

TAR Emilia Romagna ord. n. 575/2021 – Tutela della salute pubblica - Ordinanza sul ricorso numero di registro generale 781 del 2021, proposto da -OMISSIS-, rappresentato e difeso dagli avv.ti U. Lenzi e G. Piccinni, con domicilio digitale corrispondente alla PEC indicata negli scritti difensivi, e domicilio fisico eletto presso il loro studio in Bologna, Via Leopardi n. 6; contro Azienda USL di Bologna, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti A. Cecutta e K. Monti, con domicilio digitale corrispondente alla PEC indicata negli scritti difensivi, e domicilio fisico eletto presso la sede dell'Ente in Bologna, Via Castiglione n. 29; Ordine dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri della Provincia di Bologna, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv.to A. Santoli, con domicilio digitale corrispondente alla PEC indicata negli scritti difensivi, e domicilio fisico ex lege presso la Segreteria della Sezione in Bologna, Via D'Azeglio n. 54; per l'annullamento previa sospensione dell'efficacia,

- DELL'ATTO DI ACCERTAMENTO DELL'INOTTEMPERANZA DELL'OBBLIGO VACCINALE, EMESSE DALL'AUSL DI BOLOGNA E COMUNICATO IL 23/9/2021; - DELLA PRESA D'ATTO DELLA SOSPENSIONE DA PARTE DELL'ORDINE PROVINCIALE DEI MEDICI CHIRURGHI E ODONTOIATRI DI BOLOGNA; - DI OGNI ALTRO ATTO PRESUPPOSTO, CONNESSO E CONSEGUENZIALE.

Visti il ricorso e i relativi allegati; Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Usl di Bologna e dell'Ordine dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri della Provincia di Bologna;

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 2 dicembre 2021 il dott. S. Tenca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Considerato, ad un sommario esame: - che, in punto di giurisdizione, va richiamata la pronuncia resa da T.A.R. Lazio Roma, sez. III-quater – 10/11/2021 n. 11543, secondo la quale il D.L. 44/2021 contempla 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 del T.A.R.); - che, seppure i passaggi sono rigidamente predeterminati, nell'iter procedimentale ex art. 4 del D.L. 44/2021 si rinviene l'esercizio di un potere di discrezionalità tecnica (ad esempio, nella valutazione della rilevanza delle "specifiche condizioni cliniche documentate, attestate dal medico di medicina generale" ai fini dell'omissione o del differimento della vaccinazione); - che, peraltro, "anche a fronte di attività connotate dall'assenza in capo all'amministrazione di margini di discrezionalità valutativa o tecnica, quindi, occorre avere riguardo, in sede di verifica della natura della corrispondente posizione soggettiva del privato, alla finalità perseguita dalla norma primaria, per cui quando l'attività amministrativa, ancorché a carattere vincolato, tuteli in via diretta l'interesse pubblico, la situazione vantata dal privato non può che essere protetta in via mediata, così assumendo consistenza di interesse legittimo" (T.A.R. Friuli Venezia Giulia – 10/9/2021 n. 261, che richiama l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 24/5/2007 n. 8); Evidenziato: - che, nel merito, il Collegio richiama e si allinea alle ampie riflessioni sviluppate

