

Un raffinato esempio di *distinguishing*.
Se la fonte è il fatto, che deve fare il giudice quando il fatto cambia?

di Alessandro Mangia

SOMMARIO: 1. Una premessa. – 2. Un ragionamento semplice su un precedente inconferente. – 3. Due parole sulla proporzionalità. – 4. Una domanda (che ce ne facciamo delle autorizzazioni standard, se abbiamo già le condizionate?) e un nuovo istituto (la ‘precauzione invertita’ ma ‘controintuitiva’). – 5. ‘Consenso dovuto’ e ‘onere nell’interesse pubblico’.

1. *Una premessa*

Dovendo ragionare dell’ordinanza istruttoria del CGARS, e dei problemi che a questa si riconnettono, è bene richiamare i termini della questione che ha dato origine a questa ordinanza.

Il caso – lo sappiamo – è quello di uno studente di un’Università siciliana, prima positivo e poi guarito dal Covid, in ordine all’obbligo di vaccinazione per il personale sanitario disposto nell’ Aprile 2021 dal d.l. 44/2021. Si tratta di un meccanismo che sappiamo essere stato esteso progressivamente ad altre categorie del lavoro pubblico e privato, dal personale scolastico a quello universitario, fino alla previsione di un obbligo generalizzato per gli over 50 e alla imposizione della vaccinazione per tutti i lavoratori del settore pubblico e privato prevista dai recenti interventi normativi del Governo.

Non sto a ricostruire la sequenza normativa, perché do per scontato che sia conosciuta da tutti; così come do per scontato che chi partecipa a questo seminario sia consapevole dei termini della questione.

È ovvio che a venire in gioco, al di là degli aspetti processuali della vicenda, che pure sono interessanti, è, in generale, la questione della legittimità degli obblighi vaccinali e dei limiti costituzionali alla imposizione di questo obbligo. Più precisamente, a venire in gioco qui è la questione del rapporto fra funzione legislativa e risultanze tecnico-scientifiche; il nodo del consenso informato all’atto di adempiere un obbligo imposto da una fonte legislativa; il nodo della qualificazione giuridica del cd. *Green Pass*; il nodo dell’equivalenza, almeno ai fini del risarcimento (ma il discorso potrebbe estendersi), tra misure di ‘induzione’ alla vaccinazione e obbligo vaccinale vero e proprio.

Sullo sfondo sta un tema più generale, ben noto ai cultori del diritto amministrativo, che è quello della ‘discrezionalità tecnica’, ovverosia del rapporto tra potere amministrativo – e legislativo – e i diversi ‘saperi di settore’ che in taluni casi devono supportare la manifestazione di funzione pubblica. È quel che volgarmente viene definito – per facilità – la ‘scienza’. E che è fonte di innumerevoli equivoci.

Perché i cultori del diritto amministrativo sanno benissimo che nell'ambito della 'discrezionalità tecnica' rientra una congerie diversissima di atti che fanno rinvio a saperi di settore retti da uno statuto metodologico altrettanto diverso, che si muovono tra le scienze cd. 'dure (fisica ed ingegneria, ad esempio) e scienze, diciamo così, meno dure: basti pensare alle perizie storico-artistiche o ai pareri dei vari 'comitati etici' per quanto attiene all'attività di ricerca e sperimentazione; o alle questioni relative al fine vita e ai trattamenti connessi.

In mezzo sta quel particolare sapere di settore che è dato dalle scienze biologiche e medico-cliniche. Che pure sono a loro volta saperi connessi, ma diversi.

E si capisce subito che voler dare una risposta univoca al problema della discrezionalità tecnica rischia di condurre a risultati sconcertanti. Credo sia sempre stato questo il problema con cui ci si è dovuti confrontare di fronte al trattamento giudiziale degli atti riconducibili alla categoria del 'parere'. Ma è evidente che, dicendo questo, ho già anticipato anche troppo di quel che va detto.

Sta di fatto che la giurisprudenza costituzionale, quando ha affermato che, in ambito sanitario, le scelte normative devono essere condizionate dalle risultanze tecnico scientifiche (282/2002) avrà anche fatto una scelta apprezzabile: certo è che ha portato nell'alveo del processo costituzionale tutti i problemi mai risolti ascrivibili alla formula della 'discrezionalità tecnica'¹.

