

## ***Diritto e diritti durante la pandemia, risvolti costituzionali***

**Palermo 23 novembre 2022**

La pandemia – almeno con tale termine l’Organizzazione Mondiale della Sanità l’11 marzo 2020<sup>1</sup> ebbe a definire l’epidemia di “un nuovo coronavirus” (classificato come Sars-Cov-2), e i conseguenti e susseguenti provvedimenti adottati dalle Autorità hanno condizionato sotto molteplici aspetti la vita sociale e di relazione, a partire dallo sconvolgimento nell’ambito della sanità, per passare alla scuola, al lavoro, agli stili di vita e molto altro.

Limitandoci agli aspetti più prettamente giuridici la prima osservazione da fare riguarda l’iper produzione normativa, che è scaturita dalla dichiarazione dell’emergenza sanitaria<sup>2</sup>. Da gennaio 2020 (è del 30 gennaio la prima ordinanza del Ministero della Salute intitolata misure profilattiche contro il nuovo coronavirus e del 31 gennaio la dichiarazione dello stato di emergenza) vi è stata una iper-produzione normativa (circolari, decreti, ordinanze)<sup>3</sup>. *Una ridda di atti normativi e amministrativi, di annunci mediatici e di commenti “a caldo”, che quasi sempre aumentano la confusione, ingenerando equivoci difficili da superare perché ormai entrati nel senso comune.*<sup>4</sup>

Abbiamo assistito e continuiamo ad assistere, limitandoci al dato meramente numerico all’emanazione di una notevole quantità di regole, tanto che si potrebbe parlare di abuso dello strumento normativo.

Ecco dunque lo spunto per una prima riflessione: il diritto -intendendo con tale termine il complesso delle norme giuridiche che regolano la convivenza dei membri di una certa comunità di riferimento, o, più in generale come l’insieme delle regole poste al fine di disciplinare il comportamento umano

---

<sup>1</sup> Nella dichiarazione del Direttore Generale dell’OMS si legge: “We have therefore made the assessment that COVID-19 can be characterized as a pandemic. (*pandemia*)”.

<sup>2</sup> Lo stato di emergenza viene dichiarato in Italia con delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020 (<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/02/01/20A00737/sg>) in ragione del fatto che il contesto di rischio “impone l’assunzione immediata di iniziative di carattere straordinario ed urgente, per fronteggiare adeguatamente possibili situazioni di pregiudizio per la collettività presente sul territorio nazionale” come si legge nel preambolo. Il Consiglio dei Ministri su proposta del Presidente del Consiglio ritiene che ricorra la fattispecie di cui all’art. 7 comma 1 lettera c) del D.Lgs. 1/2018 (“emergenze di rilievo nazionale connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall’attività dell’uomo che in ragione della loro intensità o estensione debbono, con immediatezza d’intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo ai sensi dell’articolo 24”. Detto art. 24 fissa il termine della durata dello stato di emergenza in 12 mesi prorogabili di ulteriori 12 mesi (“La durata dello stato di emergenza di rilievo nazionale non può superare i 12 mesi, ed è prorogabile per non più di ulteriori 12 mesi”).

<sup>3</sup> Una raccolta delle norme emanate si trova sul sito della Gazzetta Ufficiale, nell’area tematica dedicata a tutti gli atti in materia di “Covid”, ad oggi 564 provvedimenti.

<sup>4</sup> Sono le parole usate da Gaetano Silvestri (Presidente emerito della Corte costituzionale e attuale Presidente dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti) in <https://www.unicost.eu/covid-19-e-costituzione/>.

(ordinamento giuridico) - viene utilizzato per fronteggiare situazioni di pregiudizio per la collettività, derogando principi e regole precedentemente posti da altre norme. Con le norme giuridiche viene in un certo senso posto un comando assistito da sanzione e finalizzato, in ultima analisi, a “condizionare” il comportamento dei destinatari della norma stessa.

Il Legislatore si pone l’obiettivo apertamente dichiarato di contenere il fenomeno e gestire l’emergenza attraverso la produzione, *melius* l’iper produzione di regole giuridiche.

Tanto è vero che nella scheda informativa sul sito della Gazzetta Ufficiale (normattiva.it) dell’area tematica dedicata agli atti emanati in epoca Covid si legge: “L’insorgenza dell’epidemia da Covid-19 (Coronavirus) e la sua rapida diffusione in Italia e in altri Paesi del mondo hanno imposto l’adozione di una serie di **misure di contenimento e gestione dell’emergenza**. Sul territorio nazionale è **stato dichiarato lo stato di emergenza** in conseguenza del rischio sanitario connesso alla diffusione del virus, cui ha fatto seguito l’**adozione di misure di contenimento progressivamente più stringenti** che hanno imposto significative limitazioni per tutte le attività sociali, economiche e produttive del Paese. Con decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri sono stati adottati provvedimenti urgenti volti a graduare le misure in base all’evolversi della situazione epidemiologica, affiancati da interventi economici a sostegno delle fasce di popolazione penalizzate da tali iniziative. Ad integrazione dei suddetti interventi normativi - oltre a quelli più generali disposti con decreti-legge - sono stati emanati numerosi provvedimenti ministeriali, ordinanze regionali e della Protezione Civile, dando vita ad un complesso quadro normativo”.

L’uso della norma giuridica (e delle correlate sanzioni) conferma la volontà del Governo (attraverso Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri - DPCM, decreti-legge, delibere) di imporre determinati divieti o comportamenti ai consociati cui consegue, in caso di inosservanza “adeguata” sanzione.

Non sono stati utilizzati gli strumenti della raccomandazione e/o del consiglio, ma quelli più cogenti dell’atto avente forza di legge.

Misure eccezionali sono state emanate, oltre che dal Presidente del Consiglio, dal Governo, dai Ministeri (della Salute, dell’Economia e Finanze, dello Sviluppo Economico, della Giustizia, dell’Interno, del Lavoro, delle Politiche Agricole) dalla Protezione Civile, dal Commissario Straordinario. Gaetano Silvestri afferma: *L’esordio delle misure di contenimento del contagio epidemico da Covid-19 è stato caratterizzato da un profluvio di dpcm contenenti discipline delle più varie materie e dei più disparati oggetti, norme attuative di disposizioni già vigenti e, insieme, norme anche fortemente innovative della legislazione esistente, non escluse limitazioni di diritti fondamentali, prescrizioni di nuovi doveri di comportamento, financo*

*sanzioni penali. Tutto sotto l'ombrello (si potrebbe dire sotto ... la foglia di fico) di una disposizione "in bianco" del decreto-legge n. 6/2020<sup>5</sup>, meramente attributiva di potere, senza alcuna delimitazione di forma o di contenuto. Ciò che non sarebbe stato consentito in sede di delegazione legislativa si è pensato fosse ammissibile con un decreto legge a maglie larghe, anzi ... larghissime! È vero che buona parte dei veri e propri "sfregi" costituzionali della prima fase dell'emergenza sono stati cancellati a posteriori da successivi atti con forza di legge, in special modo dal decreto-legge n.19/2020, ma è altrettanto vero che ciò è avvenuto in ritardo, dopo il levarsi di molte critiche, accompagnate inevitabilmente da proposte di revisione costituzionale volte ad eliminare gli "impacci" di un sistema costituzionale "bloccato", perché asseritamente irto di pesi e contrappesi che impedirebbero le decisioni.*

Ecco allora una seconda riflessione, o meglio un quesito: le misure eccezionali a tutela della collettività sono compatibili con i principi fondamentali della divisione dei poteri e della riserva di legge?<sup>6</sup> In altri termini può il potere esecutivo emanare atti aventi forza di legge (ad. esempio decreti-legge) nel contesto dell'emergenza sanitaria? Come sappiamo l'art. 77 della Costituzione attribuisce il potere legislativo al Governo "in casi straordinari di necessità e di urgenza"<sup>7</sup>. Ora, nel periodo emergenziale Covid19 il Governo, o meglio i Governi hanno di fatto sistematicamente utilizzato lo strumento, dapprima del DPCM<sup>8</sup>, poi del decreto-legge.

---

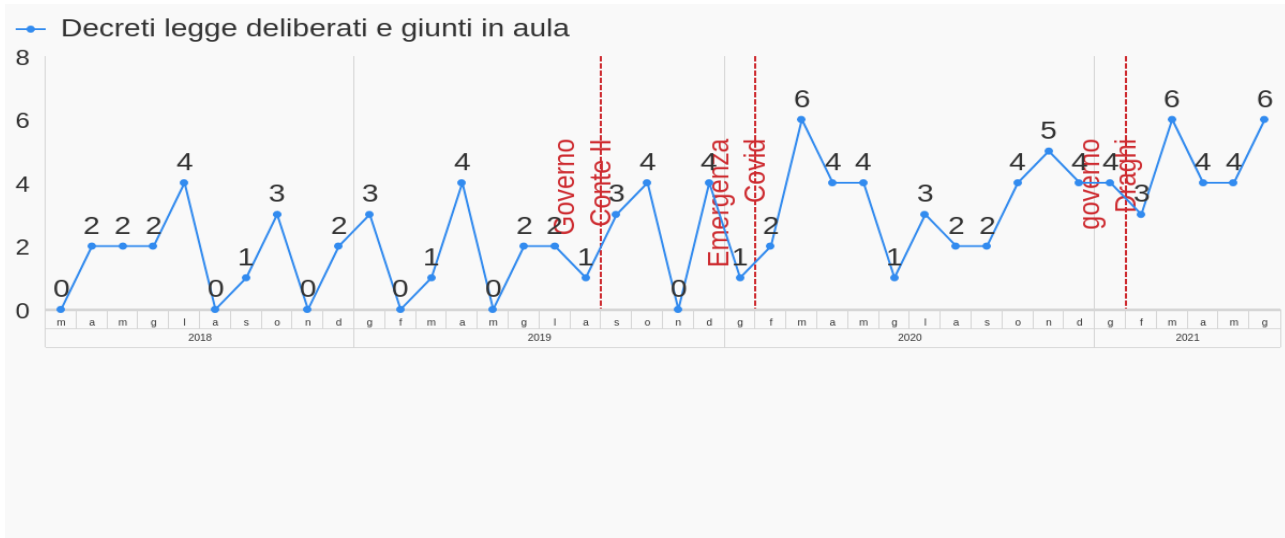
<sup>5</sup> le autorità competenti sono tenute ad adottare ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica Art. 1 DL 6/2020 (rimasto in vigore fino al 9 marzo 2020 allorquando venne abrogato dal DL 19/2020

<sup>6</sup> La teorizzazione della suddivisione dei poteri viene generalmente attribuita al filosofo Montesquieu ("Chiunque abbia potere è portato ad abusarne; egli arriva sin dove non trova limiti [...]. Perché non si possa abusare del potere occorre che [...] il potere arresti il potere" Lo Spirito delle Leggi – 1748 Charles-Louis de Secondat, barone di La Brède e di Montesquieu) anche se l'idea della separazione dei poteri si rinviene anche in Aristotele.

<sup>7</sup> Art. 77. Il Governo non può, senza delegazione delle Camere, emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria. Quando, in casi straordinari di necessità e di urgenza, il Governo adotta, sotto la sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge, deve il giorno stesso presentarli per la conversione alle Camere che, anche se sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono entro cinque giorni. I decreti perdono efficacia sin dall'inizio, se non sono convertiti in legge entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione. Le Camere possono tuttavia regolare con legge i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti.

<sup>8</sup> Tale strumento normativo si è ritenuto l'unico adatto a fronteggiare l'emergenza con rapidità sacrificando le prerogative del Governo stesso e del Parlamento. Del resto l'abuso dello stesso decreto-legge sperimentato per i lunghi anni precedenti ha fatto ritenere tale strumento troppo lento e inadeguato.

