

legale rappresentante protempore a riassumere il lavoratore entro tre giorni oppure corrispondere allo stesso l'indennità risarcitoria massima commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto, ovvero quella meglio vista e ritenuta dall'III.mo Giudicante; con vittoria di spese e compensi per il presente giudizio.”

Per l'opposta: “Respingere l'opposizione avversaria perché inammissibile e comunque infondata in fatto e in diritto. Per l'effetto confermare l'ordinanza n. cron. 235/2023 depositata il 18.01.2023 resa inter partes dal Giudice del lavoro del Tribunale della Spezia dott. Giampiero Panico con vittoria di spese e competenze di lite della presente fase”.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Il 5.1.2022 la Cooperativa ██████ inviò a ██████ suo dipendente con mansioni di operatore assistenziale (livello C3 CCNL Cooperative Sociali), una contestazione disciplinare del seguente tenore: *“Il giorno 31 dicembre 2021 alle ore 12,00 circa, Lei provvedeva ad apparecchiare i tavoli della sala da pranzo della RSA ██████ alla presenza di degenti e di altro personale, senza indossare la mascherina protettiva obbligatoria. Il medico della struttura, dott. ██████, provvedeva in quell'occasione a segnalarle la gravità della sua condotta. Il Suo comportamento si pone in irrimediabile contrasto con le norme basilari di tutela sanitaria da Covid-19 verso i degenti della Struttura e verso i Suoi colleghi ed è ancora più grave se si considera che Lei risulta soggetto non vaccinato (in quanto esonerato dal relativo obbligo dall'ASL 5 Spezzino ai sensi dell'art. 4 comma 2 D.L. 44/2021), come tale avente una potenziale capacità di contagio grandemente superiore rispetto al resto del personale. Lei, peraltro, non è nuovo a condotte disciplinarmente rilevanti: sul punto si provvede a contestarLe la recidiva disciplinare derivante dalla precedente sanzione della multa pari a due ore di retribuzione, intimataLe in data 11.2.2020, per una Sua uscita anticipata dal lavoro in assenza di autorizzazione e della sospensione dal lavoro e dalla retribuzione per due giorni, intimataLe in data 4.11.2021, per una condotta di grave insubordinazione verso il proprio responsabile”.*

Il lavoratore rese le proprie giustificazioni, osservando fra l'altro, in punto di fatto, che tutti gli ospiti, come pure l'unica dipendente presente, erano vaccinati con la terza dose, che il luogo in cui il fatto era accaduto era un refettorio ampio con porte aperte e finestre, che i soli tre ospiti presenti erano distanti almeno 2-3 metri

e forse più, che lui stesso ogni 7 giorni effettuava un tampone antigenico rapido sempre negativo e fuori dalla struttura manteneva un comportamento responsabile evitando contatti con persone possibili positive.

Con lettera del 18.1.2022, ricevuta il 20.1.2022, la Cooperativa, lette le difese del lavoratore, gli intimò licenziamento per giusta causa.

2. Con ricorso depositato il 24.6.2022 [REDACTED], premesso che l'obbligo di indossare la mascherina era sanzionato in via amministrativa e non penale, espose che si era limitato a toglierla per pochi attimi e che quello stesso giorno era risultato negativo al tampone, aggiungendo che la stanza era di grandi dimensioni, le finestre erano aperte, le altre persone presenti erano distanziate, e quindi non c'era stato alcun pericolo per alcuno, rilevando comunque che una persona vaccinata poteva contagiarsi e contagiare come una non vaccinata. In ogni caso, ha eccepito che la condotta contestata non poteva essere ricondotta ad alcuna delle ipotesi per cui il CCNL prevedeva il licenziamento disciplinare e comunque non poteva integrare giusta causa, dando anche atto che il precedente disciplinare richiamato non riguardava la medesima tipologia di violazioni. Ha pertanto chiesto la reintegrazione.

La Cooperativa ha resistito al ricorso.

3. Il giudice ha convertito il rito in quello di cui all'art. 1 legge 92/2012 e, con ordinanza 18.1.2023, ha rigettato il ricorso, condannando il ricorrente alle spese di lite.

