



CONFINDUSTRIA

**Rassegna giurisprudenza
n. 1-2/2023**



Sommario

1. La Corte costituzionale torna sui principi fondamentali in materia di “governo del territorio” e “protezione civile”	2
2. Tre sentenze della Corte costituzionale in materia di obbligo vaccinale.....	7
3. Sul sistema dell’accreditamento relativo ai servizi sanitari e/o sociali.....	12

1. La Corte costituzionale torna sui principi fondamentali in materia di “governo del territorio” e “protezione civile”

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 264 del 2022, torna sulla norma della Regione Umbria nella parte in cui “stabilisce che sono i Comuni, anziché l’ufficio tecnico regionale competente, a rendere il parere sugli strumenti urbanistici generali e attuativi dei Comuni siti in zone sismiche”. Come già aveva avuto modo di stabilire nel 2018, la Corte stabilisce che la norma è costituzionalmente illegittima, per violazione dei criteri di riparto della competenza legislativa tra Stato e Regioni.

Fatto

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 264 del 2022, si è espressa nel giudizio di legittimità costituzionale dell’art. 24, comma 9, della legge della Regione Umbria 22 febbraio 2005, n. 11 (Norme in materia di governo del territorio: pianificazione urbanistica comunale), promosso dal Consiglio di Stato.

Il Consiglio di Stato, in particolare, dubita della legittimità costituzionale dell’art. 24, comma 9, della legge della Regione Umbria 22 febbraio 2005, n. 11 (Norme in materia di governo del territorio: pianificazione urbanistica comunale), nel testo in vigore anteriormente all’abrogazione disposta dall’art. 271, comma 1, lettera p), della legge della Regione Umbria 21 gennaio 2015, n. 1 (Testo unico governo del territorio e materie correlate), nella parte in cui “stabilisce che sono i Comuni, anziché l’ufficio tecnico regionale competente, a rendere il parere sugli strumenti urbanistici generali e attuativi dei Comuni siti in zone sismiche”.

La norma regionale censurata – secondo il Consiglio di Stato – violerebbe l’art. 117, terzo comma, della Costituzione, ponendosi in contrasto con la previsione dell’art. 89 del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, recante “Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia (Testo A)”, da ritenere espressiva di un principio fondamentale nelle materie “governo del territorio” e “protezione civile”, in base alla quale il parere sugli strumenti urbanistici generali dei comuni siti in zone sismiche o in abitati da consolidare deve essere richiesto al “competente ufficio tecnico regionale”.

Vi sono state due sentenze del TAR per l’Umbria (n. 750 e n. 751 del 2016). Con quest’ultima, in particolare, il TAR ha respinto il ricorso con cui era stato chiesto l’annullamento di due concessioni edilizie in sanatoria, concernenti un complesso edilizio adibito a struttura ricettiva in località Piediluco (nel Comune di Terni), entrambe del 3 agosto 2011 – relative, rispettivamente, a interventi di tamponatura e di ampliamento anche in sopraelevazione e alla realizzazione di un locale ad uso sala ristorante – e di tutti gli atti preparatori dei procedimenti che avevano portato al rilascio di esse.

Con la sentenza n. 750 del 2016 il TAR Umbria aveva respinto, invece, il ricorso proposto per ottenere l’annullamento: a) del “piano attuativo di iniziativa privata per la trasformazione”

del complesso edilizio in Piediluco; b) del parere di compatibilità paesaggistica accordato dalla Soprintendenza delle Belle arti e paesaggio dell'Umbria; c) del parere di non assoggettabilità alla procedura di valutazione di incidenza (VINCA), accordato dalla Regione Umbria; d) del parere di compatibilità idrogeologica, idraulica e sismica, espresso dalla Giunta comunale; e) del parere reso dalla Commissione comunale per la qualità architettonica e del paesaggio.

Tali atti sono stati contestati per violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere, deducendo vizi tanto procedurali, quanto sostanziali.

Il Consiglio di Stato respinge l'appello sulla sentenza del TAR Umbria n. 751 del 2017.

Con riguardo all'appello della sentenza del TAR Umbria n. 750 del 2016, nel quale è sorto l'incidente di costituzionalità, il Consiglio di Stato decide, invece, l'impugnazione limitatamente ai gravami riguardanti il difetto di VAS e di VINCA, i quali vengono dichiarati non fondati. Per la definizione delle censure rivolte a quella parte della decisione che ha riconosciuto la competenza del comune a rendere parere sismico, il Consiglio di Stato ritiene necessaria la rimessione alla Corte costituzionale della questione di legittimità costituzionale dell'art. 24, comma 9, della legge reg. Umbria n. 11 del 2005.

