

Consiglio di Stato sez. III, 20/06/2022, n. 5014

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2829 del 2022, proposto dalla signora (*omissis*), rappresentata e difesa dall'â??avvocato (*omissis*), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

l'â??Ordine degli Psicologi della Regione Toscana â?? Firenze ed il Consiglio Nazionale Ordine Psicologi, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Seconda) n. (*omissis*), resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 5 maggio 2022 il Cons. (*omissis*) e udito l'â??avvocato (*omissis*);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 â?? L'â??appellante impugna la sentenza n. (*omissis*) del TAR per la Toscana, che ha declinato la propria giurisdizione sul suo ricorso contro l'â??Ordine degli Psicologi della Toscana di Firenze e il Consiglio Nazionale dell'â??Ordine degli Psicologi, per l'â??annullamento della delibera n. (*omissis*) adottata dal Consiglio dell'â??Ordine degli Psicologi della Toscana il 28 dicembre 2021 e, ove occorra, della nota di diffida prot. n. 8241 del 20 dicembre 2021 dell'â??Ordine degli Psicologi della Toscana.

2 â?? L'â??interessata, che esercita la professione ed Ã" iscritta all'â??Ordine degli Psicologi della Toscana, ha impugnato la delibera con cui il predetto Ordine ha accertato l'â??inadempimento

dell'obbligo vaccinale e ha disposto la sua sospensione dall'esercizio della professione di psicologo in applicazione dell'art. 4 del D.L. n. 44/2021, come modificato dal D.L. n. 172/2021, deducendo, in sintesi, il contrasto con il diritto euro unitario (violazione dell'art. 4 della direttiva CE2000/78 e violazione del principio di proporzionalità nella parte in cui non si consente al professionista sanitario di esercitare attività non a contatto con il pubblico) ed ha altresì sollevato una questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 del d.l. n. 44/2021 per contrasto con gli articoli 3 e 32 Cost.

3 Il TAR, dopo averne dato preavviso alle parti, si è pronunciato con sentenza succintamente motivata adottata a seguito della camera di consiglio, non ravvisando ragioni per discostarsi dalle decisioni recentemente assunte in materia (sentenze nn. 200 e 201 del 17 febbraio 2022), ed ha dichiarato inammissibile il ricorso per difetto di giurisdizione in favore del giudice ordinario.

3.1 Secondo il TAR, dalla lettura della norma si evince l'insussistenza di qualsiasi potere autoritativo in capo alle amministrazioni coinvolte nel procedimento, dato che la norma in questione aggiunge un requisito essenziale per l'esercizio della professione sanitaria, la cui mancanza ineluttabilmente comporta la sospensione dal suo svolgimento, non crea alcun potere amministrativo in capo alle amministrazioni le quali, a norma delle disposizioni soprarreferite, devono solo accertare l'adempimento o il mancato adempimento, da parte dell'operatore sanitario, all'obbligo di vaccinazione. Si tratta di un'attività meramente accertativa e adempitiva di obblighi di legge da cui esula ogni potere discrezionale ed ogni potestà autoritativa, al cui esito venga incisa la posizione giuridica del destinatario. Quest'ultima viene piuttosto direttamente incisa dalla legge, la quale regola direttamente il rapporto giuridico determinando le conseguenze che derivano dal verificarsi dell'inadempimento all'obbligo vaccinale. Dalla fattispecie è quindi assente ogni potestà pubblicistica delle amministrazioni le quali, si ripete, sono chiamate unicamente ad accertare l'avvenuta vaccinazione dell'operatore sanitario ovvero l'inadempimento al relativo obbligo.

