

Publicato il 03/03/2022

N. 01443/2022 REG.PROV.COLL.
N. 00576/2022 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 Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 576 del 2022, proposto da

-OMISSIS-rappresentato e difeso dagli avvocati Luciana Zabatta, Alessia Pirozzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

A.S.L. Napoli 2 Nord, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Francesco Giuseppe Alfano, Antonio Auletta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Ministero della Salute, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio ex lege in Napoli, via Diaz 11;

Regione Campania, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

- del provvedimento di diniego alla “*certificazione di esenzione alla vaccinazione anti-SARS-CoV-2*”, comunicato in data 1.1.2022 a mezzo email da Casello Covid Ischia, con il quale il responsabile del centro vaccinale di Ischia ha rigettato la richiesta di certificazione di esenzione alla vaccinazione antiSARS-CoV-2;
- di ogni altro atto preordinato, connesso e consequenziale, comunque lesivo della posizione soggettiva del ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell’A.S.L. Napoli 2 Nord e del Ministero della Salute;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 22 febbraio 2022 il dott. Gianluca Di Vita e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Il ricorrente, ultracinquantenne soggetto all’obbligo vaccinale anti Sars Cov - 2 ai sensi dell’art. 4 *quater* del D.L. n. 44/2021, convertito dalla L. n. 76/2021, introdotto dal D.L. 1/2022, impugna l’atto in epigrafe (mail proveniente da Casello Covid Ischia del 1.1.2022) con cui il medico responsabile del centro vaccinale di Ischia ha rigettato la richiesta di rilascio della certificazione di esenzione.

A sostegno della richiesta l’istante allegava documentazione medica attestante patologie (sclerosi aortica, trombosi, calcolosi, gastropatia) che, secondo quanto esposto nel libello introduttivo, comproverebbero uno stato di salute incompatibile con la somministrazione del farmaco.

Affida il gravame ai profili di illegittimità di seguito rubricati: violazione degli artt. 3, 32 della Costituzione anche in relazione all'art. 3 della L. n. 241/1990; difetto di motivazione, disparità di trattamento, eccesso di potere, carenza di istruttoria, violazione della circolare del Ministero della Salute n. 35309 del 4.8.2021, violazione di legge sotto distinti profili.

Conclude con le richieste di accoglimento del gravame e di conseguente annullamento del provvedimento impugnato.

Con decreto presidenziale n. 236 del 9.2.2022 è stata rigettata la richiesta di tutela cautelare monocratica con la seguente motivazione: *“Considerato che il ricorrente contesta l'avviso espresso di cui in epigrafe, chiedendone l'annullamento, sul presupposto che l'Amministrazione resistente gli abbia denegato la richiesta esenzione dall'obbligo di vaccinazione anti-covid 19, sollecitata sulla base di plurime certificazioni mediche comprovanti uno stato di salute in tesi non compatibile con la somministrazione del vaccino; Considerata, prima facie, la dubbia riconducibilità della fattispecie all'esame tra quelle devolute alla giurisdizione dell'adito G.A., posto che il ricorrente sembra far valere, in ragione delle patologie da esso sofferte o da cui è attualmente affetto, una posizione di diritto soggettivo (sub specie di “diritto a non vaccinarsi”, integrato nel diritto fondamentale alla salute, garantito dall'art. 32 Cost. come diritto soggettivo perfetto, non suscettibile di essere degradato o affievolito a interesse legittimo mediante l'esercizio della potestà discrezionale dell'amministrazione), come tale conoscibile dall'A.G.O.; Considerato, sotto altro profilo, che l'atto impugnato sembra difficilmente qualificabile atto amministrativo, essendone quantomeno dubbia la provenienza, oggettiva e soggettiva, in ragione della peculiare modalità comunicativa utilizzata (email non certificata)”*.

Si è costituita l'A.S.L. che eccepisce il difetto di giurisdizione dell'adito Plesso, replica alle censure e chiede la reiezione della impugnazione.

Resiste in giudizio anche il Ministero della Salute.

Alla camera di consiglio del 22.2.2022 fissata per la trattazione della

domanda cautelare, il Collegio si è riservato di definire il giudizio con sentenza in forma semplificata ex artt. 60 e 74 c.p.a. sussistendo i presupposti di legge, risultando integro il contraddittorio e sufficientemente istruita la causa; infine, il giudizio veniva trattenuto in decisione.

Il ricorso è inammissibile per difetto di giurisdizione.