Tale disposizione, nel prevedere che il comune, in sede di adozione del piano attuativo, esprime parere ai fini dell'articolo 89 del D.P.R. n. 380/2001 ed ai fini idrogeologici e idraulici, sentito il parere della commissione comunale per la qualità architettonica ed il paesaggio, attribuirebbe al comune la competenza di esprimere il parere ai fini idrogeologici e idraulici, che l'art. 89 t.u. edilizia riserva, invece, all'organo tecnico regionale.

Secondo il Consiglio di Stato, l'art. 24, comma 9, della legge reg. Umbria n. 11 del 2005, così disponendo, si porrebbe in contrasto con l'art. 117, terzo comma, Cost., poiché violerebbe i principi fondamentali in materia di "governo del territorio" e "protezione civile", espressi dal citato art. 89.

La decisione della Corte

La Corte costituzionale ritiene necessario ricostruire brevemente il panorama normativo in cui si colloca la questione di legittimità costituzionale.

La legge reg. Umbria n. 11 del 2005, nel regolare la pianificazione urbanistica comunale, recava una disciplina derogatoria del disposto dell'art. 89 del d.P.R. n. 380 del 2001, in forza del quale tutti i comuni siti in zone sismiche o comprendenti abitati da consolidare devono richiedere il parere del competente ufficio tecnico regionale sugli strumenti urbanistici generali e particolareggiati prima della delibera di adozione nonché sulle lottizzazioni convenzionate prima della delibera di approvazione, e loro varianti ai fini della verifica della compatibilità delle rispettive previsioni con le condizioni geomorfologiche del territorio.

La legge regionale demandava, per converso, agli stessi comuni l'espressione del parere in questione, sia in rapporto agli strumenti urbanistici generali, sia in relazione ai piani attuativi.

Quanto ai primi, l'art. 13, comma 9, della legge reg. Umbria n. 11 del 2005 prevedeva, infatti, che il parere di cui all'art. 89 del d.P.R. n. 380 del 2001 in merito alle previsioni del PRG, parte strutturale, fosse espresso – al pari di quello in materia idraulica e idrogeologica – dal comune in sede di adozione, tenuto conto degli elaborati del PRG relativi alle indagini geologiche, idrogeologiche e idrauliche, nonché agli studi di microzonazione sismica effettuati nei casi e con le modalità previste dalle normative vigenti.

Una disposizione simile era contenuta nell'art. 24, comma 9, della stessa legge regionale – oggetto della questione di legittimità costituzionale – con riguardo ai piani attuativi. Qui si stabiliva, in particolare, che il comune, in sede di adozione del piano attuativo e tenuto conto della relazione geologica, idrogeologica e geotecnica, relativa alle aree interessate, nonché degli studi di microzonazione sismica di dettaglio nei casi previsti dalle normative vigenti, esprime parere ai fini dell'articolo 89 del D.P.R. n. 380/2001 ed ai fini idrogeologici e idraulici, sentito il parere della commissione comunale per la qualità architettonica ed il paesaggio.

Le due disposizioni sono state espressamente abrogate – unitamente all'intera legge reg. Umbria n. 11 del 2005 – dall'art. 271, comma 1, lettera p), della legge reg. Umbria n. 1 del 2015, recante il testo unico governo del territorio e materie correlate.

Il contenuto delle disposizioni abrogate è stato peraltro trasfuso, rispettivamente, negli artt. 28, comma 10, e 56, comma 3, della stessa legge reg. n. 1 del 2015.

La prima di tali nuove disposizioni – sulla falsariga dell'abrogato art. 13, comma 9, della legge reg. Umbria n. 11 del 2005 – ribadiva, infatti, che il parere di cui all'art. 89 del d.P.R. n. 380 del 2001, sulla verifica di compatibilità delle previsioni del PRG, parte strutturale, con le condizioni geomorfologiche del territorio, nonché quello in materia idraulica e idrogeologica, in merito alle stesse previsioni del PRG, sono espressi dal comune in sede di adozione dello stesso piano regolatore generale.

Rispetto, poi, alla pianificazione attuativa, l'art. 56, comma 3, della legge reg. Umbria n. 1 del 2015 – ponendosi sulla scia dell'art. 24, comma 9, della legge reg. Umbria n. 11 del 2005 – prevedeva che lo sportello unico per le attività produttive e per l'edilizia (SUAPE) acquisisse direttamente, ove essi non fossero già stati allegati dal richiedente il piano attuativo, gli altri pareri, assensi, autorizzazioni e nulla-osta comunque denominati, nonché i pareri che debbono essere resi dagli uffici comunali, necessari ai fini dell'approvazione del piano attuativo compreso il parere in materia sismica, idraulica ed idrogeologica.

