

Publicato il 28/04/2022

N. 00078/2022 REG.PROV.CAU.
N. 00138/2022 REG.RIC.



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

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Abruzzo

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 138 del 2022, proposto da

-OMISSIS-, rappresentato e difeso dall'avvocato Eugenio **Galassi**, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Sanitaria Locale della Provincia di -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Andrea Bonanni Caione, Sandro Lamparelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- dell'atto di accertamento dell'inosservanza dell'obbligo vaccinale del - OMISSIS-, notificato in data -OMISSIS-, e successiva deliberazione n. - OMISSIS- -OMISSIS-, notificata con la comunicazione avente prot. n° - OMISSIS-del -OMISSIS-, e di ogni atto presupposto e/o correlato.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Locale della Provincia di -OMISSIS-;

Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati, presentata in via incidentale dalla parte ricorrente;

Visto l'art. 55 cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Ritenuta la propria giurisdizione e competenza;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 27 aprile 2022 il dott. Giovanni Giardino e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Considerato che, ad una sommaria delibazione propria della fase, la domanda cautelare appare suscettibile di favorevole apprezzamento.

Ritenuto, in particolare, che:

- la ricorrente, dipendente presso la -OMISSIS-con contratto di lavoro a tempo indeterminato in qualità di operatore tecnico – -OMISSIS-., ha proposto impugnativa parziale avverso l'atto di accertamento dell'inosservanza dell'obbligo vaccinale del -OMISSIS- e la successiva deliberazione n. -OMISSIS- -OMISSIS- con cui, in applicazione dell'art. 4-ter del D.L. n° 44/2021 convertito in L. n. 76/2021, l'Azienda resistente ha disposto nei confronti della medesima l'immediata sospensione dal diritto di svolgere l'attività lavorativa e la contestuale *“sospensione della retribuzione e di ogni altro compenso o emolumento comunque denominato”*.

- La ricorrente, prospettando l'incostituzionalità dell'art. 4-ter, comma 3 del D.L. n° 44/2021, convertito in L. n. 76/2021, per violazione degli artt. 2, 3 e 32 Cost. nella misura in cui dispone la privazione integrale del trattamento retributivo senza prevedere al tempo stesso alcuna misura di sostegno economico necessaria a sopperire alle esigenze essenziali di vita, chiede in via cautelare che le venga corrisposto, per il periodo di sospensione dall'attività lavorativa, un assegno alimentare pari almeno alla metà del trattamento retributivo.

- Preliminarmente va affermato che la controversia in esame è riconducibile nel perimetro di cognizione di questo Tribunale in quanto la spendita di poteri amministrativi sull'accertamento circa l'inosservanza dell'obbligo vaccinale radica la giurisdizione di questo giudice amministrativo perché espressione di esercizio di pubblico potere. Tale giurisdizione si estende anche alla comunicazione di sospensione dal servizio, data la sua natura di atto meramente consequenziale e vincolato, atteso che una simile evenienza costituisce effetto che discende direttamente dalla legge a carico del sanitario inottemperante (in tali termini, Consiglio di Stato, Sez. Terza, ordinanze nn. 583/2022 e 6791/2021). Ed infatti non sempre a fronte dell'esercizio di attività vincolata corrisponde una posizione di diritto soggettivo in capo al ricorrente, ben potendo sussistere posizioni di interesse legittimo in relazione a provvedimenti vincolati, a condizione che questi ultimi siano emanati in via primaria ed immediata per la cura degli interessi pubblici e non per la soddisfazione di aspettative dei privati (cfr. Cass. civ. Sez. Unite, Ord., (ud. 24/01/2017) 19-04-2017, n. 9862; Cons. di Stato A.P. n. 8/2007).

- L'art. 4-ter, comma 3, penultimo periodo, del D.L. n. 44/2021, convertito in L. n. 76/2021, dispone che *“L'atto di accertamento dell'inadempimento determina l'immediata sospensione dal diritto di svolgere l'attività lavorativa, senza conseguenze disciplinari e con diritto alla conservazione del rapporto di lavoro. Per il periodo di sospensione, non sono dovuti la retribuzione né altro compenso o emolumento, comunque denominati. 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 31 dicembre 2022”*.

