazione, in quota parte, dell'anzianità di servizio e dei giorni di licenza ordinaria”* (Tar Lombardia, Milano, sez. I, n. 16/2023).

In conclusione, se da un lato devono essere rigettati il ricorso introduttivo e il primo gravame aggiuntivo, dall'altro il secondo ricorso per motivi aggiunti va accolto nei limiti appena indicati, dovendosi quindi annullare il provvedimento, ivi impugnato, di decurtazione dell'anzianità per il periodo di sospensione ex lege del lavoratore non vaccinato.

Sussistono giusti motivi, attesa la soccombenza parziale e reciproca, per compensare interamente tra le parti le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando:

-rigetta il ricorso introduttivo e i primi motivi aggiunti;

-accoglie parzialmente il secondo ricorso per motivi aggiunti e, per l'effetto, annulla il provvedimento del 20/07/2022 di decurtazione dell'anzianità.

Compensa le spese del giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui 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 delle parti o di persone comunque ivi citate.