A seguito di impugnazione del Presidente del Consiglio dei ministri, con la sentenza n. 68 del 2018, la Corte costituzionale ha dichiarato, peraltro, costituzionalmente illegittimi i citati artt. 28, comma 10, e 56, comma 3, della legge reg. Umbria n. 1 del 2015, proprio nella parte in cui stabilivano che fossero i comuni, anziché l'ufficio tecnico regionale competente, a rendere il parere sugli strumenti urbanistici generali ed attuativi dei comuni siti in zone sismiche.

La Corte ha ritenuto che le norme regionali impugnate violassero l'art. 117, terzo comma, Cost., in ragione del loro contrasto con l'art. 89 t.u. edilizia, che, nel demandare il parere in

questione all'ufficio tecnico regionale competente, esprimeva un principio fondamentale in materia non solo di "governo del territorio", ma anche di "protezione civile", in quanto volto ad assicurare la tutela dell'incolumità pubblica.

Ad avviso del Consiglio di Stato, la questione sollevata deve ritenersi rilevante nel giudizio a quo, avente ad oggetto la richiesta di annullamento di un piano attuativo ad iniziativa privata, adottato dal Comune di Piediluco nel maggio 2014 e approvato il successivo 1° aprile 2015: richiesta di annullamento basata anche sull'assenza del parere dell'ufficio tecnico regionale in materia sismica (essendo stato tale parere reso, in sua vece, dal Comune ai sensi dell'art. 24, comma 9, della legge reg. Umbria n. 11 del 2005).

Il Consiglio di Stato osserva, anzitutto, che il censurato art. 24, comma 9, malgrado la sua abrogazione, deve reputarsi ancora applicabile nel giudizio principale. La disposizione è stata, infatti, abrogata dall'art. 271, comma 1, lettera p), della legge reg. Umbria n. 1 del 2015 a decorrere dalla data di entrata in vigore di quest'ultima legge (29 gennaio 2015). In forza del principio *tempus regit actum*, valevole nei giudizi aventi ad oggetto atti amministrativi, la norma denunciata continua, pertanto, a regolare il parere in materia sismica reso nel procedimento urbanistico di cui si discute, in quanto espresso in data anteriore a quella dell'abrogazione (7 maggio 2014). Di conseguenza, solo ove la norma regionale fosse rimossa sarebbe possibile accogliere il motivo di appello, inteso a far valere l'incompetenza del comune ad esprimere, in sede di adozione del piano attuativo, il parere di cui all'art. 89 del d.P.R. n. 380 del 2001.

Il Consiglio di Stato esclude, per altro verso, che la norma censurata possa considerarsi "travolta" dalla declaratoria di illegittimità costituzionale pronunciata con la sentenza n. 68 del 2018, avente ad oggetto una norma di uguale contenuto: norma che il rimettente individua nell'art. 28, comma 10, della legge reg. Umbria n. 1 del 2015, ma che va più esattamente identificata nell'art. 56, comma 3, di tale legge, pure colpita dalla declaratoria di illegittimità costituzionale (essendo questa a regolare, come quella censurata, l'espressione del parere in sede di adozione dei piani attuativi).

La Corte ha già avuto modo di rilevare che le sentenze che dichiarano l'illegittimità costituzionale di una o più norme non si estendono a quelle che non siano in esse esplicitamente menzionate, il che si desume anche dall'art. 27 della legge n. 87 del 1953, che prevede la possibilità di estendere la pronuncia di illegittimità costituzionale a norme non espressamente impugnate. Da ciò la conseguenza che, quando la Corte non abbia fatto espresso uso di tale potere rispetto a norme analoghe o connesse, le norme che non siano formalmente comprese nella dichiarazione di illegittimità costituzionale debbono considerarsi ancora vigenti, ancorché rispetto ad esse siano ravvisabili gli stessi vizi di incostituzionalità.

Tale conclusione, del resto, trova puntuale conferma nella nota affermazione contenuta nella sentenza n. 84 del 1996, secondo la quale questa Corte giudica su norme, ma pronuncia su disposizioni. Ne discende che, se su una data disposizione questa Corte non si pronuncia, non solo la disposizione, ma anche la norma da essa espressa o da essa

ricavabile continuerà a vivere nell'ordinamento, potendo peraltro quest'ultima divenire oggetto, per il tramite della relativa disposizione, d'una diversa questione di legittimità costituzionale.

In definitiva, dunque, la rimozione dall'ordinamento d'una disposizione, e del correlato contenuto normativo, si verifica solo quando la dichiarazione di illegittimità costituzionale ricada espressamente su detta disposizione, ritrasferendo su di essa gli esiti e gli effetti dello scrutinio sulla relativa norma condotto da questa Corte.

