



Tribunale di Milano

Sezione Lavoro

N. R.G. 9071/2021

Il Tribunale, in persona dei magistrati:

Maria Grazia Cassia	Presidente
Antonio Lombardi	Giudice relatore
Maria Grazia Florio	Giudice

all'esito dell'udienza del 21/12/2021 ha emesso la seguente

ORDINANZA

Con ricorso per reclamo *ex art. 669 terdecies c.p.c.*, depositato in data 15/11/2021, XXXXXXXXXX chiedeva la riforma dell'ordinanza cautelare pronunciata in data 27/10/2021 nel procedimento r.g. 7503/2021 Tribunale di Milano, con la quale veniva rigettata la richiesta di declaratoria di illegittimità del provvedimento di sospensione dal lavoro emesso dall'AST Melegnano e Martesana in data 17/09/2021. Premessa la sussistenza di giurisdizione dell'AGO, assumeva la violazione dell'art. 4 co. 1 d.l. 44/2021, nonché dei commi 8 e 9 e, ritenuta la concorrente sussistenza del *periculum in mora*, rassegnava le seguenti conclusioni:

- 1) accertare e dichiarare l'illegittimità dell'atto di accertamento prot. N. 149482 del 17.09.2021 emesso dall'AST Milano Città Metropolitana, con tutte le conseguenze ai sensi dell'art. 5 L. n. 2248/1865;*
- 2) accertare e dichiarare l'illegittimità del provvedimento di sospensione dal lavoro prot. N. 868 del 17.09.2021 emesso dall'ASST Melegnano e Martesana, revocando con effetto retroattivo, ovvero dal raggiungimento degli obiettivi fissati nel piano vaccinale, l'efficacia dello stesso per i motivi di cui sopra e, per l'effetto,*
- 3) ordinare alla ASST Melegnano e Martesana l'immediata reintegra della ricorrente nel posto di lavoro, con collocazione in congedo retribuito, nonché al pagamento delle retribuzioni non corrisposte dal momento della sospensione;*
- 4) con vittoria di spese, competenze ed onorari, in favore del difensore che si dichiara antistatario.*

Il reclamo proposto da [REDACTED] appare fondato e meritevole di accoglimento, per le ragioni di seguito enunciate ed esposte.

Appare, preliminarmente, infondata l'eccezione di inammissibilità del reclamo per tardività, sull'assunto dell'elasso del termine di 15 giorni previsto dall'art. 669 *terdecies* c.p.c., proposta dalla difesa di ATS Città Metropolitana di Milano in comparsa di costituzione e risposta.

L'ordinanza cautelare reclamata risulta, difatti, pronunciata in data 27/10/2021 e, dalla consultazione dei registri di Cancelleria, comunicata il 29/10/2021. L'odierno reclamo è stato proposto con ricorso depositato presso la Cancelleria il 15/11/2021. Il termine decadenziale per la proposizione del reclamo è pervenuto in scadenza il 13/11/2021, coincidente con la giornata di sabato, con conseguente proroga al primo giorno feriale successivo – *id est* il lunedì 15/11/2021 -, ai sensi dell'art. 155 4° co. c.p.c., trattandosi di termine a decorrenza successiva, data di deposito del ricorso che deve, pertanto, considerarsi pienamente tempestivo.

Infondata appare altresì l'eccezione di difetto di giurisdizione dell'AGO, spiegata dalla difesa della ASST Melegnano e Martesana, vertendosi pacificamente in materia di controversia attinente diritti soggettivi, *sub specie* di accertamento dell'illegittimità di provvedimento di sospensione del rapporto di lavoro con richiesta di reintegra e pagamento delle retribuzioni non corrisposte, con facoltà di disapplicazione, in capo al Giudice ordinario, di atti amministrativi illegittimi che risultino lesivi delle posizioni giuridiche soggettive.