Che qualcuno chiami tutto ciò 'riserva di scienza', come ha fatto improvvidamente il Consiglio di Stato, non risolve i problemi: semmai li aggrava. Perché è un'espressione che, per analogia, ne richiama altre – prima fra tutte la nozione di 'riserva di amministrazione'.

La quale nozione, se presa sul serio, ed applicata al caso di specie, condurrebbe ad esiti paradossali. In una battuta, se alle formule dovesse seguirne la sostanza, il Governo in sede legislativa non farebbe altro che 'recepire' le indicazioni degli 'scienziati', come se non ci fosse alcun margine di determinazione all'atto di adottare un decreto legge, un dpcm o solo una circolare.

Il che sappiamo benissimo essere falso. Il sapere 'amministrativo' o 'legislativo' è, per definizione, un sapere scelto e selezionato dal potere pubblico.

Ma, evidentemente, che si diffondano espressioni del genere aiuta a legittimare scelte che altrimenti sarebbero altamente problematiche.

¹ A. MANGIA, *Discrezionalità legislativa e valutazioni tecniche*, in L. VIOLINI (a cura di), *Verso il decentramento delle politiche di welfare*, Milano, 2011, 51 ss. "Se riferito al legislatore, dire che il potere pubblico sceglie selezionando le opinioni all'interno di un sapere settoriale potrebbe voler dire qualcosa di molto banale: e cioè che è il potere pubblico a selezionare gli esperti, con buona pace della pretesa oggettività della scienza. Dunque la decisione politica, che dai primi commentatori della dec. 282/2002 si vorrebbe drammaticamente limitata dalla 'scienza' ricompare: solo che anziché scegliere le 'regole', la politica sceglie il sapere (o l'opinione o l'esperto) sulla base del quale fondare e legittimare la regola". Il che, sia detto per inciso, spiega benissimo la diversità di provvedimenti e soluzioni che si sono avuti in Italia, in Europa e negli USA nella gestione della Pandemia.

2. Un ragionamento semplice su un precedente inconferente

Sullo sfondo di questa ordinanza sta un precedente. E questo precedente è dato dalla dec. 7045/2021 della III Sezione CdS. L'ordinanza del CGARS si ricollega direttamente a questa, operando una intelligente – e vorrei dire garbata – operazione di *distinguishing*.

La base di questa operazione è la ricognizione della circostanza – già adombrata nelle difese di parte ricorrente – per cui mutato il virus, sarebbero mutati presupposti di fatto che stava alla base del ragionamento della Terza Sezione nell'Ottobre 2020. Che si riferisce ad una situazione non più in corso.

E quindi la *ratio decidendi* desumibile da quel (discutibilissimo precedente) non sarebbe più applicabile alla fattispecie in giudizio.

Il CGARS, dunque, sarebbe non solo legittimato, ma addirittura tenuto ad operare una nuova valutazione di proporzionalità – e cioè di adeguatezza del provvedimento alla fattispecie – per svolgere la quale diventava necessario un aggravio di istruttoria. Da qui la necessità dell'ordinanza.

È un ragionamento che io trovo ineccepibile: tutto condotto con riferimento al fatto. Non interviene sul ragionamento svolto qualche mese prima dal CdS (e ancora prima dal TAR Trieste, che è stato il primo ad esprimersi, malamente, sulla questione, aprendo una strada che il CdS ha soltanto allargato). Semplicemente lo isola e lo confina ad una situazione trascorsa.

In estrema sintesi: è mutato il virus; è mutata la situazione di fatto; la situazione va rivalutata (meglio: il giudizio di proporzionalità va rifatto); e quindi al giudice tocca un aggravio di istruttoria. È di una coerenza e semplicità estreme.

Se si può restare perplessi di fronte ad un ragionamento semplice e lineare di questo tipo, e ci si vuole avviluppare nella annosa questione dei confini tra 'istruttoria' (riservata al giudice amministrativo) e 'consulenza' (riservata all'organismo tecnico, e in quanto tale insindacabile) si può fare.

