



TRIBUNALE ORDINARIO di BRESCIA
lavoro, previdenza ed assistenza obbligatoria

Nel ricorso ex art.700 c.p.c. promosso *ante causam* iscritto al n. r.g. **1445/2021**

Il Giudice del Lavoro dott. [REDACTED]
a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 14/10/2021,
ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

Esaminati gli atti ed i documenti di causa

Sentite le parti

Inutilmente espletato il tentativo di conciliazione

RILEVATO CHE

[REDACTED], premesso di essere dipendente a tempo indeterminato della [REDACTED] e di svolgere la propria attività lavorativa presso la Rsa [REDACTED] con mansione di Operatore Socio Sanitario, ha chiesto in via principale di *“accertare e dichiarare, per le causali di cui alla superiore narrativa, la nullità, invalidità/illegittimità, infondatezza e sproporzionalità del provvedimento di sospensione dal servizio e dalla retribuzione adottati dalla [REDACTED] [REDACTED] avvenuto senza il rispetto del procedimento previsto dal D.L. 44/21 conv. in L. 76/21, e/o per violazione delle norme costituzionali e internazionali indicate nella parte motiva e pertanto illegittimo e, per l'effetto:*

▪ *condannare la [REDACTED] all'immediata reintegra del Sig. [REDACTED] nel proprio posto di lavoro, con le medesime mansioni e la stessa qualifica ed alla corresponsione di quanto dovutogli a titolo di retribuzione ed oneri accessori, a decorrere dall'effetto dell'intervenuto provvedimento di sospensione e fino alla data della effettiva riammissione in servizio, il tutto oltre interessi .“*

[REDACTED] esponeva in fatto:

- di aver ricevuto una raccomandata dalla ATS di Brescia con invito a sottoporsi alla vaccinazione anticovid-19 ex D.L. 44/21 e successivamente un avviso di giacenza per una seconda raccomandata (ved. allegati sub. docc. 5a e 5b), ritirata presso l'Ufficio Postale in data 16.08.2021, contenente un secondo invito a sottoporsi alla vaccinazione di cui al D.L. 1 aprile 2021 n. 44, convertito in Legge 28.05.2021 n. 76;
- di aver comunicato in data 18.08.2021 a mezzo PEC, tramite il suo legale, alla Regione Lombardia, alla ATS di Brescia, alla [REDACTED] ed alla RSA [REDACTED] di aver prenotato l'appuntamento vaccinale per il successivo 31 agosto 2021 (ved. allegato doc. 9) con missiva del seguente letterale tenore : *“ Il mio assistito lavora come OSS (operatore socio-sanitario) presso*

██████████, Via ██████████ a Brescia, sede di lavoro Rsa ██████████ a Brescia. Facendo seguito alla comunicazione ATS di Brescia del pervenuta al mio assistito a mezzo racc. a/r in data 27.07.2021 (lasciato avviso), ritirata presso gli Uffici Postali in data 16.08.2021, riferisco che il sig. ██████████ ha provveduto a prenotare on-line alla apposita sezione operatori sanitari della regione Lombardia, codice prenotazione ██████████ l'appuntamento per la somministrazione della prima dose del vaccino che è stata fissata per il giorno 31.08.2021 p.v. presso il Centro Vaccinale Covid Fiera Brescia, in via Caprera n. 5, fascia oraria 19,00-20,00. Pertanto, date le superiori premesse invito le SS.VV. in indirizzo a prendere atto della situazione come sopra descritta. Si allega ricevuta prenotazione vaccino.”;

- di aver ricevuto in data 20 agosto 2021 una lettera (ved. allegati sub. docc. 10-11) a firma del Direttore Generale della ██████████ con la quale si disponeva la sua sospensione immediata dall'attività lavorativa con la seguente motivazione *“In considerazione di quanto ricevuto in data 18 agosto 2021 sono con la presente ad informare che gli esercenti professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario...possono recarsi direttamente... ai centri vaccinali anti-covid per sottoporsi alla vaccinazione senza prenotazione. Alla luce di quanto sopra, visti i colloqui intercorsi con il Medico competente in occasione della sua ultima visita di sorveglianza sanitaria, in attesa della somministrazione del vaccino anti-covid le comunico la sospensione dall'attività lavorativa senza retribuzione con effetto immediato stante l'impossibilità di adibirla ad altra mansione”*;

- di essere stato, in seguito alla visita del competente medico del lavoro, ritenuto idoneo allo svolgimento della mansione lavorativa a far data dal 11.06.2021 e fino al 11.06.2023 (ved. allegato sub. doc. 12).

