

Obbligo vaccinale per il personale sanitario: il giudice amministrativo fa il punto alla luce della normativa europea e costituzionale*

[T.A.R. Lombardia, Sez. I., sentenza del 17 gennaio 2022, n. 109, est. Perilli]

Mattia Gasparro**

ABSTRACT:

La Sentenza annotata si concentra sulla delicata questione dell'obbligo vaccinale per il personale sanitario. In particolare, il Collegio riconosce la legittimità dell'imposizione dell'obbligo vaccinale, previsto dall'art. 4 del d.l. n. 44 dell'1 aprile 2021, convertito con modificazioni nella l. n. 76 del 28 maggio 2021, e l'incongruità del provvedimento di sospensione dell'iscrizione all'Albo professionale, in un ragionamento giuridico comparativo di aspetti di livello comunitario e costituzionale, finalizzato a una corretta interpretazione della normativa.

The annotated Sentence focused on delicate issue of vaccine obligation for health care workers. In particular, the Board recognizes the legitimacy of the imposition of the obligation to vaccinate, provided for by art. 4 of d.l. n. 44 of 1 April 2021, converted with amendments in l. n. 76 of 28 May 2021, and the incongruity of the suspension from registration in the professional register, in a comparative legal argument of aspects of Community and constitutional level, in order to do a correct interpretation of the legislation.

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

** Dottore in Giurisprudenza, LUMSA, Roma, mattiagasparro2296@gmail.com.

SOMMARIO: 1. L'art. 4 del d.l. n. 44 del 2021 nel panorama normativo eurounitario. – 2. I contrasti tra l'art. 4 del d.l. n. 44 del 2021 e la CDFUE. – 3. Le censure mosse alla normativa nazionale per incompatibilità con la CEDU. – 4. Il rispetto delle procedure di commercializzazione del vaccino. – 5. La costituzionalità dell'obbligo vaccinale in virtù dell'art. 32 Cost. – 6. Il limite dei “contatti interpersonali”: la telemedicina e il divieto di sospensione dall'Albo professionale. – 7. L'intervento del d.l. n. 172 del 26 novembre 2021, cosa è cambiato?

1. L'art. 4 del d.l. n. 44 del 2021 nel panorama normativo eurounitario

Lo scenario catastrofico causato dalla pandemia ha costretto il mondo giuridico a interrogarsi sulla compatibilità costituzionale delle restrizioni dei diritti che hanno contraddistinto le differenti fasi della crisi sanitaria per contenere il numero dei contagi e delle vittime¹. D'altronde, la necessità di limitare velocemente i contagi ha richiesto un intervento rilevante del Legislatore, soprattutto in materia di vaccini.

Ne sono derivate conseguenze notevoli nell'ambito del rapporto di lavoro, in considerazione “*delle posizioni e degli interessi che, a vario titolo, vengono a delinearvi*”².

Come noto, l'art. 4 del d.l. n. 44 del 1° aprile 2021, convertito in l. n. 76 del 28 maggio 2021, ha introdotto l'obbligo vaccinale per gli esercenti professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario, al fine di tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza³.

Tale imposizione ha scatenato un fervore mediatico-sociale in relazione alla legittimità dell'obbligo suddetto, deducendone un contrasto con i principi normativi/giurisprudenziali europei e costituzionali.

In proposito, alcune prime considerazioni sulla distribuzione e somministrazione dei vaccini contro il Covid-19 sono state espresse dall'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, che nella risoluzione n. 2361/21 ha sostenuto come la somministrazione vaccinale non dovrebbe essere obbligatoria, tantomeno sottoporre, per tale scopo, a pressioni di qualsivoglia natura, anche se, secondo la più autorevole dottrina, “*tale regola non assume*

¹ I.A. NICOTRA, *Diritto alla salute, obbligo vaccinale e diritto al lavoro. Alla ricerca di un delicato bilanciamento nel tempo dell'emergenza permanente*, in *LavoroDirittiEuropa*, 2021, n. 4.

² A. MARESCA, *Il vaccino anti Covid-19 e l'obbligazione di sicurezza del datore di lavoro*, in *www.federalismi.it*, 2021, n. 8, p. V, cit.

³ Art. 4 del d.l. n. 44 del 2021, così come modificato dalla legge di conversione 28 maggio 2021, n. 76 e, successivamente, così sostituito dall'art. 1, comma 1, lett. b), d.l. 26 novembre 2021, n. 172, convertito, con modificazioni, dalla l. 21 gennaio 2022, n. 3.

*alcun rilievo di fronte alla regola, contenuta nell'art. 32, comma 2, Cost., che ammette l'introduzione per via legislativa di tale obbligo*⁴.

Da ultimo, sul tema, si è pronunciato il TAR in commento, con una sentenza che ha confermato la legittimità di tale obbligo, vietando – però – la sospensione dall'Albo professionale del sanitario non vaccinato, in quanto nello svolgimento della professione sono presenti mansioni che possono essere espletate evitando “contatti interpersonali”, quali – ad esempio – l'attività di telemedicina e di consulenza.

Nel caso trattato dal Tribunale lombardo, il ricorrente è un soggetto privato, esercente la professione sanitaria quale titolare di uno studio professionale, iscritto all'Albo di competenza, nei cui confronti è stato adottato un atto di accertamento di inosservanza dell'obbligo vaccinale da parte dell'Agenzia di Tutela della Salute.

Il sanitario ha, così, impugnato gli atti che ne sono derivati, chiedendone l'annullamento – essenzialmente – per contrasto della normativa interna con la normativa europea e con la Costituzione.

2. I contrasti tra l'art. 4 del d.l. n. 44 del 2021 e la CDFUE

Il TAR ha, quindi, iniziato il proprio *excursus* dal primo contrasto lamentato, ovvero quello tra l'art. 4 del d.l. n. 44 del 2021 e gli artt. 3 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE) e 8 Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) e il principio di proporzionalità, dichiarandolo infondato.

In questo contributo, verranno trattate autonomamente le censure mosse all'art. 4 d.l. n. 21/2022 in merito alla c.d. CEDU, rispetto a quelle mosse in merito alla c.d. CDFUE, pur nella consapevolezza che il TAR in commento tende ad una trattazione congiunta, escludendo simultaneamente il rinvio pregiudiziale e la rimessione alla Corte costituzionale, non tenendo però conto che la “Carta” e la “Convenzione” hanno valore giuridico differente.

