

GIURISDIZIONE: Covid-19 - Provvedimento di sospensione temporanea dall'esercizio della professione sanitaria - Privazione della retribuzione - Art. 4 D.L. n. 44 del 2021 - Impugnazione - Atti riconducibili alla gestione del rapporto di lavoro - Giurisdizione del Giudice ordinario - Giudice del Lavoro.

Tar Sicilia - Palermo, Sez. I, 31 gennaio 2022, n. 284

“[...] Riguardo al provvedimento [...] di sospensione dal servizio con privazione della retribuzione ai sensi del D.L. n.44 del 2021, è opportuno premettere che il sistema delineato dall'art. 4 del d.l. 44 del 2021 da applicarsi ai professionisti sanitari dipendenti, quale è la ricorrente, prevede un iter bifasico:

- una prima fase (di natura amministrativa e pubblicistica), disciplinata dai commi 3-7 e 9 dell'art. 4 e attribuita alla competenza dell'Azienda sanitaria di residenza dell'interessato, è volta ad accertare se il sanitario abbia ricevuto la somministrazione del vaccino contro il SARS-CoV-2, in conformità all'obbligo sancito dal comma 1. Qualora l'Azienda sanitaria riscontri l'ingiustificato inadempimento, adotta un atto di accertamento cui consegue, quale effetto automatico ex lege a carico del sanitario “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”;

- una seconda fase, disciplinata dai commi 8 e 10 dell'art. 4, che prendendo le mosse dall'accertamento di cui sopra e dal suo effetto legalmente impeditivo rispetto allo svolgimento di un'ampia categoria di mansioni, chiama invece in causa i poteri organizzativi del datore di lavoro (e ha quindi, generalmente, natura privatistica, anche laddove si tratti di rapporti di pubblico impiego; cfr. art. 5, comma 2 e 63 del d.lgs. 165 del 2001). Il datore di lavoro deve infatti valutare la possibilità di assegnare il sanitario “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”. Al riscontro dell'impossibilità di un reimpiego e, quindi, dell'impossibilità di utilizzare la prestazione lavorativa, consegue la sospensione dalla retribuzione, salvi i casi in cui l'omissione o il differimento della vaccinazione sono giustificati.

Alla stregua di tali disposizioni, è agevole constatare che il ricorso [...] è solo formalmente diretto a contestare la sospensione dal servizio ma, in realtà, vengono in esso concretamente contestati atti e fatti riconducibili alla gestione in senso stretto del rapporto di lavoro, in particolare, la mancata assegnazione a diverse mansioni, proprio secondo quanto previsto dall'art. 4, comma 8, del citato D.L. n. 44 del 2021.

In altre parole, non è contestato l'atto di accertamento circa l'inosservanza dell'obbligo vaccinale per avervi invece adempiuto oppure per un'eventuale sussistenza di ragioni di esonero dal suddetto obbligo ai sensi dell'art. 4, comma 2, del D.L. n. 44 del 2021: le uniche questioni specificamente sollevate risultano piuttosto riconducibili alla gestione del rapporto di lavoro in senso stretto (retribuzione e mansioni) ossia ad atti di microorganizzazione, come tali rientranti nella giurisdizione del giudice ordinario [...]”.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti la memoria di costituzione in giudizio, i documenti e la memoria difensiva depositati dall'Ordine dei Tecnici sanitari di radiologia medica e delle professioni sanitarie tecniche, della riabilitazione e della prevenzione della Provincia di Palermo;

Visto l'atto di costituzione in giudizio, i documenti e la memoria difensiva depositati dall'ASP di Palermo;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore la dott.ssa Anna Pignataro;

Uditi, nella camera di consiglio del giorno 11 gennaio 2022, i difensori di parte resistente, presenti così come specificato nel verbale d'udienza ai quali è stato dato avviso della possibilità di definizione del giudizio con sentenza in forma semplificata;

CONSIDERATO che:

- con atto notificato il 3 dicembre 2021 e depositato il giorno 29 seguente, la ricorrente, operatrice sanitaria fisioterapista esperta in riabilitazione presso l'Azienda sanitaria provinciale di Palermo, ha impugnato:

A) il provvedimento prot. n. -OMISSIS- adottato dal Consiglio Direttivo dell'ordine dei tecnici sanitari di radiologia medica e delle professioni sanitarie tecniche e della riabilitazione della prevenzione provincia di Palermo, nella seduta del 27 settembre 2021, asseritamente notificatole in data 5 ottobre 2021, con cui è stata disposta la sospensione temporanea dall'esercizio della professione di fisioterapista fino all'assolvimento dell'obbligo vaccinale e comunque entro non oltre il termine di legge del 31 dicembre 2021, salvo proroghe;

B) il provvedimento prot. -OMISSIS- del 22 settembre 2021 adottato dall'Asp di Palermo, notificatole in data 18 ottobre 2021, di sospensione dal servizio con privazione della retribuzione ai sensi del D.L. n.44 del 2021;

Parte ricorrente, nella dichiarata consapevolezza che i predetti provvedimenti di sospensione sono stati comminati dalla stessa Legge (D.L. n. 44/2021), basa il gravame principalmente sull'eccezione

d'illegittimità costituzionale dell'art. 4 del D.L. n. 44/2021 come modificato dalla legge di conversione 28 maggio 2021 n.76, in relazione agli articoli 1,2, 3,4, 13,36,117 della Costituzione e anche in relazione alla risoluzione del Consiglio d'Europa numero 2361/2021 (punti 7.3), nonché al regolamento europeo numero 953 del 2021 (considerando 36).

Deduce inoltre che:

- in forza del sopravvenuto D.L. n. 172/2021, in vigore dal 27 novembre 2021, l'atto di accertamento dell'inottemperanza dell'obbligo di vaccinazione per la prevenzione dell'infezione da SARS-Cov-2, emesso da parte dell'Azienda Sanitaria Locale, ai sensi del decreto-legge n. 44 del 1° aprile 2021, convertito dalla legge n. 76 del 28 maggio 2021, e che ha determinato la sospensione dell'attività professionale, deve ritenersi caducato e privo di effetto;
- l'ASP di Palermo annovera tra i suoi dipendenti migliaia di lavoratori e perciò avrebbe potuto e dovuto verificare la possibilità di adibirla ad altre mansioni, prima di disporre la sospensione dal lavoro e dalla retribuzione.

L'Ordine professionale intimato si è costituito in giudizio; con memoria del 5 gennaio 2021, ha preliminarmente controdedotto:

- che con deliberazione del Consiglio Direttivo n° -OMISSIS- ha provveduto a revocare la sospensione in conseguenza della perdita di efficacia *ex lege* a decorrere dal 1° gennaio 2022 e disposto l'immediata cancellazione della relativa annotazione dall'albo professionale: donde l'improcedibilità del gravame per sopravvenuto difetto d'interesse;
- la deliberazione-OMISSIS-, del 27.9.2021, di sospensione dall'esercizio della professione, contrariamente a quanto affermato da parte ricorrente, è stata comunicata via pec in data 1.10.2021, giusta ricevuta di avvenuta consegna, con conseguente irricevibilità del ricorso tardivamente notificato, in data 3.12.2021;
- il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, essendo competente a conoscere della controversia esclusivamente la Commissione Centrale per gli Esercenti le Professioni Sanitarie, organo giurisdizionale speciale investito a conoscere, in via esclusiva, delle materie devolute alla sua cognizione, come definite dall'art. 5 del Decreto Legislativo del Capo provvisorio dello Stato del 13 settembre 1946, n. 233 e s.m.i., ovvero dei ricorsi in materia di: a) iscrizione, sospensione e cancellazione dall'albo professionale; b) applicazione delle sanzioni disciplinari nei confronti degli iscritti all'albo.

Nel merito, ha evidenziato che la sospensione era un obbligo di legge conseguente all'attività di accertamento della violazione dell'adempimento da parte del professionista e, pertanto, aveva natura di atto vincolato;

CONSIDERATO che l'ASP di Palermo si è costituita in giudizio; con memoria del 8 gennaio 2021 ha sottolineato che la sospensione dal servizio della ricorrente non vaccinata, in tempo di emergenza COVID 19, era un atto necessario e dovuto per la tutela della salute del lavoratore, degli operatori, dei pazienti e dei terzi;

CONSIDERATO che all'udienza camerale di trattazione della domanda cautelare è stato dato avviso della questione rilevata d'ufficio della dubbia sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo riguardo al provvedimento adottato dall'ASP di Palermo e, dopo la discussione, il ricorso è stato posto in decisione;

RITENUTO che il ricorso va dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo riguardo a entrambi i provvedimenti impugnati.

