

GIURISDIZIONE: Sanitari - Sospensione dal servizio ex art. 4 comma 7, D.L. del 1/4/2021 n. 44, convertito dalla L. 28 maggio 2021 n. 76 - Per inottemperanza all'obbligo vaccinale COVID-19 - Controversie in materia - Giurisdizione del G.A.

Cons. Stato, Sez. III, 3 ottobre 2022, n. 8434

“[...] anche a fronte di attività connotate dall'assenza in capo all'amministrazione di margini di discrezionalità valutativa o tecnica, quindi, occorre avere riguardo, in sede di verifica della natura della corrispondente posizione soggettiva del privato, alla finalità perseguita dalla norma primaria, per cui quando l'attività amministrativa, ancorché a carattere vincolato, tuteli in via diretta l'interesse pubblico, la situazione vantata dal privato non può che essere protetta in via mediata, così assumendo consistenza di interesse legittimo».

Per quanto attiene all'obbligo di vaccinazione contro il virus Sars-CoV-2 per il personale sanitario, come ha già chiarito la sentenza n. 7045 del 20 ottobre 2021, infatti, tutti gli atti della sequenza procedimentale introdotta e disciplinata dall'art. 4 del d.l. n. 44 del 2021, «a fronte di un potere vincolato, per l'amministrazione, ai presupposti determinati dalla legge e vincolante per i destinatari», sono egualmente lesivi per la sfera giuridica dei ricorrenti che, si badi, non lamentano soltanto una violazione del loro diritto al lavoro e alla retribuzione (art. 36 Cost.), ma una violazione diretta, e radicale, anche del loro fondamentale diritto ad autodeterminarsi (artt. 2 e 32 Cost.), diritto che, evidentemente, è leso da tutto il procedimento inteso ad accertare l'inadempimento a tale obbligo, dal principio alla fine, in quanto ogni atto di questo procedimento, indipendentemente dalla maggiore e crescente incisività dei suoi effetti via via che il procedimento avanza, invade la sfera giuridica dei destinatari e l'ambito di autonomia decisionale e, per così dire, dell'habeas corpus che essi reclamano [...]”.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Ordine Tecnici Sanitari di Radiologia Medica e delle Professioni Sanitarie Tecniche della Riabilitazione e della Prevenzione di Genova, Imperia e Savona;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nella camera di consiglio del giorno 29 settembre 2022, il Cons. Massimiliano Noccelli;

Viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 c.p.a.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso -OMISSIS-, proposto avanti al Tribunale amministrativo regionale per la Liguria e successivamente integrato da motivi aggiunti, l'odierna appellante, -OMISSIS-, ha impugnato il provvedimento di ingiunzione di trattamento sanitario vaccinale anti SARS-CoV-2 e la successiva sospensione dall'esercizio della professione (dalla quale conseguiva inevitabilmente la sospensione dallo stipendio e dal lavoro), provvedimenti di cui ha lamentato l'illegittimità, in quanto la ricorrente ha affermato di avere già consentito a due inoculazioni del farmaco -OMISSIS-, in entrambi i casi deducendo di avere subito gravi effetti avversi (-OMISSIS-), -OMISSIS- (doc. 1 *bis*), e quindi ha sostenuto, in sintesi, di non essere più soggetta ad alcun obbligo di trattamento sanitario (-OMISSIS- + -OMISSIS-) oppure, in subordine, di non essere soggetta ad ingiunzione vaccinale -OMISSIS-.

1.2. La ricorrente ha dedotto altresì, in subordine, l'incostituzionalità dell'obbligo di trattamento sanitario imposto -OMISSIS-, per irragionevole disparità di trattamento rispetto a tutte le altre categorie di cittadini non soggetti ad obbligo di tale trattamento sanitario, in quanto l'unico criterio non lesivo dell'art. 3 Cost. per imporre ad una sola categoria di cittadini l'obbligo di trattamento sanitario anti-SARS-CoV-2 è il contatto professionale e tipico con soggetti fragili, ma tale contatto sarebbe assolutamente inesistente nel caso -OMISSIS- come la ricorrente, dal momento che la professione esercitata dalla ricorrente (come di tutti -OMISSIS-) non pone a contatto con i pazienti.