Andando con ordine, il Collegio ha ritenuto *“insussistenti i presupposti dell'obbligo di disapplicazione della norma interna confliggente con il diritto euro-unitario”*.

Il TAR è arrivato a tale conclusione partendo dalla disamina dell'art. 3, comma 2, CDFUE, nella parte in cui prevede che, nell'ambito della medicina e della biologia, devono essere rispettati *“il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità previste dalla legge”* e dell'art. 52, comma 2, CDFUE, nella parte in cui afferma che le eventuali limitazioni all'integrità fisica e psichica degli individui devono corrispondere effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i

⁴ M. MARINELLI, *Il vaccino anti covid-19 e l'obbligazione di sicurezza del datore di lavoro*, in *Lavoro nella Giur.*, 2021, n. 4, p. 329, cit.; nel senso, invece, del valore interpretativo di tale atto sovranazionale, alla luce della generale indicazione dell'art. 117 Cost. cfr. G. ZAMPINI, *L'obbligo di vaccinazione anti Sars-Cov-2 tra evidenze scientifiche e stato di diritto*, in *Lavoro nella Giur.*, 2021, n. 3, p. 221.

diritti e le libertà altrui, sempre che venga rispettato il contenuto essenziale dei diritti e delle libertà tutelati dalla Carta.

Inoltre, in tema di ingerenza dei poteri comunitari sulle norme interne, si è pronunciato, da ultimo, anche il Consiglio di Stato, il quale ha sostenuto che ai sensi dell'art. 51 CDFUE, tra le competenze dell'UE non rientra l'intervento sanitario in tema di vaccinazioni obbligatorie, poiché regolato esclusivamente dalla normativa interna degli Stati membri⁵.

D'altronde, anche secondo la Corte Costituzionale è precluso al giudice nazionale di disapplicare la normativa interna contrastante con la CDFUE, sia in ragione dell'equiparazione del significato e della portata dei diritti garantiti dalla CDFUE con quelli riconosciuti dalla CEDU, operata dall'articolo 52, comma 3, CDFUE, sia per la sostanziale corrispondenza del diritto all'integrità fisica e psichica, previsto dall'articolo 3 CDFUE, al diritto a non subire interferenze nella vita privata, riconosciuto dall'articolo 8 CEDU.

In sintesi, i principi e i diritti enunciati nella CDFUE intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana, dove la prima costituisce una parte diritto dell'UE ed è dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto a impronta costituzionale.

Quindi, tenendo come punti fermi i principi del primato e dell'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea, occorre considerare le situazioni nelle quali, in un ambito di rilevanza comunitaria, una legge che incide su diritti fondamentali della persona sia oggetto di dubbi, sia sotto il profilo della sua conformità alla Costituzione, sia sotto il profilo della sua compatibilità con la CDFUE.

In siffatte circostanze – fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale per talune questioni – è necessario preservare l'opportunità di un intervento con effetti *erga omnes* da parte della Corte costituzionale, precisandosi che, in tali fattispecie, quest'ultima giudicherà alla luce dei parametri costituzionali interni e, eventualmente, anche di quelli comunitari (*ex artt. 11 e 117, primo comma, Cost.*), secondo l'ordine che, di volta in volta, risulta più appropriato⁶.

3. Le censure mosse alla normativa nazionale per incompatibilità con la CEDU

Un'identica lettura emerge anche in relazione dell'art. 14 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, le cui limitazioni imposte a coloro che non vogliono vaccinarsi per il Covid-19 non costituiscono una discriminazione illegittima, poiché sussiste una giustificazione oggettiva e ragionevole, tenuto conto dei diritti individuali delle persone con cui i non vaccinati potrebbero venire in contatto.

⁵ Cons. Stato, Sezione III, 20 ottobre 2021, n. 7045.

⁶ Corte costituzionale 21 febbraio 2019, n. 20.

In questo senso si è pronunciato anche il TAR annotato che non solo non ha ravvisato la violazione della norma interposta, ma ha giustificato *“la legittima interferenza nel diritto al rispetto della vita privata, a condizione che il trattamento sanitario obbligatorio abbia una base legale, sia finalizzato alla realizzazione di uno scopo legittimo e costituisca una misura necessaria per la realizzazione di quello scopo”*, ai sensi dell’art. 8 della CEDU⁷.

Il Collegio ha concluso richiamando l’art. 52 CDFUE, il quale *“consente che siano apposte limitazioni all’esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti nella Carta, a condizione che le stesse siano previste dalla legge, siano proporzionali e necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall’Unione o all’esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui”*.

Pertanto, *“in assenza di una specifica normativa europea, rispetto alla quale commisurare la contrarietà della normativa interna, nessun obbligo di disapplicazione della stessa, per contrasto con il diritto dell’Unione, è configurabile”*.

Vieppiù, al momento, l’unica norma vincolante per i 27 Stati dell’Unione europea in materia di Covid, è il Regolamento (UE) 2021/953 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 giugno 2021 per il rilascio del (certificato Covid digitale dell’UE), al fine di agevolare la libera circolazione delle persone durante la pandemia di Covid-19, che nulla ha a che vedere con l’obbligo vaccinale⁸.

Infatti, l’unico orientamento riconducibile a un obbligo vaccinale in ambito comunitario si deve ai giudici della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, i quali, pronunciandosi sul caso *Vavříčka and Others v. the Czech Republic*, hanno affermato che non si è violato l’art. 8 della Convenzione europea approvando una legge che impone la vaccinazione come condizione essenziale per accedere alla scuola materna, poiché l’obbligo è ragionevole e proporzionato rispetto al fine, legittimamente perseguito dalla norma, di proteggere il minore da malattie che potrebbero arrecare gravi rischi per la sua salute⁹.

Ne deriva, come si chiarirà meglio nei paragrafi successivi, la legittimità dell’articolo 4 del d.l. n. 44 del 1° aprile 2021, convertito con modificazioni nella legge 28 maggio 2021, n. 76.

