

Riflettendo sull'ordinanza n. 38/2022 del CGARS, 19 febbraio 2022
Una “questione di massima di particolare importanza”

di Aristide Police

SOMMARIO: 1. Un'ordinanza caduta fuori del tempo”? – 2. Il tempo della solidarietà nella “età dei doveri”. – 3. Una “questione di massima di particolare importanza”. – 4. Conclusioni sulla giuridicità dei fatti sociali.

1. Un'ordinanza “caduta fuori del tempo”?

Queste brevi “spigolature” sulla importante ordinanza del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana n. 38/2022 derivano dall'invito della Direzione di *Nuove Autonomie* a partecipare ad una corale, vivace ed animata occasione di confronto sul tema. Un invito per il quale sono particolarmente grato agli organizzatori in quanto non avevo avuto occasione sino ad oggi di studiare e riflettere in modo approfondito sulla pronuncia del C.G.A.

La più immediata impressione che ho tratto da una prima lettura della ponderosa decisione è molto vicina alle conclusioni che molti dei relatori all'incontro di studi odierno hanno messo in luce: una decisione molto garbata e pacata nei toni, raffinata nell'argomentazione, fondata su una profonda sapienza giuridica che alimenta le fronde del diritto amministrativo con profonde radici nel diritto costituzionale e nel diritto dell'Unione Europea¹.

E tuttavia questa ordinanza mi pare che si ponga totalmente fuori dal tempo, come se i nostri apprezzati e cari amici che hanno pronunciato questa decisione vivessero in un tempo diverso da quello che viviamo noi. Ricorrendo ad una citazione letteraria si potrebbe dire una “ordinanza caduta fuori dal tempo”².

E per manifestare l'evidenza di questo rilievo basterebbe ritornare a quella immagine che si può vedere proprio nell'*incipit* dell'intervento dell'immunologo dell'Ateneo panormita Antonio Cascio nell'introdurre i lavori della nostra giornata di studio. Una mappa del mondo, un planisfero, sul quale erano segnati graficamente la diffusione della copertura vaccinale per aree geografiche ad oggi. Ebbene, l'ordinanza è pronunciata il 17 gennaio 2022, quando la percentuale di vaccinati nel nostro Paese è una percentuale altissima, fra le più elevate nel mondo, ed in un momento storico nel quale un'ampia molteplicità di diversi

¹ Sul punto mi piace ricordare, fra le molte, le belle relazioni di G. VERDE, *Questioni di legittimità costituzionale dell'art. 4 del d.l. n. 44 del 2021. Spunti di riflessione a margine dell'ordinanza n. 38/2022 del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana* e di M. SPASIANO, *Talune riflessioni a margine della ordinanza n. 38/2022 del CGARS e altre questioni in tema di obbligo vaccinale*.

² Si abusa del titolo del bel romanzo di D. GROSSMAN, *Caduto fuori dal tempo*, Milano, 2012.

vaccini sono stati posti sul mercato dall'industria medica, con il vaglio autorevole delle Autorità sanitarie italiane, europee e dei più importanti Paesi del mondo.

Nel gennaio 2022, quindi riconoscere rilevanza e concedere una così significativa tribuna al tema della "resistenza" attiva o militante di un singolo ricorrente al rispetto di un obbligo vaccinale, peraltro senza che quest'ultimo abbia fondato o giustificato la propria pretesa su solide ed inoppugnabili evidenze mediche e scientifiche (che dimostrino in concreto i rischi alla sua salute derivanti dalla somministrazione del vaccino), pare una decisione assunta fuori dal tempo e legittima i dubbi che in modo assai garbato e fine³, o più brusco ed incisivo⁴, si sono segnalati anche in occasione dell'odierno dibattito.

Non è questa la sede per sviluppare una riflessione teorico generale su diritto e tempo, né del resto né avrei gli strumenti⁵. Ma ricorrendo alle riflessioni di Bruno Romano e ancor prima di Luhmann l'ordine giuridico tende a fondare "l'efficacia della decisione, tenendola pur sempre nella dimensione temporale dell'attuale, del presente, capace di un intenso potere di auto-osservazione, di riflessività auto-adattantesi, lungo i processi di crescita della complessità e di corrispondente semplificazione, che strutturano la condizione attuale della complessità"⁶. La prospettiva processuale del diritto gioca con le dimensioni temporali. Scrive Capograssi: "c'è certamente qualcosa di magico nel processo"⁷, il ritorno del passato al presente, il tempo che si ripresenta che fa i conti con la coscienza del giudice.