1.3. La stessa ricorrente ha domandato altresì la sospensione cautelare dei provvedimenti impugnati, anche con decreto monocratico, attese le dedotte gravissime ed irreparabili conseguenze causate dai medesimi per la consequenziale sospensione dal lavoro e dallo stipendio in data -OMISSIS-, dovuta appunto alla sospensione dall'esercizio della professione disposta dall'Amministrazione resistente in dipendenza di una asserita, ma a suo dire in realtà inesistente, violazione all'obbligo di sottoposizione ad una terza somministrazione di trattamento anti-SARS-CoV-2 nonostante -OMISSIS-.

1.4. Nel primo grado del giudizio si è costituito l'Ordine dei Tecnici Sanitari di Radiologia Medica e delle Professioni Sanitarie Tecniche della Riabilitazione e della Prevenzione di Genova, Imperia e Savona – di qui in avanti, per brevità, l'Ordine – per resistere al ricorso proposto dall'odierna appellante.

1.5. Dopo avere respinto in più occasioni e con diversi decreti monocratici la domanda di tutela cautelare provvisoria, all'esito della camera di consiglio -OMISSIS-, fissata per l'esame collegiale

della domanda sospensiva, il Tribunale, con la sentenza -OMISSIS- resa in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 c.p.a., ha declinato la propria giurisdizione in favore del giudice ordinario.

1.6. Secondo il primo giudice, infatti, l'ordine intimato ha fatto applicazione di una norma di legge – e, in particolare, l'art. 4 del d.l. n. 44 del 2021 – che non ammette l'esercizio di potestà discrezionali, residuando per ciò all'interessata un diritto soggettivo alla corretta applicazione della misura contestata, una situazione giuridica tutelabile avanti al giudice ordinario.

1.7. Si tratterebbe, in pratica, dell'applicazione dei principi che il Tribunale – al pari di altri Tribunali amministrativi regionali – avrebbe utilizzato per declinare la giurisdizione amministrativa in argomento, rilevando che nella specie non vi è esplicitazione di alcuna potestà autoritativa, quanto l'accertamento di una situazione di fatto che la legge ritiene debba comportare una reazione dell'ordinamento.

2. Avverso tale sentenza ha proposto appello l'interessata, lamentandone l'erroneità per avere erroneamente declinato la giurisdizione e, comunque, per avere altrettanto erroneamente ritenuto che -OMISSIS- non fossero l'effetto della vaccinazione, e ne ha chiesto, previa l'immediata sospensione, la declaratoria di nullità sul presupposto della sua abnormità.

2.1. Si è costituito con memoria depositata -OMISSIS- l'Ordine appellato, chiedendo che questo Consiglio, ritenendo la sussistenza della giurisdizione amministrativa, voglia assumere ogni consequenziale provvedimento ai sensi dell'art. 105 c.p.a. e disattendere ogni avversa domanda in quanto inammissibile, irricevibile, improcedibile e comunque infondata o subordinatamente, ove ritenesse di dover procedere all'esame dell'avversa istanza cautelare e del merito della controversia, voglia interamente accogliere le conclusioni formulate in prime cure e quindi rigettare l'istanza cautelare proposta dalla ricorrente, difettandone i presupposti sia in fatto che in diritto, o di dichiarare inammissibile e/o improcedibile e/o irricevibile e comunque respingere il ricorso, tardivo e infondato, e i motivi aggiunti.

2.2. Nella camera di consiglio del 29 settembre 2022, fissata per la trattazione collegiale della domanda cautelare, il Collegio, dopo avere dato avviso alle parti della possibilità di definire la causa in forma semplificata, ai sensi dell'art. 60 c.p.a., e viste le conclusioni delle parti come da verbale, l'ha trattenuta in decisione.