Tra i costituzionalisti, che in genere non studiano il processo amministrativo, questa è una distinzione che oggettivamente può sorprendere. In realtà è da un pezzo che il giudice amministrativo è, almeno sulla carta, giudice del 'fatto', perché è giudice di un rapporto, così come è da un pezzo che nel processo amministrativo le valutazioni tecniche possono essere oggetto di una qualche forma di revisione giurisdizionale (*judicial review*) sul versante della coerenza e della plausibilità delle 'valutazioni' che provengono dagli organismi tecnici. Non troppi anni fa G. Berti ci diceva, nella sua teoria del procedimento, che la fase della 'consulenza' era qualcosa di intermedio tra la fase della 'istruttoria' e la fase della 'decisione'. Ma doveva essere tenuta distinta da entrambe, per avendo con entrambe, significativi momenti di contatto: per cui, comunque la si volesse prendere, la 'consulenza' non era la 'decisione'².

² G. BERTI, *Manuale di interpretazione costituzionale*, Padova 1994, 319.

A ragionare diversamente, la ‘riserva di scienza’, improvvidamente inventata da qualche studioso, diventerebbe soltanto la ridenominazione di ciò che un tempo si chiamava ‘riserva di amministrazione’: e che si è sempre escluso potesse avere cittadinanza, innanzi tutto alla luce dei principi di cui agli artt. 24 e 113 Cost.

Se ci si prende la briga di leggere la giurisprudenza costituzionale fin dall’inizio, si capisce che ciò che adesso si chiama ‘riserva di scienza’ è qualcosa di molto diverso³. Peccato che anche il CdS abbia scelto di usare questa formula improvvida, che si presta a molti fraintendimenti. Ma è evidente che irrigidire la ‘riserva di scienza’ in qualcosa di insindacabile gli serviva per svolgere una argomentazione altrimenti difficile da concludere. E si sa che, a volte, le parole, possono semplificare la vita.

3. *Due parole sulla proporzionalità*

Del resto sono tempi strani, in cui molte delle acquisizioni che davano per scontate sono divenute assai meno scontate. È naturale che sia così. La Pandemia non è certo stata la Spagnola⁴. Ma è certo stata la più grande crisi mai sperimentata dai tempi della II Guerra Mondiale, e questa circostanza ha esercitato una pressione sulle categorie di base del diritto mai sperimentata da allora.

Ho sostenuto altrove, ragionando di teoria delle fonti nel 2021, che la Pandemia sarebbe stata una enorme fonte-fatto⁵. Un fatto normativo di portata eccezionale, il problema della cui qualificazione ha colto molti impreparati, inducendoli a confondere ‘stato di emergenza’ (di cui all’art. 24 T.U. Protezione Civile), ‘necessità e urgenza’ (di cui all’art. 77 Cost.), ‘stato di guerra’ (di cui all’art. 78 Cost.) e ‘stato di eccezione’ (di cui non si parla da nessuna parte, perché si impone da sé, nei termini originari che gli sono propri da sempre come *Ausnahmezustand*).

Con quella espressione intendevo dire, riprendendo molto del S. Romano del 1909, che i fatti possono produrre norme, con buona pace dei normativisti inconsapevoli: basti leggere quello che diceva sulle fonti-fatto V. Crisafulli, che inconsapevole non era senz’altro⁶.

Il risvolto giudiziale implicito in quella formulazione era che, apertasi la crisi, il principio di proporzionalità sarebbe stata la chiave del sindacato sugli atti

³ Maggiori riferimenti in A. MANGIA, *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, in *Rivista AIC*, 3/2021, 435.

⁴ R. COLLIER, *La Spagnola. Storia dell’influenza che cambiò il mondo*, Milano, 2020.

⁵ A. MANGIA, *Emergenza, fonti fatto e fenomeni di delegificazione temporanea*, in *Rivista AIC*, 2/2021; ma anche in *Le legge regionale nel sistema delle norme d’ordinanza*, in *Le Regioni*, 3/2021, 501 ss.

⁶ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova 1993, 176

dell'amministrazione e, a scalare, degli atti legislativi su cui avrebbe dovuto fondarsi l'azione amministrativa. Erano i tempi delle polemiche, anche scomposte, sull'utilizzo dei dPCM, tutti ritenuti legittimi, a parte quelli adottati sul primo dl 6/2020, che violava le riserve di legge costituzionali; sulla confusione tra libertà personale e libertà di circolazione; e di altro, per fortuna già dimenticato.

Parlo del principio di proporzionalità perché è sempre quello a stare alla base di questa ordinanza istruttoria. E qui forse è bene fare chiarezza, perché quando si parla di proporzionalità si parla di un parametro molto difficile da impiegare correttamente. Il cui abuso sta alla base di molte involuzioni del ragionamento giuridico. E lo è senz'altro nell'ambito del discorso dei costituzionalisti, tra i quali è divenuto una parola magica, *bonne a tout faire* accanto a 'ragionevolezza' e 'bilanciamento'. Ma tocca osservare che questo linguaggio si è diffuso anche presso i giudici amministrativi.