## I decreti legge deliberati e giunti in aula nella XVIII legislatura



FONTE: dati ed elaborazione openpolis (ultimo aggiornamento: venerdì 2 Luglio 2021)

La decretazione d'urgenza è ammessa dall'art. 77 comma 2 Cost. solo in casi straordinari di necessità e urgenza. Riguardo la decretazione d'urgenza in periodo Covid la maggior parte delle norme sono state emanate al dichiarato scopo di fronteggiare la diffusione del virus tramite contagio (fronteggiare l'espansione pandemica del virus Sars-Cov-2 responsabile della patologia del Covid 19 come si legge nella rubrica del decreto-legge 111/2021 in materia di green pass). La giurisprudenza costituzionale in materia di decretazione d'urgenza può dirsi ormai consolidata almeno per quanto riguarda la pretesa del rigoroso rispetto dei seguenti aspetti: 1) Necessaria statualità del decreto legge. 2) Sussistenza di casi straordinari di necessità e urgenza; 3) Omogeneità del decreto legge; 4) Sindacabilità del decreto legge sotto il profilo della sussistenza dei presupposti per l'adozione dello stesso; 5) Ineludibilità del termine di 60 giorni per la conversione in legge; 6) Interrelazione funzionale tra decreto legge e legge di conversione; 7) Potere di regolamentazione delle situazioni giuridiche in caso di mancata conversione di un decreto legge. Uno dei requisiti principali della legittimità costituzionale del decreto legge è la sussistenza della straordinaria necessità e urgenza. In ordine alla legislazione Covid possiamo però affermare che: scopo dichiarato della decretazione d'urgenza (ci riferiamo ad esempio al decreto-legge 6 agosto 2021, n. 111 che introduce l'obbligo del green pass per il personale scolastico, aggiungendo l'art. 9 ter al decreto-legge 22 aprile 2021, n. 52) è quello di adottare misure urgenti per l'esercizio in sicurezza delle attività scolastiche, universitarie, sociali e in materia di trasporti. È però opinione di autorevoli scienziati che l'introduzione dell'obbligo di detenzione del certificato verde,

in ispecie per quel che riguarda la casistica dei “guariti” e “vaccinati” se ha un certo potere di indurre alla vaccinazione (si è parlato di introduzione di surrettizio obbligo vaccinale) non vale certamente come misura, atta, da sola, al contenimento della diffusione del contagio, poiché, come è noto, sia i guariti che i vaccinati possono infettarsi e infettare a loro volta. Si aggiunga inoltre che coloro che erano esentati dalla campagna vaccinale non erano soggetti al tampone ogni 48 ore, nonostante potessero essere portatori dell’infezione come tutti, ma visto che non potevano essere spinti verso la vaccinazione non dovevano sottostare all’obbligo di detenzione ed esibizione del green pass. Sempre in tema di green pass la validità del certificato fu a suo tempo prolungata a 12 mesi per le persone vaccinate nonostante fosse arcinoto che la copertura non durava così a lungo e che anche i vaccinati potessero essere portatori dell’infezione, mentre coloro che avevano avuto l’infezione (e quindi avevano sviluppato naturalmente i propri anticorpi) non venivano considerati immunizzati, trascorsi 6 mesi dalla guarigione, quando era arcinoto che questa situazione fosse di gran lunga migliore dal punto di vista dell’immunizzazione rispetto all’immunizzazione prodotta dai vaccini; ed infine apparve senza dubbio illogico dal punto di vista della prevenzione non aver previsto a questo punto l’obbligo del green pass in tanti i luoghi affollati, quali i mezzi di trasporto urbano o regionale certamente più pericolosi rispetto alla scuola. Dunque l’introduzione del green pass a scuola ha tradito palesemente lo scopo dichiarato nel titolo del decreto legge 111, perché quella era una disposizione meramente punitiva rispetto al mancato possesso del certificato verde, ma non risolutiva dal punto di vista strettamente sanitario, nel senso che non azzerava il rischio del contagio. Se è vero quanto sopra era dunque chiaro come non vi fosse nessuna necessità ed urgenza di imporre il possesso del green pass al personale scolastico. In altre parole obbligare il personale scolastico a vaccinarsi o a palesare il proprio stato di “guariti” dal Covid 19 non aveva una ricaduta in termini di sicurezza sanitaria.

Pertanto il certificato verde va annoverato tra le misure “dissuasive” se non addirittura cogenti rispetto alla non vaccinazione, nel senso che tale certificato, per come è stato congegnato tutto il meccanismo delle conseguenze del mancato possesso dello stesso (limitazioni di molte libertà, compresa quella di accesso al lavoro) ha avuto lo scopo di indurre il maggior numero di soggetti a vaccinarsi, se è vero che né al momento dell’introduzione dell’art. 9 ter con decreto-legge del 6 agosto 2021, né al momento della conversione in legge il 24 settembre 2021 vi era alcuna urgenza di provvedere, peraltro con disposizione ad effetto differito nel tempo. Ecco allora che si palesa un dubbio sulla legittimità costituzionale di tali disposizioni sotto il profilo della mancanza dei requisiti richiesti dall’art. 77 Cost. per la decretazione d’urgenza.

La maggior parte delle norme hanno imposto significative limitazioni alle attività sociali, economiche e produttive.

Ciò significa che sono stati limitati i diritti (e si tratta di diritti fondamentali scritti nella Costituzione) sotto molteplici aspetti.

Il punto è se tutto ciò sia, o sia stato legittimo.

Altro spunto di riflessione è dunque se sia stato lecito comprimere i diritti fondamentali sanciti nella Costituzione. L'emergenza giustifica e consente tali limitazioni?

Provo ad elencare alcuni dei diritti che hanno subito gravi limitazioni:

- libertà personale (art. 13 Costituzione) – (Lock down nazionale, green pass)
- libertà di circolazione (art. 16 Costituzione) – (Divieto di spostamenti tra Comuni o Regioni)
- libertà di riunione (art. 17 Costituzione) – (Divieto di assembramenti)
- libertà di cura (art. 32 Costituzione) - imposizione obbligo vaccinale
- diritto al lavoro (art. 4 Costituzione) e alla retribuzione (artt. 35 e 36) – sospensione e privazione dello stipendio in caso di inosservanza all'obbligo vaccinale
- diritto all'eguaglianza sotto il profilo della ragionevolezza (art. 3 Costituzione) – sanzioni sproporzionate;
- diritto di difesa (art. 24 Costituzione) – sospensione delle udienze nei Tribunali
- libertà di culto (art. 19 Costituzione) – divieto di celebrazioni liturgiche
- diritto alla riservatezza – green pass, fascicolo sanitario.

Non vi è chi non veda come tali limitazioni, a presidio della “salute collettiva” si pongano in contrasto con altri diritti fondamentali costituzionali. In questi casi l'interprete è tenuto ad operare un “corretto bilanciamento tra la tutela della salute del singolo e la concorrente tutela della salute collettiva, entrambe costituzionalmente garantite”<sup>9</sup>

Guardiamo al caso dell'imposizione dell'obbligo vaccinale, introdotto nel nostro ordinamento per il personale sanitario con decreto-legge 31 ottobre 2021, n. 162, poi esteso ad altre categorie, tra cui il personale scolastico con decreto-legge 26 novembre 2021 n. 172.

La normativa che ha introdotto l'obbligo vaccinale per il personale scolastico, accatastandosi nel tempo ha visto la successione e intreccio dei seguenti decreti legge e leggi di conversione.

**1.** Il decreto-legge 26/11/2021, n. 172. – L'obbligo vaccinale per il personale scolastico, docente e non docente, è stato introdotto dal decreto-legge 172/2021, che ha inserito nel corpo del decreto-legge 44/2021 (che lo aveva introdotto per il personale sanitario) nuove norme destinate al personale

---

<sup>9</sup> Corte Costituzionale sentenze nn. 258/1994 e 5/2018

scolastico e altri dipendenti pubblici. Per quanto riguarda i lavoratori della scuola, vengono inseriti nel decreto-legge 44/2021 i seguenti articoli: a) l'art. 3 ter, sull'"adempimento dell'obbligo vaccinale", che riguarda "il ciclo vaccinale primario e a far data dal 15 dicembre 2021, la somministrazione della successiva dose di richiamo". b) l'art. 4 ter (che viene previsto dall'art. 2 del decreto-legge 172/2021, la cui rubrica è "estensione dell'obbligo vaccinale"): il comma 1 estende a far data dal 15 dicembre 2021<sup>10</sup> il suddetto obbligo al personale della scuola e ad altri dipendenti pubblici; il comma 2 stabilisce che "La vaccinazione costituisce requisito essenziale per lo svolgimento delle attività lavorative dei soggetti obbligati ai sensi del comma 1. I dirigenti scolastici [...] assicurano il rispetto dell'obbligo di cui al comma 1"; il comma 3 definisce le modalità della verifica dell'adempimento dell'obbligo vaccinale e le conseguenze del suo inadempimento, che sono indicate nella parte finale del comma medesimo, che si riporta: "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. La sospensione è efficace fino alla comunicazione da parte dell'interessato al datore di lavoro dell'avvio o del successivo completamento del ciclo vaccinale primario o della somministrazione della dose di richiamo, e comunque non oltre il termine di sei mesi a decorrere dal 15 dicembre 2021";

**2.** Il decreto-legge 24 marzo 2022, n. 24 – Questo decreto-legge, successivamente convertito con la legge 19/5/2022, n. 52, ha apportato delle modifiche all'art. 4 ter del decreto-legge 44/2021, e ha inserito nel corpo di questa norma ulteriori articoli, numerati da 4 ter 1 e 4 ter 2. Di

---

<sup>10</sup> Il testo del comma 3 dell'art. 4ter è il seguente: "I soggetti di cui al comma 2 verificano immediatamente l'adempimento del predetto obbligo vaccinale acquisendo le informazioni necessarie anche secondo le modalità definite con il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all'articolo 9, comma 10, del decreto-legge 22 aprile 2021, n. 52, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 giugno 2021, n. 87. Nei casi in cui non risulti l'effettuazione della vaccinazione anti SARS-CoV-2 o la presentazione della richiesta di vaccinazione nelle modalità stabilite nell'ambito della campagna vaccinale in atto, i soggetti di cui al comma 2 invitano, senza indugio, l'interessato a produrre, entro cinque giorni dalla ricezione dell'invito, la documentazione comprovante l'effettuazione della vaccinazione oppure l'attestazione relativa all'omissione o al differimento della stessa ai sensi dell'articolo 4, comma 2, ovvero la presentazione della richiesta di vaccinazione da eseguirsi in un termine non superiore a venti giorni dalla ricezione dell'invito, o comunque l'insussistenza dei presupposti per l'obbligo vaccinale di cui al comma 1. In caso di presentazione di documentazione attestante la richiesta di vaccinazione, i soggetti di cui al comma 2 invitano l'interessato a trasmettere immediatamente e comunque non oltre tre giorni dalla somministrazione, la certificazione attestante l'adempimento all'obbligo vaccinale. In caso di mancata presentazione della documentazione di cui al secondo e terzo periodo i soggetti di cui al comma 2 accertano l'inosservanza dell'obbligo vaccinale e ne danno immediata comunicazione scritta all'interessato. 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. La sospensione è efficace fino alla comunicazione da parte dell'interessato al datore di lavoro dell'avvio o del successivo completamento del ciclo vaccinale primario o della somministrazione della dose di richiamo, e comunque non oltre il termine di sei mesi a decorrere dal 15 dicembre 2021".