4. Il rispetto delle procedure di commercializzazione del vaccino

Chiarita la conformità della decretazione d’urgenza con la normativa europea, il Collegio ha proseguito la trattazione sui motivi della sentenza, concentrandosi sul rapporto tra il

⁷ Sul punto, si veda l’interpretazione dell’art. 8 CEDU data dalla Corte EDU, Grande Camera, con la sentenza dell’8 aprile 2021, pronunciata nei ricorsi n. 47621/13, n. 3867/14, n. 73094/14, n. 19306/15, n. 19298/15 e n. 43883/15.

⁸ Racc. UE 2021/C 24/01.

⁹ D. DONATI, *La legittimità dell’obbligo vaccinale per gli operatori sanitari*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2022, n. 1, p. 120.

decreto legge citato e gli articoli 2, 3, 13 e 32 della Costituzione, nonché con i principi di proporzionalità, ragionevolezza e precauzione.

In primis, il TAR lombardo affronta il problema della commercializzazione del vaccino.

La questione è emersa in quanto il vaccino, nel *plateau* merceologico, già gode di una specificità normativa, in quanto farmaco.

Quindi, il procedimento per ammettere il progetto di preparato vaccinale è il medesimo dedicato, generalmente, ai farmaci, con diversificazione delle procedure in base all'area geografica coinvolta nella circolazione del prodotto¹⁰.

Come noto, su base nazionale, previo il completamento dell'*iter* procedurale presso la Commissione europea, la procedura di commercializzazione avviene tramite autorizzazione interna, in applicazione del d.lgs. n. 219 del 2006¹¹, il quale affida i ruoli più cospicui all'Agenzia italiana del farmaco.

Così, l'impresa rientrando nei confini nazionali propone la novità farmaceutica all'Agenzia italiana del farmaco (Aifa)¹², insieme a un dossier tecnico¹³. L'agenzia redige il rapporto di valutazione, assistita da una Commissione consultiva tecnico-scientifica, pubblicandolo in rete, come stabilito dall'art. 32, del d.lgs. n. 219 del 2006, e motivando il diniego o la concessione del permesso.

L'ordinamento eurounitario lascia, poi, a ciascuno Stato la possibilità di organizzare c.d. autorizzazioni temporanee, in modo da affrontare emergenze sanitarie e simili crisi, come stabilito dall'art. 5, par. 2, Dir. 2001/83/CE, la quale afferma che: *“gli Stati membri possono autorizzare temporaneamente la distribuzione di un medicinale non autorizzato in risposta alla dispersione sospettata o confermata di agenti patogeni, tossine, agenti chimici o radiazioni nucleari potenzialmente dannosi”*, chiedendo la c.d. autorizzazione condizionata.

Tale filo conduttore è stato perseguito anche dal TAR in commento, il quale ha ribadito che *“la necessità di commercializzare un vaccino volto a contenere la diffusione di un virus sconosciuto – sulla natura, sulla diffusività e sugli effetti del quale non esistevano e non esistono ancora oggi dati clinici completi – ha indotto il regolatore sanitario a chiedere l'autorizzazione per l'immissione in commercio c.d. condizionata, espressamente contemplata dall'articolo 4 del regolamento della Commissione n. 507/2006/CE, per le situazioni*

¹⁰ N. CEVOLANI, *Le procedure di autorizzazione a commerciare il vaccino*, in *Corriere giur.*, 2021, n. 3, p. 301.

¹¹ Il provvedimento abbraccia tre autorizzazioni:

- 1) alla immissione in commercio;
- 2) alla produzione sul territorio nazionale;
- 3) alla vendita all'ingrosso. Per le prime due, è referente l'Agenzia italiana del farmaco, per la terza, invece, la Regione (o la Provincia autonoma).

¹² Per un approfondimento su tale figura, si veda L. CASINI, *L'agenzia italiana del farmaco: ufficio-Agenzia o Agenzia-ente pubblico?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, n. 2, pp. 132 ss.

¹³ Art. 8, d.lgs. n. 2006/219. Peraltro, ai sensi dell'art. 15 del d.lgs. n. 2006 del 219, parte della documentazione deve essere vagliata *“da esperti in possesso delle necessarie qualifiche tecniche o professionali, correlate alla materia trattata, specificate in un breve curriculum vitae”*.

in cui la disponibilità immediata del farmaco sia in grado di apportare alla collettività benefici superiori ai rischi conseguenti alla indisponibilità di dati completi”.

Pertanto, la circostanza per cui l'autorizzazione al commercio dei vaccini sia stata disposta in via d'urgenza e temporanea, non consente di qualificare il vaccino come trattamento sperimentale, in quanto, nel rispetto del principio di precauzione, le condizioni di efficacia, di sicurezza e di qualità del farmaco sono state sottoposte alla valutazione di un organo tecnico e indipendente dall'organo politico (AIFA), al quale è rimessa anche l'attività di farmacovigilanza.

Sul punto, il TAR richiama anche una sentenza della Corte costituzionale, a riprova del fatto che la necessità di ricorrere ad una vaccinazione obbligatoria non richiede, quale presupposto indefettibile, l'accertamento di tutte le complicanze prevedibili¹⁴.

In conformità a tale orientamento dei Giudici costituzionali, si sono pronunciati anche altri TAR¹⁵.

In particolare, i Giudici amministrativi hanno optato per l'adozione di un metodo logico fondato sui principi dell'*Evidence Based Medicine* (EBM)¹⁶, in forza della quale si predilige un metodo di interpretazione medica sviluppatosi in opposizione al diverso – e ben più insicuro – *Opinion Based Medicine*.

Ebbene, rifacendosi alle risultanze di studi scientifici e ai livelli di conoscenze acquisiti sul grado di efficacia e sicurezza dei farmaci, la “Medicina Fondata su Prove” ha come fondamento studi clinici a carattere sperimentale, randomizzati e controllati che rappresentano il c.d. *gold standard* della ricerca medica, poiché si poggia sulle migliori prove di efficacia clinica esistenti. In tal modo, come evidenziato, ad inizio pandemia, dal Consiglio di Stato¹⁷, la metodologia dell'EBM permette di identificare la scelta terapeutica più appropriata per un paziente, partendo dai risultati sperimentali delle prove clinici più recenti¹⁸.

Quindi, il T.A.R. annotato, aderendo ai principi dettati dalla Corte costituzionale, ha – indirettamente – sostenuto che i vaccini a oggi disponibili non sono più in fase di sperimentazione, risultando regolarmente autorizzati dalla Commissione Europea, previa raccomandazione dell'*European Medicine Agency* (EMA), attraverso la procedura di autorizzazione condizionata, adottando un ragionamento fondato sull'EBM.