In realtà il principio di proporzionalità nasce il 24 marzo 1927 da una decisione del *Reichsgericht* tedesco su un caso di sindacato dei poteri di emergenza della Polizia. Nasce, insomma, dal vecchio *Polizeirecht* come *Verhältnismässigkeitprinzip* e dunque come limite all'intervento sulle libertà fondamentali da parte del potere pubblico⁷. Il principio di proporzionalità prevede che l'uso di potere pubblico per la limitazione (*Eingriff*) di posizioni soggettive individuali sia consentito solo nella misura strettamente necessaria al raggiungimento dello scopo perseguito⁸. In una battuta, quando opera il principio di proporzionalità, ad essere misura dell'esercizio di potere è la situazione di fatto. Letteralmente *Verhältnis* è 'relazione' o 'rapporto'. Sicché, nel suo contenuto originario, il principio esprime la necessità che la manifestazione di potere sia rapportata alla situazione di fatto su cui il potere interviene. E ne sia valutata l'adeguatezza.

Questo porta con sé due conseguenze: la prima è che, in concreto, quando opera la proporzionalità, essendo misura del potere, la situazione di fatto si fa parametro di legittimità dell'intervento pubblico (legislativo o amministrativo che sia): e dunque, si fa, per la via del processo, fonte-fatto. La seconda è che, al mutare della situazione di fatto, muta anche il parametro, e quindi la situazione di legittimità/illegittimità dell'atto manifestazione di pubblico potere (che sia un provvedimento amministrativo, un dPCM, un decreto legge, o addirittura una legge), con esiti instabili.

È normale, insomma, quando opera il principio di proporzionalità, che una misura possa essere in origine legittima e, al mutare della situazione di fatto, possa divenire illegittima e versare in una situazione di illegittimità sopravvenuta. Salvo divenire in seguito nuovamente legittima, al mutare delle circostanze.

Questo può apparire stupefacente a prima vista. Ma è tipico del funzionamento del principio di proporzionalità. In Germania, dove il principio di propor-

⁷ E. FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, 1. Band, Muenchen und Berlin, 1966, 284.

⁸ E. FORSTHOFF, *Lo Stato della società industriale*, Milano, 2011, 155.

zionalità è nato, e dove è stato applicato fin dall'inizio dell'esperienza del BverfG, è un fatto notorio. Ed è un fatto notorio fin dalla sentenza dell' 11 giugno 1958 (7,33) sulla Legge sulle Farmacie della Baviera, dove l'eliminazione del sistema delle concessioni per facilitare l'approvvigionamento di farmaci a disposizione della popolazione doveva essere valutato alla luce della situazione di fatto. Lo stesso è avvenuto in una decisione del 22 maggio 1963 (16, 147 ss.) sulla misura della tassazione dei trasporti finalizzata ad incentivare il traffico su rotaia⁹. E in altre occasioni¹⁰.

E allora, se si ragiona su questa circostanza, stupefacente per i costituzionalisti, abituati a ragionare in termini di legittimità/illegittimità come se fosse una tagliola, bisogna ammettere che se si trasferisce sul piano del processo costituzionale la logica della 'proporzionalità', che è una logica tipica del provvedimento, e non della legge, tutte le acquisizioni sull'effetto preclusivo della dichiarazione di incostituzionalità che si sono ricavate dal 137 Cost. dovrebbero essere quantomeno oggetto di ripensamento. La proporzionalità non può essere usata a pezzetti: se si segue questa strada ci si trova in una situazione inestricabile.

In sintesi: bene ha fatto il CGARS a disporre questa ordinanza istruttoria. Serve a costruire il parametro nella prospettiva del sindacato di proporzionalità. E, stante la natura di questo sindacato, che è poi un sindacato sulla misura e sulla adeguatezza dell'intervento pubblico, direi che altro non avrebbe potuto fare.

4. *Una domanda (che ce ne facciamo delle autorizzazioni standard, se abbiamo già le condizioni?) e un nuovo istituto (la 'precauzione invertita' ma 'controintuitiva')*

L'ordinanza istruttoria, però, non può essere isolata dalla questione che ne sta alla base. Ovverosia dall'esigenza di valutare la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale del dl. 44/2021 ai fini della remissione in Corte.

