

Publicato il 21/03/2022

N. 00064/2022 REG.PROV.COLL.  
N. 00131/2021 REG.RIC.



**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento**

**(Sezione Unica)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 131 del 2021, proposto da RICORRENTI rappresentati e difesi dall'avvocato Daniele Granara, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*contro*

Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari della Provincia autonoma di Trento, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Renata Aleotti, Marco Pisoni, Silvia Dal Ri e Omar Martino Antonio Orrigo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Trento, via Degasperi, n. 79, presso il Servizio affari generali e legali dell'Azienda;

*per l'annullamento*

dell'atto del Dipartimento di Prevenzione l'Azienda provinciale per i servizi sanitari della Provincia autonoma di Trento prot. n. -OMISSIS- e di tutti gli altri di analogo tenore e contenuto, notificati ai ricorrenti con i quali è stata accertata ai sensi dell'art. 4, comma 6, del decreto legge n. 44 del 2021, convertito dalla legge n. 76 del 2021, l'inosservanza, da parte della ricorrente

dell'obbligo vaccinale previsto per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2, e di ogni altro atto presupposto, conseguente o connesso, ivi compresi l'atto del Dipartimento di Prevenzione prot. n. -OMISSIS- e tutti gli altri di analogo tenore e contenuto notificati ai ricorrenti, l'atto del Dipartimento di Prevenzione prot. n. -OMISSIS- e di tutti gli altri di analogo tenore e contenuto notificati ai ricorrenti,

con conseguente condanna delle Amministrazioni intimete al risarcimento dei danni cagionati ai ricorrenti dai provvedimenti impugnati,

eventualmente previa disapplicazione dell'art. 4 del decreto legge n. 44 del 2021, commi 4, 5, 6 e 7, o rimessione alla Corte Costituzionale della questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 del decreto legge n. 44 del 2021, commi 4, 5, 6 e 7, per contrasto con gli articoli 1, comma 2, 3, 11, 13, 24, 32, 2, comma 2, 36 e 117 Cost.;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari della Provincia Autonoma di Trento;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 marzo 2022 il dott. Carlo Polidori e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. I ricorrenti - esercenti le professioni sanitarie -OMISSIS- e che, come tali, sono soggetti all'obbligo vaccinale di cui all'art. 4 del decreto legge n. 44 del 2021 - con il presente ricorso hanno impugnato i provvedimenti in epigrafe indicati, con i quali l'Azienda provinciale per i servizi sanitari della Provincia di Trento (di seguito APSS) ha accertato ai sensi dell'art. 4, comma 6, del decreto legge n. 44 del 2021, convertito dalla legge n. 76 del 2021, l'inosservanza, da parte dei ricorrenti medesimi, dell'obbligo vaccinale previsto per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2.

2. In punto di fatto i ricorrenti riferiscono che, grazie alle autorizzazioni rilasciate dall'EMA (*European Medicines Agency*), in Italia è stata autorizzata la commercializzazione di quattro sieri vaccinali, comunemente denominati Pfizer, AstraZeneca, Moderna e Janssen, ma le predette autorizzazioni sono condizionate, in quanto prevedono una limitata valenza temporale, con conseguente necessità di rinnovo periodico e, soprattutto, dato il breve lasso di tempo in cui sono stati sviluppati i predetti vaccini, impongono la prosecuzione degli studi e del monitoraggio sugli effetti conseguenti alla loro somministrazione, i cui esiti potrebbero condurre al diniego di rinnovo dell'autorizzazione. Inoltre, come emerso da notizie di stampa, anche l'EMA e l'AIFA hanno più volte reso informazioni poco chiare circa le modalità di somministrazione dei predetti vaccini, le fasce di età per cui sarebbero state più indicate, oltreché in relazione al tempo necessario fra la prima somministrazione e la seconda; ciononostante l'Italia è l'unico Paese dell'Unione Europea (e non solo) a prevedere l'obbligatorietà per determinate categorie di soggetti della vaccinazione per la prevenzione della Sars-CoV-2.

In particolare - proseguono i ricorrenti - considerato il breve lasso di tempo di cui si sono potute giovare le case farmaceutiche per gli studi, la predisposizione e la sperimentazione dei vaccini oggi disponibili non ha consentito di raggiungere quelle condizioni di sicurezza ed efficacia dei vaccini medesimi, che devono assistere ad ogni prestazione sanitaria imposta. Diversi studi e le stesse case farmaceutiche produttrici dei sieri vaccinali riconoscono, infatti, da un lato, che non sono ancora note le potenzialità dei vaccini sotto il profilo della loro capacità di impedire la trasmissione del virus, la capacità di impedire la contrazione della malattia e la durata temporale dell'efficacia preventiva, dall'altro, che non sono ancora note le conseguenze, soprattutto a lungo termine, derivanti dalla somministrazione dei vaccini. Del resto, ciò emerge anche dalle note informative che i pazienti che si sottopongono al vaccino sono costretti ad accettare mediante la sottoscrizione del modulo di consenso informato.

Riferiscono poi i ricorrenti che da recentissime notizie di stampa si è appreso che 24 medici vaccinatori volontari, operanti in Genova, hanno espresso la propria ferma contrarietà alla somministrazione del vaccino AstraZeneca a soggetti di età inferiore a 60 anni, rilevando che la stessa importa più rischi che benefici, a fronte della possibilità di insorgenza di trombosi venose associate a *«diminuzione delle piastrine che si presenta a distanza di 5 – 15 giorni e può avere esito fatale»*. Inoltre, sempre in punto di efficacia dei vaccini *de quibus*, si sono espresse sia la Commissione Europea, sia l'AIFA, sia l'ISS (Istituto Superiore di Sanità). In particolare alla domanda *«Si può ancora essere contagiosi una volta vaccinati?»* la Commissione Europea ha risposto: *«Non lo sappiamo ancora. Sarà ancora necessario esaminare l'efficacia del vaccino nel prevenire infezioni asintomatiche, in particolare i dati delle sperimentazioni cliniche e quelli delle somministrazioni dopo l'autorizzazione. Pertanto per il momento anche le persone vaccinate dovranno continuare a indossare le mascherine, a evitare assembramenti in luoghi chiusi, a rispettare il distanziamento sociale e tutte le altre norme. Anche altri fattori, tra cui il numero di persone vaccinate e le modalità di contagio nelle comunità, potranno portare a una revisione dei presenti orientamenti»*. Alla medesima domanda l'AIFA ha risposto: *«Lo scopo degli studi registrativi era di valutare l'efficacia dei vaccini nel proteggere dalla malattia COVID-19. Gli studi per stabilire se le persone vaccinate, infettate in modo asintomatico, possano contagiare altre persone sono in corso. Poiché è possibile che, nonostante l'immunità protettiva, in qualche caso il virus possa persistere nascosto nella mucosa nasale, le persone vaccinate e quelle che sono in contatto con loro devono continuare ad adottare le misure di protezione anti COVID-19»*. Parimenti l'OMS (Organizzazione mondiale della Sanità) e l'ISS hanno comunicato di non conoscere se i vaccini siano in grado, o meno, di evitare la trasmissione del virus. Peraltro, il Consiglio d'Europa, emendando la risoluzione dell'Assemblea parlamentare del 27 gennaio 2021, ha ricordato come *«i certificati di vaccinazione non dovrebbero essere usati come “passaporto vaccinale” (ai confini, per i viaggi aerei o per l'accesso ai servizi). Tale uso sarebbe non scientifico in assenza di dati sull'effettiva efficacia dei vaccini nella riduzione della trasmissione, sulla*

*durata dell'eventuale immunità acquisita e della percentuale di "fallimenti" nel produrre immunità dovuti alle nuove varianti, alla carica virale e ai ritardi nelle seconde dosi».*

In definitiva, secondo i ricorrenti, *«le stesse Autorità preposte alla valutazione e all'approvazione dei farmaci, così come gli stessi produttori dei vaccini di cui trattasi, non sono ancora in grado di stabilire quali siano l'effettiva efficacia e sicurezza dei vaccini medesimi»; ciononostante, «il Legislatore italiano ha inteso prevedere un singolare - e liberticida - obbligo vaccinale in danno degli operatori sanitari e sociosanitari, costretti a sottoporsi ad uno dei quattro vaccini autorizzati in Italia, senza avere certezza circa la loro efficacia e sicurezza e, peraltro, senza nemmeno avere la possibilità di scegliere a quale tra i quattro sottoporsi».*

Da ultimo i ricorrenti evidenziano - ad ulteriore riprova dell'assoluta carenza di certezze in ordine alle garanzie di efficacia e sicurezza dei vaccini - che la loro immissione in commercio è stata autorizzata dall'EMA mediante il rilascio di autorizzazioni condizionate che, adottate in esito a procedure ben più snelle rispetto a quelle ordinarie (le quali, a loro volta, prevedono l'effettuazione di studi su tali profili per diversi anni, al fine di poter apprezzare le conseguenze a lungo termine), impongono di continuare il monitoraggio e gli studi in ordine all'efficacia ed alla sicurezza dei vaccini medesimi e necessitano di essere rinnovate periodicamente, proprio in ragione dei risultati che emergeranno dagli studi *in fieri*. Inoltre l'AIFA in data 26 aprile 2021 ha pubblicato un rapporto sulla Sorveglianza dei vaccini COVID-19, predisposto sulla base dei dati raccolti tra il 27 dicembre 2020 e la data di pubblicazione del rapporto stesso, ove si ricorda che *«nessun prodotto medicinale può essere mai considerato esente da rischi. Ognuno di noi quando decide di servirsi di un farmaco o di sottoporsi a una vaccinazione, dovrebbe avere presente che quello che sta facendo è bilanciare i benefici con i rischi. Verificare che i benefici di un vaccino siano superiori ai rischi e ridurre questi al minimo è responsabilità delle autorità sanitarie che regolano l'immissione in commercio dei prodotti medicinali. Servirsi di un farmaco in maniera corretta, ponderata e consapevole è responsabilità di tutti ... . Una corretta informazione è alla base di ogni scelta consapevole».*

2. Dei provvedimenti impugnati i ricorrenti chiedono, quindi, l'annullamento deducendo i seguenti motivi.

*1) Illegittimità dei provvedimenti impugnati per violazione dell'obbligo di disapplicazione dell'art. 4 del decreto legge n. 44 del 2021, convertito dalla legge n. 76 del 2021 in quanto contrastante con l'art. 3 della Carta di Nizza e con l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in relazione all'art. 52 della Carta di Nizza, e con il principio di proporzionalità.*

I provvedimenti impugnati sono illegittimi, innanzitutto perché sono stati adottati in violazione dell'obbligo di disapplicare la normativa nazionale contrastante con il diritto dell'Unione Europea; ciò in quanto l'art. 4 del decreto legge n. 44 del 2021 reca disposizioni insanabilmente contrastanti con il diritto dell'Unione Europea e, in particolare, con l'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE o Carta di Nizza), che reca disposizioni direttamente applicabili negli Stati membri. In particolare l'Amministrazione ha dato pedissequa attuazione all'art. 4 del decreto legge n. 44 del 2021, che però contrasta con l'art. 3 della CDFUE, secondo il quale *“ogni individuo ha diritto alla propria integrità fisica e psichica. Nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: - il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità stabilite dalla legge”*.

