

# **Diritti soggettivi e interessi legittimi: “tecniche di accertamento” contrastanti tra Corte di Cassazione e Consiglio di Stato nel caso dei professionisti sanitari sospesi per mancata vaccinazione (breve commento a Corte di Cassazione SS.UU. 28429/22 e Cons. St. 8434/22)**

Scontro frontale tra Cassazione e Consiglio di Stato: il 29 settembre le Sezioni Unite della Corte regolatrice della giurisdizione dicono che il giudizio avverso l'atto di sospensione per mancata vaccinazione da parte di professionisti sanitari spetta al giudice ordinario vertendosi in fattispecie di tutela di diritti soggettivi in quanto la p.a. ha poteri vincolati (poteri sì ma vincolati) e il 4 ottobre il Consiglio di Stato dice l'esatto opposto: la giurisdizione spetta al giudice amministrativo poiché il potere vincolato (su questo concorda con le Sezioni Unite) non tocca solo diritti soggettivi ma anche, come nella fattispecie, interessi legittimi, come avviene quando la norma attributiva del potere di intervento pubblico è immediatamente e direttamente rivolta alla tutela dell'interesse pubblico e non del singolo amministrato.

La cronologia (e in particolare la vicinanza temporale tra le due autorevolissime e argomentate pronunce), oltre alla piena, perfetta identità della fattispecie trattata (sospensione di professionisti sanitari disposta da due ordini professionali diversi solo per territorio -Liguria il Consiglio di Stato, Marche la Corte di Cassazione- e -ovviamente- soggetti interessati) evidenzia, se non drammatizza, l'importanza e gravità del contrasto.

Se si tiene conto che, nella vicenda esaminata dalla Corte di Cassazione, vi erano già state due pronunce, l'una del giudice ordinario in sede di ricorso ex art. 700 cpc, declinatoria della giurisdizione, l'altra, un'ordinanza del Tar Ancona ai sensi dell'art. 11 cpa, di sollevazione di conflitto negativo di competenza, e che nel caso del Consiglio di Stato, era invece intervenuta una sentenza del Tar che aveva declinato la giurisdizione "*Dopo avere respinto in più occasioni e con diversi decreti monocratici la domanda di tutela cautelare provvisoria*", rigetto verosimilmente intervenuto anche per ragioni di giurisdizione, si può cogliere facilmente come l'incertezza sulla giurisdizione -tanto più rispetto ad un tema estremamente puntuale e soggetto a continui interventi legislativi come quello della sospensione dei sanitari non vaccinati, interventi normativi che non hanno mai toccato la giurisdizione- produce un lavoro giudiziario esorbitante rispetto alle risposte date al cittadino e consuma in modo sconcertante la "risorsa giustizia" notoriamente scarsa (Cons. St. A.P. 8/2022 del 13 7 2022; Cgars 814/2022) e da proteggere con interventi di "economia sostenibile". Le due pronunce rimettono la palla a nuovi giudizi, uno dei quali (quello amministrativo, radicato avanti al Tar Liguria per effetto dell'affermazione della giurisdizione amministrativa ad opera della pronuncia del Consiglio di Stato n. 8433/22) esposto a censure di giurisdizione possibili per tre gradi di giudizio.

Si tratterà di problematica specifica ad esaurimento (la vaccinazione è destinata a cessare come obbligo per i sanitari con la fine dell'anno corrente, salvi scongiurati imprevisti) ma il problema

macroeconomico, giuridico e civile della risorsa giustizia rimane, come rimane in piedi la partita a scacchi tra interesse legittimo e diritto soggettivo.

