

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.

di Giuseppe Verde

SOMMARIO: 1. La vicenda processuale oggetto dell'ordinanza: (a) il problema dell'obbligo vaccinale per gli studenti tirocinanti; (b) obbligo vaccinale per coloro che hanno superato l'infezione da Covid – 19; – 2. Il contenzioso dinanzi al giudice amministrativo. Il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana e la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 del d.l. 44/2021; – 3. Le modifiche approvate all'art. 4 in sede di approvazione della legge n. 3 del 2022 (conversione in legge del d.l. 172/2021): rilevanza della questione e interesse del ricorrente.

1. *La vicenda processuale oggetto dell'ordinanza: (a) il problema dell'obbligo vaccinale per gli studenti tirocinanti; (b) obbligo vaccinale per coloro che hanno superato l'infezione da Covid – 19*

Le considerazioni che seguono muovono dalla lettura dell'ordinanza collegiale istruttoria resa dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana n. 38 del 2022 con la quale il Cga si inserisce lungo il solco della giurisprudenza che ha vagliato i profili di legittimità dei provvedimenti (a vario titolo) adottati (in generale) dall'Autorità pubblica chiamata a dare attuazione alla normativa che mira al contrasto della pandemia da Covid 19.

L'ordinanza in questione ha spinto a riflettere sui possibili dubbi di illegittimità connessi con l'introduzione nel nostro ordinamento dell'obbligo vaccinale. È noto alla somministrazione del vaccino a fasce della popolazione sempre più estese sono state affidate le speranze di molti Paesi che da più di due anni provano ad arginare la pandemia da Covid – 19.

Parlo di possibili dubbi di illegittimità perché l'ordinanza istruttoria svolge un ragionamento orientato alla eventuale adozione di una ordinanza di rimesa alla Corte costituzionale che, comunque, al momento si prospetta come molto probabile. Questa ultima considerazione nasce proprio dalla lettura dell'ordinanza del Cga (resa in sede di appello cautelare avverso l'ordinanza del Tar Palermo n. 568 del 2021) che «dispone l'istruttoria di cui al capo 9.4...» e fissa per la prosecuzione dell'appello cautelare la successiva udienza camerale del 16 marzo 2022 stabilendo che «ogni ulteriore decisione [...] viene rinviata all'udienza camerale di cui sopra».

La vicenda processuale in cui va collocata l'ordinanza del Cga attiene ad un provvedimento adottato dall'Università degli studi di Palermo nei confronti di uno studente iscritto al corso di laurea in scienze infermieristiche. Le attività didattiche e formative nel caso di specie prevedono oltre alla partecipazione ai

normali insegnamenti universitari anche l'attivazione di un tirocinio curricolare obbligatorio e la cui mancata frequenza non consente di conseguire il titolo accademico. Lo studente di scienze infermieristiche, quindi, deve impegnarsi anche nelle attività professionalizzanti che si svolgono in un reparto ospedaliero a stretto contatto con gli operatori sanitari (medici e infermieri) e soprattutto con i pazienti ricoverati.

La vicenda universitaria del ricorrente deve fare i conti con la normativa che prova ad arginare il diffondersi della pandemia da Covid – 19 che, come è a tutti noto, ruota intorno alla somministrazione dei vaccini. Per quel che concerne lo svolgimento dei tirocini dell'area medico/sanitaria un provvedimento generale dell'Università (del 27 aprile 2021) ritiene che la loro prosecuzione in presenza all'interno delle strutture sanitarie possa avvenire solo dopo che gli interessati si siano sottoposti alla somministrazione vaccinale anti Covid 19.

Nel caso di specie, però, lo studente ha naturalmente superato l'infezione da Covid 19 e quindi ritiene che l'inoculazione del vaccino sia ingiustificata. A ciò aggiunge che – dal suo punto di vista – i vaccini in questione avrebbero natura sperimentale, l'eventuale somministrazione in soggetto che ha già avuto la malattia (e che quindi gode di memoria anticorpale e di immunità naturale) lo esporrebbe al rischio della morte come avvenuto nel caso di un militare deceduto ad Augusta.