È ben vero che, secondo l'art. 52 della CDFUE, *“nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui”*; tuttavia tali limitazioni *“devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale”* dei diritti e delle libertà tutelate dalla Carta. Inoltre l'art. 52, par. 3, della CDFUE, la quale prevede che *“laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione”*. Ebbene, l'art. 4 del decreto legge n. 44 del 2021, nel prevedere la vaccinazione obbligatoria per i soggetti individuati al comma 1 dello stesso articolo, a pena

della sospensione dall'esercizio della professione e della relativa retribuzione, non rispetta il contenuto essenziale del diritto alla salute stabilito all'art. 3 della CDFUE perché impone un trattamento sanitario, in maniera sostanzialmente obbligatoria, esponendo i soggetti obbligati a rischi per la propria salute di carattere grave ed irreversibile, oltreché ad ulteriori rischi, allo stato, ancora ignoti, nei termini sopra evidenziati.

Inoltre il diritto alla salute trova un'ulteriore tutela nell'art. 8 della CEDU (Convenzione europea dei diritti dell'uomo), ai sensi del quale *“ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui”*. Sul punto la giurisprudenza della Corte EDU (Corte europea dei diritti dell'uomo) è costante nel ritenere che *«compulsory vaccination, as an involuntary medical intervention, represents an interference with the right to respect for private life within the meaning of Article 8 of the Convention»* (Corte EDU, 8 aprile 2021, Vavricka & a. v. Czech Republic). La Corte EDU si è spinta ad affermare che, se l'interferenza con l'integrità fisica di un soggetto può essere giustificata dalla necessità di controllare la diffusione di malattie infettive o da considerazioni di salute pubblica, tale interferenza non può comunque essere mai tale da sconvolgere l'equilibrio tra salute del singolo e salute della collettività, dovendo essere accertata l'idoneità alla vaccinazione del singolo, ovvero la sua non suscettibilità di subire conseguenze irreversibilmente pregiudizievoli o comunque di grave entità (Corte EDU, 24 settembre 2012, Solomakhin v. Ukraine).

Ebbene, nel caso in esame l'obbligo vaccinale contrasta irrimediabilmente con il diritto UE e con il diritto internazionale, così come declinato dalla Corte EDU, perché viene imposto *«un eccessivo sacrificio alla salute del singolo, costretto a*

*subire danni e rischi alla propria salute non predeterminati, addirittura ignoti, e, con riferimento a quelli noti, sicuramente gravi ed irreversibili, tali da giungere fino alla morte».*

Del resto, stante il richiamo operato alla CEDU dall'art. 52 della CDFUE, il Consiglio d'Europa con risoluzione dell'Assemblea parlamentare del 27 gennaio 2021 - consapevole della carenza di efficacia e sicurezza dei vaccini di cui trattasi - ha fortemente esortato gli Stati membri e l'Unione Europea «*to ensure that citizens are informed that the vaccination is not mandatory and that no one is under political, social or other pressure to be vaccinated if they do not wish to do so*», affinché sia pienamente rispettato l'art. 8 della CEDU. Dunque anche il Consiglio d'Europa si è espresso sulla necessità che la vaccinazione non sia obbligatoria, e ciò proprio in ragione del rapidissimo sviluppo che ha connotato la sperimentazione dei vaccini medesimi, al quale consegue l'assenza di idonee garanzie di efficacia e sicurezza, inconciliabile con l'obbligatorietà di un trattamento sanitario.

Risulta allora evidente la violazione del diritto dell'Unione Europea causata dai provvedimenti impugnati, i quali - applicando una normativa interna contrastante con il diritto dell'Unione Europea e con gli obblighi internazionali - finiscono per menomare un diritto fondamentale dell'individuo, che gode di plurimi livelli di tutela, tra i quali, *in primis*, quello apprestato dall'Unione Europea per il tramite dell'art. 3 della CDFUE. Pertanto era obbligo dell'Amministrazione procedere alla disapplicazione della normativa interna, per garantire la supremazia del diritto dell'Unione Europea e la piena soddisfazione dei diritti fondamentali da questo tutelati.

II) *Illegittimità dei provvedimenti impugnati in quanto applicativi dell'art. 4 del decreto legge n. 44 del 2021, convertito dalla legge n. 76 del 2021, contrastante con l'art. 3 della Carta di Nizza e con l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in relazione all'art. 52 della Carta di Nizza, e con il principio di proporzionalità.*

In via subordinata, i provvedimenti impugnati sono comunque illegittimi in quanto adottati in applicazione dell'art. 4 del decreto legge n. 44 del 2021, convertito dalla legge n. 76 del 2021, che a sua volta contrasta con l'art. 3

della Carta di Nizza e con l'art. 8 della CEDU in relazione all'art. 52 della Carta di Nizza, e con il principio di proporzionalità per le ragioni indicate nel primo motivo di ricorso.

Pertanto, in adempimento dell'obbligo di disapplicazione della normativa interna contrastante con il diritto dell'Unione Europea, comunque questo Tribunale deve accertare la violazione dell'art. 3 della CDFUE e dell'art. 8 della CEDU, in relazione alla violazione dell'art. 52 CDFUE, da parte della normativa nazionale in questione e, previa disapplicazione dell'art. 4 del decreto legge n. 44 del 2021, annullare i provvedimenti impugnati.

III) *Rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ai sensi dell'art. 267 TFUE, dell'art. 4 del decreto legge n. 44 del 2021, convertito dalla legge n. 76 del 2021, per contrasto con l'art. 3 della Carta di Nizza e con l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in relazione all'art. 52 della Carta di Nizza, e con il principio di proporzionalità.*

In via ulteriormente subordinata questo Tribunale, laddove non ritenesse di procedere alla disapplicazione dell'art. 4 del decreto legge n. 44 del 2021, dovrebbe rinviare alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ex art. 267 del TFUE, la seguente questione pregiudiziale: se contrasti con il diritto dell'Unione e, segnatamente, con gli articoli 3 della CDFUE e 8 della CEDU, in relazione all'art. 52 della CDFUE, una normativa nazionale, come quella posta dall'art. 4 del decreto legge n. 44 del 2021, che «*obbliga alcune categorie di soggetti ad un trattamento sanitario in relazione al quale, secondo le attuali acquisizioni scientifiche, non sussistono idonee garanzie di sicurezza ed efficacia*».

IV) *Illegittimità dei provvedimenti impugnati per eccesso di potere per difetto assoluto di istruttoria, contraddittorietà, irrazionalità e illogicità manifeste; violazione degli articoli 2, 3 e 32 Cost.; violazione del principio di proporzionalità e del principio di ragionevolezza.*

I provvedimenti impugnati sono viziati per carenza di istruttoria perché l'Amministrazione pretende di iniziare il procedimento destinato a concludersi con la somministrazione della vaccinazione di cui trattasi anche nei confronti di coloro che hanno già contratto la malattia, e quindi

posseggono la cosiddetta immunità naturale, *«in assenza di qualsivoglia evidenza scientifica che deponga nel senso per cui la contrazione della malattia non rende immuni da una nuova contrazione della stessa, tale, pertanto da giustificare la vaccinazione».*

Difatti la Commissione europea ha dichiarato che *«attualmente non vi sono informazioni sufficienti per stabilire se e per quanto tempo dopo aver contratto il virus una persona sia protetta da un ulteriore contagio; questo concetto è noto come immunità naturale. Dai primi dati sembra emergere che l'immunità naturale alla COVID-19 non duri molto a lungo, ma occorrono ulteriori studi per approfondire questo aspetto».*

In proposito il Ministero della Salute ha adottato la circolare 3 marzo 2021, con cui ha previsto che i soggetti con pregressa infezione da SARS-CoV-2, decorsa in maniera sintomatica o asintomatica, non possono vaccinarsi prima di tre mesi *«di distanza dalla documentata infezione»* (ossia dalla fine della documentata infezione). Tuttavia la previsione di tale termine è evidente sintomo di incertezza circa le garanzie di sicurezza che la vaccinazione offre a coloro che posseggono una gran quantità di anticorpi per aver già contratto il virus. Inoltre in senso contrario alla vaccinazione dei soggetti che già hanno contratto la malattia si sono espressi due studi statunitensi, nonché il prof. Massimo Galli, infettivologo dell'Ospedale Sacco di Milano. È, quindi, evidente l'illegittimità dei provvedimenti impugnati, i quali - non consentendo di rappresentare all'Amministrazione sanitaria procedente il proprio stato di guarito dalla malattia - obbligano i ricorrenti a sottoporsi ad un trattamento sanitario, non solo imposto, ma addirittura inutile e presumibilmente dannoso. In via subordinata questo Tribunale - laddove opinasse diversamente - dovrebbe rimettere alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 del decreto legge n. 44 del 2021 nella parte in cui non prevede, tra le ipotesi di differimento e omissione dell'obbligo vaccinale, la situazione di coloro che abbiano già contratto la malattia e, quindi, posseggano una quantità di anticorpi tale da renderli naturalmente immuni alla possibilità di un ulteriore contagio. Difatti la mancata previsione di tale causa di esclusione dall'obbligo vaccinale contrasta con gli articoli 2, 3 e 32

Cost, perché la somministrazione del vaccino a chi possiede già un'elevata quantità di anticorpi, oltre a risultare inutile per le motivazioni sopra illustrate, potrebbe altresì aggravare i rischi di pregiudizi per la salute del soggetto obbligato a sottoporsi alla vaccinazione. Difettano allora entrambi i requisiti di idoneità e necessità della misura, che si pone quindi in evidente contrasto con il principio di proporzionalità, palesando altresì la sua irragionevolezza.

V) *Illegittimità dei provvedimenti impugnati per contrasto dell'art. 4 del decreto legge n. 44 del 2021 con gli articoli 11 e 117, comma 1, Cost., in relazione alla violazione degli articoli 3 della Carta di Nizza e 8 della CEDU e del principio di proporzionalità.*

In via ulteriormente subordinata questo Tribunale, laddove non ritenesse di disapplicare l'art. 4 del decreto legge n. 44 del 2021, dovrebbe rimettere alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale di tale articolo per contrasto con gli articoli 11 e 117, comma 1, Cost., in relazione alla violazione degli articoli 3 della Carta di Nizza e 8 della CEDU e del principio di proporzionalità, perché i provvedimenti impugnati e la normativa di cui costituiscono attuazione, sono carenti sia del requisito dell'idoneità, sia di quello della necessità, non configurandosi come l'*extrema ratio* per la tutela del bene che il Legislatore si è prefissato di tutelare, ossia la sicurezza negli ambienti deputati all'erogazione delle prestazioni sanitarie.

VI) *Illegittimità dei provvedimenti impugnati per contrasto dell'art. 4 del decreto legge n. 44 del 2021 con gli articoli 2, 3, 13 e 32 Cost., in ragione della violazione della libertà di autodeterminazione e del principio di precauzione.*

L'art. 32 Cost. consente che un trattamento sanitario possa divenire obbligatorio, quando a prevederne l'obbligatorietà sia una disposizione di rango legislativo, proprio in quanto la salute è tutelata non solo come fondamentale diritto dell'individuo, ma anche come interesse della collettività. Tuttavia, l'imposizione di un trattamento sanitario obbligatorio non può prescindere dalla garanzia delle condizioni di sicurezza ed efficacia del trattamento stesso. Infatti, solo comprovate garanzie di sicurezza ed efficacia del trattamento consentono di superare l'acquisizione del consenso del

destinatario e di imporre il trattamento medesimo, e ciò in vista della tutela non più e non solo della salute del singolo, ma anche dell'incolumità della collettività, che potrebbe risultare pregiudicata dalla sottrazione di diversi e svariati soggetti da un trattamento sanitario.

Pertanto l'art. 4 del decreto legge n. 44 del 2021 contrasta con le disposizioni costituzionali indicate in rubrica - laddove obbliga i soggetti individuati al comma 1 a sottoporsi alla vaccinazione, a pena di essere sospesi dalla propria professione, con la contestuale sospensione della retribuzione - per le seguenti ragioni.