2.3. Il difensore dell'appellante ha insistito, comunque, anche nella domanda cautelare.

3. L'appello deve essere accolto, stante l'erronea declaratoria del difetto di giurisdizione, con rimessione della causa al primo giudice, ai sensi dell'art. 105, comma 1, c.p.a., davanti al quale potrà essere riproposta la domanda cautelare.

4. Nonostante non manchino pronunce di primo grado che, come quella impugnata, hanno affermato la giurisdizione del giudice ordinario in materia di obblighi vaccinali, anche questo Collegio, conformemente all'orientamento di questa Sezione (v. già Cons. St., sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045 e poi, più diffusamente, Cons. St., sez. III, 20 giugno 2022, n. 5014), deve ribadire che l'art. 7 c.p.a. – in coerenza con le precedenti disposizioni di legge – afferma la sussistenza della giurisdizione amministrativa di legittimità quando sono impugnati emessi nell'esercizio del potere pubblico, e dunque autoritativi, non rilevando che si tratti di un potere discrezionale o vincolato (cfr. la sentenza della Corte Costituzionale n. 127 del 1998, per la quale è un 'postulato privo di qualsiasi fondamento' il sostenere che un atto vincolato non possa incidere su posizioni di interesse legittimo).

4.1. Oltre a questa decisiva considerazione, va rilevato che – per la sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 8 del 24 maggio 2008 – sussiste la giurisdizione amministrativa a maggior ragione quando la legge abbia attribuito alla pubblica amministrazione un potere volto a tutelare gli interessi pubblici.

4.2. In tal senso, le disposizioni contenute nell'art. 4 del d.l. n. 44 del 2021 hanno mirato a tutelare il diritto alla salute, che ai sensi dell'articolo 32 della Costituzione la Repubblica deve tutelare *«come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività»*.

4.3. Infatti, il comma 1 dell'art. 4 ha disposto l'obbligo vaccinale *«al fine di tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza»*.

4.4. Dunque il 'diritto' dell'interessato a svolgere liberamente un'attività professionale, ovvero un'attività lavorativa intellettuale di rilievo economico, ai sensi degli articoli 4 e 41 della Costituzione, oltre ad essere sottoposto all'esame di Stato ai sensi dell'articolo 43, quinto comma, viene conformato e limitato dalla legge affinché non si svolga, secondo la previsione dell'art. 41, secondo comma, *“in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute”*, oltreché *“all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana”*.

4.5. Come avviene in pressoché tutti i settori nei quali gli atti autoritativi incidono su attività riconducibili all'esercizio di 'diritti', le posizioni correlative sono di interesse legittimo, che costituisce il diaframma intercorrente tra l'atto autoritativo e la sfera giuridica del suo destinatario (Cons. St., sez. V, 4 novembre 1994, n. 1257).

4.6. Rilevano anche le considerazioni poste a base della sopra citata sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 8 del 2008, per la quale *«anche a fronte di attività connotate dall'assenza in capo all'amministrazione di margini di discrezionalità valutativa o tecnica, quindi, occorre avere riguardo, in sede di verifica della natura della corrispondente posizione soggettiva del privato, alla*

finalità perseguita dalla norma primaria, per cui quando l'attività amministrativa, ancorché a carattere vincolato, tuteli in via diretta l'interesse pubblico, la situazione vantata dal privato non può che essere protetta in via mediata, così assumendo consistenza di interesse legittimo».

