



CONFINDUSTRIA

**Rassegna giurisprudenza
n. 6/2022**



Sommario

1. Proroga delle concessioni per la gestione del servizio idrico integrato.....	2
2. Licenziamenti economici: per la tutela dell'art. 18 non serve che l'insussistenza del fatto sia manifesta.....	6
3. Concessioni demaniali marittime e obbligo di gara pubblica.....	7
4. Alla Corte costituzionale la sospensione della retribuzione per violazione dell'obbligo vaccinale.....	11

1. Proroga delle concessioni per la gestione del servizio idrico integrato

La sentenza in Rassegna (Corte costituzionale, n. 119 del 2022) interviene in una materia rilevante, anche ai fini dell’attuazione del PNRR, come la proroga delle concessioni per la gestione del servizio idrico integrato. La questione è stata dichiarata inammissibile dalla Corte, in quanto il ricorrente (cioè il Presidente del Consiglio) non ha assolto all’onere argomentativo di chiarire il meccanismo attraverso il quale la disciplina dettata dal legislatore regionale si pone in contrasto con le norme evocate a parametro. Tuttavia, tra le pieghe della motivazione della Corte, emergono considerazioni utili ai fini dell’inquadramento della materia e dei rapporti tra diversi livelli di Governo.

Fatto

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 119 del 2022, si è pronunciata sull’art. 16 della legge della Regione Emilia-Romagna 21 ottobre 2021, n. 14 (Misure urgenti a sostegno del sistema economico ed altri interventi per la modifica dell’ordinamento regionale. Modifiche alle leggi regionali n. 2 del 1998, n. 40 del 2002, n. 2 del 2019, n. 9 del 2021 e n. 11 del 2021), dopo che il Presidente del Consiglio dei ministri ha promosso questioni di legittimità costituzionale per violazione dell’art. 117, secondo comma, lettere e) e s), della Costituzione, in relazione all’art. 149-bis del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 (Norme in materia ambientale).

Infatti, la normativa regionale impugnata prevede, al comma 1, che, al fine di consentire il rispetto delle tempistiche per la realizzazione degli interventi del servizio idrico integrato previsti dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), gli affidamenti del servizio in essere, conformi alla vigente legislazione, la cui scadenza sia antecedente alla data del 31 dicembre 2027, sono allineati a detta data. Secondo il Presidente del Consiglio dei ministri, tale previsione – pur al fine, condivisibile, di garantire il rispetto della tempistica di realizzazione degli interventi previsti nel PNRR – introdurrebbe un sostanziale meccanismo di proroga degli affidamenti del Servizio Idrico Integrato in essere, così violando l’art. 149-bis del d.lgs. n. 152 del 2006, il cui comma 1, primo periodo, dispone che l’ente di governo dell’ambito, nel rispetto del piano d’ambito di cui all’articolo 149 e del principio di unicità della gestione per ciascun ambito territoriale ottimale, delibera la forma di gestione fra quelle previste dall’ordinamento europeo provvedendo, conseguentemente, all’affidamento del servizio nel rispetto della normativa nazionale in materia di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica.

La disposizione regionale, pertanto, determinerebbe una invasione di competenze esclusive statali, che conferiscono all’ente di governo dell’ambito territoriale ottimale il compito di

effettuare la pianificazione d'ambito e di affidare il servizio sulla base delle regole del diritto dell'Unione europea.

Il Presidente del Consiglio dei ministri, offrendo una lettura costituzionalmente orientata del contesto normativo dianzi rassegnato, rileva anche che la normativa statale sarebbe ascrivibile alla "tutela della concorrenza", in ragione di un indirizzo costante della giurisprudenza costituzionale, che ricondurrebbe alla competenza esclusiva statale tanto la disciplina della tariffa del servizio idrico integrato, quanto le forme di gestione e le modalità di affidamento al soggetto gestore, riconoscendo pertanto che spetta allo Stato la disciplina del regime dei servizi pubblici locali, vuoi per i profili che incidono in maniera diretta sul mercato, vuoi per quelli connessi alla gestione unitaria del servizio.

Anche la Regione Emilia-Romagna si è costituita in giudizio, chiedendo che il ricorso sia dichiarato inammissibile o comunque non fondato. La difesa della Regione premette che in Emilia-Romagna, alla luce del quadro normativo statale e regionale, le Agenzie d'ambito hanno determinato la durata delle concessioni del servizio idrico integrato in ventiquattro anni. L'individuazione di questo termine, di molto inferiore, quanto alla durata, ad altre analoghe concessioni nel contesto nazionale, farebbe sì che la Regione si trovi ad affrontare nei prossimi immediati anni un grande numero di scadenze, proprio nella fase in cui lo sforzo massimo dovrà essere impegnato negli interventi specificamente previsti per il servizio idrico integrato dal Piano nazionale di ripresa e resilienza per la sicurezza e l'efficientamento delle reti idriche (dalla Misura M2C4 per un importo su scala nazionale, di 4,38 miliardi di euro). È per dare certezza e operatività alle gestioni, pertanto, che il legislatore regionale sarebbe intervenuto unificando la scadenza degli affidamenti in essere al 2027, salvo non fossero già in corso procedure di gara per il nuovo affidamento del servizio, queste ultime potendosi concludere in tempi non incompatibili con gli investimenti finanziati dal PNRR. Conseguentemente, il prolungamento della gestione al 2027 riguarderebbe le sole concessioni che hanno scadenze che maturano nel periodo di durata del PNRR, a fronte di concessioni del servizio la cui durata massima è, in base alle norme statali, trentennale.

