

TRIBUNALE ORDINARIO di COMO

Sez II CIVILE

Nella causa civile iscritta al n. r.g. 825/2021 promossa da:

(...)

RICORRENTE

Contro

(...)

con il patrocinio dell'avv. (...)

RESISTENTE

Il giudice, sciogliendo la riserva dell'udienza 21/12/2021, ha emesso la seguente:

ordinanza

rilevato che

pqm

Il ricorrente (...) tecnico di radiologia, dipendente a tempo indeterminato (...) servizio presso il Presidio ospedaliero di (...), che dopo aver ricevuto il 1/8/2021 l'atto di accertamento dell'inosservanza dell'obbligo vaccinale dell'(...) il 2 seguente aveva presentato richiesta di permesso per le ore in recupero e quindi, posto in recupero dal 2 al 31/8/2021 - contestava la sospensione dal servizio, senza retribuzione, disposta il 3/8/2021 da (...) per:

- illegittimità del provvedimento di sospensione, per mancato assolvimento dell'obbligo di ricollocazione e conflitto di provvedimenti;

- violazione del principio enunciato da C. Cost. 5/2018;

- violazione dell'art. 21 Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE, art. 14 Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (divieto di discriminazione), art. 3 costituzione, art. 4 comma 8 di 44/2021;

e ne chiedeva l'annullamento, con l'immediata reintegra nel proprio posto di lavoro, anche in via cautelare d'urgenza.

Si costituiva la (...) deduceva di essersi limitata a dare esecuzione all'atto del 1/8/2021, con cui (...) aveva comunicato, ex art. 4 co. 6 di 44/2021. la violazione dell'obbligo vaccinale da parte del ricorrente, evidentemente privo di attestazione di pericolosità per la sua salute della somministrazione del vaccino da parte del medico di medicina generale, per cui esclusa la possibilità di adibirlo ad altre mansioni, anche inferiori rispetto a quella di inquadramento, che non implicassero contatti interpersonali o rischi di diffusione del contagio da COVID-19, il 3/8/2021 ne aveva disposto la sospensione al pari dell'Ordine professionale di appartenenza.

Precisava inoltre che, ricevuta la comunicazione del 1/8/2021 di (...) con e-mail del 2 agosto seguente, ore 16.49, aveva comunicato al ricorrente "la Sua impossibilità ad essere adibito alla prestazione di servizio programmata, da giustificare con idonea causale di assenza (ferie/recupero ore)", per cui la sua richiesta in pari data alle ore 18.20, di godimento di un periodo di assenza giustificata per recupero ore dal 3 al 31/8/2021 rendeva evidente la sua malafede. Il ricorso appare infondato e dev'essere conseguentemente respinto.

Come sottolineato dal (...) resistente, successivamente al deposito del ricorso, il 27/11/2021 è entrato in vigore il d.l. 172/2021 il cui art. 1 co 1 lett. b) ha sostituito il precedente art. 4 di 44/2021 e quindi - oltre a confermare per tutto il personale delle professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario, con decorrenza dal 15 dicembre, l'obbligo vaccinale, con conseguente sospensione immediata dall'attività e dalla retribuzione di chi non vi ottemperi - non ha più previsto alcun obbligo di repaceage per il datore di lavoro, cioè per (...) resistente.

Inoltre, in base all'art. 4 bis di 44/2021, l'obbligo vaccinale è imposto, senza alcuna limitazione a tutti i "soggetti, anche esterni, che svolgono, a qualsiasi titolo, la propria attività lavorativa nelle strutture di cui all'articolo 1-bis", in cui è sicuramente compreso anche il Presidio ospedaliero di dove lavora il ricorrente.

Di conseguenza tutti i dipendenti dell'(...) resistente, per poter lavorare, devono essere vaccinati a prescindere dalle mansioni assegnate.

Posto che un provvedimento ex art. 700 cpc si caratterizza per la sua natura strumentale e anticipatoria (in tutto o in parte) della futura sentenza di merito, per garantirne immediatamente e provvisoriamente l'efficacia e l'effettività, è evidente che la domanda cautelare del ricorrente di "immediato rientro nel posto di lavoro ..., con le stesse mansioni e la stessa qualifica, ovvero con le mansioni e la qualifica che saranno ritenute" compatibili con la sua condizione, non può essere accolta per effetto della normativa sopravvenuta, essendo indubbio che (...) - privo di certificazione medica attestante la pericolosità della vaccinazione per la sua salute e che ha presentato il ricorso proprio perché non si è vaccinato - non abbia alcuna intenzione di sottoporsi alla vaccinazione in futuro, per cui attualmente, non potrebbe più prestare servizio per la (...) resistente, in quanto tutti i suoi dipendenti devono essere vaccinati, a prescindere dalle mansioni svolte in concreto.