Tuttavia, da ultimo, sul punto si è pronunciato anche il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, il quale ha ritenuto che: “*i parametri costituzionali per valutare la legittimità dell'obbligo vaccinale, come fissati dalla costante giurisprudenza della Corte*

¹⁴ Corte costituzionale n. 258 del 23 giugno 1994.

¹⁵ Si vedano in questo senso le decisioni del Cons. Stato, Sez. III, 11 dicembre 2020, n. 7097, Cons. Stato, Sez. III, 9 luglio 2021 (ud. 24 giugno 2021), n. 5212. e TAR Friuli-V. Giulia Trieste Sez. I, 10 settembre 2021, n. 261,

¹⁶ Una definizione felice dell'EBM è quella di D. SACKETT, in *Evidence-based medicine. Semin Perinatol*, 1997, che lo qualifica come “*conscientious, explicit., and judicious use of current best evidence in making decisions about the care of individual patients*”.

¹⁷ Cons. Stato, Sez. III, 11 dicembre 2020, n. 7097, punto 11.7.

¹⁸ D. DONATI, *op. cit.*, p. 122.

*costituzionale, non sembrano rispettati, in quanto non vi è prova di vantaggio certo per la salute individuale e collettiva superiore al danno per i singoli, non vi è prova di totale assenza di rischio o di rischio entro un normale margine di tollerabilità, e non vi è prova che – in carenza di efficacia durevole del vaccino – un numero indeterminato di dosi, peraltro ravvicinate nel tempo, non amplifichi gli effetti collaterali dei farmaci, danneggiando la salute*¹⁹, sollevando questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, commi 1 e 2, del d.l. n. 44 del 2021 (convertito in l. n. 76 del 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.

5. La costituzionalità dell'obbligo vaccinale in virtù dell'art. 32 Cost.

La sentenza annotata si focalizza particolarmente anche sul rapporto tra obbligo vaccinale e riserva di legge in materia di trattamenti sanitari obbligatori di cui all'art. 32 della Costituzione²⁰, derivandone un'analisi rivolta al rapporto tra l'obbligatorietà dei trattamenti sanitari, la tutela della collettività e la libertà del singolo²¹.

Per meglio comprendere tale approccio, è necessario riferirsi alla nozione di trattamento sanitario, la cui interpretazione, secondo la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria, include le attività finalizzate a tutelare la salute, ovvero destinate a tale scopo, e – quindi – di carattere diagnostico e d'indagine²².

¹⁹ Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana n. 351/2022.

²⁰ Un'attenta dottrina si è soffermata proprio sul profilo della dell'«autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale» e che è stato trattato nella sentenza n. 307 del 1990 in cui la Corte ha affermato che il diritto all'autodeterminazione viene richiamato «non ai fini di legittimare il rifiuto di un trattamento sanitario, bensì ne viene sottolineato il profilo della scelta libera e consapevole; in altre parole, per quanto opinabile e incerta possa essere la distinzione fra libertà negative e libertà positive, è indubbio che la Corte costituzionale in questa pronuncia ponga l'accento sulla libertà di (scegliere, secondo l'art. 13 Cost.) e non sulla libertà da (i trattamenti sanitari, ex art. 32, comma 2 Cost.)», così R. BALDUZZI, D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in *Giur. cost.*, 2008, n. 6, p. 4964 ss. Sul punto anche la sentenza Corte cost. n. 5 del 2018 ritiene la questione non fondata, con gli argomenti al punto in diritto 8.2. F. MINNI, A. MORRONE, *Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in *Rivista AIC*, 2013, n. 3.

²¹ A. PATANÈ, *La costituzionalità dell'obbligo vaccinale all'interno del difficile equilibrio tra tutele e vincoli nello svolgimento dell'attività lavorativa*, in *LavoroDirittiEuropa*, 2021, n. 2, p. 2.

²² Sul punto F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione*, in *Diritto e Società*, 1982, n. 2, pp. 302 ss.; C. CASTRONOVO, *Dignità della persona e garanzie costituzionali nei trattamenti sanitario obbligatori*, in *Vita e Pensiero*, Milano, 1990, pp. 179 ss.; A. NEGRONI, *Sul concetto di «trattamento sanitario obbligatorio»*, in *Rivista A.I.C.*, 2017, n. 4, pp. 2 ss.; P. D'ONOFRIO, *I trattamenti sanitari obbligatori*, in M. SESTA, M. ADVERSI, *L'erogazione della prestazione medica tra diritto alla salute, principio di autodeterminazione e gestione ottimale delle risorse sanitarie*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2014. Inoltre, anche da ultimo, la dottrina ha riconosciuto che «Oggi i trattamenti sanitari obbligatori che riguardano la generalità della popolazione sono essenzialmente le vaccinazioni obbligatorie». M. CARTABIA, *La giurispru-*

Da qui, si pone un interrogativo in relazione alla natura della riserva di legge prevista dall'art. 32, co. 2 Cost.²³.

La Giurisprudenza costituzionale ha dato riscontro a tale quesito, ribadendo che il trattamento sanitario è conforme all'art. 32 Cost. ove sia diretto a migliorare o preservare lo stato di salute del soggetto destinatario. Le prescrizioni di legge relative alle vaccinazioni obbligatorie sono, quindi, finalizzate a garantire questo risultato e, per questi motivi, sono da ricondurre nell'alveo dei trattamenti sanitari obbligatori²⁴.

Infatti, il Giudice delle leggi viene chiamato in causa anche dal TAR annotato, il quale ha affermato che la circostanza secondo cui *“in assenza di una fase di sperimentazione tradizionale, non è possibile ad oggi individuare, con un elevato grado di verosimiglianza, quali saranno gli effetti avversi del vaccino a medio e lungo termine, non è rilevante neppure ai fini della asserita violazione della libertà di autodeterminazione del destinatario dell'obbligo vaccinale”*.

La Corte costituzionale ha, quindi, definitivamente sancito la legittimità dell'imposizione del trattamento sanitario *“se questo apporta benefici non solo alla salute dell'obbligato ma anche alla salute collettiva e se le eventuali conseguenze negative per la salute dell'obbligato si assestino nei limiti della normale tollerabilità dei rischi avversi, i quali normalmente conseguono alla somministrazione di tutti i trattamenti sanitari”*²⁵.