L'Amministrazione universitaria non condivide le preoccupazioni del giovane in quanto la certificazione resa dalla competente Unità di microbiologia e virologia dell'Azienda ospedaliera universitaria policlinico Paolo Giaccone accerta che lo studente presenta un «basso titolo anticorpale» e, quindi, si renderebbe necessaria l'effettuazione del vaccino. Ne consegue l'adozione di un successivo provvedimento in cui, in ragione della citata nota rettorale dell'aprile del 2021, si afferma che la vaccinazione anti Covid 19 è «requisito indispensabile per la ripresa delle attività di tirocinio di tutti gli studenti di area sanitaria».

2. Il contenzioso dinanzi al giudice amministrativo. Il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana e la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 del d.l. 44/2021

Lo studente ha quindi contestato la legittimità dei provvedimenti adottati dall'Università di Palermo articolando diverse censure di illegittimità.

In primo grado il Tar (ordinanza n. 568 del 2021) ha respinto l'istanza cautelare con un ragionamento che, malgrado la sinteticità, (a) fa riferimento alla posizione dell'Università circa la possibilità che lo studente prosegua negli studi in quanto il tirocinio – secondo l'Ateneo – può essere differito nel tempo e lo studente nelle more potrebbe dedicarsi ad altre attività didattiche senza alcun pregiudizio per il diritto allo studio; (b) richiama il certificato dell'Unità di micro-

biologia e virologia che accerta il «basso titolo anticorpale»; (c) conclude che «in un'ottica di bilanciamento dei contrapposti interessi e allo stato dei fatti, appare prevalente l'interesse pubblico a evitare di fare frequentare le strutture sanitarie da soggetti non vaccinati esponendo al rischio di contagio operatori sanitari e pazienti ivi presenti».

La lettura dell'ordinanza del Cga n. 38 del 2022 – resa in sede di appello cautelare avverso l'ordinanza del Tar Palermo n. 568 del 2021 – ci offre un quadro più preciso delle ragioni del ricorrente. Sullo sfondo della vicenda si collocano i temi più discussi in questi ultimi anni da chi ha provato a ricostruire la natura e gli effetti delle decisioni nel contesto delle scelte avvalorate dalle istituzioni per sconfiggere la pandemia. Tornano quindi gli interrogativi più penetranti: si può parlare di veri e propri vaccini? La somministrazione degli stessi ha natura sperimentale? Chi è guarito dal Covid deve essere sottoposto a una inoculazione vaccinale? In questo caso lo studente non corre il rischio di morire per *Antibody Dependent Enhancement* (ADE) come reazione del sistema immunitario (come avvenuto per un militare deceduto ad Augusta e per come accertato nella consulenza tecnica d'ufficio resa nel contesto delle successive indagini penali)? I vaccini sarebbero utili ad arginare il diffondersi della nuova variante *Omicron*? Come è possibile parlare di obbligo vaccinale per farmaci sperimentali sottoposti a farmacovigilanza e oggetto di una autorizzazione condizionata? Quali sono i dati sui decessi e sui grandi invalidi successivi all'avvenuta inoculazione del vaccino o, secondo la tesi del ricorrente, del farmaco sperimentale impropriamente definito vaccino?

Rispetto alle questioni agitate dinanzi al Cga mi interessa evidenziare due profili che emergono con sufficiente chiarezza dalla vicenda processuale.

Per prima cosa è evidente che le doglianze dedotte fra primo e secondo grado ruotano intorno all' art. 4, comma 1, del d.l. 44/2021: la disposizione in questione – secondo la tesi del ricorrente – non avrebbe dovuto trovare applicazione nei confronti dello studente. Da qui l'asserita fondatezza delle censure che denunciano l'illegittimità dei provvedimenti adottati dall'Università.

In via subordinata, si eccepisce l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 comma 1 in quanto ove fosse ritenuto applicabile agli studenti il suddetto art 4, comma 1, quest'ultimo sarebbe da ritenere illegittimo «sia per la violazione dell'art. 117 Costituzione, e cioè per il mancato rispetto del Trattato di Norimberga sul libero consenso alle sperimentazioni, sia per la violazione dell'art. 3 Costituzione».