Posto che il problema riguarda gli atti vincolati e non, ovviamente, gli atti discrezionali (salvo che per la "discrezionalità tecnica" la Corte di legittimità sembra propendere ancora per il giudice ordinario), appare chiaro la diversità del "faro" ricercato rispettivamente da Corte di Cassazione e Consiglio di Stato per individuare il "porto" competente al giudizio:

a) Corte di Cassazione: le parole chiave sono "discrezionalità" o "vincolatività" dell'atto lesivo e impugnato. La giurisdizione amministrativa ricorre in caso di "impugnazione" di atti **discrezionali** sotto il profilo valutativo (la discrezionalità tecnica non è sufficiente) in quanto è solo in tali casi, e cioè quando la pubblica amministrazione "introduce" una propria "decisione" non predefinita o imposta dal legislatore e che quindi si esercita e manifesta un "potere"; l'atto vincolato è voluto dal legislatore e non dalla pubblica amministrazione e fronteggia diritti soggettivi, laddove l'atto discrezionale interloquisce con interessi legittimi, rimanendo sempre incentrata su tale diversa posizione giuridica il discrimine tra le due giurisdizioni; potere è potere discrezionale; il "potere" vincolato è una mera dichiarazione della volontà del legislatore;

b) Consiglio di Stato: parola chiave è l'interesse pubblico perseguito in via diretta ed immediata dalla norma che prevede l'atto ritenuto lesivo e impugnato: se la norma persegue prima di tutto l'interesse pubblico, la posizione del soggetto asseritamente leso è tutelata solo mediatamente, e quindi corrisponde ad un interesse legittimo. L'atto **vincolato** (ed è tale anche per il Consiglio di Stato, perfettamente d'accordo con le Sezioni Unite sul punto, anche la sospensione dei professionisti non vaccinati) tocca, dunque, anche interessi legittimi e non solo diritti soggettivi. Priva di fondamento è, per il Consiglio di Stato, invocando Corte Cost. n. 127/98, la tesi che l'attività vincolata determina sempre la giurisdizione ordinaria in quanto interlocutiva solo con diritti soggettivi.

Il tema delle "tecniche di accertamento" (secondo la brillante espressione usata da Cassazione civile sez. III, 27/07/2021, n. 21535, evocative del labirinto che ci si trova davanti e della quanto ormai più accentuata complessità, a fronte della vastità delle formulazioni normative) del diritto soggettivo e rispettivamente interesse legittimo è notoriamente plurisecolare ma troppo raffinata ed elevata per l'irrilevante competenza pratica di un operatore come chi scrive.

Ci si permette, modestamente, solo di sottolineare che:

a) La tesi "categorica", "secca" della Corte di Cassazione, della rilevanza della natura discrezionale o vincolata dell'atto, sembra scontrarsi con le norme del codice del processo amministrativo che parlano di attività vincolata (v. art. 31, comma 3, cpa), il che richiederebbe una spiegazione da parte della Suprema Corte, circa la compatibilità dell'assunto con tali risultanze positive;

b) La soluzione operativa avallata dal Consiglio di Stato (in linea con una consolidata tradizione), per la quale occorre verificare se la norma che, in ossequio al principio costituzionale di legalità (art. 97 Cost.) prevede l'atto posto in essere da un'amministrazione pubblica "**tuteli in via diretta l'interesse pubblico**" apre scenari ampiamente ... discrezionali ed incerti, considerato che non risulta concepibile che una norma che preveda comunque un intervento di una pubblica amministrazione non persegua in via diretta l'interesse pubblico e tenuto in ogni caso conto dell'inestricabile intreccio tra i due profili (interesse collettivo e privato). Appare un po' troppo fioca la "luce" rappresentata dall'oggetto della tutela della norma individuato come "*in via diretta l'interesse pubblico*", posto che l'attribuzione di un compito (un atto da porre in essere in una fattispecie concreta) ad una pubblica amministrazione è disposta da una norma, per definizione, allo scopo del perseguimento da parte della stessa di un interesse pubblico e non certo di un

interesse privato, nel qual caso il privato sarebbe investito direttamente dalla legge della possibilità di agire. Si consideri, al riguardo, l'art. 9 della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno, che stabilisce: " *Gli Stati membri possono subordinare l'accesso ad un'attività di servizio e il suo esercizio ad un regime di autorizzazione soltanto se sono soddisfatte le condizioni seguenti:*

*a) il regime di autorizzazione non è discriminatorio nei confronti del prestatore;*

***b) la necessità di un regime di autorizzazione è giustificata da un motivo imperativo di interesse generale;***

*c) l'obiettivo perseguito non può essere conseguito tramite una misura meno restrittiva, in particolare in quanto un controllo a posteriori interverrebbe troppo tardi per avere reale efficacia..."*.