4.7. Per quanto attiene all'obbligo di vaccinazione contro il virus Sars-CoV-2 per il personale sanitario, come ha già chiarito la sentenza n. 7045 del 20 ottobre 2021, infatti, tutti gli atti della sequenza procedimentale introdotta e disciplinata dall'art. 4 del d.l. n. 44 del 2021, «*a fronte di un potere vincolato, per l'amministrazione, ai presupposti determinati dalla legge e vincolante per i destinatari*», sono egualmente lesivi per la sfera giuridica dei ricorrenti che, si badi, non lamentano soltanto una violazione del loro diritto al lavoro e alla retribuzione (art. 36 Cost.), ma una violazione diretta, e radicale, anche del loro fondamentale diritto ad autodeterminarsi (artt. 2 e 32 Cost.), diritto che, evidentemente, è leso da tutto il procedimento inteso ad accertare l'inadempimento a tale obbligo, dal principio alla fine, in quanto ogni atto di questo procedimento, indipendentemente dalla maggiore e crescente incisività dei suoi effetti via via che il procedimento avanza, invade la sfera giuridica dei destinatari e l'ambito di autonomia decisionale e, per così dire, dell'*habeas corpus* che essi reclamano.

4.8. La Sezione ha riaffermato, come detto, questi principi nella più recente sentenza n. 5014 del 20 giugno 2022 e ad essi intende dare qui continuità, essendosi qui al cospetto di un potere, esercitato dall'autorità sanitaria (e poi attuato dall'Ordine competente), per garantire, attraverso la vaccinazione obbligatoria, il rispetto del fondamentale interesse pubblico ad evitare la diffusione del virus Sars-CoV-2 o, comunque, il propagarsi della malattia nelle sue forme più gravi e addirittura letali.

5. L'appello dunque va accolto nella parte in cui lamenta l'errore compiuto dal primo giudice nel declinare la propria giurisdizione, conseguendone non già l'esame della controversia, da parte di questo Consiglio di Stato, ma la rimessione della causa al primo giudice, secondo quanto dispone l'art. 105, comma 1, c.p.a.

6. Rimane assorbita, perché rimessa alla necessaria cognizione del giudice di prime cure, ogni questione inerente alle affermate conseguenze dannose della vaccinazione, essendo le affermazioni contenute nella sentenza impugnata in ordine al-OMISSIS- meri *obiter dicta*, e all'obbligo, qui contestato, di sottoporsi alla terza dose da parte dell'odierna appellante.

7. Ne segue che, in accoglimento dell'appello per le suesposte ragioni, la sentenza impugnata, che ha erroneamente declinato la giurisdizione del giudice amministrativo, vada annullata – e non, come chiede l'appellante, dichiarata nulla in quanto asseritamente abnorme – e debba essere affermata la

giurisdizione del giudice amministrativo in questa materia, con la conseguente rimessione della causa al primo giudice ai sensi dell'art. 105, comma 1, c.p.a.

8. Le parti devono, ai sensi del comma 3, riassumere avanti al Tribunale il processo con ricorso notificato nel termine perentorio di novanta giorni dalla notificazione o, se anteriore, dalla comunicazione della presente sentenza e avanti al Tribunale potranno proporre, se del caso, le istanze cautelari che ritengano necessarie a tutelare la situazione giuridica soggettiva che assumono essere lesa dal provvedimento qui contestato.

9. Le spese del doppio grado del giudizio, per la novità delle questioni esaminate attinenti all'esercizio di diritti fondamentali dell'individuo a fronte di un potere attribuito all'autorità pubblica nell'interesse della collettività, possono essere interamente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) accoglie l'appello della -OMISSIS-, ai sensi di cui in motivazione, e per l'effetto dichiara la giurisdizione del giudice amministrativo e rimette la causa al Tribunale amministrativo regionale per la Liguria ai sensi dell'art. 105, comma 1, c.p.a.

Compensa interamente tra le parti le spese del doppio grado del giudizio.

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui di cui all'art. 52, commi 1 e 2, del d. lgs. n. 196 del 2003 e all'art. 9, paragrafi 1 e 4, del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 e all'art. 2-*septies* del d. lgs. n. 196 del 2003, come modificato dal d. lgs. n. 101 del 2018, 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 della ricorrente -OMISSIS-.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 29 settembre 2022, con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Greco, Presidente

Massimiliano Noccelli, Consigliere, Estensore

Raffaello Sestini, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere

IL SEGRETARIO

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