È chiaro che, ove le censure dirette a contestare l'illegittimità dei provvedimenti gravati per violazione dell'art. 4, comma 1, fossero fondate, l'eccezione di illegittimità costituzionale avanzata in via subordinata sarebbe priva di interesse. Lo studente, infatti, invoca la tutela cautelare perché il suo interesse primario consiste nella possibilità di essere ammesso al tirocinio così da completare il percorso formativo universitario e conseguire la laurea in scienze infermieristiche.

I due profili risultano affrontati nell'ordinanza del Cga nel senso che il Giudice d'appello ritiene che il ricorrente debba sottoporsi a vaccinazione e, proseguendo nel suo ragionamento, afferma che «devono quindi essere esaminate le subordinate questioni di costituzionalità della normativa in materia di obbligo vaccinale Sars-Cov-2 sollevate dall'appellante». A partire da quest'ultimo passaggio l'ordinanza in questione sviluppa un elegante ragionamento sull'obbligo vaccinale il cui senso è quello di verificare la sussistenza delle condizioni richieste per sollevare la questione di legittimità costituzionale. È noto che l'incidente di costituzionalità affida al giudice il compito di accertare che la questione sia rilevante e non manifestamente infondata. In punto di rilevanza il Giudice è certo: «le questioni risultano nella specie rilevanti: una volta che il Collegio abbia ritenuto sussistente, in capo al ricorrente, un obbligo vaccinale, diventa infatti rilevante accertare se tale obbligo sia costituzionalmente legittimo». Per quel che attiene alla non manifesta infondatezza il Cga ritiene necessario verificare se l'obbligo vaccinale per il Covid 19 soddisfi le condizioni ricavabili dalla giurisprudenza della Corte costituzionale con riferimento sia alla «libertà di autodeterminazione sanitaria dei cittadini in ambito vaccinale», che alla «non nocività dell'inoculazione per il singolo paziente e beneficio per la salute pubblica». In questo senso per il giudice d'appello è necessario accertare se il trattamento sanitario «non incida negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato», che la persona assoggettata all'obbligo vaccinale sia stata informata sui «rischi di lesione», che la discrezionalità del legislatore sia stata esercitata correttamente in ragione di quelle che sono le conoscenze scientifiche e le acquisizioni che provengono dalla scienza medica e che in ogni caso la normativa applicabile abbia evidenziato e prescritto doverosi «accertamenti preventivi idonei a prevedere ed a prevenire i possibili rischi di complicanze».

Il punto 9.4 dell'ordinanza dispone così che «ai fini della valutazione della non manifesta infondatezza della prospettata questione di costituzionalità» è necessario acquisire articolati e complessi chiarimenti la cui istruttoria è affidata ad un collegio composto dal Segretario generale del Ministero della Salute, dal Presidente del Consiglio superiore della sanità e dal Direttore della Direzione generale di prevenzione sanitaria. Al Collegio incaricato dell'accertamento istruttorio è affidato il compito di depositare una dettagliata relazione. In aggiunta a ciò, si chiede al Collegio istruttorio di essere presente in occasione dell'udienza nella quale proseguirà la trattazione dell'appello cautelare così da poter fornire ulteriori chiarimenti oltre quelli resi in sede di relazione. Dal tenore dell'istruttoria emerge con chiarezza che il Cga ha piena consapevolezza della delicatezza della questione di legittimità che investe l'art. 4, comma 1, del d.l. 44/2021. Gli effetti potenziali della eventuale rimessione alla Corte costituzionale vanno ben al di là della fattispecie originaria nella quale il punto centrale era rappresentato da un quesito circoscritto: lo studente in precedenza affetto da Covid – 19 è

tenuto a vaccinarsi? Il Giudice d'appello si interroga sulla legittimità costituzionale dell'obbligo vaccinale lasciando immaginare che vi è spazio nel nostro ordinamento per una decisione della Corte costituzionale che dichiari l'illegittimità costituzionale dell'obbligo vaccinale per come introdotto dal d.l. 44/2021.