È evidente che su questa questione pesa il precedente del Cds, che ha sbarato le porte, in questi mesi alle diverse eccezioni di legittimità.

Non sto ad insistere sul contenuto di questa decisione. Mi limito ad osservare che è una decisione criticabilissima da almeno due punti vista, relativamente alla ricostruzione della sistematica degli atti di immissione in commercio dei farmaci, come delineato dal Reg. 726/2004 e dal Reg. 507/2006¹¹.

Diversamente da quanto avviene in USA e in UK, dove l'immissione in

⁹ Ulteriori riferimenti in E. FORSTHOFF, *Lo Stato della società industriale*, cit., 158.

¹⁰ P. LERCHE, *Übermaß und Verfassungsrecht: Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit*, 1961.

¹¹ A. MANGIA, *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, in *Rivista AIC*, 3/2021.

commercio è costruita sul doppio binario dell'autorizzazione standard e dell'autorizzazione d'emergenza, in Europa questo schema tradizionale, riprodotto nel Reg. 726/2004, è stato modificato nel 2006, introducendo la figura della 'autorizzazione condizionata'. Che è quella in base alla quale questi vaccini circolano in Europa e in Italia.

Non sto a ripetere cose già sapute sulle condizioni stanti le quali può essere rilasciata una autorizzazione condizionata ai sensi del reg. 726/2004; e non sto a ricordare le peculiarità delle sperimentazioni in fast-track che sono state condotte in Europa, e che in Europa hanno presieduto alla messa in circolazione di questi farmaci, che sono assi più assimilabili a terapie preventive che a vaccini in senso stretto, come dovrebbe essere chiaro dopo il passaggio della variante Omicron¹².

I vaccini/terapie in circolazione non sono 'sperimentali' come si ripete nel linguaggio comune. Questi vaccini hanno attraversato tutte, nessuna esclusa, le tradizionali fasi di sperimentazione. Solo che, per evidenti ragioni di urgenza, queste fasi non sono state condotte in sequenza, come sempre avviene, ma in parallelo: più precisamente in *partial overlap*, e cioè in sovrapposizione parziale.

Il risultato è stato quello di accelerare immissione in commercio e somministrazione di questi farmaci. Il prezzo da pagare è stata la completa assenza di dati sugli effetti a medio e lungo termine di questi farmaci, visto che i dati raccolti secondo buon senso si possono riferire solo al passato e non al futuro. Da qui il termine alla durata di queste autorizzazioni che sono autorizzazioni provvisorie: se si volesse impiegare una terminologia giuridica, potremmo dire che una autorizzazione provvisoria dispone un accertamento sommario e instabile in ordine alle qualità di un farmaco o di un principio attivo, così come sommario e instabile è un accertamento tecnico in fase cautelare, a fronte degli adempimenti istruttori successivi, tipici della fase di merito.

Non è mancata nessuna fase della sperimentazione: semplicemente è stata fatta in forma accelerata.

Sono, in altre parole, farmaci il cui profilo di rischio a medio e lungo termine è del tutto sconosciuto. E non è empiricamente conoscibile. Il che è dimostrato, se non altro, il balletto sulla durata dell'effetto protettivo cui abbiamo assistito in questi mesi, e che ha costituito la base per il ridicolo succedersi delle condizioni per il rilascio di *Green Pass*. Da qui i diversi meccanismi di esenzione di responsabilità per le case produttrici, per i medici somministratori (art. 3 bis dl 44/2021), e, in ultima battuta, anche, ex art. 95 Cost., per i membri del Governo che, con decreto legge, hanno deliberato obblighi e campagne vaccinali rafforzate.

Ciononostante il CdS si avventura a sostenere che le autorizzazioni condizionate EMA sono base sufficiente per l'introduzione di un obbligo vaccinale

¹² A. MANGIA, Si caelum digito tetigeris. *Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, cit., 437.

prima per categorie, e poi praticamente per la generalità della popolazione over 50; o, il che è lo stesso, di un meccanismo particolarmente stringente di induzione alla vaccinazione.