A sua volta, l'art. 12 del d.lgs. 59/10, attuativo della direttiva, dispone: " *Nei casi in cui sussistono motivi imperativi di interesse generale, l'accesso e l'esercizio di una attività di servizio possono, nel rispetto dei principi di proporzionalità e non discriminazione, essere subordinati al rispetto dei seguenti requisiti:*

*a) restrizioni quantitative o territoriali sotto forma, in particolare, di restrizioni fissate in funzione della popolazione o di una distanza geografica minima tra prestatori;*

*b) requisiti che impongono al prestatore di avere un determinato statuto giuridico;*

*c) obblighi relativi alla detenzione del capitale di una società;*

*d) requisiti diversi da quelli relativi alle questioni disciplinate dal decreto legislativo 9 novembre 2007, n. 206, o da quelli previsti in altre norme attuative di disposizioni comunitarie, che riservano l'accesso alle attività di servizi in questione a prestatori particolari a motivo della natura specifica dell'attività esercitata;*

*e) il divieto di disporre di più stabilimenti sul territorio nazionale;*

*f) requisiti che stabiliscono un numero minimo di dipendenti;*

*g) tariffe obbligatorie minime o massime che il prestatore deve rispettare;*

*h) l'obbligo per il prestatore di fornire, insieme al suo servizio, altri servizi specifici".*

Tutto sembra deporre nel senso che ove sia prevista un'autorizzazione (che è il provvedimento preclusivo dell'attività privata normalmente vincolato, esiste comunque un interesse pubblico (per giunta, correlato a motivi imperativi e non a motivi "ordinari", secondo il lessico comunitario recepito dal legislatore interno) che giustifica la previsione della subordinazione dell'attività privata stessa al predetto provvedimento vincolato; con conseguente necessità di "aggiornare" la tesi espressa dalla "dogmatica italiana" secondo cui "l'autorizzazione ha ad oggetto un'attività privata, non lesiva di pubblici interessi, ma neanche strumentale al soddisfacimento di un interesse pubblico, mentre la concessione ha per oggetto lo svolgimento di un'attività ontologicamente strumentale al perseguimento di un interesse della collettività, in quanto riservata ai pubblici poteri" (v. Caponigro, *Le concessioni demaniali nel rapporto con la Corte di Giustizia Europea*", nota n. 5, in *giustizia-amministrativa*).

Del resto, entrambi i Supremi Giudici, individuano la finalità della norma sulla sospensione come afferenti ad interessi pubblici (sanità pubblica, della collettività che interferisce con il sanitario) e interesse privato (salute del sanitario) e la priorità dell'uno o dell'altro non è di certo segnata in modo inequivoco dalla norma.

Non si può nemmeno pensare, a fronte dell'art. 103 Cost. , di invocare il facile criterio del giudice amministrativo come giudice "della pubblica amministrazione", rimanendo, il medesimo, giudice dei pubblici poteri (v. Corradino, *Manuale di diritto amministrativo*, pag. 5), con la conseguente necessità di una definizione di potere, visto che le due posizioni espresse nelle sentenze in esame si differenziano anche su tale nozione, l'una (Cassazione) riconoscendolo solo in caso di potere discrezionale. Vero è che gli ambiti di incertezza, anche grazie alle numerose pronunce in materia per l'appunto di "regolamento di confini" tra i due ordini giurisdizionali dovrebbero indurre il

legislatore ad intervenire con lo strumento legislativo, tempestivamente, evitando l'allargamento dei conflitti ed operando settorialmente, nel rispetto delle note pronunce costituzionali, anche se non si tratta necessariamente di individuare materie di giurisdizione esclusiva. In tempi di manovre legislative complicate, instabili e costose messe in atto soprattutto ai fini dell'utilizzo delle risorse del PNRR ma non solo, questi interventi sarebbero a costo zero e di non irrilevante impatto positivo in termini di fiducia tra cittadino e amministrazione.

Quantomeno in tema di sospensione dei professionisti, una norma eviterebbe un bel po' di lavoro frustrante di vari sedi giudiziarie.

[Sentenza Consiglio di Stato n. 8434/2022](#)

[Sentenza Corte di Cassazione n. 28429/2022](#)

***Franco Botteon***