La Regione Emilia-Romagna rileva, inoltre, da un lato, che lo stesso Governo ha riconosciuto come condivisibile lo scopo della norma impugnata e, dall'altro, che l'art. 16-bis del DL n. 152 del 2021 (c.d. "DL PNRR") ha provveduto alla proroga dell'affidamento del servizio idrico nella Regione Puglia per consentire l'utilizzo dei fondi messi a disposizione dal PNRR.

Secondo la Regione, inoltre, la normativa è funzionale a rendere possibili gli interventi di efficientamento della rete idrica previsti dal PNRR e sarebbe correlata alla finalità di tutela ambientale, visto che agevola la conservazione delle risorse idriche e il loro uso efficiente e non dispersivo. Inoltre, non sarebbe neppure lesiva della concorrenza, in quanto non determinerebbe alcuna significativa esclusione di nuovi operatori dal settore, trattandosi di un intervento giustificato dal perseguimento di un interesse generale e, comunque, rispondente ai principi di adeguatezza e proporzionalità, tanto più se si considera che l'art.

1, comma 2, del DL n. 77 del 2021 ha previsto che assume preminente valore l'interesse nazionale alla sollecita e puntuale realizzazione degli interventi inclusi nel PNRR.

In Emilia-Romagna, d'altro canto, gli affidamenti in corso del servizio idrico integrato avrebbero una durata media di ventiquattro anni, inferiore al termine massimo trentennale posto dalla legislazione statale, e la proroga disposta dalla normativa impugnata determinerebbe un limitato allungamento degli affidamenti, i quali tutti non oltrepasserebbero la durata massima prevista dalla legge statale: nemmeno sotto questo profilo si potrebbe sostenere che la disciplina regionale contrasti con i limiti posti dal legislatore statale a tutela della concorrenza.

Infine, la Regione sottolinea che le concessioni attive in Emilia-Romagna scadranno tutte, tranne una, nel 2025, mentre nel resto del territorio nazionale scadranno a partire dal 2025: il che porrebbe la Regione in particolare difficoltà con gli interventi previsti dal PNRR, perché essa si troverebbe a bandire e dovere gestire le procedure di gara relative a ben dodici concessioni proprio nello stesso periodo in cui sono previsti gli interventi finanziati dal Piano, là dove, nella massima parte delle altre realtà regionali, questo problema non si pone, in quanto le concessioni vanno a scadenza successivamente al PNRR.

Diritto

La Corte costituzionale dichiara che l'eccezione d'inammissibilità del ricorso, sollevata dalla difesa regionale sotto vari profili, è fondata.

La Corte ha infatti da tempo affermato che l'esigenza di un'adeguata motivazione a fondamento dell'impugnazione si pone in termini ancora più rigorosi nei giudizi proposti in via principale rispetto a quelli instaurati in via incidentale. Il ricorrente, pertanto, ha non solo l'onere di individuare le disposizioni impugnate e i parametri costituzionali dei quali lamenta la violazione, ma anche quello di allegare, a sostegno delle questioni proposte, una motivazione non meramente assertiva. Il ricorso deve cioè contenere l'indicazione delle ragioni per le quali vi sarebbe il contrasto con i parametri evocati e una, sia pur sintetica, argomentazione a supporto delle censure.

Il Presidente del Consiglio dei ministri non ha assolto all'onere argomentativo di chiarire il meccanismo attraverso il quale la disciplina dettata dal legislatore regionale si pone in contrasto con le norme evocate a parametro e, in particolare, con l'art. 149-bis cod. ambiente.

Il ricorso in via principale, infatti, non può limitarsi a indicare le norme costituzionali e ordinarie, la definizione del cui rapporto di compatibilità o incompatibilità costituisce l'oggetto della questione di costituzionalità, ma deve contenere anche una argomentazione di merito, sia pure sintetica, a sostegno della richiesta declaratoria di incostituzionalità, poiché altrimenti la censura si presenta meramente assertiva, in quanto non espone alcun argomento di merito che specifichi il contrasto ravvisabile con la disposizione regionale impugnata.