L'ordinanza indipendentemente dalla sua natura istruttoria lascia chiaramente intendere che i problemi evidenziati dal Cga sono seri e che gli spazi per aprire un confronto sulla legittimità dell'obbligo vaccinale non sono ampi e il giudice che intende percorrere la via del controllo di costituzionalità in via incidentale in un ambito così delicato come quello qui in discussione deve muoversi con le dovute accortezze.

In questo il Giudice d'appello si dimostra attento al contesto e non ha altri strumenti se non quelli di un ragionamento giuridico stringente e preciso nell'impianto logico-deduttivo.

Per prima cosa è necessario confrontarsi con la giurisprudenza della III sezione del Consiglio di Stato (in particolare la sentenza n. 7045 del 2021) rispetto alla quale si conclude che «nella vicenda sottoposta al Collegio si ravvisano elementi di diversità e novità rispetto alla questione decisa dalla III sezione»¹.

Risolto nei termini appena esposti il rapporto fra l'appello cautelare pendente dinanzi al Cga e la giurisprudenza della III sezione del Consiglio di Stato, il Collegio ricostruisce il possibile dubbio di illegittimità avendo cura di sviluppare le indicazioni giurisprudenziali che provengono dalla Corte costituzionale (le sentenze n. 307 del 1990; 258 del 1994; 268 del 2017; n. 5 del 2018 e 118 del

¹ Anche se in riferimento all'obbligo vaccinale per coloro che abbiano naturalmente superato l'infezione da Covid – 19 sarebbe bene rammentare che secondo il Consiglio di Stato (sez. III, sentenza n. 7045/2021) «l'ipotesi della persona che abbia già contratto il virus e che sia, quindi, ancora in possesso di una carica anticorpale che sconsiglia nell'immediato la somministrazione del vaccino deve essere ricondotta all'appropriata *sedes materiae* del comma 2 dell'art. 4 del d.l. n. 44 del 2021, laddove consente che la somministrazione del vaccino sia posticipata, senza essere omessa, sin quando dal test sierologico non sia emerso che il titolo anticorpale si sia ridotto e sia, così, rientrato nei livelli fisiologici che rendono necessaria la somministrazione – monodose – del vaccino [...]. Il fatto che l'immunità naturale, la quale non conferisce certo una patente di immunità perenne, abbia una durata limitata e richieda di accertare la presenza di anticorpi ben può e deve essere coordinato insomma, senza seguire interpretazioni che tendano ad aggravare sproporzionatamente l'entità dell'obbligo vaccinale e, quindi, a patrocinare una lettura invalidante della sua previsione, con la previsione del comma 2, differendo la somministrazione del vaccino, sul piano cronologico, al momento in cui venga meno l'effetto schermante prodotto dalla immunità naturale [...]. Ne segue che la censura, seguendo tale interpretazione, costituzionalmente orientata, dell'art. 4, che consente una ragionevole applicazione dell'obbligo vaccinale anche in ipotesi di immunità naturale, debba essere respinta, in quanto la relativa questione si configura, a questa stregua, come manifestamente infondata, tenendo anche presente il dato, non secondario, che lo stesso Ministero della Salute, con l'aggiornamento della circolare del 21 luglio 2021, ha previsto che «è possibile considerare la somministrazione di un'unica dose di vaccino anti Sars-CoV-2/COVID-19 nei soggetti con pregressa infezione da Sars-CoV-2 (decorsa in maniera sintomatica o asintomatica), purché la vaccinazione venga eseguita preferibilmente entro i 6 mesi dalla stessa e comunque non oltre 12 mesi dalla guarigione».

2020). Nello svolgimento del ragionamento è proprio la giurisprudenza costituzionale che individua i paletti che definiscono il perimetro del costituzionalmente legittimo e il Cga è consapevole che in una vicenda del genere in cui il diritto matura e progredisce in ragione delle evidenze tecnico-scientifiche, può risultare decisivo l'accertamento istruttorio accuratamente disposto.

Quando il Collegio istruttorio avrà consegnato la propria relazione e soddisfatto le ulteriori richieste che il Cga avrà formulato, gli esiti di tutto questo processo valutativo saranno rimessi *al libero convincimento del giudice* che dovrà – in qualche modo – prendere posizione sulle tesi scientifiche.

