

COVID: Covid 19 - Vaccino - Sanitario - Omessa somministrazione - Conseguenza - Sospensione dall'esercizio della professione - Legittimità.

Tar Puglia - Lecce, sez. II, decreto 5 agosto 2021, n. 480

“[...] Considerato, con riferimento alla fattispecie concretamente in esame e al periculum in mora prospettato, ovvero alla omessa ricollocazione lavorativa della ricorrente, che l'art. 4 co. 10 del citato D.L. 44/2021 riserva l'adibizione d'ufficio ad altre e diverse mansioni solo all'ipotesi di soggetto per il quale sia stata dichiarata ed accertata l'esenzione o il differimento della vaccinazione, ipotesi del tutto differente dal quella in esame, in quanto caratterizzata da atteggiamento di leale collaborazione da parte del dipendente [...]

[...] Considerato che comunque l'Amministrazione ha espressamente valutato la possibilità di ricollocazione lavorativa della ricorrente con adibizione della stessa ad altre e diverse mansioni non comportanti contatti con gli utenti e con restante personale sanitario, concludendo in senso negativo con una motivazione condivisibile e supportata da adeguata istruttoria;

Considerato che è comunque in facoltà della ricorrente conseguire la cessazione di tutti i lamentati effetti pregiudizievoli adempiendo all'obbligo vaccinale, adempimento espressamente previsto dalla legge come presupposto necessario ed imprescindibile per l'esercizio della professione ex art. 4 comma 1 D.L. citato;

Considerato che - entro i limiti decisionali connessi alla presente fase cautelare monocratica -nel giudizio di bilanciamento dei contrapposti interessi, la posizione della ricorrente e il diritto dell'individuo, sotto i vari profili evidenziati, debbono ritenersi decisamente recessivi rispetto all'interesse pubblico sotteso alla normativa di cui trattasi, nel contesto emergenziale legato al rischio di diffusione della pandemia da COVID-19, che deve costituire il parametro di lettura della normativa medesima [...]”.

DECRETO

sul ricorso numero di registro generale 1161 del 2021, proposto da -OMISSIS-, rappresentato e difeso dall'avvocato Edoardo Polacco, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Sanitaria Locale di Brindisi, non costituita in giudizio;
Ordine dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri della Provincia di Brindisi, rappresentato e difeso dall'Avv. Adriano Tolomeo ed elettivamente domiciliato presso il suo studio con domicilio digitale come da Registri di Giustizia;

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia,

della delibera prot. n. -OMISSIS- dell'Ordine dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri della Provincia di Brindisi avente ad oggetto la sospensione dell'esercizio professionale della Dott.ssa -OMISSIS- e dell'assorbita comunicazione /sospensione prot. n. -OMISSIS- della ASL di Brindisi, con la quale si sospendeva dal servizio senza retribuzione la ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Vista l'istanza di misure cautelari monocratiche proposta dal ricorrente, ai sensi dell'art. 56 cod. proc. amm.;

Considerato che l'atto impugnato è costituito dalla nota dell'Ordine dei Medici Chirurghi e Odontoiatri della Provincia di Brindisi prot. -OMISSIS-, recante "presa d'atto" della sospensione ex lege, ivi compresa la presupposta comunicazione/sospensione della ASL Brindisi di cui alla nota -OMISSIS-;

Considerato che i predetti atti costituiscono atti di mera comunicazione della Delibera di presa d'atto da parte del C.D. dell'O.M.C.E.O. di Brindisi di cui al verbale della seduta del -OMISSIS- e, rispettivamente, della Deliberazione del D.G. della ASL Brindisi n. -OMISSIS-;

Considerato che gli atti sopramenzionati risultano diretta conseguenza delle disposizioni legislative richiamate e, in specie, del D.L. n.44 dell'1/4/2021 convertito in L. n.76/2021 "Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da Covid-19...";

Considerato che la normativa richiamata riveste carattere eccezionale e derogatorio e si iscrive dunque nell'ambito della legislazione connessa all'emergenza e finalizzata al contenimento della diffusione del contagio da SARS-COVID-19;

Considerato che in particolare l'art. 4 del D.L. citato prevede una dettagliata articolazione del solo procedimento volto all'accertamento dei presupposti in fatto (mancato adempimento dell'obbligo di vaccinazione), determinando viceversa in via automatica e diretta gli effetti e le conseguenze del mancato adempimento dell'obbligo vaccinale, senza alcuna discrezionalità dell'amministrazione datoriale di riferimento, salvo che con riferimento all'eventuale adibizione del dipendente a diverse mansioni, prevedendo testualmente:

"1. In considerazione della situazione di emergenza epidemiologica da SARS-CoV-2, fino alla completa attuazione del piano di cui all'articolo 1, comma 457, della legge 30 dicembre 2020, n. 178, e comunque non oltre il 31 dicembre 2021, al fine di tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza, gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario che svolgono la loro attività nelle strutture sanitarie, sociosanitarie e socio-assistenziali, pubbliche e private, nelle farmacie, parafarmacie e negli studi professionali sono obbligati a sottoporsi a vaccinazione gratuita per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2. La vaccinazione costituisce requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative rese dai soggetti obbligati. La vaccinazione è somministrata nel rispetto delle indicazioni fornite dalle regioni, dalle province autonome e dalle altre autorità sanitarie competenti, in conformità alle previsioni contenute nel piano.