particolare rilievo è la modifica apportata dall'art. 8, c. 3, lett. a), n. 2 del decreto-legge 24/2022 al testo dell'art. 4 ter del decreto-legge 44/2021, sull'obbligo vaccinale per la prevenzione dell'infezione da SARS-COV-2 di cui all'art. 3-ter fino al 31 dicembre 2022. Tale norma non riguarderebbe più il personale scolastico. Infatti, l'art. 8, c. 3, lett. a) del decreto-legge 24/2022 ha abrogato la lett. a) del comma 1 dell'art. 4 ter del decreto-legge 44/2021, che si riferiva specificamente all'obbligo vaccinale del personale scolastico, per il quale il successivo c. 4 dell'art. 8 del decreto-legge 24/2022 ha introdotto – nel corpaccione del decreto-legge 44/2021 - due nuovi articoli: l'art 4 ter 1, che riguarda il personale scolastico non docente (oltre ad altre categorie di pubblici dipendenti); e l'art. 4 ter 2, che riguarda il solo personale docente ed educativo. Precisamente: L'art. 4 ter 1 prevedeva l'obbligo vaccinale per il personale scolastico non docente fino al 15 giugno 2022. Il successivo art. 4 ter 2 riguardava specificatamente "l'obbligo vaccinale per il personale docente ed educativo della scuola" (così la rubrica). È opportuno riportarne il testo, che non ha subito modifiche in sede di conversione del decreto 24/2022 con la legge 52/2022: "1. Dal 15 dicembre 2021 al 15 giugno 2022, l'obbligo vaccinale per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2 di cui all'articolo 3-ter, da adempiersi, per la somministrazione della dose di richiamo, entro i termini di validità delle certificazioni verdi COVID-19 previsti dall'articolo 9, comma 3, del decreto-legge 22 aprile 2021, n. 52, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 giugno 2021, n. 87, si applica anche al personale docente ed educativo del sistema nazionale di istruzione, delle scuole non paritarie, dei servizi educativi per l'infanzia di cui all'articolo 2 del decreto legislativo 13 aprile 2017, n. 65, dei centri provinciali per l'istruzione degli adulti, dei sistemi regionali di istruzione e formazione professionale e dei sistemi regionali che realizzano i percorsi di istruzione e formazione tecnica superiore. 2. La vaccinazione costituisce requisito essenziale per lo svolgimento delle attività didattiche a contatto con gli alunni da parte dei soggetti obbligati ai sensi del comma 1. I dirigenti scolastici e i responsabili delle istituzioni di cui al comma 1, assicurano il rispetto dell'obbligo di cui al medesimo comma 1. 3. I soggetti di cui al comma 2 verificano immediatamente l'adempimento dell'obbligo vaccinale di cui al comma 1 acquisendo le informazioni necessarie anche secondo le modalità definite con il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all'articolo 9, comma 10, del decreto-legge 22 aprile 2021, n. 52, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 giugno 2021, n. 87. Nei casi in cui non risulti l'effettuazione della vaccinazione anti SARS- CoV-2 o la presentazione della richiesta di vaccinazione nelle modalità stabilite nell'ambito della campagna vaccinale in atto, i soggetti di cui al comma 2 invitano, senza indugio, l'interessato a produrre, entro cinque giorni dalla ricezione dell'invito, la documentazione comprovante l'effettuazione della



vaccinazione oppure l'attestazione relativa all'omissione o al differimento della stessa ai sensi dell'articolo 4, comma 2, ovvero la presentazione della richiesta di vaccinazione da eseguirsi in un termine non superiore a venti giorni dalla ricezione dell'invito, o comunque l'insussistenza dei presupposti per l'obbligo vaccinale di cui al comma 1. In caso di presentazione di documentazione attestante la richiesta di vaccinazione, i soggetti di cui al comma 2 invitano l'interessato a trasmettere immediatamente e comunque non oltre tre giorni dalla somministrazione, la certificazione attestante l'adempimento dell'obbligo vaccinale. In caso di mancata presentazione della documentazione di cui al secondo e terzo periodo i soggetti di cui al comma 2 accertano l'inosservanza dell'obbligo vaccinale e ne danno immediata comunicazione scritta all'interessato. L'atto di accertamento dell'inadempimento impone al dirigente scolastico di utilizzare il docente inadempiente in attività di supporto alla istituzione scolastica. 4. I dirigenti scolastici e i responsabili delle istituzioni di cui al comma 1, provvedono, dal 1° aprile 2022 fino al termine delle lezioni dell'anno scolastico 2021/2022, alla sostituzione del personale docente e educativo non vaccinato mediante l'attribuzione di contratti a tempo determinato che si risolvono di diritto nel momento in cui i soggetti sostituiti, avendo adempiuto all'obbligo vaccinale, riacquistano il diritto di svolgere l'attività didattica. 5. Agli oneri derivanti dal presente articolo pari a euro 29.207.391 per l'anno 2022 si provvede, quanto a 15.000.000 di euro, mediante corrispondente riduzione del fondo di cui all'articolo 1, comma 200, della legge 23 dicembre 2014, n. 190<sup>11</sup>, e, quanto a 14.207.391 euro, mediante corrispondente riduzione dell'autorizzazione di spesa di cui all'articolo 1, comma 592, della legge 27 dicembre 2017, n. 205<sup>12</sup>. 6. Ai fini dell'immediata attuazione del presente articolo, il Ministro dell'economia e delle finanze è autorizzato ad apportare, con propri decreti, le occorrenti variazioni di bilancio”.

**3.** Successivamente alla pubblicazione del decreto-legge 24/2022 sulla G.U il Ministero dell'Istruzione ha emanato la circolare n. 620 del 28/3/2022, che bene illustra l'applicazione degli articoli 4 ter 1 e 4 ter 2, come emerge dal suo testo, che si riporta: “Come è noto, fino al 15 giugno 2022 permane l'obbligo vaccinale per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2 a carico di tutto il personale scolastico. L'art. 4-ter.1 del decreto-legge

---

<sup>11</sup> Si riporta il testo del comma 200: “Nello stato di previsione del Ministero dell'economia e delle finanze è istituito un Fondo per far fronte ad esigenze indifferibili che si manifestano nel corso della gestione, con la dotazione di 27 milioni di euro per l'anno 2015 e di 25 milioni di euro annui a decorrere dall'anno 2016. Il Fondo è ripartito annualmente con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze. Il Ministro dell'economia e delle finanze è autorizzato ad apportare le occorrenti variazioni di bilancio”.

<sup>12</sup> Si riporta il testo del comma 592: “Al fine di valorizzare la professionalità dei docenti delle istituzioni scolastiche statali, è istituita un'apposita sezione nell'ambito del fondo per il miglioramento dell'offerta formativa, con uno stanziamento di 10 milioni di euro per l'anno 2018, di 20 milioni di euro per l'anno 2019, di 30 milioni di euro per ciascuno degli anni 2020 e 2021 e di 300 milioni di euro a decorrere dall'anno 2022”

44/2021, introdotto dall'art. 8 del decreto-legge 24/2022, infatti, continua a imporre al personale scolastico l'obbligo vaccinale per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2 di cui all'articolo 3-ter del medesimo decreto-legge 44/2021. Quest'ultima norma prevede che "L'adempimento dell'obbligo vaccinale previsto per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2 comprende il ciclo vaccinale primario e, a far data dal 15 dicembre 2021, la somministrazione della successiva dose di richiamo, da effettuarsi nel rispetto delle indicazioni e dei termini previsti con circolare del Ministero della salute". L'obbligo vaccinale ha riguardato, pertanto, il ciclo vaccinale primario e la successiva dose di richiamo. La dose di richiamo doveva essere effettuata entro i termini di validità delle certificazioni verdi COVID-19 previsti dall'articolo 9, comma 3, del decreto-legge 22 aprile 2021, n. 52, convertito dalla legge 17 giugno 2021. L'inadempimento dell'obbligo vaccinale comportava l'applicazione delle sanzioni di cui all'art. 4- sexies del decreto-legge 44/2021 (sanzione amministrativa pecuniaria di euro cento). Unicamente con riguardo al personale docente ed educativo, l'art. 4-ter.2 del decreto-legge 44/2021, parimenti introdotto dal decreto-legge 24 del 24 marzo 2022, dettava, inoltre, una disciplina particolareggiata per quanto attiene allo svolgimento della prestazione lavorativa. Si prevedeva, infatti, al comma 2, che per il personale docente ed educativo "La vaccinazione costituisce requisito essenziale per lo svolgimento delle attività didattiche a contatto con gli alunni da parte dei soggetti obbligati". Il mancato adempimento dell'obbligo vaccinale, accertato secondo la procedura di cui al comma 3 del medesimo articolo, "impone al dirigente scolastico di utilizzare il docente inadempiente in attività di supporto alla istituzione scolastica". Il successivo comma 4, inoltre, stabiliva che "I dirigenti scolastici e i responsabili delle istituzioni di cui al comma 1, provvedono, dal 1° aprile 2022 fino al termine delle lezioni dell'anno scolastico 2021/2022, alla sostituzione del personale docente e educativo non vaccinato mediante l'attribuzione di contratti a tempo determinato che si risolvono di diritto nel momento in cui i soggetti sostituiti, avendo adempiuto all'obbligo vaccinale, riacquistano il diritto di svolgere l'attività didattica". Pertanto, a decorrere dal 1° aprile 2022, sono cessati gli effetti dei provvedimenti di sospensione del personale docente e educativo disposti ai sensi della previgente normativa per il mancato adempimento dell'obbligo vaccinale. Detto personale avrebbe potuto essere adibito alla normale attività didattica solo se avesse adempiuto all'obbligo vaccinale, mentre, in caso di persistente inadempimento, avrebbe dovuto essere sostituito secondo le modalità previste dal citato comma 4. Il personale docente ed educativo inadempiente all'obbligo vaccinale venne impiegato nello svolgimento di tutte le altre funzioni rientranti tra le proprie mansioni, quali, a titolo esemplificativo, le attività anche a carattere collegiale, di programmazione,

progettazione, ricerca, valutazione, documentazione, aggiornamento e formazione. A detto personale si applicarono, fino al 15 giugno 2022 o fino alla data di adempimento dell'obbligo vaccinale, le vigenti disposizioni normative e contrattuali che disciplinano la prestazione lavorativa del personale docente ed educativo dichiarato temporaneamente inidoneo all'insegnamento. Non svolgendo "attività didattiche a contatto con gli alunni", si riteneva, invece, che i dirigenti scolastici ed il personale ATA, pur se inadempienti all'obbligo vaccinale e comunque fermo restando tale obbligo, potessero essere riammessi in servizio dalla data di entrata in vigore del citato decreto-legge n. 24, e potessero essere normalmente adibiti allo svolgimento di tutte le ordinarie attività (.....)." Ancora, con atto n. 659 del 31/3/2022, Il Ministero dell'Istruzione ebbe ulteriormente a specificare che: "per l'individuazione delle attività a supporto dell'istituzione scolastica a cui adibire il menzionato personale docente ed educativo si dovrà fare riferimento all'art. 3 del CCNI del 25/06/2008, che individua tra le attività di supporto alle funzioni scolastiche il servizio di biblioteca e documentazione, l'organizzazione di laboratori, il supporto nell'utilizzo degli audiovisivi e delle nuove tecnologie informatiche, le attività relative al funzionamento degli organi collegiali, dei servizi amministrativi e ogni altra attività deliberata nell'ambito del progetto d'istituto", determinando l'orario di lavoro in 36 (non più 18-24-25) ore settimanali, al pari di quanto previsto per i lavoratori temporaneamente inidonei all'insegnamento (art. 8 del medesimo CCNI del 25 giugno 2008), nonché per tutto il personale docente ed educativo che a vario titolo non svolge l'attività di insegnamento.