Proprio in riferimento a quest'ultimo profilo, deve essere rammentato che secondo la *Daubert- Joiner -Kumbo trilogy* una tesi scientifica è affidabile quando rispetta le seguenti condizioni: la verificabilità o falsificabilità del principio scientifico da applicare (*whether the theory [...] has been tested*); la *peer review* cioè la sua sottoposizione al controllo della comunità scientifica; la pubblicazione degli esiti della ricerca (tesi) su riviste specializzate; la considerazione dell'*error rate* cioè del tasso di errore noto o potenziale della tesi (*its know or potential error of rate*); che le operazioni si siano svolte nel rispetto di parametri o standard predefiniti; in termini residuali la generale accettazione della tesi da parte della comunità scientifica di riferimento. Sulla base di tali criteri si giunge ad una *good science* che esclude la possibilità di far riferimento alla c.d. “scienza – spazzatura” (*bad science*).

Secondo la Corte di Cassazione (c.d. sentenza *Cozzini* – Cass. pen., IV, 17.9.2010 n. 43786) l'affidabilità della tesi scientifica va valutata con i seguenti parametri: identità, autorità indiscussa, indipendenza del soggetto che gestisce la ricerca; finalità per cui il soggetto fa la ricerca; ampiezza, rigorosità, oggettività della ricerca; grado di sostegno che i fatti accordano alla tesi; intensità della discussione critica che ha accompagnato l'elaborazione dello studio; attitudine esplicativa dell'elaborazione teorica; consenso che la tesi raccoglie nella comunità scientifica.

Sarà probabilmente proprio quest'ultimo profilo che sarà vagliato nel corso dell'udienza in cui proseguirà la trattazione dell'appello cautelare, anche perché il rilievo istituzionale del Collegio istruttorio a me non fa immaginare esiti diversi da quelli che a vario titolo registro nello spazio pubblico in cui avviene la discussione su come sconfiggere o (almeno) arginare la diffusione del contagio del Covid – 19.

3. *Le modifiche approvate all'art. 4 in sede di approvazione della legge n. 3 del 2022 (conversione in legge del d.l. 172/2021): rilevanza della questione e interesse del ricorrente*

Le note fin qui svolte sottolineano l'eleganza e le capacità argomentative stringenti del Cga. Si tratta di aspetti facilmente rintracciabili nell'ordinanza n.

38 del 2022 che però risulta poco convincente in riferimento ad uno dei profili già definiti dal Cga. Siamo sicuri che le conclusioni in punto di rilevanza siano del tutto convincenti ai fini dell'eventuale rinvio alla Corte costituzionale? Per la non manifesta infondatezza della questione bisognerà attendere gli esiti degli accertamenti istruttori e le valutazioni che il Collegio svolgerà su dati, documenti e tesi scientifiche. Residua la possibilità che il secondo requisito richiesto per sollevare la questione di legittimità manchi e che quindi l'appello cautelare sia in qualche modo deciso.

Il profilo della rilevanza risulta già risolto dal Cga nei termini già richiamati. Ma sul punto il Cga dovrà fare i conti con lo svolgimento convulso della legislazione al tempo dell'emergenza pandemica². In particolare, l'art. 1, comma 1, lett. b) 4 del d.l. del 26 novembre 2021 n. 172 ha sostituito l'art. 4 del d.l. 44/2021.

In sede di conversione del d.l. 172/2021 è stato approvato un emendamento che ha aggiunto all'art. 4 comma 1 del d.l. 44/2021 il comma 1 *bis* che espressamente recita: *l'obbligo di cui al comma 1 è esteso, a decorrere dal 15 febbraio 2022, anche agli studenti dei corsi di laurea impegnati nello svolgimento dei tirocini pratico-valutativi finalizzati al conseguimento dell'abilitazione all'esercizio delle professioni sanitarie. La violazione dell'obbligo di cui al primo periodo determina l'impossibilità di accedere alle strutture ove si svolgono i tirocini pratico-valutativi. I responsabili delle strutture di cui al secondo periodo sono tenuti a verificare il rispetto delle disposizioni di cui al presente comma secondo modalità a campione individuate dalle istituzioni di appartenenza.*

Il comma 1 *bis* è stato introdotto con la legge di conversione del 21 gennaio 2022 pubblicata nella Gazzetta ufficiale del 25 gennaio 2022 ed entrato in vigore il giorno successivo alla sua pubblicazione.