Nello stesso senso, il Collegio richiama anche un Consiglio di Stato, che ha sostenuto la legittimità dell'imposizione del trattamento sanitario obbligatorio, in applicazione del principio di solidarietà, a tutela degli individui più fragili²⁶.

In quest'ottica, si pone l'art. 4 del d.l. n. 44 del 2021, con il quale il legislatore ha disciplinato il rapporto tra i soggetti esercenti professione sanitaria e il datore di lavoro, in mancanza di adesione alla campagna di vaccinazione per la pandemia in corso, circoscrivendo nel tempo e nella tipologia le conseguenze sulla scelta di una mancata vaccinazione da parte del lavoratore.

La costituzionalità della previsione legislativa, così come di altre dello stesso tenore che dovessero essere approvate in futuro, risiede, quindi, nella lettera dell'art. 32 della Costituzione, che fa derivare l'obbligo, in capo allo Stato, di imporre la vaccinazione, ove necessario, in adempimento al dovere di tutela della salute come interesse della collettività.

denza costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana, in *Quaderni Costituzionali*, 2012, n. 2, pp. 455 ss.

²³ Si veda, per tutti, A. NEGRONI, *Decreto legge sui vaccini, riserva di legge e trattamenti sanitari obbligatori*, in *Quaderni Costituzionali*, 2017.

²⁴ M. CARTABIA, *La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, cit., p. 456, «Oggi i trattamenti sanitari obbligatori che riguardano la generalità della popolazione sono essenzialmente le vaccinazioni obbligatorie».

²⁵ Corte costituzionale n. 5 del 18 gennaio 2018 e n. 268 del 14 dicembre 2017.

²⁶ Consiglio di Stato, Commissione speciale, parere del 26 settembre 2017, n. 2065; Sezione III, sentenza n. 7045.

Nel dibattito generale, è interessante quanto sostenuto dal prof. C. Pisani, sulla natura di “onere” e non di “obbligo” vaccinale, in quanto il primo *“rappresenta lo strumento attraverso cui l’ordinamento impone al soggetto di tenere un determinato comportamento, se vuole conseguire un interesse o vantaggio ovvero non vuole andare incontro a conseguenze per lui pregiudizievoli, che qui consistono, per il lavoratore, in quelle derivanti, sul piano del rapporto di lavoro, dall’assenza di un requisito soggettivo per svolgere le mansioni dedotte in contratto”*²⁷. Definendolo la vaccinazione come onere, infatti, *“l’art. 32, comma 2, Cost. e le divisioni sulla sua interpretazione, rischiano di essere un falso problema, perché la riserva di legge non trova applicazione se si adotta, come sembra più corretto, la prospettiva dell’onere e non dell’obbligo di vaccinarsi, gravante sul lavoratore, in quanto l’essere vaccinato, nella situazione di elevato rischio contagio, può assumere la rilevanza di un requisito sanitario essenziale per lo svolgimento in sicurezza di determinate prestazioni lavorative, e financo incidere sul giudizio medico di inidoneità alle mansioni”*²⁸.

Se dalla scelta individuale e immotivata del lavoratore consegue un rischio per la salute collettiva, è dovere della Repubblica intervenire per la tutela dei soggetti fragili. Sicché il limite a questo obbligo risiede nella proporzionalità e nella ragionevolezza delle conseguenze.

Invero, uno di questi limiti potrebbe esser individuato, specificamente, nell’articolo 1 della legge n. 219 del 22 dicembre 2017, che qualifica il consenso libero ed informato della persona interessata quale presupposto necessario di ciascun trattamento sanitario tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge, come, del resto, affermato – da ultimo – anche dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana citato, secondo cui *“il sistema di raccolta del consenso informato risulta irrazionale laddove richieda una manifestazione di volontà per la quale non vi è spazio in capo a chi subisce la compressione del diritto all’autodeterminazione sanitaria, a fronte di un dovere giuridico ineludibile”*.

Sul punto, il TAR lombardo ritiene che, alla luce della giurisprudenza costituzionale sopra citata, la gravità del contesto pandemico, la necessità di contenere i contagi e di consentire a tutti i cittadini l’accesso alle cure sanitarie in condizioni di sicurezza, tutelando i soggetti fragili, in un’ottica solidaristica, *“giustificano il temporaneo e tollerabile sacrificio della piena autonomia decisionale degli esercenti le professioni sanitarie, in ordine alla somministrazione del vaccino”*.

Pertanto, all’affidamento che i pazienti ripongono nella somministrazione delle cure in condizioni di sicurezza è collegato l’adozione di tutte le precauzioni possibili per evitare che essi incorrano in concreti rischi di contagio.

Quindi, la pretesa di legare la somministrazione del vaccino al personale sanitario alla manifestazione di un consenso libero ed informato non consentirebbe di perseguire – ef-

²⁷ C. PISANI, *Sospensione del rapporto e vaccinazione anti covid - la disciplina della Sospensione dei lavoratori non vaccinati*, in *Giur. it.*, 2022, n. 2, p. 396.

²⁸ C. PISANI, *op. cit.*, p. 396.

ficacemente ed in tempi brevi – l’obiettivo di ridurre la diffusione del virus e di alleggerire la macchina della sanità.

Insomma, il TAR legittima l’obbligo vaccinale settorializzato al personale sanitario, per due ordini di ragioni: innanzitutto, poiché tale scelta è *“coerente con la tutela della salute dei pazienti e con l’affidamento che gli stessi ripongono negli operatori, a prescindere dalle modalità di accesso alle prestazioni sanitarie, nella somministrazione delle cure in condizioni di massima sicurezza, proprio negli ambienti sanitari che, secondo l’id quod plerumque accidit, comportano un maggior rischio di trasmissione virale”*; secondariamente, in quanto il personale sanitario, *“in ragione del contatto diretto con i pazienti, è investito di una posizione di garanzia per il bene dell’incolumità fisica degli stessi, la quale è idonea a giustificare, l’imposizione di un obbligo vaccinale settoriale”*, condividendo – in maniera assolutamente implicita – la tesi dottrinale secondo cui l’obbligo vaccinale costituirebbe il rovescio della medaglia del diritto degli stessi lavoratori alla sicurezza sul lavoro²⁹.