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

3. Entro cinque giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, ciascun Ordine professionale territoriale competente trasmette l'elenco degli iscritti, con l'indicazione del luogo di rispettiva residenza, alla regione o alla provincia autonoma in cui ha sede. Entro il medesimo termine i datori di lavoro degli operatori di interesse sanitario che svolgono la loro attività nelle strutture sanitarie, sociosanitarie, socio-assistenziali, pubbliche o private, nelle farmacie, parafarmacie e negli studi professionali trasmettono l'elenco dei propri dipendenti con tale qualifica, con l'indicazione del luogo di rispettiva residenza, alla regione o alla provincia autonoma nel cui territorio operano.

4. Entro dieci giorni dalla data di ricezione degli elenchi di cui al comma 3, le regioni e le province autonome, per il tramite dei servizi informativi vaccinali, verificano lo stato vaccinale di ciascuno dei soggetti rientranti negli elenchi. Quando dai sistemi informativi vaccinali a disposizione della regione e della provincia autonoma non risulta l'effettuazione della vaccinazione anti SARS-CoV-2 o la presentazione della richiesta di vaccinazione nelle

modalità stabilite nell'ambito della campagna vaccinale in atto, la regione o la provincia autonoma, nel rispetto delle disposizioni in materia di protezione dei dati personali, segnala immediatamente all'azienda sanitaria locale di residenza i nominativi dei soggetti che non risultano vaccinati.

5. Ricevuta la segnalazione di cui al comma 4, l'azienda sanitaria locale di residenza invita l'interessato a produrre, entro cinque giorni dalla ricezione dell'invito, la documentazione comprovante l'effettuazione della vaccinazione, l'omissione o il differimento della stessa ai sensi del comma 2, ovvero la presentazione della richiesta di vaccinazione o l'insussistenza dei presupposti per l'obbligo vaccinale di cui al comma 1. In caso di mancata presentazione della documentazione di cui al primo periodo, l'azienda sanitaria locale, successivamente alla scadenza del predetto termine di cinque giorni, senza ritardo, invita formalmente l'interessato a sottoporsi alla somministrazione del vaccino anti SARS-CoV-2, indicando le modalità e i termini entro i quali adempiere all'obbligo di cui al comma 1. 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.

6. 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 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 è dovuta la retribuzione, altro compenso o emolumento, comunque denominato.

9. La sospensione di cui al comma 6 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.

10. Salvo in ogni caso il disposto dell'articolo 26, commi 2 e 2-bis, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, per il periodo in cui la vaccinazione di cui al comma 1 è omessa o differita e comunque non oltre il 31 dicembre 2021, il

datore di lavoro adibisce i soggetti di cui al comma 2 a mansioni anche diverse, senza decurtazione della retribuzione, in modo da evitare il rischio di diffusione del contagio da SARS-CoV-2”;

Considerato che ricorre la giurisdizione del giudice amministrativo anche con riferimento alla sospensione dall'esercizio della professione, per difetto di presupposto ex lege (art. 4 comma 1 DL citato), essendo tale sospensione del tutto atipica ed estranea a finalità disciplinari o sanzionatorie (per le quali ricorre invece speciale giurisdizione della C.C.E.P.S.);

Considerato che sotto tale profilo, ovvero quello relativo alla sospensione dall'esercizio della professione, la normativa di cui trattasi si configura come legge-provvedimento, determinandosi ex lege l'effetto lesivo della posizione della ricorrente direttamente ed in via automatica, come peraltro reso evidente dalla natura degli atti impugnati, meramente ricognitivi o di presa d'atto della sospensione ex lege;

Considerato l'orientamento giurisprudenziale in tema di mezzi di tutela offerti al cittadino avverso leggi-provvedimento e richiamato in proposito specifico precedente di questo Tribunale:

“Secondo la costante giurisprudenza della Corte Costituzionale, deve escludersi l'impugnabilità diretta della legge provvedimento dinanzi al Giudice amministrativo, atteso che i mezzi di tutela predisposti dall'ordinamento sono ancorati al criterio formale e, quindi, risultando riservata solo al giudice della legge la possibilità di determinare la caducazione della norma di legge; correlativamente, il giudizio di costituzionalità deve conservare il proprio carattere incidentale e quindi muovere pur sempre dall'impugnazione di un atto amministrativo.