Occorre premettere che la giurisdizione si determina sulla base della domanda e che, ai fini del suo riparto tra giudice ordinario e giudice amministrativo, rileva non già la prospettazione delle parti, bensì il *petitum* sostanziale, il quale va identificato non solo e non tanto in funzione della concreta statuizione che si chiede al giudice, ma anche e soprattutto sulla base della *causa petendi*, ossia sui soli fatti dedotti a fondamento della pretesa fatta valere con l'atto introduttivo della lite, di cui essi sono manifestazione, e dal quale la domanda viene identificata (Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 8374/2006, n. 10243/2003, n. 32774/2018).

Come già rilevato con decreto cautelare n. 236/2022, il gravame è essenzialmente diretto ad ottenere l'accertamento del diritto del ricorrente a non vaccinarsi, in considerazione delle patologie da cui il medesimo è affetto; pertanto, nel caso specifico l'istante agisce a tutela della propria salute intesa quale diritto fondamentale ai sensi dell'art. 32 Costituzione che, nella sua componente oppositiva, non può essere compresso e, come tale, degradato dall'attività amministrativa e la cui cognizione resta devoluta al giudice ordinario.

Sotto distinto profilo, l'atto impugnato non assume la consistenza di un provvedimento amministrativo autoritativo incidente sulle posizioni soggettive del destinatario, né si palesa idoneo a costituire o a rendere attuale un obbligo che discende già dalla legge, limitandosi a dare atto della insussistenza di una fattispecie di esonero dell'obbligo vaccinale ai sensi del citato art. 4.

Infatti, secondo consolidato indirizzo della giurisprudenza costituzionale (Corte Costituzionale, n. 264/2012; n. 85/2013; n. 235/2014; n. 254/2020), alla stregua di una valutazione dei diritti fondamentali sistemica e non isolata o frazionata, l'individuazione del competente Plesso giurisdizionale non può prescindere dalla verifica in concreto del quadro normativo e delle modalità con le quali è preso in considerazione il diritto fondamentale di cui si controverte, dovendosi ritenere che, ove il legislatore abbia delineato e predefinito in modo assoluto e cogente un determinato diritto fondamentale e le modalità della sua protezione, non prevedendo alcuna mediazione da parte del potere pubblico, la giurisdizione vada senza alcun dubbio attribuita al giudice ordinario, a diverse conclusioni dovendosi per contro giungere laddove il diritto fondamentale venga considerato nella sua dimensione solidale e, per ciò stesso, richieda l'intervento del potere pubblico in modo che esso possa eventualmente bilanciarlo con altri interessi e valori parimenti fondamentali (Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 4873/2022, secondo cui *“Si è in tal modo confermato che a seconda delle modalità con le quali il legislatore prende in considerazione situazioni giuridiche fondamentali, sia ben possibile che lo stesso introduca forme di protezione che affidano al potere amministrativo la concreta determinazione e conformazione del livello di tutela del diritto fondamentale che si realizza, in un quadro pluralistico, attraverso il bilanciamento, ragionevole e proporzionato, con altri valori costituzionali, ferma ovviamente l'incomprimibilità del nucleo minimo essenziale, del nocciolo duro, del diritto stesso”*).

Per l'effetto, quel che risulta decisivo, ai fini del riparto delle giurisdizioni, è la puntuale interpretazione del quadro normativo di riferimento, per comprendere se sia stata effettivamente conferita all'amministrazione la facoltà di incidere su un diritto costituzionale, operando una mediazione tra interessi parimenti fondamentali, ovvero se la norma abbia predefinito *ex*

ante l'assetto di interessi e configurato un diritto già pienamente in grado di affermarsi senza alcuna mediazione da parte del potere amministrativo, con un correlativo obbligo in capo all'amministrazione di rispettarlo (Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 4873/2022 citata). A tale ultima ipotesi va ascritta la fattispecie di cui si controverte.

Al riguardo, occorre infatti muovere dalla disciplina normativa sull'obbligo vaccinale per gli ultracinquantenni per la prevenzione dell'infezione da Sars - Cov -2 introdotto dalla legislazione emergenziale di contrasto alla pandemia.

Tale prescrizione è contenuta nell'art. 4 *quater* del D.L. n. 44/2021, convertito dalla L. n. 76/2021, modificato dal D.L. 1/2022 secondo cui *“Dalla data di entrata in vigore della presente disposizione e fino al 15 giugno 2022, al fine di tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza, l'obbligo vaccinale per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2, di cui all'articolo 3-ter, si applica ai cittadini italiani e di altri Stati membri dell'Unione europea residenti nel territorio dello Stato, nonché ai cittadini stranieri di cui agli articoli 34 e 35 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, che abbiano compiuto il cinquantesimo anno di età, fermo restando quanto previsto dagli articoli 4, 4-bis e 4-ter”*.