– sui profili di ordine scientifico e giuridico – dalla sentenza del Consiglio di Stato, sez. III – 20/10/2021 n. 7045 (paragrafi da 24 a 34 della pronuncia); - che il carattere condizionato dell'autorizzazione rilasciata per i 4 prodotti utilizzati nella campagna vaccinale “non incide sui profili di sicurezza del farmaco (nel sito dell'ISS, che richiama a sua volta quello dell'EMA, si ricorda "una autorizzazione condizionata garantisce che il vaccino approvato soddisfi i rigorosi criteri Ue di sicurezza, efficacia e qualità, e che sia prodotto e controllato in stabilimenti approvati e certificati in linea con gli standard farmaceutici compatibili con una commercializzazione su larga scala") né comporta che la stessa debba essere considerata un minus dal punto di vista del valore giuridico, ma impone unicamente al titolare di "completare gli studi in corso o a condurre nuovi studi al fine di confermare che il rapporto rischio/beneficio è favorevole” (par. 26.4). - che “la Conditional Marketing authorisation è uno strumento collaudato e utilizzato già diverse volte prima dell'emergenza pandemica, come attesta il report disponibile sul sito istituzionale dell'EMA, relativo ai primi dieci anni di utilizzo della procedura, se si tiene presente che nel periodo di riferimento analizzato dal report - tra il 2006 e il 2016 - sono state concesse ben 30 autorizzazioni in forma condizionata, specialmente in ambito oncologico, nessuna delle quali successivamente ritirata per motivi di sicurezza, in quanto undici sono state convertite in autorizzazioni ordinarie, due ritirate per ragioni commerciali e le restanti diciassette sono rimaste ancora ad oggi autorizzazioni condizionate, essendo in corso il completamento dei dati” (par. 26.5); - che è emerso “sulla base non solo degli studi - trials - condotti in fase di sperimentazione, ma anche dell'evidenza dei dati ormai imponenti acquisiti successivamente all'avvio della campagna vaccinale ed oggetto di costante aggiornamento e studio in sede di monitoraggio, che - contrariamente a quanto sostengono gli appellanti - la profilassi vaccinale è efficace nell'evitare non solo la malattia, per lo più totalmente o, comunque, nelle sue forme più gravi, ma anche il contagio” (par. 27.8); - che “le risultanze statistiche evidenziano dunque l'esistenza di un bilanciamento rischi/benefici assolutamente accettabile e i danni conseguenti alla somministrazione del vaccino per il SARS-CoV-2 devono ritenersi, considerata l'estrema rarità del verificarsi di eventi gravi e correlabili, rispondenti ad un criterio di normalità statistica” (par. 29.1, dopo aver richiamato il rapporto AIFA pubblicato il 12/10/2021 sui dati aggiornati al 26/9/2021 ricavati dalla somministrazione di 84.010.605 dosi di vaccino in Italia, con 17 eventi gravi ogni 100.000 dosi somministrate, per i quali solo il 43% sono risultati correlabili alla vaccinazione); - che i decessi in Italia a causa del Covid-19 sono stati 133.931 (dati del sito internet del Ministero della Salute alla data odierna); Dato atto: - che la pronuncia ha sottolineato che “In fase emergenziale, di fronte al bisogno pressante, drammatico, indifferibile di tutelare la salute pubblica contro il dilagare del contagio, il principio di precauzione, che trova applicazione anche in ambito sanitario, opera in modo inverso rispetto all'ordinario e, per così dire, controintuitivo, perché richiede al decisore pubblico di consentire o, addirittura, imporre l'utilizzo di terapie che, pur sulla base di dati non completi (come è nella procedura di autorizzazione condizionata, che però ha seguito - va ribadito - tutte le quattro fasi della sperimentazione richieste dalla procedura di autorizzazione), assicurino più benefici che rischi, in quanto il potenziale rischio di un evento avverso per un singolo individuo, con l'utilizzo di quel farmaco, è di gran lunga inferiore del reale nocimento per una intera società, senza l'utilizzo di quel farmaco”, mentre “Il margine di incertezza dovuto al c.d. ignoto irriducibile che la legge deve fronteggiare in un'emergenza pandemica tanto grave, per tutte le ragioni esposte, non può dunque giustificare, né sul piano scientifico né sul piano giuridico, il fenomeno della esitazione vaccinale, ben noto anche all'Organizzazione Mondiale della Sanità, proprio nei medici e nel personale sanitario” (par. 30.7 e 31); - che ha osservato che “La Corte costituzionale, nella sua

giurisprudenza (v., tra tutte, proprio la sentenza n. 5 del 18 gennaio 2018, ma anche la sentenza n. 258 del 23 giugno 1994, già richiamata, e la sentenza n. 307 del 22 giugno 1990), ha precisato che la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 Cost.: se il trattamento è diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri; se si prevede che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che è obbligato, salvo che per quelle sole conseguenze che appaiano normali e, pertanto, tollerabili; e se, nell'ipotesi di danno ulteriore, sia prevista comunque la corresponsione di una equa indennità in favore del danneggiato, e ciò a prescindere dalla parallela tutela risarcitoria" (par. 32.4); - che ha rilevato come la Corte europea dei diritti dell'uomo, nella recente e significativa sentenza omissis altri c. Repubblica Ceca dell' 8 aprile 2021 emessa dalla Grande Camera in ric. n. 47621/13, n. 3867/14, n. 73094/14, n. 19306/15, n. 19298/15 e n. 43883/1, abbia "ritenuto che le nove vaccinazioni obbligatorie introdotte nella Repubblica Ceca - in quel caso a tutela dei minori- possono costituire, ai sensi dell'art. 8 della CEDU, una legittima interferenza nel diritto al rispetto della vita privata quando vi sia una base legale, uno scopo legittimo ed esse siano necessarie in una società democratica per garantire, tra l'altro, il principio di solidarietà, che consiste nell'esigenza di proteggere tutti i membri della società e, in particolare, quelli che sono più vulnerabili, a tutela dei quali si chiede al resto della popolazione di assumersi un "minimo rischio" sotto forma di vaccinazione (v., in particolare, 279 e 306 della sentenza)" (par. 37.1) e che "La Corte afferma che l'ingerenza nella vita privata, che l'obbligo vaccinale sicuramente realizza, può giustificarsi ove - oltre ad essere previsto per legge - persegua un obiettivo legittimo ai sensi della Convenzione, senz'altro rinvenibile nella protezione della salute collettiva e in particolare di quella di chi si trovi in stato di particolare vulnerabilità (272)"; - che "come pure questo Collegio ha già chiarito sopra in conformità all'orientamento della Corte costituzionale nella sentenza n. 5 del 18 gennaio 2018, la raccomandazione, per la sua spinta "gentile", accompagna e favorisce lo sviluppo dell'autodeterminazione, benché anche questa spinta incida anch'essa in profondità sul processo formativo del volere nel consenso informato, senza la costrizione e l'extrema ratio dell'obbligo, aumenta la fiducia dei cittadini nella scienza e nell'intervento pubblico, ma - come pure ha notato la Corte - in ambito medico dalla raccomandazione all'obbligo il passo è breve, sicché non è precluso perciò al legislatore, per assicurare la maggior copertura vaccinale possibile, in vista della c.d. immunità di gregge, e arginare la diffusione del contagio e l'aumento incontrollabile e irrimediabile di malati e morti, soprattutto tra i soggetti più fragili, ove il convincimento anche insistito e modulato nelle più varie forme non sia sufficiente ad assicurare questa copertura, impone lo strumento dell'obbligo, se particolari esigenze e particolari contingenze, la cui durata nel tempo deve essere oggetto comunque di monitoraggio costante per adattare la legislazione al divenire degli eventi, rendano inevitabile, e improcrastinabile, il ricorso all'azione autoritativa a fronte di una emergenza epidemiologica in corso e al cospetto di una irrazionale, ingiustificabile, diffusa sfiducia e, dunque, in un contesto di crescente esitazione vaccinale" (par. 37.8); - che le suesposte riflessioni sono state condivise da T.A.R. Puglia Lecce, sez. II – 19/11/2021 n. 1685, che ha rilevato come "Nel bilanciamento tra i due valori, quello dell'autodeterminazione individuale e quello della tutela della salute pubblica, compiuto dal legislatore con la previsione dell'obbligo vaccinale nei confronti del solo personale sanitario, non vi è dunque legittimo spazio né diritto di cittadinanza in questa fase di emergenza contro il virus Sars-CoV 2 per la c.d. esitazione vaccinale" (C.d.S., III, 20.10.2021, n. 7045)"; - che, sulle questioni trattate, si è pronunciato nello stesso senso T.A.R. Friuli Venezia Giulia – 10/11/2021 n. 333; Rilevato: - che il certificato di esenzione