L'ordinanza è così motivata: *"...il ricorrente, operatore assistenziale della cooperativa convenuta, che gestisce una r.s.a. per pazienti psichiatrici, in data 5 gennaio 2022 è stato raggiunto da una contestazione disciplinare, con la quale gli si è ascritto che, il giorno 31 dicembre 2021, intorno alle ore 12:00, 'provvedeva ad apparecchiare i tavoli della sala da pranzo della RSA... alla presenza di degenti e di altro personale senza indossare la mascherina protettiva obbligatoria'. In seguito al procedimento disciplinare, la lettera di recesso rigettava le difese del ricorrente, osservando che costui non negava i fatti e che il comportamento tenuto si poneva in irrimediabile violazione del vincolo fiduciario; richiamati l'art. 2119, c.c. e l'art. 42, C.C.N.L. [doc. n. 16), conv.], veniva irrogato il licenziamento in tronco. Nel fatto, la sommaria istruttoria ha dimostrato che il comportamento sussiste. Il ricorrente, infatti, nelle sue difese, ha sostenuto che si era abbassato la*

mascherina soltanto per qualche minuto, ma questa deduzione è stata smentita dall'informatrice ██████, la quale ha riferito che il ricorrente, nel corso del turno, era solito non indossare la mascherina. L'informatore ██████ (medico collaboratore della convenuta), dal canto suo, ha dichiarato che il giorno di cui alla contestazione ha rinvenuto il ricorrente nella sala da pranzo della struttura intento ad apparecchiare i tavoli senza aver indossato la mascherina e che erano presenti, nella stanza, l'infermiera ██████ 'ed altre due o tre persone al massimo', sedute ai tavoli. Deve quindi darsi per dimostrato che il ricorrente, nella circostanza di cui alla contestazione, non si era abbassato dal viso per un breve frangente la mascherina protettiva, ma proprio non la indossava; la circostanza trova ulteriore conferma sempre nella deposizione del ██████, laddove questi ricorda che il ricorrente, quando lo vide arrivare, corse in cucina per andare a mettersi la mascherina. In diritto, a quel tempo, era vigente il d.l. n. 44 del 2021, conv., con modd., nella L. n. 76 del 2021, come modificato da ultimo, in allora, dal d.l. n. 172 del 2021, il quale, per gli operatori delle r.s.a., all'art. 4 bis, estendeva le prescrizioni di cui al precedente art. 4; tra queste, vi era l'obbligo di sottoporsi a vaccinazione, salvo per coloro che ne fossero esonerati. Il ricorrente deduce che era esente da vaccinazione e, come visto, non è su questo che si incentra la contestazione, ma sul mancato utilizzo della mascherina. Questo obbligo era previsto dal d.p.C.m. 26 aprile 2020 (in 'Gazzetta Ufficiale' n. 108 del 2020), il quale prescriveva, all'art. 3, comma 1, lett. a), che il personale sanitario si attenesse 'alle appropriate misure per la prevenzione della diffusione delle infezioni per via respiratoria previste dalla normativa vigente e dal Ministero della salute', nonché, nello specifico, dall'art. 1, comma 2, ord. Min. Salute del 15 giugno 2022 (in 'Gazzetta Ufficiale' n. 139 del 2022). Quest'ultima disposizione sanciva, tra l'altro, l'obbligo 'di indossare dispositivi di protezione delle vie respiratorie ai lavoratori, agli utenti e ai visitatori delle strutture sanitarie, socio-sanitarie e socio-assistenziali <ecc.>'. Alla luce di quanto sopra, sussiste la violazione in capo al ricorrente, poiché - anche se egli effettuava regolarmente il tampone di controllo (benché l'informatrice ██████ non lo abbia confermato) - nella circostanza non indossava la mascherina, essendo irrilevante che vi fosse molta o poca affluenza di persone nella sala ove si trovava. Questa considerazione discende dal rilievo che la struttura ospitava pazienti con