**4.** Va ricordato infine che il decreto-legge n. 1/2022 del 7/1/2022, convertito con L. n.18/2022 del 4/3/2022 e poi modificato dal decreto-legge 24/2022, ha introdotto nel corpo del decreto-legge 44/2021 gli articoli seguenti: a) Art. 4 quater, che estende "l'obbligo di vaccinazione per la prevenzione dell'infezione da SARSCoV-2 agli ultracinquantenni" fino al 15 giugno 2022; b) Art. 4 quinquies, che estende "l'impiego delle certificazioni verdi COVID-19 nei luoghi di lavoro per coloro che sono soggetti all'obbligo vaccinale ai sensi degli articoli 4 ter 1, 4 ter 2 e 4 quater"; c) Art. 4 sexies, che prevede l'irrogazione della sanzione pecuniaria di cento euro in caso di inosservanza dell'obbligo vaccinale di cui agli articoli sopra citati. Va detto che il decreto-legge 24/2022 ha ulteriormente modificato tali norme, in particolare prevedendo l'impiego del cosiddetto green pass base (da tampone) in luogo della certificazione verde (da vaccino o da guarigione) per accedere al luogo di lavoro; ed in ogni caso ha stabilito che dall'1/5/2022, per accedere ai locali della scuola, non è più richiesta la verifica del green pass base (o rafforzato) nei confronti del personale e degli utenti.

Possiamo così sintetizzare "le tappe" dell'obbligo vaccinale per il personale scolastico:

- dal 15 dicembre 2021 (inizialmente senza l'indicazione del termine finale) tutto il personale scolastico ha l'obbligo di sottoporsi alla vaccinazione;
- con successiva modifica l'obbligo viene circoscritto al periodo 15 dicembre – 15 giugno;
- l'inosservanza dell'obbligo determina la sospensione dal servizio con perdita della retribuzione e di ogni altro emolumento;
- dal 25 marzo 2022 (con il DL 24/03/2022 n. 24) il personale ausiliario e amministrativo rientra in servizio nelle precedenti funzioni e il personale docente rientra con adibizione a compiti che non prevedano il contatto con gli alunni con orario di 36 ore settimanali.

Il Legislatore, allo scopo di frenare la diffusione del virus e limitare i contagi (poi allo scopo di contenere le ospedalizzazioni) ha imposto l'obbligo vaccinale assistito dalla grave sanzione della estromissione dal posto di lavoro con perdita totale dello stipendio (che in taluni casi si è risolto nella perdita di ogni fonte di sostentamento).

Tale imposizione, non vi è dubbio, comprime il diritto, sancito nella Costituzione, di autodeterminazione e libertà di cura.

Come è noto l'obbligo vaccinale è stato introdotto – quanto al virus Sars-Cov-2 dal 1° aprile 2021 per il personale sanitario (per il quale la conseguenza dell'inosservanza dell'obbligo è la perdita del requisito per svolgere la professione sanitaria) con il decreto-legge n. 44. Successivamente, con discutibile tecnica legislativa sono stati emanati il decreto legge 172 del 26 novembre 2021 che, intervenendo sul decreto-legge 44 - introducendo l'art. 4 ter - ha esteso l'obbligo vaccinale a lavoratori di altri comparti, compreso il personale della scuola. Successivamente il decreto-legge 24 marzo 2022 n. 24, convertito con modificazioni dalla Legge 19 maggio 2022, n. 52 intervenendo nuovamente su decreto legge 44, pur riconfermando l'obbligo vaccinale per il personale scolastico (circoscrivendone la durata fino al 15 giugno 2022) nonostante la cessazione dello stato di emergenza sanitaria ha stabilito il rientro in servizio del personale ATA e dei dirigenti mentre ha imposto al personale docente dichiarato inosservante all'obbligo il divieto di accedere all'insegnamento in aula a contatto con gli alunni e l'adibizione a non meglio precisate attività di supporto all'istituzione scolastica. Nella vigenza ancora attuale dell'art. 4 per il personale sanitario e dell'art. 4 ter (dal 26 novembre 2021 al 25 marzo 2022) per il personale scolastico la magistratura amministrativa e ordinaria è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità dei provvedimenti di espulsione adottati nei confronti del personale coinvolto (sanitari, personale scuola, militari e forze dell'ordine, ecc.). In un primissimo momento la giurisprudenza amministrativa ha rigettato le istanze di annullamento degli

atti amministrativi emanati sulla scorta delle disposizioni di legge, non ravvisando profili di possibile contrasto con la Costituzione della normativa primaria. Anche le prime pronunce dei Tribunali ordinari sono state nel segno di ritenere legittima l'imposizione dell'obbligo e le conseguenze sull'attività lavorativa. Più di recente però, anche alla luce delle pubblicazioni sui dati riguardanti gli effetti avversi dei vaccini e degli approfondimenti istruttori è mutato l'orientamento della giurisprudenza. Il Tribunale di Velletri, ad esempio, nell'accogliere le richieste di reintegra nel posto di lavoro di una operatrice socio sanitaria nell'azienda sanitaria in cui prestava servizio ha dato una lettura costituzionalmente orientata della norma con il decreto cautelare del 22/11/2021 (procedimento Tribunale Velletri sez. Lavoro RG 4236/2021) dove si legge: "Sostanzialmente si prevede un'estensione dell'obbligo vaccinale degli operatori di interesse sanitario, con esclusione della possibilità di lavorare (sospensione, nessun emolumento, nessuna conseguenza disciplinare o sulla permanenza del rapporto). Tuttavia, una lettura costituzionalmente orientata (e dunque obbligata) induce a ritenere che non in tutti i casi la prestazione degli operatori di interesse sanitario non vaccinati è vietata, ma solo laddove quest'ultima inciderebbe sulla salute pubblica e su adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza, lo dice espressamente la norma. Altrimenti il bilanciamento costituzionalmente rilevante tra la salute pubblica (interesse prevalente) e i diritti della persona (interessi soccombenti) non sussisterebbe, con indebita compromissione dei diritti dei singoli" ed ancora: "l'obbligo e la conseguente sospensione non si giustificano nell'ottica di un necessario bilanciamento costituzionale degli interessi. Di più, si tradurrebbe in una indebita discriminazione tra operatori di interesse sanitario e operatori di altri settori, se le loro prestazioni in concreto espongono se stessi o gli altri al medesimo rischio per la salute; palese sarebbe la violazione dell'art. 3 della Costituzione" ed infine: "Pertanto, si deve concludere che sia chi non si è voluto vaccinare sia chi non si sia potuto vaccinare possano prestare la loro opera ovviamente evitando lo specifico rischio per la salute pubblica. Semmai potrebbe residuare una differenza circa l'ambito di ricollocabilità, nel senso che secondo il principio generale del diritto del lavoro un non vaccinato potrebbe anche essere adibito a mansioni inferiori (e dunque percepire una somma inferiore, ovviamente solo in via residuale) mentre nel caso di chi non si sia potuto vaccinare la legge assicura il mantenimento della medesima retribuzione".

In altri casi il Giudice ha ritenuto di dover sollevare l'eccezione di incostituzionalità sotto i diversi profili della legittimità dell'obbligo e delle conseguenze dell'inosservanza. Con ordinanza n. 351 del 22 marzo 2022 il C.G.A. per la regione siciliana ha rimesso gli atti alla Consulta in riferimento

all'art. 4 del DL 44. Le considerazioni dell'alto consesso sono trasponibili anche all'art. 4 ter che riguarda la fattispecie del personale scolastico. Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, con ordinanza n. 351 del 22 marzo 2022 ha ritenuto non manifestamente infondata la questione di costituzionalità dell'obbligo vaccinale previsto per gli esercenti la professione sanitaria e gli operatori di interesse sanitario dall'art. 4 decreto-legge 44/2021. Per comprendere il recente provvedimento, va brevemente ricordato che tale questione era stata prospettata nell'ambito di una vicenda che vedeva protagonista uno studente di infermieristica dell'Università degli Studi di Palermo, il quale non aveva potuto svolgere, in quanto non vaccinato, il tirocinio formativo in area medica/sanitaria, necessario per il completamento degli studi: con un provvedimento di aprile 2021, infatti, l'Ufficio di Gabinetto del Rettore aveva confermato che, in ossequio alle normative volte al contenimento dei contagi, per continuare i tirocini era necessaria la vaccinazione. Lo studente, allora, aveva proposto ricorso per l'annullamento, previa sospensione, di questo provvedimento. Il TAR, tuttavia, aveva rigettato la domanda, ritenendo prevalente l'interesse pubblico ad evitare che soggetti non vaccinati frequentassero le strutture sanitarie, mettendo a rischio operatori e pazienti. Avverso l'ordinanza di reiezione della domanda cautelare, allora, lo studente aveva proposto appello, formulando varie censure e prospettando una questione di costituzionalità in relazione agli articoli 3 e 32 della Costituzione. Così investito della questione, il CGA Sicilia, con ordinanza del 17 gennaio 2022, aveva dunque:

- chiarito l'astratta compatibilità con la Costituzione dell'obbligo vaccinale, ricordando come la giurisprudenza della Consulta in materia di vaccinazioni obbligatorie sia salda nell'affermare che "l'art. 32 Cost. postula il necessario temperamento del diritto alla salute della singola persona (anche nel suo contenuto di libertà di cura) con il coesistente e reciproco diritto delle altre persone e con l'interesse della collettività" e che "la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 Cost.";
- ricordato le condizioni per la legittimità dell'obbligo vaccinale enunciate dalla Consulta, cioè a) che il trattamento sia diretto non solo a migliorare o preservare lo stato di salute di chi vi sia assoggettato ma anche a preservare lo stato di salute degli altri; b) che il trattamento non incida negativamente sullo stato di salute di chi vi è assoggettato, salvo per le conseguenze normali e tollerabili; c) che, per l'ipotesi di danno ulteriore, sia comunque prevista la corresponsione di una equa indennità in favore del danneggiato, tutte richiamate nel provvedimento in esame.

- ritenuto pertanto opportuno disporre alcuni incumbenti istruttori, al fine di valutare la manifesta infondatezza o meno della questione di costituzionalità prospettata.

All'esito delle verifiche svolte da uno speciale collegio ad hoc, il CGA con la citata ordinanza ha ritenuto rispettato il primo degli indici di costituzionalità degli obblighi vaccinali in quanto il trattamento appare diretto a migliorare o a preservare lo stato di salute sia di chi vi è assoggettato sia degli altri. Premettendo che i vaccini anti Covid non hanno omesso alcuna delle tradizionali fasi di sperimentazione e che i farmaci commercializzati previa autorizzazione condizionata (che consente lo svolgimento in parallelo, anziché in sequenza, delle fasi di sperimentazione clinica, accelerando, quindi, la normale tempistica di svolgimento delle sperimentazioni) non sono preparati "sperimentali", il CGA ha rilevato infatti che la campagna vaccinale "risulta efficace nel contenere decessi ed ospedalizzazioni, proteggendo le persone dalle conseguenze gravi della malattia, con un conseguente duplice beneficio: per il singolo vaccinato, il quale evita lo sviluppo di patologie gravi; per il sistema sanitario, a carico del quale viene allentata la pressione". Per questa ragione, il Collegio ha sottolineato che "risulta evidente come la vaccinazione, sostanzialmente, tuteli sia l'interesse dei singoli, sia l'interesse collettivo", sicché appare rispettata la prima condizione di legittimità indicata dalla Consulta. Ad avviso del CGA, elementi di criticità appaiono emergere, invece, con riferimento agli altri parametri, con specifico riferimento alla problematica degli eventi avversi. La Consulta, come ricordato, ritiene infatti che la legge impositiva di un trattamento sanitario non sia incompatibile con l'art. 32 Cost. a condizione che si preveda che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che è obbligato, salvo che per quelle sole conseguenze "che appaiano normali e, pertanto, tollerabili". Ebbene, a tali riguardi il Collegio ha rilevato che, sebbene la maggior parte degli effetti collaterali documentati indubbiamente evidenzino sintomi modesti e transitori, si sono registrate anche patologie gravi, tali da compromettere, in alcuni casi irreversibilmente, lo stato di salute del soggetto vaccinato, cagionandone l'invalidità o, nei casi più sfortunati, il decesso. Nella motivazione dell'ordinanza in esame, infatti, si legge che "vero è che le reazioni gravi costituiscono una minima parte degli eventi avversi complessivamente segnalati; ma il criterio posto dalla Corte costituzionale in tema di trattamento sanitario obbligatorio non pare lasciare spazio ad una valutazione di tipo quantitativo, escludendosi la legittimità dell'imposizione di obbligo vaccinale mediante preparati i cui effetti sullo stato di salute dei vaccinati superino la soglia della normale tollerabilità, il che non pare lasciare spazio all'ammissione di eventi avversi gravi e fatali,

purché pochi in rapporto alla popolazione vaccinata”. Infine, per il CGA, ulteriori profili di criticità emergono:

- dalla inidoneità del triage pre-vaccinale, desumibile dalla circostanza che non è richiesta, ai fini della sottoposizione a vaccino, né una relazione del medico di base, né l’esecuzione di esami di laboratorio o test genetici, né tantomeno l’esecuzione di un tampone Covid, che potrebbe evidenziare una condizione di infezione in atto;
- dalla irrazionalità della normativa sul consenso informato, in considerazione del fatto che non viene espressamente esclusa la raccolta del consenso anche nell’ipotesi di somministrazione di un trattamento sanitario obbligatorio: nonostante l’organismo incaricato dell’istruttoria abbia sottolineato che nel caso di vaccinazione obbligatoria il consenso andrebbe inteso quale presa visione da parte del cittadino delle informazioni fornite, il Collegio non ha condiviso tale chiarimento in quanto “da un punto di vista letterale, logico e giuridico, il consenso viene espresso a valle di una libera autodeterminazione volitiva, inconciliabile con l’adempimento di un obbligo previsto dalla legge”.

Per tali ragioni, il CGA, ai sensi dell’art. 23 comma 2 Legge 11 marzo 1953 n. 87, ritenendole rilevanti e non manifestamente infondate, solleva la questione di legittimità costituzionale:

- dell’art. 4, commi 1 e 2, del decreto-legge n. 44/2021 (convertito in L. n. 76/2021), nella parte in cui prevede, da un lato l’obbligo vaccinale per il personale sanitario e, dall’altro lato, per effetto dell’inadempimento all’obbligo vaccinale, la sospensione dall’esercizio delle professioni sanitarie, “per contrasto con gli artt. 3, 4, 32, 33, 34, 97 della Costituzione, sotto il profilo che il numero di eventi avversi, la inadeguatezza della farmaco vigilanza passiva e attiva, il mancato coinvolgimento dei medici di famiglia nel triage pre-vaccinale e comunque la mancanza nella fase di triage di approfonditi accertamenti e persino di test di positività/negatività al Covid non consentono di ritenere soddisfatta, allo stadio attuale di sviluppo dei vaccini anti Covid e delle evidenze scientifiche, la condizione, posta dalla Corte costituzionale, di legittimità di un vaccino obbligatorio solo se, tra l’altro, si prevede che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che è obbligato, salvo che per quelle sole conseguenze “che appaiano normali e, pertanto, tollerabili”;
- dell’art. 1 della L. 217/2019, nella parte in cui non prevede l’espressa esclusione dalla sottoscrizione del consenso informato delle ipotesi di trattamenti sanitari obbligatori, e dell’art. 4, del decreto-legge n. 44/2021,



nella parte in cui non esclude l'onere di sottoscrizione del consenso informato nel caso di vaccinazione obbligatoria, "per contrasto con gli artt. 3 e 21 della Costituzione". Il Tribunale del Lavoro di Brescia, ponendosi in linea con i precedenti decreti cautelari del TAR Lazio (n. 721, 724 e 726 del 2/2/2022) con ordinanza del 7/5/2022 ha rimesso gli atti alla Corte Costituzionale per lo scrutinio di legittimità delle norme sull'obbligo vaccinale nella parte in cui non prevedono di poter adibire il personale a mansioni diverse e non prevedono alcun emolumento nemmeno di natura alimentare in caso di sospensione<sup>13</sup>.

I Giudici si interrogano quindi sulla possibile violazione dell'art 32, comma 1 e 2 della Costituzione. Come si legge nell'ordinanza del 22 marzo del CGA per la regione siciliana l'articolo 32, comma 2, Cost. dispone che, anche nei casi di trattamenti obbligatori disposti per legge, quest'ultima "non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana". Anche la Legge 23/12/1978 - N. 833, che istituisce il servizio sanitario nazionale, ribadisce, all'art. 33, comma 1, che gli accertamenti e trattamenti sanitari "sono di norma volontari", specificando, all'articolo 33, comma 2, che nei casi in cui la legge prevede che possano essere disposti dall'autorità sanitaria "questi devono avvenire nel rispetto della dignità della persona e dei diritti civili e politici". I trattamenti sanitari obbligatori sono rarissimi, ed ancorati a precisi presupposti, come i casi in cui l'ordinamento consente la possibilità di eseguirli contro la volontà della persona (come è il caso del T.S.O.), valendo da sempre il principio che gli accertamenti ed i trattamenti obbligatori debbano essere "accompagnati da iniziative rivolte ad assicurare il consenso e la partecipazione da parte di chi vi è obbligato" e che "L'unità sanitaria locale opera per ridurre il ricorso ai suddetti trattamenti sanitari obbligatori" (art. 33, co. 5, l. 833/1978). Nell'ordinamento italiano l'obbligo al trattamento sanitario costituisce un'eccezione rispetto al principio della libera determinazione dell'individuo in materia sanitaria affermato dall'articolo 32, comma 2. Ed è chiara la consapevolezza che qualsiasi pratica sanitaria o farmacologica non è mai esente da rischi di effetti avversi, anche gravi. Già dal parere della XI Commissione della Camera (si veda p. 9), che ha dato parere favorevole alla conversione del D. L 44 risultava la previsione di una esenzione di responsabilità degli operatori sanitari che effettuano i vaccini (ancora indicati come anti Sars) in considerazione dell'emergenza, che può trovare giustificazione solo nella limitatezza dei dati relativi ai farmaci. E infatti per questa campagna vaccinale, il legislatore ha previsto, all'art. 3 del medesimo decreto-legge 44/2021 (Responsabilità penale da somministrazione del vaccino anti SARS-CoV-2"), che "Per i fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale verificatisi a causa della

---

<sup>13</sup> Articolo tratto dal sito internet brocardi.it

somministrazione di un vaccino per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2, effettuata nel corso della campagna vaccinale straordinaria in attuazione del piano di cui all'articolo 1, comma 457, della legge 30 dicembre 2020, n. 178, la punibilità è esclusa quando l'uso del vaccino è conforme alle indicazioni contenute nel provvedimento di autorizzazione all'immissione in commercio emesso dalle competenti autorità e alle circolari pubblicate nel sito internet istituzionale del Ministero della salute relative alle attività di vaccinazione". Il legislatore ha voluto sollevare i medici vaccinatori dalla responsabilità degli eventuali effetti avversi (gravi e non gravi) dei vaccini, nella consapevolezza che questi sono presenti. Ciononostante, ha imposto una diretta pressione alla vaccinazione anche per coloro che, in coscienza, non erano convinti della validità della vaccinazione, o ne temevano gli effetti avversi, prevedendo, per gli operatori scolastici e di altri settori che non si sottopongono alla vaccinazione, la sospensione dal lavoro e la sottrazione di ogni sostegno economico. La probabilità di eventi avversi anche gravi, fino alla morte è possibile ed anche in Italia diverse morti sono state ricondotte all'effettuazione del vaccino anti-Covid. Questa disposizione appare di natura coercitiva perché pone coloro che in coscienza non sono convinti della sicurezza del vaccino di fronte alla prospettiva di non poter assicurare a sé ed alla propria famiglia neppure i mezzi di sostentamento minimi ed indispensabili, né di far fronte ai propri impegni economici, con conseguenze gravissime del vivere quotidiano (impossibilità di far fronte alle richieste dei figli o dei familiari, la necessaria limitazione alla vita sociale, l'impossibilità di assolvere un debito contratto per l'acquisto o l'affitto di beni essenziali come la casa). E tali disposizioni normative appaiono in palese contrasto con il limite imposto dal principio esplicitato nel secondo comma dell'articolo 32 Cost.. È necessario anche investigare la compatibilità dell'obbligo vaccinale anti Covid-19 con la depenalizzazione delle sue conseguenze avverse eccezionali, quali morte o lesioni gravi, in riferimento a quanto previsto dal comma 1 dell'art 32 della Costituzione. L'art 3 (Responsabilità penale da somministrazione del vaccino anti SARS-CoV-2) del DL 1° aprile 2021, n. 44 cancella la pena a chi causi la morte, o lesioni gravi, in conseguenza della somministrazione del vaccino anti Covid-19. Si ricorda che la finalità della campagna vaccinale è quella di "garantire il massimo livello di copertura vaccinale sul territorio nazionale" (articolo 1, comma 457, della legge 30 dicembre 2020, n. 178). Questi due elementi, uniti insieme, rivelano la gerarchia valoriale che il legislatore stabilisce tra salute pubblica e quella dell'individuo. In base ad essa la salute pubblica è un obiettivo farmaceutico, da massimizzare su scala geografica, che esclude il singolo individuo. Obbligare una persona, formalmente o surrettiziamente, ad assumere un farmaco per il bene della salute pubblica, in conseguenza del quale, per fatalità, la persona dovesse morire, o subire

lesioni gravi e, per disposizione di legge, nessuno sarebbe chiamato a risponderne, significa ammettere la totale subalternità della salute dell'individuo rispetto a quella collettiva, e questo non è ammissibile. Non si tratta di prevedere risarcimenti, ma della violazione della Costituzione. Qualsiasi trattamento sanitario, i cui operatori, e l'intera catena delle responsabilità, siano tutelati sotto il profilo delle conseguenze penali da leggi ad hoc - le quali, peraltro, nella fattispecie della vaccinazione anti Covid-19, neppure vengono rese note al paziente nel documento del consenso informato "coatto" - non garantisce la salute dell'individuo, inteso nella sua eccezionalità. Da queste ragioni segue che l'obbligo vaccinale anti Covid-19 lede il diritto alla salute degli individui, che vengono esposti a rischi, le cui responsabilità, se ricondotte al protocollo vaccinale, non saranno punite. E a nulla vale il richiamo ad un interesse collettivo preponderante su quello individuale, perché in materia sanitaria il comma 1 citato respinge la possibilità che tra i due interessi sussista gerarchia. Pertanto, l'obbligo vaccinale anti Covid-19 deve considerarsi in violazione dell'art 32 della Costituzione. Il peso della libertà terapeutica garantita dalla Costituzione richiederebbe una ponderazione attenta della necessità dell'obbligo: le modalità attraverso cui il Governo italiano, a differenza di altri governi anche europei, è arrivato a considerare obbligatoria la vaccinazione per alcune categorie di lavoratori è assolutamente arbitraria, non ha alcun solido fondamento scientifico. Tale motivazione dovremmo trovarla nell'atto amministrativo che individua i vaccini attualmente considerati obbligatori per i dipendenti della scuola. Unico atto amministrativo che in tal senso ha citato i farmaci autorizzati ad assolvere l'obbligo è il Decreto Ministeriale del Ministero della Salute del 12/03/2021 relativo all'attuazione del piano vaccinale. Ebbene in quanto atto amministrativo deve ravvisarsi un difetto di motivazione, in contrasto con il già citato art. 3 L. n. 241 del 1990 ("ogni provvedimento amministrativo, compresi quelli concernenti l'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale, deve essere motivato"). Su questo aspetto si veda la recente pronuncia del Tribunale di Pisa del 04/03/2022 dove si legge: "la duplice valenza del diritto alla salute nella prospettiva dell'art. 32 Cost., come diritto fondamentale e come interesse della collettività, non può comportare una sistematica prevalenza del secondo versante (interesse pubblico) sul primo (diritto individuale). Al contrario, la prevalenza del versante pubblicistico deve ritenersi consentita soltanto in ipotesi eccezionali da declinare secondo il principio di ragionevolezza ex art. 3 Cost. e da individuare nel rispetto di una riserva di legge. In questa prospettiva, l'effettuazione del bilanciamento (giudizio di tollerabilità) tra possibili effetti collaterali e possibili benefici, richiesto dalla stessa giurisprudenza citata, non può che avvenire tra termini omogenei rappresentati entrambi dal parametro del ricevente il trattamento,