2. *Il tempo della solidarietà nella "età dei doveri"*

Se questo è vero, la richiesta formulata dall'appellante nella controversia che ha originato la ordinanza di cui discutiamo può davvero meritare questo complesso approfondimento istruttorio a costo della collettività? E non ci si riferisce soltanto al peso di cui sono stati onerati gli autorevoli Consulenti tecnici (o verificatori) per rispondere ai dieci quesiti loro posti o ai venti che con più articolata enumerazione sono stati desunti dal prof. Corso.

Ci si domanda invece se sia condivisibile una decisione che richiede un

³ Ci si riferisce alla relazione di G. CORSO, *Un manifesto giudiziario no vax?*

⁴ Si pensa all'intervento di M. MAZZAMUTO, *Il difetto di una visione d'insieme della vicenda pandemica*.

⁵ Tema su cui si ricorda la riflessione G. HUSSERL, *Diritto e tempo. Saggi di filosofia del diritto*, Milano, 1998.

⁶ Così B. ROMANO, *Il testo e la legge*, on line, 2010, 77.

⁷ G. CAPOGRASSI, *Giudizio, processo scienza verità*, in *Opere*, vol. V, Milano, 1959, 57; Per una riflessione sulla relazione tra tempo e diritto in Capograssi, si segnala L. DI SANTO, *Tempo e diritto nella prospettiva filosofica di Giuseppe Capograssi. Un confronto con Gerhart Husserl*, in A.A.V.V., *In ricordo di G. Capograssi. Studi napoletani in occasione del cinquantenario della morte* (a cura di G. Marino), Napoli, 2008, 70-85.

approfondimento di tale intensità e complessità in un periodo storico nel quale l'intera collettività nazionale (a voler restare nei nostri confini patri) senza porsi tale complesso ed articolato numero di dubbi si è fatta carico della responsabilità di vaccinarsi⁸ e lo ha fatto nell'interesse proprio, ma anche nell'interesse della collettività corrispondendo al dovere solidaristico che nella nostra Carta costituzionale e solennemente enunciato sin dall'art. 2⁹.

La prospettiva che assume l'ordinanza si pone decisamente nella prospettiva dei diritti “ad ogni costo”, sulla scia che il pensiero giuridico di fine secolo ha fortemente sollecitato e forse eccessivamente amplificato¹⁰. Del resto, la tematica dei doveri costituzionali, nel complesso, ha suscitato molto meno interesse di quella dei diritti. Negli scritti in argomento si sottolinea spesso la sproporzione tra la relativamente esigua quantità di saggi riguardanti i primi e la notevole mole degli studi sui secondi¹¹. Una sproporzione che si fa derivare soprattutto da ragioni di carattere storico: come ha scritto Bobbio, il tema del rapporto tra governanti e governati è stato studiato per lo più «*ex parte principis*», ossia dal punto di vista dei governanti piuttosto che da quello dei diritti dei governati. Soltanto in seguito, soprattutto a seguito dell'approvazione della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino da parte dell'Assemblea costituente francese, il 26 agosto 1789, si sarebbe cominciato a guardare al rapporto di potere «*ex parte populis*», ovvero dal punto di vista dei diritti dei cittadini¹².

⁸ Sono completamente d'accordo con il prof. Cascio quando nella sua relazione ha affermato come vi sia una responsabilità collettiva di chi essendovi tenuto si è prontamente vaccinato.

⁹ Per tutti si vedano i commenti di A. BARBERA, *Art. 2*, nel *Commentario alla Costituzione* (a cura di G. Branca), Bologna-Roma, 1975, 80 ss.; E. ROSSI, *Art. 2*, nel *Commentario alla Costituzione* (a cura di R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti), vol. I Torino, 2006, 38 ss.

¹⁰ Si pensi fra i molti agli scritti di R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio* (1977), trad. it., Bologna, 1982; R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali* (1986), trad. it., Bologna, 2012; N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1999.

¹¹ Così, ad esempio, S. ROMANO, *Doveri. Obblighi*, in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 91 s.; G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, 3 ss.