problematiche alla salute psico-fisica e, quindi, da ritenersi fragili, indipendentemente dalle singole patologie che li affliggevano ed anche dal rilievo che l'art. 42, C.C.N.L., prevede la massima sanzione per il caso, tra l'altro, di chi commetta 'grave negligenza nell'esecuzione dei lavori o di ordini che implicino pregiudizio all'incolumità delle persone od alla sicurezza degli ambienti affidati' [art. 42, lett. E), 3° cpv.]. Al riguardo, proprio intervenendo su questa disposizione, la suprema Corte ha precisato che il pregiudizio, per configurarsi a' termini di C.C.N.L., non deve necessariamente concretizzarsi, ma può essere anche solo potenziale (Cass. 4 ago. 2015, n. 16336). Appare evidente che il comportamento del ricorrente ha messo in pericolo (nel senso appena chiarito) la salute dei pazienti e delle altre persone della struttura ed ha esposto quest'ultima al rischio, in caso di contagio di qualche paziente od operatore, di doverne rispondere. La responsabilità del ricorrente, per violazione dei suoi doveri, quindi sussiste. Giova ora ricordare che la giusta causa si identifica, normativamente (art. 2119, c.c.) e giurisprudenzialmente (ex multis, Cass. 22 ago. 2002, n. 12414; Id. 28 apr. 2003, n. 6609), come ogni fatto che, interrompendo il vincolo fiduciario, renda impossibile la prosecuzione, anche solo temporanea, del rapporto di lavoro; pertanto, la specificazione contrattuale di quando si applichi il recesso senza preavviso non vale a ridurre solo a quei casi la possibilità di configurare in concreto una violazione diversa ma così grave da legittimare l'immediata fine del rapporto. In altri termini, quando la violazione commessa è così grave da costituire negazione dei doveri fondamentali del lavoratore (Cass. 23 feb. 1996, n. 1434) o, comunque, violazione di norme di comportamento sentita come intollerabile dalla coscienza sociale in un determinato momento storico (Cass. 26 apr. 2012, n. 6498) o costituenti in astratto reato (Cass. 21 ago. 2019, n. 21549), è legittimo il licenziamento per richiamo alla disposizione dell'art. 2119, c.c., senza necessità di indagare se lo sia (anche) a' termini della contrattazione collettiva. Pertanto, la sanzione appare legittima, fondata ed appropriata. Si vogliono inoltre considerare i precedenti del ricorrente [cfr. docc. nn. 5)-6), 8), 10), conv.] non quale recidiva che aggrava il fatto contestato o quale elemento costitutivo per un illecito diverso e più grave di quello che, altrimenti, il fatto contestato potrebbe raffigurare, ma come elementi di valutazione ai fini del giudizio prognostico di futuro corretto adempimento della prestazione da parte del ricorrente e di proporzionalità della

sanzione (v., per il principio, Cass. 17 mag. 2003, n. 7775; conformi, tra le altre, Id. 19 ott. 2009, n. 21795, Id. 19 gen. 2011, n. 1145). In altri termini, il fatto contestato – e provato – appare illecito ed è di per sé sufficiente a giustificare la sanzione espulsiva, questo giudizio vieppiù si rafforza se si pone mente ai progressi comportamenti del ricorrente...”.

4. Con ricorso depositato il 17.2.2023 [REDACTED] ha proposto opposizione.

Ha eccepito in primo luogo l'illegittimità dei provvedimenti amministrativi (dPCM 26.4.2020 e ordinanza Min. salute 15.6.2022) che avevano imposto l'obbligo di indossare le mascherine per difetto di motivazione osservando anche che l'utilità del dispositivo era contestata da numerosi studi; ha poi eccepito la violazione dell'art. 32, Cost., e dell'art. 3 della Carta di Nizza.

In subordine, ha eccepito la sproporzione della sanzione, argomentando che la sua condotta non aveva messo in pericolo nessuno.

L'opposta resiste.

5. [REDACTED] come si è visto, non contesta che l'utilizzo della mascherina all'interno della struttura dovesse considerarsi obbligatorio.

Ha eccepito, piuttosto, l'illegittimità dell'atto amministrativo (generale) che ha imposto tale obbligo per difetto di motivazione e comunque perché sull'utilità dell'uso della mascherina non vi sarebbe unanimità nel dibattito scientifico, individuando la fonte dell'obbligo nel combinato disposto degli artt. 3 comma 1 dPCM 26.4.2020 e dell'art. 1 comma 2 dell'ordinanza del Ministro della Salute 15.6.2022.