Già solo per questo l'unica domanda di natura cautelare dev'essere respinta. In ogni caso il ricorso è infondato anche nel merito.

Premesso che il ricorrente non ha impugnato l'atto del 1/8/2021 con cui aveva accertato, ex art. 4 co. 6 di 44/2021 nel testo all'epoca vigente, la sua violazione dell'obbligo vaccinale - anche per la mancanza di attestazione del medico di medicina generale di un pericolo per la sua salute, derivante dalla vaccinazione, richiesta dal co 2 art. cit. - che già di per sé "determina la sospensione dal diritto di svolgere prestazioni o mansioni che implicano contatti interpersonali o comportano, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio da SARS-CoV-2" (co 6), al datore di lavoro, la (...) resistente, non è rimasto altro che verificare la possibilità di adibirlo, "ove possibile, a mansioni, anche inferiori, diverse da quelle indicate al comma 6" (co 7).

Posto che tali mansioni devono essere necessariamente svolte all'esterno del Presidio (...) di (...) perché come già detto, in base all'art. 4 di 44/2021. tutti coloro che esercitano una qualsiasi professione sanitaria al suo interno devono essere vaccinati, è da escludere che la ASST avesse la concreta possibilità di adibire a mansioni diverse il ricorrente che peraltro, ha rivendicato solo la sua possibile assegnazione nel reparto di fisica sanitaria, che a suo giudizio, avrebbe evitato ogni contatto con i pazienti.

Diversamente da quanto sostenuto in ricorso, l'art. 4 di 44/2021 cit. non limita affatto l'obbligo di vaccinazione al solo personale sanitario che si occupa direttamente della cura dei pazienti. Poiché la norma ha il dichiarato fine "di tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza" (co 1), è del tutto logico ritenere che l'obbligo di vaccinazione debba estendersi anche al personale sanitario che, pur non occupandosi direttamente della cura dei pazienti, ha comunque, nell'abituale svolgimento della propria attività professionale, contatti interpersonali con altro personale della medesima categoria che potrebbe, se contagiato, diffondere a sua volta il virus anche recandosi in altre strutture, mettendo così a serio rischio la sicurezza delle cure ai pazienti più fragili e vulnerabili. Peraltro, il successivo co 6 cit. non limita affatto la sospensione alle sole prestazioni o mansioni di cura e assistenza.

La nonna pertanto, proprio per tutelare al massimo grado possibile la salute del personale sanitario (come prescritto dal D.Lgs. 81/2008 a ogni lavoratore, che ha il dovere di "prendersi cura della propria salute e sicurezza e di quella delle altre persone presenti sul luogo di lavoro, su cui ricadono gli effetti delle sue azioni o omissioni" art. 20 co 1, e a ogni datore di lavoro, vd. art 279 co 2 lett. a) e di riflesso, anche dei pazienti che hanno in cura, impone l'obbligo della vaccinazione all'intera categoria del personale sanitario e non soltanto a coloro che prestano direttamente l'attività di cura e assistenza.

Infatti, "la vaccinazione obbligatoria selettiva introdotta dall'art. 4 d.l. n. 44 del 2021 per il personale medico e, più in generale, di interesse sanitario risponde ad una chiara finalità di tutela non solo - e anzitutto - di questo personale sui luoghi di lavoro e, dunque, a beneficio della persona, secondo il già richiamato principio personalista, ma a tutela degli stessi pazienti e degli utenti della sanità, pubblica e privata, secondo il pure richiamato principio di solidarietà, che anima anch'esso la Costituzione, e più in particolare delle categorie più fragili e dei soggetti più vulnerabili" (CdS 7045/2021).