e non tra termini disomogenei ossia tra gli effetti collaterali per il ricevente e i benefici per la collettività.” Inoltre, manca una disposizione normativa riferita ai vaccini attualmente utilizzati come anti SarsCov2. Il decreto e la successiva legge di conversione che prevede l’obbligo vaccinale per gli insegnanti cita in modo generico vaccini anti sars-cov2. In altre parole, non c’è allo stato attuale alcun atto normativo che individua i vaccini cosiddetti anti-covid autorizzati in via condizionata con questa unica indicazione terapeutica come vaccini anti-sars. I vaccini attualmente considerati obbligatori sono quelli che risultano dal piano pandemico a cui fa riferimento l’articolo 1, comma 457, della legge 30 dicembre 2020, n. 178, i cui obiettivi sono quelli da perseguire in base all’art. 4 del DL 44/2021 istitutivo dell’obbligo per il personale sanitario, integrato successivamente con la previsione dell’obbligo per il personale scolastico. Gli studi scientifici non evidenziano l’efficacia dei vaccini riguardo alla prevenzione, e non risulta che il Governo abbia attuato quanto previsto dal piano pandemico per il monitoraggio dell’efficacia e dei pericoli legati all’uso dei vaccini, passaggio fondamentale per l’imposizione dell’obbligo vaccinale. Come già affermato, il Governo per gestire la fase di emergenza si è basato su dati statistici raccolti ed elaborati dall’Istituto Superiore di Sanità, riferiti agli utenti che per qualche motivo effettuano il tampone rapido o molecolare. In epoca Covid, la maggioranza delle persone che si sono sottoposte frequentemente al test anticovid sono persone non vaccinate che avevano bisogno della certificazione di negatività per poter svolgere un’attività lavorativa o sociale. Ciò ha comportato necessariamente la sottostima della positività nelle persone vaccinate. Per questo motivo lo studio basato su un campione significativo, come previsto dal piano strategico, sarebbe non solo rispettoso dell’attuazione del piano stesso, ma anche necessario per valutare in modo adeguato l’efficacia e la sicurezza, e prodromico rispetto all’imposizione di un obbligo vaccinale. Si possono considerare questi dati come “scientifici” se manca loro non solo il requisito fondamentale della rappresentatività del campione esaminato, ma soprattutto il monitoraggio delle situazioni mediche di partenza e del loro successivo evolversi? In sintesi, l’imposizione di un obbligo vaccinale in Italia è avvenuta senza uno studio preliminare essenziale: se da una parte questa carenza di dati scientifici spiega perché molte persone si siano orientate a non sottoporsi a un vaccino non adeguatamente sperimentato, dall’altra non giustifica l’imposizione di un trattamento sanitario quale *conditio sine qua non* dell’esercizio di una prestazione lavorativa in determinati settori (come quello scolastico). La violazione dell’articolo 32 della Costituzione appare palese anche sotto questo riguardo. Unico atto amministrativo che in tal senso ha citato i farmaci autorizzati ad assolvere l’obbligo è il Decreto Ministeriale del Ministero della Salute del 12/03/2021 relativo all’attuazione del piano

vaccinale. Ebbene in quanto atto amministrativo deve ravvisarsi un difetto di motivazione. L'art. 3 L. n. 241 del 1990, sancisce "ogni provvedimento amministrativo, compresi quelli concernenti l'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale, deve essere motivato (...). La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria". Il legislatore ha reso pertanto essenziale la motivazione, sotto l'aspetto sia testuale (deve essere motivato) che contenutistico (la motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria).

La motivazione dell'atto può essere indicata anche per *relationem*, nel senso che essa può essere espressa anche con il riferimento ad atti del procedimento amministrativo come, ad esempio, pareri o valutazioni tecniche. Secondo l'orientamento giurisprudenziale ormai consolidato, nel caso di provvedimento motivato per *relationem*, sebbene non occorra necessariamente che l'atto richiamato dalla motivazione sia portato nella sfera di conoscibilità legale del destinatario, essendo invece sufficiente che siano espressamente indicati gli estremi o la tipologia dell'atto richiamato, tuttavia esso deve essere messo a disposizione ed esibito ad istanza di parte (Cfr. Consiglio di Stato sentenza n. 8276 del 3 dicembre 2019)" L'art. 21 *septies* L. n. 241/90 sancisce "è nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali". Nel Decreto Ministeriale del Ministero della Salute del 12/03/2021 e negli atti collegati, manca una disposizione che motivi l'utilizzo di farmaci autorizzati in via condizionata per la prevenzione della malattia Covid-19 come farmaci per la prevenzione dell'infezione dal virus, cioè "vaccini anti-Sars-CoV2" come stabilito dall'obbligo per il personale scolastico. Nell'introduzione del piano a pag. 3 si legge "appena è stato comunicato – da parte delle principali aziende produttrici – l'avvio dello sviluppo di candidati vaccini, il Ministero della Salute italiano ha ritenuto opportuno avviare interlocuzioni con altri partner europei, per procedere congiuntamente a negoziazioni che potessero assicurare la disponibilità di un numero di dosi necessario per l'immunizzazione dei cittadini dei Paesi coinvolti e di tutta l'Unione Europea". Come risulta evidente si continua a far riferimento all'immunizzazione causata da farmaci la cui commercializzazione è stata autorizzata solo per l'efficacia sperimentata sul controllo della malattia e non della diffusione del virus. Il decreto o decreti successivi non motivano l'utilizzo di tali farmaci in off-label use. Il decreto e la successiva legge di conversione che prevede l'obbligo vaccinale per gli insegnanti citano in modo generico vaccini anti sars cov 2. In altre parole, non c'è allo stato attuale alcun atto che individua

i vaccini autorizzati anti-covid come vaccini anti-sars, giustificandone un utilizzo diverso da quello prescritto dalle stesse case farmaceutiche e per cui esse hanno ottenuto l'autorizzazione condizionata.

Altro profilo di criticità si presenta in relazione alla possibile violazione dell'art. 3 Costituzione. L'art. 3 Cost. recita: "Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni economiche e sociali". Il principio di eguaglianza e ragionevolezza impone che sia sempre conservata e non sia sottratta all'organo di disciplina (e successivamente nell'eventuale fase giudiziaria, al giudice dell'impugnazione) la valutazione concreta di proporzionalità della sanzione disciplinare. Come si legge nell'ordinanza n. 157 del Consiglio Superiore della Magistratura "l'applicazione automatica di tale sanzione pone dubbi di contrasto con l'art. 3 della Costituzione per violazione del principio di ragionevolezza. La necessaria adozione di tale misura punitiva appare, infatti, basata su di una presunzione assoluta, del tutto svincolata, oltre che dal controllo di proporzionalità da parte del giudice disciplinare, anche dalla verifica della sua concreta congruità. Appare in particolare vulnerato il principio di «proporzione», fondamento della razionalità che domina il principio di uguaglianza - inteso come regola di «indispensabile gradualità sanzionatoria», principio enunciato dalla Corte costituzionale, che ha chiarito come esso postuli l'adeguatezza della sanzione al caso specifico, la quale può essere raggiunta solo attraverso la concreta valutazione degli specifici comportamenti messi in atto nella commissione dell'illecito (v. Corte cost., sentt. n. 447 del 1995, n. 197 del 1993, n. 16 del 1991, n. 40 del 1990 e n. 971 del 1988). Nella sentenza della Corte Costituzionale n. 170 del 23 giugno 2015 si riafferma la centralità del "principio di proporzione", fondamento della razionalità che domina "il principio di eguaglianza", il quale postula l'adeguatezza della sanzione al caso concreto; e come tale adeguatezza non possa essere raggiunta se non attraverso la concreta valutazione degli specifici comportamenti messi in atto nella commissione dell'illecito, valutazione che soltanto il procedimento disciplinare consente. Ivi il richiamo a precedenti conformi della Corte: sentenze n. 447 del 1995, n. 197 del 1993, n. 16 del 1991, n. 40 del 1990 e n. 971 del 1988. Si afferma ancora che "l'ordinamento è orientato verso la tendenziale esclusione di previsioni sanzionatorie rigide, la cui applicazione non sia conseguenza di un riscontrato confacente rapporto di adeguatezza col caso concreto, e rispetto alle quali l'indispensabile gradualità applicativa non sia oggetto di specifica valutazione nel naturale contesto del procedimento giurisdizionale (*ex plurimis*, sentenze n. 7 del 2013, n. 31 del 2012 e n. 363 del 1996) ovvero in quello disciplinare (*ex plurimis*, sentenze n. 329 del 2007, n. 212 e n. 195

del 1998, n. 363 del 1996)”. Orbene nel caso dell’obbligo vaccinale la norma che si vuole sottoporre allo scrutinio della Corte sanziona chi non vuole o non può vaccinarsi sul presupposto (non vero) che costoro siano maggiore veicolo di contagio rispetto ai vaccinati. Inoltre per coloro che non possono vaccinarsi per motivi di salute è prevista la facoltà di collocamento ad altra mansione ed è garantita l’erogazione dello stipendio mentre a coloro che non vogliono vaccinarsi per altre motivazioni non è prevista alcuna forma di lavoro a distanza o assegno alimentare (contemplato dall’art. 500 del D.Lgs. 297/1994 per il caso, ad esempio, di sospensione disciplinare). In buona sostanza ci troviamo di fronte proprio ad una previsione sanzionatoria rigida, la cui applicazione sfugge al rapporto di adeguatezza al caso concreto, e si sottrae alla valutazione del giudice nell’ambito del procedimento giurisdizionale, che degrada a mero accertamento del fatto e applicazione della conseguente sanzione senza alcun margine di valutazione discrezionale. Sotto tale aspetto è palese la violazione del principio di eguaglianza di cui all’art. 3 Cost. Sotto ulteriore aspetto risulta violato l’art. 3 della Costituzione: l’irragionevolezza della misura adottata (obbligo vaccinale) rispetto allo scopo perseguito dal legislatore (garantire la ripresa in sicurezza del servizio scolastico) visto che la suddetta misura non ha alcuna o scarsissima ricaduta riguardo alla prevenzione della diffusione del virus Sars-Cov-2. Del resto, l’ambiente in cui operano i docenti della scuola statale di ogni ordine e grado è un ambiente frequentato da alunni ed esentati dalla campagna vaccinale non soggetti all’obbligo del green pass, il che palesa ancora una volta l’irragionevolezza della misura. Anche il principio di proporzionalità è violato sotto l’ulteriore profilo della scelta, tra misure diversamente afflittive, di quella di minore impatto sui diritti individuali. In pratica il legislatore, pur conscio della necessità di continuare a adottare le misure di sicurezza (distanziamento, uso dei mezzi di protezione, areazione e sanificazione dei locali) opta per l’adozione dell’ulteriore, inutile misura dell’obbligo vaccinale che, a questo punto, persa la ragione di prevenzione mantiene solo il fine di imporre un - anch’esso inutile - sacrificio per il personale scolastico. Il secondo comma dell’art 3 della nostra Carta Fondamentale recita: (...) “è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l’uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese”. Ebbene, il Decreto-Legge impositivo dell’obbligo vaccinale è del tutto carente dei principi di “eguaglianza e giustizia” sanciti dal secondo comma dell’articolo poc’anzi descritto. Si rammenta infatti che laddove “... a situazioni diverse non può essere imposta un’identica disciplina legislativa” (cfr. per tutte Corte Cost. 53/1958), il principio di eguaglianza assume le sembianze di una