Per vero l'ordinanza del 15.6.2022 è successiva ai fatti di causa e il dPCM 26.4.2020 alla data dei fatti di causa aveva perduto la propria efficacia per scadenza del termine finale ed era stato sostituito, da ultimo, dal dPCM 2.3.2021 che conteneva all'art. 5 comma 1 una disposizione del tutto analoga (*“Sull'intero territorio nazionale si applicano altresì le seguenti misure: a) il personale sanitario si attiene alle appropriate misure per la prevenzione della diffusione delle infezioni per via respiratoria previste dalla normativa vigente e dal Ministero della salute sulla base delle indicazioni dell'Organizzazione mondiale della sanità e i responsabili delle singole strutture provvedono ad applicare le indicazioni per la sanificazione e la disinfezione degli ambienti fornite dal Ministero della salute...”*).

6. Ora, l'opponente, nel rilevare la natura di atto amministrativo (o meglio di normazione secondaria) dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, non si confronta con il fatto che alla data dei fatti il dPCM 26.4.2020 (e anzi, come si è visto, il dPCM 2.3.2021 che lo aveva sostituito) era stato recepito in un atto avente forza di legge. Era stato infatti emanato l'art. 12 DL 105/21 che disponeva: *“Fatto salvo quanto diversamente disposto dal presente decreto, dal 1° agosto al 31 dicembre 2021, si applicano le misure di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 2 marzo 2021, pubblicato nel supplemento ordinario alla Gazzetta Ufficiale n. 52 del 2 marzo 2021, adottato in attuazione dell'articolo 2, comma 1, del decreto-legge n. 19 del 2020”*.

Alla data dei fatti, quindi, l'obbligo per i sanitari di attenersi alle misure individuate dalla normativa vigente e dal Ministero competente era posto da un atto di natura legislativa, e non secondaria.

7. Sotto altro punto di vista, poi, l'opponente, nel formulare un'eccezione di difetto di motivazione non si confronta con l'art. 3 comma 2 legge 241/90 (*“La motivazione non è richiesta per gli atti normativi e per quelli a contenuto generale”*): il decreto ministeriale, o ordinanza ministeriale che sia, che determina l'obbligo di indossare strumenti di protezione delle vie respiratorie è evidentemente un atto normativo o quanto meno un atto amministrativo a contenuto generale.

8. Quanto, poi, alla pretesa irragionevolezza dell'obbligo di indossare la mascherina perché si tratterebbe di una misura inutile, fermo che il giudice non può valutare il merito scientifico della questione, va osservato che il medesimo ██████, nel dare atto che sul punto non vi è unanimità di consenso, riconosce implicitamente che una parte (e molto probabilmente, secondo dati di comune esperienza appresi dai consociati nel corso della pandemia di CoViD-19, la parte preponderante) della comunità scientifica riconosceva quell'utilità che in ricorso si nega.

A questo proposito, non giova a ██████ rilevare che l'OMS, all'inizio della pandemia, sconsigliasse l'uso della mascherina a chi non presentava sintomi respiratori, visto che lo stesso ricorrente dà atto che successivamente lo stesso OMS diede indicazione opposta, mentre che ciò sia avvenuto per fini politici e

senza contestualmente affermare l'utilità della mascherina nel fornire una vera protezione appare una semplice opinione del ricorrente.

Sembra il caso di ricordare che è fisiologico che lo sviluppo delle conoscenze induca la comunità scientifica a mutare i propri iniziali assunti, adeguandoli alle nuove scoperte ed esperienze: la conclusione vale a maggior ragione quando ci si trovi improvvisamente di fronte a una nuova malattia del tutto sconosciuta, com'è avvenuto nel caso del CoViD-19.