È chiaro che il giudice d'appello non poteva certo immaginare quali esiti potevano attendersi dalla conversione del d.l. 172/2021, ma il punto della questione ora attiene agli effetti prodotti dal comma 1 *bis* rispetto alla vicenda processuale trattata dal Cga con l'ordinanza n. 38 del 2022.

L'avvenuta esplicitazione di un obbligo vaccinale per gli studenti tirocinanti a far data dal 15 febbraio 2022 significa che l'estensione per via ermeneutica in ragione della ratio dell'art. 4 del d.l. 44/2021 (per come sostenuto dal Consiglio di Stato e dal Cga) è una conclusione disattesa dal legislatore? Può un giudice fondare la legittimità di un obbligo che incide sulla libertà di autodeterminazione dei cittadini in materia sanitaria sulla *ratio* di una normativa? Qual è la natura del comma 1 *bis*? Il primo motivo del ricorso introduttivo deve ritenersi fondato e la questione di legittimità avanzata in via subordinata deve oggi ritenersi priva di

² Su cui v. CAMERA DEI DEPUTATI, SENATO DELLA REPUBBLICA, *Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici*, Dossier del 7 aprile 2021 (d.l. 44/2021 A.S. 2167). In generale sulla rinnovata esigenza di assicurare un riordino delle fonti v. C. DI MARTINO, *La semplificazione normativa secondo il PNRR*, Napoli, Editoriale scientifica, 2022.

interesse per il ricorrente? Sussiste ancora il requisito della rilevanza della questione di legittimità costituzionale?

Ora non vi è dubbio che il Cga non avrebbe mai potuto rispondere alle domande appena formulate in quanto ha ragionato su un quadro normativo diverso da quello che in questa sede è stato possibile ricostruire.

A tener fede, comunque, al tenore letterale del comma 1 dell'art. 4 del d.l. 44/2021 non mi sembra convincente il ragionamento seguito dal Consiglio di Stato e dal Cga in merito all'estensione per via ermeneutica dell'obbligo vaccinale agli studenti tirocinanti.

Per prima cosa la giovane età dello studente esclude l'applicabilità allo stesso dell'obbligo vaccinale introdotto per gli ultacinquantenni dal d.l. 1/2022.

L'obbligo vaccinale trova – secondo il Cga – il suo fondamento nel più volte citato art. 4 del d.l. 44/2021 precisandosi che «i profili di ricorso volti a sostenere, a vario titolo, l'inapplicabilità agli studenti tirocinanti dell'obbligo vaccinale introdotto dall'art. 4 del d.l. n. 44/2021 sono, ad avviso del Collegio, infondati, avuto riguardo alla *ratio* della normativa».

Più precisamente il giudice d'appello nel condividere gli arresti della III sezione del Consiglio di Stato (con la già citata sentenza n. 7045 del 2021) conclude affermando che «l'art. 4 del d.l. n. 44/2021 laddove prevede l'obbligo vaccinale per “gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario di cui all'articolo 1, comma 2, della legge 1° febbraio 2006, n. 43” deve interpretarsi nel senso che include i tirocinanti che, nell'ambito del percorso formativo, vengano a contatto con l'utenza in ambito sanitario, ricorrendo le medesime ragioni di tutela dei pazienti [...] non sussiste, quindi, la dedotta incompetenza dell'Amministrazione in quanto l'atto impugnato non ha introdotto ex novo un obbligo vaccinale ma ha dato una corretta interpretazione della normativa in materia [...] contrariamente alla prospettazione dell'appellante, allo stato normativo attuale l'obbligo vaccinale non sussiste in caso di accertato pericolo per la salute, in relazione a specifiche e documentate condizioni cliniche, attestate dal medico di medicina generale o dal medico vaccinatore, nel rispetto di quanto disposto dalle circolari del Ministero della salute in materia di esenzione dalla vaccinazione anti SARS-CoV-2. Tuttavia, dalla documentazione in atti non si evince tale condizione in capo all'appellante; quanto all'immunizzazione a seguito di malattia naturale, comprovata dalla notifica da parte del medico curante, la stessa determina il differimento della vaccinazione alla prima data utile prevista dalle circolari del Ministero della salute, e dalla documentazione in atti risulta il superamento di tale periodo, sicché l'appellante dovrebbe sottoporsi alla vaccinazione».