A) Riguardo alla contestata sospensione temporanea dall'esercizio della professione di fisioterapista, va osservato che il Decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato del 13 settembre 1946, n. 233, prevede all'art. 3, comma 1, che *“Al Consiglio direttivo di ciascun Ordine spettano le seguenti attribuzioni: ... iscrivere i professionisti all'Ordine nel rispettivo albo, compilare e tenere gli albi dell'Ordine e pubblicarli all'inizio di ogni anno; all'art. 3, comma 2, che “Alle commissioni di albo spettano le seguenti attribuzioni ... proporre al Consiglio direttivo l'iscrizione all'albo del professionista”;* all'art. 3, comma 4, che *“Contro i provvedimenti per le materie indicate ai commi 1, lettera a), e 2, lettere a) e c), e quelli adottati ai sensi del comma 3 nelle medesime materie, è ammesso ricorso alla Commissione centrale per gli esercenti le professioni sanitarie”.*

Il Decreto Legge 13 settembre 2012, n. 158, prevede inoltre all'art. 15, comma 3-bis, che la suddetta Commissione centrale per gli esercenti le professioni sanitarie esercita *“funzioni di giurisdizione speciale”.*

Il relativo Regolamento di attuazione, approvato con D.P.R. 5 aprile 1950, n. 221, stabilisce inoltre specificamente, all'art. 9, che *“Avverso la deliberazione di rigetto della domanda di iscrizione nell'Albo l'interessato può ricorrere alla Commissione centrale per gli esercenti le professioni sanitarie, la quale decide in merito alla iscrizione”.*

La giurisprudenza della Corte di Cassazione ha poi affermato che: *“Spetta alla giurisdizione della Commissione centrale per gli esercenti le professioni sanitarie ... la controversia relativa alla sussistenza o meno del diritto di un infermiere alla cancellazione dall'albo professionale”* (cfr. Cass. Civile, sez. un., 19 aprile 2004, n.7376); ed ancora *“Ai sensi, infatti, dell'art. 3 lett. a) del d.l.c.p.s. 13 settembre 1946 n. 233 - recante norme sulla ricostituzione degli Ordini delle professioni sanitarie e sulla disciplina dell'esercizio delle professioni stesse - compete al consiglio*

direttivo di ciascun Ordine e Collegio compilare e tenere l'albo dell'Ordine e Collegio e pubblicarlo al principio di ogni anno: provvedimenti, questi, avverso i quali è ammesso ricorso alla Commissione centrale per gli esercenti le professioni sanitarie a norma dell'art. 5 seconda parte dello stesso testo normativo. Mentre l'ordine è organo di natura amministrativa, la Commissione centrale costituisce invece organo giurisdizionale speciale, istituito prima della Carta costituzionale, la cui decisione è suscettibile di ricorso straordinario per cassazione ex art. 111 cost. per violazione di legge” (Cass. sez. un. 10.11.1997 n. 11072; cfr. Cass. Civile, sez. un., 19 novembre 1999, n.800).