Né l'onere di motivare adeguatamente le questioni di legittimità costituzionale può considerarsi soddisfatto dalla mera evocazione, ad opera del ricorrente, della giurisprudenza costituzionale che ha ascritto l'art. 149-bis cod. ambiente alla "tutela della concorrenza". La Corte, infatti, è giunta a questa conclusione sulla base della circostanza che a tale titolo di competenza devono essere ricondotte la disciplina della tariffa del servizio idrico integrato, le forme di gestione e le modalità di affidamento al soggetto gestore. Il Presidente del Consiglio dei ministri avrebbe, quindi, dovuto esporre le ragioni per le quali la normativa regionale impugnata – che incide sulla durata di alcuni degli affidamenti in essere del servizio idrico integrato – sarebbe ascrivibile a quei medesimi ambiti materiali di potestà legislativa esclusiva statale, regolati in tutto o in parte dal richiamato art. 149-bis cod. ambiente. Ciò sarebbe stato tanto più necessario in considerazione della circostanza, espressamente rilevata dalla difesa regionale, per cui della durata degli affidamenti del servizio idrico integrato si occupa altra disposizione dettata dal legislatore statale – l'art. 151, comma 2, lettera b), cod. ambiente – che, però, non è stata richiamata nel ricorso.

Priva di motivazione, inoltre, è la questione di legittimità costituzionale promossa per violazione della potestà legislativa esclusiva statale in materia di "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema", in quanto ci si è limitati a dare conto del contenuto normativo della disciplina regionale e di quella statale, senza però illustrare le relative ragioni di contrasto e, sotto questo profilo, senza neppure evocare giurisprudenza costituzionale sul punto.

Le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 16 della legge reg. Emilia-Romagna n. 14 del 2021 sono dunque dichiarate inammissibili dalla Corte costituzionale.

2. Licenziamenti economici: per la tutela dell'art. 18 non serve che l'insussistenza del fatto sia manifesta

Con la sentenza n. 125 del 2022, la Corte costituzionale ha dichiarato che, ai fini della tutela dell'articolo 18, nel testo modificato dalla riforma Fornero, il giudice non è tenuto ad accertare che l'insussistenza del fatto posto a base del licenziamento economico sia "manifesta". In tal modo, la Corte corregge la norma sul licenziamento per giustificato motivo oggettivo, ritenendo che, nelle controversie che afferiscono a questa fattispecie, la valutazione sul carattere "manifesto" o meno della insussistenza del fatto porta a un "aggravio irragionevole e sproporzionato" sull'andamento del processo. Pertanto, all'indeterminatezza del requisito si affiancherebbe un'irragionevole complicazione sul fronte processuale.

Per un'analisi puntuale del contenuto della decisione e delle conseguenze, sul piano operativo, per le imprese, si rinvia agli approfondimenti in corso da parte dell'Area Lavoro e Welfare di Confindustria.

3. Concessioni demaniali marittime e obbligo di gara pubblica

Con la sentenza n. 913 del 2022, il TAR Campania ha affermato che l'atto di sottomissione per occupazione anticipata di area demaniale marittima per posa ombrelloni, adottato senza previo espletamento di gara ad evidenza pubblica e preceduto dal rilascio di concessione per la posa di ombrelloni ad uso temporaneo, del pari avvenuto in assenza di procedura di evidenza pubblica, è illegittimo in quanto contrario ai principi legislativi e giurisprudenziali sulla concorrenza. L'Amministrazione, autorizzando l'anticipata occupazione, ha di fatto consentito alla concessionaria di ottenere la concessione demaniale della spiaggia per un'intera stagione estiva, completando così il periodo oggetto della richiesta di rilascio della concessione demaniale e creando in tal modo effetti definitivi e non anticipatori della concessione demaniale. I proprietari o detentori di immobili prossimi all'area oggetto di concessione – attesa la più alta probabilità che gli stessi, rispetto ad altri, possano recarsi a fini di balneazione nel tratto di spiaggia suddetto – sono annoverabili tra i soggetti titolari di un interesse differenziato e qualificato, affinché sia adeguatamente garantita la libera balneazione, rapportando quindi tale esigenza alla situazione effettiva delle persone e all'esistenza di spiagge sufficienti a soddisfare il bisogno collettivo.

Fatto e diritto

I ricorrenti, premesso di essere proprietari di villette e appartamenti siti in San Mauro Cilento, direttamente sul mare, hanno dedotto che insieme ai restanti condomini, da oltre venti anni hanno ininterrottamente accesso diretto dalle loro proprietà alla antistante spiaggia libera, tramite una stradina e scalette private; l'amministrazione del Parco, inoltre (e quindi i ricorrenti) negli anni recenti ha costantemente curato e pulito il predetto tratto di spiaggia, anche con uso di macchinari meccanici, giusta autorizzazione comunale; tuttavia, nel maggio 2019, il Comune di San Mauro Cilento ha pubblicato all'albo pretorio un avviso col quale rendeva noto che una società aveva presentato istanza di rilascio di una concessione demaniale per il periodo 25 maggio-30 settembre, per l'apposizione di ombrelloni e lettini, invitando i soggetti interessati a presentare opposizione nel termine di 10 giorni. L'amministratore del Parco formalizzava la propria opposizione al rilascio della concessione;. Secondo il TAR, il ricorso è fondato e deve essere accolto, sia pure con alcuni limiti e precisazioni.