Sono comunque condivisibili, e sostanzialmente applicabili anche al caso di specie, alcune considerazioni svolte, in tema di obbligo vaccinale, dal Consiglio di Stato (ci si riferisce alla sentenza 20.10.2021 n. 7045, che individua *“un preciso obbligo di sicurezza e di protezione dei lavoratori sui luoghi di lavoro, a contatto con il pubblico, obbligo che, secondo una tesi dottrinaia autorevole, già discenderebbe in questa fase di emergenza – ma il tema è discusso – dall'applicazione combinata della regola generale di cui all'art. 2087 c.c. e dalle disposizioni specifiche del d. lgs. n. 81 del 2008, ma anche, come detto, al principio, altrettanto fondamentale, di sicurezza delle cure, rispondente ad un interesse della collettività (art. 32 Cost.) [...] sicuramente prevalente, nelle attuali condizioni epidemiologiche, sul diritto al lavoro, di cui all'art. 36 Cost.”*) e dalla Corte costituzionale (ci si riferisce soprattutto alla sentenza 9.2.2023 n. 14 che ricorda come la medesima Corte abbia evidenziato *“lo ‘scopo di prevenire e proteggere la salute di chi frequenta i luoghi di cura: anzitutto quella dei pazienti, che spesso si trovano in condizione di fragilità e sono esposti a gravi pericoli di contagio, quella dei loro familiari, degli altri operatori e, solo di riflesso, della collettività. Tale finalità [...] è del resto oggetto di attenzione da parte delle società medico-scientifiche, che segnalano l'urgenza di mettere in atto prassi adeguate a prevenire le epidemie in ambito ospedaliero, sollecitando anzitutto un appropriato comportamento del personale sanitario, per garantire ai pazienti la sicurezza nelle cure’ (sentenza n. 137 del 2019)”*, che *“come segnalato anche dall'ISS... ‘[l]e infezioni tra gli operatori sanitari hanno un impatto negativo sulla salute individuale e collettiva sia direttamente che indirettamente. Infatti non solo l'operatore sanitario può a sua volta trasmettere l'infezione più facilmente a pazienti tra cui soggetti fragili ad alto rischio di sviluppare forme gravi di malattia ma, indirettamente, le procedure di isolamento e quarantena che si renderebbero*

necessarie a seguito di un'eventuale infezione possono provocare danno al sistema sanitario nazionale in termini di garanzia e continuità nell'erogazione delle cure'... *Con ciò, peraltro, evidenziando, ancora una volta, la possibile ricaduta in termini di rischio di interruzione del servizio sanitario*" e che la relazione al DL 44/21 richiamava le finalità di *"salvaguardare l'operatore rispetto al rischio infettivo professionale... proteggere i pazienti dal contagio in ambiente assistenziale... difendere l'operatività dei servizi sanitari, garantendo la qualità delle prestazioni erogate... perseguire gli obiettivi di sanità pubblica..."*).

9. Secondo ██████, poi, vi sarebbe un contrasto con l'art. 32, Cost., che pone una riserva di legge in materia di trattamenti sanitari obbligatori, perché l'obbligo sarebbe stato posto da atti amministrativi.

A prescindere da qualsiasi ulteriore considerazione al riguardo, si è però sopra osservato che, al momento dei fatti, l'art. 5 comma 1 dPCM 2.3.2021 era stato trasfuso in un atto avente forza di legge.

D'altra parte, *"l'art. 32 Cost. pone una riserva di legge relativa (sentenza n. 258 del 1994), sicché la Costituzione 'non fa ricadere sul legislatore l'obbligo di introdurre una disciplina in tutto compiuta' (sentenza n. 25 del 2023), ma ammette che questa sia variamente integrata da atti normativi secondari, così come consente 'all'amministrazione [di] adottare atti chiamati a specificare e concretizzare il complesso dei precetti normativi' (ancora sentenza n. 25 del 2023). Nei casi di riserve relative, pertanto, ciò che la legge è tenuta a fare, quando conferisca poteri amministrativi, è definire contenuti e modalità del loro esercizio (sentenze n. 5 del 2021 e n. 174 del 2017) che delimitino la discrezionalità dell'amministrazione, la cui attività deve sempre trovare 'una, pur elastica, copertura legislativa' (sentenza n. 115 del 2011)"* (C. Cost., 27.7.2023 n. 171).

Complessivamente, quindi, appare manifestamente infondata la deduzione di una violazione della riserva di legge posta dall'art. 32, Cost., a prescindere da ogni valutazione sull'applicabilità di tale disposizione costituzionale all'obbligo di indossare una mascherina a protezione delle vie respiratorie.

10. ██████ argomenta anche il contrasto con l'art. 3 comma 2 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (Carta di Nizza): *"Nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge..."*.

Peraltro, va rammentato che ai sensi dell'art. 51 *“Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze. 2. La presente Carta non introduce competenze nuove o compiti nuovi per la Comunità e per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti dai trattati”*.