Innanzitutto la somministrazione del vaccino postula la sottoscrizione, da parte dell'interessato, di un modulo per il consenso informato, che però non è *«né un consenso, essendo estorto con la minaccia della sospensione dalla professione e della retribuzione ..., né informato, in quanto non sono note le controindicazioni a lungo termine che potrebbero derivare dalla somministrazione dei vaccini»*. È, quindi, evidente la natura di trattamento sanitario obbligatorio della vaccinazione in questione.

Inoltre la Corte costituzionale nella sentenza 22 giugno 1990, n. 307, ha affermato che *«un trattamento sanitario può essere imposto solo nella previsione che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato, salvo che per quelle sole conseguenze, che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiono normali di ogni intervento sanitario, e pertanto tollerabili. Con riferimento, invece all'ipotesi di ulteriore danno alla salute del soggetto sottoposto al trattamento obbligatorio ... il rilievo costituzionale della salute come interesse della collettività non è da solo sufficiente a giustificare la misura sanitaria. Tale rilievo esige che in nome di esso, e quindi della solidarietà verso gli altri, ciascuno possa essere obbligato, restando così legittimamente limitata la sua autodeterminazione, a un dato trattamento sanitario, anche se questo importi un rischio specifico, ma non postula il sacrificio della salute di ciascuno per la tutela della salute degli altri»*. Dunque la Corte costituzionale ha individuato, quale imprescindibile requisito per l'imposizione di un trattamento sanitario, la sicurezza di quest'ultimo, intesa nel senso che lo stesso non arrechi,

nemmeno potenzialmente, danni alla salute di chi è costretto a sottoporvisi che non siano di lieve entità e temporanei.

Ebbene, tali requisiti non assistono il trattamento sanitario oggetto del presente giudizio in quanto i vaccini anti COVID-19 comportano rischi per la salute non predeterminati e, talvolta, addirittura di grave entità e permanenti. Emerge, allora, il contrasto dell'art. 4 del decreto legge n. 44 del 2021 con gli articoli 2 e 32 Cost., non potendo uno Stato democratico imporre, alla stregua di uno Stato totalitario, un trattamento sanitario di cui siano incerte - se non addirittura ignote - le conseguenze per chi vi si sottopone.

VII) *Illegittimità dei provvedimenti impugnati per contrasto dell'art. 4 del decreto legge n. 44 del 2021 con gli articoli 2, 3, 13 e 32 Cost., in ragione della violazione dei principi di ragionevolezza, proporzionalità e uguaglianza.*

L'art. 4 del decreto legge n. 44 del 2021 esplicita la giustificazione della scelta legislativa operata individuandola nella finalità di *“tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza”*. Tuttavia l'obbligatorietà della vaccinazione per i soggetti individuati al primo comma di tale articolo non è idonea al raggiungimento di tale finalità e, comunque, è una misura sproporzionata, in quanto comporta un eccessivo sacrificio per contrastanti interessi meritevoli di tutela - quali il diritto alla salute e la libertà di autodeterminazione - a fronte della possibilità di ricorrere a misure che, pur raggiungendo il medesimo scopo, avrebbero consentito il rispetto dei predetti contrastanti interessi.

Sotto il primo profilo, vale quanto già osservato in ordine all'inidoneità della vaccinazione in questione ad evitare che il soggetto vaccinato possa trasmettere la malattia. Difatti, a fronte della possibilità che la somministrazione del vaccino non elida il rischio di trasmissione del virus, che potrebbe manifestarsi in maniera asintomatica nel soggetto vaccinato, non è dato comprendere come la vaccinazione possa garantire *“adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza”*. Tali condizioni potrebbero, in astratto, essere garantite solo se vi fosse la garanzia che il

soggetto vaccinato non sia più in grado di trasmettere il virus, nel qual caso la vaccinazione risponderebbe alla finalità di tutela della salute come interesse della collettività. Invece, in assenza di tale garanzia, la vaccinazione non può essere imposta, attesa l'inefficacia di tale misura al raggiungimento dello scopo prefissato. Dunque, l'inefficacia della misura dell'obbligo vaccinale a perseguire le finalità per cui la misura stessa è stata prevista ne rivela l'irrimediabile irragionevolezza e la sua contrarietà all'art. 3 Cost.

Si configura, altresì, la violazione del principio di proporzionalità, che impone, nel perseguimento di interessi di carattere generale, di prediligere gli strumenti che importino il minor sacrificio per gli interessi contrastanti. Difatti, le finalità individuate dal Legislatore ben possono essere perseguite mediante altre misure, sicuramente meno incidenti sull'integrità fisica della persona e che non si configurano come trattamenti sanitari obbligatori, come l'impiego di dispositivi di protezione individuali, di disinfettanti e di paratie in plexiglass, o ancora ricorrendo al distanziamento sociale e al divieto di assembramenti. Difetta allora il requisito della necessità che deve assistere l'imposizione di un trattamento sanitario e che postula che la stessa costituisca l'*extrema ratio*, da attuarsi solo quando l'obiettivo prefissato non sia raggiungibile in nessun altro modo. Parimenti carente è l'efficacia della misura prescelta, ove si consideri che AIFA ed EMA non sono in grado di stabilire se la vaccinazione sia, o meno, idonea alla prevenzione dei contagi.

La previsione dell'obbligo vaccinale per le sole categorie individuate dall'art. 4, comma 1, del decreto legge n. 44 del 2021 si pone, altresì, in contrasto con il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost..

Innanzitutto un trattamento sanitario obbligatorio riferito solo ad alcune categorie non può essere giustificato dall'esigenza di tutelare la salute del singolo, ma deve rinvenire la propria ragione giustificativa nella soddisfazione di un interesse di carattere generale. Infatti, la necessità di tutelare la salute del singolo è recessiva rispetto alla libertà di autodeterminazione garantita ad ogni individuo. La libertà di autodeterminazione può, invece, essere sacrificata solo

in nome di esigenze di interesse pubblico, che però nel caso in esame non sono configurabili sia per la mancanza di garanzie in ordine alla sicurezza dei vaccini, sia per l'inidoneità dei vaccini stessi ad evitare la trasmissione del virus, evidentemente.

Inoltre, se la *ratio* dell'obbligo vaccinale risiedesse nella necessità di prevenzione dei contagi, comunque risulterebbe violato il principio di uguaglianza, perché l'esigenza di prevenire la diffusione della malattia richiederebbe la previsione dell'obbligo vaccinale per la generalità dei cittadini. Invece per i lavoratori non appartenenti alle categorie di cui al primo comma dell'art. 4 il Protocollo nazionale per la realizzazione dei piani aziendali finalizzati all'attivazione di punti straordinari di vaccinazione anti SARS-CoV-2/Covid-19 nei luoghi di lavoro, siglato il 6 aprile 2021, ha previsto la vaccinazione, per l'appunto, nei luoghi di lavoro, su base esclusivamente volontaria.

VIII) *Illegittimità dei provvedimenti impugnati per contrasto dell'art. 4 del decreto legge n. 44 del 2021 con gli articoli 2, 3 e 32 Cost., in ragione della mancata previsione di un indennizzo.*

L'art. 4 del decreto legge n. 44 del 2021 contrasta con gli articoli 2 e 32 Cost., anche perché l'obbligo vaccinale non è assistito dalla previsione di alcun indennizzo per il caso in cui dalla somministrazione del vaccino dovesse derivare un pregiudizio grave e/o permanente per l'integrità fisica. Difatti secondo una consolidata giurisprudenza costituzionale la vaccinazione, obbligatoria o raccomandata che sia, deve essere sempre accompagnata dalla previsione di un indennizzo per il caso in cui dovessero verificarsi conseguenze pregiudizievoli per la salute del soggetto vaccinato.

Al riguardo occorre considerare che la vaccinazione di cui trattasi, ancorché definito come obbligatorio dall'art. 4 del decreto legge n. 44 del 2021, non è propriamente tale perché lo stesso art. 4 prevede, quale conseguenza per il soggetto che non intenda vaccinarsi, il demansionamento, ove possibile, o la sospensione dall'esercizio della professione, con conseguente sospensione del

trattamento retributivo e di ogni altro tipo di emolumento. In altri termini, quantomeno in ipotesi, i ricorrenti chiamati alla vaccinazione ben potrebbero sottrarvisi incorrendo solo nella sospensione dal posto di lavoro, oltreché della relativa retribuzione. In questo senso il trattamento imposto dall'art. 4 non può dirsi propriamente obbligatorio perché non è prevista la vaccinazione coattiva in caso di rifiuto del soggetto obbligato. Sotto un altro profilo, la vaccinazione *de qua* non può definirsi obbligatoria perché, a differenza delle tradizionali vaccinazioni obbligatorie, non è imposta alla generalità dei cittadini, ma soltanto ad alcune categorie, così atteggiandosi alla stregua di un singolare requisito per l'esercizio della professione. Trattasi, quindi, non già di un obbligo, bensì di un onere, ossia di *«una prestazione imposta per il conseguimento di un vantaggio»*. A ciò si aggiunge che, a differenza dei tradizionali vaccini obbligatori, la vaccinazione in questione è frutto di una legislazione di natura emergenziale che rinviene il proprio presupposto nella diffusione dell'epidemia da Covid-19.

Ebbene, proprio tali caratteristiche, che differenziano il trattamento di cui trattasi dai tradizionali vaccini obbligatori, avrebbero imposto la previsione di un indennizzo. Difatti la Corte costituzionale con la sentenza n. 307 del 1990, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale della legge 4 febbraio 1996, n. 51 (Obbligatorietà della vaccinazione antipoliomelitica) nella parte in cui non prevede, a carico dello Stato, un'equa indennità per il caso di danno derivante, al di fuori dell'ipotesi di cui all'art. 2043 cod.civ., da contagio o da altra apprezzabile malattia causalmente riconducibile alla vaccinazione obbligatoria antipoliomelitica, ha affermato che *«un corretto bilanciamento fra le due suindicate dimensioni del valore della salute [quella individuale e quella collettiva] - e lo stesso spirito di solidarietà (da ritenere ovviamente reciproca) fra individuo e collettività che sta a base dell'imposizione del trattamento sanitario - implica il riconoscimento, per il caso che il rischio si avveri, di una protezione ulteriore a favore del soggetto passivo del trattamento. In particolare finirebbe con l'essere sacrificato il contenuto minimale proprio del diritto alla salute a lui garantito, se non gli fosse comunque assicurato, a carico della collettività, e per*

*essa dello Stato che dispone il trattamento obbligatorio, il rimedio di un equo ristoro del danno patito».*

L'impianto argomentativo impiegato dalla Consulta è stato ulteriormente sviluppato nella successiva sentenza 26 aprile 2012, n. 107, con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, della legge 25 febbraio 1992, n. 210 (Indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazione di emoderivati), nella parte in cui non prevede il diritto ad un indennizzo, alle condizioni e nei modi stabiliti dalla medesima legge, nei confronti di coloro i quali abbiano subito le conseguenze previste dallo stesso articolo 1, comma 1, a seguito di vaccinazione contro il morbillo, la parotite e la rosolia; in particolare la Corte ha ricordato come *«la stretta correlazione, nella “disciplina costituzionale della salute”, tra diritto fondamentale dell'individuo (lato “individuale e soggettivo”) e interesse della intera collettività (lato “sociale e oggettivo”)*» implica *«la necessità che, ove i valori in questione vengano a trovarsi in frizione, l'assunzione dei rischi, relativi a un trattamento “sacrificante” della libertà individuale, venga ricondotta ad una dimensione di tipo solidaristico».*