In tale prospettiva, pienamente condivisibili appaiono gli assunti del giudice di prime cure, laddove osserva che:

- *nel caso in esame, la delibera oggetto di controversia viene censurata non solo con riferimento alla sospensione dall'esercizio della professione, ma anche in relazione alla privazione della retribuzione;*
- *o il provvedimento di sospensione della retribuzione è atto che l'azienda sanitaria adotta in qualità di datore di lavoro, previo esercizio di valutazioni connesse al suo potere organizzativo (e cioè previo riscontro dell'impossibilità di adibire il sanitario a mansioni prive di contatto con il pubblico);*
- *o in tal senso, il fatto che l'azienda sanitaria sia anche amministrazione competente - in veste di autorità in materia di salute pubblica - per l'iter di accertamento di cui all'art. 4 d.l. n. 44/2021 e per l'adozione del provvedimento di sospensione non impedisce di dare rilievo al diverso ruolo assunto nei due casi dal soggetto pubblico;*

- *o pertanto, poiché la sospensione della retribuzione costituisce atto assunto “con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro” (art. 5, co. 2, d.lgs. n. 165/2001), il sindacato su di essa resta devoluto alla giurisdizione ordinaria (art. 63, co. 1, d.lgs. n. 165/2001).*

Venendo al merito del reclamo, lo stesso appare fondato sotto il profilo del *fumus boni iuris*, rilevandosi un duplice profilo di illegittimità del provvedimento di sospensione dal lavoro della ██████████, adottato da ASST Melegnano e Martesana in data 17/9/2021 (prot. n. 868).

Tale provvedimento risulta, difatti, assunto in costanza di regime di sospensione della lavoratrice, risultando ██████████ beneficiaria di congedo retribuito per assistenza di genitore in situazione di gravità, con decorrenza 1/6/2021 sino al 29/7/2022.

Ciò comporta, ad opinione del Collegio, una violazione dell’art. 4 comma 1 d.l. n. 44/2021, che nella sua formulazione letterale, risulta riferire l’obbligo vaccinale introdotto dalla normativa ai professionisti sanitari “*che svolgono la loro attività nelle strutture sanitarie, sociosanitarie e socio-assistenziali, pubbliche e private, nelle farmacie, nelle parafarmacie e negli studi professionali*”, costituendo la vaccinazione requisito essenziale per “*l’esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative*”, non potendosi interpretare tali locuzioni in senso diverso dallo stabilire una correlazione tra obbligo vaccinale, attuale e concreto esercizio della professione e svolgimento della prestazione lavorativa, incompatibile con il regime di sospensione della prestazione, da qualunque causa esso discenda (congedo per maternità o per assistenza genitoriale, malattia etc.).

Del resto, come già osservato da questo Tribunale (ord. 15/11/2021), *le finalità della normativa dedotta a base del provvedimento di sospensione della lavoratrice, cui è conseguita la cessazione dell’erogazione della prestazione indennitaria, è in evidenza quella di impedire il contatto tra operatori socio sanitari sprovvisti di copertura vaccinale e, quindi, assunti quali potenziali maggior veicolo di diffusione del contagio, ed i soggetti fragili normalmente ospitati nelle strutture socio sanitarie, statisticamente più soggetti a gravi o fatali conseguenze per la salute nel caso di contrazione di malattia da SARS-COV2. Ciò appare evidente dalla stessa enunciazione delle finalità della legge, id est “tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell’erogazione delle prestazioni”. In questa prospettiva appare di solare evidenza l’inettitudine, in capo ad una lavoratrice in continuativo regime di sospensione della prestazione lavorativa, alla creazione di alcun rischio per la salute e le condizioni di sicurezza sul luogo di lavoro in caso di mancata sottoposizione al ciclo vaccinale, quantomeno per il periodo di perduranza della sospensione della prestazione.*

Del tutto irrilevante appare, in questa prospettiva, la dedotta circostanza che il regime di sospensione della prestazione lavorativa de ██████████, fissato per il periodo dal 1/6/2021 al 29/7/2022, risulti revocabile anteriormente alla scadenza, ben potendosi attivare, dalla data di cessazione del congedo, il procedimento previsto dall'art. 4 comma 1 d.l. 44/2021, funzionale ad assicurare l'ottemperanza dell'operatore socio sanitario in servizio all'obbligo vaccinale, subordinatamente al rispetto dei passaggi procedurali contemplati dalla normativa.

Il censurato provvedimento di sospensione appare, per altro, illegittimo anche sotto tale profilo.