Depone in senso contrario alla tesi dei giudici d'appello la mancanza di un riferimento letterale preciso in tema di obbligo vaccinale per gli studenti tirocinanti di scienze infermieristiche, mentre per gli altri studenti universitari vigeva l'obbligo di esibire il *Green pass* che si poteva ottenere anche per aver contratto la malattia o sottoponendosi al tampone. Ma, oltre al richiamo letterale, un altro aspetto può essere evidenziato. L'ordinanza del Cga n. 38, oltre ad essere

apprezzata per la linearità del ragionamento svolto sulla compatibilità costituzionale dell'obbligo vaccinale, esprime un approccio alla vicenda in cui grande attenzione è riconosciuta alla libertà individuale del cittadino capace di autodefinirsi in tema di scelte che riguardano la sua salute. In questa prospettiva non si risparmia nulla al legislatore la cui discrezionalità dovrà essere scrutinata con rigore non potendosi ammettere alcun affievolimento della tutela costituzionale delle libertà.

È da chiedersi, però, se analoga attenzione deve essere riservata alla giurisdizione che nel momento in cui rinviene un obbligo vaccinale per via ermeneutica o in virtù della *ratio* della normativa incide profondamente sulla libertà del cittadino e con effetti difficilmente reversibili, atteso che non può essere sollevata una questione di legittimità per un obbligo dedotto per via interpretativa dal giudice. L'art. 32 della Costituzione (*nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge*) non opera solo in direzione del Legislatore e non consente di ricostruire obblighi sanitari sulla base di interpretazioni giurisprudenziali che superano l'ambito normativo della disposizione interpretata finendo per individuare la categoria dei soggetti all'obbligo indipendentemente da quanto indicato nelle disposizioni di legge.

Ritengo che in una materia così delicata mi sembra più convincente l'indicazione che proviene dalla giurisprudenza della III sezione del Consiglio di Stato (sentenza n. 7045/2021) che ci ricorda che i Giudici di Palazzo Spada hanno «sempre rifiutato una concezione autoritaria e impositiva della cura, calata dall'alto e imposta alla singola persona (v., in questo senso, Cons. St., sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460), e ha sempre rimarcato e difeso la sfera inviolabile della persona nell'autodeterminazione terapeutica, poiché il fine, ma anche il limite di ogni trattamento sanitario, anche obbligatorio, è sempre il «rispetto della persona umana», come prevede il secondo periodo del secondo comma dell'art. 32 Cost., con una previsione di chiusura che illumina il senso del complesso, e complessivo, equilibrio sul quale poggia la salute, quale situazione giuridica soggettiva «ancipite», bifronte, diritto fondamentale del singolo e, insieme, interesse della collettività».

La formulazione originaria del comma 1 dell'art. 4 del d.l. 44/2021 parla solo di *esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario che svolgono la loro attività nelle strutture sanitarie, sociosanitarie e socio-assistenziali, pubbliche e private, nelle farmacie, parafarmacie e negli studi professionali*. La legge di conversione del d.l. 44/2021 (l. n. 76 del 2021) ha modificato il comma 1 dell'art. 4 precisando che gli operatori di interesse sanitario sono quelli di cui all'articolo 1, comma 2, della legge 1° febbraio 2006, n. 43, a mente del quale *sono professioni sanitarie infermieristiche, ostetrica, riabilitative, tecnico-sanitarie e della prevenzione, quelle previste ai sensi della legge 10 agosto 2000, n. 251, e del decreto del Ministro della sanità 29 marzo 2001, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 118 del 23 maggio 2001, i cui operatori svolgono, in*

forza di un titolo abilitante rilasciato dallo Stato, attività di prevenzione, assistenza, cura o riabilitazione.