Il Consiglio di Stato ritiene l'art. 24, comma 9, della legge reg. Umbria n. 11 del 2005 costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 117, terzo comma, Cost., poiché – statuendo che siano i comuni, anziché l'ufficio tecnico regionale competente, a rendere il parere sugli strumenti urbanistici generali e attuativi dei comuni siti in zone sismiche – si porrebbe in contrasto con quanto previsto dall'art. 89 del d.P.R. n. 380 del 2001, il quale prescrive espressamente che i comuni siti in zone dichiarate sismiche debbono richiedere il parere del competente ufficio tecnico regionale sugli strumenti urbanistici generali e particolareggiati.

La questione, secondo la Corte costituzionale, è fondata.

La Corte ribadisce quanto già affermato nella sentenza n. 68 del 2018, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimi gli artt. 28, comma 10, e 56, comma 4, della legge reg. Umbria n. 1 del 2015 proprio perché contrastanti con l'art. 89 t.u. edilizia, qualificando espressamente quest'ultimo come norma di principio in materia di “governo del territorio” e di “protezione civile”, in forza della posizione “fondante” che essa riveste nell'ordinamento, attesa la rilevanza del bene protetto, che involge i valori di tutela dell'incolumità pubblica, i quali non tollerano alcuna differenziazione collegata ad ambiti territoriali.

Anche l'art. 24, comma 9, della legge reg. Umbria n. 11 del 2005, prevedendo che il parere sismico sugli strumenti urbanistici attuativi sia reso dal comune, si pone dunque in contrasto con il principio fondamentale posto dall'art. 89 del d.P.R. n. 380 del 2001.

È, pertanto, costituzionalmente illegittima la norma, nella parte in cui prescrive che sia il comune, anziché l'ufficio tecnico regionale competente, a rendere il parere sugli strumenti urbanistici attuativi dei comuni siti in zone sismiche.

2. Tre sentenze della Corte costituzionale in materia di obbligo vaccinale

Con una tripla sentenza, la Corte costituzionale interviene su questioni legati alla pandemia. 1) In particolare, con la sentenza n. 14 del 2023, la Corte ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, concernente l'obbligo vaccinale per la prevenzione dell'infezione da SARS-Cov-2 per il personale sanitario. La Corte ha ritenuto che la scelta assunta dal legislatore al fine di prevenire la diffusione del virus, limitandone la circolazione, non possa ritenersi irragionevole né sproporzionata, alla luce della situazione epidemiologica e delle risultanze scientifiche disponibili. 2) Con la sentenza n. 15 del 2023, la Corte ha stabilito che la previsione, per i lavoratori impiegati in strutture residenziali, socio-assistenziali e socio-sanitarie, dell'obbligo vaccinale per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2 anziché di quello di sottoporsi ai relativi test diagnostici (c.d. tampone), non ha costituito una soluzione irragionevole o sproporzionata rispetto ai dati scientifici disponibili. Il sacrificio imposto agli operatori sanitari non ha ecceduto quanto indispensabile per il raggiungimento degli scopi pubblici di riduzione della circolazione del virus ed è stato costantemente modulato in base all'andamento della situazione sanitaria, peraltro rivelandosi idoneo a questi stessi fini. 3) Infine, con la sentenza n. 16 del 2023, la Corte ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità dell'art. 4, comma 4, del decreto-legge 44 del 2021, come modificato dal DL n. 172 del 2021, laddove, in caso di inadempimento dell'obbligo vaccinale, non si limita la sospensione dall'esercizio della professione sanitaria a quelle sole prestazioni o mansioni che implicano contatti personali o che comportano, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del Covid-19. Le questioni sono state dichiarate inammissibili in ragione di un preliminare profilo processuale, che ha escluso una valutazione nel merito delle stesse: il difetto di giurisdizione del TAR che le ha sollevate.

Premessa

Come si era riportato nella Rassegna n. 10 del 2022, il 1° dicembre 2022 l'Ufficio comunicazione e stampa della Corte costituzionale aveva reso noti alcuni brevi cenni sul giudizio della Corte in materia di vaccini.

Le questioni sottoposte alla Corte riguardavano i professionisti nel campo sanitario o dell'istruzione sospesi dal servizio perché non vaccinati contro il COVID. Infatti, i DL n. 44 del 2021 e n. 24 del 2022 avevano imposto l'obbligo vaccinale, pena la sospensione dal lavoro e dalla retribuzione, inizialmente fino al 31 dicembre 2022.

I ricorsi presentati erano in tutto undici. Tre erano, in particolare, le questioni sollevate dai ricorsi:

1. in primo luogo, quella relativa all'impossibilità per il personale sanitario che non adempie all'obbligo vaccinale di continuare a lavorare, in assenza di contatti interpersonali;
2. in secondo luogo, la fondatezza delle scelte legislative sull'obbligo vaccinale;
3. infine, la mancata corresponsione dell'assegno di lavoro ai non vaccinati.