E lo fa con il classico ragionamento che prova troppo. Il CdS ci dice – ripetendo cose già dette nel Settembre 2020 dal Tar Trieste¹³ – che le autorizzazioni condizionate non sono qualcosa di nuovo, e che sono già state utilizzate almeno 30 volte dal 2006 ad oggi, fornendone una casistica assai dettagliata. E da qui si passa ad asserire che il carattere condizionato della autorizzazione non costituirebbe un *minus* in termini di certezza e sicurezza del farmaco autorizzato.

Peccato che in questo passaggio dimentichi due cose.

La prima dimenticanza sta nel non spiegare, nella sistematica degli atti di autorizzazione, la funzione delle autorizzazioni *standard*. Se con una autorizzazione condizionate è possibile fare esattamente quello che si fa con una autorizzazione *standard* (visto che la condizionate non è un *minus*) che ci stanno a fare le autorizzazioni *standard* nel sistema? Non si farebbe tutto prima, con vantaggio di case produttrici e pazienti, facendo tutto con le autorizzazioni condizionate, eliminando perdite di tempo e denaro, nell'interesse della 'collettività'? È evidente che da un punto di vista logico questa ricostruzione non tiene, e ci si deve stupire sia stata proposta seriamente. Insomma, se con una condizionate si può fare esattamente quello che si fa con una *standard*, che ce ne facciamo di queste autorizzazioni che dovrebbero essere il 'tipo' normale in UE di autorizzazione? È chiaro che nel ragionamento proposto dal CdS c'è qualcosa che non torna. Ed è il classico argomento che prova troppo.

La seconda dimenticanza riguarda il fatto che, quando il CdS descrive i precedenti impieghi delle autorizzazioni condizionate, per dimostrare la 'sicurezza' di questi farmaci, ometta di ricordare che in passato queste autorizzazioni sono state impiegate soprattutto nella clinica oncologica a beneficio di pazienti che, in assenza di questi farmaci, avrebbero avuto una aspettativa di vita più limitata. E che comunque potevano esercitare il diritto, costituzionalmente garantito, di rifiutare le cure sulla base dell'*habeas corpus*. E si capisce che questo rende tutto il ragionamento, nel migliore dei casi, inconferente, visto che dà per scontato esattamente ciò che si vuole dimostrare in motivazione: ovverosia la legittimità dell'obbligo vaccinale. Il che pare un eccellente esempio di paralogismo.

Forse anche per questo il CdS il CdS, chiuso il suo discorso sulla sistematica degli atti di autorizzazione, ci viene a dire che, nella presente situazione, diversamente dal passato occorre applicare un principio di precauzione 'invertito'. Non ci dice il CdS cosa esattamente sia la precauzione 'invertita' e 'controintuitiva' – come definita dallo stesso giudice – quali ne siano i presupposti, e in quali casi e quando si potrà avere ancora applicazione del principio di precauzione normale, e cioè quello 'non invertito'.

¹³ Tar Trieste 10 settembre 2021, n. 263.

Si diffonde però sul fatto che la certezza ‘assoluta’ non esiste. Che esiste l’‘ignoto’ irriducibile’. E ci offre addirittura altre considerazioni di carattere psicologico e sociologico sulla sfiducia verso il ‘biopotere’, in una dissolvenza di argomentazioni che culminano, come è consuetudine, in un discorso sui ‘valori’ da ‘bilanciare’.

Sicché, a fronte di questo stile argomentativo, che l’ordinanza istruttoria non si invischi in una analisi delle argomentazioni offerte dal CdS, riferendone l’applicabilità ad una fase diversa della Pandemia, pare una scelta di sobrietà ed eleganza.

5. *Consenso dovuto e onere nell’interesse pubblico*

Da ultimo mi limito a proporre due osservazioni.

La prima riguarda ancora una volta l’incongruenza e l’illogicità della previsione della sottoscrizione di un modulo di consenso informato all’atto della somministrazione trattamento sanitario. Il CdS si dilunga sulla natura del rapporto medico-paziente e sugli obblighi di informazione del medico.

Che, se si adempie ad un obbligo giuridico, non ci sia spazio per nessuna manifestazione di volontà non dovrebbe nemmeno essere ricordato in una situazione di normalità. Tocca ricordarlo solo perché il meccanismo obbligo/volontà è stato singolarmente dimenticato nella redazione del dl 44/2021 nel momento in cui impone la manifestazione di volontà all’atto dell’adempimento di un obbligo di legge. Il che, per capirci, equivale a chiedere una manifestazione di consenso a chi subisce *ex lege* la compressione di un diritto da cui scaturisce un dovere giuridico (firmo il consenso per essere tradotto in carcere o per un TSO)?