Quanto all'interesse a ricorrere avverso la concessione demaniale, la giurisprudenza si è già pronunciata a favore della legittimazione ad agire in capo al soggetto proprietario di immobili ubicati in prossimità del sito oggetto della concessione.

Sotto diversa angolazione si consideri che i ricorrenti, quali proprietari o detentori di immobili prossimi all'area oggetto di concessione, sono sicuramente annoverabili tra i soggetti titolari di un interesse differenziato e qualificato – attesa la più alta probabilità che gli stessi, rispetto ad altri, possano recarsi a fini di balneazione nel tratto di spiaggia suddetto – affinché sia adeguatamente garantita la libera balneazione, rapportando quindi tale esigenza alla situazione effettiva delle persone e all'esistenza di spiagge sufficienti a soddisfare il bisogno collettivo. Pertanto, la lesione della propria posizione consisterebbe, altresì, nella sottrazione di spazi destinati alla libera balneazione.

Non si rivela meritevole di condivisione neanche l'eccezione di improcedibilità del ricorso, dovendosi ritenere sussistente l'interesse dei ricorrenti alla definizione del giudizio quanto meno sul piano risarcitorio per la perdita della stagione balneare 2019.

Invero, come statuito dalla giurisprudenza, deve essere necessaria (e quindi, sufficiente) in proposito la presentazione nel giudizio (anche) di una mera richiesta di parte, avanzata in ogni tempo, espressiva dell'interesse a un accertamento strumentale alla pretesa risarcitoria anche futura. Peraltro, deve ritenersi sussistente l'interesse dei ricorrenti anche in vista dei successivi provvedimenti che l'Amministrazione dovrà adottare per le future concessioni per le stagioni balneari a venire.

Nel merito, può richiamarsi la consolidata giurisprudenza, che è univoca nell'affermare che, in base al principio comunitario di concorrenzialità, le concessioni demaniali, in quanto concernenti beni economicamente contendibili, devono essere affidate mediante procedura di gara. Pertanto, per l'affidamento del relativo contratto (attivo e non passivo) è necessario e sufficiente, in assenza di specifici autovincoli posti dalla PA, il rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica. Segnatamente, come rilevato dal Consiglio di Stato, ogni procedura di evidenza pubblica volta all'adozione comparativa di provvedimenti ampliativi dev'essere sorretta da idonei criteri predeterminati di selezione delle proposte che, nella specie, sono del tutto mancati.

Conformemente ai principi del diritto europeo, come desumibili anche dalla giurisprudenza della CGUE, la concessione della gestione di arenili per finalità turistico-ricreative deve rispondere a criteri di imparzialità, trasparenza e par condicio: la normativa, in particolare, subordina il rilascio di concessioni demaniali marittime all'espletamento di procedure selettive ad evidenza pubblica.

Anche laddove si potesse configurare un procedimento volto all'adozione di provvedimenti ampliativi privo dei necessari criteri predeterminati, in ogni caso la comparazione delle proposte dovrebbe avvenire con provvedimento congruamente ad approfonditamente motivato circa le specifiche ragioni di preferenza.

Come rilevato dal Consiglio di Stato, d'altro canto, il rilascio delle concessioni demaniali marittime implica l'espletamento di una procedura comparativa ad evidenza pubblica nel rispetto dei principi di parità di trattamento, imparzialità e trasparenza. Le concessioni hanno

come oggetto beni economicamente contendibili, limitati nel numero e nell'estensione, che, pertanto, possono essere dati in concessione ai privati a scopi imprenditoriali solo attraverso un confronto concorrenziale governato dai principi generali relativi ai contratti pubblici. Inoltre, le norme italiane che prorogano in modo automatico le concessioni demaniali marittime sono in contrasto con il diritto europeo e, pertanto, vanno disapplicate" (Consiglio di Stato del 9 novembre 2021, sentenze nn. 17 e 18).

Recentemente la giurisprudenza è giunta ad un livello massimo di apertura, rilevando che l'obbligo di espletare una procedura concorsuale sussiste anche nei casi in cui non siano state formulate preventivamente istanze per il conseguimento del bene della PA, atteso che l'interesse all'utilità economica del rapporto concessorio potrebbe manifestarsi solo in seguito all'avvio di una procedura di evidenza pubblica.