- di non avere un patrimonio sufficiente a far fronte al mantenimento dei propri congiunti (moglie, figlio di 1 anno e suocera a carico ved. sub. doc. 13) a cui provvedeva con la propria retribuzione;

- di dover inoltre far fronte mensilmente al pagamento della rata del mutuo (ved. allegato sub. doc. 14) e di due finanziamenti in corso di pagamento (ved. allegati sub. docc. 15-16), lamentava che l'impossibilità di lavorare anche in mansioni diverse comprometteva in modo radicale il suo diritto a svolgere la propria personalità mediante l'attività lavorativa con un irreversibile degrado lavorativo e psicologico;

██████████ per quanto di interesse ai fini del presente giudizio, esponeva in diritto:

- la sospensione era stata irrogata senza il rispetto del procedimento previsto dalla normativa (emessa per un evento eccezionale) e quindi in violazione delle prescrizioni dell'art. 4, comma 6, del D.L. 44/21 conv. in L. 76/21, sicché era affetta da nullità, illegittimità, irragionevolezza e sproporzionalità;

- il datore di lavoro non poteva e non doveva sospendere il lavoratore con un accertamento interno prima del termine della procedura;

- la datrice di lavoro aveva addirittura escluso totalmente anche la possibilità di adibirlo a mansioni inferiori, anche diverse, con il trattamento economico corrispondente alle mansioni esercitate, comunque non implicanti rischi di diffusione del contagio;

- non era stato in alcun modo considerato che aveva provveduto a fissare un appuntamento per la somministrazione del vaccino anti-covid19 per come previsto dallo stesso art. 4 del D.L. n. 44/21 che introduce l'obbligo di vaccinazione per il personale sanitario. A nulla rilevava il riferimento, contenuto nella lettera di sospensione sopra richiamata, alla previsione normativa secondo la quale la

L. 76/21 di conversione del decreto legge n. 44/21, prevede che gli esercenti professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario “possano” recarsi direttamente ai centri vaccinali anti-covid per sottoporsi alla vaccinazione senza prenotazione, posto che si tratta proprio di una facoltà (“possono”) e non di un obbligo cogente;

- di aver quindi ottemperato ai suoi obblighi come dimostrava la circostanza che aveva inviato la comunicazione della prenotazione vaccinale prima della conclusione dell’iter previsto dalla sopracitata legge;

- in via subordinata contestava con diffusa argomentazione la legittimità dell’obbligo vaccinale introdotto alle luce delle disposizioni della Costituzione Italiana e delle norme sovranazionali e rilevava la natura discriminatoria della sospensione dei soggetti non vaccinati.

La parte convenuta nel costituirsi in giudizio, dopo aver genericamente contestato con una clausola di stile “*tutto quanto dedotto ed eccepito nell’atto introduttivo del presente giudizio, poiché infondato in fatto e in diritto*”, ha invece confermato la successione degli eventi come narrati dal ricorrente e cioè che aveva ricevuto la comunicazione con cui il lavoratore preannunciava l’adempimento dell’obbligo vaccinale e di aver, in risposta, inoltrato missiva di sospensione a tempo indeterminato. Inoltre ha evidenziato in fatto:

- di essere un ente multiservizi che eroga servizi socio sanitari assistenziali alla popolazione anziana fragile in regime domiciliare, semiresidenziale e residenziale e che, tra le strutture gestite, vi è, appunto, la RSA [REDACTED] cui era stato addetto, fin dalla sua assunzione [REDACTED];

- [REDACTED] si è sempre occupato di fornire assistenza di base ai pazienti, effettuando interventi di tipo igienico-sanitario quali, ad esempio, la vestizione, la cura e l’igiene personale degli anziani, la mobilitazione, l’alimentazione.