La Corte costituzionale ha infatti affermato: *“Presupposto di applicabilità della Carta di Nizza è, dunque, che la fattispecie sottoposta all'esame del giudice sia disciplinata dal diritto europeo – in quanto inerente ad atti dell'Unione, ad atti e comportamenti nazionali che danno attuazione al diritto dell'Unione, ovvero alle giustificazioni adottate da uno Stato membro per una misura nazionale altrimenti incompatibile con il diritto dell'Unione – e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto”* (C. Cost., 11.3.2011 n. 80).

Resterebbe, quindi, da dimostrare che la fattispecie sia disciplinata dal diritto dell'Unione; in caso contrario, infatti, al giudice non è consentito disapplicare la normativa nazionale, salva in ipotesi la possibilità di sollevare questione di legittimità costituzionale per sospetto contrasto fra la normativa interna e la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

11. Anche a prescindere da questo rilievo, va osservato che, secondo l'interpretazione generalmente invalsa, l'art. 3 comma 2 della Carta di Nizza (*“Nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: a) il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge...”*), come l'art. 8 della CEDU (*“Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza”*), disposizione che, come è pacifico fra gli interpreti, pur non riferendosi esplicitamente alla materia, vieta tuttavia anche le cure mediche forzate), subordina al consenso informato l'effettuazione di un trattamento sanitario (e anzi più letteralmente di un trattamento medico: *medical treatment, traitement médical*).

Non si rinviene una definizione normativa di trattamento sanitario, né consta che la Corte EDU ne abbia mai dato una definizione astratta, ma esiste sufficiente consenso nella dottrina italiana sul fatto che la nozione ricomprenda le attività a

carattere diagnostico e gli atti che l'esercente una professione sanitaria compie su una persona allo scopo di tutelarne la salute, o, secondo una definizione sintetica, qualsiasi attività diagnostica o terapeutica volta a prevenire o curare una malattia.

Indossare una mascherina, evidentemente, sia pure a finalità di prevenzione di un contagio, non rientra nella nozione di attività diagnostica o terapeutica.

La mascherina, infatti, potrebbe rientrare nella nozione di dispositivo medico, che, come si legge nell'art. 1 del regolamento (UE) 2017/745 – sia pure ai fini del medesimo regolamento, ma la nozione sembra comunque valida in generale – ricomprende *“qualunque strumento, apparecchio, apparecchiatura, software, impianto, reagente, materiale o altro articolo, destinato dal fabbricante a essere impiegato sull'uomo, da solo o in combinazione, per una o più delle seguenti destinazioni d'uso mediche specifiche: diagnosi, prevenzione, monitoraggio, previsione, prognosi, trattamento o attenuazione di malattie... e che non esercita nel o sul corpo umano l'azione principale cui è destinato mediante mezzi farmacologici, immunologici o metabolici, ma la cui funzione può essere coadiuvata da tali mezzi”*.

Proprio alla luce di questa definizione, tuttavia, sembra escluso che il suo utilizzo possa rientrare nella nozione di trattamento sanitario, sia pure dando di questa una lettura ampia.

Occorre ricordare che già l'allegato VIII al D. Lgs. 81/08 prevedeva: *“I lavoratori esposti a specifici rischi di inalazioni pericolose di gas, polveri o fumi nocivi devono avere a disposizione maschere respiratorie o altri dispositivi idonei, da conservarsi in luogo adatto facilmente accessibile e noto ai lavoratori”*, mentre, ai sensi degli artt. 20 e 78 del medesimo decreto legislativo, *“I lavoratori devono in particolare... d) utilizzare in modo appropriato i dispositivi di protezione messi a loro disposizione”* e *“In ottemperanza a quanto previsto dall'articolo 20, comma 2, lettera d), i lavoratori utilizzano i DPI messi a loro disposizione conformemente all'informazione e alla formazione ricevute e all'addestramento eventualmente organizzato ed espletato”*, e non sono noti al giudice precedenti che abbiano utilizzato al riguardo la nozione di trattamento sanitario obbligatorio.

La questione appare quindi nel complesso infondata.