L'orientamento è stato da ultimo confermato dalla sentenza 23 giugno 2020, n. 118, ove si legge che *«la ragione che fonda il diritto all'indennizzo del singolo non risiede quindi nel fatto che questi si sia sottoposto a un trattamento obbligatorio: riposa, piuttosto, sul necessario adempimento, che si impone alla collettività, di un dovere di solidarietà, laddove le conseguenze negative per l'integrità psico-fisica derivino da un trattamento sanitario (obbligatorio o raccomandato che sia) effettuato nell'interesse della collettività stessa, oltre che in quello individuale. Per questo, la mancata previsione del diritto all'indennizzo in caso di patologie irreversibili derivanti da determinate vaccinazioni raccomandate si risolve in una lesione degli artt. 2, 3 e 32 Cost.: perché sono le esigenze di solidarietà costituzionalmente previste, oltre che la tutela del diritto alla salute del singolo, a richiedere che sia la collettività ad accollarsi l'onere del pregiudizio da questi subito, mentre sarebbe ingiusto consentire che l'individuo danneggiato sopporti il costo del beneficio anche collettivo (sentenza 268 del 2017 e n. 107 del 2012). Giova peraltro ribadire, come già in*

*altre occasioni (sentenze n. 5 del 2018 e, ancora, n. 268 del 2017), che la previsione del diritto all'indennizzo – in conseguenza di patologie in rapporto causale con una vaccinazione obbligatoria o, con le precisazioni svolte, raccomandata – non deriva affatto da valutazioni negative sul grado di affidabilità medico-scientifica della somministrazione di vaccini. Al contrario, la previsione dell'indennizzo completa il “patto di solidarietà” tra individuo e collettività in tema di tutela della salute e rende più serio e affidabile ogni programma sanitario colto alla diffusione dei trattamenti vaccinali, al fine della più ampia copertura della popolazione».*

Ebbene l'orientamento del Giudice delle Leggi, ancorché elaborato con riferimento all'art. 1 della Legge 25 febbraio 1992, n. 210, è indubbiamente espressione di un principio generale, che rende evidente l'illegittimità dell'art. 4 del decreto legge n. 44 del 2021. Difatti, se la Consulta ha ritenuto costituzionalmente illegittima la mancata previsione di un indennizzo per vaccinazioni *stricto sensu* obbligatorie, in relazione alle quali gli eventuali effetti collaterali, oltre essere noti, erano di lieve entità e temporanei, la normativa oggetto del presente giudizio risulta viepiù incostituzionale in quanto non prevede alcun indennizzo per i soggetti chiamati a sottoporsi ad una vaccinazione i cui rischi sono in parte gravi e permanenti e, in parte, addirittura ignoti.

*IX) Illegittimità dei provvedimenti impugnati per contrasto dell'art. 4 del decreto legge n. 44 del 2021 con gli articoli 9, 21 e 33 Cost.; violazione dell'art. 13 della Carta di Nizza.*

Ulteriore profilo di illegittimità costituzionale dell'art. 4 del decreto legge n. 44 del 2021 è costituito dal contrasto con gli artt. 9 e 33 Cost., secondo i quali, rispettivamente, *“la Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica”* e *“l'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento”*.

Difatti l'art. 4 obbliga i ricorrenti a sottoporsi alla vaccinazione senza lasciare alcuna libertà di prediligere misure alternative, idonee al raggiungimento della finalità perseguita, sebbene gli stessi (in particolare -OMISSIS-) siano soggetti in possesso -OMISSIS-.

Inoltre si configura la violazione dell'art. 9 Cost., in quanto il legislatore imponendo la vaccinazione non promuove la ricerca scientifica con riferimento ad altre plausibili e possibili soluzioni. Difatti la Corte costituzionale nella sentenza 26 giugno 2002, n. 282, ha ricordato che *«non è, di norma, il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali sono le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni. Poiché la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo in questa materia è costituita dalla autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione. Autonomia del medico nelle sue scelte professionali e obbligo di tener conto dello stato delle evidenze scientifiche e sperimentali, sotto la propria responsabilità, configurano dunque un altro punto di incrocio dei principi di questa materia»*.

Inoltre l'art. 4 del decreto legge n. 44 del 2021 - imponendo una delle soluzioni disponibili nel panorama scientifico, peraltro di incerta attendibilità scientifica, stante il carattere sperimentale dell'obbligo vaccinale - contrasta con la libertà di manifestazione del pensiero, tutelata dall'art. 21 Cost. Difatti risulta che siano previsti incentivi economici, commisurati al numero delle vaccinazioni ottenute e/o fatte effettuare in favore dei responsabili delle Aziende sanitarie e del personale medico: il che comporta un illegittimo condizionamento della libertà di scienza, essendo indirizzate risorse pubbliche su scelte aprioristiche e ingiustificate limitazioni (pure di fronte a virus sconosciuto) di possibili, diversi percorsi ed approcci scientifici.

X) *Illegittimità dei provvedimenti impugnati per contrasto dell'art. 4 del decreto legge n. 44 del 2021 con gli articoli 1, 2, 3 e 4, 35 e 36 Cost..*

La conseguenza prevista per l'inadempimento dell'obbligo vaccinale - ossia la sospensione dall'esercizio professionale, autonomo e dipendente - confligge con la tutela del principio lavoristico, valore fondante della Costituzione della Repubblica. Difatti non è ammissibile correlare un obbligo che lede la libertà

di scelta della cura all'impossibilità oggettiva di esercitare la propria professione, se non violando gli articoli 1, 2, 4 e 36 Cost.

3. L'APSS si è costituita in giudizio in data 10 novembre 2021 e con memoria depositata in data 7 febbraio 2022 ha preliminarmente eccepito che due ricorrenti, il -OMISSIS-, dopo la proposizione del presente ricorso hanno proposto autonomi ricorsi (rispettivamente, il ricorso n.-OMISSIS-), tuttora pendenti innanzi a questo stesso Tribunale, aventi ad oggetto le medesime questioni di contrasto con la normativa europea e di incostituzionalità del decreto legge n. 44 del 2021 prospettate nel presente giudizio. Nel merito l'Azienda ha diffusamente replicato alle suesposte censure, invocando quanto affermato dal Consiglio di Stato, Sez. III, nelle sentenze 20 ottobre 2021, n. 7045, e 20 dicembre 2021, n. 8454.

4. I ricorrenti con memoria depositata in data 7 febbraio 2022 hanno insistito per l'accoglimento del ricorso invocando a sostegno delle proprie tesi l'ordinanza collegiale istruttoria del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana 17 gennaio 2022, n. 38, in quanto sorretta da considerazioni che dimostrerebbero *«l'erroneità delle avversarie argomentazione e la necessità di continua rivalutazione della scelta vaccinale, alla luce del mutamento delle acquisizioni scientifiche»*, nonché l'ordinanza del Tribunale di Padova, Sez. Lavoro, 7 dicembre 2021, con cui sono state rimesse alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea le seguenti questioni pregiudiziali: «1. *“Dica la Corte di Giustizia se le autorizzazioni condizionate della Commissione, emesse su parere favorevole dell'EMA, relative ai vaccini oggi in commercio, possano essere considerate ancora valide, ai sensi dell'art. 4 del Reg. n. 507/2006, alla luce del fatto che, in più Stati membri (ad esempio in Italia, approvazione AIFA del protocollo di cura con anticorpi monoclonali e/o antivirali), sono state approvare cure alternative al COVID SARS 2 efficaci e in tesi meno pericolose per la salute della persona, e ciò anche alla luce degli artt. 3 e 35 della Carta di Nizza”*; 2. *“Dica la Corte di Giustizia se, nel caso di sanitari per i quali la legge dello Stato membro abbia imposto il vaccino obbligatorio, i vaccini approvati dalla Commissione in forma condizionata ai sensi e agli effetti del Regolamento n. 507/2006,*

*possano essere utilizzati al fine della vaccinazione obbligatoria anche qualora i sanitari in parola siano già stati contagiati e quindi abbiano già raggiunto una immunizzazione naturale e possano quindi chiedere una deroga dall'obbligo"; 3. "Dica la Corte di Giustizia se, nel caso di sanitari per i quali la legge dello Stato membro abbia imposto il vaccino obbligatorio, i vaccini approvati dalla Commissione in forma condizionata ai sensi e agli effetti del Regolamento n. 507/2006, possano essere utilizzati al fine della vaccinazione obbligatoria senza proceduralizzazione alcuna con finalità cautelativa o se, in considerazione della condizionalità dell'autorizzazione, i sanitari medesimi possano opporsi all'inoculazione, quanto meno fintantoché l'autorità sanitaria deputata abbia escluso in concreto, e con ragionevole sicurezza, da un lato, che non vi siano controindicazioni in tal senso, dall'altro, che i benefici che ne derivano siano superiori a quelli derivanti da altri farmaci oggi a disposizione. Chiarisca la Corte se in tal caso, le autorità sanitarie deputate debbano procedere nel rispetto dell'art. 41 della Carta di Nizza"; 4. "Dica la Corte di giustizia se, nel caso del vaccino autorizzato dalla Commissione in forma condizionata, l'eventuale non assoggettamento al medesimo da parte del personale medico sanitario nei cui confronti la legge dello Stato impone obbligatoriamente il vaccino, possa comportare automaticamente la sospensione dal posto di lavoro senza retribuzione o se si debba prevedere una gradualità delle misure sanzionatorie in ossequio al principio fondamentale di proporzionalità"; 5. "Dica la Corte di Giustizia se laddove il diritto nazionale consenta forme di dépeçage, la verifica della possibilità di utilizzazione in forma alternativa del lavoratore, debba avvenire nel rispetto del contraddittorio ai sensi e agli effetti 6. "Dica la Corte di Giustizia se, alla luce del Regolamento n. 953/21 che vieta qualunque discriminazione fra chi ha assunto il vaccino e chi non ha voluto o potuto per ragioni mediche assumerlo, sia legittima una disciplina nazionale, quale quella risultante dall'art. 4, comma 11, del decreto legge n. 44/2021, che consente al personale sanitario che è stato dichiarato esente dall'obbligo di vaccinazione di esercitare la propria attività a contatto con il paziente, ancorché rispettando i presidi di sicurezza imposti dalla legislazione vigente, mentre il sanitario che come la ricorrente - in quanto naturalmente immune a seguito di contagio - non voglia sottoporsi al vaccino senza approfondite indagini mediche, viene automaticamente sospeso da qualunque atto professionale e senza*

remunerazione”; 7. *“Dica la Corte se sia compatibile con il Regolamento n. 953 del 2021 e i principi di proporzionalità e di non discriminazione ivi contenuti, la disciplina di uno Stato membro che imponga obbligatoriamente il vaccino anti-Covid – autorizzato in via condizionata dalla Commissione – a tutto il personale sanitario anche se proveniente da altro Stato membro e sia presente in Italia ai fini dell’esercizio della libera prestazione dei servizi e della libertà di stabilimento”*».

5. L’APSS con memoria di replica depositata in data 16 febbraio 2022 ha insistito per la reiezione del ricorso.

6. I ricorrenti con memoria di replica depositata in data 17 febbraio 2022 hanno ulteriormente insistito per l’accoglimento del ricorso, osservando che le difese avversarie si incentrano quasi esclusivamente sulla sentenza del Consiglio di Stato n. 7045/2021, che però *«è intervenuta nel contesto di una situazione epidemiologica, che ne ha inevitabilmente forgiato la direzione, profondamente diversa, in ragione di plurimi dati, da quella attuale»*; difatti *«è ormai dato acquisito che la vaccinazione in questione, indubbiamente con riferimento all’ultima variante del virus c.d. Omicron, che riguarda la maggior parte dei casi di contagio degli ultimi mesi, non sia in grado di prevenire la trasmissione del virus da un soggetto ad un altro, tanto che la diffusione del Covid-19 dilaga tra soggetti sia vaccinati, sia non vaccinati. D’altro canto, le ultime acquisizioni scientifiche hanno mostrato una notevole carenza del numero di casi che riportano effetti gravi o che si configurano come letali, che residuano ormai soltanto nei soggetti di età avanzata e per lo più già sofferenti di altre patologie. ... Sotto altro profilo, diversamente dal contesto ove si è inverata la fattispecie decisa dalla sentenza n. 7045/2021, oggi l’AIFA ha ufficialmente autorizzato cure alternative, che costituiscono validi strumenti di reazione al Covid-19, per l’appunto alternativi alla vaccinazione»*.