La parte resistente ha contestato in diritto la sussistenza dei due requisiti necessari per la emanazione di un provvedimento di urgenza. In particolare:

a) quanto al *fumus boni juris* sottolineava che il ricorrente non si era ancora vaccinato e che era intervenuto nelle more del giudizio l’atto di accertamento di ATS del 05.10.2021 (ved sub. allegato doc. 8) con il quale era stata accertata l’inosservanza dell’obbligo vaccinale: “*Considerato che la scrivente ATS ha dato esecuzione alle previsioni di cui al comma 5 del citato art. 4, invitando formalmente la S.V. ad adempiere a quanto ivi prescritto mediante due inviti formalizzati con raccomandata a-r/pec; Preso atto che non risulta agli atti della scrivente Amministrazione che la S.V. abbia adempiuto a quanto prescritto dalla legge e a ciò formalmente invitata dalla scrivente ATS. Ciò premesso, in relazione alla S.V. accerta l’inosservanza dell’obbligo vaccinale*”.

Tale provvedimento era stato emesso tardivamente da ATS solo in data **5 ottobre 2021** e la decisione di sospendere [REDACTED] era stata determinata dall’oggettiva impossibilità di adibirlo a mansioni diverse non disponendo di strutture aziendali ove collocare i dipendenti non vaccinati non essendo la stessa in grado di affidare mansioni che non prevedano contatti con l’utenza, come risultava dalla dichiarazione del Direttore Generale, [REDACTED] che allegava (ved. sub doc. 14)

b) quanto al *periculum in mora* evidenziava che il danno lamentato non era irreversibile in quanto suscettibile di riparazione economica e non avendo il lavoratore provato lo stato di indigenza;

- all’udienza del 14 ottobre 2021 è stato espletato il tentativo di conciliazione che non ha avuto esito positivo avendo il ricorrente richiesto di essere retribuito sino al 30 settembre 2021 e la parte convenuta offerto di versare la retribuzione sino al 31 agosto 2021