L'art. 4 del D.L. 44/2021 (richiamato dal citato art. 4 *quater*) prevede, poi, che l'interessato può ottenere il differimento o l'esenzione dalla vaccinazione *“Solo in caso di accertato pericolo per la salute, in relazione a specifiche condizioni cliniche documentate, attestate dal medico 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 ...”* (comma 2).

Ai sensi della precitata previsione, l'attestazione del medico di medicina generale rappresenta dunque l'unica documentazione che l'Azienda Sanitaria ha l'onere di valutare durante l'iter di accertamento dell'esecuzione

dell'obbligo vaccinale non residuando, al di fuori del riscontro oggettivo della idoneità ed esaustività della predetta certificazione, in capo all'amministrazione, alcun potere di mediazione tra interesse pubblico e posizioni soggettive dei destinatari della prescrizione.

In altri termini, il legislatore ha attribuito al medico di medicina generale, per la particolare posizione rivestita nel contesto del Servizio Sanitario Nazionale, un compito di "filtro" delle cause di esonero, ferma la responsabilità della Azienda Sanitaria di verificare l'idoneità dell'attestazione a tale scopo rilasciata. Ciò non configura una "duplicazione" di competenze: al contatto "diretto" del medico di medicina generale con il paziente si affianca quello "secondario ed indiretto" (ovvero mediato dalla certificazione del medico di medicina generale) dell'A.S.L. che - quale soggetto responsabile dell'efficacia del piano vaccinale sul territorio - può e deve vagliare l'eshaustività e l'attendibilità della documentazione rilasciata dal curante.

Si aggiunga che la certificazione del medico di medicina generale, proprio perché costituente l'oggetto (diretto ed esclusivo) dell'attività di verifica dell'Azienda Sanitaria, deve consentire all'amministrazione di appurare la sussistenza dei presupposti dell'esonero; non è dunque sufficiente che il documento descriva genericamente un sospetto quadro patologico, ma devono essere puntualmente attestate tanto le *"specifiche condizioni cliniche documentate"* che il *"pericolo per la salute"* che dalle prime può derivare in relazione all'inoculazione del vaccino.

Dei predetti elementi costitutivi della fattispecie di esonero deve darsi espressamente atto nella certificazione all'uopo rilasciata, di talché l'attestazione delle condizioni cliniche del richiedente non consiste nella mera dichiarazione della loro esistenza *ab externo*, essendo necessario, ai fini del perfezionamento della fattispecie esoneratrice, che delle stesse sia dato

riscontro nella certificazione, unitamente al “*pericolo per la salute*” dell’interessato che il medico certificatore ritenga di ricavarne; di contro, resta ferma l’irrilevanza di qualsiasi diversa ed ulteriore documentazione sanitaria.

Ebbene, dall’esame delle richiamate disposizioni si desume l’assenza di margini di discrezionalità amministrativa in capo all’A.S.L., giacché la misura sanitaria oggetto di giudiziale contestazione risulta disciplinata con modalità fisse e predeterminate in modo da non consentirne attuazioni differenziate. L’eventuale esenzione dalla somministrazione non consegue quindi alla valutazione di comparativi interessi pubblici e privati ma discende da una valutazione “diretta” del medico di medicina generale ed “indiretta” dell’A.S.L. che costituisce espressione di discrezionalità tecnica e non amministrativa, priva di poteri autoritativi a cui possa contrapporsi un interesse legittimo del soggetto privato. Nella modalità in cui è stato declinato il precetto legislativo nessun potere residua al potere amministrativo per quanto riguarda l’attuazione, il differimento o l’esenzione dell’obbligo, risultando il diritto alla salute preso in considerazione *sub specie* di applicazione dell’obbligo vaccinale già conformato dal composito quadro normativo di riferimento.

In applicazione delle superiori coordinate ermeneutiche, conclusivamente, il ricorso in epigrafe deve essere dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo e deve essere devoluto al giudice ordinario, innanzi al quale il giudizio potrà essere riassunto entro il termine perentorio di tre mesi, decorrente dal passaggio in giudicato della presente sentenza, con conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda, in applicazione dell’art. 11, comma 2, c.p.a.;

In relazione alla peculiarità della fattispecie e alla novità delle questioni esaminate, può disporsi la compensazione delle spese processuali tra le

parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, Napoli (Sez. V), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile per difetto di giurisdizione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 22 febbraio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Maria Abbruzzese, Presidente

Gianluca Di Vita, Consigliere, Estensore

Fabio Maffei, Referendario

L'ESTENSORE
Gianluca Di Vita

IL PRESIDENTE
Maria Abbruzzese

IL SEGRETARIO

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