Per tali ragioni, risulta quindi fondata la censura di violazione di legge, dal che discende l'accoglimento del ricorso con conseguente annullamento della concessione demaniale in data.

Il successivo atto di sottomissione per occupazione anticipata di area demaniale marittima per posa ombrelloni del Comune di San Mauro Cilento, oltre ad essere affetto dal vizio di illegittimità derivata, dimostra ancor più l'elusione delle norme e dei principi legislativi e giurisprudenziali, atteso che con l'emissione dei due provvedimenti impugnati, l'Amministrazione ha di fatto consentito alla società di ottenere la concessione demaniale della spiaggia per l'intera stagione estiva 2019.

Quindi, noncurante della normativa vigente in materia, il Comune ha autorizzato l'anticipata occupazione, creando effetti definitivi e non anticipatori della concessione demaniale. Deve pertanto essere annullato anche l'atto di sottomissione per occupazione anticipata di area demaniale marittima per posa ombrelloni del Comune di San Mauro Cilento.

Riassumendo la questione, in altre parole, il giudice amministrativo ha annullato una concessione demaniale rilasciata senza gara e a seguito della semplice pubblicazione al riguardo di un avviso nell'albo pretorio comunale. Proprio a seguito della pubblicazione dell'Avviso, i proprietari di alcune villette antistanti il tratto di spiaggia oggetto della concessione avevano presentato ricorso.

Anche nel caso in cui non siano state formulate preventivamente altre istanze di concessione, le PA sono tenute a rilasciare le concessioni balneari tramite gara, dato che l'interesse alla utilità economica del rapporto concessorio potrebbe manifestarsi solo in seguito all'avvio di una procedura di evidenza pubblica.

In relazione alla concessione, il TAR ha ricordato che, in base al principio di concorrenzialità, le concessioni demaniali, in quanto concernenti beni economicamente contendibili, devono essere affidate mediante procedura di gara.

In questo caso, non solo il Comune non ha pubblicato un bando di gara per il tratto balneare oggetto della concessione, ma ha persino respinto la domanda di accesso civico agli atti da



parte dei proprietari delle villette antistanti la spiaggia, violando anche i principi di trasparenza della pubblica amministrazione.

4. Alla Corte costituzionale la sospensione della retribuzione per violazione dell'obbligo vaccinale

Secondo il TAR Lombardia (ordinanza n. 1397 del 2022) è rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 4, comma 5, del DL n. 44 del 2021 e successive modificazioni, nella parte in cui dispone che “per il periodo di sospensione dall'esercizio della professione sanitaria non sono dovuti la retribuzione né altro compenso o emolumento, comunque denominato”, per contrasto con i principi di ragionevolezza e di proporzionalità, di cui all'articolo 3 della Costituzione, anche in riferimento alla violazione dell'articolo 2 della Costituzione.

Fatto e diritto

Dal 1° aprile del 2010 la ricorrente svolge un'attività lavorativa alle dipendenze di un'Azienda socio-sanitaria territoriale (ASST), con contratto di lavoro a tempo pieno ed indeterminato.

Con atto del 9 settembre 2021, l'ATS – Agenzia di tutela della salute della Città metropolitana di Milano ha accertato che la ricorrente non ha ottemperato all'obbligo vaccinale imposto agli esercenti le professioni sanitarie ed agli operatori di interesse sanitario dall'articolo 4, comma 1, del DL n. 44 del 2021, convertito nella legge n. 76 del 2021.

L'ASST ha comunicato alla ricorrente 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.

La ricorrente ha domandato l'annullamento sia dell'atto con il quale l'ATS ha accertato l'inosservanza dell'obbligo vaccinale che della comunicazione con la quale l'ASST l'ha sospesa dall'attività lavorativa,

L'articolo 4 del DL n. 44 del 2021 ha introdotto, per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario, l'obbligo temporaneo di sottoporsi a vaccinazione gratuita per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2, salvo le eccezioni dell'omissione o del differimento della vaccinazione, in caso di accertato pericolo per la salute.

La disposizione, nel testo vigente sino al 26 novembre 2021:

- a) ha previsto, quale conseguenza dell'atto di accertamento adottato dall'azienda sanitaria locale, la sospensione dal diritto di svolgere prestazioni o mansioni che implicano contatti interpersonali o che comportano, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio da Sars-CoV-2 (comma 7);

- b) ha imposto al datore di lavoro di ricollocare il lavoratore che, a causa di gravi rischi per la propria salute, sia stato definitivamente o temporaneamente esonerato dall'obbligo vaccinale in mansioni, anche diverse da quelle esercitate e prive di rischi per la diffusione del contagio, senza decurtazione della retribuzione (comma 10);
- c) ha imposto al datore di lavoro - a condizione che ciò sia possibile - di ricollocare il lavoratore inosservante dell'obbligo vaccinale in mansioni diverse ed eventualmente inferiori rispetto a quelle esercitate, purché non implicanti rischi di diffusione del contagio, con conservazione integrale del corrispondente trattamento economico (comma 8);
- d) ha previsto, solo in caso di impossibilità di assegnare il lavoratore inosservante dell'obbligo vaccinale allo svolgimento di mansioni diverse, la non debenza della retribuzione e di altri compensi od emolumenti, comunque denominati, per tutto il periodo di sospensione (comma 8) e comunque sino al 31 dicembre 2021.