Le tre decisioni della Corte

Con la sentenza n.14 del 2023, la Corte ha ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale, sollevata dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, concernente l'obbligo vaccinale per la prevenzione dell'infezione da SARS-Cov-2 per il personale sanitario.

La Corte ha ritenuto che la scelta assunta dal legislatore al fine di prevenire la diffusione del virus, limitandone la circolazione, non possa ritenersi irragionevole né sproporzionata, alla luce della situazione epidemiologica e delle risultanze scientifiche disponibili.

In continuità con la propria giurisprudenza in materia di trattamenti sanitari obbligatori, la Corte ha ribadito innanzitutto che l'articolo 32 della Costituzione affida al legislatore il compito di bilanciare, alla luce del principio di solidarietà, il diritto dell'individuo all'autodeterminazione rispetto alla propria salute con il coesistente diritto alla salute degli altri e quindi con l'interesse della collettività.

In applicazione di questi principi, la Corte ha giudicato non fondati i dubbi di costituzionalità prospettati dal giudice rimettente: di fronte alla situazione epidemiologica in atto, infatti, il legislatore ha tenuto conto dei dati forniti dalle autorità scientifico-sanitarie, nazionali e sovranazionali, istituzionalmente preposte al settore, quanto a efficacia e sicurezza dei vaccini; e, sulla base di questi dati scientificamente attendibili, ha operato una scelta che non appare inidonea allo scopo, né irragionevole o sproporzionata.

Come emerge dall'analisi comparata, del resto, misure simili sono state adottate anche in altri Paesi europei.

Nella sua pronuncia, in particolare, la Corte ha chiarito – sempre in linea con la propria giurisprudenza - che il rischio remoto, non eliminabile, che si possano verificare eventi avversi anche gravi sulla salute del singolo, non rende di per sé costituzionalmente illegittima la previsione di un trattamento sanitario obbligatorio, ma costituisce semmai titolo all'indennizzo.

Non può, pertanto, condividersi – secondo la Corte – la lettura che il Collegio rimettente dà della giurisprudenza costituzionale, la quale ha, per contro, affermato che devono ritenersi leciti i trattamenti sanitari, e tra questi le vaccinazioni obbligatorie, che, al fine di tutelare la salute collettiva, possano comportare il rischio di 'conseguenze indesiderate, pregiudizievoli oltre il limite del normalmente tollerabile'.

Quanto, infine, alla censura di contraddittorietà di una disciplina che impone il consenso a fronte di un obbligo vaccinale, la Corte ha rilevato che “l’obbligatorietà del vaccino lascia comunque al singolo la possibilità di scegliere se adempiere o sottrarsi all’obbligo, assumendosi responsabilmente, in questo secondo caso, le conseguenze previste dalla legge”.

Qualora, invece, il singolo adempia all’obbligo vaccinale, il consenso, pur a fronte dell’obbligo, è rivolto, proprio nel rispetto dell’intangibilità della persona, ad autorizzare la materiale inoculazione del vaccino”.

La sentenza n.15 del 2023, dal canto suo, ha stabilito che la previsione, per i lavoratori impiegati in strutture residenziali, socio-assistenziali e socio-sanitarie, dell’obbligo vaccinale per la prevenzione dell’infezione da SARS-CoV-2 anziché di quello di sottoporsi ai relativi test diagnostici (c.d. tampone), non ha costituito una soluzione irragionevole o sproporzionata rispetto ai dati scientifici disponibili.

In risposta alle questioni di legittimità costituzionale sollevate dai Tribunali ordinari di Brescia, di Catania e di Padova, la Corte ha affermato che la normativa censurata ha operato un contemperamento non irragionevole del diritto alla libertà di cura del singolo con il coesistente e reciproco diritto degli altri e con l’interesse della collettività, in una situazione in cui era necessario assumere iniziative che consentissero di porre le strutture sanitarie al riparo dal rischio di non poter svolgere la propria insostituibile funzione.

Il sacrificio imposto agli operatori sanitari non ha ecceduto quanto indispensabile per il raggiungimento degli scopi pubblici di riduzione della circolazione del virus, ed è stato costantemente modulato in base all’andamento della situazione sanitaria, peraltro rivelandosi idoneo a questi stessi fini.

La mancata osservanza dell’obbligo vaccinale ha riversato i suoi effetti sul piano degli obblighi e dei diritti nascenti dal contratto di lavoro, determinando la temporanea impossibilità per il dipendente di svolgere mansioni implicanti contatti interpersonali o che comportassero, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio.

La sentenza ha ritenuto non contraria ai principi di eguaglianza e di ragionevolezza anche la scelta legislativa di non prevedere, per i lavoratori del settore sanitario che avessero deciso di non vaccinarsi, un obbligo del datore di lavoro di assegnazione a mansioni diverse, a differenza di quanto invece stabilito per coloro che non potessero essere sottoposti a vaccinazione per motivi di salute o per il personale docente ed educativo della scuola.