La giurisprudenza amministrativa ha affermato che *“Esula dalla giurisdizione del giudice amministrativo l'impugnazione dei provvedimenti di rigetto della domanda di iscrizione all'Albo degli odontoiatri ... in quanto contro tali provvedimenti è ammesso ricorso alla commissione centrale per gli esercenti le professioni sanitarie, organo speciale di giurisdizione istituito con d.l.C.p.S. 13 settembre 1946 n. 233, la cui decisione è impugnabile con ricorso alla Corte di cassazione a sezioni unite”* (cfr. T.A.R. Lombardia, sez. I, 5 dicembre 2002, n.4743); *“nessun dubbio può residuare sulla individuazione del Giudice competente a conoscere della controversia in esame; Giudice che non è questo Tribunale ma la Commissione centrale per gli esercenti le professioni sanitarie cui, ai sensi dell'art. 5 del d. lg. C. P. S. 13.9.1946, n. 223, pertiene la cognizione dei ricorsi avverso i provvedimenti adottati dai competenti Ordini professionali provinciali in materia di compilazione e tenuta dell'Albo dell'Ordine (art.3 lett. a d. lg. citato) ed avverso le cui decisioni, a mente del successivo art. 19, è ammesso ricorso in Cassazione a norma dell'art. 362 del c. p. c.. Quest'ultima previsione convince in merito alla natura giurisdizionale delle attribuzioni della predetta Commissione e ciò in quanto, nel nostro sistema, il ricorso per Cassazione è diretto al controllo su provvedimenti di natura giurisdizionale (in tal senso è l'unico orientamento della Corte Costituzionale; cfr. sentt. nn. 110 del 1967, 114 del 1970, 27 del 1972, 175 del 1980, 284 del 1986). Dunque, la Commissione prevista dall'art. 5 del menzionato d. l. C. P. S. è un organo giurisdizionale speciale, alla cui sopravvivenza, nell'ordinamento post costituzionale, non osta la previsione dell'art. 102 della Carta Fondamentale che vieta l'istituzione di nuove giurisdizioni non solo straordinarie ma anche speciali; e ciò in quanto trattandosi di Organo istituito anteriormente all'entrata in vigore della Costituzione, la sua persistente operatività è avallata dalla VI^a disposizione transitoria e finale della stessa Carta costituzionale che ha assoggettato i preesistenti Organi di giurisdizione speciale a revisione, da parte del Legislatore ordinario, nel termine di cinque anni; termine non perentorio ma ordinatorio la cui scadenza non ha determinato l'illegittimità costituzionale degli Organi che avrebbero dovuto essere*

revisionati (Cfr. in tal senso oltre alle decisioni sopra citate della Corte Cost.le, anche, e sullo specifico tema della natura di Organo giurisdizionale speciale della predetta Commissione centrale per gli esercenti le professioni sanitarie, Cass. SS. UU. 6.11.1998, n. 11213 e 18.4.1988. n. 3082)” (cfr. T.A.R. Campania, sez. III, 20 aprile 2000, n.1106. Cfr. anche Cons. Stato, sez. III, 3 luglio 2018, n.4059; TAR Lazio, III quater, 29 novembre 2018, n.11567).

Anche la Corte costituzionale ha affermato in diverse occasioni che: *“Il procedimento disciplinare nei confronti degli esercenti le professioni sanitarie si articola in una prima fase, svolta davanti all'ordine professionale locale, che ha natura amministrativa; nel caso di impugnazione dell'atto che la definisce, alla stessa segue un'ulteriore fase che è svolta, invece, davanti ad un "giudice", la Commissione centrale, che ha natura giurisdizionale, con conseguente impugnabilità per cassazione ex art. 111, comma 7, cost. delle relative decisioni. La natura giurisdizionale dell'attività svolta dalla Commissione richiede l'osservanza della regola che il giudice rimanga sempre super partes ed estraneo rispetto agli interessi oggetto del processo e sia assicurato quel "minimo" di garanzie ragionevolmente idonee allo scopo, ai sensi degli art. 24 e 111 cost.”* (Corte Cost., 9 luglio 2014, n.193; cfr. anche Corte Cost., 7 aprile 2017, n.71) e che *“Le funzioni svolte da detta Commissione, secondo un orientamento consolidato nella giurisprudenza di legittimità, sono da considerarsi «funzioni di giurisdizione speciale» (Cass., sezioni unite civili, 7 agosto 1998, n. 7753). Tale conclusione, oltre a trovare una conferma (di mera definizione e non di disciplina) nell'art. 15, comma 3-bis, del decreto-legge n. 158 del 2012, convertito nella legge n. 189 del 2012, è stata fatta propria da questa Corte con la sentenza n. 193 del 2014”* (Corte Cost., 7 ottobre 2016, n.215).

