Pubblicato il 23/03/2022

N. 01987/2022 REG.PROV.CAU.
N. 02180/2022 REG.RIC.

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

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Quinta Bis)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 2180 del 2022, proposto da -OMISSIS-, rappresentata e difesa dall'avvocato Stefano De Bosio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Milano, via Vincenzo Monti n. 51;

contro

Ordine Nazionale dei Biologi, rappresentato e difeso dall'avvocato Luca Rubinacci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via S. Lucia, n. 15;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia del provvedimento prot. n.-OMISSIS-, con cui l'Ordine Nazionale dei Biologi accertava la violazione dell'obbligo vaccinale da parte della ricorrente con conseguente sospensione della stessa dall'esercizio della professione e relativa annotazione della sospensione sull'albo;

nonché degli atti connessi e/o conseguenziali, in particolare dell'avviso pubblicato sul sito istituzionale dell'Ordine;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Ordine Nazionale dei Biologi;

Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato, presentata in via incidentale dalla parte ricorrente;

Visto l'art. 55 cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Ritenuta la propria giurisdizione e competenza;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 18 marzo 2022 la dott.ssa Antonietta Giudice e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Considerato che con l'odierno ricorso è stato impugnato il provvedimento con cui l'Ordine Nazionale dei Biologi ha accertato l'inadempimento dell'obbligo vaccinale e ha sospeso dall'albo la ricorrente, in attuazione dell'art. 1, comma 1, lett. b), del decreto-legge n. 172/2021, convertito dalla legge n. 3/2022, che ha sostituito l'art. 4 recante disposizioni sugli "*Obblighi vaccinali per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario*" del decreto-legge n. 44/2021, convertito dalla legge n. 76/2021;

Considerato che la ricorrente, biologa iscritta al predetto Albo, asseritamente esercente la sola attività di nutrizionista libera professionista, assume di svolgere la propria attività professionale avendo raro contatto in presenza con i pazienti e di non essersi, in ragione di questa circostanza e della sua giovane età, sottoposta alla vaccinazione, in quanto "*non ha ritenuto il possibile beneficio superiore al rischio, ciò tanto più a seguito dell'ormai esclusiva diffusione di una variante di SARS-CoV-2 da un lato meno letale e dall'altro lato capace di provocare la malattia (e comunque innescare la contagiosità) anche nei vaccinati*";

Considerato che parte ricorrente deduce che l'avversato provvedimento sia affetto da illegittimità derivata dall'art. 4 del decreto-legge n. 44 del 2021 e ss. mm. ii., precisando che non contesta la legittimità costituzionale della disposizione che impedisce ai soggetti non vaccinati di esercitare professioni sanitarie, bensì la (sola) mancata limitazione di tale impedimento ai soli

soggetti che operano con contatto interpersonale "in presenza" (quale conseguenza della modificazione dell'art. 4 del d.l. 44/2021, operata dal d.l. 172/2021, il quale, nell'attuale formulazione, avendo eliminando la precedente precisazione, non limita più la prevista sospensione dall'attività lavorativa per mancato adempimento dell'obbligo vaccinale alle sole "*prestazioni o mansioni che implicano contatti interpersonali o comportano, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio da SARS-CoV-2*";

Rilevato, in particolare, che la parte contesta la legittimità costituzionale del citato art. 4, nella parte in cui introdurrebbe *"un divieto generalizzato tale da vietare anche l'attività di biologo* online*", sostenendo che "il divieto di attività professionale da remoto non solo non ha tale giustificazione, ma ha una funzione punitiva incompatibile con l'unica possibile giustificazione costituzionale della norma di legge prescrittiva di un obbligo vaccinale (lo scopo sanitario e non quello punitivo)"*; prospetta pertanto il contrasto con gli artt. 1, 2, 3, 4, 11, 24, 25, 25, 32, 33, 35, 36, 41 Cost., 6, 7, 13 CEDU, 4 Protocollo 7 CEDU, 47, 1° e 2° comma, e 49, comma 3, Carta dei diritti fondamentali della UE;