3.2 In particolare, argomenta la sentenza appellata, posto che ai fini dell'individuazione del giudice competente (in assenza di giurisdizione esclusiva) è dirimente la natura giuridica della posizione dedotta in giudizio, deve ritenersi che nella fattispecie in esame i ricorrenti pretendono di fare valere il diritto al libero esercizio della professione sanitaria. Infatti, prosegue la sentenza, Quello all'esercizio della professione è un diritto disciplinato integralmente dalla legge quanto a presupposti e modalità di svolgimento, e le operazioni valutative presenti nell'ambito procedimentale di cui si discute non sono interne ad un potere pubblicistico poiché l'amministrazione, nel rapporto de quo, si pone su un piano paritetico essendo lo stesso integralmente disciplinato dalla legge. Nella fattispecie l'amministrazione ha il solo compito di verificare la sussistenza dei requisiti indicati dalla legge per l'esercizio della professione sanitaria in relazione all'obbligo vaccinale che incombe sugli operatori ad essa

adibiti; ogni valutazione di pubblico interesse in proposito Ã¨ giÃ stata compiuta dal legislatore subordinando detta professione (in aggiunta ai requisiti giÃ esistenti) all'obbligo di vaccinazione contro il Covid 19â••.

3.3 â•• *Ne segue* â•• conclude il TAR- *che nella controversia viene in rilievo la (asserita) lesione di un diritto soggettivo, sulla quale non puÃ² che affermarsi la giurisdizione ordinaria*â••.

4 â•• Secondo lâ••appellante, al contrario â••occorre (â••!) sciogliere il nodo della natura giuridica del provvedimento in parola per cogliere (1) la rilevanza della sua eccentricitÃ rispetto all'elenco tassativo di cui all'art. 12 della legge professionale e (2) la sua incidenza su una posizione giuridica di interesse legittimo ovvero di diritto soggettivoâ••.

4.1 â•• Lâ••appellante, premesso che la sentenza del TAR â••sembra implicitamente suggerire che lâ••effetto lesivo per il ricorrente sorgeva proprio dalla sua adozione â••osserva che â••se il ricorrente, in quella sede, lo avesse impugnato, lâ••art. 17 della legge professionale non avrebbe potuto essere di ostacolo al radicamento della giurisdizione amministrativaâ••. Infatti, da un lato, la sanzione della sospensione â••non ha natura disciplinare e trova la sua fonte in una norma estranea alla disciplina professionale di settoreâ••. Dall'altro lato, la norma sanzionatoria â••si pone a tutela di un interesse piÃ¹ ampio rispetto a quello a presidio del quale Ã¨ tipicamente posta lâ••attivitÃ di controllo del Consiglio sui suoi iscrittiâ••.

4.2 â•• Pertanto, prosegue lâ••appellante, lâ••effetto lesivo del provvedimento consiste nella limitazione dell'esercizio di diritti di rilevanza costituzionale del ricorrente, con riguardo alla libertÃ di iniziativa economica e al diritto al lavoro. â••In questo senso, la posizione vantata dal ricorrente Ã¨ assimilabile a quella fatta valere dal concorrente escluso da una gara per carenza dei requisiti stabiliti dall'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016, o da chi si dolga di un diniego di porto d'armi per la ricorrenza di una delle cause ostative di cui all'art. 43 TULPS, o da chi subisca un provvedimento di repressione di un abuso edilizio ai sensi dell'art. 31 TUEd: si tratta sempre di provvedimenti ablatori di natura vincolata, rispetto ai quali non Ã¨ in discussione la giurisdizione amministrativaâ••.

5 â•• Ai fini della decisione, considera il Collegio che lâ••art. 7 del codice del processo amministrativo â•• in coerenza con le precedenti disposizioni di legge â•• afferma la sussistenza della giurisdizione amministrativa di legittimitÃ quando sono impugnati emessi nell'esercizio del potere pubblico, e dunque autoritativi, non rilevando che si tratti di un potere discrezionale o vincolato (cfr. la sentenza della Corte Costituzionale n. 127 del 1998, per la quale Ã¨ un â••postulato privo di qualsiasi fondamentoâ•• il sostenere che un atto vincolato non possa incidere su posizioni di interesse legittimo).