La Corte ha considerato tale scelta giustificata dal maggior rischio di contagio, sia per sé stessi che per la collettività, correlato all’esercizio delle professioni sanitarie.

La sentenza, infine, ha deciso che quanto previsto dalle norme censurate - secondo cui al lavoratore che avesse scelto di non sottoporsi alla vaccinazione non erano dovuti, nel periodo di sospensione, la retribuzione né altro compenso o emolumento - ha giustificato anche la non erogazione al dipendente sospeso di un assegno alimentare in misura non superiore alla metà dello stipendio.

La Corte, infatti, ha ritenuto non comparabile la posizione del lavoratore che non ha inteso vaccinarsi con quella del lavoratore del quale sia stata disposta la sospensione dal servizio a seguito della sottoposizione a procedimento penale o disciplinare, casi questi ultimi in cui l'assegno alimentare può essere erogato.

In particolare, la Corte ha escluso che fosse costituzionalmente obbligata la soluzione di porre a carico del datore di lavoro l'erogazione solidaristica di una provvidenza di natura assistenziale in favore del lavoratore che non avesse inteso vaccinarsi e che fosse, perciò, temporaneamente inidoneo allo svolgimento della propria attività lavorativa.

Infine, con la sentenza n. 16 del 2023, la Corte costituzionale ha stabilito che è inammissibile la questione di legittimità dell'art. 4, comma 4, del DL n. 44 del 2021, come modificato dal DL n. 172 del 2021, laddove, in caso di inadempimento dell'obbligo vaccinale, non si limita la sospensione dall'esercizio della professione sanitaria a quelle sole prestazioni o mansioni che implicano contatti personali o che comportano, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del Covid-19.

Il TAR Lombardia, chiamato a decidere un ricorso di una psicologa che, a causa dell'inosservanza dell'obbligo vaccinale, era stata sospesa dall'esercizio della professione, ha dubitato della legittimità costituzionale della citata norma, ritenendola in contrasto con i principi di ragionevolezza e di proporzionalità, di cui all'articolo 3 della Costituzione.

In caso di omessa vaccinazione, infatti, la disposizione censurata estenderebbe irragionevolmente il divieto di svolgere la professione sanitaria a tutte le attività che richiedono l'iscrizione ad albi professionali, anche se dette attività non comportano alcun rischio di diffusione del COVID-19, potendo essere svolte da remoto, mediante l'utilizzo di strumenti telematici e telefonici.

Le questioni sono state dichiarate inammissibili in ragione di un preliminare profilo processuale, che ha escluso una valutazione nel merito delle stesse: il difetto di giurisdizione del tribunale amministrativo regionale che le ha sollevate. Secondo la giurisprudenza della Corte di cassazione - che è l'unico giudice competente a decidere sulla giurisdizione - appartiene alla cognizione del giudice ordinario la controversia in cui viene in rilievo un diritto soggettivo - nel caso, quello ad esercitare la professione sanitaria - non intermediato dall'esercizio del potere amministrativo.

La sospensione dall'esercizio della professione sanitaria discende automaticamente dall'accertato inadempimento dell'obbligo vaccinale, imposto come requisito essenziale dalla legge. La competenza sulle relative controversie è, dunque, del giudice ordinario, non di quello amministrativo.

In generale, la Corte ha quindi scelto una linea molto chiara rispetto al bilanciamento, richiesto dall'art. 32 Cost., fra la tutela del diritto individuale del singolo alla salute e quella del bene-salute nell'interesse della collettività.



In particolare, la Corte ha fatto leva proprio sui due criteri della ragionevolezza e della proporzionalità, che sono i cardini del bilanciamento di interessi. Nel bilanciamento, la Corte ha concluso che le scelte compiute dal legislatore non sono irragionevoli, né sproporzionate.