OSSERVA QUANTO SEGUE

- il ricorrente ha provato di aver tempestivamente comunicato alla datrice di lavoro, prima della irrogazione della sanzione della sospensione, l'appuntamento ottenuto per la sua vaccinazione in Brescia che sarebbe avvenuta di lì a pochi giorni (esattamente il 31 agosto 2021). Al riguardo a nulla rileva che al personale sanitario sia stata data la possibilità di accedere direttamente ai centri vaccinali, non essendovi alcun obbligo in tal senso e non essendo comunque neppure stato formulato tale invito al ricorrente da parte della datrice di lavoro prima della irrogazione della sospensione. Appare evidente, dalla semplice lettura della lettera in data 20 agosto 2021, che il legittimo comportamento del lavoratore (la prenotazione della vaccinazione) sia stato, invece, valutato in senso negativo come teso alla procrastinazione di tale evento e ciò nonostante l'art. 4 del DL n. 44/21 conv. in L.76/21 preveda invece anche per la AST l'obbligo di sospendere l'iter "In caso di presentazione di documentazione attestante la richiesta di vaccinazione, l'azienda sanitaria locale invita l'interessato a trasmettere immediatamente e comunque non oltre tre giorni dalla somministrazione, la certificazione attestante l'adempimento all'obbligo vaccinale" (ved. comma 5 ultimo capoverso);
- in fatto è altresì incontestato che, al momento della disposta sospensione del ricorrente dal lavoro e dalla retribuzione, la procedura dell'art. 4, comma 6, del D.L. 44/21 conv. in L. 76/21 non si era conclusa né lo era alla data del deposito del ricorso in via d'urgenza (19 settembre 2021);
- è del pari incontestabile che è solamente l'Azienda Sanitaria che, verificato l'inadempimento secondo le disposizioni sopra richiamate, possa emettere un atto di accertamento ed inviarlo al datore di lavoro ed all'ordine professionale. Al riguardo la disposizione recita testualmente: "*Decorsi i termini di cui al comma 5, l'azienda sanitaria locale competente accerta l'inosservanza dell'obbligo vaccinale e, previa acquisizione delle ulteriori eventuali informazioni presso le autorità competenti, ne dà immediata comunicazione scritta all'interessato, al suo datore di lavoro e all'Ordine professionale di appartenenza. L'adozione dell'atto di accertamento da parte dell'azienda sanitaria locale 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*";
- come segnalato dalla stessa parte resistente tale accertamento è intervenuto in data 5 ottobre 2021 e quindi al momento della disposta sospensione (avvenuta con missiva in data 20 agosto 2021) l'iter procedimentale non si era concluso né avrebbe potuto concludersi che dopo il 3 settembre (essendo l'appuntamento stato fissato in data 31 agosto 2021);
- alla luce di quanto sopra esposto è evidente che il provvedimento di sospensione dall'attività lavorativa e della retribuzione ed in questa sede impugnato sia illegittimo;
- gli eventi successivi all'illegittima sospensione e cioè il motivo per il quale il lavoratore, ormai sospeso dal servizio e dalla retribuzione, abbia riconsiderato la sua decisione in merito alla vaccinazione sono estranei al tema del presente giudizio;
- analogamente del tutto irrilevanti sono le allegazioni di parte resistente in merito alle vicende antecedenti l'introduzione dell'obbligo vaccinale e della procedura per attestare il mancato rispetto dell'obbligo vaccinale;
- la parte convenuta, nella missiva del 20 agosto 2021, ha allegato di non poter assegnare al lavoratore mansioni che non implicino contatti interpersonali che comportino il rischio di diffusione del contagio. Tuttavia tale valutazione non poteva essere operata a quella data in quanto recita testualmente la legge in esame al comma 6 "*Decorsi i termini ((per l'attestazione dell'adempimento dell'obbligo vaccinale)) di cui al comma 5, l'azienda sanitaria locale competente accerta l'inosservanza dell'obbligo vaccinale e, previa acquisizione delle ulteriori eventuali informazioni*

presso le autorità competenti, ne dà immediata comunicazione scritta all'interessato, al datore di lavoro e all'Ordine professionale di appartenenza. L'adozione dell'atto di accertamento da parte dell'azienda sanitaria locale 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. 7. La sospensione di cui al comma 6 è comunicata immediatamente all'interessato dall'Ordine professionale di appartenenza. 8. Ricevuta la comunicazione di cui al comma 6, il datore di lavoro adibisce il lavoratore, ove possibile, 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 è possibile, (per il periodo di sospensione di cui al comma 9 non sono dovuti la retribuzione né altro compenso) o emolumento, comunque denominato”;

- è quindi del tutto evidente che sino al 5 ottobre 2021 non solo la sospensione dal lavoro, ma altresì l'omesso versamento della retribuzione si appalesino come determinazioni illegittime non avendo previsto la normativa emanata la possibilità per il datore di lavoro di autonomamente pronunciarsi sulla sospensione e neppure di omettere il versamento della retribuzione, in assenza dell'accertamento dell'AST. Né il ritardo con il quale l'AST avrebbe provveduto ad emettere il provvedimento (secondo la prospettazione di parte resistente) può essere posto a carico del lavoratore;

- nella memoria di costituzione la datrice di lavoro ha sostenuto, in modo del tutto inconferente alla fattispecie in esame che il ricorrente “oggi vorrebbe far ricadere sul datore di lavoro le conseguenze di una sua scelta personale. 19. Si ricordi, sul punto, che sussiste in capo al lavoratore un obbligo di diligenza, sicché il lavoratore anche nei comportamenti extralavorativi deve attenersi ai principi di correttezza e buona fede, sì da non danneggiare il datore di lavoro”, quando, invece, è stato provato che è la parte convenuta che non si è attenuta né alle disposizioni di legge sopra richiamate, né a quei principi di correttezza e buona fede che ora invoca essendo ben consapevole (come evidenzia il tenore della missiva inoltrata) di porre in essere una condotta che la legge addirittura vietava, vieppiù in presenza di una prenotazione per la vaccinazione prevista a distanza di 10 giorni;