L'articolo 4 è stato radicalmente modificato dall'articolo 1, comma 1, lettera b), del DL n. 172 del 2021, il quale:

- a) ha qualificato la natura dell'atto di accertamento come "dichiarativa" e "non disciplinare" e ne ha attribuito la competenza agli ordini professionali (comma 4);
- b) ha espunto dal testo legislativo, per quanto riguarda la sospensione dall'esercizio della professione sanitaria, il riferimento al divieto di svolgere solo quelle "prestazioni o mansioni che implicano contatti interpersonali o che comportano, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio da SAR-CoV-2";
- c) ha espunto dal testo legislativo il dovere condizionato del datore di lavoro di ricollocare il lavoratore inosservante dell'obbligo vaccinale, nei limiti delle effettive possibilità di riallocazione offerte dall'organizzazione del servizio, in mansioni diverse ed eventualmente inferiori rispetto a quelle esercitate, purché non implicanti rischi di diffusione del contagio, con conservazione integrale del corrispondente trattamento economico;
- d) ha esteso sino al 15 giugno 2022 la non debenza della retribuzione e di altri compensi od emolumenti, comunque denominati, per tutto il periodo di sospensione, a tutti i lavoratori sospesi dal servizio per inadempimento dell'obbligo vaccinale (comma 5).

L'articolo 4 è stato ulteriormente modificato ad opera dell'articolo 8 del DL n. 24 del 2022, il quale:

- a) ha prorogato sino al 31 dicembre 2022 l'obbligo vaccinale previsto per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario (comma 1);
- b) ha introdotto la possibilità, per il dipendente che non abbia adempiuto all'obbligo vaccinale e che sia guarito dall'infezione da SARS-CoV-2, di ottenere, dietro presentazione di specifica istanza e documentazione, la cessazione temporanea della sospensione dal servizio sino alla scadenza del termine di differimento della vaccinazione.

Il TAR dubita della legittimità costituzionale della modifica apportata all'articolo 4, comma 5, del DL n. 44 del 2021 dall'articolo 1, comma 1, lettera b), del DL n. 172 del 2021, nella parte in cui dispone che "per il periodo di sospensione dall'esercizio della professione sanitaria non sono dovuti la retribuzione né altro compenso o emolumento, comunque denominato", per contrasto con gli articoli 2 e 3 della Costituzione, in relazione allo specifico profilo della mancata previsione, a fronte del prolungamento dell'obbligo vaccinale per il personale sanitario sino al 31 dicembre 2022, di adeguate misure di sostegno volte a soddisfare i bisogni primari dell'individuo.

La privazione di ogni forma di sostentamento economico durante il periodo di sospensione dal servizio ha determinato, a parere del TAR, un ingiustificato peggioramento delle condizioni di vita dei lavoratori dipendenti, sia per via della proroga ex lege dell'obbligo di sottoporsi a vaccinazione, sia per via dell'abrogazione dell'obbligo condizionato del datore di lavoro di adibire il dipendente che non abbia adempiuto all'obbligo vaccinale a mansioni diverse, anche inferiori e comunque prive di rischi di contagio, con attribuzione del relativo trattamento economico.

Il TAR ritiene che la questione di legittimità costituzionale sia rilevante, in quanto dalla decisione della Corte costituzionale dipende l'esito dell'atto per motivi aggiunti, con il quale la ricorrente ha censurato la ragionevolezza e la compatibilità con i principi costituzionali della sospensione dal servizio per effetto dell'accertamento dell'inadempimento dell'obbligo vaccinale, senza corresponsione di un assegno alimentare per tutto il periodo di durata della sospensione.

La mancata corresponsione di qualsivoglia sostegno economico, comunque denominato, sino al 31 dicembre 2022, rischierebbe pertanto di privare la ricorrente dei necessari mezzi di sostentamento per un periodo temporale eccessivamente dilatato, verosimilmente destinato ad essere ulteriormente prorogato, ove la pandemia non dovesse regredire.

Il TAR neppure ritiene di poter percorrere la via dell'interpretazione conforme della norma sospettata di illegittimità costituzionale. L'obbligo imposto al giudice remittente di vagliare, prima di sollevare la questione di legittimità costituzionale, la percorribilità di tutte le ipotesi ermeneutiche astrattamente possibili per attribuire alla norma un significato non incompatibile con i principi costituzionali incontra infatti il limite invalicabile apposto all'attività esegetica, costituito dalla formulazione letterale della disposizione.