Inoltre i ricorrenti hanno rimarcato che, da ultimo, il T.A.R. per la Lombardia, Milano, Sezione I, con l’ordinanza cautelare 14 febbraio 2022, n. 192, ha accolto l’istanza cautelare avente ad oggetto un provvedimento di sospensione di una professionista sanitaria dall’esercizio della professione preannunciando la prospettazione, con separata ordinanza in corso di

pubblicazione, della questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 del decreto legge n. 44 del 2021.

7. Alla pubblica udienza del 10 marzo 2022 il ricorso è stato chiamato e trattenuto in decisione.

## DIRITTO

1. In via preliminare il ricorso in esame dev'essere dichiarato inammissibile perché il Collegio ritiene di dover aderire all'orientamento, già formatosi presso altri giudici amministrativi di prime cure (cfr. le sentenze T.A.R. Liguria n. 983, n. 984, n. 985, n. 986, n. 987 e n. 991 del 2021, la sentenza T.A.R. Marche n. 881 del 2021 e la sentenza dal T.A.R. Veneto n. 140 del 2022), secondo il quale le controversie relative agli atti adottati dalle Aziende sanitarie locali e dagli Ordini professionali in applicazione dell'art. 4 del decreto legge n. 44 del 2021 rientrano nella giurisdizione del Giudice ordinario, e di non poter, quindi, condividere il diverso orientamento secondo il quale provvedimenti della specie di quelli in epigrafe indicati rientrerebbero nella giurisdizione del giudice amministrativo in quanto frutto dell'esercizio di un potere amministrativo (cfr. le sentenze dal T.A.R. Friuli Venezia Giulia n. 261 e n. 263 del 2021), quantomeno con riferimento all'accertamento dell'inadempimento all'obbligo vaccinale (cfr. la sentenza dal T.A.R. Lazio n. 11543 del 2021), o comunque per la natura sanzionatoria delle conseguenze dell'inadempimento all'obbligo stesso (cfr. la sentenza dal Consiglio di Stato n. 7045 del 2021).

2. L'art. 4 del decreto legge 1° aprile 2021, n. 44, convertito dalla legge 28 maggio 2021, n. 76, recante *“Disposizioni urgenti in materia di prevenzione del contagio da SARS-CoV-2 mediante previsione di obblighi vaccinali per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario”*, nel testo vigente *ratione temporis* (ossia vigente al momento dell'adozione degli atti impugnati e, quindi, prima delle modifiche apportate con il decreto legge 26 novembre 2021, n. 172, convertito dalla legge 21 gennaio 2022, n. 3), disponeva come segue:

*“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 di cui all’articolo 1, comma 2, della legge 1° febbraio 2006, n. 43, che svolgono la loro attività nelle strutture sanitarie, sociosanitarie e socio-assistenziali, pubbliche e private, nelle farmacie, nelle 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 dei 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 -OMISSIS- 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 i medesimi dipendenti.*

*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 SARSCoV-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 o 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 per l'attestazione dell'adempimento dell'obbligo vaccinale 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 sono dovuti la retribuzione né 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.*

*11. Per il medesimo periodo di cui al comma 10, al fine di contenere il rischio di contagio, nell'esercizio dell'attività libero-professionale, i soggetti di cui al comma 2 adottano le misure di prevenzione igienico-sanitarie indicate dallo specifico protocollo di sicurezza adottato con decreto del Ministro della salute, di concerto con i Ministri della giustizia e del lavoro e delle politiche sociali, entro venti giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto.*

*12. Dall'attuazione del presente articolo non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica”.*

3. L'art. 4 del decreto legge n. 44 del 2021, come modificato dal decreto legge 26 novembre 2021, n. 172, convertito dalla legge 21 gennaio 2022, n. 3, attualmente dispone come segue:

*“1. Al fine di tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza, in attuazione del piano di cui all'articolo 1, comma 457, della legge 30 dicembre 2020, n. 178, gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario di cui all'articolo 1, comma 2, della legge 1° febbraio 2006, n. 43, per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2 sono obbligati a sottoporsi a vaccinazione gratuita, comprensiva, a far data dal 15 dicembre 2021, della somministrazione della dose di richiamo successiva al ciclo vaccinale primario, nel rispetto delle indicazioni e dei termini previsti con circolare del Ministero della salute. La*

*vaccinazione costituisce requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative dei soggetti obbligati. La vaccinazione è somministrata altresì nel rispetto delle indicazioni fornite dalle regioni e dalle province autonome di Trento e di Bolzano in conformità alle previsioni contenute nel piano di cui al primo periodo.*

*1-bis. L'obbligo di cui al comma 1 è esteso, a decorrere dal 15 febbraio 2022, anche agli studenti dei corsi di laurea impegnati nello svolgimento dei tirocini pratico-valutativi finalizzati al conseguimento dell'abilitazione all'esercizio delle professioni sanitarie. La violazione dell'obbligo di cui al primo periodo determina l'impossibilità di accedere alle strutture ove si svolgono i tirocini pratico-valutativi. I responsabili delle strutture di cui al secondo periodo sono tenuti a verificare il rispetto delle disposizioni di cui al presente comma secondo modalità a campione individuate dalle istituzioni di appartenenza.*

*2. Solo in caso di accertato pericolo per la salute, in relazione a specifiche condizioni cliniche documentate, attestate dal proprio medico curante di medicina generale ovvero dal medico vaccinatore, nel rispetto delle circolari del Ministero della salute in materia di esenzione dalla vaccinazione anti SARS-CoV-2, non sussiste l'obbligo di cui ai commi 1 e 1-bis e la vaccinazione può essere omessa o differita.*

*3. Gli Ordini degli esercenti le professioni sanitarie, per il tramite delle rispettive Federazioni nazionali, che a tal fine operano in qualità di responsabili del trattamento dei dati personali, avvalendosi della Piattaforma nazionale digital green certificate (Piattaforma nazionale-DGC) eseguono immediatamente la verifica automatizzata del possesso delle certificazioni verdi COVID-19 comprovanti lo stato di avvenuta vaccinazione anti SARS-CoV-2, secondo le modalità definite con il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all'articolo 9, comma 10, del decreto-legge 22 aprile 2021, n. 52, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 giugno 2021, n. 87. Qualora dalla Piattaforma nazionale-DGC non risulti l'effettuazione della vaccinazione anti SARSCoV-2, anche con riferimento alla dose di richiamo successiva al ciclo vaccinale primario, nelle modalità stabilite nella circolare di cui al comma 1, l'Ordine professionale territorialmente competente invita l'interessato a produrre, entro cinque giorni dalla ricezione dell'invito, la documentazione comprovante l'effettuazione della vaccinazione*

*oppure l'attestazione relativa all'omissione o al differimento della stessa ai sensi del comma 2, ovvero la presentazione della richiesta di vaccinazione, da eseguirsi entro un termine non superiore a venti giorni dalla ricezione dell'invito, ovvero la documentazione comprovante l'insussistenza dei presupposti per l'obbligo vaccinale di cui al comma 1, nonché a specificare l'eventuale datore di lavoro e l'indirizzo di posta elettronica certificata di quest'ultimo. In caso di presentazione di documentazione attestante la richiesta di vaccinazione, l'Ordine invita l'interessato a trasmettere immediatamente e comunque non oltre tre giorni dalla somministrazione, la certificazione attestante l'adempimento dell'obbligo vaccinale.*

*4. Decorsi i termini di cui al comma 3, qualora l'Ordine professionale accerti il mancato adempimento dell'obbligo vaccinale, anche con riguardo alla dose di richiamo, ne dà comunicazione alla Federazione nazionale competente, all'interessato, all'azienda sanitaria locale competente, limitatamente alla professione di farmacista, e, per il personale che abbia un rapporto di lavoro dipendente, anche al datore di lavoro, ove noto. L'inosservanza degli obblighi di comunicazione di cui al primo periodo da parte degli Ordini professionali verso le Federazioni nazionali rileva ai fini e per gli effetti dell'articolo 4 del decreto legislativo del Capo Provvisorio dello Stato 13 settembre 1946, n. 233, ratificato dalla legge 17 aprile 1956, n. 561. L'atto di accertamento dell'inadempimento dell'obbligo vaccinale è adottato da parte dell'Ordine professionale territorialmente competente, all'esito delle verifiche di cui al comma 3, ha natura dichiarativa e non disciplinare, determina l'immediata sospensione dall'esercizio delle professioni sanitarie ed è annotato nel relativo Albo professionale.*

*5. La sospensione di cui al comma 4 è efficace fino alla comunicazione da parte dell'interessato all'Ordine professionale territorialmente competente e, per il personale che abbia un rapporto di lavoro dipendente, anche al datore di lavoro, del completamento del ciclo vaccinale primario e, per i professionisti che hanno completato il ciclo vaccinale primario, della somministrazione della dose di richiamo e comunque non oltre il termine di sei mesi a decorrere dal 15 dicembre 2021. Per il periodo di sospensione non sono dovuti la retribuzione né altro compenso o emolumento, comunque denominato. Il datore di lavoro verifica l'ottemperanza alla sospensione disposta ai sensi del comma 4 e, in caso di omessa verifica, si applicano le sanzioni di cui all'articolo 4-ter, comma 6.*

6. Per gli esercenti le professioni sanitarie che si iscrivono per la prima volta agli albi degli Ordini professionali territoriali l'adempimento dell'obbligo vaccinale è requisito ai fini dell'iscrizione fino alla scadenza del termine di sei mesi a decorrere dal 15 dicembre 2021. A tal fine la verifica dell'adempimento dell'obbligo vaccinale avviene con la presentazione della certificazione verde COVID-19.

7. Per il periodo in cui la vaccinazione di cui al comma 1 è omessa o differita, 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.

8. Per il medesimo periodo di cui al comma 7, al fine di contenere il rischio di contagio, nell'esercizio dell'attività libero-professionale, i soggetti di cui al comma 2 adottano le misure di prevenzione igienico-sanitarie indicate dallo specifico protocollo di sicurezza adottato con decreto del Ministro della salute, di concerto con i Ministri della giustizia e del lavoro e delle politiche sociali, entro il 15 dicembre 2021.

9. Dall'attuazione del presente articolo non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica.

10. Per la verifica dell'adempimento dell'obbligo vaccinale da parte degli operatori di interesse sanitario di cui al comma 1, si applicano le disposizioni di cui all'articolo 4-ter, commi 2, 3 e 6”.