12. In subordine, ████████ ha eccepito che la sanzione è sproporzionata, rimarcando di essersi limitato a togliere la mascherina per pochi minuti (in una

stanza ampia con le finestre aperte, e distanziato dalle altre persone presenti) e di aver effettuato quel mattino stesso un tampone con esito negativo.

Fermo che le circostanze evidenziate dall'opponente non avrebbero fatto venir meno l'illecito disciplinare, nel senso che non risulta che l'obbligo di indossare la mascherina nelle RSA tollerasse deroghe, è stata comunque svolta istruttoria per meglio valutare la gravità del fatto e quindi la congruità della sanzione.

All'esito dell'istruttoria, non è risultato confermato che ██████ avesse effettuato quel medesimo giorno un tampone con esito negativo: la circostanza non è stata riferita da alcuno e anzi il teste ██████ ha dichiarato: *"Abbiamo controllato la documentazione e non risulta che il sig. ██████ quella mattina avesse fatto un tampone... Se non ricordo male, dalla documentazione risulta che aveva fatto un tampone il 27 dicembre e che ne ha fatto un altro il 5 gennaio"*.

In assenza di motivi per dubitare dell'attendibilità di ██████, non si ravvisa l'opportunità di disporre l'esibizione del registro dei tamponi.

Non è risultato neppure confermato che le finestre della stanza fossero aperte (anzi, il teste ██████ ha dichiarato: *"Le finestre penso fossero chiuse perché era il periodo invernale e c'era il riscaldamento acceso"*) e che ██████ si sia tolto la mascherina solo per pochi minuti visto che Lambrosa ha riferito che non l'aveva neppure con sé (*"Il sig. ██████ appena mi ha visto è andato nella zona cucina, che è un'altra stanza comunicante con la sala pranzo, e si è messo la mascherina. Io l'ho seguito. Non aveva la mascherina con sé, l'ha presa in cucina"*) e non risulta da quanto tempo ne fosse privo.

È stato effettivamente riferito dal teste ██████ che vicino a ██████ non c'era nessuno: tuttavia, la circostanza non attenua in modo significativo la gravità del fatto, in assenza di elementi che consentano di affermare positivamente che in un locale chiuso il distanziamento sia di per sé solo sufficiente a evitare un possibile contagio. È forse superfluo precisare, a questo proposito, che la potenzialità di contagio si deve giudicare *ex ante* e non *ex post*.

13. Su tali premesse di fatto, si devono allora confermare le valutazioni già espresse sul punto dal giudice della fase sommaria, in sé neppure specificamente contrastate dall'opponente: *"...la struttura ospitava pazienti con problematiche alla salute psico-fisica e, quindi, da ritenersi fragili, indipendentemente dalle singole patologie che li affliggevano... l'art. 42, C.C.N.L., prevede la massima sanzione*

per il caso, tra l'altro, di chi commetta 'grave negligenza nell'esecuzione dei lavori o di ordini che implicino pregiudizio all'incolumità delle persone od alla sicurezza degli ambienti affidati' [art. 42, lett. E), 3° cpv.]. Al riguardo, proprio intervenendo su questa disposizione, la suprema Corte ha precisato che il pregiudizio, per configurarsi a' termini di C.C.N.L., non deve necessariamente concretizzarsi, ma può essere anche solo potenziale (Cass. 4 ago. 2015, n. 16336). Appare evidente che il comportamento del ricorrente ha messo in pericolo (nel senso appena chiarito) la salute dei pazienti e delle altre persone della struttura ed ha esposto quest'ultima al rischio, in caso di contagio di qualche paziente od operatore, di doverne rispondere. La responsabilità del ricorrente, per violazione dei suoi doveri, quindi sussiste. Giova ora ricordare che la giusta causa si identifica, normativamente (art. 2119, c.c.) e giurisprudenzialmente (ex multis, Cass. 22 ago. 2002, n. 12414; Id. 28 apr. 2003, n. 6609), come ogni fatto che, interrompendo il vincolo fiduciario, renda impossibile la prosecuzione, anche solo temporanea, del rapporto di lavoro; pertanto, la specificazione contrattuale di quando si applichi il recesso senza preavviso non vale a ridurre solo a quei casi la possibilità di configurare in concreto una violazione diversa ma così grave da legittimare l'immediata fine del rapporto. In altri termini, quando la violazione commessa è così grave da costituire negazione dei doveri fondamentali del lavoratore (Cass. 23 feb. 1996, n. 1434) o, comunque, violazione di norme di comportamento sentita come intollerabile dalla coscienza sociale in un determinato momento storico (Cass. 26 apr. 2012, n. 6498) o costituenti in astratto reato (Cass. 21 ago. 2019, n. 21549), è legittimo il licenziamento per richiamo alla disposizione dell'art. 2119, c.c., senza necessità di indagare se lo sia (anche) a' termini della contrattazione collettiva. Pertanto, la sanzione appare legittima, fondata ed appropriata. Si vogliono inoltre considerare i precedenti del ricorrente [cfr. docc. nn. 5)-6), 8), 10), conv.] non quale recidiva che aggrava il fatto contestato o quale elemento costitutivo per un illecito diverso e più grave di quello che, altrimenti, il fatto contestato potrebbe raffigurare, ma come elementi di valutazione ai fini del giudizio prognostico di futuro corretto adempimento della prestazione da parte del ricorrente e di proporzionalità della sanzione (v., per il principio, Cass. 17 mag. 2003, n. 7775; conformi, tra le altre, Id. 19 ott. 2009, n. 21795, Id. 19 gen. 2011, n. 1145). In altri termini, il fatto contestato – e provato – appare illecito ed è di per sé