- Secondo l'orientamento costante della Corte Costituzionale l'organo giudicante è sempre chiamato ad esperire un tentativo d'interpretazione conforme a Costituzione della disposizione da applicare nel giudizio (*ex multis*, Corte Cost. sentenze nn. 91/2013 e 198/2003) dovendo cercare di desumere in via ermeneutica dalla disposizione controversa una norma che consenta di evitarne l'annullamento nei limiti consentiti dal suo tenore testuale. Come

noto, propriamente *«l'univoco tenore della norma segna il confine in presenza del quale il tentativo interpretativo deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale»* (*ex plurimis*, Corte Cost. sentenza n. 78 del 2012).

- Il Consiglio di Stato si è già espresso riguardo alla ragionevolezza della misura della *“sospensione dal diritto di svolgere l'attività lavorativa”* considerando *“assolutamente prevalente la tutela della salute pubblica e, in particolare, la salvaguardia delle categorie più fragili e dei soggetti più vulnerabili (per l'esistenza di pregresse morbidità, anche gravi, come i tumori o le cardiopatie, o per l'avanzato stato di età) bisognosi di cura ed assistenza, spesso urgenti, e proprio per questo posti di frequente a contatto con il personale sanitario o sociosanitario; verso costoro sussiste uno stringente vincolo di solidarietà, cardine del sistema costituzionale (art. 2 Cost.) ed immanente e consustanziale alla stessa relazione di cura e di fiducia che si instaura tra paziente e personale sanitario, che impone di scongiurare l'esito paradossale di un contagio veicolato dagli stessi soggetti chiamati alle funzioni di cura ed assistenza”* (Consiglio di Stato, Ordinanza n. 6790/2021).

- Con riferimento al penultimo periodo dell'art. 4-ter, comma 3 del D.L. n. 44/2021 laddove è prevista la sospensione della retribuzione e di ogni altro compenso o emolumento, comunque denominati, una lettura costituzionalmente orientata della previsione normativa compatibile con la sua formulazione testuale, che assicuri il doveroso e giusto bilanciamento dei diversi interessi costituzionali coinvolti tutti meritevoli di tutela, tra cui la salute pubblica come interesse collettivo (cui è funzionalizzato l'obbligo vaccinale), la libertà di autodeterminazione del singolo ed il riconoscimento di un sostegno economico vitale idoneo a sopperire alle esigenze essenziali di vita del lavoratore, induce a ritenere che durante il periodo di sospensione, che è dichiaratamente di natura non disciplinare, al lavoratore debba essere erogato un assegno alimentare assistenziale al fine di assicurare allo stesso ed alla sua famiglia una misura minima di supporto economico.

- L'univoco tenore letterale della disposizione in esame, che fa espresso riferimento alla sospensione della *“retribuzione....compenso o emolumento,*

comunque denominati?”, consente di poter affermare che nel periodo di sospensione dal lavoro il divieto di erogazione debba essere circoscritto a tutte quelle voci del trattamento economico aventi funzione corrispettiva della prestazione di lavoro (che, in quanto non resa, non può quindi essere remunerata) e non debba invece estendersi all’assegno alimentare che risponde invero ad una diversa funzione di carattere assistenziale in forza di un principio solidaristico di carattere generale rinvenibile nell’ordinamento.

- L’esigenza di salvaguardare una fonte minima di sostentamento per il lavoratore sospeso dall’impiego trova già positivo riscontro nell’ordito normativo in specifiche disposizioni che prevedono per i dipendenti sottoposti a procedimento disciplinare o penale e destinatari del procedimento di sospensione cautelare (cfr. art. 82 D.P.R. 3/1957) il riconoscimento di un assegno in misura non superiore alla metà dello stipendio, oltre gli assegni per i carichi di famiglia.