È chiaro che imporre un consenso informato ex art. 1 l. 217/2019 a chi adempie un obbligo è una contraddizione in termini, che trova una spiegazione razionale solo nella necessità di preconstituire una manleva, e cioè una qualche forma di ulteriore esenzione di responsabilità a favore di chi produce, dispone la somministrazione, e materialmente somministra, il farmaco, al di là di quanto previsto dal 3-bis dl 44/2021. Qui basti ricordare l’ovvio: ossia ricordare che una manifestazione di consenso – anche se siamo in tempi di precauzione invertita – è – o dovrebbe essere – una manifestazione di volontà. Sicché è facile vedere che, sotto questo versante, il dl 44 introduce, creativamente, la nuova figura giuridica della manifestazione di ‘volontà dovuta’. Su cui si dilunga pure il CdS nella dec. 7045/2021.

Prova ne sia che, nel 2017, ai tempi della introduzione di altro obbligo vaccinale per l’infanzia, correttamente la Circolare del Ministero della Salute 16-8-2017 – emanata, si diceva, in occasione dell’introduzione dell’obbligo per molti vaccini dell’infanzia che fino ad allora erano solo consigliati – alla fine del

paragrafo 10 recitava: “*Alla luce del decreto legge in epigrafe, si precisa che il modulo di consenso informato dovrebbe essere limitato alle sole vaccinazioni raccomandate; per le vaccinazioni obbligatorie verrà consegnato esclusivamente un modulo informativo*”.

Che questa cautela non si sia riprodotta nel 2022, e si imponga qui per la prima volta la sottoscrizione di una dichiarazione di consenso per adempiere un obbligo, conferma la volontà di imporre una manleva a chi soggiace all’obbligo di vaccinazione, richiamando, in modo solo strumentale l’art. 1 l. 219/2017.

‘Precauzione invertita’ e ‘volontà dovuta’ ci portano poi ad un’altra creazione della Pandemia, di cui ci si è – per fortuna – rapidamente disfatti. Si tratta della curiosa idea per cui il meccanismo del *Green Pass* non sarebbe un atto autorizzatorio di eccezionale ampiezza, ma soltanto un ‘onere’. Spiace dovere intervenire anche su questo punto con un rilievo di grammatica giuridica tanto elementare. Ricordo soltanto che è dai tempi del Digesto che l’onere, come figura di teoria generale è sempre e solo nell’interesse dell’onerato, mai nell’interesse di un terzo. Men che meno nell’interesse pubblico.

La tesi dell’onere nell’interesse pubblico è stata avanzata, nella letteratura giuridica, solo da un cultore del diritto amministrativo oggi non troppo noto, Raffaele Resta, in un contributo del 1938¹⁴. Il vecchio lavoro di Giacomo Gavazzi sull’onere, per chi se lo volesse leggere, ne dà ampia illustrazione¹⁵.

Ma sono convinto che i cultori del ‘bilanciamento’ non abbiano tempo per queste cose da Manuale di Privato, presi, come sono, ad aggiustare i piattini della loro bilancia personale. Ed è un peccato, perché in fondo, per inquadrare correttamente la questione degli obblighi vaccinali, non ci vorrebbe molto. Basterebbe provare a bilanciare il ‘bilanciamento’ con il diritto.

È un’operazione, questa, che potrebbe condurre a risultati sorprendenti: almeno quanto è sorprendente il ‘consenso dovuto’ per soddisfare un ‘onere nell’interesse altrui’.

¹⁴ R. RESTA, *L'onere di buona amministrazione*, in *Annali dell'Università di Macerata*, vol. XII, Tolentino, 1938, per il quale (p. 17 dell'estratto) “L’interesse pubblico generale cioè l’interesse dello stato come ordinamento giuridico non può essere servito che da oneri”; “solo l’onere, implicando la considerazione del sacrificio di un soggetto a favore dell’interesse dell’ordinamento giuridico può rappresentare la posizione giuridica del soggetto vincolato a soddisfare il pubblico interesse”.

¹⁵ G. GAVAZZI, *L'onere. Tra libertà ed obbligo*, Torino 1970, 55 ss, dove si dà conto delle critiche cui è stata sottoposta questa dottrina da Micheli, Giannini, Cassarino.