4. Come innanzi accennato, secondo parte della giurisprudenza (formatasi sull'art. 4 del decreto legge n. 44/2021 nel testo vigente *ratione temporis*), controversie come quella oggetto del presente ricorso sarebbero ricomprese nella giurisdizione del Giudice amministrativo perché nel complesso procedimento delineato dall'art. 4 del decreto legge n. 44/2021, «*pur scandito da una successione di attività rigidamente predeterminate, non possono escludersi in astratto taluni profili di discrezionalità tecnica (ad esempio, laddove si prevede il potere dell'amministrazione di valutare la rilevanza delle “specifiche condizioni cliniche documentate, attestate dal medico di medicina generale” ai fini dell'omissione o del differimento della vaccinazione, ai sensi dell'art. 4, comma 2)*»; e comunque l'individuazione della giurisdizione «*non potrebbe, in ogni caso, farsi discendere in modo*

*automatico dalla natura vincolata dell'atto, dovendosi guardare anche, e soprattutto, al piano dell'interesse primariamente considerato dalla legge regolatrice del potere», sicché decisivo rilievo assumerebbe il fatto che «la scelta di imporre l'obbligo vaccinale - OMISSIS- risponde - in modo pressoché esclusivo - al primario interesse pubblico costituito dalla tutela della salute collettiva, a fronte del quale la posizione del privato inevitabilmente recede» (cfr. T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 10 settembre 2021, n. 261).*

In altra occasione è stato evidenziato che il procedimento delineato dall'art. 4 del decreto legge n. 44/2021 prevede *«uno specifico segmento procedimentale propriamente amministrativo e pubblicistico diretto ad accertare, mediante l'esercizio di un potere discrezionale ed autoritativo, se il sanitario abbia ricevuto o meno la somministrazione del vaccino contro il SARS-CoV-2, in conformità all'obbligo sancito dal comma 1, e soprattutto se la documentazione prodotta in caso di omissione dell'obbligo possa ritenersi idonea al fine di essere esonerati da siffatto obbligo. Di qui la ridetta spendita di poteri amministrativi e dunque la giurisdizione di questo giudice amministrativo. Giurisdizione che si estende automaticamente anche alla comunicazione di sospensione dal servizio, atteso che una simile evenienza costituisce effetto automatico che discende direttamente dalla legge a carico del sanitario inottemperante ... . Del resto, riservare alla giurisdizione dell'AGO la cognizione sulla sola sospensione dal servizio ... rischierebbe di consentire ad un altro giudice, appartenente a diverso plesso giurisdizionale, di pronunziarsi nella sostanza sulle stesse questioni di cui all'atto di accertamento dell'inosservanza all'obbligo vaccinale, e ciò in totale spregio al principio fondamentale del ne bis in idem. Per le ragioni suddette, la giurisdizione sull'atto di accertamento circa la inosservanza dell'obbligo vaccinale si trascina la giurisdizione, altresì, sull'atto di sospensione del rapporto, data la sua natura di atto meramente consequenziale e vincolato»* (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III-quater, 10 novembre 2021, n. 11543).

Lo stesso Giudice amministrativo di appello, nel ritenere la giurisdizione su controversie analoghe a quella in esame, finora non ha affrontato *funditus* la complessa questione del riparto di giurisdizione sulle controversie relative agli atti adottati dalle Aziende sanitarie locali e dagli Ordini professionali ai sensi dell'art. 4 del decreto legge n. 44/2021. Difatti la prima sentenza avente ad

oggetto atti della specie (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045) contiene solo generici accenni alla tesi della parte ricorrente secondo la quale le conseguenze dell'inadempimento all'obbligo vaccinale avrebbero carattere sanzionatorio. Più di recente nella sede cautelare la terza Sezione del Consiglio di Stato ha affermato che: *«La spendita di poteri amministrativi sull'accertamento circa la inosservanza dell'obbligo vaccinale radica la giurisdizione di questo giudice amministrativo perché espressione di esercizio di pubblico potere. Tale giurisdizione si estende anche alla comunicazione di sospensione dal servizio, atteso che una simile evenienza costituisce effetto che discende direttamente dalla legge a carico del sanitario inottemperante»* (ordinanza 4 febbraio 2022, n. 583; nello stesso senso l'ordinanza 22 dicembre 2021, n. 6791).

5. A fronte di tali pronunce si deve invece dare atto della condivisibile, approfondita rivisitazione della predetta questione del riparto di giurisdizione operata dal T.A.R. del Veneto, Sez. III, nella recentissima sentenza 20 gennaio 2022, n. 140, avente anch'essa ad oggetto atti adottati, come quelli oggetto del presente ricorso, ai sensi dell'art. 4 del decreto legge n. 44/2021 nel testo vigente *ratione temporis*, e della quale qui si riportano integralmente i principali passaggi motivazionali, stante la delicatezza della materia oggetto del presente giudizio.

6. In tale pronuncia è stato chiarito innanzi tutto il carattere non sanzionatorio delle conseguenze dell'inadempimento all'obbligo vaccinale previsto per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2:

*«Sebbene l'imposizione dell'obbligo vaccinale nei confronti dei sanitari sia dichiaratamente strumentale alla soddisfazione di due interessi pubblici, quello alla tutela della salute collettiva, da un lato, e quello al mantenimento di adeguate condizioni di sicurezza nell'esercizio delle prestazioni "sanitarie" (che contemplano cura e assistenza), dall'altro, il legislatore non ha inteso declinare le conseguenze di tale imposizione mediante la previsione di "sanzioni" (amministrative, disciplinari, penali) con attribuzione del relativo potere autoritativo di irrogazione in capo ad un'Amministrazione pubblica (anche, eventualmente, sanitaria), ma ha orientato tutta la disciplina correlata all'adempimento del suddetto*

*obbligo in funzione della possibilità, per il professionista o l'operatore sanitario, di svolgere la sua attività lavorativa, sia essa autonoma o subordinata.*

*Lo stesso comma 1, infatti, prosegue precisando che la vaccinazione costituisce requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative dei soggetti obbligati.*

*In questo senso, quindi, pur avendo l'obbligo vaccinale la sua genesi in una finalità spiccatamente di interesse pubblico, l'intera disciplina approntata dal legislatore con l'art. 4 in esame, si rivolge al lato strettamente "privatistico - lavorativo" dell'idoneità dell'operatore sanitario, in quanto lavoratore, sia esso autonomo o subordinato, di svolgere l'attività sanitaria.*

*La vaccinazione, cioè, viene ad essere declinata, dai commi 2 e seguenti, quale requisito imprescindibile per svolgere l'attività professionale, che deve sussistere inizialmente, ai fini dell'iscrizione nell'albo e deve permanere nel tempo pena la sospensione della professione, conseguenza quest'ultima ex lege, non intermediata dall'esercizio di un potere autoritativo dell'Amministrazione sanitaria.*

*In questo modo, il legislatore ha sostanzialmente introdotto una fattispecie ex lege di inidoneità del "lavoratore della sanità" incidendo, quindi, a monte e senza l'intermediazione dell'esercizio di potere da parte di alcuna Pubblica Amministrazione, sullo "statuto lavorativo" del sanitario conformando alla tutela dell'interesse pubblico il diritto allo svolgimento dell'attività lavorativa.*

*Non solo, ma è lo stesso legislatore che, conformata negativamente la sfera giuridica del sanitario con l'obbligo vaccinale, operando un bilanciamento tra i contrapposti interessi, ha previsto al comma 2 gli unici casi nei quali è possibile differire o omettere il vaccino senza incorrere nell'inadempimento all'obbligo e, quindi, all'inidoneità lavorativa tout court: in particolare, si tratta dell'accertato pericolo per la salute, in relazione a specifiche condizioni cliniche documentate, attestate dal medico di medicina generale».*

7. A corredo di tali affermazioni il T.A.R. del Veneto ha posto in rilievo come anche l'intera disciplina successiva ai primi due commi dell'art. 4 attenga esclusivamente al profilo dell'idoneità del sanitario allo svolgimento dell'attività lavorativa:

*«Viene ... descritta una serie di atti e termini, peraltro non particolarmente complessa, tutta finalizzata, da un lato e in prima battuta, a consentire al sanitario l'adempimento all'obbligo, così assolvendo all'onere di munirsi della speciale idoneità all'esercizio della prestazione lavorativa, dall'altro lato e in seconda battuta, a far emergere con una apposita "fotografia" della situazione di fatto, l'eventuale inadempimento del sanitario all'obbligo medesimo.*

*In particolare, nella prima fase:*

- in via preparatoria, entro cinque giorni dalla data di entrata in vigore del decreto, è stato imposto, da un lato, a ciascun Ordine professionale territoriale competente di trasmettere l'elenco degli iscritti, con l'indicazione del luogo di rispettiva residenza, alla regione o alla provincia autonoma in cui ha sede; dall'altro lato, ai datori di lavoro degli operatori - OMISSIS-, di trasmettere 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 i medesimi dipendenti;*
- sempre in via preparatoria, entro dieci giorni dalla data di ricezione degli elenchi predetti, 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;*
- quindi, ricevuta la segnalazione di cui al comma 4, l'azienda sanitaria locale di residenza si limita ad invitare l'interessato a produrre, entro cinque giorni dalla ricezione dell'invito, la documentazione comprovante l'effettuazione della vaccinazione (perché potrebbe avervi già provveduto autonomamente) o 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.

Nella seconda fase, invece, il comma 6, prima parte, prevede che, decorsi i termini sopra detti per l'attestazione dell'adempimento dell'obbligo vaccinale, 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.

La seconda parte del comma 6, precisa che 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.

Quindi, con l'adozione dell'atto di accertamento e la notizia dello stesso data ai soggetti sopra ricordati, terminano i compiti ascritti alle Aziende sanitarie.

A fronte dell'effetto sospensivo previsto dal legislatore, da un lato, viene imposto all'Ordine professionale di appartenenza esclusivamente l'obbligo di comunicazione dello stesso all'interessato (così il comma 7); dall'altro lato, ricevuta la comunicazione di cui al comma 6, il datore di lavoro (sia esso pubblico che privato), avendo specifici poteri organizzativi e di gestione del lavoro e, quindi, delle mansioni dei singoli lavoratori, viene obbligato, ove possibile, ad adibire il sanitario sospeso 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.

Pur operando la sospensione immediatamente e ipso iure, in conseguenza dell'inadempimento all'obbligo e, quindi, al verificarsi dell'inidoneità certificata

*dall'Amministrazione sanitaria, (non avendo il datore di lavoro alcun potere in ordine all'adozione di tale misura, a differenza di quanto previsto dagli artt. 41, d.lgs. n. 81 del 2008 e 55 octies, d.lgs. n. 165 del 2001), il datore di lavoro è comunque chiamato a cercare di "superare" tale effetto attraverso l'assegnazione a mansioni diverse non "pericolose", soluzione che, quando non è possibile, comporta che per il periodo di sospensione non sono dovuti la retribuzione, né altro compenso o emolumento, comunque denominato.*

*Dalla lettura del comma 9 della disposizione si comprende che, come si preciserà anche nel prosieguo, la sospensione quale conseguenza dell'inadempimento all'obbligo vaccinale non è una sanzione, ma è semplicemente l'inevitabile effetto dell'impossibilità temporanea all'esecuzione della prestazione lavorativa, derivante dal verificarsi di un'ipotesi di inidoneità lavorativa parimenti temporanea: la sospensione di cui al comma 6, infatti, 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.*

*Vanno sottolineate, infine, anche le previsioni di cui ai commi 10 e 11.*

*Il comma 10, per i sanitari "dipendenti", infatti, prevede che, salvo in ogni caso il disposto dell'art. 26, commi 2 e 2 bis, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, conv., con mod., da l. 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.*

*Il comma 11, per i lavoratori autonomi, stabilisce che per il medesimo periodo di cui al comma 10, al fine di contenere il rischio di contagio, nell'esercizio dell'attività libero-professionale, i soggetti di cui al comma 2 adottano le misure di prevenzione igienico-sanitarie indicate dallo specifico protocollo di sicurezza adottato con decreto del Ministro della salute, di concerto con i Ministri della giustizia e del lavoro e delle politiche sociali, entro venti giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto».*

8. Il T.A.R. del Veneto ha poi ribadito che «la previsione della sospensione, quale conseguenza dell'inadempimento dell'obbligo vaccinale, non è stata strutturata dal legislatore in termini di "sanzione" (amministrativa, penale, disciplinare; pecuniaria o personale), ma