Oltre a questa decisiva considerazione, va rilevato che â•• per la sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 8 del 24 maggio 2008 â•• sussiste la giurisdizione amministrativa a maggior ragione quando la legge abbia attribuito all'Amministrazione un potere volto a tutelare gli interessi

pubblici.

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

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

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

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

5.3 Rilevano anche le considerazioni poste a base della sopra citata sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 8 del 2008, per la quale *anche a fronte di attività connotate dall'assenza in capo all'amministrazione di margini di discrezionalità valutativa o tecnica, quindi, occorre avere riguardo, in sede di verifica della natura della corrispondente posizione soggettiva del privato, alla finalità perseguita dalla norma primaria, per cui quando l'attività amministrativa, ancorché a carattere vincolato, tuteli in via diretta l'interesse pubblico, la situazione vantata dal privato non può che essere protetta in via mediata, cosicché assumendo consistenza di interesse legittimo*.

5.4 In conclusione, poiché è stato impugnato un atto autoritativo (poco importando quanto alla determinazione della giurisdizione che si tratti di un atto vincolato), va rilevata la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo.

6 L'appello deve essere pertanto accolto, con la conseguente restituzione del fascicolo al giudice di primo grado, ai sensi dell'art. 105 del codice del processo amministrativo.

Sussistono giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di giudizio fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) accoglie l'appello R.G. n. 2829 del 2022 e per l'effetto, in riforma della sentenza, accerta la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo sul ricorso di primo grado, con le conseguenze processuali previste dall'art. 105, comma 3, del codice del processo amministrativo.

Compensa fra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 maggio 2022 con l'intervento dei magistrati:

(*omissis*)

Campi meta

Massima :

La controversia tra un professionista sanitario e l'Ordine professionale in merito alla sospensione dall'esercizio della professione per inadempimento dell'obbligo vaccinale rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo. L'atto dell'Ordine, pur essendo vincolato, Ã" da considerarsi autoritativo in quanto incide sulla sfera giuridica del professionista, limitando il suo diritto di esercitare la professione e persegue un interesse pubblico, ovvero la tutela della salute. Pertanto, la posizione del professionista Ã" qualificabile come interesse legittimo, tutelato dinanzi al giudice amministrativo.

Supporto Alla Lettura :

DIFETTO DI GIURISDIZIONE

Disciplinato dall'art. 37 c.p.c., consiste nell'impossibilitÃ per il giudice ordinario di esplicare la propria funzione giurisdizionale, in quanto devoluta dalla legge ad altri giudici appartenenti non semplicemente ad altri uffici (altrimenti si configurerebbe difetto di competenza ex art. 38 c.p.c.) bensÃ ad altri sistemi giudiziari, come quello dei ricorsi amministrativi o ad altri poteri pubblici (es.: Pubblica Amministrazione).

In passato, tale difetto era rilevato, anche d'ufficio, in qualunque stato e grado del processo, trattando alla stregua il *difetto assoluto di giurisdizione* (quando la questione proposta di fronte al giudice Ã in realtÃ riservata al legislatore o all'amministrazione) e il *difetto relativo di giurisdizione* (che si occasiona tra diverse giurisdizioni), la nuova formulazione dell'art. 37 c.p.c. ha distinto le diverse ipotesi di difetto di giurisdizione, chiarendo, definitivamente, le facoltÃ impugnatorie riconosciute all'attore nei giudizi di impugnazione. La riforma Cartabia non sembra invece incidere in maniera nettamente innovativa sul processo amministrativo dal momento che il tenore letterale dell'art. 9 c.p.a., prevedeva giÃ che «il difetto di giurisdizione Ã rilevato in primo grado anche d'ufficio. Nei giudizi di impugnazione Ã rilevato se dedotto con specifico motivo avverso il capo della pronuncia impugnata che, in modo implicito o esplicito, ha statuito sulla giurisdizione».