La normativa disciplinante le “misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici”, introdotta con d.l. 44/2021, convertito in l. 76/2021, stabilisce, nelle enunciazioni generali di principio (art. 4 comma 1) che, *“al fine di tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza, gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario di cui all'articolo 1, comma 2, della legge 1° febbraio 2006, n. 43, che svolgono la loro attività nelle strutture sanitarie, sociosanitarie e socio-assistenziali, pubbliche e private, nelle farmacie, nelle parafarmacie e negli studi professionali sono obbligati a sottoporsi a vaccinazione gratuita per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2. La vaccinazione costituisce requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative dei soggetti obbligati”*.

Solo in caso di accertato pericolo per la salute, in relazione a specifiche condizioni cliniche documentate, attestate dal medico di medicina generale, la vaccinazione di cui al comma 1 non è obbligatoria e può essere omessa o differita (comma 2).

L'iter procedimentale, nella declinazione originaria, *ratione temporis* applicabile alla fattispecie, è disciplinato dall'art. 4 e ss. e prevedeva, per quanto qui di interesse, la trasmissione, da parte dei datori di lavoro degli operatori di interesse sanitario che svolgono la loro attività nelle strutture sanitarie, sociosanitarie e socio-assistenziali, dell'elenco dei propri dipendenti con qualifica ed indicazione del luogo di rispettiva residenza, alla regione o alla provincia autonoma nel cui territorio operano i medesimi dipendenti; la verifica dello stato vaccinale da parte di regioni e province autonome, per il tramite dei servizi informativi vaccinali; la segnalazione all'ATS dei nominativi dei soggetti che non risultano vaccinati; l'invito di ATS a presentare documentazione comprovante l'insussistenza dei presupposti per l'assolvimento dell'obbligo vaccinale e, alla scadenza del termine, l'invito all'interessato a sottoporsi alla somministrazione del vaccino, con indicazione dei termini e modalità entro i quali adempiere.

Una volta decorsi i termini per l'attestazione dell'adempimento dell'obbligo vaccinale, l'ATS competente accerta l'inosservanza dello stesso, dandone immediata comunicazione scritta all'interessato ed al datore di lavoro. L'adozione dell'atto di accertamento da parte dell'ATS 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. Ricevuta tale comunicazione, il datore di lavoro era tenuto, laddove possibile, ad adibire il lavoratore a mansioni, anche inferiori, diverse da quelle indicate al comma 6, con il trattamento corrispondente alle mansioni esercitate e che, comunque, non implicano rischi di diffusione del contagio. Quando l'assegnazione a mansioni diverse non era possibile, per il periodo di sospensione di cui al comma 9 non erano dovuti la retribuzione né altro compenso o emolumento, comunque denominato.

Risulta, in evidenza, come la procedura introdotta dal d.l. 44/2001 non sia stata rispettata nei confronti della .

Nella stessa ordinanza oggetto di reclamo viene, difatti, riconosciuta la circostanza che, nel caso dell'odierna ricorrente, siano stati omessi gli obblighi informativi previsti dall'art. 4 comma 5 d.l. cit. (invito all'interessato, effettuato dall'ATS, a produrre la documentazione comprovante l'effettuazione della vaccinazione, l'omissione o il differimento della stessa ai sensi del comma 2, la presentazione della richiesta di vaccinazione o l'insussistenza dei presupposti per l'obbligo vaccinale, ricorrendo una fattispecie di esenzione, con successivo formale invito all'interessato a sottoporsi alla somministrazione del vaccino anti SARS-CoV-2).

Diversamente da quanto opinato in prime cure, ritiene il Collegio come il vizio procedurale in questione non possa che ridondare in illegittimità del provvedimento di sospensione assunto, indipendentemente dall'esistenza di una espressa previsione di chiusura che annetta tale sanzione all'inosservanza delle scansioni procedurali.

La peculiare procedimentalizzazione dell'*iter* deputato a garantire l'ottemperanza all'obbligo vaccinale è, difatti, fondamentale presidio di garanzia in favore del lavoratore che, in tale specifico ambito, ha facoltà di comprovare la sussistenza di fattispecie di esonero dall'obbligo vaccinale e, anteriormente alla modifica, operata dall'art. 1 comma 1 lett. b) d.l. 172/2021, in attesa di conversione, poteva beneficiare dell'eventuale esperimento dell'onere di *repechage* da parte del datore di lavoro, al fine di contemperare la tutela della salute pubblica (art. 32 cost.) e la sicurezza sul luogo di lavoro con il fondamentale diritto al lavoro ed alla retribuzione (art. 36 cost.).