Considerato che parte attrice deduce altresì l'illegittimità della condotta tenuta dalla parte resistente che ha annotato la sospensione sull'Albo professionale senza alcuna specificazione, sospensione che in questo modo finisce per assumere significato di sanzione disciplinare in presunto dispregio del dettato normativo, a mente del quale l'atto di accertamento dell'inadempimento dell'obbligo vaccinale, cui consegue la sospensione dall'esercizio della professione, "*ha natura dichiarativa e non disciplinare*" (comma 4, ultimo periodo, dell'art. 4 ripetutamente richiamato);

Ritenuto che il ricorso, ad un primo esame proprio di questa fase, non appare assistito dal prescritto requisito di *fumus boni iuris*, tenuto conto che:

a) il provvedimento adottato dal Consiglio dell'ordine con conseguente sospensione dall'attività lavorativa è conforme alle previsioni di cui all'articolo 4 del decreto-legge n. 44 del 2021, come modificato dal decreto-legge n. 172 del 2021;

b) quanto alla censura di incostituzionalità della previsione legislativa:

- la prospettazione attorea va disattesa relativamente alla natura giuridica della misura in contestazione, di cui asserisce la natura sanzionatoria, che non è condivisibile: è sufficiente ad escludere la funzione punitiva il rilievo che, in caso di adempimento dell'obbligo vaccinale, il soggetto è riammesso, in quanto si ritiene superato il fattore impeditivo, senza ulteriori conseguenze sul piano disciplinare.

- la prospettazione attorea va altresì disattesa nella misura in cui poggia su una ricostruzione della natura giuridica dell'obbligo vaccinale in termini di "trattamento sanitario obbligatorio": si tratta, piuttosto, di un requisito che costituisce una condizione necessaria per l'esercizio in sicurezza di un'attività professionale che, altrimenti risulterebbe pericolosa, in quanto esporrebbe il paziente al rischio di contagio.

È inconferente il richiamo a principi di disparità di trattamento rispetto agli utenti dei servizi, che sono in posizione differente rispetto ai sanitari, erogatori dei servizi stessi.

In generale, anche alla luce della giurisprudenza in materia, il Collegio ritiene che la questione dell'imposizione dell'obbligo vaccinale anche per esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario che svolgono la propria attività *da remoto*, impregiudicata una più puntuale valutazione in sede di merito, appare priva dei richiesti requisiti di ammissibilità, quali:

b.1) la *non manifesta infondatezza*.

La norma censurata non sembra integrare alcuna violazione di norme costituzionali né di norme sovranazionali se si tiene conto della giurisprudenza espressa dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 5 del 18 gennaio 2018, che "*lascia spazio alla discrezionalità del legislatore nella scelta delle modalità attraverso le quali assicurare una prevenzione efficace dalle malattie infettive, potendo egli selezionare talora la tecnica della raccomandazione, talaltra quella dell'obbligo. Questa discrezionalità deve essere esercitata alla luce delle diverse condizioni sanitarie ed epidemiologiche, accertate dalle autorità preposte, e delle acquisizioni, sempre in evoluzione,*

della ricerca medica" (cfr: sent. CdS, Sez. III, nn. 7045/2021 e ord. 583/2022; DP n. 6401/21 e 6379/21; sez. III, n. 6476/21; Tar Lazio, Sez. I-quater, Ord. n. 269/2022; sez. IV, Ord. 1062/2022 e giurisprudenza ivi richiamata; sez. III quater, n. 37/2022 e 2455/2022). Alla luce di tali assunti, può ritenersi la censurata generalizzazione dell'ambito oggettivo dell'obbligo vaccinale per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario un'efficace misura di prevenzione, individuata dal legislatore nella sua discrezionalità anche alla luce dei dati empirici quali la specificità delle modalità di svolgimento delle attività professionali coinvolte e il carattere impervio e oneroso di un'eventuale azione di controllo che si prefigga di accertarne, caso per caso, l'effettivo esercizio esclusivamente "a distanza" della professione;