- sempre nell'atto di costituzione in giudizio la parte resistente ha ribadito di non poter assegnare il lavoratore neppure dopo il 5 ottobre 2021 a mansioni diverse, avendo alle proprie dipendenze solamente il personale socio sanitario assistenziale, limitandosi a produrre una relazione del Direttore Generale (dott. ██████████ che citava quale unico teste) ed un elenco delle figure presenti nelle strutture nel periodo 20 agosto 2021 - 25 agosto 2021 (ved. doc. 9) ed allegando di aver “esternalizzato tutti i servizi di carattere alberghiero ristorazione (doc. 10) lavaggio biancheria e indumenti (doc. 11 e 12) pulizie e sanificazione ambientale (doc. 13) manutenzione ordinaria e straordinaria, manutenzione aree verdi, etc...”;

- dalla sopracitata lista dei dipendenti (peraltro del tutto parziale stante il ristretto periodo di riferimento) risulta comunque la presenza di figure diverse rispetto a quelle del personale medico, infermieristico e socio sanitario in genere, anche escludendo il personale che richiede una specifica professionalità che il ricorrente pacificamente non possiede (callista, barbiere e parrucchiere). Inoltre, analizzando gli altri documenti prodotti per dimostrare la esternalizzazione dei servizi, si evince che: 1- la parte convenuta ha chiesto in data 26 agosto 2021, quindi dopo aver sospeso dal servizio il ricorrente, la prosecuzione dei servizi esterni di ristorazione sino al 31 dicembre 2021 per tutte le sue strutture residenziali e semiresidenziali; 2- in data 15 giugno 2021 è stata disposta la proroga dei servizi di pulizia e sanificazione, anche della RSA in cui lavorava il ricorrente, sino al 31 dicembre 2021; 3- alcuna prova è stata offerta della allegata esternalizzazione degli altri servizi citati sia nella

relazione allegata che nella memoria e cioè servizi di manutenzione in genere e manutenzione del verde;

- ritiene quindi questo Giudice, da un lato, che parte ricorrente non abbia offerto la prova di aver adeguatamente assolto all'onere di repêchage vieppiù ove si consideri che gestiva vari servizi (anche domiciliari), ma addirittura che abbia offerto la prova di aver consapevolmente e sino al 31 dicembre 2021 (ved. le proroghe dei contratti sopraccitati) esternalizzato tutte le attività diverse da quelle tipiche socio sanitarie e quindi di fatto impedendo la piena operatività della norma di carattere eccezionale che prevedeva la salvaguardia del posto di lavoro anche dei lavoratori non vaccinati, seppur con mansioni diverse e/o inferiori;

- come esattamente rilevato dal Tribunale di Milano in data 15 settembre 2021 nella sentenza n. 2316/21 *“rappresentando la sospensione del lavoratore senza retribuzione l'extrema ratio vi è un preciso onere del datore di lavoro di verificare l'esistenza in azienda di posizioni lavorative alternative astrattamente assegnabili al lavoratore atte a preservare la condizione occupazionale e retributiva, da un lato, e compatibili, dall'altro, con la tutela della salubrità dell'ambiente di lavoro, in quanto non prevedenti contatti interpersonali con soggetti fragili o comportanti in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio da SARS COV-2. L'onere probatorio che grava sul datore di lavoro in caso di sospensione del rapporto per impossibilità temporanea della prestazione è dunque analogo a quello previsto per il caso di licenziamento per impossibilità definitiva della prestazione ...ed in ambedue i casi il datore di lavoro è onerato di non poter utilizzare il lavoratore in altra posizione di lavoro o in altre mansioni equivalenti o inferiori (Tribunale di Ravenna sez. lavoro n.276/17)“;*

- in conclusione neppure in corso di giudizio tale onere può dirsi assolto alla luce delle difese di parte resistente e della documentazione sopra analizzata e non avendo la datrice di lavoro neppure esaminato le posizioni presenti in organico astrattamente compatibili con il ricollocamento de ██████████ nel rispetto delle prescrizioni di sicurezza evidenziandone la impossibilità;