B) Riguardo al provvedimento prot. -OMISSIS- del 22 settembre 2021 adottato dall'Asp di Palermo, di sospensione dal servizio con privazione della retribuzione ai sensi del D.L. n.44 del 2021, è opportuno premettere che il sistema delineato dall'art. 4 del d.l. 44 del 2021 da applicarsi ai professionisti sanitari dipendenti, quale è la ricorrente, prevede un iter bifasico:

- una prima fase (di natura amministrativa e pubblicistica), disciplinata dai commi 3-7 e 9 dell'art. 4 e attribuita alla competenza dell'Azienda sanitaria di residenza dell'interessato, è volta ad accertare se il sanitario abbia ricevuto la somministrazione del vaccino contro il SARS-CoV-2, in conformità all'obbligo sancito dal comma 1. Qualora l'Azienda sanitaria riscontri l'ingiustificato inadempimento, adotta un atto di accertamento cui consegue, quale effetto automatico *ex lege* a carico del sanitario *“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”*;

- una seconda fase, disciplinata dai commi 8 e 10 dell'art. 4, che prendendo le mosse dall'accertamento di cui sopra e dal suo effetto legalmente impeditivo rispetto allo svolgimento di un'ampia categoria di mansioni, chiama invece in causa i poteri organizzativi del datore di lavoro (e ha quindi, generalmente, natura privatistica, anche laddove si tratti di rapporti di pubblico impiego; cfr. art. 5, comma 2 e 63 del d.lgs. 165 del 2001). Il datore di lavoro deve infatti valutare la possibilità di assegnare il sanitario *“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”*. Al riscontro dell'impossibilità di un reimpiego e, quindi, dell'impossibilità di utilizzare la prestazione lavorativa, consegue la sospensione dalla retribuzione, salvi i casi in cui l'omissione o il differimento della vaccinazione sono giustificati.

Alla stregua di tali disposizioni, è agevole constatare che il ricorso, *in parte qua*, è solo formalmente diretto a contestare la sospensione dal servizio ma, in realtà, vengono in esso concretamente contestati atti e fatti riconducibili alla gestione in senso stretto del rapporto di lavoro, in particolare, la mancata assegnazione a diverse mansioni, proprio secondo quanto previsto dall'art. 4, comma 8, del citato D.L. n. 44 del 2021.

In altre parole, non è contestato l'atto di accertamento circa l'inosservanza dell'obbligo vaccinale per avervi invece adempiuto oppure per un'eventuale sussistenza di ragioni di esonero dal suddetto obbligo ai sensi dell'art. 4, comma 2, del D.L. n. 44 del 2021: le uniche questioni specificamente sollevate risultano piuttosto riconducibili alla gestione del rapporto di lavoro in senso stretto (retribuzione e mansioni) ossia ad atti di microorganizzazione, come tali rientranti nella giurisdizione del giudice ordinario (cfr. TAR Lazio, III *quater*, 10 novembre 2021, n. 11570; TAR Friuli Venezia Giulia, sez. I, 13 settembre 2021, n. 276);

RITENUTO che, alla luce di quanto appena riportato, va dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, trattandosi di controversia riservata, nei sensi sopra spiegati, in parte alla cognizione della Commissione centrale per le professioni sanitarie di cui all'art. 17 e ss. del d.lgs.C.P.S. n. 233 del 1946, e, in parte, a quella del Giudice ordinario in funzione di giudice del Lavoro davanti ai quali il processo potrà essere proseguito con le modalità e nei termini di cui all'art. 11, c.p.a.;

RITENUTO, infine, che le spese di lite vanno eccezionalmente compensate in ragione della peculiarità e parziale novità delle questioni poste nel caso in esame.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile per difetto di

giurisdizione del giudice adito e dichiara la giurisdizione della Commissione centrale per le professioni sanitarie di cui all'art. 17 del d.lgs.C.P.S. n. 233 del 1946 e del Giudice ordinario in funzione di giudice del Lavoro, nei sensi e per gli effetti di cui in motivazione.

Spese compensate.

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 9, paragrafo 1, del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo a identificare parte ricorrente.

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 11 gennaio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Veneziano, Presidente

Anna Pignataro, Consigliere, Estensore

Francesco Mulieri, Primo Referendario

L'ESTENSORE

Anna Pignataro

IL PRESIDENTE

Salvatore Veneziano

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.