Non appare neppure fondato il rilievo del ricorrente sulla tempistica del provvedimento di sospensione, adottato dall'ASST il 3/8/2021 dopo che il giorno precedente, 2 agosto, aveva inoltrato la richiesta di recuperare le ore in eccesso fino al 31/8/2021. perché tale domanda è successiva, oltre che all'accertamento 1/8/2021 di (...) della sua violazione dell'obbligo vaccinale - che ha determinato l'immediata sospensione dall'esercizio dell'attività professionale che comportasse "contatti interpersonali" di qualsiasi tipo - comunicato in pari data pure al ricorrente, come dallo stesso riconosciuto, anche alla e-mail del 2 agosto seguente con cui la (...) ne disponeva l'immediata sospensione dal servizio (doc 9 memoria) e quindi. l'impossibilità di usufruire dei permessi che solo un dipendente regolarmente in servizio aveva titolo a richiedere ed eventualmente ottenere.

Risulta infine infondata anche la dedotta violazione dei principi affermati dalla costituzione, ribaditi da ultimo anche da C. Cost. 5/2018.

Con tale sentenza la Corte nel confermare il proprio precedente indirizzo, ha precisato "che la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 Cost.: se il trattamento è 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; se 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; e se, nell'ipotesi di danno ulteriore, sia prevista comunque la corresponsione di una equa indennità in favore del danneggiato, e ciò a prescindere dalla parallela tutela risarcitoria (sentenze n. 258 del 1994 e n. 307 del 1990)".

Appaiano pertanto sussistere tutte le tre condizioni richieste in quanto la vaccinazione degli operatori sanitari:

- è indubbiamente rivolta non solo a tutelare la loro salute, ma anche a preservare quella di tutti coloro che lavorano o si trovano per sottoporsi a cure, nella medesima struttura sanitaria,

- i dati della ricerca medica sulle condizioni sanitarie delle persone vaccinate (rapporto AIFA - doc 14 ricorso) escludono che la vaccinazione "incida negativamente sullo stato di salute di colui che è obbligato, salvo che per quelle sole conseguenze che appaiano normali e, pertanto, tollerabili soprattutto se comparati con quelli di coloro che, non vaccinati, hanno contratto l'epidemia;

- gli eventuali danni ulteriori danno diritto all'indennizzo ex art. 1 co 1 l. 210/1992. riconosciuto a tutti i soggetti danneggiati da qualsiasi tipo di vaccinazione obbligatoria.

Sul punto si è espresso anche il TAR Friuli - V. Giulia 261/2021 che ha rilevato la sussistenza di tutti e tre i presupposti, alla cui ampia motivazione può rinviarsi ex art. 118 disp att. cpc.

Deve parimenti escludersi la violazione del divieto di discriminazioni stabilito dall'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali della UE e dall'art 14 CEDU, perché, in base all'art 52 della Carta, "eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla ... Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui", proprio come nella vicenda in esame, in cui l'esigenza di contenere la diffusione del virus, per tutelare la salute dell'intera collettività, è riconosciuta come necessità primaria dalla stessa UE, prima ancora che dai singoli stati membri. Sul punto il Tribunale I grado UE 527/2021. nell'escludere che il certificato Covid digitale UE costituisca una violazione del diritto alla libertà di circolazione, ha precisato che il reg. 2021/953 -con cui il Parlamento e il Consiglio UE hanno adottato una normativa quadro per il rilascio, la verifica e l'accettazione dei certificati - lascia impregiudicata la competenza degli stati membri nell'imporre restrizioni alla libera circolazione per arginare la diffusione della pandemia, sottolineando peraltro che, proprio grazie al certificato digitale, è stata favorita la ripresa della libertà di circolazione, in forza del clima di fiducia basato su un'infrastruttura a chiave pubblica, con identificativi univoci.

Sulla questione della vaccinazione obbligatoria infine, si è espressa anche la CEDU (Grande Camera 8 aprile 2021. sent. Vavricka and others v. the Czech Republic) che ha sancito la compatibilità con l'art. 8 della Convenzione dell'obbligo vaccinale infantile (contro nove malattie, tra cui poliomielite, tetano ed epatite B), previsto dall'ordinamento della Repubblica Ceca quale condizione per l'ammissione al sistema educativo prescolare. Spese alla definizione del giudizio di merito, già pendente tra le parti.

pqm

visto l'art. 669 septies cpc

respinge

la domanda cautelare ex art. 700 cpc,

spese

alla definizione del giudizio di merito.

Si comunichi.

Como, il 7 gennaio 2022.