¹² Così N. BOBBIO e M. VIROLI, *Dialogo intorno alla Repubblica*, Roma-Bari, 2003, 46. L'affermazione della centralità dei diritti, caposaldo del costituzionalismo moderno, non risolve, tuttavia, il problema dell'unità politica, il cui perseguimento richiede necessariamente il richiamo a qualche ulteriore principio. In tal senso, è molto netta la critica mossa da Mazzini alla teoria liberale dei diritti, la quale, secondo il patriota genovese, sarebbe inadeguata a fondare l'unità e l'armonia di una nazione, predicando il perseguimento egoistico del benessere individuale. La coesione sociale richiederebbe, piuttosto, il ricorso ad un diverso principio di educazione dei cittadini: quello del dovere (G. MAZZINI, *Doveri dell'uomo*, ripubblicato a cura di M. Scioscioli, Roma, 2005, 76 ss.). Tale consapevolezza sembra trasparire anche dalla previsione dell'art. 2 della Costituzione italiana, il quale prevede contestualmente il riconoscimento e la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo e la richiesta dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale (in Assemblea costituente non mancò chi, come MEUCCIO RUINI, presidente della Commissione dei settantacinque, sottolineò l'ispirazione mazziniana del legame tra diritti e doveri riconosciuto dalla Carta repubblicana (Relazione del Presidente della Commissione al Progetto di Costituzione della Repubblica italiana,

Ciò però non deve far mai dimenticare come il principio solidarista costituisce la via repubblicana all'unità politica nello Stato costituzionale¹³, uno Stato nel quale la solidarietà è così assurta a paradigma fondante la stessa unità dell'ordinamento. E se, come si è accennato, il principio di solidarietà non si esaurisce nei doveri inderogabili previsti dall'art. 2 Cost., tali situazioni giuridiche ne costituiscono una traduzione essenziale (e, del resto, è proprio nella previsione relativa ai doveri che trova enunciazione il principio in esame)¹⁴.

Nel leggere l'ordinanza del C.G.A. la pur comprensibile esigenza di assicurare pienezza di tutela ad un diritto fondamentale sembra obliterare del tutto la prospettiva dei doveri costituzionali che dei diritti (pur fundamentalissimi) costituiscono in ogni caso necessario argine¹⁵. Anche il Giudice, ed il giudice amministrativo in specie quale giudice del potere pubblico, non deve mai dimenticare l'incidenza dei doveri costituzionali nel dettare la *regula juris* della fattispecie controversa rimessa alla sua cognizione.

L'invito è quindi quello a ritornare al tempo presente in quella stagione che in dottrina è stata definita come "età dei doveri"¹⁶. Ciò soprattutto grazie alla piena consapevolezza che lo stesso C.G.A. ha della Giurisprudenza costituzionale in materia, laddove richiama il "patto di solidarietà" dei cittadini rispetto al trattamento vaccinale¹⁷.

3. Una "questione di massima di particolare importanza"

C'è poi un altro profilo che solleva perplessità nell'ordinanza che è oggetto del nostro incontro ed attiene al suo rapporto con altra importante pronuncia: Consiglio di Stato, Sezione III, sentenza 20 ottobre 2021, n. 7045.

presentata alla Presidenza dell'Assemblea Costituente il 6 febbraio 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, I, Camera dei Deputati, Segretariato generale, Roma 1970, LXXVII).

¹³ Quest'ultima, infatti, non può più basarsi, come era avvenuto nello Stato «monoclasse» borghese (M.S. GIANNINI, *L'amministrazione pubblica dello Stato contemporaneo*, Padova, 1988, 139 ss.), sulla supremazia di una classe egemone, e nemmeno, come nei regimi totalitari, su concezioni metafisiche dello Stato e della Nazione (G. LOMBARDI, *op. ult. cit.*, 48 ss.).

¹⁴ Sul punto S. GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, in *Dir. soc.*, 1996, 1 ss. e, più di recente, B. DE MARIA, *Etica Repubblicana e Costituzione dei doveri*, Napoli, 2013.

¹⁵ Ampia è in realtà la letteratura sui doveri costituzionali. Si vedano fra i molti G. GEMMA, *Doveri costituzionali e giurisprudenza della Corte*, nel volume *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, a cura di R. Balduzzi, M. Cavino, E. Grosso e J. Luther, Atti del convegno di Acqui Terme-Alessandria svoltosi il 9-10 giugno 2006, Torino, 2007, 365 ss. Ed ivi A. RUGGERI, *Doveri fondamentali, etica repubblicana, teoria della Costituzione (note minime a margine di un convegno)*, 551 ss. Ancora sul tema A. MORELLI, *I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà*, nel volume a cura del medesimo Autore e di L. Ventura, *Principi costituzionali*, Milano, 2015.

¹⁶ Si veda il recente volume di S. CASSESE, *Il buon governo. L'età dei doveri*, Milano, 2020.

¹⁷ Il riferimento è a Corte costituzionale 23 giugno 2020 n.118, richiamata dalla ordinanza n.38/2022 in commento (§. 8.3).

Sebbene l'ordinanza del C.G.A. sembrerebbe costruire una trama di continuità con gli insegnamenti giurisprudenziali espressi in quella pronuncia, pare a chi scrive (ed in realtà a molti altri lettori) che le due pronunce partano da prospettive molto diverse e come inevitabile giungano ad approdi del pari non coincidenti.