Per quanto riguarda le questioni relative all'efficacia e sicurezza del vaccino, nonchè alla compatibilità costituzionale dell'obbligo, alla sua conformità ai principi di ragionevolezza e proporzionalità, la Sezione aderisce alla giurisprudenza del Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045 e Cons. Stato, sez. III, 20 dicembre 2021, n. 8454), seguita anche da questo Tribunale, oltre che da altri Tribunali Amministrativi Territoriali (Tar Friuli, n. 2/2022; Tar Calabria-Catanzaro, n. 7/2022)

Non sussistono misure equivalenti: il tampone determina molti falsi negativi ed ha funzione prevalentemente diagnostica; il vaccino, invece ha anche una finalità di prevenzione della diffusione del contagio, oltre che di scongiurare il rischio dell'interessato di contrarre la malattia nelle forme più gravi (Cons.Stato, sez. III, n. 8454/2021).

Non ignora il Collegio la recente Ordinanza del CGA n. 351/2022, che nel rimettere alla Corte Costituzionale la questione affronta la legittimità della norma in parola sotto profili diversi.

La medesima ordinanza, infatti, riconosce che gli eventuali effetti avversi *gravi* incidono in una percentuale assolutamente minima sulla coorte dei vaccinati (*17,6 eventi gravi ogni 100.000 dosi somministrate).*

Proprio in considerazione di tale limitata incidenza numerica a fronte dell'imponente quantità di dosi somministrate, pari a 108.530.987, in favore di una platea variegata e trasversale di soggetti (dati questi ultimi che differenziano il vaccino anti-COVID-19 dai vaccini tradizionali e che possono concorrere a spiegare la diversa incidenza degli effetti avversi evidenziata dal CGA), la Sezione ritiene di non discostarsi dall'orientamento giurisprudenziale sopra richiamato, osservando che, in un'ottica di bilanciamento rischi/benefici, a fronte dell'improbabile evenienza di subire un effetto avverso grave, chi non si vaccina incorre nella probabilità assai superiore di contrarre il virus nelle forme gravi, le cui conseguenze a lungo termine (cd. *long covid)* sono assai meno prevedibili rispetto a quelle di un vaccino ormai già sperimentato anche prima della pandemia, in settori diversi della medicina.

Va altresì considerato che la possibilità di effetti avversi è stata preventivamente valutata dallo stesso legislatore, che, operando un bilanciamento tra i contrapposti interessi, ha previsto, a tutela del diritto alla salute del professionista sanitario, la possibilità di esonero dall'obbligo vaccinale in caso di effettivo, documentato ed accertato pericolo in presenza di specifiche condizioni cliniche (sulle opportunità in caso di rischi per la salute, vedi Consiglio di Stato ord. n. 6790 del 22/12/2021);

In tale prospettiva, conclusivamente, la Sezione ritiene di non doversi discostare dalla giurisprudenza in materia che ha fino ad oggi ritenuto legittima la sospensione dal servizio del sanitario non sottopostosi al vaccino per il Covid-19 anche con riguardo alla ragionevolezza della previsione legislativa della misura della sospensione dall'esercizio della professione e del sotteso bilanciamento tra gli interessi costituzionalmente rilevanti, in quanto legati a diritti fondamentali, dovendosi ritenere assolutamente prevalente la tutela della salute pubblica e, in particolare, la salvaguardia delle categorie più fragili e dei soggetti più vulnerabili che di frequente entrano a contatto con il personale sanitario o sociosanitario, nei confronti dei quali è stato richiamato

il vincolo di solidarietà consacrato dall'art. 2 Cost, oltre che, per quanto riguarda la specifica relazione medico/paziente, dal giuramento di Ippocrate e dalle deontologia professionale (che impone di scongiurare l'esito paradossale di un contagio veicolato dagli stessi soggetti chiamati alle funzioni di cura ed assistenza)

b.2) la *rilevanza* della questione nel caso di specie.