regola in base alla quale situazioni eguali vanno trattate in modo eguale e situazioni diverse, in modo diverso. Ne consegue che detta criticità costituzionale emerge in maniera chiara, laddove la norma in esame, dal momento che deve essere applicata nei confronti di due categorie di soggetti diversi (chi ha ritenuto di vaccinarsi e chi ha ritenuto non doverlo fare), impone invece un'unica "soluzione" per poter essere ammessi a svolgere il proprio lavoro, cioè per poter svolgere un diritto dovere (art. 4 Cost.) che concorre al progresso materiale e spirituale della società. Un diritto dovere che costituisce un principio e un valore fondamentale sul quale poggiano le basi del nostro consorzio democratico (art. 1 Cost.). In ultimo e in conclusione, ancora sotto il profilo dell'eguaglianza, e, a cascata sul principio di ragionevolezza e omogeneità, è il caso di ricordare che la norma in questione ha un indubbio carattere punitivo, se è vero, come è vero che essa non richiede l'adempimento dell'obbligo vaccinale, al fine di tutelare il "diritto fondamentale di difesa", come è provato dal fatto che essa consente, giustamente ai cittadini che chiedono la tutela giurisdizionale, di poter accedere all'interno del Palazzo di Giustizia, liberamente, anche se con tutte le accortezze sanitarie del caso, senza dover previamente esibire il Green pass da vaccinazione, né previamente essere sottoposti a tampone. E allora davvero non si capisce perché la disposizione in questione non ha alcuna remora nel violare un altro diritto fondamentale, quello come si è accennato, della libertà di dover lavorare.

Anche l'art. 4 della Costituzione appare violato.

L'art. 4 Cost. al comma 1 recita: "La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto". Sotto ulteriore profilo il combinato disposto delle disposizioni di legge che hanno introdotto l'obbligo vaccinale ai fini lavorativi in ambito scolastico manifesta aperto conflitto con i parametri costituzionali. Le disposizioni di legge o aventi forza di legge viziate da illegittimità costituzionale sono le seguenti: Art. 4 ter del Decreto legge 1 aprile 2021, n. 44, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 maggio 2021, n. 76, nella parte in cui obbliga tutto il personale scolastico a sottoporsi a vaccinazione per accedere alla prestazione lavorativa e art. 4 ter comma 3, nella parte in cui sanziona il mancato rispetto dell'obbligo di cui all'art. 4 ter comma 1 con la privazione dello stipendio e con la sospensione del rapporto di lavoro senza alcuna garanzia procedimentale statuendo testualmente: "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”. Le norme in oggetto introducendo un obbligo, assistito da pesante sanzione (privazione totale dello stipendio e sospensione del rapporto di lavoro) che impedisce l’esercizio del diritto al lavoro si pone in patente contrasto con l’art. 4 Cost. Peraltro, come abbiamo accennato, l’introduzione dell’obbligo non è risolutiva rispetto all’emergenza sanitaria, nel senso che non ha effetto sui rischi, ed anche per tale irragionevolezza la norma è oltremodo confliggente con il principio costituzionale. Allora ecco che la disposizione normativa, svuotata di ogni scopo di tutela sanitaria o di prevenzione della diffusione del virus Sars-Cov-2, si riduce ad introdurre una illegittima discriminazione tra lavoratori vaccinati in possesso del certificato verde rinforzato (vaccinati o guariti, con tampone negativo) e lavoratori non vaccinati (privi del certificato verde rinforzato). Appurato, purtroppo, che anche le persone vaccinate e guarite possono infettarsi e trasmettere il virus, venuta meno la motivazione di ordine sanitario, la discriminazione è palese e ingiustificata. Si è impedito l’accesso al lavoro senza alcuna valida ragione dal punto di vista della tutela della salute, ragione che potrebbe sussistere, al limite, solo per coloro che risultassero positivi al tampone, quindi certamente potenziali fonti di trasmissione. In altre parole, avrebbe senso impedire l’accesso al luogo di lavoro ai soggetti positivi al Sars-Cov-2, mentre non è risolutivo dal punto di vista della sicurezza impedire l’accesso a persone non vaccinate ma con tampone negativo vaccinate o guarite, se, come si evince dalla lettura della rubrica del decreto-legge 1 aprile 2021, lo scopo è appunto quello dell’esercizio in sicurezza delle attività scolastiche. Peraltro, la sanzione consiste nella privazione della intera retribuzione per tutto il periodo di sospensione senza nemmeno che sia prevista la conservazione di un minimo stipendiale con funzione alimentare, come ad esempio previsto in caso di sospensione disciplinare dall’art. 500 D.Lgs. 297/1994. Il Legislatore, invece che promuovere le condizioni per rendere effettivo il diritto al lavoro, frappone un ostacolo, consistente o nell’obbligo vaccinale perché è chiaro che per poter accedere al luogo di lavoro occorre (salvo il caso di guarigione dal Covid 19) vaccinarsi. In definitiva con l’art. 4 ter il legislatore ha introdotto una disposizione che comprime irragionevolmente, o azzerava del tutto una serie di diritti fondamentali: il diritto al lavoro, il diritto alla retribuzione, il diritto all’istruzione, per rimanere solo nell’ambito scolastico.

Infine v’è dubbio circa la possibile violazione degli articoli 35 comma 1 e 36 comma 1 della Costituzione. Rientra tra i principi fondamentali della nostra Carta Costituzionale il diritto al lavoro. La democrazia e il lavoro sono i pilastri fondanti della Repubblica (Art. 1 L’Italia è una Repubblica

democratica fondata sul lavoro). Secondo l'art. 4 Cost.: "La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto. Ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società". Lavoro, dunque, come diritto, riconosciuto dalla Repubblica ovvero dalla collettività e dai pubblici poteri e come dovere di svolgere un'attività o una funzione secondo le proprie possibilità e scelte per contribuire al progresso materiale e spirituale della società. Può tale diritto essere condizionato, subordinato o compromesso dalle disposizioni di legge? O piuttosto tale diritto deve essere tutelato? L'art. 35 Cost., in stretta correlazione con l'art. 36 afferma il dovere della Repubblica di tutelare il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni: "La Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni". L'art. 36 aggiunge che "Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa". Proprio sotto il profilo del vulnus che le norme introdotte dal DL 44/2021 arrecano ai suddetti principi si manifesta il palese ed insanabile contrasto, oltre che con l'art. 4, con gli artt. 35 e 36 della Costituzione. Si è già detto che il comma 3 dell'art. 4 ter non ha alcun proficuo effetto dal punto di vista sanitario, ma a prescindere da tale considerazione, anche ove si volesse ritenere che la norma ha una qualche utilità per fronteggiare "l'emergenza" la stessa si porrebbe comunque in contrasto, oltre che con l'art. 4, anche con gli articoli 35 e 36 Cost. La tutela del lavoro, come principio fondante della Repubblica prevale anche sul diritto alla salute, nel contemperamento degli interessi. L'impedimento, o l'ostacolo frapposto dalla normativa introdotta con il decreto legge 44 all'esercizio della propria attività o funzione (peraltro la funzione docente è essenziale per il connesso diritto allo studio dei discenti) è in ultima analisi un ostacolo o impedimento a vivere una vita libera e dignitosa e come tale va rimosso in ossequio al disposto dell'art. 35 Cost.

## **I giudizi pendenti davanti alla Corte Costituzionale**

Sono attualmente pendenti innanzi alla Corte Costituzionale (udienza fissata al 30 novembre 2022) diversi giudizi sulla verifica della legittimità, da una parte delle norme che hanno imposto l'obbligo vaccinale, dall'altra delle norme sulle conseguenze dell'inosservanza dell'obbligo stesso (sospensione dal lavoro, impossibilità di essere adibiti a diverse mansioni). Ecco le ordinanze di rimessione alla Corte Costituzionale sull'obbligo vaccinale su un piano generale:

### ***Ordinanza n. 38 del 16 marzo 2022***

Autorità: Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana

Vicenda processuale: Uno studente iscritto al Corso di Laurea in infermieristica dell'Università di Palermo ha impugnato gli atti con i quali gli era stato impedito di frequentare il tirocinio formativo all'interno di struttura sanitarie in quanto non vaccinato. Il TAR Sicilia in prima istanza respingeva il ricorso per cui lo studente appellava la decisione innanzi al CGA.

Il Consiglio, dopo aver disposto approfondimenti istruttori chiedendo chiarimenti a un collegio composto dal Segretario generale del Ministero della Salute, dal Presidente del Consiglio Superiore della Sanità operante presso il Ministero della Salute e dal direttore della Direzione generale di prevenzione sanitaria ed acquisito le consulenze tecniche di parte rimetteva gli atti alla Corte Costituzionale per sospetta incostituzionalità dell'art. 4 comma 4 del DL 44/2021.

Il Consiglio ricorda i principi affermati da precedenti sentenze della Corte Costituzionale per cui l'obbligatorietà di determinati trattamenti sanitari risulta subordinata al rispetto dei seguenti requisiti: "il trattamento sia diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché' è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale.... un trattamento sanitario può essere imposto solo nella previsione che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato, salvo che per quelle sole conseguenze, che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiano normali di ogni intervento sanitario, e pertanto tollerabili". "il rilievo costituzionale della salute come interesse della collettività... non postula il sacrificio della salute di ciascuno per la tutela della salute degli altri". Qualora il rischio si avveri va assicurato un risarcimento del danno.

Il primo indice di costituzionalità (vantaggio per il singolo e per la collettività per riduzione ospedalizzazioni e decessi) risulta rispettato.

Il secondo e terzo indice (innocuità e risarcimento) non risultano rispettati per l'esistenza di effetti avversi anche fatali.

I dati dicono che le segnalazioni di effetti avversi per i vaccini anti Covid sono superiori alla media degli altri vaccini.

Il Consiglio si sofferma sulla farmaco vigilanza attivata per i vaccini anti SarsCov2.

“Vero è che le reazioni gravi costituiscono una minima parte degli eventi avversi complessivamente segnalati; ma il criterio posto dalla Corte costituzionale in tema di trattamento sanitario obbligatorio non pare lasciare spazio ad una valutazione di tipo quantitativo, escludendosi la legittimità dell'imposizione di obbligo vaccinale mediante preparati i cui effetti sullo stato di salute dei vaccinati superino la soglia della normale tollerabilità, il che non pare lasciare spazio all'ammissione di eventi avversi gravi e fatali, purché pochi in rapporto alla popolazione vaccinata, criterio che, oltretutto, implicherebbe delicati profili etici (ad esempio, a chi spetti individuare la percentuale di cittadini sacrificabili”). Per tali ragioni la questione viene rimessa alla Corte Costituzionale che ha fissato udienza al 30 novembre 2022.

#### ***Ordinanza n. 118 del 19 ottobre 2022***

Autorità: Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana

Fattispecie: Psicologo sospeso dall'Ordine per inosservanza dell'obbligo vaccinale.

se l'obbligo vaccinale per gli esercenti le professioni sanitarie sia costituzionalmente legittimo, così come l'effetto sospensivo che deriva dal relativo inadempimento.