3. Sul sistema dell'accreditamento relativo ai servizi sanitari e/o sociali

Il TAR Catania (sentenza n. 311 del 2023) ha stabilito che l'accreditamento relativo ai servizi sociali è, al pari di quello riferito ai servizi sanitari, un titolo - o, in chiave oggettiva, una modalità di esecuzione del servizio - di carattere abilitativo-concessorio mediante il quale un soggetto privato viene "attratto" entro la sfera organizzativa pubblicistica del servizio pubblico sanitario, acquisendo la conseguente legittimazione ad operare "in luogo" dell'Amministrazione, originaria ed istituzionale titolare della funzione assistenziale, e riversando i costi del servizio a carico della stessa, secondo i criteri ed entro i limiti prefissati a livello contrattuale. La procedura selettiva per l'iscrizione nell'albo degli accreditati all'erogazione dei servizi sanitari e/o sociali è finalizzata a individuare non l'operatore affidatario in via esclusiva, come si verifica nelle gare d'appalto, ma i soggetti che possono svolgerlo, con oneri a carico dell'Amministrazione, su richiesta dell'utente. Ne deriva che la presentazione dell'istanza di partecipazione non è necessaria ai fini dell'impugnazione delle clausole non escludenti, in quanto non si tratta di una gara in senso stretto e, pertanto, non si determina nessun effetto preclusivo rispetto all'iscrizione degli altri operatori; in altri termini, l'eventuale accoglimento del ricorso comporta l'aggiunta di un nuovo soggetto a quelli già individuati e non la loro esclusione, per cui è comunque soddisfatto l'interesse pubblico alla selezione dei soggetti che erogano il servizio. Nel merito, contrasta con i principi concorrenziali di matrice euro-unitaria il consolidamento della posizione di plusvalore concorrenziale collegato a clausole limitative dei nuovi accreditamenti, a scapito della necessaria verifica, periodica e trasparente, dell'eventuale maggiore efficienza e qualità di nuovi soggetti aspiranti. Solo una valutazione aperta alla comparazione tra chi è già accreditato e chi aspira a esserlo può rispondere alla migliore e più efficiente allocazione delle risorse disponibili, con la precisazione che, quanto più la valutazione è periodica, cioè dinamica, e quanto meno si consolidano posizioni di vantaggio in singoli operatori, tanto più potranno emergere efficienza e risparmio a vantaggio della spesa pubblica.

Fatto e diritto

La cooperativa ricorrente, la quale svolge attività di assistenza per l'autonomia e/o la comunicazione nei confronti degli alunni disabili, si duole del fatto che la Città metropolitana di Catania non le ha consentito l'iscrizione nell'elenco dei soggetti accreditati alla loro erogazione, per gli anni scolastici 2022/2023, 2023/2024, 2024/2025, in quanto non ha presentato istanza nel termine previsto dal relativo avviso pubblico.

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 4 del 2018, ha affermato il principio di diritto secondo cui le clausole del bando di gara, che non rivestano portata escludente, possono essere impuginate unicamente dall'operatore economico che abbia partecipato alla gara o manifestato formalmente il proprio interesse alla procedura.

Al fine di comprendere le ragioni per le quali tale principio non è applicabile nel caso in rassegna, il TAR Catania rileva che l'accreditamento relativo ai servizi sociali è, al pari quello

referito ai servizi sanitari, un titolo - o, in chiave oggettiva, una modalità di esecuzione del servizio - di carattere abilitativo-concessorio mediante il/la quale un soggetto privato viene "attratto" entro la sfera organizzativa pubblicistica del servizio pubblico sanitario, acquisendo la conseguente legittimazione ad operare "in luogo" dell'Amministrazione, originaria ed istituzionale titolare della funzione assistenziale, e riversando i costi del servizio a carico della stessa, secondo i criteri ed entro i limiti prefissati a livello contrattuale.

L'accREDITAMENTO, da un punto di vista funzionale, istituisce, pertanto, un rapporto privilegiato, sebbene non esclusivo, tra l'Amministrazione concedente e l'erogatore privato, che, dal punto di vista della qualità del servizio e della sua rispondenza ai relativi obiettivi di efficacia ed appropriatezza, viene ad essere alla stessa completamente equiparato, creando le premesse per il corretto esercizio da parte dei cittadini della libera scelta.

Ne deriva che la procedura selettiva per l'iscrizione nell'albo degli accreditati all'erogazione dei servizi sanitari e/o sociali è finalizzata a individuare non l'operatore affidatario in via esclusiva, come si verifica nelle gare d'appalto, ma i soggetti che possono svolgerlo, con oneri a carico dell'Amministrazione, su richiesta dell'utente.

Nella fattispecie in rassegna la ricorrente aspira, in particolare, a essere iscritta, insieme agli altri operatori, nell'albo, a carattere aperto e senza contingenti numerici, dei soggetti che possono essere scelti dai genitori per prestare il servizio di assistenza all'igiene e/o alla comunicazione nei confronti degli alunni disabili.

Ne deriva che la presentazione dell'istanza di partecipazione non è necessaria ai fini dell'impugnazione delle clausole non escludenti in quanto non si tratta di una gara in senso stretto e, pertanto, non si determina nessun effetto preclusivo rispetto all'iscrizione degli altri operatori; in altri termini, l'eventuale accoglimento del ricorso comporta l'aggiunta di un nuovo soggetto a quelli già individuati e non la loro esclusione, per cui è, comunque, soddisfatto l'interesse pubblico alla selezione dei soggetti che erogano il servizio.