anche ove, potesse ritenersi condivisibile la prospettazione della parte ricorrente in merito all'incostituzionalità dell'art. 4 del decreto-legge n. 44/2021 ss.mm.ii. nella parte in cui non esclude dall'obbligo vaccinale i soggetti che svolgono le prestazioni professionali esclusivamente in modalità "*online*", alla ricorrente la norma, eventualmente emendata dal vizio dedotto, non potrebbe comunque dirsi applicabile, in quanto, da un lato, la parte non ha fornito la prova dell'assenza assoluta di contatti con i clienti (invero, nel ricorso - pag. 1, punto F.2 - sembra emergere il contrario e nella memoria si rinvia alla pagina internet relativa alla professione della ricorrente, in cui, a differenza di quanto rappresentato nello stesso atto di parte, nella sezione "contatti" è possibile rinvenire, oltre al recapito telefonico, anche l'indirizzo dello studio con le relative indicazioni stradali e gli orari di apertura); dall'altro, l'attività professionale di biologa nutrizionista non si presta ad un esercizio che possa prescindere del tutto dal contatto con i pazienti, senza che ciò si traduca in una grave violazione delle c.d. *leges artis* ovvero nell'omissione di imprescindibili adempimenti e controlli per l'individuazione del piano terapeutico e nutrizionale più adeguato (tale aspetto peraltro assume ancor più rilevanza alla luce della recente iscrizione all'albo professionale dei biologi, -OMISSIS-, della ricorrente, la cui attività professionale si trova in una fase di avviamento, caratterizzata dall'esigenza di incontrare e conoscere nuovi pazienti); anzi, come chiarito dalla resistente, l'esercizio con tale modalità sarebbe persino sanzionabile in quanto potenzialmente pericoloso per i pazienti.

Infine, come emerso nel corso dell'approfondita discussione nella Camera di Consiglio per la trattazione dell'istanza cautelare, non esiste la specializzazione di "nutrizionista", la professione di biologo può essere esercitata mediante lo svolgimento di diverse attività, la maggior parte delle quali si svolge a diretto contatto con il pubblico o con altro personale della struttura in cui il biologo sia chiamato ad operare, per cui non vi è alcun modo di verificare che l'iscritto - nei casi in cui astrattamente possa ipotizzarsi un'attività in solitario- non svolga anche quelle "in presenza";

Ritenuto, quanto al *periculum in mora*, che la richiesta tutela interinale a vantaggio dell'interesse individuale della ricorrente all'esercizio dell'attività professionale confligge con il contrapposto interesse collettivo alla salute pubblica da ritenersi prioritario, tenuto conto del bilanciamento rischi/benefici compiuto a monte dal legislatore ai fini del contenimento del contagio da SARS-CoV-2, la cui diffusione lede il fondamentale diritto alla salute, individuale e collettiva, e consente pertanto di imporre l'adozione di misure restrittive di diritti altrettanto fondamentali ma da considerarsi recessivi rispetto al primo;

Rilevato, dunque, che l'istanza di misure cautelari è sorretta da un *periculum* che attiene alla posizione del singolo che, anche in ragione dei comportamenti emulativi che potrebbe incoraggiare, finirebbe per esporre al rischio di un danno, a dimensione collettiva, più grave ed irreparabile, che coincide con quello che l'intervento legislativo censurato si prefigge di contenere sulla base di comprovati dati empirici e di solide evidenze scientifiche (il legislatore ha esplicitamente giustificato l'obbligo vaccinale nei confronti degli esercenti le professioni sanitarie e degli operatori di interesse sanitario, l'articolo 1, comma 1, lettera b), del decreto-legge n. 172/2021, in ragione della "*constatazione che la vaccinazione di tali categorie di lavoratori, unitamente alle altre misure di protezione collettiva e individuale per la prevenzione della trasmissione degli agenti infettivi nelle strutture sanitarie e negli studi professionali, ha valenza multipla: consente di salvaguardare l'operatore rispetto al rischio infettivo professionale, contribuisce a*