Ebbene, in caso di contrasti giurisprudenziali su temi di tale rilevanza siamo indubbiamente in presenza di questioni di massima di particolare importanza, questioni certo più importanti di quelle in materia di concessioni balneari che pure hanno polarizzato l'attenzione di studiosi e pratici in questi ultimi mesi. Ebbene questo tema, non pare possa esser sottratto alla attenzione corale dell'organo cui l'ordinamento assegna la funzione nomofilattica¹⁸.

Si ritiene in sostanza che siamo in presenza proprio di uno di quei casi che legittimano il deferimento all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato a tenore dell'art. 99 C.P.A.¹⁹.

Del resto, non si crede che il deferimento alla Plenaria possa rallentare la definizione della controversia in maniera irreparabile, certo non più di quanto la rallenti un incidente di costituzionalità. Se infatti nell'ordinanza del 17 gennaio 2022 si ipotizza che a valle della camera di consiglio fissata per il 16 marzo del medesimo anno possa esser sollevata questione di legittimità costituzionale di alcune norme applicabili alla fattispecie, ciò significa che l'ordinanza di rimessione alla Corte, dopo la sua pubblicazione sulla G.U.R.I., possa giungere all'attenzione della Consulta nel più roseo dei casi all'inizio del 2023 e che prima della primavera del prossimo anno si possa avere la sentenza. Con la possibilità di conclusione del giudizio *a quo* forse prima dell'estate 2023, quando la pandemia (e conseguentemente gli obblighi vaccinali) saranno auspicabilmente alle nostre spalle.

Ciò peraltro giustificherebbe viepiù il deferimento alla Plenaria in quanto, se non per la concreta vicenda controversa, la questione sarebbe esaminata e definita in termini generali a vantaggio del consolidamento di un indirizzo ermeneutico che possa valere in occasioni future (fermo l'auspicio che mai abbiano a riverificarsi).

4. Conclusioni sulla giuridicità dei fatti sociali

Per concludere queste brevi spigolature mi pare appropriato richiamare l'insegnamento di Paolo Grossi che, nel porsi l'interrogativo su una diversa ricostruzione della legalità (anche di quella costituzionale) pone l'accento sull'importanza e sul rilievo del fatto²⁰.

¹⁸ Sul tema si veda la monografia di S. OGGLIANU, *Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica*, Padova 2011.

¹⁹ Fra i molti commenti all'art. 99 C.P.A. si veda A. MARRA, in *Commentario breve al Codice del processo amministrativo*, a cura di G. Falcon et al., Padova 2021, 775 ss.

²⁰ Ci si riferisce al volume di P. GROSSI, *Oltre la legalità?*, Roma-Bari, 2020.

Una dimensione di raccordo con il fatto che è sollecitata nell'insegnamento che qui si vuole ricordare dalla dinamica che "percorre la piattaforma sociale", un contesto caratterizzato da una sempre maggiore complessità con la quale si deve "fare i conti". Il "sociale" è alla base del nuovo paesaggio giuridico come ineliminabile condizionante presenza²¹.

Ne segue, anche con riguardo alla controversia che è all'attenzione del C.G.A. che il sindacato sul fatto non può limitarsi alle sole vicende che riguardano l'appellante e la sua storia individuale, quel fatto va posto a raffronto con un ordinamento giuridico caratterizzato e costruito sui "fatti -strutturali, economici, culturali- di cui la società si nutre e si intride"²². Da ciò l'invito che Grossi rivolge alla giurisprudenza "dobbiamo leggere l'odierno paesaggio giuridico non con gli occhiali confezionati a fine settecento, oramai superati da eventi di straordinaria incisività e perciò assolutamente deformanti, bensì con occhiali capaci di mettere a fuoco ciò che – oggi e non ieri – bolle nell'attuale magma socio-politico-giuridico"²³.

Faccio mio questo auspicio con l'avvertenza che esso si radica sul più tradizionale insegnamento della teoria generale del diritto sulla giuridicità del fatto; insegnamento che trova pagine preziose (quanto poco conosciute) nel primo capitolo di uno studio monografico sul tema della fattispecie precettiva²⁴.

²¹ Così P. GROSSI, op. ult. cit., nel capitolo *Storicità vs. prevedibilità: sui caratteri di un diritto pos-moderno*, 79 ss.

²² Così ancora P. GROSSI, op. ult. cit., 83 s.

²³ Così sempre P. GROSSI, op. ult. cit., 100, nel capitolo *A proposito de 'il diritto giurisprudenziale'*.

²⁴ Il riferimento è a F.G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979.