Infine, è necessario segnalare la presa di posizione del Collegio sull’ippocratica c.d. libertà di scienza del medico.

Partendo dalla nozione di libertà di scienza, quale possibilità dell’OS di prendere decisioni nelle modalità e nella tipologia di prestazioni da erogare al paziente, soprattutto nella fase *in executivis* delle linee guida, per come definite dal Legislatore con la l. n. 24/2017, il TAR ha affermato che: *“l’imposizione dell’obbligo vaccinale è riservata in via esclusiva alla discrezionalità del regolatore sanitario e che la scelta di introdurre un obbligo vaccinale temporaneo e settoriale è stata determinata proprio dal riscontrato fallimento delle soluzioni alternative – per il perseguimento delle quali il ricorrente rivendica la libertà di scienza – ad arginare la crescente diffusività del contagio da Sars-CoV-2”*.

6. Il limite dei “contatti interpersonali”: la telemedicina e il divieto di sospensione dall’Albo professionale

L’analisi effettuata finora conduce alla definitiva statuizione secondo cui l’art. 4 del D.L. n. 44 del 2021 non solo è totalmente legittimo, sia con la normativa europea sia con la Costituzione, ma deve essere applicato a ogni destinatario, tranne nei casi di patologie incompatibili con l’inoculazione attestate dal medico curante.

Tuttavia, il comma 7 dell’articolo menzionato afferma che: *“per il periodo in cui la vaccinazione di cui al comma 1 è omessa o differita, il datore di lavoro adibisce i soggetti di cui al comma 2 a mansioni anche diverse, senza decurtazione della retribuzione, in modo da evitare il rischio di diffusione del contagio da SARS-CoV-2”*.

²⁹ M. BIASI, *La collocazione in ferie del personale socio-sanitario renitente al vaccino anti-Covid: un (più che) ragionevole compromesso*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2021, n. 3, p. 812; G. NATULLO, *vaccini e rapporti di lavoro tra obblighi di sicurezza e diritto all’autodeterminazione*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2021, n. 1, pp. 147 ss.

Dunque, il provvedimento di sospensione per l'operatore sanitario che ha volutamente omesso l'inizio o il completamento del ciclo vaccinale rappresenta l'*extrema ratio* della normativa in questione, a ulteriore testimonianza della proporzionalità e della ragionevolezza della stessa, in adesione ai principi costituzionali.

Infatti, il datore potrà anche assumere iniziative diverse, sempre nel rispetto dell'art. 32, comma 1, Cost., quali – ad esempio, come si dirà anche dopo – destinare il dipendente non vaccinato ad altre mansioni o non accettare la prestazione lavorativa quando essa sia temporaneamente inutilizzabile per i rischi che ne derivano per gli altri lavoratori o per l'utenza³⁰. In particolare, la smorzatura di tale previsione deve essere valutata ai sensi dei principi enunciati dagli articoli 1, 2, 3, 4, 35 e 36 e 97 della Costituzione.

Al comma 1 dell'articolo 4, il legislatore ha qualificato la vaccinazione per la prevenzione dell'infezione da Sars-CoV-2 come "*requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative dei soggetti obbligati*". Nella direttiva quadro del Consiglio 2000/78/CE del 27 novembre 2000, all'articolo 4, paragrafo 1, è previsto che gli Stati membri, "*per la natura di un'attività lavorativa o per il contesto in cui viene espletata*" possono stabilire "*un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, purché la finalità sia legittima e il requisito proporzionato*".

Il TAR, nel caso trattato, ha valutato la consistenza degli effetti conseguenti alla carenza di tale requisito essenziale in applicazione del principio di proporzionalità dell'azione amministrativa e in coerenza con la norma *rationae temporis* in vigore che prevedeva, al comma 6, "*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*".

Veniva, quindi, data una interpretazione restrittiva della sospensione, limitata solamente ad alcune tipologie di mansioni, in particolare a che implicavano rapporti interpersonali, con i pazienti o con il personale sanitario.

Secondo il Collegio, "*la lettura sistematica delle citate disposizioni consente pertanto di evidenziare che: a) sussiste il divieto assoluto per tutto il personale sanitario, indipendentemente dalla sua appartenenza alla categoria dei lavoratori autonomi o dei lavoratori dipendenti, di svolgere, sino all'adempimento dell'obbligo vaccinale o durante il periodo di sospensione e di differimento dell'obbligo vaccinale e comunque non oltre il 31 dicembre 2021, prestazioni o mansioni che implicano contatti interpersonali... b) è fatto obbligo al datore di lavoro, pubblico o privato, di adibire il lavoratore dipendente per il quale, in seguito all'accertato pericolo per la sua salute, siano stati disposti l'omissione o il differimento della vaccinazione, sino al 31 dicembre 2021, alle medesime mansioni o a mansioni diverse, senza decurtazione della retribuzione, nonché di adottare le specifiche misure di prevenzione igienico-sanitarie, previste per il contenimento del rischio di contagio sui lu-*

³⁰ A. MARESCA, *La vaccinazione volontaria anti Covid nel rapporto di lavoro*, in *www.federalismi.it*, 2021, n. 8, p. IX.

ghi di lavoro; c) è conformato il potere organizzativo del datore di lavoro, pubblico o privato, di adibire il lavoratore, ove possibile, a mansioni, anche inferiori rispetto a quelle svolte in precedenza, che non implicano contatti interpersonali e non comportano il rischio di diffusione del contagio da Sars-CoV2; d) residua la generale facoltà di svolgere tutte quelle prestazioni o mansioni, comunque riconducibili allo svolgimento della professione sanitaria, che non comportino contatti interpersonali di prossimità e non creino un concreto rischio di diffusione del contagio da Sars-CoV-2”.

Tale interpretazione, a giudizio del TAR, è l'unica compatibile con la salvaguardia del diritto di svolgere la professione sanitaria, nonché con la salvaguardia del diritto a un'esistenza libera e dignitosa, in modo che, all'esito del raffronto tra i benefici per il raggiungimento dell'interesse primario ed i sacrifici per gli interessi personali, nessun interesse ne esca inutilmente frustrato.

Quindi, la normativa all'epoca vigente ha permesso un'interpretazione secondo cui la mancata vaccinazione non facesse venir meno la possibilità di esercitare la professione sanitaria *tout court*, ma soltanto la possibilità di svolgerla tramite “stretto accostamento fisico tra individui” che comportino un rischio di diffusione del contagio.