*esclusivamente in termini di inidoneità temporanea alla prestazione lavorativa, categoria tipicamente riconducibile alle fattispecie tanto del lavoro privato (art. 41, d.lgs. n. 81 del 2008) che del pubblico impiego (art. 55 octies, d.lgs. n. 165 del 2001), e che, nella specie, viene valorizzata dal legislatore anche, in termini più generali, ai fini del corretto esercizio della professione regolamentata in albi», chiarendo al riguardo come nel complesso procedimento delineato dall'art. 4 del decreto legge n. 44 del 2021 non si rinvenivano provvedimenti frutto di poteri autoritativi:*

*« ... il legislatore si rivolge al datore di lavoro precisando che egli ha l'obbligo, ove possibile, di assegnare il sanitario a diverse mansioni non inerenti lo svolgimento dell'attività professionale e, comunque, con forme che non comportino rischi di diffusione del contagio da Sars-CoV-2, quindi, non implicino contatti interpersonali o facciano sorgere, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio da SARS-CoV-2.*

*Risulta evidente, quindi, l'intento del legislatore nel disciplinare un'ipotesi di sospensione obbligatoria preventivamente determinata ex lege: "sottrarre" il potere discrezionale di sospensione al datore di lavoro e agli ordini professionali di riferimento, senza, al contempo attribuire ad alcun altro soggetto, né pubblico, né privato, tale potere, in modo da rendere certa, effettiva e uguale per tutti, l'impossibilità per il sanitario non vaccinato di svolgere l'attività, essendo inidoneo, sia pure temporaneamente, allo svolgimento dell'attività lavorativa.*

*La sospensione non è intermediata da alcun provvedimento irrogativo da parte di soggetto privato o pubblico (sull'atto di accertamento dell'Amministrazione sanitaria, infatti, si dirà a breve), tanto che lo stesso legislatore si è limitato a prevedere in via automatica la cessazione della predetta misura cautelare nel caso di ottemperanza dell'obbligo vaccinale, senza la previsione di un "contrarius actus" anche solo in termini di "revoca".*

*Poiché, d'altronde, non si tratta di una sanzione, ma di una necessaria conseguenza legata all'inidoneità del sanitario allo svolgimento della prestazione lavorativa del sanitario, il legislatore, come visto, non ha potuto, né voluto, esautorare del tutto i datori di lavoro.*

*La sospensione, quindi, non appartiene alla sfera del diritto pubblico, ma assume anch'essa - così come la declinazione dell'obbligo vaccinale in funzione di idoneità alla prestazione lavorativa - un rilievo, in via diretta, strettamente privatistico perché incide direttamente sul*

*rapporto di lavoro o sullo svolgimento della prestazione lavorativa autonoma, quale effetto della sopravvenuta impossibilità temporanea per inidoneità a svolgere l'attività sanitaria; ciò, si ripete, nonostante che la finalità ultima, ma mediata, del legislatore sia quella di tutela della salute pubblica».*

9. Alla luce di tali considerazioni il T.A.R. del Veneto ha dapprima escluso che controversie come quella in esame possano essere ricondotte alla giurisdizione esclusiva di cui all'art. 133 cod. proc. amm. e, in particolare, a quella relativa alle controversie inerenti i servizi pubblici:

*«La fattispecie disciplinata dall'art. 4, d.l. n. 44 del 2021 ... pur avendo certamente un riflesso mediato sul corretto ed efficiente espletamento del servizio pubblico sanitario, riflesso discendente dal fatto che, a monte, l'obbligo vaccinale è stato giustificato proprio per consentire tale funzionalità, in realtà è strettamente correlata e finalizzata, in via immediata, alla conformazione del rapporto di lavoro ovvero dello statuto della prestazione professionale, venendo, quindi, in gioco, il diritto del sanitario all'esercizio della prestazione lavorativa, e mediatamente, il diritto dello stesso, eventualmente, a non vaccinarsi.*

*La causa petendi, quindi, in nessun caso, può inerire, in via diretta, il servizio pubblico sanitario in sé considerato.*

*Non vengono in gioco, infatti, diritti sociali o il diritto ad ottenere una determinata prestazione del servizio sanitario o, comunque, un provvedimento amministrativo inerente specificamente l'espletamento verso l'utenza di tale servizio e nemmeno un atto di organizzazione generale dello stesso, ma solo atti ed istituti che si inseriscono nell'ambito di singoli e specifici rapporti di lavoro o di singole prestazioni di lavoro autonomo».*

10. Quindi il T.A.R. del Veneto ha precisato come - a differenza di quanto affermato nelle pronunce che aderiscono all'opposto orientamento - neppure il ruolo attribuito dal legislatore all'Amministrazione sanitaria (ossia alle Aziende sanitarie incaricate di accertare l'inadempimento all'obbligo vaccinale) possa indurre a ritenere sussistente la giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo:

*«Come emerge chiaramente dal dettato normativo, il legislatore ha conformato "a monte" (con l'obbligo vaccinale) e "a valle" (con la sospensione), la sfera giuridica del sanitario-*

*lavoratore/professionista, al contempo incidendo sulla sfera decisionale tanto dei datori di lavoro (parzialmente) quanto degli ordini professionali: per altro verso, per garantire il necessario raccordo tra gli “ordinari” “strumenti” previsti dall’ordinamento per la verifica delle idoneità lavorative nell’ambito del lavoro subordinato privato e nel pubblico impiego (attraverso i c.d. medici del lavoro) e lo svolgimento del c.d. piano vaccinale, ha inteso, attribuire all’Amministrazione sanitaria (l’Azienda sanitaria locale di residenza dei sanitari) il doppio compito, materiale, da un lato, di attuazione dell’obbligo vaccinale, e, dall’altro, quello esclusivamente ricognitivo dell’inadempimento all’obbligo medesimo, e, quindi, dell’inidoneità allo svolgimento dell’attività lavorativa.*

*Il legislatore, sotto il secondo dei due profili appena indicati, ha in sostanza attribuito all’Amministrazione sanitaria quegli stessi compiti normalmente previsti per il medico del lavoro, solo limitati al caso particolare dell’inadempimento vaccinale e non solo in funzione dei lavoratori subordinati, ma anche dei professionisti lavoratori autonomi del settore sanitario: il fatto che un tale incumbente sia stato attribuito all’Azienda sanitaria deve ritenersi esclusivamente giustificato dal fatto, come detto, che si tratta di Ente già preposto in via autonoma e a prescindere dalla fattispecie in esame, all’attuazione del c.d. piano vaccinale, come ricordato dallo stesso comma 1 dell’art. 4, ma che, ai fini dell’accertamento dell’inadempimento, rileva solo come organo tecnico ausiliario e strumentale per l’espletamento di attività ricognitiva, strettamente funzionale al corretto svolgimento del rapporto lavorativo e della prestazione d’opera.*

*... Con riferimento all’obbligo vaccinale, il legislatore ha conformato “negativamente” la sfera giuridica del privato ponendo a carico dello stesso una situazione passiva senza per contro attribuire alcun potere conformativo all’Amministrazione sanitaria, che non può modificare o, comunque, incidere sulla titolarità di tale obbligo.*

*Nessun potere è riconoscibile, quindi, in capo alle Aziende sanitarie, perché esse non possono né obbligare il sanitario a vaccinarsi, (essendo obbligato ex lege, “a monte”), né adottano specifici provvedimenti di esonero o differimento (l’operatore sanitario, infatti, non deve richiedere l’intermediazione delle Aziende sanitarie per ottenere l’esonero o il differimento), il legislatore avendo solo assegnato ad esse il compito di verificare che vi sia un certificato del medico di base che riconosca i presupposti per il differimento o l’esonero dal*

*vaccino e – qualora si ritenga che la normativa attribuisca all'Amministrazione sanitaria tale facoltà – che tale valutazione sia corretta o, comunque, che sussistano in capo al sanitario le condizioni medicalmente accertabili contrarie alla vaccinazione, sia pure solo immediata.*

*Alle Aziende sanitarie, quindi, non è riconosciuto alcun potere autoritativo, sia esso vincolato o discrezionale, idoneo a disporre della situazione giuridica del privato incidendola unilateralmente.*

*Parimenti, l'Azienda sanitaria non può nemmeno incidere sulle conseguenze a valle, in parte strettamente predeterminate dalla legge (la sospensione) senza che vi sia un puntuale atto impositivo, in parte demandate, significativamente, ad altro soggetto (il datore di lavoro).*

*Anche il ruolo degli Ordini è meramente ausiliario e informativo: prima, infatti, devono trasmettere alla Regione o alla Provincia autonoma in cui ha sede, l'elenco integrale di tutti gli iscritti; successivamente ricevono, unitamente al sanitario interessato e al datore di lavoro, dalle Aziende sanitarie la comunicazione scritta dell'atto di accertamento dell'inosservanza dell'obbligo vaccinale; infine, devono comunicare all'interessato la sospensione conseguente all'inadempimento così come accertato.*

*La sospensione non è disposta dagli ordini, così come non è disposta dall'Amministrazione sanitaria, ma è una conseguenza dell'inadempimento meramente “fotografato” da quest'ultima mediante l'atto di accertamento, che gli Ordini si limitano a comunicare al professionista, cioè è un mero obbligo informativo, previa presa d'atto e senza alcuna valutazione di merito, riportando l'annotazione relativa all'albo.*

*L'atto dell'Amministrazione sanitaria, quindi, non ha alcun effetto dispositivo: l'impiego nel testo dell'art. 4 del verbo “determina”, associato all'accertamento, non va inteso nel senso che la sospensione sia un effetto dell'atto medesimo, ma nel senso che essa è la conseguenza dell'inadempimento e, quindi, dell'inidoneità temporanea all'esercizio della prestazione - che preesiste, ma viene - certificata dall'atto di accertamento, così come il medico del lavoro certifica l'inidoneità allo svolgimento della prestazione lavorativa da parte del singolo lavoratore».*

11. Una volta appurato che l'art. 4 del decreto legge n. 44 del 2021 non attribuisce alcun potere autoritativo all'Amministrazione sanitaria, in coerenza con tale premessa il T.A.R. del Veneto è passato ad esaminare la situazione giuridica soggettiva del sanitario che si ritiene leso dagli atti adottati ai sensi di tale articolo, qualificandola come un diritto soggettivo:

*«Al riguardo, va premesso che tutte le possibili contestazioni sollevabili dal sanitario in relazione all'applicazione della suddetta norma, anche quando concernono il profilo più "a monte" dell'asserita incostituzionalità dell'obbligo vaccinale per la ritenuta lesione di uno o più diritti costituzionalmente tutelati - in particolare il diritto alla salute - coinvolgono una fattispecie che, come detto, concerne precipuamente il profilo relativo al diritto allo svolgimento della prestazione lavorativa in quanto finalizzata a garantire che il lavoratore sanitario soddisfi una determinata condizione di idoneità lavorativa.*

*In ogni caso, elemento comune a tutte le ipotesi di contestazione che possono discendere dall'attuazione della disposizione in esame, è il fatto che, come detto, rispetto alle situazioni giuridiche che il sanitario assume o può assumere essere lese, all'Azienda sanitaria non è stato attribuito alcun potere pubblico autoritativo o comunque dispositivo delle situazioni giuridiche medesime, di modo da poter giustificare la giurisdizione del Giudice Amministrativo.*

*Ne consegue, che rispetto all'atto di accertamento dell'Azienda sanitaria la situazione giuridica del sanitario non è qualificabile in termini di interesse legittimo, ma di diritto soggettivo.*