proteggere i pazienti dal contagio in ambiente assistenziale e serve a difendere l'operatività dei servizi sanitari, garantendo la qualità delle prestazioni erogate, e contribuisce a perseguire gli obiettivi di sanità pubblica", nella Relazione all'AS 2463, Disegno di legge di conversione in legge del decreto-legge 26 novembre 2021, n. 172, recante *misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19 e per lo svolgimento in sicurezza delle attività economiche e sociali*);

Rilevato, sulla scorta di quanto rappresentato, che il pregiudizio economico paventato appare recessivo rispetto alla gravità e alla irreparabilità del pregiudizio collettivo che il legislatore ha inteso arginare con la propria scelta; peraltro il *periculum in mora* è prospettato dalla parte ricorrente tenendo conto solo dell'interesse di natura economico-professionale, senza considerare l'interesse alla salute della stessa parte ricorrente che si espone, in caso di mancata vaccinazione, al ricordato rischio di contrarre la malattia in forma grave e subire, anche in caso di guarigione, le conseguenze negative del *long covid* a carico di organi vitali, rispetto alla remotissima possibilità di effetti avversi gravi da vaccinazione;

Rilevato, altresì, che, anche per quanto riguarda la prospettata irreparabilità del danno meramente economico-professionale, che la mancata vaccinazione di una parte sufficientemente numerosa della popolazione, comporta il prolungamento o la riacutizzazione della diffusione del contagio, che potrebbe comportate pregiudizi anche per l'economia nazionale e la crescita e lo sviluppo del Paese - il cui tessuto economico e sociale è già fortemente compromesso dagli effetti pregiudizievoli dell'inatteso e prolungato periodo pandemico – con necessità di intervenire con ulteriori gravi misure economico-finanziarie, per cui la stessa parte ricorrente subirebbe un calo delle prestazioni professionali;

Ritenuto, infine, quanto all'annotazione della sospensione dall'albo *sic et simpliciter*, che, da un lato la mancata specificazione dell'inadempimento dell'obbligo vaccinale è in linea con il DPCM 17 dicembre 2021, attuativo del decreto-legge n. 172/2021, e con le indicazioni fornite dal Garante per la

protezione dei dati personali, con provvedimento del 13 dicembre 2021; dall'altro, il danno che potrebbe derivare dall'esplicitazione del motivo della sospensione non è escluso che possa assumere dimensioni più gravi e pregiudizievoli, sul piano della reputazione professionale di un soggetto esercente attività di interesse sanitario, rispetto a quello oggetto di doglianza;

Ritenuto, per le ragioni appena illustrate, di dover rigettare la domanda cautelare avanzata dalla ricorrente;

Rinviata la valutazione delle eccezioni in rito sollevate da parte convenuta, che saranno oggetto di approfondimento nella sede di merito;

Ritenuto che sussistono giusti motivi per disporre la compensazione delle spese della presente fase di lite, in ragione della particolare natura della controversia;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Quinta Bis) respinge la richiesta di misure cautelari.

Spese compensate.

La presente ordinanza sarà eseguita dall'Amministrazione ed è depositata presso la segreteria del Tribunale che provvederà a darne comunicazione alle parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 marzo 2022 con l'intervento dei magistrati:

Floriana Rizzetto, Presidente

Alessandro Tomassetti, Consigliere

Antonietta Giudice, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Antonietta Giudice

IL PRESIDENTE
Floriana Rizzetto

IL SEGRETARIO

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