Sulla base delle chiare indicazioni della Corte, la giurisprudenza amministrativa è pervenuta da tempo ad una differente e peculiare qualificazione con riferimento all'ammissibilità dell'impugnazione, al fine di realizzare un sistema coerente con i principi costituzionali a garanzia del diritto alla tutela giurisdizionale, affermando chiaramente che – nell'ipotesi di legge provvedimento - l'unica possibilità di tutela per i cittadini è quella consiste nella possibilità impugnare gli atti applicativi delle stesse, anche se di contenuto vincolato e privi di autonoma lesività, deducendo tuttavia - a motivo di impugnazione - l'incostituzionalità della norma presupposta (ex multis: C.d.S Sezione Sesta 8.10.2008 n. 4933; C.d.S Sezione Quarta 22.3.2021 n. 2409).

Qualora pertanto la norma citata dovesse qualificarsi come legge provvedimento, come peraltro il Collegio ritiene, dovrebbe necessariamente – in deroga ai principi generali - ritenersi ammissibile l'impugnazione di qualunque atto, ancorché non lesivo ed anche se di mera comunicazione, in quanto unico mezzo di tutela offerto al cittadino, cui è ovviamente preclusa la possibilità di diretta impugnazione della legge provvedimento.

Logico corollario di quanto sopra è costituito dal fatto che il ricorso in tal caso, qualora ritenuto fondato, non può essere definito attraverso l'accoglimento della domanda, risultando necessaria e imprescindibile la rimessione degli atti alla Corte Costituzionale.

Ed invero, individuata la norma di legge come fonte diretta ed immediata della dedotta lesione della sfera giuridica del ricorrente, l'accoglimento del ricorso avverso un mero atto, di per sé sfornito del tutto di qualsivoglia profilo di lesività, non risulterebbe in linea con le chiare indicazioni che emergono dal peculiare sistema di tutela delineato dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale e del Consiglio di Stato” (TAR Puglia Lecce Sez. I sent. N.981/2021 del 29/6/2021); Ritenuta pertanto l'ammissibilità del ricorso, in ragione dei vari profili di presunta incostituzionalità della normativa di cui trattasi, così come prospettati e dedotti specificamente dalla ricorrente;

Considerato, con riferimento alla fattispecie concretamente in esame e al *periculum in mora* prospettato, ovvero alla omessa ricollocazione lavorativa della ricorrente, che l'art. 4 co. 10 del citato D.L. 44/2021 riserva l'adibizione d'ufficio ad altre e diverse mansioni solo all'ipotesi di soggetto per il quale sia stata dichiarata ed accertata l'esenzione o il differimento della vaccinazione, ipotesi del tutto differente da quella in esame, in quanto caratterizzata da atteggiamento di leale collaborazione da parte del dipendente;

Considerato che la ricorrente ha viceversa tenuto una condotta dilatoria e certamente non collaborativa, tale da precludere all'amministrazione la possibilità di accertare eventuali situazioni non compatibili con l'obbligo vaccinale;

Considerato che il fatto che l'attestazione dell'incompatibilità sia attribuita al medico di medicina generale, non esclude ma anzi presuppone il potere dovere dell'amministrazione sanitaria di verificarne l'attendibilità e l'effettività;

Considerato che comunque l'Amministrazione ha espressamente valutato la possibilità di ricollocazione lavorativa della ricorrente con adibizione della stessa ad altre e diverse mansioni non comportanti contatti con gli utenti e con restante personale sanitario, concludendo in senso negativo con una motivazione condivisibile e supportata da adeguata istruttoria;

Considerato che è comunque in facoltà della ricorrente conseguire la cessazione di tutti i lamentati effetti pregiudizievoli adempiendo all'obbligo vaccinale, adempimento espressamente previsto dalla legge come presupposto necessario ed imprescindibile per l'esercizio della professione ex art. 4 comma 1 D.L. citato;

Considerato che - entro i limiti decisionali connessi alla presente fase cautelare monocratica -nel giudizio di bilanciamento dei contrapposti interessi, la posizione della ricorrente e il diritto dell'individuo, sotto i vari profili evidenziati, debbono ritenersi decisamente recessivi rispetto all'interesse pubblico sotteso alla normativa di cui trattasi, nel contesto emergenziale legato al rischio di diffusione della pandemia da COVID-19, che deve costituire il parametro di lettura della normativa medesima.

P.Q.M.

Respinge l'istanza di cautela monocratica.

Fissa per la trattazione collegiale la camera di consiglio del 15 settembre 2021.

Il presente decreto sarà eseguito dall'Amministrazione ed è depositato presso la Segreteria del Tribunale che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e all'articolo 9, paragrafi 1 e 4, del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 e all'articolo 2-septies del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, come modificato dal decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 101, manda alla Segreteria di procedere, in qualsiasi ipotesi di diffusione del presente provvedimento, all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi dato idoneo a rivelare lo stato di salute delle parti o di persone comunque ivi citate.

Così deciso in Lecce il giorno 4 agosto 2021.

**Il Presidente
Antonio Pasca**