Col prevedere che "per il periodo di sospensione non sono dovuti la retribuzione né altro compenso o emolumento, comunque denominato", il legislatore ha esplicitato la chiara volontà di privare il lavoratore dipendente non solo della retribuzione, per assenza dell'attuazione concreta del sinallagma contrattuale, ma di qualsiasi sostegno economico, sia esso di natura previdenziale, assistenziale o solidaristica.

Il TAR ritiene perciò che la chiara formulazione della disposizione gli precluda in assoluto la possibilità di adottare interpretazioni estensive della stessa, le quali si porrebbero tutte in contrasto con la sua formulazione letterale.

La questione di legittimità costituzionale non si presenta, secondo il TAR, neppure come manifestamente infondata, il quale dubita della compatibilità della disposizione con il principio di ragionevolezza, corollario del principio di eguaglianza sostanziale di cui all'articolo 3, secondo comma, della Costituzione, e dunque della razionalità della totale privazione di ogni forma di sostegno economico per il dipendente che, non potendo documentare un serio rischio per la propria salute, tale da escludere, definitivamente o temporaneamente, la sussistenza dell'obbligo vaccinale, abbia esercitato il diritto all'autodeterminazione nella scelta dei trattamenti sanitari obbligatori, tra i quali rientrano pacificamente anche i trattamenti somministrati a scopo di prevenzione, come i vaccini.

Il TAR dubita anche della compatibilità della disposizione dell'articolo 4, comma 5, con il principio di proporzionalità di cui all'articolo 3 della Costituzione, sotto il profilo dell'adeguatezza della preclusione automatica e totale di qualsivoglia sostegno economico al dipendente sospeso dal servizio rispetto al fine di interesse pubblico ad essa sotteso, che è quello di evitare il diffondersi del contagio da SARS-CoV-2 negli ambienti sanitari e di garantire la massima sicurezza dei pazienti nell'accesso alle cure.

La nuova disciplina normativa introdotta col DL n. 172 del 2021 ha infatti eliminato quel meccanismo di gradualità temperata che consentiva al datore di lavoro di ricollocare il dipendente inadempiente all'obbligo vaccinale, nei limiti dell'organizzazione del servizio, a mansioni diverse, anche inferiori, per le quali gli corrispondeva la retribuzione.

Sicché il dipendente che, nell'esercizio della sua libertà di autodeterminazione, non intendeva sottoporsi a vaccinazione, prima di essere sospeso dal servizio senza retribuzione, poteva fare affidamento sull'eventuale corresponsione della retribuzione conseguente al demansionamento.

L'attuale disciplina normativa pone invece il dipendente inadempiente all'obbligo vaccinale dinanzi ad una scelta obbligata tra l'adempimento dell'obbligo vaccinale e la sospensione dal servizio senza attribuzione di alcun trattamento economico. Si rivela pertanto, secondo il TAR, sproporzionata rispetto alla realizzazione del fine di tutela della salute pubblica mediante l'erogazione delle prestazioni sanitarie in condizioni di sicurezza, in quanto l'esito del bilanciamento dei rilevantissimi interessi coinvolti, effettuato dal legislatore nell'esercizio dell'ampia discrezionalità politica, conduce ad un risultato implausibile.

Con la recente introduzione di misure di sostegno sociale l'ordinamento mostra infatti di orientarsi sempre più verso forme di protezione volte ad assicurare le prestazioni imprescindibili per alleviare situazioni di estremo bisogno, in particolare, alimentare.

Per ricondurre a razionalità il sistema, la finalità di garantire il nucleo irriducibile di questi diritti fondamentali richiede dunque di essere assicurata anche nella situazione considerata dalla norma sospettata di illegittimità costituzionale.

Deve infatti ritenersi eccedente il necessario limite di ragionevolezza una regolamentazione che, seppure introdotta in una situazione emergenziale, trascuri il valore della dignità umana,

specie ove si consideri che la sospensione da qualunque forma di ausilio economico del dipendente non trova causa nel venir meno di requisiti di ordine morale.

L'effetto automaticamente ed integralmente preclusivo di ogni trattamento economico non pare inoltre giustificato da sopravvenute esigenze di tutela dell'interesse antagonista e rischia di creare un'irragionevole disparità di trattamento con tutte le altre fattispecie di sospensione dal servizio di natura preventiva, quali quelle della sospensione cautelare del dipendente disposta in corso di un procedimento disciplinare o penale, in cui, sia pure in assenza del sinallagma contrattuale, viene invece percepita una quota della retribuzione, a titolo assistenziale. Né può ragionevolmente sostenersi che la mancata corresponsione di una misura di sostegno per tutto il periodo di durata della sospensione dal servizio sia un sacrificio tollerabile rispetto ai fini pubblici da perseguire.