In quest'ottica, il rapporto interpersonale, invece, può essere instaurato anche con modalità diverse da quelle del contatto fisico.

Ad esempio, a seguito della pandemia, ha acquisito rilevanza il ruolo della c.d. telemedicina. Quest'ultima, definita come la prestazione di servizi di assistenza sanitaria erogata tramite il ricorso alla tecnologia dell'informazione e della comunicazione (TIC), in situazioni nelle quali il professionista della salute e il paziente (o due professionisti) non sono fisicamente presente nello stesso luogo, comporta la trasmissione sicura di informazioni e dati di carattere medico rappresentati da testi, suoni o immagini, necessari per la prevenzione, la diagnosi, il trattamento e il successivo controllo dei pazienti.

L'apertura a tale possibilità, da cui deriva l'impossibilità di essere sospesi dall'Albo, è stata avallata anche dal Giudice lombardo affermando che *“nell'ambito delle professioni sanitarie, esistono delle attività, praticabili grazie alla tecnologia sanitaria, che il personale sanitario può svolgere senza necessità di instaurare contatti interpersonali fisici, quali ad esempio l'attività di telemedicina, di consulenza, di formazione e di educazione sanitaria, di consultazione a distanza mediante gli strumenti telematici o telefonici, particolarmente utili per effettuare una prima diagnosi sulla base di referti disponibili nel fascicolo sanitario telematico e per fornire un'immediata e qualificata risposta alla crescente domanda di informazione sanitaria, le quali non potrebbero essere svolte in caso di sospensione dall'esercizio della professione sanitaria”.* Dunque, l'ordinamento ricollega all'espletamento di attività per le quali è richiesta l'iscrizione in un albo professionale, nell'ipotesi in cui questa sia stata temporaneamente sospesa, conseguenze di rilievo disciplinare, civile e penale ma non coincidenti con la sospensione dall'iscrizione all'albo professionale, anche laddove la vaccinazione sia stata elevata a requisito essenziale per lo svolgimento della prestazione lavorativa, in quanto esistono prestazioni alternative normalmente espletabili senza mettere in pericolo la salute collettiva.

Inoltre, la sospensione non costituirebbe nemmeno l'unica modalità di notizia per il paziente dell'inidoneità del medico, in quanto tale funzione ben può essere garantita me-

dianche specifiche e adeguate forme alternative di pubblicità, la cui individuazione rientra nella competenza degli Ordini professionali.

Il Collegio, applicando la normativa vigente all'epoca ha, in definitiva, annullato il provvedimento di sospensione dall'Albo, accogliendo parzialmente il ricorso del medico.

7. L'intervento del d.l. n. 172 del 26 novembre 2021, cosa è cambiato?

Come finora ampiamente descritto, l'art. 4 del d.l. n. 44 del 2021 impone la vaccinazione anti-Covid agli “*esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario che svolgono la loro attività nelle strutture sanitarie, sociosanitarie e socio-assistenziali, pubbliche e private, nelle farmacie, parafarmacie e negli studi professionali*”, a prescindere dalla natura giuridica del rapporto di lavoro.

Per tali soggetti la vaccinazione – che può essere omessa o differita solo in condizioni di pericolo per la salute, accertate dal medico di base – costituisce requisito essenziale per l'esercizio della professione e lo svolgimento delle mansioni³¹.

Le criticità di tale norma sono essenzialmente due.

Innanzitutto, più che dettare un “obbligo” incondizionato, ha introdotto una condizione per l'esercizio del diritto al lavoro, un onere per il lavoratore chiamato a vaccinarsi per non difettare di un requisito sanitario essenziale ai fini della “possibilità/esigibilità della prestazione”³².

Secondariamente, la formulazione originaria dell'art. 4 ha messo adeguatamente in risalto il concreto rischio dovuto al contatto fisico, rischiando di ricomprendere nell'obbligo soggetti appartenenti alla categoria ma addetti a prestazioni esenti da rischio e, invece, escludere altre categorie, come le arti ausiliarie, aventi comunque accesso alle sedi sanitarie³³. Solo successivamente, l'art. 2 del d.l. 122 del 2021, in ossequio alla necessità di neutralizzare il rischio ambientale specifico, ha evidenziato il riferimento oggettivo al luogo d'imposi-

³¹ P. DE PETRIS, *Vaccinazione anti-covid e rapporto di lavoro: cosa resta del lavoro agile quale precauzione “alternativa”?*, in *Lavoro nella Giur.*, 2022, n. 1, p. 13 ss.; P. ICHINO, *Perché e come l'obbligo di vaccinazione può nascere anche solo da un contratto di diritto privato*, in *LavoroDirittiEuropa*, 2021, n. 1.

³² R. SANTUCCI, *Vaccinazione contro il Covid-19 ed effetti sulle posizioni soggettive nel contratto di lavoro*, in *Dirittifondamentali.it*, 2021, n. 2, p. 325, che, visto il coinvolgimento della profilassi internazionale, segnala la necessità di un quadro regolativo unitario e razionale. Ancora, analogamente, v. C. Pisani, *Vaccino anti-covid: oneri e obblighi del lavoratore alla luce del decreto per gli operatori sanitari*, in *Mass. Giur. lav.*, 2021, n. 1, pp. 151 ss. Tale orientamento è confermato da alcune pronunce di merito: Trib. Genova, ord. del 6 ottobre 2021, secondo cui la vaccinazione imposta altro non è che un onere per il lavoratore dato che, in mancanza, non viene pregiudicata l'esistenza del rapporto, ma solo la sua attuazione concreta, per un periodo di tempo limitato; nonché Trib. Roma, ord. del 20 agosto 2021, che apre ad una duplice qualificazione della vaccinazione, come obbligo a tutela della salute pubblica e come onere del lavoratore a garanzia della sicurezza sul lavoro.

³³ F. SCARPELLI, *Arriva l'obbligo del vaccino (solo) per gli operatori sanitari: la disciplina e i suoi problemi interpretativi*, in *Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi*, 2021.

zione dell'obbligo³⁴, estendendo la previsione “*a tutti i soggetti anche esterni che svolgono, a qualsiasi titolo, la propria attività lavorativa nelle strutture*”.