A riprova di quanto sostenuto può richiamarsi lo svolgimento della normativa di cui al d.l. 44/2021 rispetto alla quale non si rinviene alcun elemento sulla base del quale possa ritenersi che gli studenti tirocinanti sono ricompresi tra i soggetti su cui incombe l'obbligo vaccinale di cui all'art. 4³.

In buona sostanza io non rinvento alcun obbligo vaccinale per studenti tirocinanti. Il suddetto obbligo risulta introdotto nel nostro ordinamento solo con la legge n. 3 del 2022 che ha convertito con modificazioni il d.l. 172/2021.

Ritengo che il comma 1 *bis* dell'art. 4, per come introdotto dalla legge di conversione del d.l. 172/2021, obbliga al vaccino gli studenti tirocinanti a far data dal 15 febbraio 2022. Ne consegue che l'emendamento aggiuntivo dimostra che il suddetto obbligo non esisteva prima della sua introduzione. Più precisamente l'adempimento dell'obbligo vaccinale è richiesto a distanza di circa 20 giorni dall'entrata in vigore della legge di conversione, così da consentire ai destinatari di adeguarsi a quanto ora previsto dal comma 1 *bis*. Quest'ultima disposizione ha chiaramente effetto solo per il futuro non potendosi rintracciare nella sua struttura alcun elemento che consenta di concludere diversamente circa la natura della disposizione. Ora, indipendentemente, dalla difficoltà di immaginare disposizioni che impongano obblighi in modo retroattivo, nel caso di specie la disposizione non ha natura interpretativa, né per essa il legislatore ha manifestato alcun interesse alla retroattività, né, infine, la disposizione in questione difetta per generalità astrattezza e innovatività.

Non è dato immaginare quale sarà l'esito dell'appello cautelare in ragione di quanto ora previsto dal comma 1 bis dell'art. 4 del 44/2021.

Una possibile soluzione, aderente al senso dell'andamento della legislazione, potrebbe essere quella di considerare fondate le doglianze articolate in ragione dell'art. 4 che, già a partire dalla versione originaria, non contemplava fra i desti-

³ Si tenga conto che nel corso dei lavori della I Commissione permanente del Senato, per la conversione in legge del d.l. n. 44/2021, è stata presentata la proposta di modifica n. 4.13, d'iniziativa dei senatori Riccardi, Augussori, Calderoli, Grassi, Pirovano, finalizzata ad aggiungere al comma 3, secondo periodo, dopo le parole «dipendenti con tale qualifica» le seguenti: «, indipendentemente dalla tipologia contrattuale, inclusi i somministratori, i lavoratori operanti in forza di un contratto di appalto, i collaboratori, i lavoratori autonomi ed occasionali, i tirocinanti, i laureati in medicina e chirurgia iscritti ai corsi di specializzazione, gli studenti in medicina ed odontoiatria, gli allievi infermieri, i volontari e chiunque svolga una delle attività di cui al comma 1 nelle strutture o negli ambienti ivi previsti». L'emendamento, dunque, era volto ad estendere il novero dei soggetti dei quali sarebbe stata necessaria l'indicazione negli elenchi di cui al comma 3 del decreto-legge menzionato, ai fini della verifica dello stato vaccinale. Come risultante dal resoconto della 247ª seduta della I Commissione permanente, di martedì 11 maggio 2021, la suddetta proposta emendativa è poi stata ritirata, senza ulteriore dibattito durante la trattazione in Commissione e in Assemblea del disegno di legge di conversione.

natari dell'obbligo vaccinale gli studenti tirocinanti. L'eventuale accoglimento dell'appello cautelare priverebbe di interesse l'eccezione di costituzionalità avanzata dal ricorrente in via subordinata.

Ove il Collegio fosse del tutto convinto della rilevanza della questione rimarrebbe da valutare gli esiti dell'accertamento istruttorio che finirebbero per sovrapporsi per molti aspetti a quelli valutati dal Consiglio di Stato con la più volte citata sentenza n. 7045 del 2021.

In generale il cittadino vede nella questione aperta dall'ordinanza del Cga n. 38 del 2022 il senso di una giurisdizione pronta a vagliare i dubbi dedotti senza alcun condizionamento, immaginando decisioni frutto del libero convincimento del giudice.