Il periodo di sospensione dal servizio, inizialmente fissato entro il termine massimo del 31 dicembre 2021, è stato infatti prorogato dapprima sino al 15 giugno 2022 e successivamente sino al 31 dicembre 2022.

Al dipendente che, nell'esercizio della libertà di autodeterminazione nella somministrazione di un trattamento sanitario, scelga di non adempiere all'obbligo vaccinale viene dunque richiesto un sacrificio, la cui durata non è in grado né di prevedere né di governare, atteso che le misure precauzionali adottate dal legislatore non si prestano ad essere inquadrare entro una cornice temporale certa e definita, a causa dello sviluppo oggettivamente incerto e ricorrente dell'andamento della pandemia.

La non prevedibilità della durata e dell'evoluzione della situazione epidemiologica preclude infatti ai dipendenti che non intendano sottoporsi alla somministrazione del vaccino per la prevenzione del virus SARS-CoV-2 di calcolare con un sufficiente grado di approssimazione l'entità del sacrificio richiesto e di predisporre le adeguate misure per ammortizzarne gli effetti pregiudizievoli.

Il TAR ritiene pertanto che la temporaneità della misura interdittiva adottata dal legislatore non sia idonea a giustificare il sacrificio totale degli interessi antagonisti e che la soppressione di ogni forma di sostegno economico per un periodo di tempo consistente e potenzialmente indeterminato rischia di determinare effetti pregiudizievoli ed irreversibili per la soddisfazione delle essenziali esigenze di vita del dipendente che non abbia adempiuto all'obbligo vaccinale.

La scelta legislativa di apporre una preclusione assoluta alla percezione di una forma minima di sostegno temporaneo alla mancanza di reddito sembra infatti essere andata di gran lunga oltre il necessario per conseguire l'obiettivo di tutela prefigurato dalla norma, il quale avrebbe potuto essere realizzato, con pari efficacia, anche con il più mite strumento della temporanea ricollocazione del lavoratore a mansioni diverse, anche inferiori, da svolgere in condizioni di sicurezza e compatibilmente con l'organizzazione del servizio, o, nell'ipotesi in cui tale soluzione fosse incompatibile con l'organizzazione del servizio,

mediante la previsione di un adeguato sostegno economico, con finalità analoghe ai vigenti istituti di sussidio, quali l'assegno sociale o il reddito di cittadinanza.

Con ciò il Tribunale non intende chiedere alla Corte un intervento additivo, ma soltanto evidenziare come la scelta legislativa confligga con il principio di necessità che, tra più mezzi astrattamente idonei al raggiungimento dell'obiettivo prefissato, impone di individuare quello che, a parità di efficacia, incida meno negativamente nella sfera del singolo.

Il TAR dubita della compatibilità dell'articolo 4, comma 5, con i principi di ragionevolezza e di proporzionalità, anche in riferimento alla violazione dell'articolo 2 della Costituzione.

Secondo il TAR, infatti, esiste nel nostro ordinamento un principio generale, ricavabile dal patto di solidarietà sociale che è posto alla base della civile convivenza, per cui la dignità di ciascun individuo deve essere preservata assicurandogli i mezzi necessari per vivere, il quale sembra non essere stato rispettato dalla disposizione in esame. Tale principio basilare si ricollega direttamente alla tutela della dignità dell'individuo, a prescindere dalla causa della condizione di indigenza e dell'imputabilità della stessa ad un suo comportamento.

In materia di diritti fondamentali non sono infatti tollerabili automatismi di sorta, per cui la privazione automatica ed assoluta di ogni forma di sostegno economico per l'intera durata del periodo di sospensione dal servizio, senza possibilità di prevedere adeguate misure di sostegno economico, sembra irragionevole e sproporzionata anche in riferimento al principio di tutela della dignità dell'individuo, di cui all'articolo 2 della Costituzione.

Tale automatismo si rivela ancor più irragionevole nel caso del dipendente sospeso dal servizio che versi in condizioni di indigenza e che, come la ricorrente, è impossibilitato a procurarsi altrimenti il reddito necessario per attendere alle ordinarie esigenze di vita, per via della conservazione dello status di dipendente pubblico e della conservazione del posto di lavoro, previste quali effetti dell'atto di accertamento, ancorché favorevoli per il lavoratore.

Il TAR Lombardia, per tali ragioni, dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 4, comma 5, del DL n. 44 del 2021, nella parte in cui dispone che "per il periodo di sospensione dall'esercizio della professione sanitaria non sono dovuti la retribuzione né altro compenso o emolumento, comunque denominato", per contrasto con i principi di ragionevolezza e di proporzionalità, di cui all'articolo 3 della Costituzione, anche in riferimento alla violazione dell'articolo 2 della Costituzione.