Nel ricorso si ritiene che la prevista durata triennale dell'accREDITAMENTO contrasta con i principi di economicità, efficacia, imparzialità, pubblicità, trasparenza, libera concorrenza di cui all'art. 1 della l. n. 241 del 1990 e d'imparzialità di cui all'art. 97 della Costituzione; gli artt. 1, 8 e 11 della legge 328/2000 che orientano la regolamentazione dei servizi sociali verso i principi di sussidiarietà cooperazione, efficacia, efficienza ed economicità.

Secondo il TAR Catania, la doglianza è fondata.

Infatti, in primo luogo, si richiama il condiviso orientamento giurisprudenziale - relativo all'analogo settore dei servizi sanitari - secondo cui contrasta con i principi concorrenziali di matrice euro-unitaria il consolidamento della posizione di plusvalore concorrenziale conseguente all'accREDITAMENTO a scapito della necessaria verifica, periodica e trasparente, dell'eventuale maggiore efficienza e qualità di soggetti aspiranti. Sotto tale profilo, si richiama quanto più volte affermato dall'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato in merito alla necessità di evitare il congelamento delle posizioni dei già accreditati conseguente a restrizioni indebite del numero degli operatori. Solo una valutazione

periodicamente rinnovata e aperta alla comparazione tra chi è già accreditato e chi aspira ad esserlo può rispondere alla migliore e più efficiente allocazione delle risorse disponibili, con la precisazione che, quanto più la valutazione è periodica, cioè dinamica, e quanto meno si consolidano posizioni di vantaggio in singoli operatori, tanto più potranno emergere efficienza e risparmio a vantaggio della spesa pubblica.

Tali consolidati principi vanno coordinati con quelli che evidenziano come il sistema dell'accreditamento risponda ad esigenze di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, in quanto esonerano l'Amministrazione dall'onere di verificare, in occasione della concreta erogazione delle prestazioni e fermo restando il suo potere di controllo e vigilanza sulle modalità di svolgimento del servizio, la sussistenza dei relativi requisiti qualitativi, tecnici ed organizzativi.

Nella fattispecie in rassegna, la Città metropolitana di Catania ha attribuito efficacia triennale all'iscrizione nell'elenco dei soggetti accreditati per l'erogazione dei servizi in questione al fine di evitare i continui e complessi riscontri in ordine alla sussistenza dei requisiti organizzativi e gestionali previsti, che sarebbero stati necessari qualora fosse stata consentita l'iscrizione sulla base di una richiesta formulata in qualunque momento dall'operatore interessato.

Trattandosi di un intervallo temporale particolarmente lungo ha, però, altresì, previsto che i soggetti accreditati presentino, a cadenza annuale, un'attestazione in merito al mantenimento dei requisiti, sulla cui veridicità si è riservata di attivare controlli.

A ben vedere, viene in considerazione una determinazione espressione di discrezionalità tecnica, sicché il sindacato del giudice amministrativo è consentito solo nei casi di palese irragionevolezza, illogicità o travisamento dei fatti.

Ad avviso del TAR Catania, ricorre la prospettata illogicità e irragionevolezza in quanto il blocco all'ingresso dell'accreditamento, se non contenuto in un arco temporale ragionevole, lede non solo l'interesse dell'operatore privato all'iscrizione dell'elenco, ma anche quello pubblico alla maggiore partecipazione possibile degli operatori del settore, oltre che quello alla libera concorrenza, che è strettamente correlato all'erogazione di un servizio più efficiente; restringe, inoltre, irragionevolmente la possibilità di scelta degli utenti a un elenco fisso di operatori.

Trattandosi di un servizio che viene svolto in maniera continuativa per un anno scolastico, l'arco temporale ragionevole era quello annuale (anche, eventualmente, in termini di finestre d'ingresso con periodicità pari o inferiori all'anno, fermo restando la durata dell'accreditamento per il triennio previsto dall'avviso), come riconosciuto implicitamente dalla Città metropolitana che, nell'avviso impugnato, ha previsto controlli sul persistente possesso dei requisiti con tale periodicità.

In altri termini, l'introduzione, nell'avviso, di una clausola con cui si dispone che i soggetti accreditati, ogni anno, debbano confermare, con dichiarazione sostitutiva di certificazione, il possesso dei requisiti e che la Città metropolitana possa attivare i controlli sulla veridicità



della stessa, è indice significativo del fatto che il periodo ragionevole di riferimento per consentire l'iscrizione è proprio l'anno.

Ciò implica l'irragionevolezza non della previsione della durata triennale dell'accREDITAMENTO in sé considerato, ma della mancata introduzione di finestre d'ingresso (con la periodicità ritenuta opportuna dalla Città metropolitana) nel corso di tale periodo, le quali rappresentano un adeguato contemperamento tra l'interesse pubblico a evitare controlli troppo ravvicinati sul possesso dei requisiti da parte degli operati e quello all'apertura al mercato al fine di garantire il libero dispiegarsi della concorrenza.