(privo di data) proviene da un medico di base scelto dal ricorrente con decorrenza 24/9/2021 (doc. 8 ASL), il giorno successivo all'emissione del provvedimento contestato in questa sede; - che, pertanto, all'autorità sanitaria non può essere imputata la mancata conoscenza di un'esenzione accordata ex post; - che detta circostanza è tuttavia contestata dal dott. - OMISSIS-, mediante produzione di uno screen shot che comproverebbe la datazione al 17/9/2021 (con emissione proveniente dal medico nel ruolo di vaccinatore); - che la certificazione prodotta è valida limitatamente a "servizi e attività" di cui all'art. 3 comma 1 del D.L. 105/2021 conv. in L. 126/2021, e certamente non può abilitare all'esercizio della professione medico-sanitaria che rientra nel raggio di applicazione del D.L. 44/2021 conv. in L. 76/2021; - che le violazioni procedurali rivestono rilevanza meramente formale, e sono insuscettibili di ripercuotersi sulla legittimità dell'iter intrapreso; - che, peraltro, i 5 giorni indicati sono un termine meramente sollecitatorio, cosicché l'abbreviazione non ha leso alcun interesse apprezzabile in capo al ricorrente, tenuto conto dell'ampio lasso temporale decorso prima di giungere all'atto finale (4 mesi); - che, quanto agli invocati approfondimenti ed esami specialistici, l'autorità sanitaria ha addotto che non rientrano nei casi tassativi di esenzione dal vaccino ex art. 4 comma 2 del suddetto D.L. ossia "accertato pericolo per la salute, in relazione a specifiche condizioni cliniche documentate"; - che, a proposito di soluzioni alternative invocate dagli interessati, il Consiglio di Stato ha chiarito che l'esercizio del diritto all'autodeterminazione non può "comportare un pericoloso soggettivismo curativo o un relativismo terapeutico nel quale è "cura" tutto ciò che il singolo malato vuole o crede, perché nell'alleanza terapeutica è e resta fondamentale l'insostituibile ruolo del medico nel selezionare e nell'attuare le opzioni curative scientificamente valide e necessarie al caso" (Consiglio di Stato, sez. III – 2/9/2014 n. 4460); - che l'eccezione di difetto di legittimazione passiva dell'Ordine intimato potrà essere vagliata in sede di trattazione del merito della lite; P.Q.M. Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Seconda) respinge la domanda cautelare. Condanna parte ricorrente a corrispondere all'AUSL resistente la spese della presente fase, che si liquidano in 1.500 € oltre a oneri di legge. Condanna parte ricorrente a corrispondere a all'Ordine dei Medici resistente la spese della presente fase, che si liquidano in 1.000 € oltre a oneri di legge. La presente ordinanza è depositata in forma telematica e la Segreteria del Tribunale provvederà a darne comunicazione alle parti. 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 Bologna nella camera di consiglio del giorno 2 dicembre 2021.