sufficiente a giustificare la sanzione espulsiva, questo giudizio vieppiù si rafforza se si pone mente ai pregressi comportamenti del ricorrente...".

14. Al riguardo, infatti, ██████ si limita a sostenere che non poteva essere in quel momento contagioso per alcuno, perché era risultato negativo al tampone (il che, come si è visto, non è confermato: se il tampone risaliva a qualche giorno prima, infatti, era ben possibile che in quel momento ██████ fosse invece positivo) e a ribadire il proprio personale convincimento di non aver posto in pericolo nessuno per le condizioni dei luoghi, aggiungendo che i pazienti della struttura non sono persone fragili (ma, come si è visto, la Corte costituzionale ha rimarcato, in generale, il dovere di proteggere la salute dei pazienti nei luoghi di cura, a prescindere dalla loro condizione di fragilità).

L'affermazione, poi, secondo la quale sarebbe assurdo essere obbligati a indossare la mascherina davanti a persone vaccinate (pag. 12 del ricorso in opposizione) non ha pregio, visto che il medesimo ██████ afferma poche righe sopra (pag. 11) che è *"dato ormai assodato e unanimemente accettato che un vaccinato possa contagiarsi e contagiare esattamente come un non vaccinato"*.

15. A corroborare ulteriormente la conclusione giova osservare che, anche se le parti non lo hanno sinora rilevato, il 31.12.2021 la regione Liguria era inserita in "zona gialla" ai sensi dell'ordinanza del Ministro della Salute 17.12.2021 e che comunque, per effetto dell'art. 4 comma 1 DL 24.12.2021, fra il 24.12.2021 e il 31.1.2022 *"l'obbligo di utilizzo dei dispositivi di protezione delle vie respiratorie, anche nei luoghi all'aperto, di cui all'articolo 1 del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 2 marzo 2021, trova[va] applicazione anche in zona bianca"*.

Si trattava, quindi, di un obbligo che quel giorno sarebbe stato applicato, sia pure a condizioni meno stringenti, anche alla generalità della popolazione e anche all'aperto, e questa considerazione non può che evidenziare ulteriormente la gravità della condotta di ██████.

16. L'opposizione, quindi, si rigetta.

Le spese si liquidano come da dispositivo (DM 55/14 s.m.i., tariffa lavoro, valore indeterminato, equa riduzione sui valori medi in relazione all'effettiva complessità della procedura) e seguono la soccombenza.

pqm

definitivamente pronunciando, ogni ulteriore istanza disattesa,

rigetta l'opposizione, confermando l'ordinanza opposta, e condanna [REDACTED]
[REDACTED] a rifondere a [REDACTED] a r.l. le spese di lite
che liquida in € 4.629,00 per compensi, oltre spese generali, c.p.a., IVA se dovuta
e se non detraibile e successive occorrendo.

La Spezia, 3.10.2023

Il giudice

Marco Viani