#### ***Ordinanza n. 76 del 28 aprile 2022***

Autorità: Tribunale di Padova Sezione Lavoro

Vicenda processuale. Lavoratore sospeso per inosservanza dell'obbligo vaccinale. Se il centralista di una RSA sia assoggettato all'obbligo vaccinale e se la sottoposizione a test lo possa esonerare da tale obbligo.

Il Tribunale sospetta il contrasto dell'obbligo vaccinale con gli art. 3 e 32 della Costituzione, sotto il profilo della ragionevolezza e della lesione del diritto all'autodeterminazione terapeutica. Afferma il Tribunale che l'obbligo vaccinale imposto ai lavoratori non appare idoneo a raggiungere lo scopo che si prefigge, quello di preservare la salute degli ospiti: e qui risiede l'irragionevolezza della norma ai sensi dell'art. 3 della Costituzione in quanto anche il vaccinato può contrarre il virus e contagiare. Il metodo attualmente più sicuro per impedire che un lavoratore contagi le altre persone presenti sul luogo di lavoro, è invece quello di avere la ragionevole certezza che egli non sia infetto: ragionevole certezza che, come visto, non può essere data dalla vaccinazione, bensì dalla sottoposizione periodica del lavoratore al "tamponamento". La norma censurata pertanto, sembra violare l'art. 3 della Costituzione, poiché, allo scopo di evitare la diffusione del virus, impone al lavoratore un obbligo inutile e gravemente pregiudizievole del suo diritto

all'autodeterminazione terapeutica ex art. 32 della Costituzione, nonché del suo diritto al lavoro ex articoli 4 e 35 della Costituzione, prevedendo la sospensione dal lavoro e dalla retribuzione in caso di inadempimento dell'obbligo vaccinale. Le norme sarebbero incostituzionali laddove prevedono l'obbligo vaccinale, anziché prevedere l'obbligo del lavoratore di sottoporsi ai vari test (tamponi).

Ecco invece le ordinanze di rimessione alla Corte Costituzionale sulle conseguenze dell'inosservanza dell'obbligo vaccinale su un piano più particolare che concerne il diritto al lavoro.

**Ordinanza n. 42 del 30 marzo 2022**

Autorità: TAR Lombardia

Fatto: psicologa (professionista autonoma) sospesa dall'esercizio della professione.

L'obbligo vaccinale sarebbe incostituzionale per violazione dell'art. 32 e 41 costituzione.

Il Collegio dubita della legittimità costituzionale della modificazione apportata all'art. 4, comma 4, del decreto-legge 1° aprile 2021, n. 44, convertito con modificazioni nella legge 28 maggio 2021, n. 76, dall'art. 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 ha espunto dal testo normativo il 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», per contrasto con i principi di ragionevolezza e di proporzionalità, di cui all'art. 3 della Costituzione, quest'ultimo anche con riferimento agli articoli 1, 2, 4, 32, comma primo, 35, comma primo, e 36, comma primo, della Costituzione.

Ciò di cui dubita il Collegio è dunque la congruità dell'effetto legale della sospensione da qualsivoglia attività lavorativa, senza distinzioni di sorta, rispetto alla peculiare situazione di fatto in cui si trova il professionista che, assumendosene il rischio, ha scelto di esercitare in forma autonoma una professione sanitaria. La conservazione dell'attuale formulazione dell'art. 4, comma 4, finirebbe dunque per creare un'ingiustificata ed eccessiva penalizzazione di quei professionisti che, pur senza incorrere in violazioni disciplinari o penali, subiscono la perdita temporanea di un requisito per l'esercizio della professione, introdotto in via di urgenza dalla disciplina emergenziale ed in una fase successiva alla loro ammissione nell'ordinamento sezionale professionale. Il Collegio dubita altresì della compatibilità della disposizione dell'art. 4, comma 4, con il principio di proporzionalità di cui all'art. 3 della Costituzione, sia sotto il profilo dell'adeguatezza della limitazione automatica e totale imposta all'esercizio della professione sanitaria, rispetto al fine di interesse pubblico ad essa

sotteso, sia con riferimento all'esito della valutazione comparativa tra i costi ed i benefici dalla stessa ritraibili.

**Ordinanza n. 70 del 14 marzo 2022**

Autorità: Tribunale di Catania

Fatto: assegno alimentare per esercenti professioni sanitarie

La legge stessa, pur con i migliori intenti, finisce di fatto per realizzare una sorta di «forzata induzione» all'adempimento dell'obbligo, ponendo la parte lavoratrice di fronte alla radicale prospettiva di dover scegliere se subire quelle condizioni di indigenza o di smodata compressione delle abitudini di vita consolidate, che le deriverebbero dalla mancata vaccinazione, ovvero sottoporsi al detto trattamento. Ciò suscita ulteriori dubbi di costituzionalità rispetto all'art. 32, comma 2, della Costituzione, nella misura in cui esso dispone che, anche nei casi di trattamento obbligatori disposti per legge, quest'ultima «non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana».

**Ordinanza n. 86 del 16 giugno 2022**

Autorità: TAR Lombardia

Fatto: OSS dipendente della ASL sospesa per inosservanza dell'obbligo vaccinale.

Motivi del ricorso denunciato contrasto dell'obbligo vaccinale 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; ha denunciato la violazione del divieto di discriminazione sui luoghi di lavoro 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; 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; 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 n. 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'art. 32 della Costituzione.

Il Collegio dubita della legittimità costituzionale della modificazione apportata all'art. 4, comma 5, 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.

Il Collegio dubita della compatibilità della disposizione con il principio di ragionevolezza, corollario del principio di eguaglianza sostanziale di cui all'art. 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. Il Collegio dubita altresì della compatibilità della disposizione dell'art. 4, comma 5, con il principio di proporzionalità di cui all'art. 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.

Il Collegio ritiene rilevante nel presente giudizio e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 5, nella parte in cui dispone che «Per 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'art. 3 della Costituzione, anche in riferimento alla violazione dell'art. 2 della Costituzione.

### ***Ordinanza n. 77 del 31 maggio 2022***

Autorità Tribunale di Brescia Sezione Lavoro

Fatto: infermieri dipendenti di Azienda Sanitaria Locale e OSS sospesi per inosservanza dell'obbligo vaccinale.

Affermano i ricorrenti che a) l'obbligo vaccinale, non è costituzionalmente compatibile rispetto ai parametri dell'art. 32 della Costituzione (trattamento sanitario obbligatorio privo della necessaria giustificazione e riserva di legge limitata dal rispetto della dignità umana), dell'art. 4 della Costituzione (lesione al diritto al lavoro priva della necessaria giustificazione), degli articoli 3 e 97 della Costituzione (previsione irrazionale e contraria al principio di buona amministrazione) nonché degli articoli 3, 4 e 36 della Costituzione (per l'onerosità dell'alternativa del tampone, ove ammessa); b) la violazione dell'obbligo di repêchage perché, quand'anche l'obbligo vaccinale possa essere ritenuto costituzionalmente compatibile, il datore di lavoro avrebbe dovuto ricollocarle in mansioni compatibili con l'inosservanza dell'obbligo predetto e non sospenderle, consentendo loro di

mantenere la possibilità di lavorare e di percepire la retribuzione (unica loro fonte di reddito).

Secondo il Tribunale l'obbligo vaccinale è sospetto di incostituzionalità nella parte in cui prevede che l'adibizione a mansioni diverse senza decurtazione della retribuzione, in modo da evitare il rischio di diffusione del contagio da SARS-COV-2, è ammessa solo per il periodo in cui la vaccinazione di cui al comma 1 è esentata o differita, in pratica si differenzia chi non può vaccinarsi da chi non vuole vaccinarsi (artt. 3 e 4 Cost.).

### **Ordinanza n. 47 del 22 marzo 2022**

Autorità: Tribunale di Brescia Sezione Lavoro.

Fatto: mancata previsione dell'assegno alimentare per il personale scolastico sospeso.

Il Tribunale osserva che l'art. 4-ter, comma 3, del decreto-legge n. 44/2021, convertito dalla legge 28 maggio 2021, n. 76, sarebbe incostituzionale nella parte in cui recita «Per il periodo di sospensione, non sono dovuti la retribuzione né altro compenso o emolumento, comunque denominati» (articoli 2 e 3 della Costituzione)

La disposizione in esame si pone in contrasto anche con l'art. 3 della Costituzione in quanto, a fronte di una condotta non integrante illecito né disciplinare né penale e che riguarda una fattispecie introdotta in una fase emergenziale ed in un contesto del tutto eccezionale, nega ai docenti non vaccinati persino la corresponsione di quelle indennità, quale è l'assegno alimentare, generalmente riconosciute dall'ordinamento per sopperire alle esigenze alimentari del lavoratore sospeso anche laddove quest'ultimo sia coinvolto in procedimenti penali e disciplinari per fatti di oggettiva gravità posto che ciò genera un'irragionevole disparità di trattamento nei confronti dei soggetti che hanno posto in essere condotte che, proprio per previsione legislativa, sono esenti da alcun tipo di rilievo.

### **Ordinanza n. 71 del 9 maggio 2022**

Autorità: Tribunale di Brescia

Fatto: ausiliario di azienda sanitaria, mancata previsione di assegno alimentare in caso di sospensione per inosservanza all'obbligo vaccinale.

Il giudizio di non manifesta infondatezza: "Questo giudice ritiene che le questioni di costituzionalità segnalate dalla difesa della ricorrente siano parzialmente fondate: a) l'art. 4 comma 7 decreto-legge n. 44/2021 conv. dalla legge 28 maggio 2021 n. 76 con le modifiche introdotte dal decreto-legge n. 172/2021 conv. con modificazioni dalla legge 21 gennaio 2022, n. 3, richiamato dall'art. 4-ter comma 2 citato decreto, nella parte in cui prevede che l'adibizione a mansioni diverse senza decurtazione della retribuzione, in modo da evitare il rischio di diffusione del contagio da SARS- COV-2, è ammessa. solo per il periodo in cui la vaccinazione di cui al comma 1 è omessa o differita, pone dubbi di compatibilità con gli articoli 3 e 4 della



Costituzione sotto il profilo della disparità di trattamento, della irragionevolezza e sproporzionalità e della lesione del diritto al lavoro e pertanto tale questione va rimessa alla Corte costituzionale; b) l'art. 4-ter comma 3 del decreto-legge n. 44/2021 conv. dalla legge 28 maggio 2021 n. 76 nella parte in cui recita «Per il periodo di sospensione, non sono dovuti la retribuzione né altro compenso o emolumento, comunque denominati» pone dubbi di compatibilità con gli articoli 2 e 3 della Costituzione e pertanto tale questione va rimessa alla Corte costituzionale.

***Ordinanza n. 77 del 31 maggio 2022***

Autorità: Tribunale di Brescia

Fatto: personale sanitario (infermiere) sospeso lamenta l'incostituzionalità delle norme nella parte in cui non prevedono l'adibizione a mansioni diverse e mancata previsione di assegno alimentare.

Sospetta incostituzionalità come per precedente ordinanza 71

***Ordinanza n. 101 del 22 luglio 2022***

Autorità: Tribunale di Brescia

Mancata previsione assegno alimentare.

***Ordinanza n. 102 del 23 luglio 2022***

Autorità: Tribunale di Brescia

Mancata previsione assegno alimentare per dipendenti Residenze Sanitarie Assistenziali

***Ordinanza n. 107 del 22 agosto 2022***

Autorità: Tribunale di Brescia

Mancata previsione assegno alimentare per ospedalieri (ostetrica), mancata adibizione a mansioni diverse per chi decide di non vaccinarsi

***Ordinanza n. 108 del 16 agosto 2022***

Autorità: Tribunale di Brescia

Mancata previsione assegno alimentare per OSA (operatore socio assistenziale), mancata adibizione a mansioni diverse per chi decide di non vaccinarsi.

Avv. Giuseppe Nobile