- Per giurisprudenza costante, l’assegno alimentare di cui all’art. 82 del citato D.P.R. n. 3/1957 non ha natura retributiva, in quanto non rappresenta il corrispettivo dell’attività lavorativa svolta, bensì assistenziale, in quanto è volto ad assicurare il solo minimo sostentamento dell’impiegato e della sua famiglia, ed ha altresì carattere temporaneo, in quanto limitato al periodo di efficacia della sospensione dal servizio (in tali termini, *ex multis*, Cons. Stato Sez. V Sent., 29/03/2010, n. 1781).

- L’applicazione del trattamento economico assistenziale al caso in decisione è quindi espressione di un principio generale desumibile da previsioni positive nell’ambito della disciplina del pubblico impiego (art. 920 del D.Lgs. n. 66/2010 (Codice dell’ordinamento militare); art. 10 del D.Lgs. n. 109/2006; art. 500 del D.Lgs. n. 297/1994; art. 5 del D.Lgs. n. 449/1992; art. 108 della L. n. 1196/1960; art. 68 del CCNL del comparto Sanità) il cui punto di emersione più recente ed eloquente è ravvisabile nell’art. 55 quater, comma 3 bis del D.Lgs. n. 165/2001 (introdotto dal D.Lgs. n. 116/2016) che, in ipotesi di sospensione cautelare senza stipendio del dipendente pubblico, fa “*salvo il*

diritto all'assegno alimentare nella misura stabilita dalle disposizioni normative e contrattuali vigenti", laddove presuppone chiaramente <l'esistenza di tale diritto> e fa rinvio al dato positivo per la sola determinazione della misura dell'assegno.

- Se pertanto il Legislatore ha deciso di "concedere" un sostegno economico al lavoratore sospeso per motivi disciplinari, dimostrando di ritenere che la riprovevolezza dell'addebito disciplinare receda di fronte all'esigenza di garantirne la sussistenza, detto principio, chiaramente evocativo dei valori di solidarietà espressi dall'art. 2 Cost., esige che il medesimo trattamento sia attribuito al lavoratore che sia stato sospeso dal servizio *ope legis* per esigenze di tutela della salute pubblica collettiva a causa di un fatto che, come in specie, neppure costituisce un illecito disciplinare.

Ritenuto, in definitiva, di accogliere l'istanza cautelare nel senso che, sulla base di una interpretazione *secundum constitutionem* dell'art. 4-ter, comma 3, penultimo periodo, del D.L. n. 44/2021, debba essere corrisposto alla ricorrente un assegno alimentare pari alla metà del trattamento retributivo di attività, confermando il Decreto presidenziale monocratico n. -OMISSIS-, nei sensi indicati.

Ritenuto altresì sussistente il pregiudizio grave e irreparabile, tenuto conto che dai provvedimenti impugnati emergono attuali e diretti profili di *periculum in mora*, avendo la ricorrente prospettato la perdita della sua unica fonte reddituale.

Ritenuto di fissare per la trattazione di merito del ricorso l'udienza pubblica del 19 aprile 2023.

Ritenuto da ultimo di poter compensare le spese della fase cautelare, in ragione della peculiarità e novità delle *quaestiones iuris* dedotte nel presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo (Sezione Prima):

a) accoglie l'istanza cautelare nei sensi di cui in motivazione;

- b) fissa per la trattazione di merito del ricorso l'udienza pubblica del 19 aprile 2023;
- c) compensa le spese della presente fase.

La presente ordinanza sarà eseguita dall'Amministrazione ed è depositata presso la segreteria del Tribunale che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e all'articolo 9, paragrafi 1 e 4, del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 e all'articolo 2-septies del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, come modificato dal decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 101, manda alla Segreteria di procedere, in qualsiasi ipotesi di diffusione del presente provvedimento, all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi dato idoneo a rivelare lo stato di salute delle parti o di persone comunque ivi citate. Così deciso in L'Aquila nella camera di consiglio del giorno 27 aprile 2022 con l'intervento dei magistrati:

Umberto Realfonzo, Presidente

Maria Colagrande, Consigliere

Giovanni Giardino, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Giovanni Giardino

IL PRESIDENTE
Umberto Realfonzo

IL SEGRETARIO

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