Ciò detto con riferimento al *fumus boni iuris*, ritiene infine, il Collegio, la concorrente sussistenza, nel caso di specie, dell'estremo del *periculum in mora*.

Consta che alla reclamante, beneficiaria di congedo retribuito per assistenza al genitore in situazione di gravità, sia stata omessa l'erogazione della retribuzione a decorrere dall'adozione del provvedimento di sospensione in questa sede censurato.

Premesso che, secondo un orientamento della giurisprudenza di legittimità (cfr. Cass. civ., sez. lav., 2/9/1997, n. 8373) il regime di inammissibilità della tutela cautelare d'urgenza, ordinariamente riconosciuto per i crediti pecuniari, trova eccezione nel caso di crediti di lavoro, nella misura in cui i proventi dell'attività lavorativa siano necessari ad assicurare il bene dell'esistenza libera e dignitosa, presidiato dall'art. 36 cost., potendo derivare dal loro ritardato soddisfacimento un pregiudizio non riparabile altrimenti, evenienza ricorrente nel caso di specie, risultando la [REDACTED] coniugata e madre di due figli ed avendosi evidenza dello stato di disoccupazione del coniuge della stessa (doc. 5 fascicolo parte ricorrente art. 700 c.p.c.), il particolare regime lavorativo, all'atto del provvedimento di sospensione, informa l'assunto del pericolo di pregiudizio grave ed irreparabile di ulteriori e decisivi elementi.

Le finalità che si appuntano in capo alla retribuzione per congedo assistenziale, la cui erogazione risulta indebitamente negata alla [REDACTED], per il periodo di sospensione conseguente al provvedimento di ATS, esorbitano, difatti, la sfera economico patrimoniale per impingere aspetti attinenti la sfera della personalità della lavoratrice, ed in particolare gli aspetti di cura ed assistenza endofamiliare, prioritariamente tutelati dall'istituto del congedo retribuito, di cui la [REDACTED] risultava beneficiaria.

Per quanto sopra esposto ed illustrato il reclamo merita accoglimento con la conseguenza che, in riforma dell'ordinanza *ex art. 700 c.p.c.* pronunciata in data 27/10/2021, disapplicato il provvedimento di sospensione dal lavoro prot. n. 868 del 17/9/2021, andrà ordinata l'immediata riammissione di [REDACTED] [REDACTED] in servizio, ai soli fini della fruizione del congedo retribuito per assistenza di genitore in condizioni di gravità, e la corresponsione delle retribuzioni non corrisposte dalla data di sospensione alla data del provvedimento, maggiorate di interessi e rivalutazione dal dovuto al saldo effettivo. All'accoglimento del reclamo consegue la regolamentazione delle spese di lite della fase cautelare e del presente reclamo secondo soccombenza, come da liquidazione analitica in dispositivo.

P.Q.M.

Accoglie il reclamo proposto da [REDACTED] e, per l'effetto, in riforma dell'ordinanza *ex art. 700 c.p.c.* pronunciata in data 27/10/2021, disapplicato il provvedimento di sospensione dal lavoro prot. n. 868 del 17/9/2021:

ordina l'immediata riammissione di [REDACTED] in servizio, ai soli fini della fruizione del congedo retribuito per assistenza di genitore in condizioni di gravità, e la corresponsione, in favore della lavoratrice, delle retribuzioni non corrisposte dalla

data di sospensione alla data del presente provvedimento, maggiorate di interessi e rivalutazione dal dovuto al saldo effettivo;

condanna le reclamate, in solido tra loro, al pagamento, in favore della reclamante, delle spese di lite della fase cautelare e del presente reclamo, che liquida in € 2.500,00 per la fase cautelare ed € 3.000,00 per la fase di reclamo, oltre accessori di legge, da distrarsi in favore del procuratore dichiaratosi antistatario.

Si comunichi.

21/12/2021

Il Giudice rel.

Antonio Lombardi

Il Presidente

Maria Grazia Cassia