- la materia è stata nuovamente incisa delle modifiche introdotte con decreto legge n.122 del 10 settembre 2021, che all'articolo 2 recita al comma 1 *“Al decreto-legge 1° aprile 2021, n. 44, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 maggio 2021, n. 76, dopo l'articolo 4 è inserito il seguente: «Art. 4-bis (Estensione dell'obbligo vaccinale ai lavoratori impiegati in strutture residenziali, socio-assistenziali e socio-sanitarie). - 1. Dal 10 ottobre 2021, fino al 31 dicembre 2021, termine di cessazione dello stato di emergenza, l'obbligo vaccinale previsto dall'articolo 4, comma 1, si applica altresì a tutti i soggetti anche esterni che svolgono, a qualsiasi titolo, la propria attività lavorativa nelle strutture di cui all'articolo 1-bis.”* ed al comma 4: *”Agli esercenti le professioni sanitarie e agli operatori di interesse sanitario nonché ai lavoratori dipendenti delle strutture di cui all'articolo 1-bis si applicano le disposizioni di cui all'articolo 4, ad eccezione del comma 8, e la sospensione della prestazione lavorativa comporta che non sono dovuti la retribuzione ne' altro compenso o emolumento, comunque denominato, e mantiene efficacia fino all'assolvimento dell'obbligo vaccinale o, in mancanza, fino al completamento del piano vaccinale nazionale e comunque non oltre il 31 dicembre 2021, fermo restando quanto previsto dall'articolo 4, comma 10”;*

- alla luce di tale modifica legislativa non avendo, allo stato, il ricorrente aderito alla campagna vaccinale (circostanza incontestata) sussiste la preclusione normativa per l'esercizio da parte del ricorrente delle prestazioni per le quali è stato assunto e di qualsiasi altra mansione anche inferiore;

- quanto al *periculum in mora*, la natura alimentare della retribuzione unita alla circostanza (debitamente provata dal lavoratore con gli allegati al ricorso) di essere l'unico soggetto su cui grava il mantenimento della famiglia (la moglie risulta a carico e nel nucleo familiare è compreso un figlio

in tenera età), anche a prescindere dagli impegni di spesa pure documentati (per il mutuo e per dei finanziamenti), integra ad avviso della sottoscritta l'irreparabilità del danno. E' indubbio che, nel caso di specie, l'illegittimo omesso versamento della retribuzione nel periodo intercorrente fra il 20 agosto 2021 ed il 10 ottobre 2021 (data fino alla quale sarebbe stato possibile adibire il ricorrente a mansioni diverse anche inferiori per le quali non era previsto l'obbligo vaccinale) ha aggravato la già precaria situazione del lavoratore e della sua famiglia. E' infatti evidente, in considerazione del reddito annuo percepito, che l'omesso versamento della retribuzione ha di fatto posto il ricorrente nell'impossibilità di far fronte alle quotidiane esigenze di vita, essendo la retribuzione l'unica fonte di sostentamento per sé e per la propria famiglia, con la conseguente lesione di diritti costituzionalmente garantiti, in *primis* il diritto ad una esistenza dignitosa (ved. art.2 C., art.4 C., art.30 C, art. 36 C.).

- le spese del presente giudizio, liquidate come specificato in dispositivo, seguono la soccombenza e vanno fatte gravare su parte convenuta

P.Q.M.

dichiara l'illegittimità del provvedimento di collocamento di sospensione non retribuita del 20 agosto 2021 e per l'effetto:

condanna la parte convenuta al pagamento in favore del ricorrente delle retribuzioni maturate dalla data di sospensione alla data del 10 ottobre 2021 con interessi e rivalutazione sugli arretrati sino al saldo effettivo;

condanna la parte resistente a rifondere al ricorrente le spese di lite che liquida in complessive euro 1.200,00 oltre Iva Cpa e spese generali al 15% con distrazione a favore del difensore dichiaratosi antistatario.

Si comunichi.

Brescia , 25/10/2021

Il Giudice

████████████████████