La vecchia normativa detta alcuni principi di base anche in relazione alle conseguenze della mancata vaccinazione.

In primo luogo, se la differita o omessa vaccinazione non era giustificata, il lavoratore veniva temporaneamente assegnato a mansioni diverse, anche inferiori, non implicanti contatti interpersonali, con retribuzione corrispondente alle mansioni effettivamente esercitate. In via subordinata e, dunque, in *extrema ratio*³⁵, è possibile ricorrere alla sospensione dal lavoro senza retribuzione. Al contrario, nei casi in cui la mancata vaccinazione sia giustificata da ragioni sanitarie si prevede solo l'adibizione a mansioni diverse, con irriducibilità della retribuzione.

Tuttavia, come anticipato, il novero delle categorie assoggettate all'“obbligo” vaccinale, ora comprensivo anche della dose di richiamo successiva al ciclo vaccinale primario, e le relative conseguenze “sanzionatorie” sono stati oggetto di recente intervento modificativo. Il d.l. n. 172 del 26 novembre 2021 ha previsto, per un lasso di tempo considerevole (sei mesi), l'esclusione della possibilità, prevista fino al 15 dicembre 2021, di fare ricorso a soluzioni conservative/alternative non solo del rapporto ma anche della retribuzione, rischiando di creare, *ratione temporis*, una disparità di trattamento tra categorie assoggettate al medesimo obbligo. L'irrigidimento apportato dalla modifica appare, invero, non funzionale ad un equo e proporzionato bilanciamento delle esigenze contrapposte e rischia di sollevare questioni – maggiormente fondate – di legittimità costituzionale in ordine alla violazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità.

In particolare, non si comprende perché il fine di tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione di prestazioni di cura e assistenza, non possa più esser garantito con misure organizzative che neutralizzino il rischio di contagio, anche alternative al lavoro in presenza.

La nuova disciplina si pone in contrasto anche con la pronuncia in commento.

Infatti, l'orientamento del TAR lombardo non potrà che mutare alla luce dell'intervento del d.l. n. 172 del 26 novembre 2021, convertito in l. n. 3 del 21 gennaio 2022, negando la possibilità, concessa nella sentenza, al sanitario non vaccinato di svolgere mansioni alternative/telematiche che evitino contatti interpersonali. Si fa riferimento, soprattutto, a quelle attività per cui il contatto fisico (maggior veicolo di diffusione del virus) non è richiesto, quali attività di c.d. telemedicina, ovvero mansioni tecniche-amministrative da sempre svolte dalla categoria medica.

³⁴ COSÌ A. DE MATTEIS, *Il decreto-legge sull'obbligo di vaccino*, cit., 5.

³⁵ Sulla sospensione come *extrema ratio* v. Trib. Roma, sent. n. 18441 del 28 luglio 2021, che ritiene legittima e doverosa la sospensione, in assenza di altre mansioni a cui destinare il lavoratore; Trib. Velletri del 22 novembre 2021, che, sottolineando la rilevanza costituzionale dei diritti compromessi (dignità personale e professionale, funzione sociale della retribuzione), ordina l'immediata ricollocazione della sanitaria no vax perché la sospensione può costituire solo l'*extrema ratio*. *Contra* TAR Puglia, Lecce, n. 480 del 5 agosto 2021, che limita il *repêchage* alle sole ipotesi di esenzione o differimento.

Tale aggravio, risulta ancora più contraddittorio in considerazione del fatto che il Legislatore, nonostante la modifica, ha deciso di lasciare intatto il comma 7 dell'art. 4, secondo cui *“per il periodo in cui la vaccinazione di cui al comma 1 è omessa o differita, il datore di lavoro adibisce i soggetti di cui al comma 2 a mansioni anche diverse, senza decurtazione della retribuzione, in modo da evitare il rischio di diffusione del contagio da SARS-CoV-2”*. Quindi, se da un lato il Legislatore ha vincolato l'interpretazione della norma con il divieto di svolgimento di ogni prestazione alternativa per il sanitario non vaccinato, dall'altro ha imposto al datore di lavoro, prima di procedere con la sospensione, di adibire i soggetti non vaccinati, ove possibile, a mansioni diverse, mantenendo la vecchia struttura della norma, che concepiva la sospensione quale *extrema ratio*.

Infine, si segnala il nuovo iter procedimentale di sospensione disposto dal decreto di novembre, ove si afferma che: *“gli Ordini degli esercenti le professioni sanitarie, per il tramite delle rispettive Federazioni nazionali ... eseguono immediatamente la verifica automatizzata del possesso delle certificazioni verdi COVID-19 comprovanti lo stato di avvenuta vaccinazione anti SARS-CoV-2 ... l'Ordine professionale territorialmente competente invita l'interessato a produrre, entro cinque giorni dalla ricezione della richiesta, la documentazione comprovante l'effettuazione della vaccinazione oppure l'attestazione relativa all'omissione o al differimento della stessa ai sensi del comma 2, ovvero la presentazione della richiesta di vaccinazione, da eseguirsi entro 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, l'Ordine invita l'interessato a trasmettere immediatamente e comunque non oltre tre giorni dalla somministrazione, la certificazione attestante l'adempimento all'obbligo vaccinale. Decorsi i termini di cui al comma 3, qualora l'Ordine professionale accerti il mancato adempimento dell'obbligo vaccinale, anche con riguardo alla dose di richiamo, ne dà comunicazione alle Federazioni nazionali competenti e, per il personale che abbia un rapporto di lavoro dipendente, anche al datore di lavoro...”*³⁶.

Per come è facile arguire dalla lettura della norma, si individua nell'Ordine Professionale l'Organo idoneo alla verifica delle certificazioni vaccinali o alla valutazione di certificazione idonea all'esenzione.

Quindi, nel caso trattato dal TAR, il procedimento di accertamento dovrebbe nuovamente essere riattivato alla luce dell'abrogazione del vecchio art. 4 del D.L. n. 44 del 2021, con conseguenze rilevanti su tutti provvedimenti di sospensione emessi in violazione del decreto di novembre, compreso quello del caso trattato nella sentenza annotata.

In conclusione, si auspica un intervento chiarificatore, al fine di evitare una serie innumerevole di contenziosi che potrebbero sorgere in merito alle contraddizioni poste in evidenza.

³⁶ Art. 1 del d.l. n. 172 del 26 novembre 2021, cit.