*La contestazione dell'accertamento di inadempimento, in tal senso, non si risolve nell'impugnativa di un provvedimento o atto amministrativo costituente esercizio di potere, ma nella richiesta di verificare l'effettiva situazione di fatto e diritto sottostante al fine di escludere l'effetto sospensivo ovvero l'insussistenza o la non coercibilità dell'obbligo vaccinale. In tal senso, quindi, anche con riferimento alle ipotesi in cui l'azione giudiziale venga strutturata nel senso di introdurre anche solo alcuni tra i motivi di ricorso concernenti l'asserita incostituzionalità della previsione di un obbligo vaccinale, per ritenuto contrasto con diritti fondamentali quali il diritto alla salute, non occorre accedere alle categorie, dottrinali e giurisprudenziali, non sempre lineari e oggetto di critica, dei diritti fondamentali*

*“inaffevolibili”, ai fini del riparto di giurisdizione, perché nel caso di specie, a monte, deve ritenersi esclusa in ogni caso, la configurabilità di un potere autoritativo, a prescindere dalla natura fondamentale o meno del diritto fatto valere».*

12. A corredo delle considerazioni che precedono, le quali evidentemente conducono a negare la giurisdizione del Giudice amministrativo, il T.A.R. del Veneto ha rimarcato altresì quanto segue:

*«In senso contrario, non può essere valorizzato il fatto che l'art. 4, d.l. n. 44 del 2021, preveda una serie di atti e termini da rispettare: più precisamente, non può ritenersi né che la sequenza più sopra ricordata sia necessariamente qualificabile in termini di procedimento amministrativo, né che, comunque, il semplice rispetto di una “procedura” da parte dell'Amministrazione costituisca elemento di per sé dirimente per ritenere sussistente l'attribuzione di potere pubblico e, comunque, la giurisdizione del Giudice amministrativo.*

*In primo luogo, dall'esame dell'art. 4 emerge come quanto previsto dal legislatore sia una mera scansione procedurale funzionale e necessaria affinché il sanitario adempia l'obbligo vaccinale ed eventualmente, in caso di non giustificato inadempimento al suddetto obbligo, questo possa essere certificato unitamente alla correlata inidoneità allo svolgimento della prestazione lavorativa.*

*In secondo luogo, il rispetto da parte della P.a. di una procedura (intesa quale sequenza di atti e termini) non comporta automaticamente la qualificazione in termini di “procedimento amministrativo” ai sensi della l. n. 241 del 1990 (tanto più che la disposizione non reca alcun rinvio né esplicito, né implicito alla suddetta normativa), e, comunque, non implica necessariamente la giurisdizione del Giudice amministrativo, come comprovato dal fatto che vi sono fattispecie proceduralizzate e, nonostante questo, sottoposte alla giurisdizione del giudice ordinario (come nel caso delle sanzioni amministrative conseguenti a violazioni del codice della strada, ai sensi degli artt. 203 e 204 D.lgs. 30 aprile 1992, n. 285).*

*Più in generale, il procedimento amministrativo può costituire la manifestazione sensibile della funzione, cioè la forma esterna del potere colta nel suo momento dinamico, in tal senso non potendo incidere sul riparto di giurisdizione, in quanto presuppone l'esercizio del potere, ma non ne dimostra necessariamente la sussistenza.*

*... Non possono, poi, ricavarsi elementi a favore della giurisdizione amministrativa nel fatto che, secondo un'interpretazione dell'art. 4, d.l. n. 44 del 2021, sarebbe demandato all'Azienda sanitaria, in via eventuale, non solo il compito di verificare che il sanitario abbia presentato i certificati previsti dalla suddetta norma, ma che quanto certificato dal medico di medicina generale sia corretto, o comunque che sussistano, nei fatti, i presupposti per l'applicazione del differimento o dell'esonero di cui al comma 2.*

*In termini generali, qualora non vengano presentati dei certificati medici ai sensi dell'art. 4, o non vengano sollevate questioni in ordine alla non applicabilità dell'obbligo vaccinale, il compito dell'Amministrazione si limita ad un accertamento di un dato di fatto, cioè una semplice attività di certazione, che in nessun modo implica, non solo l'esercizio di un potere decisionale, ma nemmeno valutativo, trattandosi di atto meramente ricognitivo, e come tale inidoneo a radicare la giurisdizione del Giudice amministrativo (si veda, ancorché in fattispecie differente da quella in esame, Cass., sez. lav., 3 marzo 2021, n. 5825).*

*Laddove, d'altronde, tali certificati siano presentati o comunque siano indicate circostanze ai fini della giustificazione dell'esonero o del differimento e si ritenga che la disposizione normativa in questione attribuisca all'Amministrazione il compito di esaminarli e valutarne la correttezza tecnica, quest'attività valutativa sarebbe comunque qualificabile esclusivamente come atto di verifica sanitaria, con effetti meramente certativi, similmente all'attività di accertamento del medico del lavoro, della Commissione medica, o dello Spisal. Come sottolineato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione anche recentemente (con sentenza 15 gennaio 2021, n. 618, in relazione al giudizio della Commissione medica dello Spisal in merito all'idoneità fisica di una lavoratrice allo svolgimento dei servizi di guardia notturni e festivi e di reperibilità), tale valutazione è qualificabile in termini di mero atto di verifica sanitaria, sicché non si pone nemmeno un problema di disapplicazione dell'atto amministrativo, ai sensi del d.lgs. n. 165 del 2001, art. 63, comma 1, ma solo la diversa questione della sua efficacia vincolante e dei limiti del controllo in sede giurisdizionale, in ordine al quale, significativamente, la stessa Corte ha precisato che il giudizio della Commissione medica deve ritenersi sindacabile da parte del giudice ordinario del lavoro adito per l'accertamento della illegittimità del licenziamento avendo egli, anche in riferimento ai principi costituzionali di tutela processuale il potere-dovere di controllare*

*l'attendibilità degli accertamenti sanitari effettuati dalle citate Commissioni (Cass. sez. lav. 16 gennaio 2020 n. 822, Cass. sez. lav. 4 settembre 2018, n. 21620, Cass. sez. lav. 25 luglio 2011, n. 16195, Cass. sez. lav. 8 febbraio 2008 n. 3095, Cass. sez. lav. 20 maggio 2002, n. 7311). ...*

*Quindi, l'attività rimessa all'Amministrazione sanitaria è una mera attività ricognitivo-certificativa, l'atto della P.a. essendo esclusivamente dichiarativo e rigidamente connesso a presupposti o di mero fatto (l'aver o no effettuato in concreto il vaccino nella data stabilita) o, al massimo, ad una stretta valutazione medica.*

*Si tratta, quindi, di un atto che in nulla conforma direttamente la situazione giuridica dell'operatore sanitario, il quale, come detto, è "stretto" da due determinazioni legislative a monte (l'imposizione dell'obbligo di vaccinarsi) e a valle (la sospensione, che non è imposta né dichiarata dall'Amministrazione, ma è prevista dalla legge come conseguenza ex lege), senza che, quindi, in alcun modo sia evincibile dal dettato normativo la previsione di una manifestazione unilaterale impositiva e direttamente produttiva di effetti giuridici conformativi da parte dell'Amministrazione sanitaria.*

*Peraltro, la discrezionalità tecnica non comporta di per sé l'esercizio di un potere amministrativo autoritativo, ma, al pari dell'accertamento tecnico, soprattutto nel caso di specie, si concreta nell'esame di un fatto, ancorché più complesso.*

*La Corte di Cassazione, in tal senso, sia pure con riferimento ad altra tipologia di controversie, ha sottolineato che <<le controversie in materia di accertamenti sanitari dell'invalidità civile espletati dalle competenti commissioni mediche appartengono al giudice ordinario, come espressamente previsto dalla L. 15 ottobre 1990, n. 295, art. 1, comma 8, non solo quando il riconoscimento di tale qualità è funzionale all'erogazione delle prestazioni assistenziali di contenuto pecuniario (di cui alle L. 30 marzo 1971, n. 118, e L. 11 febbraio 1980, n. 18), ma anche quando l'interessato deduca l'esistenza della propria condizione invalidante ai fini del collocamento obbligatorio a norma della L. 2 aprile 1968, n. 482 (la cui disciplina è ora sostituita da quella recata dalla L. 12 marzo 1999, n. 68), e ciò stante la simmetrica corrispondenza dell'ambito della disposta attribuzione giurisdizionale con quello della competenza delle commissioni mediche, alle quali, ai sensi del comma primo del medesimo L. n. 295 del 1990, art. 1, (e della*

*successiva legislazione confermativa), è devoluto l'accertamento della condizione di minorazione anche per usufruire di benefici diversi da quelli dell'attribuzione di pensioni, assegni o indennità, ed atteso che tale accertamento è in ogni caso espressione di discrezionalità tecnica e non amministrativa, essendo le dette commissioni prive di poteri autoritativi a cui possa contrapporsi un interesse legittimo del soggetto privato>> (Cass., sez. un., 23 ottobre 2014, n. 22550).*

*Peraltro, se, in via interpretativa, si volesse riconoscere una discrezionalità tecnica in capo all'Amministrazione sanitaria, allora si dovrebbe concludere che, a fronte di una mera valutazione medica, l'effettiva o meno sussistenza dei presupposti per l'esonero o il differimento dell'obbligo vaccinale dovrebbe essere accertabile mediante CTU; diversamente (ove si sostenesse l'insindacabilità, nel merito, delle conclusioni dell'Amministrazione sanitaria) si determinerebbe un grave vulnus non solo in via immediata e processuale al diritto di difesa in giudizio, ma, in via mediata e sostanziale, al diritto alla salute del sanitario, sul quale si fondano le deduzioni e contestazioni oggetto del presente giudizio».*

13. Da ultimo il T.A.R. del Veneto ha osservato che la ricostruzione dogmatica della fattispecie innanzi delineata (riconducibile allo schema norma-fattispecie-effetto, e non allo schema norma-potere-effetto) trova una significativa conferma nelle modifiche apportate all'art. 4 del decreto legge n. 44 del 2021 dal decreto legge n. 172 del 2021, sulle quali non ha inciso la legge di conversione n. 76 del 2021 e che semmai fanno *«emergere una volta di più come il legislatore abbia del tutto inteso escludere l'intermediazione del potere pubblico: se nella precedente versione, infatti, come sopra detto, alle aziende sanitarie è stato attribuito un compito di verifica certativa eventualmente con profili di mera valutazione medica, nell'attuale versione, addirittura, è stato del tutto escluso un ruolo delle amministrazioni sanitarie ai fini dell'accertamento dell'inadempimento che, peraltro, viene effettuato dagli Ordini sulla scorta di un mero rilievo documentale, per mezzo di un atto definito esplicitamente avente natura dichiarativa e non disciplinare».*

14. Alla luce delle considerazioni che precedono e che il Collegio integralmente condivide, il presente ricorso d'essere dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione di questo Tribunale, trattandosi di controversia

inerente la tutela di un diritto soggettivo e, come tale, devoluta alla giurisdizione del Giudice ordinario, innanzi al quale il processo potrà essere riproposto ai sensi dell'art. 11, comma 2, cod. proc. amm..

15. In ragione del contrasto giurisprudenziale evidenziato in motivazione sussistono i presupposti per compensare integralmente tra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa della Regione autonoma Trentino - Alto Adige/Südtirol, sede di Trento, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 131/2021, dichiara il difetto di giurisdizione del Giudice amministrativo, trattandosi di controversia devoluta alla giurisdizione del Giudice ordinario.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui di cui all'art. 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, 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 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 Trento nella camera di consiglio del giorno 10 marzo 2022 con l'intervento dei magistrati:

Fulvio Rocco, Presidente

Carlo Polidori, Consigliere, Estensore

Cecilia Ambrosi, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

**Carlo Polidori**

**Fulvio Rocco**

IL SEGRETARIO

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